

LA INMUTABILIDAD DEL PRINCIPIO "MATER SEMPRE CERTA EST" Y LOS DEBATES ACTUALES SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

Noelia Igareda González

Profesora acreditada lectora Filosofía del Derecho
Universidad Autónoma de Barcelona
Noelia.igareda@uab.cat

RESUMEN: La gestación por sustitución es objeto de numerosas objeciones éticas, aunque hay diversidad de opciones legales al respecto. El presente artículo analiza los argumentos que se utilizan en estos debates, respecto a la posibilidad de disponer legalmente sobre partes del cuerpo humano, sobre su consideración de algo contra natura, su relación con las normas de filiación, los posibles peligros de explotación de las mujeres gestantes y la protección de los derechos de la persona que fue gestada mediante el recurso a la misma. Muy pocas veces en este debate se discute el significado legal que nuestro ordenamiento jurídico otorga a la maternidad, y tampoco se analizan las razones que hacen tan difícil la modificación de que la maternidad queda determinada por el parto. Nuestros análisis concluyen con la propuesta de que es necesario un debate legal, social y ético donde las mujeres sean sujetos y no objetos de esta discusión pública sobre una hipotética regulación de la gestación por sustitución.

ABSTRACT: *Surrogated motherhood is subject to numerous ethical objections, although there are various legal options about it. This article analyzes the arguments used in these discussions regarding the possibility to legally dispose of parts of the human body, about the consideration of this type of technique as something unnatural, its relation to the rules of filiation, the potential dangers of exploitation of pregnant women and the protection of the rights of the person who was gestated using this technique. Very few times in this debate the legal meaning that our legal system gives motherhood is discussed, nor the reasons that make so difficult to change the principle that motherhood is determined by birth. Our analysis concludes with the proposal that it is necessary a legal, social and ethical debate where women are present as subjects and not as objects of this public discussion about a hypothetical regulation of surrogate motherhood.*

PALABRAS CLAVE: gestación por sustitución, maternidad por subrogación, maternidad por substitución, madres de alquiler, derecho a la reproducción, filiación, turismo reproductivo.

KEY WORDS: *substitute pregnancy, surrogate motherhood, substitute motherhood, renting mothers, right to reproduction, filiation, reproductive tourism.*

Fecha de recepción: 24 de abril de 2014.

Fecha de aceptación: 8 de octubre de 2014.

1.- INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución¹ no está admitida en nuestro ordenamiento

¹ O maternidad por sustitución, maternidad subrogada, gestación por encargo o madres de alquiler. En este artículo se utilizará preferentemente la denominación de gestación por sustitución.

jurídico ya que el art. 10² de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) declara nulos los contratos que se establezcan para tal fin³. Ya lo disponía de esta forma la ley anterior sobre técnicas de reproducción humana asistida⁴, siguiendo la recomendación del Informe Comisión Especial de Estudio de la Fecundidad in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (Comisión Palacios), 10 abril 1986⁵.

Aun así parte de la doctrina considera que no era necesaria la prohibición expresa por parte de la ley, y que su ilicitud deriva del propio Código Civil: el contrato sería nulo por ilicitud de su causa y por razón de su objeto, ya que la capacidad de gestar al igual que el cuerpo humano son indisponibles, intransferibles y personalísimos, y en consecuencia la persona humana no puede ser objeto de comercio o de transacción (artículos 1.271 y 1.285 CC). Además las normas vigentes sobre filiación y estado civil son imperativas y de

² Artículo 10 Gestación por sustitución.

1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

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

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

³ Sólo si la gestación por sustitución se llevara a cabo en España se podría considerar un delito de alteración o modificación del estado civil o del supuesto del parto (PUIGPELAT, F.: "La maternitat per substitució: una via per ampliar els drets reproductius de les dones?" en VVAA: *Las subrogación uterina: análisis de la situación actual*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, pp. 55). Diferentes son los problemas de reconocimiento de filiación de niños/as concebidos mediante contratos de gestación por sustitución llevados a cabo en países donde se admite legalmente, así como los problemas de jerarquía normativa y de orden público internacional que se han analizado a raíz de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y la reciente STS 835/2013 sobre gestación por sustitución. Sobre estos problemas se han pronunciado numerosos civilistas y iusprivatistas, entre otros LAMM, E.: "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, 2012, pp. 1-49; VELA, A. 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, A. 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; QUIÑONES, A.: "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, A.L. y CARRASCOSA, J.: "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; FARNÓS, E.: "Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain", *International Family Law*, 1/2013, pp. 68-72.

⁴ La Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

⁵ Los argumentos utilizados era la unidad de valor en la maternidad y la distorsión deshumanizadora que la maternidad por sustitución representaría. También que abriría a nuevas formas de manipulación del cuerpo femenino y de explotación de las mujeres (SOUTO, B.: "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución", *Feminismo/s*, diciembre 2006, pp. 181-195)

orden público, por lo que son indisponibles, de forma que ningún contrato podría modificarlas⁶.

Sin embargo, esta prohibición está siendo cuestionada socialmente por el número importante de parejas españolas que viajan a otros países donde esta práctica sí que es legal para poder concebir un hijo/a biológico⁷, con relación genética de los dos o uno de los progenitores cuando existe una imposibilidad de gestar ese hijo/a (porque la mujer no puede por razones médicas, o porque se trata de un matrimonio homosexual de dos hombres)⁸. Tal fenómeno ha causado incluso problemas jurídicos importantes sobre la posterior inscripción en el registro Civil de estos hijos/as, cuestión sobre la que los iusprivatistas se han pronunciado de manera extensa⁹.

También está siendo puesta en tela de juicio por ciertos movimientos sociales que intentan presionar para provocar un cambio legislativo que legalice esta práctica en España¹⁰, sobre todo por parte de grupos de gays que tienen en la gestación por sustitución la única posibilidad de concebir un hijo/a con lazos genéticos de uno de los padres¹¹.

La primera ley española va a coincidir con la polémica producida en Estados Unidos del caso Baby M. que influye profundamente en la prohibición

⁶ CHELIZ, C.: "La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: situación de la mujer gestante, problemática y efectos", *Aequalitas, Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, nº 32, Enero-Junio 2013, pp. 29-36.

⁷ Sobre todo en California, donde las parejas llegan a pagar entre 75.000 y 95.000 € y las mujeres gestantes sólo perciben entre un 20-25%, el resto queda en manos de las empresas. También en la India, donde el coste es de aproximadamente 13.000 €, y la mujer obtiene entre 2.000-4.000 € (VALLS-LLOBET, C.: "És necessària la subrogació d'úters?" en *VVAA: Las subrogación uterina: anàlisi de la situació actual*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010).

⁸ La gestación por sustitución puede ser con el óvulo de la madre comitente y semen del padre comitente, o con el óvulos de la gestante y semen del padre comitente, o con óvulo y semen de donantes anónimos diferentes a la gestante y a los padres comitentes. Obviamente las consecuencias legales de cada modalidad son diferentes, sobre todo en relación de las reglas de filiación donde prima la verdad genética, y se permite la reclamación de la paternidad biológica. En el presente artículo nos centraremos en la gestación por sustitución donde al menos uno de los padres comitentes ha aportado material genético para la concepción del embrión. Muchos ordenamientos jurídicos exigen también que no sea la gestante quien aporte el óvulo.

⁹ Ver entre otros CALVO, A.L. y CARRASCOSA, J.: "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* (Octubre 2009), vol. 1, nº 2, pp. 294-319; QUIÑONES, A.: "Doble filiación patera de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, julio, 2009, pp. 1-25.

¹⁰ Ver por ejemplo: <http://www.gestacionsubrogadaenespaña.es/#>

¹¹ Sobre el debate entre la verdad biológica y la voluntad jurídica en el caso de matrimonios homosexuales, ver el interesante análisis de ROCA I ESCODA, M. et GALLUS, N.: "Ouverture du mariage aux homosexuelles en Espagne et en Belgique: un mise en question du caractère hétérosexué du droit", un PERRIN, C., ROCA I ESCODA, et PARINI, L.: "Genre et homophobie", *Nouvelles Questions féministes*, vol. 31, nº 1, March 2012.

de la gestación por sustitución. La opción de reproducirse mediante la gestación por sustitución se percibe como consecuencia de este caso como una posible fuente de numerosos conflictos. Los medios de comunicación retrataron en aquel momento con gran hostilidad a la mujer gestante, y se creó un estado de alarma social frente a la gestación por sustitución, seguido de las feministas, los grupos religiosos, y los grupos pro-vida. Todo esto va a influir decisivamente a la clase política a la hora de legislar en España sobre técnicas de reproducción asistida¹².

La gestación por sustitución sigue siendo un tema muy controvertido, y es en parte porque los medios de comunicación suelen hacerse eco tan sólo de los casos más polémicos en los que las cosas han ido mal. En cambio es un método cada vez más utilizado por parejas homosexuales y también heterosexuales, y sólo recientemente ha recibido una cobertura mediática más positiva a través de personas famosas que han accedido a la gestación por sustitución¹³.

El presente artículo analizará cuáles son los argumentos que se esgrimen generalmente en contra de la gestación por sustitución. A continuación se describirán las razones que pueden sustentar abrir un debate legal, social y ético sobre una hipotética admisión de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, para concluir que la realidad social, científica y de género en España debería constituir un marco idóneo para dicho debate.

Durante el presente documento se utiliza el término gestación por sustitución, no sólo porque esta es la denominación que aparece en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006, sino también porque es la que más se corresponde con la opción final de la autora, que defiende la posibilidad de admitir esta práctica y regularla como una cesión altruista del útero de la mujer gestante, y no una maternidad en sentido estricto¹⁴.

Esta opción terminológica también deriva de que la autora defiende que el ordenamiento jurídico debería reconocer no sólo la maternidad y paternidad

¹² ALKORTA, I.: "La regulació jurídica de la maternitat subrogada" en VVAA: *La subrogació uterina: anàlisi de la situació actual*, Barcelona, Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2010, pp. 70-71.

¹³ European Parliament: *A Comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, Brussels: European Union, 2013, pp. 30.

¹⁴ También hay otras autoras que se hacen eco de todas las formas utilizadas para denominar esta fenómeno: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes, etc. Y finalmente también se inclinan por la denominación "gestación por sustitución" por ser más precisa con la realidad, ya que la gestante no quiere ser madre, y sustitución porque está gestando para otros (LAMM, E.: "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, 2012, pp. 4).

biológica o genética, sino especialmente la maternidad y paternidad social¹⁵, es decir, dar respaldo jurídico a los progenitores que quieren serlo y que asumen los deberes de cuidado como padres voluntaria y conscientemente¹⁶.

2.- ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Entre quienes consideran la gestación por sustitución una cosificación de la persona, uno de los principales argumentos es que se estaría permitiendo a los hombres contratar sobre partes del cuerpo humano, y esto atenta a la dignidad humana y convertiría al ser humano en un medio y no en un fin en sí mismo. Las partes del cuerpo están fuera del comercio jurídico (res extracomercium) y mucho menos pueden ser objetos de una transacción lucrativa. Así queda también establecida en el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y Biomedicina (art. 21) y en la Declaración de UNESCO sobre genoma humano (artículo 4)¹⁷.

Este argumento está relacionado con la desaprobación moral que suscita el convertir en un objeto de transacción económica la capacidad reproductiva de las mujeres, ya que se entiende que supone una degradación de su condición de mujer y un grave atentado contra sus derechos humanos y su dignidad¹⁸.

Igualmente la gestación por sustitución implicaría legalizar un hecho antinatural, como es que una mujer que ha gestado a un nuevo ser humano en su vientre (tenga o no relación genética con él) sea capaz en el momento del parto de fríamente entregarlo a otra pareja¹⁹. Se presupone que esta actuación va en contra del instinto maternal y de los especiales vínculos de apego que se establecen entre la madre y el hijo/a durante todo el embarazo y en los primeros meses de vida del bebé.

La maternidad se entiende como una función tan íntima, e inherente de la condición femenina, que nuestra legislación participa de la opinión que una mujer que se embaraza y da a la luz un niño/a, y es capaz de renunciar a ese

¹⁵ Como por ejemplo ya lo hace cuando admite como madre legal, a la mujer que no ha recibido un óvulo de otra mujer para poder ser madre, y que por lo tanto no tiene vínculo genético con su hijo/a, o de la misma forma cuando admite como padre legal al marido de una mujer que ha sido inseminada con semen de un donante, aunque este padre ni tenga relación genética con su hijo/a ni tampoco relación biológica alguna (ya que los hombres no gestan).

¹⁶ Tal y como nuestro ordenamiento jurídico ya hace en los casos de adopción.

¹⁷ RAPOSO, V.L.: "Contratos de donación de gametos: ¿regalo de vida o venta de material genético?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 37, 2012, pp. 103.

¹⁸ PATEMAN, C.: *El contrato sexual*, Madrid, Catedra, 1995.

¹⁹ Incluso se considera que las personas que se prestan a ser madres por sustitución tienen un alto grado de psicopatías tal y como señala GUERRA DÍAZ, D.: "Aspectes psicosociològics de la subrogació uterina" en VVAA: *Las subrogació uterina: anàlisi de la situació actual*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010, a pesar de que los escasos estudios que se ha realizado no han podido evidenciar esta creencia, ver por ejemplo VAN DEN AKKER, O.B.A.: "Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy", *Journal Reprod Inf Psychol*, 21, 2003, pp. 145-61.

hijo/a que ha llevado en sus entrañas, es la "antimujer" porque carece de sentimientos e instinto maternal. Esa carencia de sentimientos e instintos maternales no debe ser tolerada jurídicamente, aunque se alegara que se realiza con fines altruistas, para ayudar a otra mujer o a un familiar. Y mucho menos se admite que pueda ser objeto de ningún tipo de contrato o intercambio económico. La maternidad no puede ser objeto de transacciones mercantiles, no puede ser intercambiable en el mercado capitalista, porque se entiende es una mercantilización contra natura, y por lo tanto ilícita.

Aunque socialmente el vínculo matrimonial se entiende disoluble, y los vínculos padre-hijos/as más social que biológicamente contruidos, aun está muy arraigado lo "natural" del vínculo madre-hijo/a. Se rechaza la gestación por sustitución como "antinatural", una mujer que prefiere no cuidar a su hijo/a, y la inseminación mediante donante también es antinatural porque un hombre está dispuesto a criar al hijo/a de otro hombre.

La oposición a la gestación por sustitución cuando median contraprestaciones económicas es similar al rechazo a la prostitución: "el hecho de que se pague a las mujeres por hacer algo que normalmente forma parte del aspecto personal de la vida"²⁰. Es un rechazo basado en la creencia de que es inmoral y por lo tanto ilícito, mercantilizar lo que pertenece a la esfera de los afectos (como la maternidad o la sexualidad).

Además legalizar esta forma de tener hijos/as, supondría una alteración de las normas de filiación vigentes en nuestro ordenamiento jurídico desde el nacimiento del derecho, y sobre todo, el principio que establece que la maternidad queda determinada por el parto y "mater sempre certa est".

Afirman Birke, Himmelweit y Vines²¹ que la mayoría de las legislaciones nacionales tratan la maternidad como una certidumbre, mientras que la paternidad siempre ha sido una cosa incierta. "la transferencia de embrión de una mujer a otra desafía esta certidumbre". ¿Quién es la madre? ¿La mujer gestante o la mujer que ha producido el óvulo?. La respuesta depende de la propia concepción de la maternidad, si se cree o no en un determinismo genético, de ahí que se llegue a denominar alquiler de útero, o de adopción prenatal.

Un segundo grupo de argumentos contrarios a esta técnica de reproducción asistida, son los que parten de que su admisión supone abrir nuevas formas de explotación de las mujeres²². También se considera que la

²⁰ BIRKE, L.; HIMMELWEIT, S.; VINES, G.: *El niño de mañana*, Barcelona, Pomares, 1990, pp. 211.

²¹ BIRKE, L.; HIMMELWEIT, S.; VINES, G.: *El niño de mañana*, Barcelona, Pomares, 1990, pp.121.

²² Ver por ejemplo CORRAL, E.: (2013): "El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", *Revista de Derecho y Genoma humano*, nº 38, 2013, pp.

legalización de esta práctica facilitaría la explotación de un cierto grupo de mujeres que por su situación de desventaja económica, social, cultural o étnica, se someterían a este tipo de contratos por pura necesidad económica y/o médica, para beneficio de parejas con un mayor poder adquisitivo²³.

Las pensadoras feministas²⁴ cuando se oponen a la gestación por sustitución lo hacen a veces por razones diferentes a las anteriores. No se trata tanto de que limiten la maternidad al lazo biológico de la madre y el hijo/a, ni tampoco comparten los argumentos esencialistas que identifican madre y mujer. Pero consideran que permitir la posibilidad de contratar libremente sobre la capacidad reproductiva de las mujeres, podría dar lugar a situaciones de explotación y subordinación de la mujer, ya que muchas veces las mujeres pobres cederían su potencial reproductor a cambio de una contraprestación económica, poniendo en peligro su salud física y emocional²⁵.

Por último, pero no por ello, menos importante, se esgrimen razones de respeto a la nueva persona que nacerá fruto de estas técnica de reproducción humana asistida, que se considera verá sus derechos y dignidad humana vulnerados por haber sido concebido de esta manera, sin haber podido prestar su consentimiento.

Muchas veces se ha tratado de equiparar a la adopción, que supone también cuidar de un hijo/a que no lo es biológicamente hablando. Pero los argumentos para desmontar esta equiparación entre adopción y gestación por sustitución es que en la gestación por sustitución el niño/a ha sido producido voluntariamente, en cambio en la adopción prima el interés del menor que por desgracia, se encuentra sin familia. En la gestación por sustitución, la madre accede voluntariamente a entregar a su hijo/a, y en cambio en la adopción la madre es obligada a entregar a su hijo/a por las circunstancias adversas (ya sea la pobreza, la falta de salud, la imposibilidad material de cuidar de ese hijo/a, el deseo de procurar un futuro mejor al niño/a, etc.).

Otro de los argumentos en contra de la gestación por sustitución, cuando esta se intenta equiparar a la adopción es que "*la adopción sirve para proteger al niño proporcionándole una familia, mientras que la maternidad de*

45-69.

²³ Autores/as críticos con las técnicas de reproducción humana asistida y la explotación de las mujeres que en general suponen: TABOADA, L.: *La maternidad tecnológica. De la inseminación artificial a la fertilización in Vitro*, Barcelona, Icaria, 1986; CAMBRÓN, A. (ed.): *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Madrid, Trotta, 2001; TUBERT, S.: *Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología*, Madrid, Siglo XXI, 1991.

²⁴ Ver por ejemplo PATEMAN, C.: *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995. COREA, G.: *The mother machine: Reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*, New York, Harper and Row, 1985.

²⁵ Este es el caso de mujeres pobres de países en desarrollo que alquilan sus úteros para concebir hijos/as de parejas con problemas de fertilidad de países del primer mundo con los que han contratado libremente los aspectos de esta gestación por sustitución.

sustitución está pensada en interés de los padres" ²⁶.

Un tercer grupo de argumentos en contra son aquellos que destacan la cantidad de problemas que pueden derivarse del propio derechos de contratos: por ejemplo los supuestos donde la madre gestante reclama para sí el bebé, los casos de rechazo por ruptura de la pareja comitente antes del que menor nazca, o cuando el menor nace con alguna discapacidad, entre muchos otros problemas derivados de índole ético y legal²⁷. También hay autores que empiezan a esbozar posibles casos de responsabilidad derivados de las técnicas de reproducción asistida en general, ya que las técnicas de reproducción asistida son un área de especial interés para la responsabilidad civil por la complejidad de sus técnicas, el especial campo sobre el que actúan (el cuerpo humano y su capacidad reproductiva). La jurisprudencia española reconoce la medicina reproductiva como actividad médica satisfactiva que no medicina curativa. Obviamente los responsables médicos no responden del éxito o no de las técnicas de reproducción asistida, pero la información previa al consentimiento informado debe de contener además de los aspectos económicos, éticos y jurídicos, también los riesgos, tanto para la mujer, incluidos los riesgos de someterse a según que edades a determinadas técnicas de reproducción asistida, así como los posibles riesgos a su descendencia²⁸.

3. RAZONES QUE OBLIGAN A DEBATIR SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

Creemos que el debate aquí es muy similar al de la prostitución donde la mayor parte de los argumentos en contra son de naturaleza moral, porque provoca un rechazo que las mujeres puedan disponer libremente y a través de una contraprestación económica de algo que tradicional e históricamente tienen que hacer por su sexo femenino²⁹. La única diferencia en este caso es que esta libre disposición del potencial reproductor tiene consecuencias en la

²⁶ ALKORTA, I.: *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 278.

²⁷ QUIÑONES, A.: "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2008, pp. 18.

²⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, A. : "Responsabilidad por daños en la aplicación de técnicas de reproducción asistida: diferencias con la investigación biomédica (A propósito de las SSTs de 23 de octubre de 2008 y 20 de noviembre de 2009)", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 32, 2010, pp. 193-218.

²⁹ La discusión a favor o en contra de la gestación por sustitución, y su paralelismo con el debate entre las feministas a favor o en contra de la prostitución está especialmente claro en el debate que sostienen dos autoras feministas tan importantes como SHALEV, C.: *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, C.: *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995, en contra, identificándolo como un ejemplo más del aprovechamiento sexual de la mujer en beneficio de los hombres. También en este sentido se posicionan autoras como EKMAN, K.E.: *Being and being brought. Prostitution, surrogacy and the Split self*, Victoria, Spinifex, 2013.

vida de una tercera persona, el hijo/a que gesta³⁰ (que puede tener o no un vínculo genético con la madre), y que obviamente la posibilidad de contratar sobre la capacidad reproductora puede dar lugar a abusos económicos, de salud y de poder sobre mujeres pobres o de clases sociales desfavorecidas³¹. Pero no encontramos suficientes los argumentos dados por la mayoría de los pensadores para prohibir la gestación por sustitución cuando se realiza con una finalidad realmente altruista, y por ejemplo, incluso entre familiares que además minimizarían el posible impacto emocional de ese hijo/a en un futuro³².

Considerar que la gestación por sustitución implica permitir el comercio de partes del cuerpo, y por lo tanto convierte en nulos por el objeto los contratos que así se celebren, no tendría sentido si se permitiera la gestación por sustitución mediante otras figuras jurídicas que no implicaran un lucro económico, como por ejemplo la cesión gratuita y altruista del útero materno³³. Son situaciones similares a la donación de sangre, de órganos o de gametos.

En el caso de los órganos incluso, si se trata de donación de persona vida, se permite un acto jurídico que tendrá consecuencias en la integridad física del donante, pero se justifica este menoscabo por su carácter altruista y por la finalidad que persigue que es garantizar el derecho a la vida y otros derechos fundamentales de la persona receptora³⁴. En el caso que se permitiera la gestación por sustitución, no implicaría ninguna merma en la integridad física de la gestante (no al menos comparable con la donación de un órgano), y también su cesión altruista del útero implicaría la consecución del derecho a la reproducción de los progenitores legales, tal y como sucede también cuando se permite la donación de gametos.

Es más, en la gestación por sustitución la mujer no está tomando decisiones sobre su cuerpo como si éste fuera de su propiedad, sino que está tomando decisiones respecto a los trabajos de su propio cuerpo respecto al embarazo, parto, fecundación in vitro o extracción de óvulos³⁵.

³⁰ Problema que también puede suscitar la inseminación artificial con donante de semen y/o de ovarios, que en cambio sí que está permitida en nuestro ordenamiento jurídico.

³¹ Pero estos abusos también se pueden dar en cualquier relación contractual de trabajo en el que mujeres y hombres en situaciones de vulnerabilidad social y económica dispongan su fuerza de trabajo bajo condiciones laborales abusivas.

³² Por ejemplo el caso de una amiga que gesta de manera altruista un hijo/a para otra amiga/o, o la madre o hermana que gesta un hijo/a para su hija o hermana.

³³ En este sentido también se pronuncia PUIGPELAT, F.: "La maternitat per substitució: una via per ampliar els drets reproductius de les dones?" o ALKORTA, I.: "La regulació jurídica de la maternitat subrogada" en VVAA: *Las subrogación uterina: análisis de la situación actual*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010 cuando hablan de un especial acuerdo entre la gestante y la madre comitente.

³⁴ PUYOL, A.: "Hay bioética más allá de la autonomía", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 25, mayo 2012, pp. 45-58.

³⁵ DICKENSON, D. "Ownership, Property and Women's Bodies" in WIDDOWS, H.; ALKORTA IDIAKEZ, I. and EMALDI CIRIÓN, A.: *Women's reproductive rights*, London, Palgrave.

Permitir la gestación por sustitución implica también la duda sobre si se está legalizando un acto moralmente reprobable, al permitir que una mujer que ha gestado durante nueve meses un bebé, sea capaz de actuar por encima de su instinto maternal e ignorar las especiales relaciones de apego que se han establecido entre la gestante y el bebé. Pero estas dudas morales están asumiendo la existencia de un natural instinto maternal inherente a la propia esencia de la mujer³⁶, que explica el deseo universal de las mujeres de ser madres y la inherente inclinación hacia el cuidado del sexo femenino. También está presuponiendo la existencia de un vínculo afectivo entre la madre biológica y el hijo/a, de especial intensidad y naturaleza por el hecho de haber gestado y tener una relación genética, cuando se ha demostrado que las relaciones de apego entre padres e hijos/as se establecen de igual manera e intensidad en los casos de adopción en los que no ha habido gestación ni hay vínculo genético, e independientemente del sexo del progenitor.

La condena de la gestación por sustitución por considerarse un hecho antinatural, también participa de la consideración de "natural" o "normal" de los parámetros de conducta humana que una sociedad determinada quiere elevar a consideración normativa. Todo lo que se desvía de ese parámetro de normalidad, se considera anormal y antinatural (por ejemplo las personas con una orientación sexual diferente a la heterosexual normativa). También aquello se es nuevo o diferente (ciertos avances en materia de técnicas de reproducción humana asistida inicialmente recibieron un fuerte rechazo social porque era diferente³⁷, por ejemplo la inseminación artificial con donante de semen³⁸).

Además el argumento de lo que es natural aparece con frecuencia cuando se trata de cuestiones relativas a la reproducción de la mujer, por ejemplo para justificar ciertos comportamientos típicamente femeninos y derivados de su naturaleza: el carácter más instintivo, emocional, irracional, vulnerable, dulce, pacífico, etc ³⁹. O para condenar ciertas actitudes que se consideran antinaturales: la decisión de abortar, la entrega de un hijo/a en

Macmillan, 2006.

³⁶ Toda la obra de Badinter trata de desmontar la creencia en un instinto maternal de tipo animal, demostrando el carácter histórico y por lo tanto cultural, del deseo maternal (BADINTER, E.; *L'amour en plus. Historire de l'amour maternel (XVIIe - XXe siècle)*, Paris, Flammarion, 1980).

³⁷ Con la utilización de las técnicas de reproducción asistida, no sólo ya se produce la disociación de sexo y reproducción que ya se había conseguido con la generalización de los métodos anticonceptivos, sino además se rompe, en cierta manera, la división público-privada, y el confinamiento de la reproducción a lo privado. Más allá de la pareja genitora, aparecen terceras personas claves en el nacimiento de ese nuevo ser, como por ejemplo el médico o el donante., LEMA AÑÓN, C. : *Reproducción, poder y derecho*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 103.

³⁸ FRITH, L. : "Gamete donation and anonymity", *Human Reproduction*, vol. 16, No. 5, 2001, pp. 818-824.

³⁹ Tal y como han criticado el pensamiento feminista, ver por ejemplo BEAUVOIR, S.: *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra, (1949, ed. 2001a Vol. I, 2001b Vol. II)

adopción, la ambición profesional por encima del interés en formar una familia, etc.

La objeción que considera que la gestación por sustitución supondría una alteración de las normas de filiación, podrían ser también resueltas con su modificación en la normativa civil aplicable⁴⁰. En el caso de la donación de gametos, la normativa sobre técnicas de reproducción humana asistida deja claro que estos donantes no tienen ningún derecho a reclamar ningún tipo de maternidad o paternidad legal sobre el hijo/a concebido mediante esta técnica, y con la que si que podrían llegar a tener un vínculo genético. También es el caso de los padres que entregan en adopción a su hijo/a, sobre el cual no podrán ejercer ningún derecho de reclamación de paternidad o maternidad en el futuro. De igual manera se podría establecer que la mujer que consintiera libremente en ceder el uso de su útero para gestar un hijo/a ajeno, podría igualmente regularse legalmente su renuncia a ejercer en el futuro ningún derecho como madre.

Permitir la gestación por sustitución estaría en coherencia con una postura legal cada vez más cercana a la consideración de la maternidad y la paternidad como decisiones voluntarias, buscadas y libremente consentidas de las personas en el ejercicio de su autonomía reproductiva y de su derecho a la reproducción⁴¹. El hecho que exista o no un vínculo genético entre los progenitores y el hijo/a⁴², o el dato de quien ha sido el cuerpo que ha gestado ese hijo/a debería ser datos meramente biológicos que no deberían impedir el reconocimiento por parte del derecho de esas nuevas formas de paternidad y maternidad, donde prima el respecto a la voluntad de las personas de reproducirse y de garantizar a la nueva vida, un respeto a sus derechos fundamentales y dotarle de una familia en la que crecer feliz y sano/a⁴³.

⁴⁰ El principio de "mater Semper certa est" debería cambiarse de sentido por "pater et mater incertus sunt" (LEONSEGUI, A.: "La maternidad portadora, sustituta. Subrogada o de encargo", *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 7, 1996, pp. 317-338).

⁴¹ Acerca de la existencia del derecho a la reproducción en el marco del ordenamiento jurídico español GÓMEZ SÁMCHÉZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp.34; DE LORA, P.: "¿Qué hay de malo en tener hijos?", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 10, 2006, pp. 45-64; SOUTO, B.: "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación por sustitución", *Feminismo/s*, diciembre 2006, pp. 181-195; IGAREDA, N. "El hipotético derecho a la reproducción", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 23, 2011, pp. 252-270, entre otros/as.

⁴² Algunos autores aun admitiendo la posibilidad de legalizar la gestación por sustitución, exigen la relación genética de la menos uno de los progenitores para asegurarse que no constituyen situaciones abusivas o explotadoras (PUIGPELAT, F.: "La maternitat per substitució: una via per ampliar els drets reproductius de les dones?" o ALKORTA, I. "La regulació jurídica de la maternitat subrogada" en *VVAA: Las subrogació uterina: anàlisi de la situació actual*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010).

⁴³ Como algunos autores/as señalan a veces el énfasis legal (y especialmente judicial) del vínculo genético, sobre todo desde la generalización del test de DNA, crea la ficción de que la verdad genética es siempre lo mejor para el niño/a, incluso por encima de sus deseos y preferencias, y de espaldas a la realidad de relaciones afectivas y vínculos familiares que establece un niño/a que son mucho más complejos que la verdad genética (ver en este sentido SMART, C. : "Law and the regulation of family secrets", *International Journal of Law, Policy and*

Aun así, incluso entre los autores/as⁴⁴ que defienden el encaje constitucional de un derecho a la reproducción⁴⁵, hay reticencias en admitir la gestación por sustitución porque consideran que los derechos no son absolutos, y que el derecho a la reproducción encuentra sus límites en el orden público y en los derechos fundamentales de terceros. Aquí aparece con fuerza el argumento de que la libertad de la mujer para disponer de su cuerpo no puede ir en contra de su dignidad y de la dignidad del hijo/a así concebido. Aunque la dignidad se ha configurado como un valor superior del ordenamiento jurídico, es también un concepto jurídico indeterminado. El concepto actual nace del pensamiento ilustrado, y actualmente "la dignidad de toda persona procede de su valor intrínseco como tal, como miembro de la humanidad y como ser autónomo y libre que determina sus propios fines y no es intercambiable por ninguno de sus semejantes (singularidad)"⁴⁶. Quienes consideran la gestación por sustitución una violación a la dignidad de la mujer gestante, están una vez más identificando la capacidad gestacional de la mujer como su seña de identidad como persona, y su atributo de humanidad por excelencia⁴⁷, y no reconocen como elemento inherente de su dignidad la autonomía reproductiva, la capacidad de tomar decisiones libremente sobre sus proyectos y planes de vida (al igual que sucede en el debate sobre el aborto).

Igualmente se esgrime en contra de la admisión de la gestación por sustitución, el hecho de que la legalización y generalización de esta práctica contribuiría a la explotación de mujeres en situaciones de desventaja social y económica, tal y como se evidencia en algunos de los países en los que se permite. También existen muchas otras prácticas en nuestra sociedad, que pueden ser constitutivas de formas de explotación de las mujeres, en las que se atenta contra su dignidad, y a veces contra algunos de sus derechos humanos, y no por esto no constituye un argumento de peso para su prohibición legal (por ejemplo algunos tipos de trabajos, o la prostitución). Además si la gestación por sustitución se realizara mediante una figura jurídica que asegurase su gratuidad y carácter altruista⁴⁸, no debería por tanto

the Family 24 (3), 2010, pp. 397-413.

⁴⁴ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

⁴⁵ Derecho a la reproducción que en cambio sí que está reconocido de manera explícita en las Constituciones de Grecia y Sudáfrica, que permite en consecuencia una regulación de la gestación por sustitución (EUROPEAN UNION: *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, European Parliament, 2013 disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies>).

⁴⁶ BOLADERAS, M.: "Vida, vida humana, vida digna", *LOGOS, Anales del Seminario de Metafísica*, vol. 40 (2007), pp. 108.

⁴⁷ Ver en este sentido ADORNO, R.: *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Tecnos, 1998; PANTALEÓN, F.: "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *RCEC*, 15 (mayo-agosto 1993), pp. 129-160.

⁴⁸ Hay autoras que proponen la adopción de una legislación similar a la británica, una filiación judicial posterior similar a la que se realiza en los casos de adopción (ALKORTA, I.: "La regulación jurídica de la maternidad subrogada" en *VVAA: Las subrogación uterina: análisis de la*

sospechase más de la gestación por sustitución que de otras prácticas similares donde el derecho las admite sin reservas como en la donación de sangre, órganos o gametos⁴⁹. Tampoco se entenderían los recelos en admitir que la mujer está consintiendo libremente en ceder de manera altruista el uso de su útero, a no ser que dichos recelos se relacionen una vez más en las dificultades en admitir la plena capacidad de obrar de las mujeres cuando tienen que tomar decisiones de gran trascendencia para su vida, y en especial, para cuestiones relacionadas con su reproducción⁵⁰.

A veces se alude a la necesidad de proteger la dignidad y los derechos fundamentales de esta nueva vida que se está creando, que podrá verse perjudicada si se permite la gestación por sustitución, y además que no tendrá capacidad para dar su consentimiento en ser de esta forma concebido/a. Pero lo mismo sucede con otras formas de técnicas de reproducción humana asistida (mediante fertilización in vitro, mediante donación de gametos masculinos o femeninos) o en la adopción, y no se considera que su dignidad está siendo menoscabada. Es más, a veces incluso se permiten ciertas prácticas donde esa nueva persona ni siquiera tiene el derecho a saber cómo fue concebido/a, y/o saber cuáles son sus orígenes biológicos, por ejemplo cuando se permite por ejemplo la donación anónima de gametos⁵¹.

situación actual, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010) o mediante un especial acuerdo de cooperación entre la mujer gestante y la madre comitente (PUIGPELAT, F.: "La maternitat per substitució: una via per ampliar els drets reproductius de les dones?" en VVAA: *Las subrogació uterina: anàlisi de la situació actual*, Fundació Víctor Grífols i Lucas, Barcelona, 2010).

⁴⁹ Obviamente no es lo mismo la donación de sangre, gametos u órganos. Su consideración de partes o no del cuerpo humano, tienen consecuencias jurídicas en que puedan ser objeto de transacciones o no entre los hombres. Pero además, no es lo mismo la donación de sangre, que no tiene consecuencias para la integridad física del donante, que de gametos, que en el caso de las mujeres tiene ciertos riesgos para la integridad física de las donantes, además de que los gametos implican una potencialidad de vida humana diferente a la sangre (ver en este sentido por ejemplo ROMEO, C.M; PASLACK, R.; SIMON, J.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. 15-42). La donación de los órganos es incluso más compleja, porque obviamente suponen un menoscabo en la integridad física de las personas, pero aun así está permitida su donación en nuestro ordenamiento jurídico, siempre sometido a estrictos requisitos y fuertemente supervisado por las instituciones pertinentes. La cesión del útero en los casos de gestación por sustitución supone un acto de donación de diferente naturaleza, más cercano a la donación de gametos, que a la de órganos.

⁵⁰ Por ejemplo la necesidad de que transcurran tres días desde la solicitud de interrupción voluntaria del embarazo hasta la realización del aborto, en el actual artículo 14.b de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. También objeciones parecidas en LACADENA, J.R.: "La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: consideraciones científicas y éticas", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Núm. 24, 2006, pp. 157-184.

⁵¹ En investigaciones sobre la actitud de los padres en desvelar a sus hijos/as como han sido concebidos y en los países en los que la maternidad por sustitución es legal, la mayoría de los casos de maternidad por sustitución los hijos/as han sido informados por sus padres cómo han sido concebidos (ver por ejemplo READINGS, J.; BLAKE, L.; CASEY, P.; JADVA, V.; GOLOMBOK, S. "Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy", *Reproductive BioMedicine Online*, 22,

Esto en cambio resulta una cuestión sumamente controvertida ya que en numerosos países europeos la donación de gametos está permitida, pero siempre que el menor pueda conocer sus orígenes genéticos si quiere al alcanzar la mayoría de edad, para poder así garantizar el derecho a conocer los orígenes biológicos contenidos en la Convención Europea de los Derechos del Niño (1989). España ha ratificado la Convención el 6 de diciembre de 1990, y ha entrado en vigor el 5 de enero de 1991, y aun así, se interpreta compatible con el mantenimiento del anonimato de donantes de gametos, y en contradicción con la legislación sobre adopción en el que en cambio sí que se reconocer ese derecho a conocer⁵². Por lo tanto, resulta al menos, discutible que se utilice en contra de la gestación por sustitución este argumento, cuando no resulta problemático en otras formas de técnicas de reproducción humana asistida legalmente admitidas y vigentes en el ordenamiento jurídico español.

4. UNA PROPUESTA DE DEBATE A MODO DE CONCLUSIÓN

Consideramos que los cambios sociales⁵³, científicos⁵⁴ y de género⁵⁵, obligan a que nuestra sociedad se replantee y discuta de nuevo, las razones por las que la gestación por sustitución fue excluida de las técnicas de reproducción humana asistida admisibles en España desde la primera ley de 1988. A pesar de que el momento político actual no parece ser el más adecuado, ya que la cuestión más inmediata e importante sobre reproducción humana en la agenda política es la reforma de la vigente legislación sobre interrupción voluntaria del embarazo⁵⁶, el Derecho no puede obviar la realidad

2011, pp. 485-495.

⁵² Ver sobre este aspecto VILLAGRASA, C.; RAVETLLAT, I. (coord.): *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, Barcelona, Bosch, 2006 o LEMA AÑÓN, C.: *Reproducción, poder y derecho*, Madrid, Trotta, 1999).

⁵³ La cada vez mayor generalización de las técnicas de reproducción humana asistida, la cada vez mayor aceptación de la maternidad y paternidad social, sin necesidad de que exista un vínculo biológico entre los progenitores y los hijos/as como ocurre en la adopción o en otras formas de técnicas de reproducción asistida con donantes de gametos; la aparición de nuevas formas de familia que cuentan con reconocimiento legal y social (como es el caso de los matrimonios entre personas del mismo sexo).

⁵⁴ La gestación por sustitución es posible científicamente desde la década de los 80, y su generalización, así como otras formas de reproducción asistida, avanzan de manera mucho más rápida, que las modificaciones del derecho para adaptarse a estas nuevas realidades sociales.

⁵⁵ La sociedad española presente importantes avances en los principales indicadores de igualdad de género, y socialmente está más aceptado que el rol de las mujeres no queda limitado únicamente a la maternidad y a su papel de esposas y cuidadoras. Aun así, y tal como muchas veces el derecho refleja, pervive en nuestra sociedad esa identificación de la identidad de la mujer con su función maternal que ayuda a entender los argumentos morales contra las mujeres gestantes que consienten libremente en gestar un bebé para otras personas (ver por ejemplo IGAREDA, N. *De la protección de la maternidad a una legislación sobre el cuidado*, Saarbrücken: Editorial académica española, 2012).

⁵⁶ De ahí el actual anteproyecto de Ley Orgánica sobre la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada.

cada vez más creciente de parejas españolas (especialmente homosexuales) que viajan a otros países donde la gestación por sustitución está permitida.

El debate legal y social en España y su hipotética admisión, supondría un elemento disuasorio del turismo reproductivo⁵⁷, una realidad cada vez más creciente⁵⁸, tal y como lo demuestra esta número cada vez más numeroso de personas que viajan a otros países para acceder a la gestación por sustitución cuando en España no está permitida⁵⁹. Las razones que se esgrimen en contra del turismo reproductivo son que supone una discriminación por clase social, dificulta el control sobre la calidad médica que se ofrece en las técnicas de reproducción humana asistida, puede suponer una fuente de explotación para mujeres en países del tercer mundo y además de que la industria reproductiva se convierte en una actividad comercial más. Igualmente se señalan algunos problemas que presentan el turismo reproductivo en los casos de gestación por sustitución cuando se producen en países como India, Rusia o Ucrania, donde conforme a sus leyes los niños no obtienen la nacionalidad del territorio donde han nacido, sino la nacionalidad de sus progenitores⁶⁰. Así que si quieren sacar a los niños del país, necesitan la autorización consular de sus países, que pueden ser denegados, y por lo tanto los niños quedarían apátridas y con una filiación incierta, además de quedarse atrapados en los países donde nacieron pero de los que no son nacionales⁶¹.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre gestación por sustitución, ha visibilizado esta realidad social. En este caso, el Tribunal Supremo ha cerrado la vía a una legalización "de facto" que se venía produciendo de contratos de gestación por sustitución realizados en países donde era legalmente admisible por parte de parejas españolas, que luego inscribían a sus hijos/as en el registro Civil español, gracias a la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariados (DGRN) de 18 de febrero de 2009 y la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El Tribunal Supremo ha señalado que no se puede contradecir por vía reglamentaria, lo

⁵⁷ Se denomina turismo reproductivo, cuando nacionales de un país viajan a otros para acceder a técnicas de reproducción asistida que en su país de origen no son legales. La European Society of Human Reproduction and Emryology ha criticado la utilización del término turismo reproductivo porque banaliza las razones por las que las personas acceden a las TRA, y prefiere la utilización del concepto "cross-border reproductive care" (LAMM, E.: "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3, 2012, pp. 22).

⁵⁸ Que preocupa especialmente a las autoridades comunitarias, dada la libre circulación de personas, bienes y servicios dentro del espacio europeo, a pesar de que la Unión Europea no tiene competencias para legislar sobre estas cuestiones (ver por ejemplo ROMEO, C.M.; PASLACK, R.; SIMON, J.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. 34.)

⁵⁹ A pesar de la ausencia de datos sobre este fenómeno, ni siquiera en aquellos países donde la gestación por sustitución está legalizada, como en el Reino Unido.

⁶⁰ A diferencia de los niños/as nacidos en Estados Unidos, que obtienen la nacionalidad estadounidense por haber nacido en el país.

⁶¹ LAMM, E.: "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2012, pp. 22-23.

que con rango de ley ordinaria no está permitido, y en todo caso, apunta, que el cambio de la ley es competencia del poder legislativo, y no del poder judicial, y que por tanto, el cambio de regulación sobre la gestación por sustitución en España no puede realizarse por la vía jurisprudencial⁶².

Igualmente se está señalando por parte de un sector de la doctrina⁶³, que también con la aprobación de la nueva Ley de Registro Civil, mediante la ley 20/2011 de 21 de julio, que entrará en vigor el 22 de julio de 2014, se ha desaprovechado una oportunidad de modificar el principio de "mater sempre certa est", y de la regla de filiación materna por el parto. No sólo porque los nuevos artículos 98 y 96 de la nueva Ley de Registro Civil no permitirán la inscripción de la filiación que haya tenido su origen en contratos de gestación por sustitución, y por lo tanto, se considere que esos certificados o sentencias judiciales extranjeras no pueden reconocerse porque son incompatibles con el orden público español, siempre que permanezca el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida del 2006. Sino que en esta nueva Ley de Registro Civil no ha sido objeto de discusión la necesidad de adecuar las reglas de filiación existentes, ni si era pertinente revisar las consecuencias legales que se otorgan a las diferentes formas de ser madres, o que incluso podría distinguirse las consecuencias jurídicas en materia de filiación a una mujer gestante, de una madre en sentido biológico (que gesta y además tiene vínculo genético con el hijo/a⁶⁴) o madre en un sentido social, que ni gesta⁶⁵, y puede o no, tener un vínculo genético con su hijo⁶⁶).

Además su discusión política, legal, social y sobre todo ética, obligaría a repensar las reticencias a modificar el principio de "mater sempre certa est", y sería deseable, que en el debate público sobre el significado y consecuencias legales que como sociedad otorgamos a la maternidad biológica⁶⁷, genética⁶⁸ y

⁶² Sobre esta anomalía legal ya se había pronunciado un importante sector de la doctrina, haciendo muy previsible el pronunciamiento final del Tribunal Supremo al respecto. Ver en este sentido VELA, A. 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; DE BARRÓN, M. "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, 200, pp. 29-41.

⁶³ Ver por ejemplo SÁEZ-SARTUNTÚN, M. "La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014", *Diario La Ley*, nº 8293, Sección Tribuna, 15 Abril 2014.

⁶⁴ Por ejemplo, el caso "normal" de maternidad biológica sin intervención o con la ayuda de alguna técnica de reproducción asistida, pero donde la madre es quien gesta y también aporta su óvulo.

⁶⁵ Por ejemplo el caso de una madre comitente en una gestación por sustitución, que ha aportado su óvulo.

⁶⁶ Por ejemplo el caso de una madre comitente en una gestación por sustitución, que tampoco aporta su óvulo.

⁶⁷ Por maternidad biológica entendemos aquella maternidad determinada por el parto, independientemente si existe o no vínculo genético entre la gestante y el bebé. Es esta la maternidad que prima en nuestro ordenamiento jurídico.

⁶⁸ Por maternidad genética entendemos aquella maternidad determinada por el vínculo

social⁶⁹, las mujeres estuvieran presentes no como objetos, sino como sujetos de derechos y ciudadanas que deliberan⁷⁰.

La hipotética regulación de la gestación por sustitución daría pues una respuesta a una creciente demanda social, supondría un obstáculo al turismo reproductivo, constituiría un instrumento para garantizar el derecho a la reproducción de cierta parte de la población, ofrecería seguridad jurídica a las partes, y permitiría un control legal de las condiciones para no incurrir en situaciones de explotación o de falta de ética.

Asimismo representaría una oportunidad para decidir como sociedad si el reconocimiento jurídico a las relaciones de parentesco, en este caso, el reconocimiento de la condición de progenitores, se hace atendiendo a un criterio de maternidad y paternidad social, basado en la voluntad de esas personas de ser padres y asumir en consecuencia las obligaciones de cuidado de esa nueva vida⁷¹. O si por el contrario, se continúa dando prioridad sobre todo en el caso de la maternidad⁷², a las relaciones puramente biológicas como la gestación, como un episodio de la vida de una mujer que la convierte automáticamente en madre, en aras de un determinismo biológico, obviamente obsoleto a la luz de los cambios sociales y científicos descritos.

genético entre la madre y el bebé, independientemente de si la madre ha sido o no quien ha dado a luz a la criatura. Esta maternidad podría ser la que se reconoce en los países donde se permite la gestación por sustitución y se reconoce como madre comitente aquella que ha aportado su óvulo.

⁶⁹ Por maternidad social entendemos la maternidad reconocida legalmente, sea biológica, genética o adoptiva, y en la que no se exige un vínculo genético de la madre con el hijo/a, sino que se otorga un reconocimiento jurídico a la voluntad de ser madre y la asunción de los deberes y obligaciones como progenitor respecto a esa criatura.

⁷⁰ IGAREDA, N. "Las mujeres como objeto y no como sujeto de las técnicas de reproducción humana asistida" en Boladeras, M. (editado): *Bioética, género y diversidad cultural*, Cánoves i Samoles: Proteus, 2012, pp. 447-490.

⁷¹ SMART, C. "Law and the Regulation of Family Secrets." *International Journal of Law, Policy and the Family* 24, no. 3, 2010, pp. 397-413

⁷² Con la excepción de la adopción.