

La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre la gestación por sustitución

Profa. Dra. Noelia Igareda González
Profesora acreditada lectora de Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen

La gestación por sustitución está prohibida en el ordenamiento jurídico español, y aun así, un número cada vez más creciente de parejas (sobre todo parejas de varones) acuden a otros países para mediante esta técnica tener un hijo/a. La reciente sentencia del Tribunal Supremo español ha resuelto denegando la inscripción de la filiación resultante de dicha técnica. Pero más allá de los argumentos utilizados en la sentencia, hay todo un debate bioético acerca de la gestación por sustitución que este artículo analiza, y que finalmente aboga por un necesario cambio legislativo en España.

Palabras clave: gestación por sustitución, maternidad subrogada, madres de alquiler, derecho a la reproducción, mater semper certa est.

Abstract

Surrogate motherhood is forbidden under the Spanish legal system, but still, a growing number of couples (in particular male couples) go to other countries to have a child thanks to this technique. The recent sentence of the Spanish Supreme Court has refused the inscription in Spain of a filiation recognition done with this technique. Beyond the arguments used in this sentence, there is a whole bioethical debate about surrogate motherhood that this article analyses, and finally concludes about the need to a legal change in Spain,

Key words: Substitutive gestation, surrogate motherhood, renting mothers, right to reproduction, mater semper certa est.

Sumario/ Summary: 1. Introducción. 2. El derecho a la reproducción y su relación con la gestación por sustitución. 3. Razones en contra de la gestación por sustitución. 3.1. Argumentos sobre la dignidad de la mujer gestante y del hijo/a. 3.2. Argumentos sobre la mercantilización. 3.3. Argumentos sobre las reglas de filiación. 4. Porqué debería permitirse una gestación por sustitución de carácter altruista. 3.4. Argumentos de derecho comparado. 4.1. Razones a favor de la legalización de la gestación por sustitución. 4.2. Modelos de regulación.

1. Introducción

El Tribunal Supremo español (TS) desestima un recurso de casación sobre gestación por sustitución¹, relativa a la impugnación de la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariados (DGRN)² que acordó la inscripción en el Registro Civil español la filiación de unos menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución en el estado de California, en Estados Unidos.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013

² Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. Ver por ejemplo los análisis de dicha Resolución que realiza DE BARRÓN, Paloma, "La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 31, pp. 29-41.

El Tribunal Supremo considera que la inscripción registral realizada en California de los dos niños nacidos tras un contrato de gestación por sustitución vulneran el orden público español internacional³, y no puede invocarse el interés supremo del menor para conseguir legalmente, algo que es ilegal bajo el ordenamiento jurídico español⁴.

El presente artículo no pretende analizar en profundidad los argumentos jurídicos que el Tribunal Supremo utiliza en este recurso de casación, que a su vez utilizaron tanto la Sentencia previa de la Audiencia Provincial de Valencia⁵, como la sentencia del Tribunal de Primera Instancia⁶ que se pronunciaron sobre dicha inscripción. No es nuestra intención, analizar críticamente dichos pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, ni análisis sobre la Resolución e Instrucción de la DGRN objeto de litigio, que han sido objeto de análisis por numerosos civilistas⁷ y expertos de derecho internacional privado⁸.

Para el objeto de este artículo es suficiente reconocer, que desde un punto de vista estrictamente jurídico, la STS 853/2012 es correcta, y que no se podía pretender legalizar por la vía jurisprudencial (como es la prohibición de la gestación por sustitución contenida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida) algo que debería ser de competencia del poder legislativo. Y eso, aunque la sentencia pueda tener unos efectos contradictorios para el sentido común y puedan despertar grandes inquietudes por el futuro de los niños/as y los padres implicados en el caso concreto objeto de la sentencia (tal y como quizás intentan salvar el voto particular de la STS 853/2012). Pero, a veces, una cosa es la justicia y otra cosa es el derecho. Obviamente es injusto que los niños del caso concreto objeto de la sentencia del Tribunal Supremo queden ahora en una situación de “limbo jurídico”, y también es injusto el sufrimiento de sus padres, pero el pronunciamiento del TS era esperable de acuerdo al actual ordenamiento jurídico español.

³ El TS enumera en el FJ3.5 de dicha sentencia una serie de derechos y deberes fundamentales contenidos en el Título I de la CE que considera que integran este orden público internacional que actúa como límite al reconocimiento de las decisiones de autoridades extranjeras. También considera en el FJ3.10 que la decisión de la autoridad registral del Estado de California que atribuyó la paternidad a los padres comitentes es contraria al orden público internacional español porque resulta incompatible con las normas españolas de filiación.

⁴ Ver el FJ5.6 al respecto.

⁵ SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011.

⁶ Sentencia del Juzgado de Primera instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.

⁷ Ver por ejemplo LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, 2012, pp. 1-49; VELA, Antonio J., “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, nº 8162, Sección Doctrina, 3 Octubre 2013; VELA, Antonio J., “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, nº 7815. Sección Doctrina, 9 marzo 2012; VELA, Antonio J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario la Ley*, nº 7608, Sección Doctrina, 11 abril 2011; CORRAL, Eduardo., “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 38, 2013, pp. 45-69; DE BARRÓN, Paloma, “La posibilidad de inscribir en el registro Civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler”, *op.cit.*

⁸ Ver por ejemplo QUIÑONES, Ana, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, nº3, 2009; CALVO, Alfonso-Luis y CARRASCOSA, Javier, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 2, pp. 294-319.

Pero más allá de las discusiones sobre cómo se interpreta el orden jurídico internacional español y el interés supremo del menor⁹, así como los evidentes problemas de jerarquía normativa que causaron tanto la Resolución como la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010¹⁰ respecto a la Ley Registro Civil (LRC)¹¹ y la Ley Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRA)¹², lo que nos interesa es analizar cuáles son los presupuestos de carácter más filosóficos y bioéticos que hay detrás de todo este problema legal y social, algunos de los cuáles en ocasiones aparecen de manera muy colateral en las sentencias, y otros sin embargo no aparecen en ningún momento: la existencia y encaje constitucional de un derecho a la reproducción en el ordenamiento jurídico español, y las resistencias a cambiar una regla de filiación de origen romano como el “mater semper certa est”.

La STS nº 835/2013 cierra de una vez por todas, la vía reglamentaria y de facto que se había establecido mediante la Resolución e Instrucción de la DGRN para inscribir la filiación en España de hijos/as concebidos mediante un contrato de gestación por sustitución en el extranjero, cuando en cambio, el ordenamiento jurídico no lo permitía¹³.

La vía posible para inscribir la filiación de estos niños/as concebidos mediante contrato de gestación por sustitución es tal y como la propia STS 835/2013 apunta, y también numerosa parte de la doctrina había ya adelantado¹⁴. Normalmente las parejas acudían al proceso alternativo de reclamación de la paternidad del padre biológico, y que su pareja iniciara procedimiento de adopción, y así el hijo tenía la situación regularizada.

Pero este no es el interés último de la pareja que ha llevado hasta el Tribunal Supremo este caso, ni de muchas otras parejas de varones que siguiendo su ejemplo, y amparados por la Resolución e Instrucción de la DGRN han accedido a la gestación por sustitución para tener un hijo/a, especialmente en California (Estados Unidos), que era el lugar que más garantías legales ofrecía (especialmente desde que la Instrucción exigiera una resolución judicial para reconocer la filiación en España).

Lo que verdaderamente debería debatirse, es si, todas las personas, independientemente de su sexo, orientación sexual, de manera individual o en pareja de derecho o hecho, tienen un derecho a la reproducción que legitimaría un cambio legal para permitir la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, ya que la gestación por sustitución es la única técnica de reproducción asistida en algunos casos que permite satisfacer este derecho a la reproducción.

⁹ Tal y como algunos autores reconocen, no se puede alegar el interés supremo del menor para provocar una ilegalidad, y su invocación puede hacerse dentro de los márgenes que el derecho vigente permite (VELA, Antonio J., “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *op.cit.*, pp.7)

¹⁰ BOE 7 julio de 2010.

¹¹ Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014).

¹² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

¹³ Ya había autores/as que preconizaban que la Resolución de la DGRN del 18 de febrero de 2009, que revocaba el auto del registro civil consular que denegaba la inscripción de los menores nacidos en California de una gestante sustituta como hijos de dos varones casados en España en 2005, tendría consecuencias sociales. Esta Resolución supuso un nuevo mecanismo de acceso a la filiación para los matrimonios o parejas de hecho compuestas por dos hombres, que habían accedido a Estados Unidos para suscribir un contrato de gestación por sustitución (ver por ejemplo DE BARRÓN, Paloma, “La posibilidad de inscribir en el Registro civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 31, 2009, pp. 30).

¹⁴ Ver por ejemplo ALBERT, Marta, “Los contratos de gestación de sustitución en el extranjero y la nueva Ley de Registro Civil”, *Diario La Ley*, nº 7863, Sección Doctrina, 22 Mayo 2012, pp. 3.

2. El derecho a la reproducción y su relación con la gestación por sustitución

En primer lugar, deberíamos preguntarnos si el derecho a la reproducción tiene cabida en el actual ordenamiento jurídico español. Obviamente no aparece de manera explícita en la Constitución española como un derecho fundamental, pero existe un sector de la doctrina¹⁵ que defiende su existencia, derivado de otros derechos fundamentales que sí que están explícitamente recogidos en la Carta Magna. También existe un sector más conservador¹⁶ que se opone a defender la existencia de dicho derecho a la reproducción, o que considera, que en el caso de existir, no se trata de un derecho absoluto, sino que debe limitarse sobre todo por el interés supremo del menor¹⁷.

*“El derecho a la procreación es una proyección de los derechos humanos o los derechos fundamentales reconocidos por algunas constituciones”*¹⁸.

Según los autores/as favorables al encaje constitucional del derecho a la reproducción, este derecho sería así, un derecho fundamental que podría deducirse de otros derechos y valores fundamentales de la Constitución como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana¹⁹, el derecho a la igualdad²⁰, la integridad física y moral²¹ y el derecho a la libertad²², así como otros derechos que constituyen principios rectores de la vida económica y social, como es el derecho a fundar una familia²³.

Este derecho a la reproducción correspondería al anhelo propio de los seres humanos de reproducirse, independientemente de su sexo, género u orientación sexual²⁴. No se trataría de satisfacer únicamente un deseo, pues no construimos derechos en base a simples deseos humanos, sino a necesidades básicas que como sociedad consideramos que son imprescindibles para garantizar la dignidad humana²⁵. Tampoco de este hipotético derecho a la reproducción se derivan un derecho a ser madre, o un derecho a ser padre, que el Estado deba garantizar²⁶. Únicamente un derecho cuyo reconocimiento, obligará al Estado a legislar de una manera u otra,

¹⁵ Entre ellos ROBERTSON, John A., *Children of choice: freedom and the new reproductive technologies*, New Jersey, Princeton University Press, 1994; DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona: Ariel, 1994; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción*, Madrid, Marcial Pons, 1994; DE LORA, Pablo, “¿Qué hay de malo en tener hijos?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, 2006.; IGAREDA, Noelia, “El hipotético derecho a la reproducción”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 23, 2011, pp. 252-271.

¹⁶ Entre ellos PANTALEÓN, Fernando, “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 15, 1993, pp. 129-160; o CORRAL, Eduardo, “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *op.cit.*. De hecho este autor señala que las técnicas de reproducción asistida nacieron como remedio a problemas de fertilidad de una pareja heterosexual, y que en cambio ahora se utilizan para fines totalmente ajenos a esta finalidad terapéutica inicial.

¹⁷ DE BARRÓN, Paloma, “La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler”, *op.cit.*, pp. 38.

¹⁸ ROMEO CASABONA, Carlos María (ed), *La eugenesia hoy*, Bilbao, Comares, 1999, pp. 26

¹⁹ Artículo 10.1 de la Constitución española (CE)

²⁰ Artículo 14 CE

²¹ Artículo 15 CE

²² Artículo 17.1 CE

²³ Artículo 32 CE

²⁴ Importante precisión desde que en España, se reconoce el matrimonio de personas del mismo sexo desde la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

²⁵ Ver en este sentido HELLER, Agnes, *Una revisión de la teoría de las necesidades*, Barcelona, Paisó, 1996; AÑÓN, M^aJosé, “De las necesidades radicales a las necesidades humanas”, *Diamon: Revista de Filosofía*, nº 17, 1998, pp. 53-69.

²⁶ IGAREDA, Noelia, “De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 18, 2009, pp. 140-153,

sobre todo a la luz de los avances científicos y las nuevas técnicas de reproducción humana asistida (TRA), que permitirían el acceso a este derecho a la reproducción a prácticamente todas las personas, independientemente de su sexo, género, orientación sexual y estado civil²⁷.

La reproducción, la perpetuación de la especie humana es obviamente una necesidad básica de los seres humanos. El reconocimiento jurídico de este derecho a la reproducción, aunque apoyado por un numeroso sector de la doctrina²⁸, no goza de un reconocimiento explícito en nuestro ordenamiento jurídico²⁹. Los derechos sexuales y reproductivos, aunque garantizados en instrumentos jurídicos internacionales de los que España es partícipe³⁰, son objeto de interpretaciones muy variadas, y no siempre sustentan un derecho a la reproducción y aun menos, el acceso a según qué técnicas de reproducción asistida³¹. Además en nuestro ordenamiento jurídico, una vez más no se recogen de manera explícita en nuestra Carta Magna, y cuando se han interpretado de acuerdo al derecho internacional ha sido como salud sexual y reproductiva³², y no como verdaderos derechos fundamentales.

En consecuencia, debería admitirse la gestación por sustitución para poder satisfacer este derecho a la reproducción de a todas las personas. Tal y como la propia STS 835/2013 establece, la legalización o no de la gestación por sustitución, que actualmente se encuentra prohibida en España, no es competencia de los órganos judiciales, sino del poder legislativo que tiene el encargo de elaborar las leyes como expresión de la voluntad del pueblo, dentro del marco y como límite del elenco de derechos fundamentales que nuestro estado de Derecho reconoce y ampara³³.

Una vez se admitiera la existencia de este derecho a la reproducción: ¿Quién o quiénes ostentarían la titularidad de este derecho? ¿Todas las personas, independientemente de su sexo, y de si lo quieren ejercer de manera individual o en pareja?

Los hombres solos, o las parejas homosexuales, o incluso algunas parejas heterosexuales que por razones médicas la mujer no puede gestar a su propio hijo/a o al hijo/a concebido con material genético de su pareja, ¿deberían pues permitirse el acceso por ejemplo a la gestación por sustitución, como una forma de hacer realidad su derecho a la reproducción?

Para responder a todas estas preguntas en primer lugar se necesitaría un verdadero debate social, tal y como se exigen a la hora de encontrar respuestas a los grandes problemas bioéticos. El pluralismo moral de la sociedad no sólo es un hecho, sino además un valor constitucionalmente protegido (artículo 1 CE). Contra el relativismo moral extremo, cabe la posibilidad de juicios morales racionales suficientemente

²⁷ Aunque hay autores en contra de este planteamiento, porque consideran ilógico que el deseo de ser progenitor biológico deba ser objeto de tutela legal, ver por ejemplo CORRAL, Eduardo, "El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", *op.cit.*, pp. 48-49.

²⁸ Como ya se ha visto en la nota a pie de página nº 15 de este mismo texto.

²⁹ A diferencia de Grecia o Sudáfrica.

³⁰ Ver por ejemplo la definición de los derechos sexuales y reproductivos del artículo 96 de la Plataforma de Acción de Pekín.

³¹ Ver al respecto IGAREDA, Noelia, "De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, *op.cit.*

³² Ver por ejemplo la actual Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Además esta ley tiene carácter orgánico sólo en aquellos artículos que modifican leyes que ya tenían rango de ley orgánica (especialmente el Código Penal), no se trata de una ley orgánica que desarrolle ningún derecho fundamental relacionado con los derechos sexuales y reproductivos.

³³ Ver la FJ5.6 de la STS 853/2012.

debatidos, que se plasmen en un derecho que constituya en la medida de lo posible la expresión de la voluntad del pueblo³⁴.

No siempre ha sido así en este país, a diferencia de otros países vecinos, donde estas cuestiones tienen un amplio eco en la opinión pública y en los medios de comunicación a la hora de ser legislados. Aquí en cambio las TRA gozan en general de una gran aceptación social, a pesar de que la Iglesia Católica por ejemplo las condena³⁵, pero esta condena no tiene la misma influencia social, que otras posiciones de la Iglesia en materia de reproducción humana como es el caso del aborto. Igualmente, la prohibición de la gestación por sustitución se incorporó en la primera ley española de TRA en 1988³⁶, y se volvió a incluir en la actual el de 2006 (LTRA), sin apenas debate social y público, al igual que la donación anónima de gametos masculinos y femeninos que nuestras dos leyes permiten.

Además en los últimos años, se han producido cambios sociales y modificaciones legales, como por ejemplo la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta ley ha modificado y ampliado el modelo de familia respaldado por nuestro ordenamiento jurídico, y por lo tanto, también debería ser objeto de debate social, y en consecuencia legal, si a estas parejas se las reconoce el derecho a la reproducción accediendo también a determinadas TRA, como la gestación por sustitución, que representan la única posibilidad de tener descendencia con un vínculo genético.

3. Razones en contra de la gestación por sustitución

Pero incluso si se aceptara social, y jurídicamente, la existencia de un derecho a la reproducción que obligara a repensar la legalización de la gestación por sustitución, son numerosos los obstáculos de carácter ético que se esgrimen para mantener su prohibición.

3.1. Argumentos sobre la dignidad de la mujer gestante y del hijo/a

En primer lugar, nos encontramos con todos los argumentos que afirman que la gestación por sustitución supone un atentado a la dignidad de la mujer gestante, pero, ¿qué y quiénes interpretan qué es la dignidad de la mujer?. Porque parece que es contrario a la dignidad de una mujer, el no reproducirse de la forma que las normas esperan, o que es contrario a su dignidad reconocer su capacidad de decisión y plena capacidad de obrar, sobre cuestiones que tienen que ver con su reproducción. Esta capacidad sin embargo no se duda de otras personas en decisiones también fundamentales en sus vidas, como por ejemplo la donación de un órgano en vida, que pueden incluso constituir un menoscabo de un derecho fundamental como la integridad física, y en ningún momento se duda de su plena capacidad de decisión, o que esa decisión pueda constituir un atentado a su dignidad, o una cosificación de estas personas.

³⁴ CASADO, María, *Materiales de Bioética y Derecho*, Barcelona, Cedecs, 1996, pp. 38.

³⁵ La Iglesia Católica ya ha expresado en contra de la maternidad sustitutiva y también contra la fecundación artificial heteróloga en la Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la procreación de la Sagrada Congregación para la Doctrina de Fe, del 22 de Febrero 1987 (LEONSEGUI, Rosa Adela, "La maternidad portadora, sustitutiva, subrogada o de encargo", *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 7, 1994, pp. 324)

³⁶ Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida.

Depende de qué interpretación se hace de la máxima kantiana de que el hombre no puede ser nunca un medio sino un fin en sí mismo. Si hacemos una interpretación no androcéntrica de este principio kantiano, la mujer no está siendo utilizada como un instrumento en el caso de la gestación por sustitución, porque su fin no es ser madre, y la cesión voluntaria de su útero no implica su conversión en un simple medio.

En ocasiones se equipara este debate sobre la mercantilización del cuerpo de la mujer en la gestación por sustitución, con la hipotética admisión y regulación legal de la prostitución³⁷. Pero aunque admitiéramos la posibilidad de legalizar el trabajo sexual como un trabajo más que las mujeres pueden hacer libremente utilizando su cuerpo, y a cambio, puedan recibir una contraprestación económica, no creo que sea trasladable a la gestación por sustitución. Estoy a favor de la admisión de la gestación por sustitución como una forma más de TRA de carácter altruista, pero no como una modalidad posible de actividad laboral para las mujeres. Las diferencias son importantes: en la prostitución no hay ningún tercero implicado, sólo dos personas adultas que libremente consienten y contratan una contraprestación económica a cambio de unos determinados servicios sexuales. En la gestación por sustitución hay un tercero implicado: el hijo/a que posiblemente nacerá de la gestación por sustitución. Igualmente el ejercicio del trabajo sexual puede conllevar ciertos riesgos para la salud física y psíquica de la mujer, pero no son comparables con los riesgos y consecuencias en la salud de la mujer gestante³⁸. También existen riesgos para la salud de la mujer, el sometimiento a ciertos métodos de TRA³⁹, aunque sobre esta cuestión no se hable tanto, en la generalización de algunas de estas técnicas legales, que socialmente se aceptan como inocuas⁴⁰.

También empiezan a describirse por primera vez, algunas posibles consecuencias negativas para los niños/as concebidos mediante alguna de las TRA, y eso, que es aún demasiado pronto, como para poder alcanzar a analizar todos sus posibles riesgos⁴¹. Asimismo comienzan a analizarse las posibles consecuencias legales que las TRA pueden tener en concepto de responsabilidad por daños, dada la complejidad de

³⁷ Es interesante analizar el debate feminista sobre la gestación por sustitución, de gran paralelismo con el de la prostitución. Es ilustrativo el famoso debate entre SHALEV, Carmen, *Birth power. The case of surrogacy*, United Kingdom, Yale University Press, 1989, a favor de la gestación por sustitución como un ejercicio de la libertad contractual de las mujeres y PATEMAN, Carole, *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995, en contra, identificándolo como un ejemplo más del aprovechamiento sexual de la mujer en beneficio de los hombres.

³⁸ Los índices de mortalidad materna se han visto reducidos drásticamente en el mundo occidental en los últimos años, pero aun así, la tasa de mortalidad materna en España, aun siendo una de las más bajas del mundo es de 4,67 muertes maternas / 1.000 nacidos/as vivos (Fuente, INE, 2012).

³⁹ Ver por ejemplo en ROMEO, Carlos María; PASLACK, Rainer; SIMON, Jürgen W. "Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European Countries", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 38, 2013, pp. 20 cuando describen algunos de los riesgos para la salud de la mujer de la donación de óvulos, derivados tanto del tratamiento hormonal, como durante la extracción, así como el aumento de padecer según qué tipos de cáncer a medio y largo plazo.

⁴⁰ Ver por ejemplo visiones más críticas en este sentido de las TRA, aun admitiendo su legalidad desde ámbitos muy diferentes CAMBRÓN, Ascensión (ed.), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Madrid, Trotta, 2001; TABOADA, Leonor, *La maternidad tecnológica. De la inseminación artificial a la fertilización in Vitro*, Barcelona, Icaria, 1986; TUBERT, Silvia, *Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología*, Madrid, Siglo XXI, 1991; LOZANO ESTIVALIZ, María, *Mujeres autónomas, madres automáticas*, Málaga, Universidad de Málaga, 2004.

⁴¹ Por ejemplo se ha demostrado que la utilización de ciertas TRA pueden incrementar los riesgos de que los niños/as así concebidos tengan alteraciones cromosómicas (PINBORG, Anja; AARIS HENNINGSEN, Anna-Karina; MALCHAU, Sara Sofie.; LOFT, Anne, "Congenital anomalies after assisted reproductive technology", *Fertility and Sterility*, vol. 99, nº 2, February 2013, pp. 327-332. También recientemente se ha demostrado que los niños/as nacidos mediante Fertilización in Vitro (FIV), tienen mayores riesgos de padecer de adultos patologías cardíacas (VALENZUELA-ALCARAZ, Brenda; CRISPI, Fátima; BIJNES, Bart; CRUZ-LEMINI, Monica.; CREUS, Montserrat; SITGES, Marta; BARTRONS, Joaquim; CIVICCO, Salvadora; BALASCH, Juan; GRATACOS, Eduard, "Assisted reproductive technologies are associated with cardiovascular remodeling in utero that persists postnatally", *Circulation*, 2013).

algunas de las técnicas, y la mayor exigencia del deber de información en este ejemplo de medicina satisfactiva⁴².

Los donantes de órganos son incluso capaces de renunciar en parte a sus derechos fundamentales de una manera lícita, siempre y cuando sea altruista, y esto implique ayudar a otra persona a vivir. En el caso de la gestación por sustitución, también la decisión altruista de estas mujeres, que ceden el uso de sus úteros, también puede que de manera altruista, para concebir una nueva vida para otros padres. Igualmente este reconocimiento de la mujer como sujeto con autonomía y capacidad de consentir libremente es algo difícil de encontrar en cuestiones relacionadas con las TRA, donde las mujeres aparecen más como objetos y no como sujetos de derechos⁴³. Característica demasiado frecuente en cualquier ley que afecte a la reproducción⁴⁴.

También se considera que supone una violación de la dignidad del niño/a nacido fruto de la gestación por sustitución. ¿Y por qué haber nacido de una gestación por sustitución puede ser un atentado a la dignidad del niño/a?. Precisamente las pocas investigaciones realizadas sobre niños/as concebidos mediante estas técnicas muestran que su desarrollo psicológico y salud mental es absolutamente comparable a los niños/as concebidos de manera natural⁴⁵. Mientras ese nuevo ser tenga el derecho a conocer en un momento dado, y si así lo desea, cuáles son sus orígenes biológicos, como sucede ya en España en la adopción, y en cambio no en caso de donación anónima de gametos masculinos y femeninos⁴⁶ (aunque esto pueda suponer una clara violación del derecho del menos a conocer sus orígenes tal y como reconoce el Convenio Internacional de Derechos del Niños de 1989, y que ha provocado que otros países europeos si que hayan modificado sus legislaciones sobre donación de gametos)⁴⁷, no existen verdaderos argumentos para considerar su dignidad violentada.

Además, se ha demostrado de manera extensa, que un niño/a únicamente necesita de un entorno familiar estable, donde sea deseado, cuidado y atendido, y de donde reciba un amor incondicional por parte de los adultos que sean sus responsables, sean estos una pareja heterosexual, homosexual, una mujer o un varón solo, sus abuelos o un pariente lejano. Los hijos/as concebidos por gestación por sustitución son bebés sumamente deseados, y por tanto, crecen con total normalidad⁴⁸.

⁴² Que debería incluir “además de los aspectos económicos, éticos y jurídicos (...) las posibilidades de éxito del tratamiento, los riesgos (incluidos los derivados para la mujer y la posible descendencia de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada) y las condiciones de aplicación de cada técnica” DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, “Responsabilidad por daños de técnicas de reproducción asistida: diferencias con la investigación biomédica (A propósito de la SSTS de 23 de octubre de 2008 y 20 de noviembre de 2009)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 32, pp. 196-197.

⁴³ Ver por ejemplo IGAREDA, Noelia, “Las mujeres como objeto y no como sujeto de las técnicas de reproducción humana asistida” en BOLADERAS, Margarita (editado), *Bioética, género y diversidad cultural*, Cánoves i Samoles: Proteus, 2012, pp. 447-490; LEMA AÑÓN, Carlos, *Reproducción, poder y derecho*, Madrid, Trotta, 1999.

⁴⁴ Como actualmente ocurre en el proyecto de reforma de la interrupción voluntaria del embarazo en el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada.

⁴⁵ GUERRA, Diana, “Aspectes psicosociològics de la subrogació uterina” en En VVAA.; *La subrogació uterina: análisis de la situación actual*, Barcelona, Fundació Víctor Grifols i Lucas, pp. 32.

⁴⁶ Ver sobre la controversia sobre el anonimato de donantes de gametos LEMA AÑÓN, Carlos, *Reproducción, poder y derecho*, op.cit. pp. 79; PUIGPELAT, Francesca, “Contra el anonimato de las donaciones en las técnicas de reproducción asistida” en BOLADERAS, Margarita; *Bioética: Justicia y Vulnerabilidad*, Barcelona, Proteus, 2013; IGAREDA, Noelia, “Derecho a conocer los orígenes biológicos versus anonimato de donantes”, *Revista Derechos y Libertades*, pendiente publicación, 2014.

⁴⁷ Tal y como afirma PITCH, Tamar, *Un derecho para dos: la construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*. Madrid, Trotta, 2003, pp. 69: “No existe simetría entre espermatozoides, óvulos y úteros”

⁴⁸ GOLOMBOK, Susan; MURRAY, Clare, “Families created through surrogacy: parent relationship in the first year of life”, *Fertility and Sterility*, vol. 80, supl. 3, pp. 50-63.

3.2. Argumentos sobre la mercantilización

En segundo lugar, aunque conectado con el argumento anterior, están quienes defienden que admitir la gestación por sustitución sería legalizar una forma de explotación de las mujeres, porque sólo las mujeres con menos recursos económicos se prestarían a hacer de gestantes por encargo. ¿Pero acaso no ocurre esto con numerosos trabajos o roles que la sociedad no sólo tolera, sino espera y exige que estén desempeñados por mujeres? Por ejemplo, todos aquellos que tienen que ver con los cuidados, sean estos objeto de remuneración económica en la economía formal⁴⁹, o las labores de cuidado en el ámbito privado. Y pocas voces alzan la voz considerando que esto es una forma de explotación de las mujeres. Utilizar pues el argumento de la explotación en el caso de la gestación por sustitución es “paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer”⁵⁰.

En tercer lugar, legalizar la gestación por sustitución supondría infringir las normas civiles de prohíben que partes del cuerpo sean objeto de comercio de los hombres. ¿Pero porqué la procreación se considera una parte esencial del cuerpo humano? Es una capacidad, no una parte, ni un órgano. Ni siquiera los gametos masculinos y femeninos son considerados una parte del cuerpo humano, y por ello se admite su posible donación, y en algunos países, su objeto de compraventa⁵¹. Y su cesión, como hemos indicado ni siquiera implica un menoscabo a su integridad física, y tampoco implica ningún riesgo vital, como en la donación de órganos, que en cambio si que está permitido.

En cuarto lugar, se esgrime, que antes de la gestación por sustitución ya existe la figura jurídica de la adopción, y que todas aquellas personas que no pueden concebir y/o gestar un hijo/a propio, siempre pueden adoptar uno, en una sociedad en la que la adopción está muy aceptada y donde se interpreta que la maternidad y paternidad es una decisión social, y no un mero vínculo genético con los hijos/as. Pero el acceso a la adopción es muy complicado hoy en día, porque hay muy pocos niños/as susceptibles de ser adoptados en la adopción nacional⁵², y los países donde realizaba la adopción internacional, han endurecido las condiciones de adopción, o han cancelado o paralizado los procesos de adopción, especialmente en el caso de hombres o mujeres solas, o parejas homosexuales. Esto hace que el recurso a la adopción no sea viable para muchas personas.

3.3. Argumentos sobre las reglas de filiación

En quinto lugar, admitir la gestación por sustitución implicaría alterar las reglas de filiación, como por ejemplo, el principio de *mater certa semper est*⁵³. Obviamente este principio de filiación tuvo un sentido durante siglos, en los que ni siquiera se establecía una relación entre el acto sexual y la concepción de un nuevo ser, o cuando no existían pruebas de ADN, y por lo tanto, al menos se necesitaba una certeza que la

⁴⁹ Que además suelen ser los peor remunerados.

⁵⁰ LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *op.cit.*, pp. 8

⁵¹ Ver por ejemplo el interesante debate sobre el estatus jurídico de los gametos en RAPOSO, Vera Lúcia, “Contratos de donación de gametos: ¿regalo de la vida o venta de material genético?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 37, 2012, pp. 93-122.

⁵² Aunque haya algunos autores que defienden que en vez de permitir la gestación por sustitución, lo que se debería hacer es fomentar la natalidad, restringiendo aun más los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, para que hubiera más niños/as susceptibles de ser adoptados por parejas heterosexuales, ver por ejemplo CORRAL, Eduardo, “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, *op.cit.*, pp.63.

⁵³ Tal y como indica el Código Civil, y repite el art. 10 de la LTRA cuando establece la nulidad del contrato de maternidad por subrogación.

madre era quien daba a luz a la criatura, y después utilizábamos (y utilizamos) la presunción de que el padre legal, es decir, el esposo de la madre que da a luz, es el padre biológico (hasta que se demuestre lo contrario mediante la impugnación de la paternidad).

Pero las reticencias a cambiar esta norma de filiación, que en cambio no han encontrado tantos obstáculos con la aceptación legal de la donación anónima de gametos masculinos y femeninos, o en la adopción, donde aquí los padres y madres eran quienes legalmente se quería que fueran, independientemente si tenían o no un vínculo genético con los hijos/as, también esconden algunas fuertes creencias de nuestra sociedad, que casi nunca se nombran en estos debates⁵⁴. Y es que aun en nuestra sociedad se interpreta que la maternidad tiene un carácter natural e inherente en el caso de la mujer, es más, que es su función primordial, y por lo tanto, una parte esencial de su dignidad como persona⁵⁵. Cambiar esta norma de filiación implicaría también, negar el instinto maternal, y el destino reproductor de toda mujer. Una mujer que es capaz de gestar un bebé durante nueve meses, y luego racionalmente entregar ese bebé a otras personas para que estas ejerzan de padres, se presume que es una mujer antinatural⁵⁶, una aberración como persona, porque va en contra de un instinto inherente de toda mujer, que es cuidar de esa nueva vida que ha llevado dentro de su vientre⁵⁷, y anteponer su interés por encima de cualquier otro fin. Y esto es así, a pesar de que numerosas pensadoras han demostrado la construcción histórica y cultural del instinto maternal⁵⁸, y que la creación del especial vínculo del recién nacido con la madre, también puede ser establecido con cualquier persona adulta que proporcione cuidados y atención afectiva incondicional (como sucede en el caso de la adopción).

3.4. Argumentos de derecho comparado

En sexto lugar, se utiliza también como un argumento en contra de la admisión de la gestación por sustitución el hecho que la mayoría de los países de nuestro entorno, y con similares culturas y ordenamientos jurídicos, prohíben de manera expresa la gestación por sustitución. Pero no es cierto, hay países de la Unión Europea, como por ejemplo el Reino Unido, o Grecia, que permiten la gestación por sustitución, aunque obviamente mediante legislaciones más o menos restrictivas, que intentan regular que la gestación por sustitución sea una posibilidad más de las TRA, pero que

⁵⁴ Las TRA que implican donación (de óvulos o esperma) ponen en entredicho, al igual que la adopción, las actuales estructuras sociales de reproducción, como el instinto maternal, y el instinto natural y de índole biológico que hace en la madre cuidar de sus hijos, hijos con los que tiene un vínculo genético, cuidados vistos como una consecuencia necesaria del embarazo y el parto. BIRKE, Lynda; HIMMELWEIT, Susan; VINES, Gail, *El niño de mañana*, Barcelona, Pomares, 1990, pp. 210.

⁵⁵ "La maternidad es una elección y no una vocación universal" MARSICO, Gaia, *Bioética: voces de mujeres*, Madrid, Narcea, 2003, pp. 129.

⁵⁶ Incluso se alega que estas mujeres deben de padecer algún tipo de psicopatología par ser capaces de hacer esto, aunque los pocos estudios sobre las motivaciones de estas mujeres lo descartan (GUERRA, Diana, "Aspectes psicosociològics de la subrogació uterina" op. cit., pp. 31).

⁵⁷ A pesar de que el comportamiento de las mujeres durante la gestación es muy variable, como muy variable también el momento en el que establecen un vínculo con los bebés que gestan: algunas ya lo sienten desde el primer momento del embarazo, otras toleran muy mal el embarazo y no lo establecen hasta que el bebé ha nacido (LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", op.cit., pp.9)

⁵⁸ Ver por ejemplo BADINTER, Elisabeth, *L'amour en plus. Historire de l'amour maternel (XVIIe – XXe siècle)*, Paris, Flammarion, 1980.

no pueda ser objeto de abusos o explotación de las personas y de los niños/as⁵⁹. Otros países no la regulan (Suecia o Noruega) y otros la toleran (Bélgica y Holanda)⁶⁰.

Además, hay cada vez más países más allá de la Unión Europea que permiten la gestación por sustitución, unas veces de manera altruista y otras veces hasta onerosa, como algunos estados de Estados Unidos, Rusia, Ucrania, Israel, algunos estados de Australia y Canadá, Sudáfrica⁶¹.

4. Porqué se debería permitir una gestación por sustitución de carácter altruista

4.1. Razones a favor de la legalización de la gestación por sustitución

El Derecho tiene que estar al servicio de las demandas de la sociedad, y no puede mantenerse al margen de los cambios sociales, ni de los avances de la medicina y la ciencia, siempre por supuesto en el marco de los derechos fundamentales garantizados en nuestro Estado de Derecho⁶². El problema de la juridificación de la tecnología reproductiva es que resulta difícil legislar sobre las TRA, a pesar de los problemas éticos que suscita, y las demandas sociales sobre la necesidad de un control social de estos avances científicos. En estos casos, la ciencia avanza mucho más deprisa que el debate y consenso social necesario para legislar sobre la materia. Los derechos humanos deben ser el criterio inspirador y el límite a cualquier iniciativa legislativa sobre estos avances científicos⁶³.

Es por ello que es relevante estudiar los intentos en derecho internacional de armonizar legislación, y el derecho comparado como el británico, pionero en legislar sobre ello, y el francés por su proximidad cultural y legal⁶⁴.

Una de las razones que urge a legislar sobre la gestación por sustitución es que el poder legislativo debe reconocer esta realidad, y debe ofrecer mediante la ley, seguridad jurídica a las partes implicadas, especialmente a los menores. Detrás de las TRA hay toda una industria sumamente lucrativa que tiende a crecer, y que es necesario regular⁶⁵.

Además una de las consecuencias de la prohibición de la gestación por sustitución, es que aumenta aún más el turismo reproductivo, es decir, el hecho de que haya personas viajen a países terceros para acceder a TRA que en sus países de origen no son legales o posibles. El turismo reproductivo es una fuente de controversias y provoca un aumento de litigiosidad, cuestiones que los diferentes Estados miembros y la Unión Europea no desean, y hay diferentes iniciativas tendentes precisamente a

⁵⁹ Sobre la situación en el conjunto de la Unión Europea, ver el extenso análisis realizado en European Union; *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, Brussels, European Union, 2013.

⁶⁰ QUIÑONES, Ana, "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *op.cit.*, pp.8.

⁶¹ LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *op.cit.*

⁶² A pesar de que en España la legislación en materia de técnicas reproductivas no tiene rango de L.O. porque el T.C. niega que la regulación de la medicina reproductiva afecte a derechos fundamentales protegidos en la CE (STC 116/1999, 17 de junio 1999. FJ 4º), ALKORTA, Itziar, *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*, Navarra: Aranzadi, 2003, pp. 61-62.

⁶³ CASADO, María, "Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho", *Papers*, 53, 1997, pp. 38.

⁶⁴ ALKORTA, Itziar, *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 61-62.

⁶⁵ Esta es la opinión por ejemplo de RAPOSO, Vera Lúcia, "Contratos de donación de gametos: ¿regalo de la vida o venta de material genético?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 37, 2012, pp. 119.

armonizar al máximo, en la medida de lo posible, las legislaciones nacionales en esta materia para evitar este fenómeno⁶⁶.

Pero si admitimos el encaje constitucional del derecho a la reproducción, no podemos seguir escondiéndonos de una realidad científica, que permite la gestación por sustitución en todas sus formas, y una realidad social, como es la existencia de matrimonios de dos hombres que hemos reconocido legalmente desde la ley del 2005 su capacidad de tener hijos, el cada vez más numeroso número de personas infértiles o con problemas médicos para concebir y/o gestar a su propio hijo/a, y la posibilidad legal de personas solas (mujeres y hombres) de acceder a otras formas de reproducirse, ya sea mediante el acceso de una mujer sola a otras formas de TRA o el acceso de una mujer o un hombre solos a la adopción⁶⁷.

Además garantizaríamos así el derecho fundamental a la igualdad de todas las personas a ese derecho a reproducción, sin discriminación por razón de sexo, género, orientación sexual o cualquier otra circunstancia (artículo 14 CE)⁶⁸.

El mantenimiento de la prohibición de la gestación por sustitución no sólo podría interpretarse como un caso de homofobia (ya que son principalmente las parejas de varones homosexuales los que acceden a esta TRA), sino porque también el mantenimiento de las mujeres en un papel de objeto y no de sujetos de derechos en el campo de las TRA, con plena capacidad de obrar y decidir (desvinculado de lo que se presupone el ejercicio legítimo de su función reproductiva maternal). También sería reconocer que la capacidad de procrear o no es parte de la autonomía reproductiva de las mujeres, y que ella, y sólo ella, debería ser titular de este derecho⁶⁹. Negar la posibilidad de que las mujeres libremente consientan en ser gestantes para otros además “contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres y a la inevitabilidad de su destino biológico”⁷⁰.

4.2. Modelos de regulación

⁶⁶ Aunque hay autores que utilizan como argumento a favor de la legalización de la gestación por sustitución, el hecho de que así España se convertiría en destino de más turismo reproductivo, y esto reportaría mayores ingresos al país (ver por ejemplo VELA. Antonio J., “La gestación por encarno desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, *Diario La Ley*, nº 8055, Sección Doctrina, 4 abr. 2013).

⁶⁷ También así se pronuncian otros autores como PUIGPELAT, Francesca, “La maternitat per substitució: un a via per ampliar els drets reproductius de les dones? En VVAA.; *La subrogació uterina: anàlisi de la situació actual*, Barcelona, Fundació Víctor Grifols i Lucas, pp. 54-67; VELA, Antonio J., “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, op.cit., pp. 11.

⁶⁸ Aunque existen autores que difieren de esta postura, no porque consideren admisible una discriminación por orientación sexual, sino porque la verdadera finalidad de las TRA debe ser terapéutica, y por naturaleza, una pareja de dos hombres no tienen un problema de fertilidad, es que no se puede pretender legalmente algo que en la naturaleza no es posible (ver en este sentido LASARTE, Carlos, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, nº 7777, sección Doctrina, 15 enero 2012, pp. 9 o ALBERT, Marta, “Los contratos de gestación de sustitución en el extranjero y la nueva Ley de Registro Civil”, *Diario La Ley*, nº 7863, Sección Doctrina, 22 Mayo 2012, pp. 13).

⁶⁹ Ver en este sentido a PUIGPELAT, Francesca; “La maternitat per substitució: un a via per ampliar els drets reproductius de les dones? Op.cit. pp. 64-65; IGAREDA, Noelia, “El hipotético derecho a la reproducción”, op.cit.

⁷⁰ FARNÓS, Esther “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, enero 2010, pp.6.

Obviamente la admisión y regulación de la gestación por sustitución no está exenta de aspectos problemáticos y controvertidos⁷¹: mediante qué instrumento jurídico quedaría regulada (un contrato, una donación, una colaboración jurídica entre la gestante y los padres comitentes, o una adopción post nacimiento del niño/a fruto de un contrato previo), qué autoridad estaría o no encargada de velar por la aplicación de su regulación (una autoridad judicial, un notario, o simplemente las partes en el ejercicio de su libertad contractual), si se admite su carácter oneroso o sólo los supuestos altruistas, si debe establecerse un número máximo de veces que la mujer pueda prestarse a la gestación por sustitución, etc.

La autora de este artículo se inclina por la aceptación de la gestación por sustitución de carácter altruista⁷², ya que la modalidad onerosa no sólo aumentaría las posibilidades de explotación de las mujeres, sino que haría desaparecer los evidentes riesgos que la gestante corre durante el embarazo, y podríamos llegar a situaciones próximas a la eugenesia, ya que el libre mercado establecería precios diferentes según las características de las personas involucradas (características físicas e intelectuales de los donantes, y/o estilos de vida de las gestantes)⁷³. También considero que la figura jurídica más idónea sería el prestamos gratuito (como una cesión gratuita del útero de la mujer), en la que obviamente medie una compensación no sólo por los gastos médicos durante el embarazo sino también por los posibles y eventuales riesgos y peligros para la salud y vida de la mujer que se presta a la gestación⁷⁴. Igualmente estimo oportuno que la autoridad pública competente debería ser un juez/a, que vele por la corrección de los términos de los acuerdos entre las partes, y el ejercicio libre de su consentimiento⁷⁵.

También sería deseable que para aceptar la gestación por sustitución existiera aporte de material genético del al menos uno de los padres comitentes, para así evitar que fuera una manera alternativa para evitar la adopción, y para poder justificar que se trata de un ejercicio de derecho a la reproducción, y no un derecho a ser padre o madre, derechos que están lejos de poder ser garantizados en nuestro actual ordenamiento jurídico⁷⁶.

⁷¹ Hay algunos autores que han llegado incluso a redactar toda una propuesta sobre el contenido del convenio de gestación por sustitución, ver por ejemplo VELA, Antonio J., "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010", *op.cit.* o la Iniciativa Legislativa Popular por ejemplo promovida por la Asociación por la Gestación Subrogada en España, disponible en <http://www.gestacionsubrogadaenespana.es> (consultado el 2.04.2014)

⁷² También en este sentido PUIGPELAT, Francesca, "Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada" en VÁZQUEZ, Rodolfo y CRUZ, Juan (coord); *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, México, Fontamara, 2010, pp. 159-280; PUIGPELAT, Francesca, "La maternitat per substitució: un a via per ampliar els drets reproductius de les dones? Op.cit., pp. 54-67.

⁷³ RAPOSO, Vera Lúcia, "Contratos de donación de gametos: ¿regalo de la vida o venta de material genético?", *op.cit.*, pp. 108.

⁷⁴ En la Iniciativa Legislativa Popular por ejemplo promovida por la Asociación por la Gestación Subrogada en España, disponible en <http://www.gestacionsubrogadaenespana.es> (consultado el 2.04.2014) se incluye también en la compensación económica el lucro censante, y se incluye un seguro por una cantidad de hasta 1 millón de euros por posibles consecuencias derivadas del embarazo y parto.

⁷⁵ En este sentido también se pronuncia PUIGPELAT, Francesca "La maternitat per substitució: un a via per ampliar els drets reproductius de les dones? Op.cit. Y a favor sólo de la intervención del notario VELA, Antonio J., "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010", *op.cit.* o la Iniciativa Legislativa Popular por ejemplo promovida por la Asociación por la Gestación Subrogada en España, disponible en <http://www.gestacionsubrogadaenespana.es> (consultado el 2.04.2014).

⁷⁶ A diferencia de la Iniciativa Legislativa Popular por ejemplo promovida por la Asociación por la Gestación Subrogada en España, disponible en <http://www.gestacionsubrogadaenespana.es> (consultado el 2.04.2014), que no dispone nada al respecto. Y en cambio sí se han pronunciado autores como PUIGPELAT, Francesca, "La maternitat per substitució: un a via per ampliar els drets reproductius de les

Considero que como algunos de los modelos legales más cercanos⁷⁷, debería estar limitado a los nacionales de nuestro estado, no por una discriminación por razón de origen nacional, sino para evitar un ya floreciente turismo reproductivo, en el que nacionales de otros países (también comunitarios) viajan a nuestro país para acceder a TRA que en sus países está prohibido (desde las propias TRA en general, y en especial la donación anónima de gametos masculinos y femeninos)⁷⁸.

Igualmente, debería establecerse legalmente cuál es el número máximo de veces que una mujer puede prestarse a la gestación por sustitución⁷⁹, así como otros requisitos de su salud física y psíquica, al igual que se hace con la donación de gametos. También estoy a favor de que sea el Estado, a través del instrumento jurídico adecuado, quien fije cuál es la cantidad máxima de compensación por los riesgos y molestias que la mujer soporta durante el embarazo.

Asimismo, la hipotética regulación de este tipo de gestación altruista debería garantizar el derecho del hijo/a de conocer sus orígenes biológicos, y también la identidad de la mujer gestante, al igual que sucede en el caso de la adopción⁸⁰.

dones? Op.cit., pp. 54-67; IGAREDA, Noelia, "De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado", *Op cit.*

⁷⁷ Geográficamente hablando, y también por la similitud en sus formas de abordar legalmente tanto las TRA, como las nuevas formas de familias, así como las uniones legales de personas del mismo sexo.

⁷⁸ Como numerosos autores ya critican, por ejemplo ROMEO, Carlos María; PASLACK, Rainer; SIMON, Jürgen W., "Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European Countries", *op.cit.*, pp. 34;

⁷⁹ Por ejemplo en ocasiones se exige que la mujer tenga al menos un hijo vivo, por ejemplo en el caso de la Iniciativa Legislativa Popular por ejemplo promovida por la Asociación por la Gestación Subrogada en España, disponible en <http://www.gestacionsubrogadaenespaña.es> (consultado el 2.04.2014), y también se establece un número máximo de dos veces que la mujer pueda prestarse a ser gestante por sustitución (ver por ejemplo VELA, Antonio J., "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010", *op.cit.*, pp. 14.

⁸⁰ Artículo 180.5º Código Civil.