

MATERNIDAD SUBROGADA: DILEMAS ÉTICOS Y APROXIMACIÓN A SUS RESPUESTAS JURÍDICAS

Surrogate motherhood:
ethical dilemmas and approximation to their legal responses *

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO
Universidad de Santiago de Compostela
mpaz.garcia@usc.es

MARGARITA HERRERO OVIEDO
Universidad de Santiago de Compostela
margarita.herrero@usc.es

Fecha de recepción: 06/06/2017
Fecha de aceptación: 23/06/2017

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN 0008-7750, núm. 52 (2018), 67-89

RESUMEN La maternidad subrogada constituye uno de los temas más controvertidos entre los muchos de esta índole que afectan al uso y disposición del cuerpo de la mujer. Razones de índole ética, sociológica y jurídica convergen para argumentar a favor y en contra de una práctica que, queramos o no, se halla cada vez más extendida. Al igual que sucede en otros temas relacionados con el cuerpo femenino, como el aborto o la prostitución, las diferentes posturas están cada vez más distanciadas y los márgenes para alcanzar puntos de encuentro resultan demasiado estrechos. Estamos convencidas de que el primer deber académico es huir de una neutralidad simple que a todos contente; pronunciarse con argumentos es la tarea que nos corresponde y el que, a sabiendas del riesgo que corremos y de que nuestra postura tampoco puede ser definitiva, este trabajo pretende.

Palabras clave: maternidad subrogada, madre subrogada, cosificación del cuerpo femenino, padres de intención, padres y madres legales.

ABSTRACT Surrogacy is one of the most controversial topics among the many of this type that affect the use and disposal of a woman's body. Ethical, sociological and legal reasons converge in order to argue in favor of or against a practise that, like it or not, is becoming more widespread. Much as with other issues concerning the female body, such as abortion or prostitution, the gap between differing opinions is becoming increasingly greater and greater and common ground for agreement has become too small. We are convinced that the first academic duty is to avoid a simple neutrality in order to please everybody; it

* Para citar/citation: García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M. (2018). Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 52, pp. 67-89.

is up to us to give arguments, realizing the risk we take and that our stance cannot be the final word.

Key words: surrogacy, surrogate mothers, commodification of woman's body, intended parents, legal parents.

1. INTRODUCCIÓN

Parece una obviedad señalar que la gestación por sustitución, maternidad por sustitución o maternidad subrogada¹, entendiendo por tal el supuesto en el que una mujer lleva adelante un embarazo con el fin de entregar un hijo a otra persona o a una pareja, es un fenómeno de gran actualidad tanto desde el punto de vista sociológico, como jurídico². Aunque no es fácil encontrar estadísticas que acrediten los números reales de tal práctica, ni siquiera en los países cuyos ordenamientos jurídicos reconocen su legalidad (Nelson, 2013, p. 241)³, sí lo es constatar, una vez caído el velo que la ha ocultado durante un tiempo, tanto la relativa frecuencia del recurso a este procedimiento para lograr el anhelo de maternidad/paternidad, como su progresivo incremento en todo el mundo (Storrow, 2012, pp. 561-609)⁴.

Aunque algunas voces resaltan su carácter estrictamente novedoso⁵, otras estiman que se trata de una realidad muy antigua, pues ya en Roma no era nada extraña la situación de *ventrem locare* (Knoppers/Le Bris, 2005, p. 613), e incluso en algún pasaje bíblico se hace mención a la misma⁶.

-
1. Expresiones que algunos tildan de eufemísticas, pero que parecen haber ganado la batalla terminológica, en relación con otras más combativas, como “vientre de alquiler” o “alquiler de útero”.
 2. Incluso algunos partidos políticos lo han llevado al núcleo de sus discusiones programáticas. En los momentos finales de redacción de este trabajo (mayo 2017) se ha publicado el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.
 3. La autora explora las razones por las que no es fácil contar con los números exactos sobre maternidad por sustitución, señalando como una de las principales la frecuencia del recurso a esta técnica fuera del país de procedencia de quienes recurren a ella.
 4. Sorprende que el Comité de Bioética de España, en el Informe citado en la n. 2, considere que se trata de una práctica “cuantitativamente poco significativa”.
 5. Para el Comité de Bioética de España en el mismo Informe “se trata de una práctica inédita hasta los tiempos recientes”.
 6. *Génesis, 16:1-2*: Sarai, la mujer de Abrám, no tenía hijos. Pero tenía una esclava egipcia de nombre Agar, y dijo a Abrám: “Mira, Yavé me ha hecho estéril; entra pues a mi esclava, a ver si por ella pueda tener hijos”. *Génesis 16.1-3*: Y viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y dijo a Jacob: Dame hijos, o me moriré. Y Jacob se enojó contra Raquel, y le dijo: ¿Soy yo, en lugar de Dios, quien te impide el fruto de tu

También es conocida la práctica de muchos pueblos de África o del Pacífico Sur en los que resulta perfectamente normal que una mujer geste para otra mujer o para una comunidad familiar en la que la propia idea de maternidad es mucho más amplia y compartida que la que nosotros tenemos.

Con todo, la familia tradicional en el mundo occidental, sacralizada en los Códigos civiles burgueses, se dibuja como un modelo biparental, compuesto por un padre y una madre de unos mismos hijos, preferentemente biológicos; que el vínculo jurídico o fáctico entre los primeros y los segundos se rompa, e incluso que tanto el hombre como la mujer tengan otros hijos con nuevas parejas, no quiebra aquella relación binaria y exclusiva. Aunque es cierto que existen nuevas modalidades familiares que coexisten con este modelo y que progresivamente van adquiriendo mayor protagonismo en nuestras contemporáneas sociedades (Valpuesta Fernández, 2012, pp. 291 y ss.), no cabe duda de que el descrito sigue siendo el paradigma social y jurídicamente predominante.

Es evidente que la maternidad subrogada choca con este modelo, al provocar una clara disociación entre la maternidad biológica, la social y la gestante (Knoppers/Le Bris, 2005, p. 614), hasta el punto de que se ha llegado a decir que con ella estamos ante la desaparición de la idea misma de madre (Gallego-Díaz, 2017).

Desde otro punto de vista, también se ha denunciado que la figura en cuestión supone la mercantilización inicua del cuerpo de la mujer gestante, quien a la postre resulta tratada como un medio para obtener los fines de otros⁷, violando así el segundo imperativo kantiano (en contra, Atienza, 2017). En lugar de como una persona revestida de la dignidad humana que le es inherente, la mujer es considerada como una cosa reducida a su valor de mercado lo cual, en definitiva, ha de ser considerado como una forma más de explotación y violencia contra las mujeres, así como una peligrosa

vientre? Y ella dijo: He aquí a mi sierva Bala; entra en ella y parirá sobre mis rodillas, y tenga yo prole por ella. *Génesis, 30: 9-11*: Viendo Lía que había dejado de tener hijos, tomo a Zelfa, su esclava, y se la dio por mujer a Jacob, Zelfa, esclava de Lía, parió a Jacob un hijo y Lía dijo “Que buena fortuna, y la llamó Gad”.

Por nuestra parte, aunque las referencias bíblicas no sean del todo inoportunas, creemos conveniente subrayar que estas mujeres utilizadas como madres subrogadas no tenían autonomía, eran sirvientes o esclavas de los pares de intención y no elegían tener esas relaciones sexuales ni esos hijos; no extraña, pues, que estos antecedentes bíblicos sean utilizados para ilustrar la explotación y alienación de las madres subrogadas.

7. El fenómeno ha inspirado incluso algunas obras literarias, como la distopía de M. Atwood, *El cuento de la criada*, traducción de E de Hériz, Salamandra 2017, recientemente convertida en serie de televisión <http://elpaissemanal.elpais.com/documentos/atwood-el-cuento-de-la-criada/>

alianza entre patriarcado y capitalismo del que puede derivar la pérdida de los derechos que las mujeres hemos tardado tanto en conquistar (Salazar, 2017).

Ambas premisas, tanto el choque con el modelo social dominante, como la denuncia de la reprochable mercantilización del cuerpo de la mujer gestante, generan múltiples cuestiones de índole ética y sociológica, que indudablemente tienen también una clara repercusión jurídica. Pero lo cierto es ni siquiera desde un punto de vista estrictamente ético son los dos citados los únicos elementos en juego; la práctica real muestra que también son muchos otros los derechos fundamentales implicados, el más evidente de los cuales se suscita *ex post facto*, esto es, una vez que la práctica de la gestación por sustitución ha sido realizada y el niño ya ha nacido; él es también portador de los derechos humanos que le son inherentes y que también han de ser atendidos por el sistema, sea este más o menos flexible con la admisibilidad de la gestación por sustitución.

En esta modesta contribución trataremos de acercarnos, aunque sea de manera tímida, a la problemática actual de una práctica que, como veremos, cuenta con muchas aristas, posiciones controvertidas y eventuales respuestas que son difíciles y que además, con probabilidad rayana en la certeza, ni pueden ser definitivas, ni absolutamente concluyentes.

2. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE NUESTRO ENTORNO. LA SITUACIÓN EUROPEA, EN ESPECIAL LA ESPAÑOLA, Y LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La respuesta dada por los ordenamientos jurídicos modernos al fenómeno de la maternidad subrogada se caracteriza por su enorme diversidad. Limitándonos a los que nos resultan más conocidos, las opciones van desde la prohibición absoluta de los contratos que la hacen posible, hasta la libertad total, pasando por toda una serie de situaciones intermedias de distinto contenido y alcance.

Siendo tan diversas las respuestas de los diferentes sistemas jurídicos, resulta hasta cierto punto curiosa la común apelación a razones de índole ética a la hora de justificar cada una de ellas. Así, en los ordenamientos que mantienen la prohibición total a estos contratos se apela, por ejemplo, a la indisponibilidad del cuerpo humano, en este caso el cuerpo femenino que, una vez más resulta, objeto de especial debate, indisponibilidad derivada del propio concepto de dignidad humana (Salazar, 2017). En los más permisivos, se reclama el respeto a la autonomía de la persona y de nuevo, en especial, de la mujer, para la toma de decisiones sobre su propio cuerpo. En

los intermedios, que admiten dichos contratos pero solo en ciertas circunstancias, se invocan con frecuencia razones que invocan la solidaridad entre mujeres; y ello tanto si los contratos son gratuitos, en cuyo caso la aludida solidaridad parece más evidente, como incluso si son onerosos, pero solo en ciertos casos en los que parece existir una razón plausible para recurrir a esta técnica, como sucede si una mujer tiene imposibilidad absoluta de quedarse embarazada por una anomalía en el útero o en aquellos otros en los que, aun siendo posible el embarazo, existe un alto riesgo de una alteración en el desarrollo del feto o de la propia vida de la mujer (Knoppers/Le Bris, 2005, p. 613).

Para intentar comprender mejor el alcance de la controversia, vamos a exponer de modo sucinto algunos de los sistemas más representativos y algunos sus principales problemas técnicos.

Rusia, Ucrania, Georgia o India⁸, suelen citarse como los ejemplos paradigmáticos de los ordenamientos más permisivos entre los que admiten los contratos de maternidad por sustitución, incluyendo los que se realizan a cambio de una remuneración económica. Precisamente en este matiz oneroso se centran muchas de las críticas a estos sistemas, al entender, como antes se dijo, que cosifican el cuerpo de la mujer gestante y lo convierten en un simple bien de cambio. Se incide también en que esta práctica supone una forma de explotación de seres humanos especialmente vulnerables, pues son precisamente las mujeres con menos recursos originarias de estos países las que suelen firmar este tipo de contratos, en los que los padres de intención provienen de otros lugares más prósperos donde no pueden o no quieren realizarlos. Precisamente por la lejanía entre los contratantes, esos contratos suelen celebrarse a través de la intermediación de agencias, personas o redes que muchas veces se aprovechan de la situación de vulnerabilidad de esas mujeres, obteniendo de paso pingües beneficios por su intermediación, si bien las cifras muestran que también suponen un beneficio para la economía del país en cuestión⁹.

En un punto intermedio se sitúan los ordenamientos en los que estos contratos son admitidos, pero únicamente en determinadas circunstancias. Varios son los ejemplos que pueden traerse a colación, si bien nos limitaremos a pergeñar los más significativos.

8. India modificó su legislación 2015 prohibiendo la maternidad subrogada internacional para comitentes extranjeros en cuyos países no fuese admitida, al igual que Nepal, Tailandia o Camboya (en 2016).

9. Se estima que la contribución anual de las Técnicas de Reproducción Asistida a la industria india se acerca a los dos billones de dólares.

En Canadá la maternidad subrogada es legal si se realiza de modo altruista; el pago de una compensación a la gestante está, como regla general, prohibido por la ley federal sobre Reproducción Asistida Humana, si bien se exceptúa la posibilidad de que otra norma competente lo admita. Si se permite el resarcimiento de los daños causados a la gestante, aunque también se prohíbe la indemnización de daños por pérdida de salarios durante el embarazo, a menos que un médico especialista certifique por escrito que continuar trabajando puede significar un riesgo para la salud de la gestante o para el embrión o feto, o que dicha indemnización sea reconocida por la legislación competente. La validez de los contratos de maternidad subrogada se somete a la legislación de las provincias, que dan respuestas diferentes respecto a su validez y eficacia; otra cosa es desentrañar cómo repercuten estos en la filiación del nacido, cuestión que también depende de las provincias y que plantea una enorme complejidad y está en proceso de cambio¹⁰.

Australia prohíbe los contratos de maternidad subrogada con fines comerciales; hasta fechas recientes también lo estaban los realizados de forma altruista, aunque en los últimos años la mayor parte de los estados los han ido admitiendo. Ello no ha impedido que los servicios de madres subrogadas se sigan contratando fuera del país, dada la dificultad que supone encontrar mujeres que voluntariamente asuman ese papel sin contraprestación. Algunos estados han prohibido expresamente ese “*surrogacy tourism*”¹¹ y han adoptado legislaciones destinadas a sancionar penalmente las actuaciones de residentes australianos que celebran contratos de este tipo, aunque lo hagan y el contrato se cumpla fuera de su territorio, incluso si en dicho territorio están permitidos, aunque el *Australian Family Law Council*, reconoce que existe una aparente falta de interés de las autoridades en perseguir este tipo de delitos. Respecto a la filiación de los nacidos, a grandes trazos podemos decir que la madre subrogada y su pareja son considerados como progenitores, independientemente de que tengan o no conexión genética con el nacido, si bien la mayor parte de los estados permiten que los padres de intención obtengan una orden judicial que les declare padres legales.

Totalmente heterogénea es la situación en Estados Unidos. Algunos estados admiten los contratos de maternidad subrogada, pero lo hacen de manera muy diversa, tanto respecto a su exigibilidad, como a la posibilidad de compensación económica. En otros estados donde no se admiten expresamente, el tema se deriva a las disputas por la custodia del nacido. En

10. Ontario lo ha modificado en 2016.

11. Nueva Gales del Sur, Queensland y el territorio de la capital

la doctrina y jurisprudencia de este país es habitual la distinción entre la llamada maternidad subrogada tradicional y la maternidad subrogada gestacional. En la primera, en la que madre gestante también aporta su óvulo, los tribunales americanos suelen coincidir en que el contrato no es exigible y que será el principio del superior interés del niño el que ha de regir la decisión sobre su custodia. Cuando no existe conexión genética con la gestante, los tribunales hacen prevalecer el acuerdo o la relación genética para otorgar la custodia a los padres de intención (Shapiro, 2014, pp. 1358 ss)¹².

Israel admite los contratos de maternidad subrogada, que deben ser aprobados *ex ante* por un Comité *ad hoc* de naturaleza pública que evalúa la idoneidad de las partes y supervisa todo el proceso. Antes de aprobarlo, el Comité ha de constatar la capacidad de la gestante para llevar adelante el embarazo, la libre voluntad de las partes implicadas y que todas ellas han recibido la adecuada información. Es admisible el pago de una compensación económica, pero debe ser realizado en una cuenta bancaria administrada por un *trustee*, cuyos fondos solo pueden ser retirados mensualmente con el permiso del Comité. Cualquier controversia derivada del acuerdo debe ser resuelta por un mediador nombrado para estos menesteres.

Si nos colocamos ya en Europa, es de destacar el Reino Unido, cuya *Surrogacy Arrangements Act* de 1985 prohíbe la gestación por sustitución cuando se realiza con fines comerciales¹³, incluyendo sanciones penales para quienes participen, publiciten o los faciliten este tipo de acuerdos. Los contratos gratuitos, en los que son reembolsables las “*reasonable expenses*” surgidas en el embarazo y el parto¹⁴, no están prohibidos, si bien no se consideran jurídicamente exigibles. Con todo, las reglas que determinarán la “*parental order*” cuando se produce una situación de maternidad subrogada no prohibida son las contenidas en la *Fertilisation and Embryology Act* y en las disposiciones emanadas de la *Human Fertilisation and Embryology*

-
12. Según la reciente (2015) modificación del *California Family Code*, § 7962 f) (1) “A notarized assisted reproduction agreement for gestational carriers signed by all the parties, with the attached declarations of independent attorneys, and lodged with the superior court in accordance with this section, shall rebut any presumptions contained within Part 2 (commencing with Section 7540), subdivision (b) of Section 7610, and Sections 7611 and 7613, as to the gestational carrier surrogate, her spouse, or partner being a parent of the child or children”.
 13. Según la ley, el contrato ha de ser hecho bajo el presupuesto de ... *a promise or understanding that any payment will or may be made to the woman or for her benefit in respect of the carrying of any child in pursuance of the arrangement.*
 14. Concepto indeterminado que no ha impedido la entrega de fuertes cantidades de dinero, que incluso alcanza y supera en que se constata como pagado en casos de maternidades de carácter oneroso realizadas, por ejemplo, en Estados Unidos (Shapiro, 2014, p. 1371).

Authority y dependen del supuesto en cuestión. Cuando la gestación subrogada ha implicado la creación de un embrión *in vitro*, se aplica las reglas de la *HFE Act*, mientras que cuando se trata de la maternidad subrogada tradicional en la que la gestante aporta también el material genético la situación es mucho más confusa, si bien en todo caso los padres de intención pueden adoptar al nacido de una manera relativamente rápida y sencilla. Con todo, la regulación vigente no resulta satisfactoria, pues son muchos más los casos de padres de intención británicos que acuden al extranjero¹⁵ que los de quienes lo hacen bajo el paraguas de la legislación inglesa; no extraña pues que muchas voces apuesten por una modificación del régimen interno que lo haga más transparente y eficaz (Fenton-Glynn, 2016, pp. 59-75).

El otro país europeo que tradicionalmente ha admitido la gestación por sustitución es Grecia, cuyo sistema ha sido modificado en varias leyes sucesivas de 2002, 2005 y 2014. Se precisa una autorización judicial para celebrar un contrato de maternidad subrogada, cuyas condiciones de cumplimiento controla la autoridad judicial. Se exige que la comitente, que no puede tener más de cincuenta años, no pueda llevar a cabo un embarazo, y que la gestante no obtenga un beneficio económico del contrato, si bien se admite el resarcimiento de los gastos y de la pérdida de ganancias que no se pudieron obtener a causa del embarazo. Cabe señalar que si bien en la regulación primera se exigía que tanto la gestante como la madre de intención fueran ciudadanas griegas o residentes permanentes en Grecia, en la actualidad es suficiente que solo una cumpla el requisito de la residencia permanente o temporal en el país griego¹⁶.

A estas posiciones intermedias se ha sumado recientemente Portugal. La Ley 25/2016, de 22 de agosto, regula el acceso a la gestación de sustitución¹⁷; en ella se permite la celebración de negocios jurídicos de gestación por sustitución con carácter gratuito, pero únicamente en casos de ausencia de útero, lesión o enfermedad en este órgano que impida de modo absoluto y definitivo el embarazo de la mujer, o en situaciones clínicas que lo

15. La *High Court*, en el caso *Re PM* [2013], reconoce que “*The reality is there is a legal commercial framework which is driven by supply and demand*”, de resultas de lo cual puede decirse que cuando el contrato se celebra de conformidad con el ordenamiento donde tiene lugar la práctica, los tribunales británicos reconocen la filiación del nacido (Fenton-Glynn, 2016:63).

16. <http://www.greeklawdigest.gr/topics/aspects-of-greek-civil-law/item/217-surrogacy-proceedings-in-greece-after-the-implementation-of-law-4272-2014>

17. Entendiendo por tal, según el art. 8º.1 “*qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.*” La ley modifica además, entre otras leyes precedentes, como la la Ley 32/2006 de procreación medicamente asistida.

justifiquen. Las reglas sobre el consentimiento son las generales en materia contractual; los contratos han de constar por escrito que ha de ser supervisado por el *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*. Se prohíbe que la gestante sea a la vez la donante de los ovocitos (luego no será madre genética), se exige que los gametos procedan de al menos uno de los respectivos beneficiarios y que la práctica se autorice por el ente público competente. Asimismo, se prohíbe expresamente cualquier tipo de pago o donación de cualquier bien o cuantía a la gestante, excepto el reembolso del valor correspondiente a los gastos efectivamente realizados relativos a la salud de la embarazada, incluidos los transportes, gastos todos ellos que han de estar debidamente documentados. No se permite la celebración de contratos de gestación de sustitución cuando exista una relación de subordinación económica, especialmente de naturaleza laboral o de prestación de servicios entre las partes involucradas. Es importante señalar que en el documento contractual deben constar obligatoriamente las disposiciones a observar en caso de que se produzcan malformaciones o enfermedades fetales o en caso de interrupción voluntaria del embarazo. Estos contratos no podrán incluir restricciones de comportamientos a la gestante de sustitución, ni imponer normas que atenten contra sus derechos, su libertad o su dignidad. Además se declaran nulos los negocios jurídicos, gratuitos u onerosos, que no respeten las reglas precedentes. Respecto a la filiación, la propia norma establece que el niño nacido tras la gestación por sustitución es considerado hijo de los respectivos beneficiarios (art. 8.7).

En Bélgica, donde estos contratos carecen de regulación expresa, existen algunas decisiones interesantes, como la de la *Corte de Apelación de Lieja*, 1.^a Ch, de 6 de septiembre de 2010, la cual revocó parcialmente una sentencia inferior que había considerado contrario al orden público belga la transcripción en sus registros civiles del nacimiento de dos gemelas a favor de un matrimonio de varones casados en Bélgica; al igual que el tribunal inferior, el de apelación estimó que los contratos sobre seres humanos y sobre el cuerpo humano eran contrarios al orden público belga, pero aceptó el recurso respecto al padre genético teniendo en cuenta el supremo interés del niño (Álvarez González, 2017, p. 172).

Por último, aludimos a algunos ordenamientos que se pronuncian *tout court* contra los contratos de maternidad subrogada. Entre los países europeos menos permisivos con esta práctica se encuentra Francia, cuyo *Code* civil declara expresamente que el cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de un derecho de naturaleza patrimonial, que las convenciones que tengan por efecto conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, a sus elementos o a sus productos son nulas y, por último, que toda convención relativa a la procreación o a la gestión por cuenta de

otro es nula¹⁸. Tan tajantes reglas internas no han evitado el abultado bagaje jurisprudencial derivado de supuestos de maternidad subrogada procedente del extranjero que, de una u otra manera, intentaba su reconocimiento en Francia. Como nos recuerda Álvarez González (2017, p. 171), a este respecto son muy relevantes tres sentencias de la *Cour de cassation* de 6 de abril de 2011 en diversos supuestos en los que se pretendía la inscripción en registros franceses de nacidos mediante gestaciones por sustitución realizadas en el extranjero; aunque los hechos eran parcialmente distintos, la respuesta fue idéntica en los tres casos, al entender el tribunal que no era posible dicha inscripción por contradicción con el orden público francés¹⁹; en el argumentario de las tres decisiones se utilizó la indisponibilidad del estado civil de las personas como principio de orden público internacional francés, siendo de destacar que en las sentencias inferiores también se apeló al sentido principio de indisponibilidad del cuerpo humano²⁰.

En el grupo de países más estrictos con la práctica destaca Suiza, que eleva la prohibición de la gestación por sustitución a la propia Constitución²¹; ello tampoco evita la existencia de sentencias judiciales que ordenan la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido respecto de los padres de intención en los registros suizos (Álvarez González, 2017, p. 188).

En Italia, donde la gestación por sustitución está prohibida²², la Sentencia del Tribunal de Apelación de Bari de 19 de febrero de 2009, resolvió un caso de dos nacidos en el Reino Unido que constaban en el registro italiano como hijos de la madre subrogada y del padre biológico. Se solicitó posteriormente la rectificación registral para que constase como madre la de intención; el tribunal accedió al considerar que la gestación por sustitución no afectaba *per se* al orden público internacional italiano, el cual no debía

18. Respectivamente arts. art. 16.1 par. 3, art. 16-5 y art. 16.7 del *Code civil*; también se criminaliza la intermediación art. 227.12 CPenal.

19. Expresamente el art. 16-9 *Code civil* señala que las disposiciones del presente capítulo, donde se insertan los preceptos citados en el texto, son de orden público.

20. Posteriormente inciden en el mismo tema otras decisiones de la *Cour de cassation* como las de 13 de septiembre de 2013 o 19 de marzo de 2014.

21. Según el art. 119.2 la Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera se velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia, y se guiará especialmente por los siguientes principios: ... d. “Se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad por sustitución”.

22. Art. 12.6 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Gazzetta Ufficiale n. 45, 24.2.2004)*: “Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.

actuar en abstracto, sino en el caso concreto, donde no procedía estimarlo (Álvarez González, 2017, p. 173). Varios años después, en un caso en el que no existía vínculo genético entre los padres de intención y el nacido por mor de un contrato oneroso de maternidad subrogada celebrado en Ucrania, la *Corte de cassazione* en Sentencia de 26 de septiembre de 2009 entendió que reconocer la filiación de los padres de intención violaba el orden público italiano, apelando, entre otras razones, a la vulneración de la dignidad de la gestante; no obstante, de la argumentación seguida bien pudiera derivarse que de haberse tratado de una maternidad subrogada altruista no hubiera habido atentado contra tal dignidad ni, en consecuencia, contrariedad con el orden público.

La situación legal en España de la gestación por sustitución no es, ni mucho menos, nítida. Como norma de referencia se acude al art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Reproducción Humana Asistida conforme al cual

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.

Como sucede en otros países con normas similares, tal disposición, que no prohíbe los contratos sino que los declara nulos y por lo tanto no productores de los efectos en principio deseados por los contratantes (Atienza, 2017), no evita la práctica, por lo demás abundante, de contratos de maternidad subrogada celebrados en países donde está permitida y de donde proceden los niños que al nacer son, en gran parte de los casos, españoles, por ser hijos de padre español.

Desde el punto de vista jurídico, la situación descrita genera en nuestro ordenamiento innumerables problemas en relación con los niños nacidos en el extranjero y conduce a resultados absurdos en el caso de los nacidos en territorio español tras acuerdos clandestinos, como la imputación a los implicados de delitos relacionados con el tráfico de menores. Entre los primeros el caso más paradigmático es el que dio lugar a la STS de 6 de febrero de 2014, iniciado cinco años antes con la RDGRN de 18 de febrero de 2009, la cual admitió la inscripción de nacimiento y filiación de dos menores nacidos en California mediante gestación por sustitución respecto a dos varones casados entre sí; en las instancias judiciales se apreció la contrarie-

dad de la inscripción con el orden público español, con apelación especial al antecitado art. 10 LTRHA²³; volveremos en breve sobre esta decisión.

A pesar de lo dicho y por lo que respecta a países miembros del Consejo de Europa, cumple señalar que el complejo y diverso panorama parcialmente dibujado ha sido removido profundamente en los últimos años por el TEDH. Los casos franceses *Menesson* y *Labasée*, dos de los procedentes de las sentencias de la *Cour de cassation* de 2011 antes citadas, llegaron al tribunal de Estrasburgo con la alegación de la posible vulneración del “derecho al respeto a la vida privada y familiar” reconocido en el art. 8 CEDH. En ambos casos Francia resultó condenada tras el escrutinio realizado por el TEDH sobre todos los aspectos de la vida diaria que se verían afectados por la inscripción de los nacidos en el registro civil francés, así como de otras consecuencias potenciales, tales como la nacionalidad o los derechos hereditarios de los nacidos; distinguió entre los aspectos ligados al derecho del respeto a la vida familiar de los recurrentes y el respeto a la vida privada de los hijos, y estimó que mientras la injerencia del Estado francés en el primero de los derechos podría considerarse justificada, no sucedía lo mismo en el segundo, donde tal injerencia no estaba justificada por no ser necesaria. Aunque el TEDH reconoce el amplio margen de apreciación de cada Estado en un tema en el que no hay consenso entre los integrantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos, estima que ese margen se reduce cuando se refiere a aspectos esenciales de la identidad de las personas, parte integrante del derecho al respeto a su vida privada (Álvarez González, 2017, pp. 176-177). Los dos señalados, que han sido seguidos por otras decisiones del TEDH en la misma línea (Farnós Amorós, 2017)²⁴, han obligado al Estado vecino a corregir su jurisprudencia.

Se cita también como relevante en el proceso de santificación de la maternidad subrogada el caso *Paradiso y Campanelli v Italia*, objeto de dos decisiones del TEDH. En esta ocasión se denunciaba el no reconocimiento y transcripción en el Registro civil italiano de la filiación derivada de una gestación por sustitución llevada a cabo en Rusia, así como la decisión de las autoridades italianas de retirar al niño de la compañía de los padres de intención, con quienes no tenía vínculo biológico, y someterlo a un proceso

-
23. Haciendo un juicio totalmente abstracto de la normativa y olvidando que, según la mejor doctrina, la operatividad del orden público se produce únicamente en atención a las circunstancias del caso concreto, como por otra parte recordó, aunque sin demasiada coherencia argumental, el voto particular a la mencionada sentencia (Álvarez González, 2017, pp. 174-175).
 24. Casos *Foulon y Bouvet c. Francia* (asuntos 9063/14 y 10410/14), sec. 5.ª, 21.7.2016, y *Laborie c. Francia* (asunto 44024/13), sec. 5.ª, 19.1.2017.

de adopción en Italia que derivaría en la efectiva adopción por otras personas. En la primera sentencia, emitida por su Sección segunda el 27 de enero de 2015, el TEDH consideró que había existido “vida familiar” (seis meses de convivencia en Italia más algún tiempo más —con anterioridad— en Rusia) y que, sin ninguna duda, había “vida privada”, igualmente tutelada por el art. 8 CEDH, si bien la injerencia del estado italiano que tenía un objetivo legítimo, identificado con el respeto de las normas sobre adopción y la protección del niño; no obstante, consideró que la decisión de retirar al niño de los padres no podía tacharse de irrazonable, pero fue “desproporcionada” y, por lo tanto, contraria al art. 8 CEDH; la desproporción que derivaba de la consideración de la retirada del menor de su entorno familiar como una medida extrema a la que solo se debería acudir como último recurso, en casos de una amenaza inmediata (Álvarez González, 2016, p. 1048). Esta sentencia fue recurrida y dos años después, el 24 de enero de 2017, la *Grand Chamber* emitió otra que se apartó del razonamiento seguido por la Sección 2.^a, y consideró que la actuación de las autoridades nacionales no vulnera el art. 8 CEDH, pues no había “vida familiar” en el sentido del art. 8 CEDH, tomando en consideración básicamente la brevedad de la convivencia con el niño y la ausencia de vinculación genética; apreció que las autoridades italianas actuaron de forma correcta al declarar el desamparo del menor, pues tolerar la situación creada por los comitentes hubiera sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos contraviniendo importantes normas de Derecho italiano (Farnós Amorós, 2017).

Los citados pronunciamientos del TEDH han tenido importantes repercusiones internas. Así, apela a esa jurisprudencia, la Sentencia del BGH alemán de 10 de diciembre de 2014, al resolver la solicitud de reconocimiento de una sentencia californiana que declaraba la filiación de un nacido mediante gestación por sustitución respecto de una pareja registrada compuesta por dos varones alemanes residentes en Alemania. A pesar de que la maternidad subrogada constituye una práctica prohibida en el Derecho sustantivo alemán, el BGH admite el reconocimiento solicitado y rechaza que el mismo pudiera vulnerar el orden público alemán; toma en consideración para ello, además de la doctrina emanada por el Tribunal de Estrasburgo, la vinculación genética con uno de los padres y que el otro era su pareja conviviente, lo que aproximaba la situación a la de la adopción; valora también que la gestante no tenía vínculo genético con el nacido, que había dado su consentimiento tanto *ex ante* como *ex post*, lo que excluía la vulneración de su dignidad como ser humano y también aproximaba la situación a la de la adopción del Derecho alemán; además, era la solución que mejor tomaba en consideración el interés superior del niño. Puesto que fue crucial en el razonamiento que los mismos o similares resultados

hubieran podido obtenerse para el Derecho alemán por otras vías (reconocimiento del padre biológico más adopción del conviviente), quedan imprejuizadas otras situaciones en las que esa identidad en el resultado no fuera posible (Álvarez González, 2017, p. 185).

Las decisiones del Tribunal de Estrasburgo ocasionaron también la apertura de un incidente de nulidad promovido contra la precitada STS de 6 de febrero de 2014, el cual fue resuelto por Auto de 2 de febrero de 2015²⁵. En este Auto el Tribunal Supremo rechaza la nulidad del su pronunciamiento anterior al estimar que la situación que provocó la condena de Francia por parte del TEDH no se daba en España, puesto que nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del francés, no excluye que se pueda determinar el vínculo de filiación biológica de los nacidos de maternidad subrogada respecto del padre genético, mientras que en el caso de autos su cónyuge también podría lograr tal vínculo a través de la adopción. De nuevo nos encontramos con que nada se dice (ni se puede, en el caso citado) sobre la situación en la que los nacidos por estas técnicas no guardan relación genética con los padres o madres de intención.

Es también de interés la Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 21 de mayo de 2015; como antes se señaló, a pesar de la prohibición constitucional de la técnica en el Derecho suizo, el tribunal federal entiende que la jurisprudencia del TEDH impide que el orden público pueda servir para rechazar el reconocimiento de la filiación entre un nacido mediante maternidad subrogada y su padre genético, aunque parece que sí puede hacerse respecto del padre de intención que no tenga vínculo biológico con el niño, lo que en absoluto significa que la gestante pase a ser la madre para el Derecho suizo; no obstante, también se reconocen como huérfanos de respuesta los casos en los que ninguno de los padres de intención es padre biológico o en el que la madre gestante es también la madre genética.

En resumen, faltan respuestas uniformes, incluso en países cultural y jurídicamente muy próximos. Las opciones legislativas son diversas, incluso contrapuestas. Las decisiones judiciales heterogéneas y en muchos casos solo aplicables al supuesto de hecho concreto, pudiendo aventurarse respuestas distintas incluso dentro del mismo ordenamiento en virtud de circunstancias también distintas. No obstante, como dice Álvarez González (2017, p. 189) el problema básico es común: enfrentarse a una gestación por sustitución llevada a cabo en un Estado en el que no se admite o en el que está directamente prohibida, o en el que no tiene efectos la filiación o los tiene muy mermados.

25. En virtud de lo previsto en el art. 510.2 LEC

Sobremañera, y este es sin duda un matiz de la máxima importancia, en los casos citados que llegaron a los tribunales el problema se plantea *ex post facto* y tiene una dimensión añadida: el niño (ya) existe (Álvarez González, 2017, p. 190); por tanto resulta de suma importancia la toma en consideración de un elemento con el que en un juicio *ex ante* no se cuenta o se cuenta en mucha menor medida: el interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales. Precisamente por ello debemos dejar clara la posición del TEDH: el no reconocimiento (u otra forma de admisión en el sistema) de la filiación derivada de la gestación por sustitución cuando exista un vínculo biológico con los padres de intención que lo reclaman contraría el derecho fundamental a la vida personal y familiar del niño en el que, a su vez, se integra el derecho a la propia identidad. Conviene remarcar, que en el caso del padre, biología y genética coinciden, pues el que aporta su material es el padre biológico; en el de la madre es mucho menos claro, ya que si el material genético es aportado por la madre de intención existen vínculos biológicos tanto con ella como con la gestante, lo que todavía complica más el tema.

3. POSICIONES ENCONTRADAS Y ALGUNAS POSIBLES RESPUESTAS

Ya hemos señalado que la cosificación del cuerpo de la mujer que significa prestar su vientre²⁶ para que otros sean los padres o madres del niño que gesta, así como el hecho de que este tipo de prácticas diluyan, hasta hacerlo casi irreconocible, el concepto de maternidad tal y como es concebido en nuestra cultura occidental, generan no pocas opiniones contrarias a esta práctica en las que, curiosamente, con frecuencia convergen las posturas de los grupos más conservadores con los que se proclaman defensores más encarecidos de los derechos de la mujer.

A estas consideraciones negativas se añaden otras como la situación de explotación en la que se encuentran las madres de alquiler en muchos países que admiten los contratos de maternidad subrogada con la mayor amplitud, donde se denuncia que la mayoría de las gestantes lo hacen por razones crematísticas, incluso sin suficientes garantías sanitarias y con riesgo de su propia vida, pues son de todos conocidos los riesgos que para la salud de la mujer pueden tener un embarazo y un parto.

26. Lo que sería una muestra más, no solo de la cosificación del cuerpo femenino, sino también de su fragmentación, características ambas de las sociedad de nuestros días, según Rodotà (2010, p. 102); también Gugta/Richters, 2008:239, quienes además aluden a la transformación del cuerpo “reproductivo” de la mujer al cuerpo “productivo”.

Pero incluso en los casos en los que existen suficientes garantías sanitarias y la mejor disposición de los padres de intención, se señala que son estos y no la madre subrogada quienes se encuentran en mejor posición económica y social e incluso quienes suelen conocer mejor los problemas jurídicos a los que se enfrentan al acceder a estas técnicas, de suerte que también tienen una mejor posición negociadora en el contrato (Shapiro, 2014, pp. 1349 ss.). Por supuesto, en la relación entre la gestante y las agencias o intermediarios que intervienen en este tipo de prácticas, es también la primera la parte más vulnerable.

Se señala, asimismo, el fuerte impacto psicológico que acarrea una gestación de este tipo, lo que implica que el consentimiento que da la madre subrogada para entregar el niño no pueda ser nunca enteramente libre; también se denuncia el particular daño moral y físico que se puede causar a la mujer gestante a la que después se le priva de su hijo²⁷.

En la misma línea de oposición a la práctica por razones de índole ética se alude a la cosificación de los niños que la misma implica pues pasa a ser un simple objeto para satisfacer los deseos de paternidad/maternidad de los comitentes; además, según algunos, supone una amenaza psicológica para todos los niños, pues cambia el modo en el que la gente los valora: de ser merecedores del amor de sus padres y del respeto de los demás, pasan a ser considerados como alienados objetos del mercado. Desde este punto de vista, los padres de intención no pagan por los servicios de la madre subrogada, pagan por adquirir un niño.

Desde el punto de vista contrario, se afirma que la experiencia con la maternidad subrogada, sobre todo en los países que la regulan de una manera controlada, se suele calificar de positiva, tanto para la madre subrogada como para la madre y/o padre de intención. Muchas de las gestantes se mueven por motivos altruistas y, contrariamente a lo que dicen algunas teorías feministas, no se trata en su mayoría de mujeres pobres, discriminadas y sin recursos que sirven a mujeres de clases más aventajadas (Busby/Vun, 2010, pp. 66), aunque se reconoce que probablemente la situación es distinta en países como India o Ucrania, donde la posición de las mujeres es mucho más vulnerable.

27. El Informe del Comité de Bioética de España citado en la n. 2 destaca: “La gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes”; más adelante el mismo informe añade: “Todavía no contamos con suficientes estudios que hayan hecho un seguimiento a largo plazo de los niños nacidos por maternidad subrogada: de sus eventuales problemas psicológicos o de otro tipo asociados a este origen, o de la relación con la madre gestante que tanto ellos como los padres puedan tener”.

Otras posturas, también desde planteamientos feministas, estiman que la capacidad para gestar y traer al mundo un hijo es una capacidad exclusivamente femenina y un símbolo de su “empoderamiento” (Gupta/Richters, 2008, aludiendo a sociedades como la de India), de modo que prohibir la maternidad subrogada supone una restricción de la libertad de la mujer para decidir sobre el ejercicio de esa específica capacidad y, a la postre, disminuye la autonomía de la mujer para tomar sus propias decisiones (Shapiro, 2014, p. 1352). Estas mismas posiciones apoyan la admisión de la práctica, sin descartar, e incluso sustentando, que pueda ser remunerada, si bien algunas exigen el reconocimiento legal del vínculo de filiación entre la madre subrogada y el niño, vínculo que no tendría por qué ser excluyente con el de los padres (o padre y madre, de intención), aunque sí podría ser renunciabile (Shapiro, 2014, p. 1363).

Por otro lado, resulta incontestable que la respuesta jurídica consistente en la prohibición de la gestación por sustitución en el respectivo ordenamiento estatal, incluso con previsión de sanciones penales, no impide que los ciudadanos de ese Estado lo hagan clandestinamente o acudan a otros Estados donde pueden ver colmados sus deseos de paternidad/maternidad a través de esta vía. Incluso se constata que en países donde la práctica es legal con ciertas limitaciones, como sucede en el Reino Unido o en Australia, los padres de intención prefieren recurrir a otras latitudes por razones diversas, que van desde el deseo de alejar la sombra futura de la madre gestante que se percibe como una posible para la paz familiar futura, hasta las razones puramente económicas, ya que el coste del proceso en unos y otros lugares puede ser muy variado, todo lo cual genera una suerte de turismo reproductivo internacional en busca del lugar más lejano o del mejor precio (Nelson, 2013, p. 241).

Más evidente y abundante es todavía ese turismo gestacional procedente de países en los que la prohibición de estos contratos impide la práctica dentro de sus fronteras. Ello no significa que sus nacionales no la realicen sino que, una de dos, o la llevan al extranjero, donde solo pueden acudir quienes tienen los medios económicos para ello o, sencillamente, la conduce a la clandestinidad.

Las discrepancias sobre el juicio ético de la maternidad subrogada también alcanzan al propio fenómeno del turismo gestacional o reproducción transfronteriza (término que prefiere Farnós Amorós, 2016, p. 196). Mientras algunos estiman que se trata de un caso de pluralismo moral que permite la pacífica coexistencia de diferentes puntos de vista éticos (Penning, 2002, pp. 337 ss; se hace eco, Farnós Amorós, 2016, p. 198), otros entienden que prohibir o restringir la práctica interna y admitir los efectos en el propio ordenamiento de la realizada en los países más permisivos

resulta totalmente incoherente y supone una doble moral intolerable (Farnós Amorós, 2016, p. 221).

Pero, por otro lado, como muy someramente hemos pergeñado, una vez nacido el niño, si los ordenamientos de procedencia de los padres de intención que prohíben los contratos de gestación por sustitución niegan el reconocimiento de la filiación de los hijos que han nacido en el extranjero mediante estas prácticas, no solo están colocando a estos niños en un limbo jurídico que los deja en una especial situación de vulnerabilidad, sino que probablemente estén violando sus derechos fundamentales, lo que claramente se percibe en el caso de que los padres de intención (o uno de ellos) sean además los padres biológicos²⁸, pero que tampoco es descartable en el caso de que no lo sean.

En definitiva, como ha dicho Álvarez González (2017, p. 168) la gestación por sustitución es un coto feraz de contiendas por su idoneidad para crear bandos “a favor” o “en contra”²⁹, a lo que hay que añadir, en palabras de Farnós Amorós (2016, p. 222), que pocos temas con un sesgo de género tan claro, quizás con la excepción de la prostitución, son capaces de generar opiniones tan encontradas.

Todo ello nos lleva a afirmar que respecto a la maternidad subrogada no puede darse una respuesta general y apriorística y, mucho menos, en términos dilemáticos de sí o no. Ninguna es éticamente incontestable ni técnicamente irreprochable; por ello a lo más que nos atrevemos es a intentar algunos trazos borrosos que, a modo de simples esbozos, puedan servir para construir pautas más seguras para el futuro.

4. TRAZOS INSEGUROS EN BÚSQUEDA DE PAUTAS SEGURAS

Para realizar los trazos anunciados, vamos a distinguir aquellos que dependerían de nuestro ordenamiento interno de aquellos otros que indiscutiblemente tienen que tener una dimensión internacional, en el conocimiento de que estamos ante cuestiones enormemente difíciles y controver-

28. Lo que obviamente sucede en el caso del progenitor varón que ha aportado su material genético, y probablemente (aunque menos pacífico) también en el caso de que la mujer que, sin ser la gestante, haya aportado el suyo.

29. Como el reciente contraste que han protagonizado en el prensa escrita, por un lado el filósofo del Derecho, Atienza (http://elpais.com/elpais/2017/04/19/opinion/1492609931_165365.html) y por otro el constitucionalista Salazar (“Cedo mi cuerpo libremente para que lo usen los demás. Pueden hacer conmigo lo que quieran”): http://elpais.com/elpais/2017/05/18/mujeres/1495121982_989076.html.

tidas pero en las que, precisamente por ello, no creemos científicamente honestas actitudes de tibia neutralidad.

A) Desde el punto de vista interno

Varios son los puntos que vamos a destacar pensando únicamente en términos de ordenamiento jurídico español (u otro cualquiera meramente estatal).

1. Si en nuestro país estamos convencidos de que la maternidad subrogada es un práctica contraria a la dignidad de la mujer, que vulnera sus derechos como persona, la cosifica, la explota y la pone en peligro, es nuestra responsabilidad proteger a esas mujeres, estén en España o en el extranjero; por lo tanto, de nada sirve, y además resulta moralmente cuestionable, prohibir su práctica en el Derecho interno y hacer la vista gorda sobre todo lo demás.
2. Es preferible regular la maternidad subrogada en el sistema interno que ignorar que existe dentro y fuera de nuestras fronteras, pues sólo así puede ejercerse cierto control sobre la práctica y pueden ponderarse adecuadamente los intereses en juego (Knoppers/Le Bris, 2005, p. 617). La regulación tiene que ser completa y respetuosa con los derechos implicados, priorizando aquellos que tienen la categoría de fundamentales y cuidando especialmente de los que corresponden a los sujetos más vulnerables que, sin duda, son la mujer gestante y el nacido.
3. La prohibición contractual de la maternidad subrogada no determina ni condiciona la filiación del nacido, pero su admisión tampoco; por ello son precisas normas *ad hoc* que la aclaren en los casos que pueden plantear dudas. Al niño nacido por estas prácticas, venga de donde venga, no se le pueden negar sus derechos fundamentales, entre los que está su derecho subjetivo a ver garantizado su superior interés.
4. La prohibición *tout court* del contrato de maternidad por sustitución niega la libertad de decisión de la mujer que quiere llevar adelante un embarazo para otros, libertad que es también inherente a su dignidad. No tiene sentido hablar de explotación si el consentimiento de la mujer gestante es libre e informado. Por ello, lo más coherente no parece prohibir estos contratos, sino introducir las salvaguardias necesarias para que el consentimiento de la madre subrogada sea íntegro, se emita libre de presiones, incluidas las eco-

- nómicas, y esté suficientemente informado. Mantener que nunca puede serlo es paternalista y poco respetuoso con la libertad de la mujer.
5. La exigencia de que el contrato sea siempre gratuito hace prevalecer criterios derivados de una determinada moral social y termina infravalorando la aportación de la gestante; además, el rechazo a cualquier remuneración puede hacernos caer en hipócritas diferencias entre precio y otras indemnizaciones que en realidad ocultan remuneraciones efectivas (sobre el carácter eufemístico de la idea de “compensación”, Camps, 2015; Atienza, 2017). No es el carácter remunerado o no lo que determina la ética del acuerdo, sino si se trata de un acuerdo que garantice los derechos de todos los intervinientes, en particular de la gestante, que es la que suele tener menos capacidad negociadora en el contrato. Otra cosa es hasta dónde ha de llegar la contraprestación y, en concreto, si ha de tratarse de una “compensación razonable” (exigencia que reclama Farnós Amorós, 2016, p. 225), si debe regirse por estrictas leyes de mercado o por otros criterios supervisados por la autoridad pública.
 6. Si se admite la gestación por sustitución y se regula el contrato en nuestro Derecho, todo el proceso ha de suficientemente tutelado por una autoridad pública que debe actuar *ex ante*, de modo que solo se autorice cuando se cumplan los requisitos destinados a garantizar el pleno respeto a los derechos implicados, muy singularmente los de la mujer gestante y el niño nacido, cuya relación jurídica (o ausencia de ella), entre ambos y con los comitentes ha de quedar claramente establecida.
 7. Se puede valorar la exigencia de un doble consentimiento, *ex ante* y *ex post* del nacimiento del niño, por parte de la mujer gestante. En ese caso se ha de aclarar también el valor jurídico de ambos, en especial del segundo, que puede ser o no de tipo renunciativo, pues tampoco es descartable en la sociedad de nuestros días, ni mucho menos en la que está por venir, que se puedan establecer vínculos de filiación que no sean estrictamente binarios.
 8. A nuestro juicio, ni el vínculo genético con el nacido (en algunos casos muy discutible y discutido) ni, como ya se ha dicho, el carácter remunerado o no del contrato (como quiera que se le llame a la compensación recibida por la gestante), han de ser los elementos determinantes para discriminar la práctica admisible de la censurada por el sistema.

B) Desde el punto de vista internacional

1. La prohibición o las restricciones de índole interna no evitan que las prácticas se realicen en el extranjero. De nada sirve una regulación muy estricta en un determinado país, si luego se produce turismo de maternidad subrogada en otros que carecen de cualquier control jurídico y ético. Sabedores de esta realidad, sistemas como los de algunos estados australianos aplican la prohibición con carácter extraterritorial, criminalizando la práctica del turismo de maternidad³⁰; sin embargo, esta solución, tiene indudables peligros de derivar en el comercio ilegal y en la mayor desprotección de las mujeres; además, no parece que sea la que mejor salvaguarda los intereses del niño cuando este ya ha nacido, toda vez que la criminalización de la actuación de la madre subrogada y de los padres de intención supone criminalizar también el nacimiento del niño, convirtiendo este en un delito o, al menos, enmarcando su nacimiento en un contexto de hecho criminal (Fenton-Glynn, 2016, p. 74).
2. Incluso la mejor regulación interna posible no evitará que muchos padres de intención prefieran ir a países lejanos a buscar a la gestante; y ello no solo por razones económicas o de menor control, sino también porque prefieren que la mujer gestante esté lejos y tenga una menor repercusión en su vida y en la del niño.
3. Por tanto, resulta imprescindible, como complemento a la regulación interna, trabajar por una respuesta de carácter internacional³¹. La respuesta de ámbito global es la única que puede evitar, o cuando menos minimizar, situaciones de explotación y de obtención de beneficios irregulares por parte de terceros intermediarios

30. Posibilidad que también abre, en relación con nuestro Derecho, el reciente Informe Comité de Bioética de España cuando alude a que esto sucede en casos como los de la compra de órganos en el extranjero, prevista en el art. 156 bis del Código Penal.

31. Reconoce el Informe del Comité de Bioética citado en la n. 2 que “deseable sería aprobar una regulación universal básica” aunque también reconoce que “las posibilidades de alcanzar un acuerdo sobre la regulación de estas prácticas son extraordinariamente reducidas”, más adelante el mismo informe dice “Negar que la maternidad subrogada internacional está hoy asociada a la explotación de la mujer es negar la realidad. Ese riesgo solo quedaría conjurado si se aprobara una regulación eficaz de alcance universal que velara por que la decisión de la mujer fuera libre y que su libertad estuviera protegida por el derecho durante todo el embarazo” y “mientras no se apruebe un marco normativo garantista, con carácter internacional, avalar estas prácticas es un ejercicio de complicidad con la explotación de las mujeres”.

poco escrupulosos; es además la que mejor puede enfrentarse a los peligros sanitarios y de otra índole que pueden amenazar a las madres de sustitución y a los niños nacidos de ellas.

4. La forma de esta respuesta internacional no está totalmente definida. Se podría apostar por un convenio internacional sobre derechos humanos que regule la maternidad subrogada (Brugger, 2012, p. 680), aunque la complejidad del tema hace difícil el acuerdo entre países como que pueda ser abarcado en un solo instrumento (Nelson, 2013, p. 248); otra posible vía sería la de articular un conjunto de medidas coordinadas entre países o un acuerdo marco sobre los aspectos básicos del tema. En este sentido son bienvenidas iniciativas como las de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado que en 2011 ha iniciado trabajos sobre el tema, si bien hasta el momento los logros son más bien escasos³² y la perspectiva probablemente insuficiente. Un modelo posible podría ser lo realizado en materia de adopción internacional.
5. Entre los aspectos a tratar, el prioritario es el de la garantía de los derechos humanos de la mujer gestante y del niño nacido. El primero exigiría un celo particular para proteger su integridad física y psicológica y para asegurar su consentimiento libre e informado, estableciendo controles que lo protejan antes, durante y después de que se produzca el embarazo. El segundo impone, en todo caso, garantizar el superior interés del niño.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez González, S. (2016). Gestación por sustitución. Nacido sin relación biológica con los padres de intención. Retirada del menor de su entorno familiar. Nota de jurisprudencia, 2016/56.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Segunda, Sentencia de 27 enero 2015. TEDH 2015\17, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 1044-1048.
- Álvarez González, S. (2017). Gestación por sustitución y orden público. *Indret*, 165-200.
- Bishop, L. (2013). India's new surrogacy laws are only part of the equation. (14 March 2013), accesible en <http://monash.edu/news/show/indias-new-surrogacy-laws-are-only-part-of-the-equation>

32. En <https://assets.hcch.net/docs/679bd42c-f974-461a-8e1a-31e1b51eda10.pdf>, pueden consultarse los pasos que se han dado hasta la fecha en el seno de la Conferencia.

- Brugger, K. (2012). International Law in the Gestational Surrogacy Debate. *Fordham International Law Journal* 35, no. 3, 665-397.
- Busby, K. & D. Vun D. (2010). Revisiting the Handmaid's Tale: Feminist Theory Meets Empirical Research on Surrogate Mothers. *Canadian Journal of Family Law* 26, no. 1, 13-93, at 66.
- Camps, V. Entrevista accesible en <https://www.babygest.es/entrevista-a-victoria-camps/>
- Comité de Bioética de España (2017). *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*.
- Farnós Amorós, E. (2016). ¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? Estado de la cuestión y algunas reflexiones. *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico* (193-233). Fontamara: México.
- Farnós Amorós, E. (2017). Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho. *Derecho & Perspectivas bioéticas (en prensa)* [Online].
- Fenton-Glynn, C. (2016). Outsourcing ethical dilemmas: regulating international surrogacy arrangements. *Medical Law Review*, vol. 24, No. 1, pp. 59-75.
- Gallego Díaz, S. (2017). La desaparición de la idea misma de madre. http://cadenaser.com/programa/2017/05/03/hoy_por_hoy/1493771626_018392.html.
- Gupta, J.A. & Richters, A. (2008). Embodied Subjects and Fragmented Objects: Women's Bodies, Assisted Reproduction Technologies and the Right to Self-Determination. *Bioethical Inquiry*, 5:239-249.
- Knoppers, B.M. & Le Bris, S. (2005). Maternidades substitutoria. En *Nova Enciclopedia de Bioética*, G. HOTOIS/J-N Missa (dirs.), trad. gallego de L.G Soto y T. Roca, Santiago de Compostela.
- Pennings, G. (2002). Reproductive Tourism as Moral Pluralism in Motion. 28, *J Med Ethics*, 337-341.
- Rodotá, S. (2010). *La vida y las reglas: entre el Derecho y el no Derecho*. Madrid: Trotta.
- Shapiro, J. (2014). For a Feminist Considering Surrogacy, is Compensation really de Key Question? *Washington Law Review*, vol. 83, 1345-1373.
- Storrow, R.F. (2012). The Phantom Children of The Republic': International Surrogacy and the New Illegitimacy. *American University Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 20, no. 3, 561-609, at 595-604.
- Valpuesta Fernández, R. (2012). *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*. Valencia: Tirant lo Blach.

