

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DESAFÍOS JURÍDICOS Y ÉTICOS

GESTATIONAL SURROGACY: DEFIANCES LEGAL AND ETHICS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 330-357



Dra. Pilar María
ESTELLÉS
PERALTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El desarrollo de las FIV, y en especial de la gestación por sustitución, los intereses y dignidad del menor y de la madre gestante se ven gravemente afectados y ponen de relieve las dificultades y desafíos a los que se enfrenta hoy el Derecho.

PALABRAS CLAVE: Gestación por sustitución; maternidad subrogada; filiación; interés superior del menor; dignidad; orden público.

ABSTRACT: *The development of the IVF and, especially of the gestational surrogacy, the interest and dignity of the minor and her gestational mother are seriously affected and highlight the difficulties and defiances that the law faces today.*

KEY WORDS: *Gestational surrogacy; surrogate motherhood; filiation; best interest of the child; dignity; public order.*

SUMARIO.- I. REFLEXIONES PREVIAS.- II. EL PRETENDIDO DERECHO A LA PATERNIDAD/ MATERNIDAD Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.- III. LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EL DESAFÍO DE LA CIUDADANÍA.- IV. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL “CONTRATO” DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- V. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS DERECHOS Y DIGNIDAD DE LA MADRE SUSTITUTA.- 1. Desafío relativo a la explotación sexual y reproductiva de la mujer.- 2. Desafío relativo a la reducción de la mujer a mero instrumento al servicio de los deseos de paternidad/maternidad de un tercero.- 3. Desafío relativo a la situación de inferioridad de la mujer en el contrato de gestación.- 4. Desafío relativo a la privación de derechos relacionados con la maternidad.- 5. Desafíos relativos a los numerosos y variados conflictos de intereses entre la gestante y los comitentes.- VI. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS DERECHOS, DIGNIDAD Y DESTINO DEL NASCITURUS.- 1. Desafío relativo a su dignidad: La cosificación del niño.- 2. Desafío relativo a su interés superior.- 3. El derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos, su verdad biológica.- 4. Desafío relativo al desamparo del niño.- VII. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS COMITENTES: “A TODA COSTA”. - VIII. CONCLUSIONES.

I. REFLEXIONES PREVIAS.

En las últimas décadas el conocimiento humano ha avanzado vertiginosamente de la mano del progreso científico y tecnológico aunque paradójicamente los avances en las ciencias de la vida han supuesto un retroceso en la protección de la vida y dignidad humanas: en ocasiones la concepción del hijo no se busca como un fin en sí misma¹ y los miles de embriones congelados y abandonados por sus progenitores sufren un destino tristemente incierto. El Derecho, lejos de ser un instrumento de protección y salvaguarda de la persona ha contribuido a tratar al ser humano en estado embrionario como objeto y no sujeto de Derecho. Nos encontramos ante una carrera imparable de instrumentalización del ser humano a nivel moral, ético, médico, jurídico y filosófico que se inició hace cuarenta años cuando comenzaron las técnicas de reproducción asistida.

Es necesario un planteamiento sosegado de la cuestión tanto a nivel moral y ético, como jurídico, ante un problema de tal magnitud, con el fin de sentar las bases que deberían informar el tratamiento jurídico de las acciones -sin precedentes en la historia de la Humanidad-, llevadas a cabo sobre el ser humano embrionario².

1 El hermano medicamento es producido como un medio –salvar a otro hijo- y no como un fin en sí mismo.

2 En el mismo sentido, BUSTOS PUECHE, J. E.: “El Derecho en España ante las nuevas técnicas genéticas”, *Diario La Ley*, 1992, tomo 3, La Ley 4098/2001, pp. 919 y ss.

• Dra. Pilar María Estellés Peralta

Profesora Agregada Doctor Acreditado de Derecho Civil, Directora del Departamento de Derecho Privado, Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir”, pm.estelles@ucv.es

A punto de cumplirse 30 años desde la aprobación de la primera ley española que regulaba las técnicas de reproducción asistida, estas técnicas han dado lugar a situaciones nuevas para el Derecho de familia, entre otras disciplinas, que es preciso solucionar teniendo en cuenta al principal afectado, el embrión -el concebido no nacido- el gran olvidado en las normas sobre la materia. El estado de la cuestión es crítico hoy en día y el único freno a esta nueva era de desprotección del ser humano debiera ser el ordenamiento jurídico. Sin embargo, contradictoriamente, es la ley –no la Ciencia- la que niega la humanidad del embrión menor de 14 días, y por ende, lo cosifica, allanando el camino para todo tipo de prácticas. Por el contrario, el valor de la vida humana y el respeto a su dignidad y el control legal deberían constituir la premisa de toda práctica biomédica; la intervención del Derecho y de la ley a fin de garantizar los derechos humanos de todos parece inexcusable. El Derecho debe alzarse en garante y defensor de esta vida humana embrionaria que no puede defenderse por sí misma. Lo que la técnica pueda alcanzar y la Humanidad desear, no siempre será lícito y ético ponerlo en práctica³.

En relación con algunas de estas técnicas de reproducción asistida, actualmente ha adquirido una notable repercusión mediática, mucho mayor que la auténtica, real y escasa demanda⁴, la práctica por la cual una mujer gesta a un niño, mediando un contrato que la obliga a ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra persona o personas, quienes asumirán la paternidad y/o maternidad del mismo⁵.

A lo largo de este trabajo intentaré poner de manifiesto los nuevos retos y desafíos en relación con la gestación por sustitución, la maternidad subrogada o como demos en llamarla; retos y desafíos que en algunos casos no son nuevos pero que conviene reflexionar nuevamente.

- 3 En el mismo sentido, cabe citar a HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: “Selección del sexo y derechos de la persona”, *Diario La Ley*, 1992, tomo 2, p. 965, para quien hay que preguntarse si lo que es técnica y científicamente posible debe ser permitido pese a que choque con criterios morales y éticos. El progreso es loable, pero a veces parece que para la sociedad sólo existe el progreso, y hay que tener en cuenta hacia dónde va éste y qué medios va a utilizar para conseguirlo. Y cuando se contrapongan avances científicos con principios éticos y morales porque no se respeta la dignidad humana, debe primar ésta.
- 4 Según datos del Ministerio de Asuntos Exteriores ofrecidos en noviembre de 2017, el Gobierno español tenía conocimiento de 979 inscripciones de niños nacidos por gestación subrogada entre 2010 y 2016 (fecha de consulta: 14 de abril de 2018).
- 5 Esta práctica recibe diversos nombres, siendo los más corrientes los de “gestación por sustitución”, “maternidad subrogada”, “gestación subrogada”, “maternidad portadora”, “útero de alquiler” o “vientre de alquiler”. La expresión “gestación por sustitución” es la recogida por el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 2006. Vid. en este sentido, «Informe del comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada» de 19 de mayo de 2017, que contempla las distintas opciones terminológicas utilizadas al uso, como “gestación subrogada” o “gestación por sustitución”.

II. EL PRETENDIDO DERECHO A LA PATERNIDAD/MATERNIDAD Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

Los defensores de esta práctica, alegan la existencia en España de miles de personas que desean ser progenitores y no pueden serlo de forma natural. Se esgrime que estas personas necesitan de los medios técnicos que la ciencia pone ya a su disposición⁶ y exigen además otros, como el contrato de gestación por sustitución.

Este sector doctrinal mantiene que las personas tienen un verdadero derecho a la reproducción con fundamento constitucional, basado en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y en la dignidad de la persona – de los progenitores- como expresión del reconocimiento de sus derechos y del libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). El derecho a la reproducción constituye, entonces, un derecho de autodeterminación física, enmarcado en el derecho a la libertad personal que recoge el art. 17.1 CE⁷. Si bien es cierto que la voluntad de querer tener un hijo puede encuadrarse, más bien, como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad⁸, parece evidente, que la procreación no puede ser vista como una necesidad básica del ser humano, en cuanto que hay muchas personas que, por elección deliberada u otras causas, no tienen hijos y no obstante prosperan como individuos.

Otro sector doctrinal entiende evidente la conexión entre procreación y el libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, entendido éste, como un principio constitucional, que significa la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con las propias preferencias. En este caso, la opción vital es concebir, o no, un hijo, decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte

6 Según el diario La Vanguardia de 12 Oct 2017, casi el 9% de los niños nacidos en el año 2015 lo hizo gracias a las técnicas de reproducción asistidas, cifra que sitúa a España a la cabeza de este tipo de tratamientos en Europa y en tercer lugar en el mundo, por detrás de Japón y Estados Unidos. Esto supone un incremento de casi un 7% respecto al 2014, año en que se puso en marcha el Registro Nacional de Actividad 2014-Registro SEF (Sociedad Española de Fertilidad), que recoge los datos de los casi 300 centros españoles de reproducción asistida que hay en el territorio. En números absolutos, en el 2015 nacieron por fecundación in vitro (FIV) o por inseminación artificial (IA) 38.903 bebés, de un total de 420.290 bebés nacidos.

7 VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011 (La Ley 3302/2011). También lo consideraba un derecho, la Comisión que elaboró el llamado “Informe Palacios”, Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986, y que ha constituido la base para la proposición de la ley de reproducción asistida. Sin embargo, si según las SSTC 120/90 y 137/90 el derecho a la vida no contempla el derecho a decidir la propia muerte, todo ello en la órbita de la esfera jurídica de la propia persona –tampoco se pueden donar órganos vitales, ¿no será lógico entender que incidir en la esfera jurídicas de terceras personas –el niño- es todavía más injustificado en base a un mero deseo de paternidad?

8 Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 55, y SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, enero-diciembre 2012, p. 284.

del ejercicio de la libertad de cada ciudadano. La libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir, o no un hijo) sustraído a la injerencia estatal, pero de esta libertad no se desprende un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva la pretensión de tener hijos. Concretamente, no existe un derecho a exigir al Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona, en cualquier circunstancia y de cualquier modo. Es, por ello, legítimo que se limite el acceso a dichas técnicas con el fin de proteger intereses distintos a los de sus potenciales usuarios, como son la dignidad, tanto de las madres portadoras, como de los hijos concebidos mediante gestación por sustitución⁹.

La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por Resolución de la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, el art. 16 dispone: «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». A su vez el Convenio Europeo de la Protección de los Derechos Humanos firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que en su art. 8 titulado *Derecho al respeto de la vida privada y familiar* dispone: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta 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 terceros». Y el art. 12 titulado *Derecho a contraer matrimonio*, señala «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho». Ello implica respetar las decisiones del individuo sobre si contraer matrimonio o no, la elección del número de hijos y cuándo tenerlos sin injerencias del Estado que no puede ni debe inmiscuirse ni imponiendo ni prohibiendo una política de natalidad al respecto¹⁰, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano¹¹.

9 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. en “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero de 2016, pp. 349-357, p. 353.

10 Como en el caso de países como China, con la política del hijo único, etc.

11 En el mismo sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)”, *Diario La Ley*, núm. 6161, 2005, p. 2, y en “Notas sobre la gestación por sustitución”, cit., p. 352, para quien no existe un derecho a exigir al Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona y en cualquier circunstancia. Es por ello legítimo que se limite el acceso a dichas técnicas

En mi opinión, cualquier deseo no es susceptible de convertirse en un derecho y el legítimo deseo de tener hijos no es un derecho, y mucho menos fundamental, regulado en nuestra Carta Magna, pues no es exigible frente a nadie, ni frente al Estado, ni frente a otra persona, incluido el propio cónyuge¹², del que se puede exigir la realización de la entrega íntima, como medio para la concepción del hijo, pero no el logro de este fin, pues ello no depende de la voluntad de ninguno de los cónyuges¹³. Nótese que el acceso a la paternidad o maternidad en modo alguno y en ningún caso constituye un derecho subjetivo de los adoptantes en los supuestos de adopción¹⁴ y ¿por qué iba a serlo en la prohibida gestación por sustitución?¹⁵. El comprensible deseo de maternidad o paternidad, así como el deseo de tener descendencia con la propia carga genética, no parece que sean derechos en grado alguno, en absoluto equiparables a aquellos otros fundamentales -los de la gestante y el niño- que esta práctica vulnera. La legislación vigente pese a que asume que la utilización de las técnicas de reproducción asistida no queda constreñida a servir como remedio de la esterilidad, no considera oportuno regular de forma expresa el reconocimiento de este hipotético derecho a procrear de contenido poco preciso¹⁶ y que entraría en colisión con los derechos del niño y en el caso de la gestación por sustitución, de la madre gestante. El progreso de la ciencia no debe suponer, en ningún caso, un retroceso de los derechos fundamentales del niño.

En todo caso, la solución legal a esta cuestión ni debe ni puede basarse en criterios económicos ni de igualdad de los usuarios o como paliativo de la irremisible infracción de la prohibición de tales prácticas ilegales.

con el fin de proteger intereses distintos a los de sus potenciales usuarios, como son los de los hijos a nacer en una familia donde puedan desarrollar su personalidad de la manera más plena posible.

- 12 Sobre esta cuestión, se ha pronunciado el TEDH (Sección cuarta), caso *Evans v. U.K.*, en Sentencia de 7 de marzo de 2006. Esta sentencia fue confirmada por la Gran Sala en sentencia de 10 de abril de 2007. El asunto había sido planteado por una mujer británica que trataba de invalidar la revocación del consentimiento dado por su anterior marido a la criopreservación y posterior implantación de los embriones de ambos. El Tribunal, en una sentencia que se recurrió y que fue posteriormente confirmada por la Gran Sala, denegó la solicitud de la mujer pese a que no tenía ninguna posibilidad de tener hijos biológicos propios sin este material reproductor y respaldó el derecho que tiene el marido a revocar su consentimiento, se reconoció el derecho del hombre sobre sus gametos que por medio de la fecundación in vitro habían producido los preembiones criopreservados, y por tanto consideró legítima su negativa a ser convertido padre en contra de su voluntad. Nótese, no obstante, que no se tiene en cuenta la persona del embrión crio-conservado en este punto.
- 13 Con idénticos argumentos CALVO MEJIDE, A.: "El permisivismo en la FIV: b) El Informe Palacios, Fundamento de la Legislación española", en BALLESTEROS LLOMPART, J. (coord.): *La Humanidad in Vitro*, Comares, Granada, 2002, p. 68.
- 14 SABATER BAYLE, E.: "La adopción nacional", en RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.): *Derecho de la persona*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 444-445.
- 15 VIDAL MARTÍNEZ, J.: "Derechos inherentes en la reproducción asistida", en BALLESTEROS LLOMPART, J. (coord.): *La Humanidad in Vitro*, Comares, Granada 2002, p. 294.
- 16 En el mismo sentido, SERNA MEROÑO, E.: "Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica", cit., p. 281.

III. LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EL DESAFÍO DE LA CIUDADANÍA.

A punto de cumplirse 30 años desde la aprobación de la primera ley española que regulaba las técnicas de reproducción asistida Ley 35/1988, de 22 de noviembre en la que expresamente se prohibía la gestación por sustitución la actual legislación española y un amplio espectro de países tanto a nivel europeo como mundial¹⁷ mantienen esta prohibición aun cuando ya se alzan voces en nuestro país para abrir las puertas a una regulación que permita esta práctica¹⁸, pese a la escasa demanda social de la misma.

El artículo 10. 1 de la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida establece que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Exactamente con la misma redacción que el artículo 10 de su predecesora, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Lo único que varía en la regulación de ambas leyes es que la de 2006 denomina a esta práctica como “gestación por sustitución”. Esta regulación, al igual que su predecesora de 1988 prohíbe en España el uso de esta técnica¹⁹.

Por consiguiente, es nulo el contrato que se celebra cuando la mujer de una pareja es estéril, por lo que se acuerda inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar in vitro un óvulo de ésta con gametos del varón o de un tercero, para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante: en este caso, la mujer gestante será además de madre gestante, madre biológica. Es, asimismo, nulo el contrato que se celebra, cuando una pareja es fértil, pero la mujer no puede o no quiere llevar a cabo el proceso de gestación, razón por la cual se acuerda realizar una fecundación in vitro con gametos de la propia pareja e implantar el embrión obtenido en el útero de otra mujer. Pero también es nulo aquel contrato celebrado por una pareja de varones que pueden aportar o no sus gametos con el ovulo de la gestante o de una donante.

17 En la mayoría de los países de nuestro entorno no está regulada y sólo en algún caso se contempla de un modo muy restrictivo. Y algunos países que la tenían regulada de forma muy permisiva – India, Tailandia y algunos estados de México han rectificado sus regulaciones e incluso se imponen penas de prisión a los infractores.

18 Así Ciudadanos que aboga por la aprobación de una ley que permita y regule la maternidad por sustitución, con algunas limitaciones. Sin embargo, los partidos mayoritarios no se muestran muy favorables, por distintas razones, a respaldarla en su formulación actual. El PSOE en su 39º Congreso Federal, tras un intenso debate, rechazó la maternidad subrogada por 171 votos contra 31. En las filas del PP y PODEMOS, no se han definido oficialmente, pero en ambos casos hay controversia.

19 Sin embargo, la Ley 14/2006 no sanciona ni a la madre sustituta ni a los padres, en estos casos, por lo que muchos españoles sortean la legalidad española y su impunidad y consiguen ser padres en terceros países donde sí está permitida esta práctica.

La nulidad del contrato de gestación por sustitución hace que, a efectos legales, haya que considerar siempre como madre a la gestante, y no, a la biológica – aunque la comitente aporte su óvulo-. La consecuencia la establece el art. 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, que dispone que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. La inscripción de los nacidos por maternidad subrogada no puede quebrantar las normas españolas, esto es el citado art. 10.2 de la Ley de 2006 porque supondría un perjuicio para el menor²⁰.

No obstante ello, los españoles siguen recurriendo a la gestación por sustitución fuera de nuestras fronteras en un claro desafío a la legalidad vigente y se plantea de forma recurrente, por algún sector doctrinal, además de a nivel político, el cambio de regulación para permitirla. Eso significa que para atajar el hecho de que la ley se incumple se propone su modificación para que no se infrinja en vez de propugnar la solución más acorde con el Estado de Derecho: la sanción al infractor. El planteamiento es de una lógica jurídica apabullante. Sin embargo, es en cierto modo comprensible: como la ley 14/2006 no sanciona ni a la madre sustituta ni a los padres, ni a los intermediarios en estos casos tan claros de actuación voluntaria y premeditada de fraude de ley no es difícil encontrar anuncios ofreciendo la mejor opción y selección de vientres de alquiler para los españoles, incluso el “busque y compare”, con la tarifa de precios por países y sus pros y contras. Y todo ello, se oferta por internet ante la pasividad general y la ausencia de sanciones. La prohibición sin sanción de estas prácticas conduce directamente al fraude de ley.

La experiencia de los últimos años ha evidenciado que la norma vigente no resulta suficientemente efectiva para alcanzar el objetivo que persigue: la nulidad de los contratos de maternidad subrogada. Los españoles con cierto poder adquisitivo aprovechando las leyes permisivas de algunos países, celebran este tipo de contratos en el extranjero para posteriormente inscribir la filiación de los niños obtenidos por esta vía en el Registro Civil de España con el beneplácito de la DGRN. Este tipo de contratos e inscripciones contradicen el parecer del Tribunal Supremo, que se manifestó sobre este asunto en la Sentencia de 6 de febrero de 2014²¹ y el Auto de 2 febrero de 2015²², declarando su nulidad y los demás efectos que ésta comporta.

La causa del desaguizado hay buscarla, entre otras en la Instrucción DGRN de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante

20 Vid. la citada STS (Pleno) 6 febrero 2014 (Tol 4100882).

21 STS (Pleno) 6 febrero 2014 (Tol 4100882).

22 El ATS 2 febrero 2015, rec. núm. 245/2012 establece que no cabe alegar vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar y destaca en lo relativo a la intimidad familiar, que, en ningún momento, en el caso enjuiciado, se ha producido tal vulneración, puesto 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.

gestación por sustitución ha abierto una peligrosa puerta trasera pese a que presenta una extensa batería de puntos débiles e incorrecciones jurídicas y provocando una legalización *de facto* de la gestación subrogada. Y qué decir de la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 que concluyó que, en el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010 está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles, sin que la STS de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello. A mi entender, la solución propuesta por la Instrucción y la posterior Circular no es correcta, ni la DGRN es competente para dictarlas en el sentido en que lo ha hecho, porque, en definitiva, está prestando cobertura administrativa a un “turismo reproductivo”, el cual trata de eludir la aplicación de un precepto legal (el art. 10.1 de la L 14/2006), que, claramente, establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma ésta, que creo que debe ser considerada de orden público; y ello, en la medida en que responde al principio, común en los países de la Europa continental, de que no pueden ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer²³.

Todo ello ha dado lugar a los siguientes desafíos que vamos a tratar de analizar.

IV. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL “CONTRATO” DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

El contrato de gestación por sustitución o gestación subrogada, en sentido amplio, aunque repugne calificarlo de contrato por el objeto sobre el que recae, es un acuerdo oneroso o gratuito por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos²⁴.

Existen muchas modalidades para llevarla a cabo, en función de todas las variables que entran en juego en relación con la aportación de los gametos de la gestante, los comitentes y/o los terceros; en relación con la entrega de precio o no, entre otros. 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 atribuirla a otra u otras personas.

23 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, cit., p. 357, quien no cree que el art. 96 de la nueva LRC de 21 de julio de 2011 todavía en período de *vacatio legis*, altere los términos de la cuestión, pues el precepto, en su número 2º, sólo permite inscribir una resolución judicial extranjera, cuando no resulte “manifiestamente incompatible con el orden público español”, del que forma parte la prohibición de gestación por sustitución. También GARCÍA AMEZ, J.: “Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40/2014, pp. 168-169.

24 PÉREZ MONJE, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores, Madrid, 2002, p. 329.

Llamar contrato a un acuerdo expresamente prohibido por la legislación española para la “producción” de un niño, al que renuncia de modo previo su madre gestante —en los casos, no pocos, en que ésta aporta su óvulo- a cambio de una muy elevada suma (se llega a pagar 200.000 euros o más) de la que ella percibe una cantidad muy inferior y que acepta todo este proceso por su precaria situación existencial y todo ello realizado en el extranjero porque los deseosos “padres” son conscientes de que esta técnica está prohibida en España y aun así la llevan a cabo ¿no es desafiar a la ley, a la ética y al más elemental sentido común?

La materia que regula la gestación por sustitución o maternidad subrogada debería inspirarse en criterios que pongan el foco en el respeto a la dignidad humana. No obstante, esta labor no parece que se haya realizado con la suficiente reflexión²⁵. La cuestión se halla en determinar si un embrión, en tanto que ser vivo humano, puede ser objeto de transmisión o de negocio jurídico²⁶, por una parte, y por otro lado, la celebración de este contrato se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico.

Conviene por otro lado no olvidar que el contrato de gestación por sustitución obliga a la renuncia anticipada de la madre gestante a todo derecho sobre el niño gestado. Para que la renuncia despliegue efectos el renunciante debe ser titular del derecho de que se trate ¿es entonces el niño gestado objeto y no sujeto de titularidades jurídicas y derechos subjetivos y por ende el derecho de la madre recae sobre él en tanto objeto, como un elemento más del patrimonio? Asimismo, el renunciante debe tener la capacidad necesaria para disponer del derecho de que se trate, siendo de significar que de acuerdo con el artículo 166 del Código Civil los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes, etc., por consiguiente, tampoco a su persona. Solo se permite la renuncia de derechos (y el niño no lo es) cuando no contraríen el orden público ni perjudiquen a terceros art. 6.3 C.c. y la filiación es materia de orden público por lo que no cabe su renuncia. Ésta será, en consecuencia, nula de pleno derecho²⁷, precisamente por contrariar el orden público español, tanto al derivar de un contrato —el de maternidad por sustitución— que es nulo conforme a

25 En el mismo sentido, BUSTOS PUECHE, J. E.: “El Derecho en España ante las nuevas técnicas genéticas”, cit., pp. 919 y ss., para quien no puede aceptarse, sin culpa grave de frivolidad, es que una materia tan íntimamente vinculada con la persona —causa y justificación última del Derecho— se considere sin más disponible por la simple razón de que el avance técnico haya puesto en manos del hombre la posibilidad de actuar sobre ella.

26 BUSTOS PUECHE, J. E.: “El Derecho en España ante las nuevas técnicas genéticas”, cit., pp. 919 y ss.

27 En este sentido vid. STS 21 septiembre 1999 (RJ 1999, 6944), que declaró radicalmente nulo el asentimiento que había prestado la madre, por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del art. 177. 2 CC que dispone, en relación con el asentimiento para la adopción: “El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días (ahora seis semanas) desde el parto” -FD Cuarto-.

nuestra interna legislación, cuanto por afectar a un derecho/deber indisponible y por lo mismo irrenunciable sobre la patria potestad²⁸.

Los contratos de gestación por sustitución, sean considerados como de obra o de servicio²⁹, carecen de validez, principalmente, porque se trata de actos realizados en contra de una norma prohibitiva³⁰; porque se oponen, asimismo, al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que tratan de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de madre y de hijo³¹ y los negocios jurídicos relativos a derecho de familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes por el interés público y los imperativos éticos y la función social que los preside de manera que las renunciaciones o transacciones quedan como reglas generales prohibidas en las relaciones del estado familiar³².

Un amplio sector de la doctrina científica actual mantiene la nulidad del contrato de gestación con apoyo en los argumentos arriba expuestos y en el principio constitucional de dignidad de la persona humana, consagrado en el art. 10.I CE, haciendo especial hincapié en el riesgo de vulnerabilidad de las madres portadoras, que pueden verse abocadas a acudir a esta práctica para hacer frente a situaciones de pobreza o marginación social³³.

28 Voto particular concurrente que formula el magistrado Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernández, y al que se adhiere el magistrado Excmo. Sr. D. José Luis Gilolmo López, a la sentencia dictada en el recurso de Casación n° 3818/2015, razonamiento noveno 2, de la STS (Sala de Lo Social, Pleno), núm. 881/2016, 25 de octubre de 2016, para quienes lo indicado comporta que no pueda atribuirse eficacia jurídica alguna al documento que el reclamante aduce [el contrato de gestación y la renuncia a la patria potestad], pero sin embargo evidencia la insatisfactoria situación que de hecho se produce.

29 Los contratos de gestación cabría calificarlos como contrato de obra si se entienden como la entrega de un resultado final previamente encargado, un niño, o como prestación de un servicio, el de gestar un niño. Realmente se asemeja más a un contrato de obra en el que los comitentes buscan un resultado final, un producto, un ser al que inscribir como hijo aun cuando no lleve sus gametos y haya sido gestado por una madre contratada al efecto. Se trata pues de un contrato para la producción de un niño.

30 Art. 6.3 CC.

31 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", cit., p. 351, y PÉREZ, G. y CANTORAL, K.: "La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, enero 2014, pp. 230-251, p. 242.

32 PÉREZ, G. y CANTORAL, K.: "La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia", cit., p. 243.

33 Cfr., así, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", cit., p. 351, como más recientemente, del mismo autor, "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en la obra colectiva *Principi, regole, e interpretazione contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, Ed. Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 614-616; BELLVER CAPELLA, V.: "¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, noviembre de 2015, pp. 19-52; CORRAL GARCÍA, E.: "El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38/2013, p. 69; LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª, pp. 253-267. Los defensores del contrato de gestación por sustitución invocan el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad e incluso un pretendido derecho a la reproducción, además de la conveniencia de frenar el llamado turismo reproductivo, estableciendo cautelas que aseguren el libre consentimiento de las madres portadoras y evitar un posible tráfico internacional de niños, vid. en este sentido ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público

Si una mujer se compromete a entregar a su hijo biológico en virtud de un negocio jurídico de gestación por sustitución, y además aporta el óvulo fecundado, ese niño lleva su información genética por lo que tal acto implica la “trata de un ser humano”, y por tanto una patrimonialización o comercialización de los derechos humanos, prohibida en todas las Convenciones internacionales³⁴ y pone en peligro los derechos de las mujeres y niños y no sólo donde se permita tal práctica, dada su onda expansiva. La legalización de estos contratos implicaría la comercialización encubierta de la capacidad reproductora de la madre gestante³⁵.

Con la gestación por sustitución, los seres humanos no son procreados sino producidos; los hijos se encargan por distintas razones, algunas relacionadas con problemas de salud o esterilidad, pero otras no. De esta manera, insensiblemente se produce la cosificación de las personas que se forman como resultado de tales técnicas. Por mi parte, entiendo ilicitud tanto del objeto como de la causa³⁶. Ilicitud del objeto porque se está convirtiendo al ser humano en objeto de comercio. El intercambio económico convierte este contrato en asimilable a la compraventa. Se trata, asimismo, de un acto contrario a una ley prohibitiva que el artículo 6.3 Código Civil sanciona con la nulidad y un claro caso de fraude de ley al pretender obtener la inscripción de la filiación de los menores como hijos de los comitentes, a sabiendas de que conculca la legalidad española³⁷. Todo ello vulnera no sólo el orden público español sino también el orden público internacional porque afecta a los pilares básicos sobre los que se sostiene la filiación: la dignidad de la persona recogida en el art. 10 CE, tanto de la mujer gestante como del propio hijo objeto

internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, octubre 2014, p. 39; IGAREDA GONZÁLEZ, N.: “La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 21, enero 2015, pp. 6-7; GARCÍA ABURUZA, M°. P.: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2015 (BIB 2015, 4006); y VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, núm. 7621, 3 mayo 2013.

- 34 PÉREZ, G. y CANTORAL, K.: “La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia”, cit., p. 242, respecto a la propuesta legislativa presentada en el Congreso del Estado de Tabasco (México) sobre la reproducción asistida. Para la propuesta legislativa se consideró el principio de que el interés superior del menor es tan importante para la comunidad que representa uno de sus valores y objetivos, de modo que: 1º) El interés de los padres queda subordinado al interés del primero; 2º) El interés de los implicados trasciende de la esfera privada, para convertirse en un interés de la sociedad y del Estado, ello obliga a que los pactos de contrato de maternidad subrogada carezcan de validez porque los negocios jurídicos relativos a derecho de familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes por el interés público y los imperativos éticos y la función social que los preside de manera que las renunciaciones o transacciones quedan como reglas generales prohibidas en las relaciones del estado familiar.
- 35 Vid. Al respecto DÍAZ ROMERO, M³ DEL R.: “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010, p. 1.
- 36 Artículos 1271 y 1275 CC. En opinión de DE VERDA, J. R., “Notas sobre la gestación por sustitución”, cit., p. 351, la nulidad lo es por ilicitud de la causa, por lo que, por aplicación del art. 1306 CC, ninguna de las partes del contrato de gestación por sustitución tendrá acción para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas, de modo que los comitentes no podrían pedir la devolución de las cantidades que hubieran pagado a la que se había comprometido a ser madre portadora. En opinión de PANTALEÓN PRIETO, F.: “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988, pp. 27 y 28, la nulidad procede de la ilicitud del objeto.
- 37 Art. 6.4 CC.

del tráfico mercantil; la protección de la infancia (art. 39 CE), etc.³⁸ el respeto a la verdad biológica y el derecho a conocer los propios orígenes biológicos³⁹.

V. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS DERECHOS Y DIGNIDAD DE LA MADRE SUSTITUTA.

Se alega que la regulación de estos contratos evitaría el atentado a los derechos y la dignidad de la mujer gestante, la cual, en ocasiones, no pocas, también aporta su óvulo, lo cierto es que en los países donde se produce el turismo reproductivo siguen planteándose los siguientes desafíos, sin ánimo de ser exhaustivos que vulneran no sólo los derechos sino también la dignidad de la mujer.

I. Desafío relativo a la explotación sexual y reproductiva de la mujer.

Las prácticas de gestación por sustitución son muy lucrativas para los intermediarios por lo que, en numerosos casos, se produce la explotación del estado de necesidad de las gestantes algunas de las cuales viven en situaciones de pobreza.

La gestación por sustitución mayoritaria es la comercial, la de carácter altruista tiene, sin embargo, un carácter muy residual. Eliminadas las situaciones de vulnerabilidad de la mujer muy pocas se ofrecen a gestar de forma altruista. Aun así, la gestación altruista ofrece otros inconvenientes que más adelante analizaremos.

Es significativo que el perfil socio-económico de las mujeres que se someten a estas prácticas suele ser bajo y el nivel de conocimiento y libertad con el que han participado es cuando menos dudoso. 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 para poder sobrevivir ellas y sus familias y no tienen problema en relativizar el proceso de gestación y entrega del niño gestado para conseguirlos. ¿La mujer que alquila su vientre los hace por elección o por coerción? ¿Podremos entender que la gestante ha actuado con entera libertad y cabal conocimiento del acuerdo al que se presta? Generalmente no. 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 y la escasez de medios

38 Así se pronuncia la STS (Pleno) 6 febrero 2014 (Tol 4100882). Vid. art. 1255 CC.

39 La STS 21 septiembre 1999 (RJ 1999, 6944 [Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete]) representa un "giro copernicano" en la determinación de la maternidad y el derecho del hijo a conocer su origen biológico. Por otra parte, el Tribunal Supremo ha rechazado la legitimación de una madre para presentar, en representación de su hija menor de edad, una reclamación de filiación, a pesar de corresponder con la *verdad biológica*, por poner en riesgo el interés de la menor, primando así el interés del menor. Así lo determina la STS (Pleno de la Sala de lo Civil) 30 junio 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2995).

económicos, colocan a la mujer en una situación de vulnerabilidad que determina un escaso nivel de conocimiento y libertad de la gestante en ese proceso. Y a ello le sumamos las elevadas cifras que perciben los intermediarios en estos procesos, no sería extraño incluso que a algunas mujeres se les obligue a gestar al igual que a otras se les obliga a prostituirse, lo que implica la comisión de delitos contra los derechos humanos y la vinculación de la gestación por sustitución con la trata de seres humanos. Y en el futuro ¿podría obligarse a las mujeres a gestar hijos en favor de otros? ¿Cómo una función social tal y como relata Margaret Atwood en su novela *El cuento de la criada*?⁴⁰.

2. Desafío relativo a la reducción de la mujer a mero instrumento al servicio de los deseos de paternidad/maternidad de un tercero.

Por un lado, debemos considerar la denigrante publicidad que sufre la mujer sometida a estas prácticas. Existen agencias que ofertan a las gestantes e incluyen expresiones como “busque y compare”, no sólo precios y rapidez de trámites sino también de sus características fenotípicas, color pelo, ojos... tasa de éxito en sus embarazos, discriminando a las menos “productivas”. La gestante se oferta como un producto comercial para la reproducción asemejándose mucho a la publicidad de los criaderos caninos y atentando gravemente a su dignidad.

3. Desafío relativo a la situación de inferioridad de la mujer en el contrato de gestación.

Mediante el contrato de gestación por sustitución se obliga a la gestante a renunciar de forma anticipada al hijo que gesta sin tener en cuenta el derecho de la gestante a cambiar de opinión. Incluso la gestante puede haber aportado su propio óvulo con lo que está negociando con su propio hijo y perjudicando el interés superior del menor. Ello conduce al siguiente:

4. Desafío relativo a la privación de derechos relacionados con la maternidad.

Carece la madre sustituta del derecho de reflexión tras el parto. No se le permite ejercer la maternidad sobre el hijo gestado del que será separada tras el nacimiento de éste. Incluso en los casos en que la gestante aporta sus propios gametos. Todo ello contrasta con el derecho de la madre en los supuestos de adopción a decidir si se queda con el niño o no para lo que cuenta con un plazo de reflexión⁴¹ de seis semanas desde el parto⁴². Artículo 177. 4º.2 Código civil. Se

40 ATWOOD, M.: *El cuento de la criada*, Salamandra, 2017.

41 El Tribunal Constitucional Portugués determinó el pasado 24 de abril de 2018, la inconstitucionalidad de algunos puntos de la Ley portuguesa de gestación subrogada de agosto de 2017 por entender que viola derechos fundamentales: Entre otros, que no exista la posibilidad de que la gestante se “arrepienta”, lo que impide el ejercicio pleno de su derecho fundamental al desarrollo de la personalidad.

42 Art. 177. 4º.2 CC.

puede alegar que esta práctica no constituye un supuesto de adopción, pero no conceder plazo de reflexión a la gestante en los casos en los que aporta también sus gametos supone un trato discriminatorio injustificado.

5. Desafíos relativos a los numerosos y variados conflictos de intereses entre la gestante y los comitentes.

Resulta obvio que los intereses de cada parte son distintos y, por lo general, antagonicos. Por otro lado, se produce una flagrante reducción de la gestante al papel de incubadora humana⁴³ desprovista de los caracteres propios de la maternidad que atenta a la dignidad de la mujer gestante y la cosifica al ser reducida a una prestadora de servicios de maternidad⁴⁴. Obligar a la mujer a que preste su cuerpo para gestar el niño de otro la reduce a la condición de mero instrumento al servicio de los deseos de paternidad/maternidad de un tercero y atenta a su dignidad como mujer y como madre⁴⁵. Los comitentes desearán un niño sano y se creerán con derecho a indicar a la gestante los medios que ellos consideren mejor para lograrlo, con lo que la gestante puede estar o no de acuerdo. Asimismo, se creerán con derecho a 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 deba someterse. Así las cosas, los comitentes se van a creer con derecho a decidir sobre los hábitos de alimentación, ejercicio, preparación al parto, el parto, etc. Todo ello, que atenta a la indisponibilidad del cuerpo humano⁴⁶, tiene por

43 Los organismos intergubernamentales -como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)- que se han pronunciado sobre la gestación subrogada han adoptado posiciones de rechazo o de cautela. 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 gestación por sustitución.

44 Vid. 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)).

45 El Comité de Bioética de España ha publicado un Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, con fecha de 19 de mayo de 2017, que ha tenido gran repercusión mediática. En dicho Informe el Comité se muestra, con toda claridad, en favor de mantener la nulidad del contrato de gestación por sustitución establecida en el art. 10.1 de la Ley 14/2006, por entender que dicho contrato es contrario a la dignidad de la mujer y al interés superior del niño. Dice, así, que 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. Asimismo, el Tribunal Supremo, en la importante Sentencia de 6 de febrero de 2014 entiende que nuestro Derecho no acepta que ‘los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren 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”.

46 Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional Portugués cuando determinó el pasado 24 de abril de 2018, la inconstitucionalidad de algunos puntos de la Ley portuguesa de gestación subrogada de agosto de 2017, debido a la “excesiva indeterminación” de la ley en los límites que se imponen a las partes del contrato, lo que en la práctica supone que se pueden realizar negociaciones sobre las condiciones del embarazo que podrían ser excesivas.

prioridad el mejor desarrollado del niño, no la salud de la mujer gestante y la mujer queda así reducida a la función de incubadora humana, y a partir del nacimiento, a una extraña a la que se aleja del hijo gestado y de la que no importa el daño afectivo que pueda ocasionársele⁴⁷.

VI. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS DERECHOS, DIGNIDAD Y DESTINO DEL NASCITURUS.

Los derechos de la personalidad no son sino manifestación de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual. En este punto me propongo reflexionar sobre la colisión de derechos que ha provocado el avance de la ciencia y la técnica y que ha acabado menoscabando la dignidad del hijo y conculcando sus derechos⁴⁸.

Lamentablemente, los avances científicos y tecnológicos en las ciencias de la vida han supuesto un retroceso en la protección de la vida y dignidad humanas⁴⁹. El Derecho, lejos de ser un instrumento de protección y salvaguarda de la persona ha contribuido a tratar al ser humano en estado embrionario como objeto y no sujeto de Derecho. Y el Derecho español se cuenta entre los pioneros⁵⁰.

La controvertida Exposición de Motivos de la primera Ley sobre Técnicas de reproducción asistida de 1988 establecía, sin embargo, que “no parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen, a la que no puede renunciarse. Es preciso para ello una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y a las libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad les señale, conscientes

47 Sin embargo, investigadores de la Fundación del Instituto Valenciano de Infertilidad (FIVI) han demostrado, por primera vez en la historia de la genética, la ‘comunicación’ entre gestante y embrión, suficiente para modificar el genoma del futuro bebé. No es pues, una mera gestante. Con este trabajo, los autores – FELIPE VILELLA y CARLOS SIMÓN– han confirmado la conocida como ‘hipótesis Barker’ que formuló el epidemiólogo inglés David Barker en 1990, y que afirma que “lo que sucede en el útero materno es más importante que lo que sucede tras el nacimiento”. El hallazgo sostiene que la madre puede variar la información genética del hijo, incluso si el óvulo es de una donante o si se recurre a un vientre de alquiler (gestante subrogada), como en el supuesto que nos ocupa: Vid. VILELLA, F. y SIMÓN, C.: “Hsa-miR-30-d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome”, *Development*, septiembre de 2015.

48 Véase a SALES PALLARÉS, L.: “La dignidad de la persona, la identidad biológica y la responsabilidad médica: algunos casos recientes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, feb. 2018, p. 109, para quien el uso de las técnicas de reproducción asistida ha generado casos que conculcan la dignidad de los menores afectados estas técnicas, llegando a plantear la autora si puede predicarse el fraude de ley internacional en algunos de ellos, cuando se ha recurrido al uso de técnicas fuera del territorio nacional.

49 En el mismo sentido, CICCONE, L.: *Bioética. Historia. Principios. Cuestiones*, Palabra, Madrid, 2005, p. 130.

50 ESTELLÉS PERALTA, P. M^ª: “La donación del ser humano embrionario”, en ESTELLÉS PERALTA, P. M^ª. (coord.): *El Derecho en tiempo de crisis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 47.

ambas, ciencia y sociedad, de que en estricto beneficio del ser humano no siempre va a ser posible ni debe hacerse lo que se puede hacer”.

La dignidad es una parte esencial de los atributos de la persona, que existe más allá del derecho que la reconoce, no obstante, el reconocimiento jurídico de la dignidad de la persona ha supuesto un salto cualitativo en su efectividad y respeto, pues aunque el derecho no crea la dignidad, sí asegura su eficacia, garantiza su respeto y posibilita su desarrollo⁵¹.

El niño es, ante todo, persona en su acepción más esencial y trascendente y no sólo en su dimensión jurídica, es decir como titular de derechos, sino en su dimensión humana como “ser” capaz de sentir y pensar y desarrollarse. El menor es también una realidad humana en devenir, es decir, para él su presente permite determinar su futuro⁵². El respeto a su presente garantiza su futuro, pese a ello, el Derecho español segmenta los diversos períodos de desarrollo embrionario. Esta diferenciación conlleva, a su vez, diferente tratamiento jurídico⁵³.

La gestación subrogada puede ser causa de numerosos riesgos que menoscaban el interés superior del menor. Lo que estas prácticas ponen en peligro en relación con el *nasciturus* no son sólo su vida y su dignidad sino también la prevalencia de su interés superior en cuanto menor⁵⁴. Estamos en presencia de un ser humano que ya se está gestando, con independencia de la naturaleza jurídica que se otorgue a

51 En el mismo sentido, REBOLLO DELGADO, L.: *El Derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 108, y PÉREZ, G. y CANTORAL, K.: “La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia”, cit., p.233.

52 PÉREZ, G. y CANTORAL, K.: “La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia”, cit., p.233, y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 171.

53 Así, la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas De Reproducción Humana Asistida, en su art. 1.2 introduce el concepto de “preembrión”, como “embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde”; y la Ley de Investigación Biomédica de 3 de julio de 2007, distingue entre “embrión” y “feto”, como ulteriores fases del proceso vital, respectivamente comprendidas entre el momento del implante en el útero y los 56 días siguientes, o a partir de los 57 días y hasta el parto (art. 3. 1). En el mismo sentido, CARAPEZZA, G.: “Tutela del embrión y prohibición de patentar. Un caso de interpretación, según valores, en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, enero 2014, pp. 296-315, p. 306. En opinión del citado autor, p. 311, por suerte para el *nasciturus*, la Gran Sala del TJUE, en su Sentencia de 18 de octubre de 2011, c. 34/101, se ha pronunciado, por vez primera, sobre la trascendente cuestión de la definición del “embrión humano”. recurriendo a los principios de dignidad humana y de integridad personal como instrumentos de definición hermenéutica y al acoger una noción de “embrión”, “en sentido amplio”, el Tribunal comprende en ella, no sólo cualquier óvulo en el momento de la fecundación, sino también los obtenidos con las técnicas de partenogénesis y de clonación terapéutica, porque lo decisivo para el reconocimiento de la cualidad de ser humano es el principio de la vida, es decir, el inicio del proceso de desarrollo biológico, al cual es inmanente la exigencia de respeto de la dignidad humana.

54 Vid. Informe de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (HCCH) de 2015 alerta sobre los riesgos que entraña la maternidad subrogada internacional para los derechos del niño gestado, entre los que se encuentra el tráfico de éstos. 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 (fecha de consulta 16 de abril de 2018).

este contrato de gestación y se plantean numerosas cuestiones de difícil solución jurídica y ética y que afectan sin duda a la vida e intereses del hijo en gestación.

I. Desafío relativo a su dignidad: La cosificación del niño.

No podemos ignorar que el resultado del proceso de gestación por sustitución es un ser humano, y que los seres humanos en nuestro ordenamiento no pueden ser considerados como propiedad de otro ser humano, por lo que nadie puede disponer de ellos; el ejercicio de la paternidad es una responsabilidad, no la materialización de una propiedad. Independientemente de la naturaleza jurídica que se sostenga sobre el contrato de gestación por sustitución, el niño es en estos casos utilizado como objeto de intercambio mercantil. No se puede renunciar a lo que no se puede disponer, el niño, el objeto de esta transacción es otro ser humano y no un elemento más del patrimonio. La filiación del hijo no puede hacerse depender de la voluntad de la madre gestante o de los comitentes y atenta al orden público y nuevamente interés superior del menor.

Ello da lugar a la siguiente consecuencia: el tráfico de niños. 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 niños⁵⁵. La gestación 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 en algunos casos, un marco legal que la ampare en el país de la gestante. Los organismos intergubernamentales -como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)- que se han pronunciado sobre la gestación 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.

55 La Convención de Derechos del Niño establece que, en los Estados Partes, para los supuestos de adopción, regularán todas las medidas apropiadas para garantizar que, la misma no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella (art. 21). ¿Qué garantías existen para el niño en la maternidad subrogada? Por su parte, el artículo 35 establece que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma; y el artículo 36: “Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar”.

2. Desafío relativo a su interés superior.

El bienestar del niño y su salud física y psíquica se ven alterados por la gestación por sustitución pues atenta contra el interés superior del niño al romper su vínculo materno tras el parto⁵⁶, ya pactado *ab initio*. Ello entra en contradicción con el derecho del hijo a permanecer con su familia de origen⁵⁷. En consecuencia, se pone en riesgo –y frecuentemente se vulnera intencionalmente- el derecho del niño a ser criado por sus verdaderos progenitores y a dar prioridad a su permanencia en su familia de origen y al mantenimiento de sus relaciones familiares⁵⁸. Precisamente el efecto es el contrario.

3. El derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos, su verdad biológica.

El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación ha sido suprimido en el ámbito de la reproducción humana asistida: ¿dónde queda el derecho a conocer el propio origen biológico? Al alejar al hijo de la madre gestante se pone en riesgo el derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos⁵⁹.

56 Vid. VILELLA, F. y SIMÓN, C.: “Hsa-miR-30-d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome”, cit.

57 La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha modificado la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos: Artículo 2. Interés superior del menor. 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir... 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. 3. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

58 La Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y la Carta Europea de los Derechos del Niño establecen en su artículo 3: “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”. Y en su artículo 7: “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”.

59 Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional Portugués cuando determinó el pasado 24 de abril de 2018, la inconstitucionalidad de algunos puntos de la Ley portuguesa de gestación subrogada de agosto de 2017, considerando que esta medida impone “una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad” de las personas nacidas por gestación subrogada.

Otra de las cuestiones perturbadoras de la realidad biológica del niño que se plantean con la gestación subrogada, es justamente la contraria, y afecta directamente a las relaciones familiares cuando existe vínculo familiar entre la gestante y los comitentes. Nos referimos a la gestación llamada "altruista". Si la filiación se determina en un solo sentido, se es hijo o padre/madre, pero no hijo y nieto o madre y abuela, o madre y tía, o madre y prima. En los casos en que exista relación de parentesco entre la gestante y los comitentes, el niño tendría un doble vínculo con la gestante: el derivado de la gestación y el de la filiación legal. Se producirá entonces una filiación "en cascada". 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. Además de los problemas éticos y jurídicos ello va a afectar psicológicamente al niño al que se va a ocultar su origen.

4. Desafío relativo al desamparo del niño.

En algunos supuestos, los comitentes deciden abandonar al niño en gestación o ya nacido porque no lo quieren cómo es o cambian de opinión respecto a su deseo de paternidad/maternidad. Tal es el caso de los supuestos de crisis familiar de los padres contratantes durante la gestación en los que uno de los comitentes quiere llevar a término la gestación, pero el otro pretende el aborto porque ha cambiado de opinión o porque han cambiado las circunstancias familiares y personales de los comitentes que bien pueden haber roto su relación, haber engendrado otro hijo, perder su estatus laboral o económico, etc.

Dado que es un hecho que este tipo de contratos se están celebrando, conviene analizar otros riesgos y desafíos derivados de estos contratos y los posibles efectos, responsabilidades y daños ocasionados por los eventuales incumplimientos del mismo o del desistimiento de una de las partes y que afectan directamente a la vida, dignidad e interés del niño.

La decisión de los comitentes de "extinguir el contrato de gestación": ¿Daría lugar a que los comitentes pudieran obligar a la gestante a abortar? ¿Podría ella negarse? Veamos los posibles supuestos: a) En el caso de que el *nasciturus* padezca problemas - graves o no- de salud y ya no interese la continuación de esta gestación. b) En el caso de que en vez de un hijo la implantación haya fructificado en dos embriones y se pretenda desechar uno de ellos. c) En el caso de que la gestación se lleve a cabo para la procreación un hermano "medicamento" y entretanto se encontró la cura o falleció el hermano enfermo y este ya no se desea pues ya no reporta ninguna finalidad. d) Como consecuencia de la ruptura de la pareja de comitentes, el fallecimiento de uno de ellos, la pérdida de empleo, estatus económico o el simple desistimiento sin más.

¿Y si la gestante decide en estos casos ejercer su derecho a la maternidad y quedarse con el niño no deseado por los comitentes ya sea el gestado con problemas de salud, el gemelo no deseado o el hijo “medicamento” ya no querido? ¿Sería posible que un hermano tuviera una filiación distinta –la de la gestante- a la del otro –la de los comitentes?

En caso de que ambos comitentes hayan fallecido ¿podrían otros parientes del niño exigir de la gestante el cumplimiento de las obligaciones contractuales? ¿Qué derechos les asisten a los abuelos en estos casos? ¿Este niño podría nacer con dos o cuatro abuelos y sin padres? ¿Cómo se debería determinar la filiación y el ejercicio de la patria potestad de este niño? ¿Le debería corresponder a la madre gestante?⁶⁰.

VII. DESAFÍOS RELATIVOS A LOS COMITENTES: “A TODA COSTA”.

El deseo de tener un hijo es lo que lleva a los comitentes a celebrar este acuerdo de gestación, y siendo españoles, a sabiendas de su expresa prohibición y la comisión de un acto en fraude de ley, y acceden a ello por la puerta de atrás del ordenamiento jurídico español que abrió la DGRN de 5 octubre 2010⁶¹. Ello debería ser objeto de sanción⁶².

El 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 padres⁶³. Únicamente nos indica que alguien quiere tener un hijo y que lo quiere pese a la prohibición española. Quizá lo quiera por satisfacer un deseo que considera muy superior al interés del menor⁶⁴, y si no, como medida de comprobación apliquemos el juicio salomónico

60 No se trata de una hipótesis, un bebé chino llamado Tiantian nació en diciembre de 2017, cuatro años después de la muerte de sus padres; los abuelos alquilaron para ello un vientre de alquiler en el país vecino. Vid. noticia (fecha de consulta: el 15 de abril de 2018).

61 En estos casos el TEDH es consciente de que el libre reconocimiento de dicha filiación equivaldría a dejar sin efecto la prohibición o el rechazo de la maternidad subrogada (Paradiso § 211, 215; Mennesson § 84).

62 Llama la atención el escaso interés del legislador por preservar la eficacia de la nulidad de este tipo de prácticas. El problema no es nuevo (desde 1988) y todavía no se ha abordado con contundencia –se ha dejado a la interpretación de los Tribunales y la DGRN una función cuasilegislativa que no les compete. En otros ámbitos, estas cuestiones no plantean problema alguno porque son incluso perseguidas penalmente (trasplante de órganos art. 156 bis Código penal; ¿adopción ilegal?; clonación de seres humanos o selección de raza art. 160.3 CP, ¿por qué no se persiguen penalmente estos hechos? Poco interés pese al artículo 221 CP: 1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

63 Es clamoroso el caso del japonés Mitsutoki Shigeta quien se ha convertido en padre de 19 hijos mediante gestación subrogada.

64 La STS (Pleno) 6 febrero 2014 (Tol 4100882) rechazó definitivamente la inscripción del menor en el caso enjuiciado alegando el fraude de ley de los pretendidos “padres” y haciendo hincapié en la respuesta dada al argumento de los recurrentes de que rechazar la inscripción sería contrario al superior interés de los

y veamos el resultado. No obstante, los deseos también son mutables ¿y si deciden los deseosos “padres” poner fin al embarazo porque han cambiado de parecer? ¿Dónde queda en este caso garantizada la protección de los intereses superiores del niño?

Es más, los comitentes, en la búsqueda de la satisfacción de este deseo de paternidad van a incurrir en numerosos desafíos algunos de los cuales infringen la legalidad vigente respecto del hijo y también de la madre gestante: Los comitentes van a satisfacer una cantidad muy elevada para inscribir a un niño como hijo suyo, que en el mejor de los casos únicamente tendrá la carga genética de uno sólo de ellos. Luego el deseo de paternidad tan sólo se concretará respecto de uno de ellos; el otro, ostentará una “falsa paternidad”. Es curioso que la filiación del menor resulte determinada en favor de quien realiza el encargo.

Respecto de la madre gestante, los comitentes van a establecer indicaciones y directrices relacionadas con el proceso de gestación y alumbramiento del niño gestado que afecta a los hábitos de vida y salud de la gestante y lesionan sus derechos fundamentales; y, en ocasiones, llegado el caso, como ya sucede en otros países muy desarrollados, por qué no utilizar la maternidad subrogada para no pasar por un embarazo, estropearle la figura o dejar de trabajar, en fin para evitar un embarazo no deseado del tan “deseado” hijo.

Posteriormente los comitentes procurarán la rápida desvinculación de madre gestante y el hijo nacido en un claro perjuicio físico, psíquico y moral para ambos.

Permitir la maternidad subrogada es otorgar a unas personas, los comitentes, unos poderes sobre otros seres humanos que difícilmente tienen encaje en materia jurídica y moral. ¿Y dónde establecemos el límite? ¿Podrían unos “abuelos” recurrir a la gestación subrogada por el mero deseo de ser abuelos del nieto – *concepturus*- de su hijo fallecido en caso de que su nuera se negara al uso de las

niños. En relación con ello, afirma el Tribunal que “la aceptación de tales argumentos debería llevar 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 entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él. La invocación indiscriminada del ‘interés del menor’ serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas”. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista (del juez), sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales”; y continúa: “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”.

TRHA o también hubiera fallecido? ¿Existe un derecho a ser abuelo? ¿Por qué generar un niño huérfano *ab initio*? ¿Cómo se debería determinar su filiación y el ejercicio de la patria potestad de este niño, en estos casos?

¿Por qué –ante tanto deseo de paternidad/maternidad insatisfecha- no asumir la adopción de un niño ya nacido y necesitado de una familia en vez de fabricar a propósito uno nuevo?

VIII. CONCLUSIONES.

No es cierto que haya una auténtica demanda social en España para contratar madres de alquiler y, mucho menos, una oferta de mujeres que se presten a ser gestantes altruistas, por lo que no son comprensibles las propuestas para su legalización.

La satisfacción de deseos individuales no puede estar por encima de la protección de los derechos de los otros implicados en estas prácticas. No se debe anteponer los deseos –no derechos- de los padres y madres intencionales a los derechos de los niños en gestación.

La gestación por sustitución no constituye un proceso inocuo ni para el niño ni para las mujeres gestantes que se ven afectadas física y emocionalmente como consecuencia de su maternidad y de la separación radical del hijo gestado.

La gestación por sustitución es un negocio altamente lucrativo. En muy escasas ocasiones podrá considerarse “altruista”, sin embargo, estas situaciones suelen producirse cuando hay vínculos de parentesco entre gestante y comitentes lo que provoca en el niño un grave riesgo relativo a sus orígenes.

La prohibición del art. 10 de la LTRHA no es suficiente para proteger los derechos y la dignidad de las gestantes y de los niños así gestados. Tampoco la norma internacional y los distintos Pactos y Convenios. La ausencia de sanciones a los intervinientes en este proceso fomenta estas prácticas. Pero, además, el propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que, si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo.

Los imparable avances de la ciencia suponen un constante desafío para el Derecho y los Estados que no pueden mantenerse impasibles ante las nuevas necesidades que se generan y demandan por lo que éstos deben establecer normas civiles y penales a nivel nacional e internacional que pongan fin a la instrumentalización del ser humano cualquiera que sea ésta, instrumentalización

que atenta a sus más básicos derechos y a su dignidad. La ley y los tribunales de justicia deben insistir en la defensa del principio de protección al interés superior del menor en todo caso, y en la protección jurídica de la madre gestante, en aras de garantizar todo vestigio de posible trata de seres humanos.

No considero preciso llevar a cabo una reforma legislativa para que los derechos de todas las partes implicadas en un contrato de gestación por sustitución queden garantizados, fundamentalmente los del niño que sin ser parte del mismo es su principal efecto, porque aquello que está prohibido no se regula para garantizar otros derechos, sino que se sanciona.

No entiendo necesario abordar mediante una nueva regulación el reconocimiento de las filiaciones determinadas en el extranjero respetando la legislación (extranjera) pero no la española. Actualmente la ley española ya precisa la filiación de los menores: maternidad de la gestante y posible reclamación de paternidad del padre biológico.

Figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la materialización de los deseos de paternidad/maternidad y la formalización jurídica de la integración real de los menores en situación de desamparo en un núcleo familiar sin necesidad de producir nuevos seres humanos *ad hoc*.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.: "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo del orden público internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, octubre 2014.

ATWOOD, M.: *El cuento de la criada*, Salamandra, 2017.

BELLVER CAPELLA, V.: "¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, noviembre de 2015.

BUSTOS PUECHE, J. E.: "El Derecho en España ante las nuevas técnicas genéticas", *Diario La Ley*, 1992, tomo 3, La Ley 4098/2001.

CALVO MEJIDE, A.: "El permisivismo en la FIV: b) El Informe Palacios, Fundamento de la Legislación española", en BALLESTEROS LLOMPART, J. (coord): *La Humanidad in Vitro*, Comares, Granada, 2002.

CARAPEZZA, G.: "Tutela del embrión y prohibición de patentar. Un caso de interpretación, según valores, en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, enero 2014.

CICCONE, L.: *Bioética. Historia. Principios. Cuestiones*, Palabra, Madrid, 2005.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, con fecha de 19 de mayo de 2017.

CORRAL GARCÍA, E.: "El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38/2013.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)", *Diario La Ley*, núm. 6161, 2005.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero de 2016.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en la obra

colectiva *Principi, regole, e interpretazione contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, Ed. Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 583-602.

DÍAZ ROMERO, M^a DEL R.: "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico", *Diario La Ley*, núm. 7527, 2010.

ESTELLÉS PERALTA, P. M^a: "La donación del ser humano embrionario", en ESTELLÉS PERALTA, P. M^a. (coord.): *El Derecho en tiempo de crisis*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

VILELLA, F. y SIMÓN, C.: "Hsa-miR-30-d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome", *Development*, septiembre de 2015.

GARCÍA ABURUZA, M^a. P.: "A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2015 (BIB 2015, 4006).

GARCÍA AMEZ, J.: "Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40/2014.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C.: "Selección del sexo y derechos de la persona", *Diario La Ley*, 1992, tomo 2.

IGAREDA GONZÁLEZ, N.: "La inmutabilidad del principio mater semper certa est y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 21, enero 2015.

LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A.: "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2^a.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988.

PÉREZ MONGE, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Colegio de Registradores, Madrid, 2002.

PÉREZ, G. y CANTORAL, K.: "La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, enero 2014.

REBOLLO DELGADO, L.: *El Derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2005.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2007.

SABATER BAYLE, E.: “La adopción nacional”, en RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.): *Derecho de la persona*, Bosch, Barcelona, 2011.

SALES PALLARÉS, L.: “La dignidad de la persona, la identidad biológica y la responsabilidad médica: algunos casos recientes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, feb. 2018.

SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, enero-diciembre 2012.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, núm. 7621, 3 mayo 2013.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Derechos inherentes en la reproducción asistida”, en BALLESTEROS LLOMPART, J. (coord): *La Humanidad in Vitro*, Comares, Granada 2002.