

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMIERAKO LANA

Gestación por sustitución ¿es necesaria su legalización en España?

Lydia Alexandra Brown Tirapu

DIRECTOR / ZUZENDARIA

María Jorqui Azofra

Pamplona / Iruñea

5 Junio 2015

Estudiante/ Ikaslea Lydia Alexandra Brown Tirapu

Título/ Izenburua Gestación por sustitución; ¿es necesaria su legalización en España?/
Hurdunaldi subrogatua; Beharrezkoa ahal da bere legalizazioa espainian?

Grado/ Gradu Grado en Derecho / Zuzenbideko gradua

Directora/ Zuzendaria María Jorqui Azofra

Departamento/ Saila Filosofía y Teoría del Derecho/ Zuzenbidearen Teoria eta
Filosofía

Curso Académico/ Ikasturte akademikoa 2014 - 2015

Semestre/ Seihilekoa Primavera/ Udaberria

RESUMEN: La evolución y los avances de la investigación científica y tecnológica en el campo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, han dado lugar a una gran variedad y posibilidad de prácticas y tratamientos. Estas prácticas son moralmente cuestionadas por romper con concepciones antropológicas, naturales y tradicionales de la sociedad. En el presente trabajo se analiza una de las prácticas más controvertidas pero también en mayor auge: la gestación por sustitución. El trabajo estudia los tres participantes de la gestación por sustitución – menor, gestante y comitente/s – desde la perspectiva del “principio del daño”. De este modo, se analiza si se producen perjuicios o daños para los participantes en aras de determinar si se debe pugnar o no por la legalización de esta figura actualmente prohibida por el Ordenamiento Jurídico Español.

PALABRAS CLAVES: Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Gestación por Sustitución.

LABURPENA: Lagundutako Giza Ugalketa Teknikako arloan izandako ikerketa zientifikoaren eta teknologikoaren garapenak eta aurrerapenak, aldaera eta aukera askotako praktikak eta tratamenduak erakarri dituzte. Praktika hauek gizartearen ikuskera antropologiko, natural eta tradizionalak apurtzeagatik moralki eztabaidatuak dira. Lan honetan eztabaidagarrieneratarikoa baina goren mailako praktika bat ikertzen da: haurdunaldi subrogatua. Lanak ordezkotako haurdunaldietako hiru partaideak aztertzen ditu –haurra, haurduna eta komitentea- “kalte oinarriaren” perspektibatik. Era honetan, partaideen kalte-galerak aztertzen dira irudi honen legeztatzearen eztabaida piztu dadin, debekatuta Espainiar Ordenamendu Juridikoan dagoeneko.

HITZ GAKOAK: Lagundutako Giza Ugalketa Teknikak, haurdunaldi subrogatua

ABSTRACT: The progress of science and technology in the field of Assisted Human Reproduction has meant a significant and wide variety of medical practices and treatments. These practices are often morally questioned because they conflict the most basic and elemental anthropological, natural and traditional conceptions embedded in society. The present essay analyses one of the most controversial practices but also one of the most common ones: Surrogacy. The essay is conducted in such a way that it studies all the participants involved in surrogacy – minor, surrogate and intended parents – from the perspective of the “harm principle”. Consequently, this analysis endeavours to find out what damage could be caused to the participants. The further

intention is to determine whether it is correct or not to advocate for the legalization of surrogacy under Spanish Law.

KEY WORDS: Assisted Human Reproduction, Surrogacy.

TABLA DE ABREVIATURAS

GpS	Gestación por Sustitución
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
TS	Tribunal Supremo
MF	Ministerio Fiscal
art./arts.	rtículo/artículos
pág./págs	página/páginas
vól.	volúmen

ELISABETH ROUDINESCO: *“No deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de los derechos de los padres, el aborto... ¡Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, y nunca pasa!”*¹.

¹ ROUDINESCO, E. *La familia en desorden*. Anagrama, Barcelona, 2004.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	6
II. CONCEPTO.....	8
III. MARCO NORMATIVO	9
IV. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: UNA MIRADA CRÍTICA	10
1. El menor	10
1.1. <i>Situación actual del menor: ¿Qué alcance tiene la apelación al interés superior del menor en este contexto actual de prohibición?</i>	11
1.2. <i>¿Qué posición ocuparía el menor si se consintiese la gestación por sustitución?</i>	11
2. La gestante	25
2.1. <i>Dignidad</i>	27
2.2. <i>Cosificación y mercantilización</i>	30
2.3. <i>Vulnerabilidad</i>	35
2.4. <i>Capacidad de Consentir de las mujeres</i>	39
2.4.1. <i>Autonomía</i>	40
2.4.2. <i>Madurez y racionalidad para tomar la decisión de vincularse por un contrato de GpS</i>	44
2.4.3. <i>Por tanto, ¿se puede afirmar que las mujeres pueden tomar decisiones autónomas y maduras, de acuerdo a una razonabilidad y responsabilidad, aun cuando se hallen en situaciones de vulnerabilidad?</i>	49
3. Los comitentes	50
3.1. <i>Derecho de Reproducción</i>	50
3.2. <i>Derecho a la salud</i>	52
3.3. <i>Por tanto, ¿la prohibición de la GpS daña a el/los comitente/s?</i>	53
V. CONCLUSIONES	54
Bibliografía	58

I. INTRODUCCIÓN

La evolución de la investigación científica y tecnológica en el campo de la medicina dedicada a las técnicas de reproducción humana asistida² (en adelante TRHA), está experimentando grandes avances en los últimos tiempos, lo cual ha dado paso a un campo novedoso y vanguardista con un amplio abanico de posibilidades. No obstante, esto ha hecho que se presenten importantes retos en cuanto a su regulación.

Hay que tener presente que regular el amplio horizonte de posibilidades de las TRHA supone, en primer lugar, que el legislador se enfrenta a la ardua tarea de ordenar un campo que está plagado de indefiniciones. En segundo lugar, se debe decidir qué se puede y qué no se puede hacer cuando se pretende dar cabida a la intervención científica en el orden de la vida³. En tercer lugar, la complejidad crece de manera exponencial, cuando se tiene en cuenta que los procedimientos que implican las técnicas de reproducción asistida son algo más que simple tecnología por su profundo arraigo a estructuras sociales existentes⁴, lo cual desemboca en una reconsideración de conceptos. Por ejemplo, desde la aparición de las TRHA una variable considerada antropológica en la especie humana, como es la reproducción, se ha transformado en histórica, ya que ya no son necesarias las relaciones sexuales para gestar un niño⁵.

Una de las situaciones más conflictivas derivadas de las TRHA es la Gestación por Sustitución (en adelante GpS).

En la actualidad en España, está prohibida la GpS por el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA). La falta de una regulación adecuada, junto con la variedad de resoluciones

² Según la OMS se debe entender por técnicas de reproducción humana asistida a todo el tratamiento o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos, de espermatozoides o de embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Dicho de otro modo, son los métodos que permiten procrear sin mantener una relación sexual.

³ KLETNICKI, A. “El Embrión como objeto Extracorpóreo”. VI Congreso Internacional de Investigación y Práctica profesional en Psicología XXI Jornadas de Investigación Décimo Encuentro de Investigadores de Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. 2014, pág. 140

⁴ MORENO BELTRAN, A. *Maternidad Subrogada: Subversiones y Dilemas*. Universidad de Barcelona.

⁵ KLETNICKI, A. “El Embrión como objeto Extracorpóreo”. VI Congreso Internacional de Investigación y Práctica profesional en Psicología XXI Jornadas de Investigación Décimo Encuentro de Investigadores de Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. 2014, pág. 139

judiciales y administrativas existentes, ha creado un incierto panorama sobre la GpS⁶. De hecho, autores conscientes de tal realidad, reclaman que el Estado intervenga para llenar el vacío legal existente, puesto que la carencia de leyes adecuadas propicia situaciones y estados de vulnerabilidad⁷.

Sin embargo, no parece previsible una regulación positiva de esta materia que ponga fin al desasosiego legislativo⁸, ya que en gran medida existe un problema subyacente que dificulta la regulación de esta materia. El problema reside, concretamente, en que el reconocimiento de la GpS llama a la revisión de conceptos contemporáneos todavía éticamente cuestionados, lo cual da lugar a “ansiedades culturales”⁹. La revisión de dichos conceptos lleva a cuestionarse la “naturalidad” de lo que de continuo se solía asumir como “natural”¹⁰, ya que supone derrumbar dos conceptos pilares de la sociedad: supone una revolución y una ruptura con los conceptos clásicos de maternidad y familia.

A ello habría que añadir las preocupaciones acerca de la mercantilización y cosificación de la mujer, de la gestación y de la filiación.

La reticencia a salir de la dinámica inherente a lo concebido tradicionalmente como natural provoca que en la actualidad exista un descompás entre el ordenamiento jurídico y la realidad social y científica.

El entroncamiento de la ilegalización de la GpS al incremento exponencial de nacionales españoles que acuden a terceros países para tener un hijo por medio de la

⁶ GARCÍA AMEZ, J. “Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40, 1985), pág. 153

⁷ BRENA, I. “Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40, 2014, pág. 140

⁸ VELA SÁNCHEZ, A. J. “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un Convenio de gestación por encargo”, en *Diario la Ley*, núm. 8309, 2014, pág. 9

⁹ El concepto de “ansiedades culturales” se entiende con la explicación de la prestigiosa antropóloga Mary Douglas: las personas damos sentido a nuestra vida y entorno realizando categorías o patrones. De modo que si una realidad no encaja en nuestro patrón, automáticamente pasa a considerarse como una “anomalía cultural”, dando lugar a “ansiedades culturales”, es decir, agitación por la incompreensión de una nueva realidad. TEMAN, E. “The social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood.”, en *Social Science & Medicine*, núm. 67, 2008, pág. 1005

¹⁰ MORENO, A. “Maternidad Subrogada: Subversiones y Dilemas.” Universidad de Barcelona. Disponible en: <http://www.fes-web.org/uploads/files/modules/congress/11/papers/2226.pdf> Última visita: 30/05/2015.

GpS¹¹, hacen plantearse la siguiente pregunta ¿es necesaria la legalización y consiguiente regulación de la GpS en España?

Sobre esta cuestión se centrará principalmente este trabajo. El modo de proceder será el siguiente: en primer lugar, se expondrá el concepto de GpS. En segundo lugar, se concretará el marco normativo. En tercer lugar, se realizará un análisis de los intereses de los sujetos involucrado en la GpS – menor, gestante, y comitentes¹² – con base al “principio del daño” de Stuart Mill. Tras el análisis de cada uno de los participantes se formulará una breve conclusión decidiendo si se produce o no un daño a cada sujeto participante. Finalmente, se realizará una conclusión final en la que se mantendrá la necesidad de una regulación en España de la GpS como un contrato gratuito¹³, y en el que no se aporte material genético por parte de la gestante.

II. CONCEPTO

La GpS, tal y como la conocemos hoy en día, fue definida por primera vez en el informe WARNOCK como: “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un bebé para otra mujer, con la intención de entregarlo una vez nacido”¹⁴.

Son varias las definiciones que se han presentado acerca de qué es la GpS. Así, por ejemplo, para GÓMEZ SÁNCHEZ “se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero al acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste”¹⁵.

Más exhaustiva, es quizá la definición brindada por PÉREZ MONGE al hacer hincapié en que la gestante no tiene porqué aportar su propio material genético,

¹¹ Hay datos que muestran que en España entran más niños nacidos a raíz de un contrato de GpS que por adopción. Datos obtenidos de la ONG Familias de Colores: <http://www.familiasdecolores.es/> Última visita: 30/05/2015.

¹² En este trabajo se referirá a quienes celebran el contrato de GpS como “comitentes”, es decir, en plural, sin perjuicio de que, en la realidad, pueda ser un único sujeto, del género masculino o femenino, el que formalice el contrato de GpS.

¹³ La defensa de un contrato gratuito no supone la exclusión de una compensación económica por los gastos que acarrea un embarazo así como por el impacto que tiene un embarazo sobre el cuerpo de una mujer.

¹⁴ WARNOCK, M. A question of Life. The Warnock Report. Human Fertilisation & Embriology. Basil Blackwell United Kingdom, 1985.

¹⁵ GÓMEZ SANCHEZ, Y. El derecho a la reproducción humana, Madrid, 1994, pág. 136.

convirtiéndose así en madre biológica – entendida como madre que da vida – y no en madre genética – como aportante de linaje genético –. De este modo la definición reza: “podría definirse el contrato de maternidad subrogada, en sentido amplio, como aquel contrato oneroso o gratuito por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos”¹⁶. Esta última frase de la definición da lugar a que, de un lado, existan menores que no mantienen vínculo genético con los comitentes – menores no-genéticos – y, de otro lado, que existan menores que sí tienen vínculo genético con los comitentes – menores genéticos – esta diferenciación sobre el vínculo genético de los menores respecto de los comitentes es fundamental para las argumentaciones que se expondrán a continuación.

III. MARCO NORMATIVO

El art. 10.1 LTRHA establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la GpS: “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”. Se trata de una nulidad que se produce *ipso iure*, por ministerio de la ley, siendo apreciable de oficio. Dicha nulidad también es absoluta *erga omnes*, de manera que tiene efecto general, que alcanza a todos y es definitiva, por no estar sujeta a plazo de prescripción ni la convalidación ni la confirmación.

La filiación del niño nacido por virtud de este contrato se determinará por el parto con base al axioma romano *mater semper certa est* (art. 10.2 LTRHA).

No obstante, no se trata de una nulidad absoluta, puesto que el convenio puede producir algunos efectos para las partes con base en el art 10.3 LTRHA que dispone que al menos uno de los comitentes puede reclamar la paternidad siempre y cuando hubiera aportado material genético. Así a tenor del citado artículo: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales”.

¹⁶ PÉREZ MONGE, M. La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. Colegio de Registradores, Madrid, 2002, pág. 329.

IV. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: UNA MIRADA CRÍTICA

El jurista no debe limitarse a contemplar la realidad sino que está obligado a proponer al legislador o juzgador soluciones razonables y valientes a los retos jurídicos planteados por la sociedad moderna¹⁷. Por tanto, en orden a poder decidir si pugnar por una regulación de la GpS, se parte del postulado de STUART MILL referida al “principio del daño”¹⁸. Este principio significa que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas en sus conductas cuando éstas no dañen a otros; en otras palabras, el Estado no puede obligar al cumplimiento de un conjunto de valores a quienes no los comparten, por tanto, ante la ausencia de un daño patente, el Estado debe mantenerse neutral.

En este sentido, la estructura de este apartado se definirá de modo tal que se analizarán los intereses de los involucrados en la GpS— menor, gestante¹⁹ y comitente —, valorando el daño que pueda ocasionarles la aplicación del contrato de GpS.

1. El menor

En este análisis del menor se contraponen dos estadios temporales: la situación que ocupa actualmente el menor y la que ocuparía si se legalizara la GpS. Ello se hace

¹⁷ El jurista cuando aborda nuevas realidades sociales, en íntima conexión con la ciencia y aplicables en el ámbito de la salud, no puede sustraerse del conocimiento de esta realidad, aunque suponga invertir un mayor esfuerzo, si quiere realizar adecuadamente el estudio jurídico específico, aportando reflexiones y propuestas adaptadas a la misma. VELA SÁNCHEZ, A. J. “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo”, en *Diario la Ley*, núm. 8309, 2014, pág. 3

¹⁸ El principio del daño a terceros permite que se limite el ejercicio de la libertad individual, cuando dicho ejercicio puede causar daños a terceras personas. Recordemos, en este sentido, el conocido argumento de J. S. MILL en su ensayo *Sobre la Libertad*: “Este principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera lo mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro”, MILL J. S. *Sobre la libertad*, prólogo de Isaiah Berlin, trad. por Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza Editorial, 1970, págs. 66 y 69. BAUM, B. D. *The power of freedom: John Stuart Mill & the politics of social theory*. UMI Dissertation services vol. I & II, 1993. Págs. 85 – 109.

¹⁹ En el presente trabajo se apuesta por la legalización de una gestación gratuita no-genética. Esto supone que la gestante no aporta su propio material genético. ANDORNO la define como una *madre portadora* que acepta que se le transfiera un embrión *in vitro* ajeno. Este material genético puede ser de ambos, de uno o de ninguno de los comitentes. La gestante únicamente porta al niño en su vientre sin haber contribuido genéticamente al mismo; sería una madre biológica porque da vida, pero no sería una madre genética. ANDORNO, R. *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 141

para, por una parte, demostrar que la prohibición actual de la GpS perjudica al menor, y proponer una medida transitoria, y por otra parte, para defender la legalización de la GpS.

1.1. *Situación actual del menor: ¿Qué alcance tiene la apelación al interés superior del menor en este contexto actual de prohibición?*

Este apartado debe comenzar con dos breves aclaraciones:

En primer lugar, el interés superior del menor exige que cualquier discurso, debate o principalmente, sentencia, que involucre a un menor, parta de que éste es el referente central²⁰. Como tal referente central, no puede restarse importancia a sus intereses en pro de los intereses de los adultos, considerándolo menos importante, o menos persona que un adulto; esta impresión se adquiere al leer las argumentaciones que versan sobre la GpS. Por ello, se quiere recordar que ser niño no es “ser menos adulto” ya que la infancia y la adolescencia son formas de ser persona²¹. Es más, dado el impacto que pueden tener las decisiones judiciales respecto del menor, por su proyección de futuro²², deberá dispensarse a su favor un cuidado, un tratamiento y una protección reforzada, colocándole así en una posición prioritaria y de atención primordial.

En segundo lugar, la GpS está prohibida en España. Ello, lejos de desincentivar a los nacionales españoles, está propiciando una práctica conocida como “turismo reproductivo”²³. El turismo reproductivo constituye un tipo especial de turismo médico

²⁰ ROCA TRÍAS, E. “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado discurso de contestación a la académica de número DRA. ALEGRÍA BORRÁS, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña”, *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1994, pág. 93

²¹ “Ser niño no es ser “menos adulto”, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica.” CILLERO BRUÑOL, M. “Infancia, Autonomía y derechos: una cuestión de principios”, en *Infancia, Boletín del Instituto Intramericano del Niño* núm. 234, Montevideo 1997.

²² ROCA TRÍAS, E. “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado discurso de contestación a la académica de número DRA. ALEGRÍA BORRÁS, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña”, *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1994, pág. 93

²³ El turismo reproductivo también es llamado “turismo de fertilidad”, “turismo procreativo”, “exilio reproductivo” y “atención reproductiva transfronteriza”. La definición de “exilio reproductivo” (MATORRAS) se basa en la concepción de que el hecho de que el Estado no brinde las TRHA a sus nacionales, supone que los particulares deben abandonar forzosamente su propio lugar de residencia (Ver

cuyo objeto consiste en la búsqueda de una TRHA²⁴. Con relación a la GpS esto supone que nacionales españoles, con la esperanza de tener un niño, acuden a terceros países donde esta práctica sí está legalizada.

Una de las sentencias del TS²⁵ más renombradas en este tema tuvo que ver precisamente con el turismo reproductivo: una pareja que acudió a California para la celebración de un contrato de GpS, trató de inscribir la filiación de dos menores, nacidos en virtud de aquél contrato, en el Registro Consular español, pero la inscripción fue denegada. Recurrido el caso ante el TS, éste falló, tras sopesar el interés superior del menor, que no se permitía la inscripción automática del menor, y que sólo se permitiría en el hipotético caso de que uno de los recurrentes tuviera vínculo genético con los menores, mediante una reclamación de paternidad, o que se hubiera constituido un núcleo familiar “de facto”, pero, en este último supuesto era preciso hacer uso de instituciones como la adopción o el acogimiento.

La sentencia del TS, a pesar de ser muy criticada por su falta de claridad, fue novedosa en tanto que, respecto de una cuestión tan polémica, se atrevió a apartarse de la literalidad del art. 10.3 LTRHA que sólo permite que se reconozcan efectos respecto de los comitentes que hubieran apartado material genético. En puridad, el TS efectuó un juicio de razonabilidad y no de racionalidad²⁶. El TS trató de buscar a una ulterior

definición DRAE “exilio”). La definición “atención reproductiva transfronteriza” (PENNING) se recibe con mayor simpatía ya que es más descriptivo y menos estigmatizado. MATORRAS, R. “Reproductive exile versus reproductive tourism”, en *Human Reproduction*, vol. 20, núm. 12, págs. 3571 – 3573. PENNING, G. “Reproductive tourism as moral pluralism in motion”, en *Journal of Medical Ethic*, vol. 28, núm. 6, págs. 337 – 341.

²⁴ ÁLVAREZ DÍEZ, J. A. “Una mirada crítica al turismo reproductivo” en *Segunda época*, núm. 11, 2012, pág.43

²⁵ Tribunal Supremo Sala de lo civil, Sentencia núm. 835/2013, 06/02/2013.

²⁶ ATIENZA sostiene que “se planteó desde los años cincuenta la insuficiencia o inadecuación de la lógica tradicional, de la lógica físico-matemática o de lo “racional” para tratar con problemas prácticos como el de la interpretación de derecho”. Las palabras de ATIENZA han sido extraídas del artículo de BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, 2012, pág. 55. La insuficiencia de la racionalidad lleva a que, cuando aparecen los llamados *hard cases*, se lleva a cabo un ejercicio de razonamiento. DE LUCAS sostiene que ante casos en los que es imposible dar una solución irrefutable y fundada en Derecho es necesaria “una teoría de la competencia judicial, que como se ha escrito, ponga de relieve los límites de las decisiones de los jueces y permita resolver el escollo clásico de los *hard cases*, los casos para los que el ordenamiento jurídico no dispone de una solución clara, lo que parece sugerir que entre los ámbitos posibles para el juego del concepto de razonable habría que tener significativamente en cuenta los de las lagunas y antinomias, especialmente por lo que se refiere a las primeras, en relación con la invocación de los principios, y, en los relativo a las antinomias, atendiendo sobre todo a las llamadas antinomias de principio” DE LUCAS, J y VIDAL, E. “Una nota sobre la interpretación constitucional”, en VV.AA, ÁLVAREZ CONDE, E. (ed.), *Diez Años del régimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989, págs. 14 – 23.

decisión equilibrada²⁷ que lograra la efectividad de las exigencias de proporcionalidad²⁸ y que fuera una solución aceptable²⁹, por mucho que la decisión tomada no se correspondiera con la literalidad de la ley, del art. 10.3 LTRHA. Ello se vio reforzado en tanto que el art. 3 CCiv pide que las normas sean interpretadas en armonía con el contexto y la realidad social³⁰.

Este juicio de razonabilidad efectuado por el TS fue posible y se articuló gracias al carácter de orden público atenuado³¹ conjugado con el principio de interés superior del menor, como concepto indeterminado y dinámico³².

²⁷A este respecto ATIENZA dice que el equilibrio no se encuentra justamente en el medio, sino que, dado el distinto peso de los derechos, el equilibrio estará más cerca de uno de los extremos, ahí donde se halle, la “solución aceptable”. ATIENZA, M. “Para una razonable definición de razonable”, en *Doxa*, núm. 4, 1987, págs. 189 – 200.

²⁸ Para el Tribunal Constitucional lo razonable se ha convertido casi en un anclaje interpretativo principal. Al respecto ver STS núm. 221/2002 del 25/11/2002.

²⁹ Por solución aceptable deberá entenderse aquella que logre el consenso de la Sociedad. En un extremo, quienes permitirían la filiación aunque solo fuera por proteger al menor, y, en otro extremo, quienes no aceptan bien, porque rechazan la técnica empleada por ser contraria a sus convicciones ideológicas, bien porque son sujetos que también esperan tener un niño, pero se mantienen dentro de los cauces legales.

³⁰ A este respecto el Tribunal Supremo dice que no puede contrariar el principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la CE. Alega que si se desea hacer cambios en el Ordenamiento Jurídico es necesario que dichos cambios sean llevados a cabo por el parlamento, como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez deba contradecir y suplir la ley. No obstante, parece que nada impide que el Tribunal Supremo pida que efectivamente tenga lugar dicho debate social y legislativo, sobre todo si se tiene en cuenta que los tribunales son quienes miden la eficacia, mediante su aplicación, de las normas emanadas del parlamento. Por ello, para un correcto progreso legislativo, acorde a la realidad social, y para alcanzar una armonía entre ambas, los jueces deberían instar el debate cuando entiendan que una ley no es ajustada al tiempo ni tampoco es eficaz.

³¹ Consiste en la posibilidad de que una institución nacida al amparo de una norma extranjera contraria al orden público español despliegue eficacia en España. Se trata de reconocer cierta eficacia a situaciones o figuras que no podrían haber nacido en el seno del ordenamiento español. De acuerdo con PASTOR RIDRUEJO, para una debida comprensión de este efecto debemos partir de la distinción, destacada por NIBOYET, de «la aplicación por el foro de una ley extranjera para hacer nacer en él una relación jurídica, y de otra parte, el reconocimiento en el foro de los efectos de una relación jurídica nacida al amparo de una ley extranjera». El orden público actúa de manera más estricta en el primer caso que en el segundo caso se apuesta por la justicia material del caso concreto, valorado con el resto de intereses en juego y valores del Ordenamiento Jurídico Español. Por ejemplo, actualmente, el efecto atenuado permite dar una adecuada respuesta a litigios con elemento extranjero de derecho islámico y a la GpS. PASTOR RIDRUEJO. J.A. “Los efectos atenuados en el Derecho español de las instituciones extranjeras contrarias al orden público”, en *Anales dl' la Academia del Notariado* *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 20, 1976, págs. 21 – 40. Inversamente, la Corte de Casación francesa, no hizo uso de la noción de efecto atenuado del orden público internacional en el conocido caso “Menneson” (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso MENNESSON VS. FRANCIA. Núm. 65192/11, 26/09/2014).

³² El Tribunal Supremo hace hincapié en que este principio deberá emplearse para aplicar e interpretar la ley, colmando sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma y además emplea este principio respecto de la desprotección del menor (FJ. 5.6 y 5.11) Tribunal Supremo Sala de lo civil, Sentencia núm. 835/2013, 06/02/2013. Se recomienda la lectura de la nota núm. 30.

En efecto, en España existe un orden público atenuado que permite que una institución nacida al amparo de una norma extranjera, contraria al orden público español, pueda llegar a producir efectos.

Además, existe el principio de “interés superior del menor”³³ como concepto jurídico indeterminado y además, de interpretación dinámica³⁴. Para entender mejor el *iter* seguido por el TS hay que analizar bien qué supone y qué aporta la indeterminación y el dinamismo del principio a este juicio.

La indeterminación es positiva en tanto que permite que se adapte el sentido de la expresión de interés superior del menor al caso concreto³⁵, dado que no se impone al operador jurídico la obligación de actuar bajo parámetros específicos³⁶. Ahora bien, existe complejidad derivada de su carácter de “concepto jurídico indeterminado” puesto que ello actúa como “Caballo de Troya”: el margen de maniobra ofrecido por la indeterminación del concepto permite que los operadores jurídicos, aun actuando con la mejor intención, no logren sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios, y, consciente o inconscientemente, valoren las cuestiones desde su propia óptica vital e ideológica, en lugar de hacerlo pensando única y exclusivamente en el del niño³⁷. Esto, en cierta medida, como se verá, ocurrió con el TS.

A pesar de la existencia de una faceta negativa de la indeterminación conceptual, debe resaltarse la parte positiva y es que el interés superior del niño, como concepto jurídico indeterminado no constriñe al juzgador a la aplicación automática de la ley,

³³En la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el interés superior del menor se constituye como el marco fundamental para decidir en todos aquellos casos en los que estén en juego, ante los tribunales, situaciones que afecten a menores y a sus derechos, otorgándoles un plus de protección, con carácter de orden público y prevalente ante cualquier otro interés o derecho, incluso fundamental que pudiera entrar en conflicto con el interés del menor, decidiendo siempre a tenor de las circunstancias del hecho concreto. DE CASTRO MARTÍN, R. “El interés superior del menor”, en Jornada Técnica “Análisis del Sistema de Protección de Menores en el Ámbito del Sistema Judicial”, 2011, pág. 33.

³⁴ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Educativo Siglo XXI*, núm. 2, 2012, Pág. 92

³⁵ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* 2013, pág. 9.

³⁶ BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español” *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, 2012, pág. 51.

³⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Educativo Siglo XXI*, Vol. 30 n°2, 2012, Pág. 91

sino que permite una mayor discrecionalidad³⁸, llegando así a soluciones más razonables.

Además, el segundo mecanismo articulado por el interés superior del menor – su condición de concepto dinámico – contribuye a facilitar los juicios de razonabilidad en tanto que supone que el interés superior del menor debe encajar con los demás conceptos con los que se interrelaciona y que también están en constante evolución³⁹. Es necesario que el interés superior del menor se amolde y encaje con estos otros conceptos, entre los cuales resalta de manera manifiesta el concepto de familia. Ciertamente, los derechos del menor se han convertido en un concepto de naturaleza eminentemente familiar desde el preciso instante en que fueron especificados como tales por la Declaración de Ginebra de 1924⁴⁰.

¿Qué relevancia tiene esta inherencia entre el concepto de interés superior del menor y el de familia en el presente caso? Supone que en tanto que ahora la familia se entiende en sentido amplio⁴¹, el interés del menor no puede quedarse anclado en concepciones antiguas y tradicionales como la de familia biológica. Ello supone, asimismo, que cuando se defiende la conservación del entorno familiar como la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y bienestar de sus

³⁸ Véase el art. 3.1. CC: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”

³⁹ CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* 2013 pág. 5.

⁴⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30 n°2, 2012, Pág. 94.

⁴¹ Cuando se habla a familia en sentido amplio se está haciendo referencia a que el concepto de familia ha migrado desde la “familia genética” como directriz absoluta hasta un concepto amplio de familia como el núcleo de convivencia donde existen lazos afectivos y emocionales que permiten el desarrollo de la personalidad del menor. Por esta razón, no se entiende esencial ni naturalmente respetado el interés superior del menor simplemente porque se halle con su familia genética. Contrariamente, el interés superior se entiende respetado a ojos de la Juez Lindley, en el caso *Re McGrath* (“Infants”), 1893, cuando se cumpla con el bienestar material, pero más importantemente, con vínculos de afecto: estabilidad, seguridad, cuidado, consejo cariñoso y comprensivo, relación cálida y compasiva... lo que viene a ser una referencia a la felicidad y bienestar personal del niño. Véase también el art. 5 Convención de los Derechos del niño: el término familia debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local. DE CASTRO MARTÍN, R “El interés superior del menor”, en *Jornada Técnica “Análisis del Sistema de Protección de Menores en el Ámbito del Sistema Judicial”*, 2011, pág. 10. Sentencia Tribunal Supremo núm. 320/2011 del 12/05/2011 FJ 3 lee: “El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales

miembros, en particular de los niños⁴², y se dice que no se puede separar al niño de sus padres contra la voluntad de estos últimos⁴³, se designa tanto a las familias en sentido amplio – las creadas, por ejemplo, a partir de la GpS – como en sentido genético. Por ello, se entiende que ambos modelos familiares son adecuados para proteger el interés superior del menor⁴⁴. Esta inherencia entre el interés superior del menor y familia es imprescindible para entender el fallo final del TS puesto que es lo que le habilita a apartarse de la norma del 10.3 LTRHA que sólo consagra el reconocimiento de la filiación a favor de los comitentes con vínculo genético.

Por todo ello, es el interés superior del menor, por su configuración de concepto jurídico indeterminado y dinámico, conjugando con la noción de orden público atenuado, lo que permitió al TS efectuar un juicio de razonabilidad que culminó con el consentimiento del TS para la fijación de las relaciones paterno-filiales mediante la determinación de la filiación genética paterna – en consonancia con art. 10.3 LTRHA – y además, ya alejándose de la norma, permitiera la formalización de las relaciones familiares "de facto" mediante la adopción o el acogimiento. Ello traducido, supone que el TS entiende que el interés superior del menor queda a salvo gracias al art. 10.3 LTRHA y a los demás mecanismos – adopción y acogimiento – que habilita el Ordenamiento Jurídico español para reconocer la filiación⁴⁵.

⁴² CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* 2013 pág. 14 y 15

⁴³ Art. 9 Convención de los Derechos del niño: que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en el interés superior del niño” [...] “a mantener relaciones personal y contacto directo con ambos padres de modo regular salvo que si ello es contrario al interés superior del niño”

⁴⁴ CHARLESWORTH, J. *La Bioética en una sociedad liberal*. Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pág. 78.

⁴⁵ El FJ.5.6 de la Sentencia del TS núm. 835/2013 habla de: “los valores sumidos por la sociedad como propios”. Se entiende que, el TS en esta sentencia mantiene más una postura en línea con el positivismo de Kelsen y de la concepción ética nomológica tradicional: las normas emanan del poder legislativo, que reside en las Cortes, elegido por el pueblo; no obstante, el TS atiende también, aunque con menos ímpetu, a la teoría del consentimiento fáctico de ATIENZA que propugna que, para determinar si una decisión es aceptable para una comunidad es necesario desplazarse por diversos auditorios, no sólo la concepción estrictamente iuspositivista, y por ello el TS emplea el principio del interés superior del menor: precisamente lo que permiten los conceptos jurídicos indeterminados es liberarse del encorsetamiento de las normas para lograr una solución proporcional y razonable a todos los intereses en juego. En este caso, es posible apreciar, con base a criterios empíricos, que no se ha conseguido una mayoría en todos los auditorios. ATIENZA RODRIGUEZ, M. “Sobre lo razonable en el Derecho”, en *REDC*, núm. 27, 1989, págs. 93 – 95. BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español” *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, 2012, pág. 58.

Ahora bien, a pesar de haberse realizado un juicio de razonabilidad, y haberse atrevido el TS, en una cuestión tan polémica, como es la GpS, a alejarse de la literalidad de la ley, es pregunta obligada plantearse si el TS hizo suficiente y si efectivamente protegió el interés superior del menor.

Opino que la solución adoptada por el TS, no fue suficientemente transgresora porque no supo despojarse completamente de los prejuicios y convicciones nocivas que existen en torno a la figura de la GpS. Además, entiendo que el TS, con su resolución, no protege plenamente el interés superior del menor, en tanto que establece una diferenciación entre los menores con vínculo genético con los comitentes (menores genéticos), a los que otorga una situación de preeminencia, con respecto de los menores que no tienen vínculo genético con los comitentes (menores no-genéticos). A los comitentes que hubieran aportado material genético, se les reconoce la paternidad y se les permite la inscripción de manera indubitada y, sin embargo, aquellos comitentes que no hubieran aportando material genético, quedan a merced de la declaración de idoneidad para poder acceder a la adopción⁴⁶. Ello implica, en otras palabras, que los comitentes podrían ser separados de los menores, si se considerase que no son padres “ideales”, por ejemplo, por haber acudido a una GpS en el extranjero. De este modo, entiendo que el interés superior del menor no-genético no puede quedar afectado por la ilegalidad de un contrato⁴⁷ – como es la GpS en España –, máxime cuando no se puede discriminar a un menor por su filiación legal o ilegal⁴⁸.

No permitir la inscripción ni reconocer la filiación directamente, como hace la LTRHA y el TS, unido a la ruptura total con la madre que le dio a luz, da lugar a dos supuestos muy perjudiciales y dañinos para el menor.

⁴⁶ Los comitentes que hubieran aportado material genético sabe que tras la reclamación de paternidad van a ser reconocidos como padres y que, por tanto, los menores van a integrarse seguro en el núcleo familiar “de facto” que se ha creado. Sin embargo, en los casos en los que no hay vínculo genético entre comitentes y menor, no existe tal seguridad, sino que todo queda a merced de los que entiendan los expertos, técnicos y profesionales como “perfil de idoneidad”.

⁴⁷ Contrato que sí es legal en el país donde se celebró. En este punto existe una importante controversia acerca del procedimiento que debiera seguirse en los casos de GpS con respeto de la adopción de resoluciones judicial extranjeras. Se recomienda la lectura de GARCÍA AMEZ, J. “Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España.” *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40, 2014, pág. 158.

⁴⁸ El Voto particular de la STS núm. 835/2013, 06/02/2013, en el apartado 5 dice: “Se reitera la normativa que se cita y se recuerda que este interés del menor es superior y también de orden público y este principio no se defiende contra los niños sino a partir de una regulación que impida su conculcación. El derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público y “*el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado*” por parte de las autoridades públicas o instituciones privadas (STSJ de Madrid – Sala de lo Social – de 13 de marzo de 2013).

Por una parte, puede producir la incapacidad de los comitentes y del niño de volver a su país debido a que no pueden obtener pasaportes o documentos de viaje. Para que se otorgue la nacionalidad española es necesario que se haya determinado la filiación genética o bien la filiación por criterios no genéticos. Ello supone que existe un lapso de tiempo, de duración variable e incierta, dependiendo de si se trata del reconocimiento del vínculo genético o de la adopción, durante el cual, el menor puede no tener nacionalidad⁴⁹. Esta situación se da sobre todo en India, Rusia y Ucrania puesto que son Estados que reconocen a los comitentes como padres pero no otorgan la nacionalidad respectiva al menor. Como consecuencia, el niño es considerado apátrida y con filiación incierta. El niño se halla en una especie de limbo jurídico, como si estuviera “atascado”⁵⁰ entre Estados. Además, a esto se añade que los comitentes no pueden permanecer en el Estado de manera indefinida, debido a los controles de inmigración.

No reconocer directamente la filiación del menor no-genético, obligando a los comitentes a pasar por un proceso de adopción, que no tiene por qué conceder la adopción a éstos, unido a la ruptura total con la madre que les dio a luz, podría resultar en última instancia en que se dejase al menor sin familia⁵¹. Ello podría suponer colocar al menor no-genético en la misma situación en la cual se hallan los menores en desamparo⁵²; Consiguientemente, el menor pasaría a manos de los servicios sociales.

⁴⁹ El auto del Tribunal Supremo núm. 245/2012 del 02/02/2015: “...de modo que, una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos”. El TS entiende que todos los niños nacidos en otro país tendrán acceso a la nacionalidad de aquél país, como ocurre en EEUU, pero olvida que otros países no otorgan la nacionalidad.

⁵⁰ LAMM, E “Gestación por sustitución; Realidad y Derecho” en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 2012, pág. 23.

⁵¹ El auto del TS núm. 245/2012 del 02/02/2015 autorizaba incluso a que, durante el tiempo que durara la determinación de la filiación por adopción, se procediera a la institucionalización de los menores: “Se trata de una situación temporal que puede tener una duración razonablemente breve (determinación de la filiación paterna respecto del progenitor biológico y adopción por el cónyuge), y el Estado de Derecho provee de suficientes medios para evitar perjuicios a los menores durante esta interinidad, siguiendo el criterio de protección del núcleo familiar “de facto” afirmado en la sentencia.” Además, en este punto el TS ponía de relieve que la “situación temporal breve” era respecto de los menores genéticos; es en expresiones como la manifestada en donde se percibe la preferencia por los menores genéticos. En esta línea, se quisiera recalcar que la situación de desamparo no ocurre en los casos de los menores genéticos puesto que se tiene la certeza de que una vez comprobado el vínculo genético con uno de los comitentes serán reconocidos como hijos de los mismos.

⁵² Quizá sea de interés como ejemplo cotidiano el artículo del Diario de Navarra, 02-04-2015:

La recién nacida, con apenas una semana de edad, **fue declarada en situación legal de desamparo** y trasladada a un centro en el que ejercer su tutela.

Esta analogía procede en tanto que los efectos de la declaración de desamparo supone la asunción inmediata y automática de las funciones tutelares sobre el menor por parte de la Entidad Pública⁵³. La puesta en funcionamiento de la maquinaria de la administración supone que el menor habrá de pasar por instituciones públicas con el innegable impacto negativo que ello tiene en los niños y niñas⁵⁴. En este sentido, es aún más que cuestionable, que la LTRHA y el TS estén salvaguardando y protegiendo el interés superior del menor no-genético supeditando su filiación a la superación con éxito del proceso de adopción, puesto que si no culmina con éxito el proceso de adopción se separaría al menor de una familia que lo quiere y lo protege, para ponerle en manos de la Administración Pública.

Por ello, y congruentemente con todo lo expuesto en el presente apartado, se responde a la pregunta formulada al comienzo: ¿qué alcance tiene el interés superior del menor en este contexto presente de prohibición? Disintiendo de la postura del TS entiendo que el alcance es lo suficientemente amplio como para que no solo se entienda que este principio queda protegido por el art. 10.3. LTRHA y los demás mecanismos habilitados en la ley para el reconocimiento de la filiación, sino también para equiparar a los menores genéticos y no-genéticos, para que estos se hallen con las mismas posibilidades de ser reconocidos como hijos de los comitentes. Entiendo que solamente quedará verdaderamente a salvo el interés superior del menor y se estará en armonía con la prohibición de no discriminar por razón de la filiación, cuando se elimine el vacile de la situación de precariedad que supone que un menor, si no culmina con éxito el proceso de adopción, pueda llegar a pasar a manos de la Administración. Además, si no se reconoce directamente la filiación de los menores nacidos en virtud de la GpS, al menos, por una parte, debiera dispensarse la nacionalidad española sin que esté supeditada a la determinación de la filiación, y, por otra parte, debiera aligerarse el proceso para que el tiempo de espera y de incertidumbre fuera mínimo

http://www.diariodenavarra.es/noticias/mas_actualidad/nacional/2015/04/02/detenida_una_pareja_que_preteria_vender_bebe_por_000_euros_201500_1031.html (Última visita 20/05/2015)

⁵³ ALLUEVA AZNAR, L. "Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores" *In Dret Revista para el análisis del derecho* 2011, pág. 15

⁵⁴ Se registran patrones de hiperactividad y de distracción, irritabilidad, problemas de relación con los compañeros de clase y dificultades para acatar la disciplina adulta (ideas refrendadas por TIZARD, VORRIA, RUTTER, PICKLES, WOLKIND, HOBBSBAUM). PALACIOS, J. "Instituciones para niños: ¿protección o riesgo?" *Infancia y Aprendizaje: Journal for the study of Education and Development*, vol. 26, núm.3, 2003, pág. 355.

Se propone la legalización de la GpS a raíz de esta sentencia del TS, en la cual se reconoce efectos de manera indirecta, a un contrato de GpS. Dicho propuesta no es infundada si se tiene en cuenta que el art. 10.3 LTRHA reconoce efectos a un contrato de GpS, y, por tanto, implícitamente está declarando que no es tan moralmente reprochable ni tan perjudicial para los intereses de los involucrados en la GpS, como parece afirmar y augurar con la nulidad del apartado primero del mismo artículo. Por ello, en el apartado siguiente se defiende la legalización de la GpS, mientras, se pide que se equipare la situación de los menores genéticos y no-genéticos y que se facilite y aligere el proceso para permitir la filiación, de modo que sea casi automático.

1.2. ¿Qué posición ocuparía el menor si se consintiese la gestación por sustitución?

Se revisarán las argumentaciones esgrimidas por los detractores de la GpS, a fin de fundamentar que la GpS no provoca menoscabos a los menores⁵⁵ y que por ello, se puede apostar por la legalización de esta práctica.

El primer daño que se alega por parte de los contrarios a la GpS, es aquel ocasionado por la ruptura del vínculo materno filial que se establece durante la gestación. Con respecto a esta afirmación hay que puntualizar dos cuestiones. Por una parte, el peso de este argumento dependerá de la imagen de maternidad que se tenga, puesto que si se concibe la maternidad como un continuo entre el embarazo, el parto y la crianza de los niños, el vínculo materno-filial tiene un peso sustancial; mientras que si no se concibe la maternidad como tal imagen ideal, se entenderá que el vínculo materno-filial es ínfimo e irrelevante.

Por otra parte, hay que recordar, primero, que entre el menor y la gestante puede existir o no un vínculo genético. Por ello, hay que diferenciar entre vínculo materno-filial genético y vínculo materno-filial biológico⁵⁶. Se indica que la ruptura del vínculo materno-filial genético no tiene tanta relevancia para el menor como se ha pensado tradicionalmente, dado que no se ha probado que existan secuelas significativas en los

⁵⁵ LAMM, E. “Gestación por sustitución; Realidad y Derecho” en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 2012, pág. 6.

⁵⁶ El vínculo biológico deberá entenderse en este contexto como un vínculo con quien da vida (*bios* – vida) y no como vínculo genético.

menores separados de sus padres genéticos⁵⁷. Al respecto del vínculo materno-filial biológico se manifiesta que la ruptura de este vínculo es precisamente el que causa daños al menor. Sin embargo, el menor no desarrollaría lazos emotivo-afectivos hacia la gestante porque es entregado a los comitentes nada más nacer. Por tanto, el desarrollo emocional y psicosocial, que daría lugar a que se anudasen unos lazos emotivo-afectivos, se basarían fundamentalmente en el amor que recibe el menor de los comitentes⁵⁸. En todo caso el vínculo materno-filial biológico sería de importancia para la gestante, pero es de dudosa relevancia para el menor.

Además, este es un argumento endeble por parte de los detractores de la GpS, máxime cuando, se permite la adopción en España que supone también una ruptura del vínculo materno-filial genético y biológico⁵⁹. Por ello: a) el vínculo materno-filial genético respecto de la madre gestante con el menor no reviste realmente especial trascendencia para este último. Verdaderamente es la ruptura de lazos emotivo-afectivos adquiridos con posterioridad al nacimiento lo que podría producir daños al menor. A este respecto se recuerda que en la GpS el menor todavía es recién nacido cuando se entrega a los comitentes y que son estos quienes comienzan a anudar los lazos emotivo-afectivos; b) este argumento carece de sustrato o base desde el momento en el cual la mayoría de los detractores de la GpS abogan por la adopción.

El segundo motivo que se alega es que el menor sufre trastornos y problemas por criarse en un ámbito familiar peculiar. Sin embargo, no se aprecia que existan

⁵⁷ GOLOMBOK, S. *et al.* “Non-Genetic and non-gestational parenthood: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3”, en *Human Reproduction*, 2006, Vol. 21, pág. 1919.

⁵⁸ VASANTI, J. *et al.* “Surrogacy: the experiences of surrogate mothers”, en *Human Reproduction*, núm. 10, 2013, págs. 2196 – 2204 y GOLOMBOK, S. *et al.* “Families Created through surrogacy Arrangements: Parent-child Relationships in the 1st year of life”, en *Developmental Psychology*, 2004, vol. 40, núm. 3, págs. 400-411.

⁵⁹ El vínculo materno – filial tendría importancia para la gestante. En esta línea, la ruptura de éste hipotético vínculo materno filial será más doloroso para la madre que da al niño en adopción que para la madre gestante. En el primer caso la madre da a un niño concebido seguramente en el seno de una relación de amor porque no tiene capacidad económica para mantenerlo. Sin embargo, en el segundo caso, la gestante sabe desde el primer día que va a dar al menor y además, es posible que la gestante no tenga ningún tipo de vínculo genético con el menor, por lo que no lo siente propiamente como suyo o parte suya. Por ello, no se concibe como los detractores de la GpS, que suelen apoyar la adopción, emplean este argumento. ELLY TEMAN llama a la diferenciación anterior “Birthmother Vs. Surrogate Mother” TEMAN, E. “The Social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood”, en *Social Science & Medicine*, núm. 67, 2008, pág. 1008 y ss.

problemas ni trastornos de especial magnitud⁶⁰ para el menor, puesto que en las familias que han recurrido a esta práctica se repiten los patrones de comunicación, afecto y presencia de normas de educación que se consideran ingredientes esenciales en las prácticas de crianza⁶¹. Además, los menores son bebés y por tanto presentan menos patologías porque, debido a su corta edad, no acumulan historias de experiencias negativas⁶². Por ende, queda desvirtuada la tan recurrida expresión de: “un niño para una familia y no una familia para un niño⁶³”. Dicha expresión no es cierta porque el menor nace en el seno de una familia que lo quiere. Es más, la afirmación de que los niños no-genéticos o no-gestacionales⁶⁴ tienen peores vínculos con sus familias es errónea porque se ha probado que pueden tener unos lazos de parentesco más fuertes que los menores respecto de sus padres genéticos⁶⁵.

En relación con lo anteriormente expuesto, se alega que existen dificultades de aceptación social para el niño porque proviene de una GpS. Al respecto, se cree que no se puede estancar la legalización de determinadas prácticas – como es la GpS – reclamadas por la mayoría de la sociedad, porque unas pocas personas las rechacen con base a sus convicciones personales e ideológicas, salvo que se haga daño a los participantes de las practicas o se atente contra sus derechos. Realmente de lo que se

⁶⁰ PALACIOS, J. Y SÁNCHEZ, Y. “Niños adoptados y no adoptados: un estudio comparativo”, en *Anuario de Psicología de Universitat de Barcelona*, 1996, núm. 71, pág. 68.

⁶¹ PALACIOS, J. Y SÁNCHEZ, Y. “Niños adoptados y no adoptados: un estudio comparativo”, en *Anuario de Psicología de Universitat de Barcelona*, 1996, núm. 71, págs. 87-105

⁶² GOLOMBOK, S. *et al.* “Non-Genetic and non-gestational parenthood: consequences for parent-child relationships ant the psychologicl well-being of mothers, fathers and children at age 3”, en *Human Reproduction*, 2006, Vol. 21, pág. 1921

⁶³ Las personas tienen hijos para satisfacer fines personales, sin que ello suponga una disminución del bienestar del menor. Por ello, si se considera que la GpS es egoísta y consiguientemente inmoral, por ser el culmen de la búsqueda de un hijo, también sería inmoral la mayoría de embarazos y nacimientos. Igualmente, no se puede poner tan recurrentemente en tela de juicio la capacidad para ser padre de los comitentes puesto que la buena paternidad tampoco está garantizada en la reproducción de parejas que no recurren a las TRHA. ROBERTSON, J. A. “Madres Sustitutas: no tan novedosas después de todo”, *Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica / coord. por Arleen L. F. Salles, Florencia Luna*, 1995, pags 278

⁶⁴ GOLOMBOK, S. *et al.* “Non-Genetic and non-gestational parenthood: consequences for parent-child relationships ant the psychologicl well-being of mothers, fathers and children at age 3”, en *Human Reproduction*, 2006, Vol. 21, pág. 1918.

⁶⁵ Ello se explica porque los padres que no pueden concebir hijos de manera natural tiene un mayor anhelo por ser padres y por tanto, lo valoran más y ello resulta en que se involucran más en la crianza de los niños. Ver: GOLOMBOK, S. *et al.* “Non-Genetic and non-gestational parenthood: consequences for parent-child relationships ant the psychologicl well-being of mothers, fathers and children at age 3”, en *Human Reproduction*, 2006, Vol. 21, pág. 1922. Igualmente, no hay que olvidar que el ímpetu inicial por tener un hijo no suplente y enmienda todos los posibles problemas que puedan darse, y sí puede ocurrir que el padre no genético rechace o se resienta con el menor. ROBERTSON, J. A. “Madres Sustitutas: no tan novedosas después de todo”, *Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica / coord. por Arleen L. F. Salles, Florencia Luna*, 1995, pags 275.

trata es de que se promuevan ciclos informativos, formativos y reeducativos, que eliminen posibles estigmas respecto de los niños nacidos por GpS⁶⁶.

También se rechaza la GpS con base a que la identidad del menor queda comprometida. De una parte, la identidad del menor es el acervo constituido por el sexo, orientación sexual, el origen nacional, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad; características que no necesariamente derivan de los vínculos genéticos, sino más bien de las vivencias experimentadas con la familia receptora. De otra parte, resulta incoherente alegar perjuicios para la identidad del menor cuando, en el caso de la donación de gametos, práctica legal en España, el donante permanece anónimo⁶⁷. Además, se ha demostrado que los progenitores de niños provenientes de un contrato de GpS informan antes a sus hijos de su procedencia, que aquellos realizados por TRHA en los que se produce por una donación de gametos⁶⁸. Por todo ello, no se ve perjudicada ni comprometida la identidad del menor por la GpS porque: a) no se nace con identidad sino que se adquiere con las vivencias familiares, personales y sociales; b) estos niños suelen conocer que son niños resultantes de una práctica de GpS, al contrario de la mayoría de los niños que nacen gracias a la donación de gametos.

Finalmente, se alega la mercantilización de los menores que participan en la GpS. En cuanto a este punto se podrían diferenciar dos supuestos. Primeramente, la gratuidad, debido al altruismo de la mujer gestante. El embarazo conlleva, inevitablemente, unos gastos económicos de los cuales la gestante no parece que deba hacerse cargo. La cuestión controvertida al respecto es si el pago de esa cantidad de dinero, destinada a cubrir gastos, puede ser considerada o no un precio, y por ende si

⁶⁶ MARTÍN CAMACHO, J. “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009, disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> (Última visita 30/05/2015)

⁶⁷ IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La Gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal. En este mismo sentido: MARTÍN CAMACHO, J. “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009, disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> (Última visita 30/05/2015).

⁶⁸ Un ejemplo de una TRHA que a menudo no se comunica a familiares, amigos y al menor es la gestación *in vitro*. Ello se debe en gran medida a que los progenitores no quieren que los niños se enteren por terceros. En el caso de la GpS, es mayor el número de personas que conoce el recurso a la GpS, por la evidente ausencia del cambio físico en la mujer. En el caso de la donación de gametos y la inseminación posterior a la madre, al producirse los cambios físicos que evidencian el embarazo, los progenitores mantienen secreto el recurso a las TRHA por lo que hay menos riesgo que se enteren los menores de su procedencia. GOLOMBOK, S. *et al.* “Non-Genetic and non-gestational parenthood: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3”, en *Human Reproduction*, 2006, Vol. 21, pág. 1921.

desvirtúa o no la gratuidad del contrato. Consiguientemente, en este caso habría que determinar si el pago tiene naturaleza compensatoria⁶⁹ o si se trata de un valor superior al correspondiente a los costes del embarazo. En mi opinión, no se desvirtúa la gratuidad porque se está compensando a la gestante por los costes y padecimientos del embarazo. El otro supuesto es en el caso de que se configurara como un contrato oneroso, en el que el valor monetario superara aquél correspondiente a los costes. En este segundo caso es más difícil mantener que no se mercantiliza al menor. Por tanto, a) La percepción de que se está vendiendo un menor en una GpS gratuita radica en la relevancia que se da al producto final de la actividad de gestación, en detrimento del valor intrínseco – gastos inherentes – de la actividad gestacional⁷⁰; b) Si se defiende una GpS gratuita no se produce la mercantilización del menor en tanto que el menor nace en el seno de una familia que le quiere y que le va a proteger; c) las discusiones sobre la naturaleza del pago podrían evitarse, quizá, con la intervención del Estado, en el marco de un proceso legal garantista. Así sería el Estado quien prestara un servicio de protección del derecho a procrear libremente⁷¹ con las máximas garantías posibles.

1.3. *Recapitulando: Valoración de las consideraciones expuestas.*

La pregunta que debe formularse es ¿qué lesiona más al menor, la legalización de la GpS o la situación actual precariedad e incertidumbre para los menores, sobre todo de los no-genéticos?

Ciertamente, considero acreditado que la legalización de la GpS no acarrea daños para los menores, a la inversa, la presente incertidumbre sobre la posición de los menores a consecuencia de la prohibición de la GpS ciertamente los causa. Flaco favor hace, en mi opinión, al menor no-genético, este supuesto interés superior y dignidad del menor, al menos interpretada a tenor del TS, si ello supone avalar un potencial desamparo del mismo.

⁶⁹ Entiéndase por compensación el valor monetario del intercambio debido a los riesgos, tiempo dedicación, controles, cuidados, lucro cesante e implicaciones afectivas del proceso que pudieran acaecerse. MARTÍN CAMACHO, J “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009, disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

⁷⁰ SHALEV, C. *Birth Power: The case for surrogacy*, Yale University Press, New Haven and London, 1989, pág. 165.

⁷¹ El derecho de reproducción es analizado en profundidad en el apartado tercero “Los Comitentes” de este mismo trabajo.

En puridad parece que el TS, consciente de la realidad social a la cual se enfrenta, trata de dar una solución que no dé pie a la legalización de la GpS en España ni que tampoco dé excesivas facilidades para la filiación, a pesar de que se puedan lesionar los intereses de menores, ya que ello supondría ofrecer un salvoconducto a los nacionales españoles y alentar los desplazamientos de nacionales cuyo único fin es “huir”⁷² de las leyes españolas.

El deber general que supone el interés superior y la dignidad del menor, involucran, no sólo a los tribunales⁷³, sino a todas las instituciones públicas y privadas de bienestar social, autoridades administrativas y órganos legislativos⁷⁴. Por ello, es deber de los órganos legislativos pugnar por sacar adelante regulaciones que protejan a los menores. Esto, traducido al caso de la GpS, supone una apelación al poder legislativo para su legalización en España, ya que es la única manera de proteger a los menores no-genéticos nacidos en virtud de esta práctica sin alentar o secundar la huida de sus nacionales a terceros países. Como medida transitoria se pide que, al menos, se permita la inscripción y filiación de los menores no-genéticos porque se ha demostrado que hay posibilidad para ello en el ordenamiento jurídico español.

2. La gestante

El TS, en la sentencia mencionada anteriormente⁷⁵, defiende la ilegalidad de la GpS en España con una argumentación que pivota alrededor de los términos de dignidad, cosificación, explotación y vulnerabilidad además de poner en tela de juicio la capacidad de consentir de las mujeres⁷⁶. Por ello, en este apartado se van a estudiar cada uno de los conceptos anteriores.

⁷² Tribunal Supremo Sala de lo civil, Sentencia núm. 835/2013, 06/02/2013. RJ/2014/833

⁷³ A vista y opinión de RAVETLLAT BALLESTÉ la definición mantenida por SÁNCHEZ HERNÁNDEZ Y SEJAS es una definición “parcial y limitada” al considerar los últimos que un concepto jurídico indeterminado se debe formar en la conciencia de la autoridad judicial a partir de su conocimiento, experiencia y sensibilidad. Esta postura, según RAVETLLAT BALLESTÉ la cláusula de interés superior del menor no sólo corresponde a la autoridad judicial. RAVETLLAT BALLESTÉ, I. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Educativo Siglo XXI*, Vol. 30 nº2, 2012, Pág. 94.

⁷⁴ CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* 2013 pág. 8. Asimismo: art. 3.1 y art. 18.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁷⁵ Tribunal Supremo. Sentencia núm. 835/2013 del 06/02/2014.

⁷⁶ Fundamento jurídico 3.6: “en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la

Antes de abordar las cuestiones enunciadas es necesario hacer una precisión: cuando se habla de la GpS es necesario tener en cuenta la existencia de diversos perfiles de gestantes cuyo grado de tutela no puede uniformarse. Además, no es válida una división lineal entre países pobre y países ricos. Es cierto que en aquellos países más desarrollados, no suele existir una desigualdad económica considerable entre la gestante y los comitentes⁷⁷. También es cierto que en países menos desarrollados, como es la India, la GpS se ha convertido en una industria que constituye una verdadera mina de oro para el país⁷⁸, mediando agencias especializadas, cuyo objetivo es buscar y seleccionar mujeres en edad reproductiva para poder obtener de ellas, y de su capacidad gestacional, rendimientos económicos; rendimientos de los cuales no se beneficia la gestante sino la agencia⁷⁹. Sin embargo, estas circunstancias no dan pie a realizar una generalización del perfil de la gestante, y consentir una prohibición absoluta con base en ese perfil generalizado, sino que hay que analizar cada mujer de manera individual.

mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población." Fundamento jurídico 3.10 "Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia." Fundamento jurídico 5.7 "Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación" Fundamento jurídico 5.8 "no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil."

⁷⁷Fuente salario mínimo EEUU 2014:

https://www.google.com.mx/?gws_rd=cr,ssl&ei=ngwqUufGAdT2qwG_zYDgCQ#q=salario+m%C3%A9nimo+en+estados+unidos.

⁷⁸ En India 540 mil personas se encuentra por debajo del umbral de la pobreza. De estas, 73% de las mujeres son analfabetas. De media, las mujeres alquilan sus vientres por \$5.000 - \$7.000 dólares, cifras astronómicas comparado con el salario que reciben diariamente, que no asciende a más de \$2. Por ello, para estas mujeres, la GpS se convierte en una vía factible de ingresos para sacar adelante su familia. En este sentido: AMADOR JIMÉNEZ, M. "Biopolíticas y Biotecnologías: reflexiones sobre la gestación por sustitución en India", en *Revista CS*, núm 6, 2010, Colombia pág. 199 y también: BRENA, I. "Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?", en *Revista de Derecho y Genoma Humano* Núm. 40, 2014, pág. 141

⁷⁹ La agencia "Affordable Surrogates" perteneciente a la cadena Planet Hospital disponible en India, Grecia Panamá y Tailandia, promete un plus para aquellos que realizan los procedimientos con ella. Al momento de entregar al niño solicitado, se entrega una pizza.

2.1. *Dignidad*

La dignidad no debe ser empleada como un instrumento retórico⁸⁰, sino que por la carga que entraña debe utilizarse de manera precisa para que no se desvirtúe su esencia.

La dignidad humana, como criterio de interpretación constitucional, sirve para determinar si en un desarrollo legislativo o en su aplicación se excluye a una persona o a un grupo de personas por razón de su identidad. Asimismo, la CE consagra el principio de no discriminación y con ello, está coadyuvando a que las diferencias, por razones sociales, políticas, religiosas, de edad, sexo, etc., no determinen trato desfavorable. Esto es, la CE protege la diferencia como seña de identidad de las personas, y se prohíbe la discriminación de personas basada precisamente en esa diferencia constitutiva de identidad. Todo ello implica que la dignidad de las personas, exige consagrar y ensalzar las diferencias y las convicciones que conforman la identidad de las mismas.

Por ello, cuando los poderes públicos⁸¹, hablan de dignidad, no pueden imponer la protección de una supuesta dignidad colectiva, moral social, identidad dominante o un paternalismo legal⁸², que anule la identidad de los sujetos a favor de esa misma dignidad, moral o identidad teóricamente imperante, porque con ello, sería precisamente el poder público quien estaría discriminando ya que anularía la identidad de unos a favor de una identidad colectiva.

Típicamente, en la defensa de esta dignidad colectiva, se hiere a la mujer ya que se le identifica única y exclusivamente con y por su capacidad reproductiva, como si ello constituyera su esencia, si como si su capacidad gestacional fuera la identidad de la mujer, lo que la convierte en persona valiosa⁸³. La mujer es naturalmente y

⁸⁰ PRESNO LINERA, M. Y JIMÉNEZ BLANCO, P. “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pág. 8

⁸¹ Poder legislativo, ejecutivo y judicial (en este último apartado se incluye al TS) y todos cuantos más organismos se precie.

⁸² Se recomienda la lectura de la nota núm. 29 del presente trabajo.

⁸³ ANDORNO defiende que la mujer se convierte en herramienta de producción porque entrega lo más íntimo de su ser, que es lo que la distingue como mujer, llegando a negarse como persona. Ello conlleva que entienda que si la mujer entrega su capacidad gestacional se niega como persona y ello supone, a su vez, entender que la mujer solo es valiosa gracias a su capacidad gestacional de prolongar la especie humana. ANDORNO, R. *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 141 - 144 y SOUTOS GALVÁN, B. “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, en *Foro, nueva época*, núm 1, 2015, pág. 290.

necesariamente la madre gestante, en tanto que así lo prevé su anatomía, pero la mujer no tendría por qué quedar vinculada por su condición natural a ser madre en todo el restante recorrido tradicional de la maternidad – gestación, parto, crianza – puesto que, las condiciones físicas y psíquicas para la crianza del niño, las pueden poseer determinadas personas, sean del género femenino o masculino. Se entiende que no reconocer la autonomía reproductiva y la capacidad de tomar decisiones sobre sus proyectos de vida como algo inherente a su dignidad⁸⁴, supone colocar a la mujer – sobre todo a las que conforme a sus convicciones y creencias defienden la GpS– en una posición de desigualdad e injusticia respecto de otras personas integrantes de la sociedad⁸⁵.

La dignidad colectiva que defiende el TS cuando habla de “los valores asumidos por la sociedad como propios”⁸⁶ podría no ser tan absoluta al presentar resquebrajaduras. La primera incisión en esta dignidad colectiva es la propia ley, en su apartado tercero en tanto que permite la reclamación de paternidad respecto del progenitor-comitente genético. Ello se traduce en que si el padre comitente ha aportado gametos o la madre comitente óvulos, o ambos comitentes han aportado materiales genéticos es posible encontrar un vínculo con los comitentes, de modo que se permitiría la inscripción en el Registro español. Así lo confirma el TS cuando, consciente de la presencia de un menor, insta de manera más que incierta al MF a que ejercite las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación. Con ello, el TS no deniega la inscripción, pudiéndose inscribir si hay vínculo genético. De ello se extraen dos conclusiones.

En primer lugar, la importancia y el peso que se sigue dando al vínculo genético para la configuración de la familia. Las TRHA permiten que se inserte en los cuerpos de las mujeres materiales genéticos de terceros. Con base en estos avances científicos, no se entiende cómo el TS y el legislador, siguen dando una importancia primaria a la

⁸⁴ A este respecto se quisiera traer a colación la teoría de KANT sobre la dignidad puesto que la dignidad le corresponde a todo ser racional por el hecho de que puede obedecer a una ley que el sujeto mismo se da. IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La inmutabilidad del principio ‘mater semper certa est’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución”, en *Universitas. Revista de Filosofía, derecho y política*, núm. 21, 2015, pág. 14.

⁸⁵ PRESNO LINERA, M. Y JIMÉNEZ BLANCO, P. “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pág. 8

⁸⁶ F.J. 5. 6 Tribunal Supremo. Sentencia núm. 835/2013 del 06/02/2014 Thomson Reuters Aranzadi

existencia de un vínculo genético para configurar una familia. Máxime cuando los lazos emotivo-afectivos son de mayor trascendencia para la unidad y armonía familiar.

En segundo lugar, que, si efectivamente se ha aportado material genético, y por ende se permite la inscripción, no se estaría sino reconociendo indirectamente la validez del contrato, o al menos de sus efectos. Si en España se rechaza la GpS con base a la dignidad de la mujer, ¿no se rechazaría de plano cualquier aceptación y enlace con esta figura?⁸⁷ Amén, si se permite este vínculo genético-biológico, indirectamente se está reconociendo efectos y aceptando un contrato de GpS, en el que indispensablemente ha participado una mujer extranjera; sin embargo, y a pesar de la importancia que se da a la dignidad de la mujer como argumento para rechazar la GpS, el art. 10.3 permite el reconocimiento de efectos de una GpS como si la mujer extranjera no tuviera aquella dignidad que se alega: ¿acaso no es equiparable la dignidad de la mujer extranjera a la de una mujer española?⁸⁸

Estrechamente ligado a lo anterior se encuentra el libre desarrollo personal que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros⁸⁹. Hay que tener muy presente que las personas tienen

⁸⁷ El TS entiende que una mujer jamás podrá tomar una decisión plenamente libre y autónoma en cuanto a la GpS, y más si media precio. No obstante, ello no concuerda con el apartado tercero del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en tanto que este apartado supone que en España no exista una prohibición absoluta de la GpS, ya que, el contrato surtirá efectos si alguno de los comitentes aporta material genético. No es comprensible que se entienda que se explota, cosifica y mercantiliza a la mujer, con base a la creencia de que ésta nunca tomará la decisión libremente, y, posteriormente, permitir que algunas formas de celebración del contrato surtan efectos. El contrato, y fundamentalmente, la intención y trayectoria del mismo, es idéntico se aporte o no material genético.

⁸⁸ ELEONORA LAMM habla del riesgo que supone para la mujeres que viven en países en desarrollo, puesto que son explotadas por los que provienen de países más ricos. Lamm, E “Gestación por sustitución; Realidad y Derecho” en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 2012, pág. 22. Asimismo, NOELIA IGAREDA hace hincapié en la prohibición alienta el turismo médico, sólo apto para personas de una determinada condición social. A ello se une que la falta de regulación supone que no se puede controlar la calidad médica que ofrecen en terceros países, y que, precisamente también por falta de regulación y control se está fomentando una industria reproductiva como una actividad comercial más. IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La inmutabilidad del principio `mater semper certa est´ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución”, en *Universitas. Revista de Filosofía, derecho y política*, núm. 21, 2015, pág. 17. BAUM, B. D. *The power of freedom: John Stuart Mill & the politics of social theory*. UMI Dissertation services volumens I & II, 1993. Págs. 85 – 109.

⁸⁹ SSTC 19/1985 de 13 Febrero 1985, F.2; 120/1990 de 27 Junio 1990, F.10 y 137/1990 de 19 Julio 1990, F.8”

derecho a actuar conforme a sus propias convicciones, siempre que con ello no lesionen a terceras personas⁹⁰.

La GpS gratuita no-genética no araña la dignidad de la mujer. En puridad, la lesión a la dignidad de la mujer se produce por no percibir la libertad reproductiva y la libre planificación de proyectos de vida como derechos inherentes a la dignidad y el libre desarrollo personal. Además dichos proyectos de vida deberían poder articularse con base a las convicciones personales, de ahí que la mujer sea quien decida si se somete o no a la GpS⁹¹.

2.2. Cosificación y mercantilización

2.2.1. Cosificación

En alusión a la “ética de imperativos categóricos” de KANT, una persona no puede ser empleada como un medio para lograr un fin, puesto que la dignidad encuentra su límite en la cosificación ya que ésta supone la manipulación de la individualidad y de la autenticidad humana⁹². Ésta percepción es empleada para defender que la madre portadora está siendo reducida a una cosa, semejante a una incubadora, recinto gestor o un ambiente⁹³, puesto que está siendo relegada a un segundo plano, sólo importando y primando el niño que ha de nacer⁹⁴.

A este respecto deben tenerse en cuenta dos precisiones. En primer lugar, el descrédito a la gestante no es común. Los comitentes no suelen rechazar o zaherir a la gestante⁹⁵, ya que el deseo de ambas partes es convergente, desean el bienestar del menor que ha de nacer, y además desean que no se produzcan confusiones en torno al

⁹⁰ PRESNO LINERA, M. Y JIMÉNEZ BLANCO, P. “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pág. 14

⁹¹ PRESNO LINERA, M. Y JIMÉNEZ BLANCO, P. “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pág. 14 – 15.

⁹² JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. *Reproducción asistida, filosofía ética y Filosofía Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 24.

⁹³ LAMM, E. “Gestación por sustitución; Realidad y Derecho” en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 2012, pág. 6

⁹⁴ BENA, I. “Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano* No. 40 Enero – Junio 2014, pág. 139

⁹⁵ Puede que no se entable buena relación porque se entienda que la pareja es más intrusa o reservada de lo que la gestante deseaba. Por ello, es necesario fomentar un buen dialogo bidireccional y sano, con la intervención de algunos profesionales. ROBERTSON, J. A. “Madres Sustitutas: no tan novedosas después de todo”, *Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica* / coord. por Arleen L. F. Salles, Florencia Luna, 1995, págs. 274

rol de la gestante, no queriendo ésta que se le conciba como la madre verdadera⁹⁶. Es más, la relación que se da entre comitentes y gestante puede llegar a ser muy cercana, ya que los comitentes se enrolan en las funciones típicas inherentes a la paternidad/maternidad como son leer guías de embarazo, parto y crianza, o incluso soñar con bebés. Igualmente, prestan atención a la salud física y emocional de la gestante acompañándola a las citas médicas y a diversas actividades prenatales⁹⁷.

En segundo lugar, si se legalizara la GpS, y si se regulara exhaustivamente, se reducirían, paliarían o controlarían los potenciales peligros relacionados con la cosificación, ya que, correspondería a los poderes públicos asegurar el bienestar de la gestante⁹⁸, con independencia del trato emotivo-afectivo dispensado por parte de los comitentes⁹⁹.

En suma, y de nuevo haciendo alusión a la “ética de imperativos categóricos de KANT”, no se puede sostener que se cosifica a una mujer, porque ella, en tanto que es sujeto racional, su voluntad es universalmente autolegisladora frente a cualquier otra voluntad, salvo que dañe a terceros, lesión que no se produce, por ejemplo, al menor gestado. La mujer decidirá si está siendo cosificada, empleada como un medio para lograr un fin, según su propia ley universal de autogobierno, y solo así se preservará su dignidad.

⁹⁶ TEMAN, E. “My Bun, Her Oven”, en *Anthropology Now*, September, 2010, pág 39.

⁹⁷ Muy interesante en esta misma línea es el hecho de que cuando una o las dos comitentes son mujeres, se involucran tanto en el proceso de gestación que incluso pueden llegar a desarrollar signos físicos del embarazo como son hinchazón de barriga, incremento de peso, dolores de empatía, e incluso subida de leche materna. Leer más en: TEMAN, E. “My Bun, Her Oven”, en *Anthropology Now*, September, 2010, pág. 39 – 40.

⁹⁸ Debería ponerse a disposición de la gestante un consejero, asesor o abogado y que los honorarios del mismo sean uno de los gastos cubiertos por los comitentes. ROBERTSON, J. A. “Madres Sustitutas: no tan novedosas después de todo”, Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica / coord. por Arleen L. F. Salles, Florencia Luna, 1995, pags 274

⁹⁹ El mayor padecimiento de la gestante suele estar relacionado con el sentimiento de abandono al término de la gestación ROBERTSON, J. A. “Madres Sustitutas: no tan novedosas después de todo”, Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica / coord. por Arleen L. F. Salles, Florencia Luna, 1995, pags 274.

2.2.2. Mercantilización

Unido a la cosificación de la mujer aparece la preocupación en torno a la mercantilización de la mujer. Se defiende que la GpS infringiría las normas civiles que prohíben que las partes del cuerpo sean objeto de comercio de los hombres¹⁰⁰.

Algunos partidarios de la legalización y normalización de la GpS defienden que las normas civiles prohíben que se comercie con partes del cuerpo, pero no con capacidades del cuerpo, por ejemplo, la gestacional¹⁰¹. Considero que no es acertada esta dicotomía entre partes del cuerpo y capacidad del cuerpo, en el caso de la GpS, porque un embarazo implica todo el cuerpo, e innegablemente, tiene efecto sobre diversas partes del mismo.

Parece, verdaderamente, que en la GpS la preocupación sobre la mercantilización no es tanto por el pago por una parte del cuerpo, ni tampoco por el pago de un precio por una capacidad del cuerpo, sino que la preocupación deriva del pago de un precio en relación al impacto sobre el cuerpo. Dicha conclusión se extrae por contraste y comparación con la donación de órganos¹⁰². A este respecto, y siguiendo con el paralelismo entre donación de órganos y GpS, deben apreciarse dos cuestiones cuando se efectúa el paralelismo. En primer lugar, el impacto físico y los cambios que sufre el cuerpo de una mujer con un embarazo son innegables, aparte de consumir gran parte de su energía vital¹⁰³. Sin embargo, el impacto sobre el cuerpo de una operación para la donación de órganos no es menos magno¹⁰⁴. En segundo lugar, a pesar del

¹⁰⁰ LAMM, E. “Gestación por sustitución; Realidad y Derecho” en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 2012, pág. 5

¹⁰¹ IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La Gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2014, núm. 40, pág. 184.

¹⁰² Así, véase el art. 2 de la Ley 30/1979 de 27 de octubre, de extracción y trasplantes de órganos, que reza: “no se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea **en ningún caso gravosa** para el donante vivo ni para la familia del fallecido.

¹⁰³ En este sentido INGRID BRENA expone de manera magistral la balanza del embarazo, de un lado, la belleza de que en un cuerpo nazca otra vida, y, de otro, los cambios hormonales, físicos y psicológicos, algunos leves como subidas de tensión y otras graves como diabetes gestacional o eclampsia. BRENA, I *Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano* No. 40 Enero – Junio 2014, págs. 139 y 140

¹⁰⁴ En todo el mundo se realizan alrededor de 230 millones de operaciones de cirugía mayor al año, lo que equivale a 1 de cada 25 personas. El número de intervenciones quirúrgicas casi duplica el número de partos, aunque el riesgo que entrañan es mucho mayor. Según sea el entorno, la tasa de complicaciones graves varía entre 3 y 16%, y la tasa de mortalidad entre 0,2 y 10%. En consecuencia, las intervenciones quirúrgicas producen al menos 7 millones de complicaciones incapacitantes y 1 millón de defunciones cada año, y se considera que al menos la mitad de estas complicaciones podría haberse evitado si se apli

impacto sobre la salud que supone la operación para la donación de órganos, se permite, por ley, que las personas den su consentimiento a favor de la operación¹⁰⁵. Con ello, necesariamente se plantea lo siguiente: ¿por qué no va a estar suficientemente preparada una mujer para prestar su consentimiento en obligarse por un contrato de GpS cuando sí puede prestar su consentimiento para donar órganos? A raíz de la pregunta planteada surgen dos planteamientos.

Por una parte, se puede entender que el embarazo es un proceso dilatado en el tiempo y que ello supone una mayor carga y exigencia¹⁰⁶. No obstante, no debe olvidarse que los progresos médicos en el campo de la gestación y en el parto están avanzados de manera que está disminuyendo de manera significativa la peligrosidad¹⁰⁷.

Por otra parte, se puede entender que lo que habilita a la mujer a poder tomar una decisión sobre su cuerpo, tal como consentir una operación quirúrgica para el trasplante de órganos, es su gratuidad. De este modo se entendería que la gratuidad elimina los posibles vicios que sobre el consentimiento pudieran existir¹⁰⁸. A modo de pregunta Socrática se plantea lo siguiente: Si no se pagara un precio, ¿sería moralmente aceptable la GpS?

caran de manera más sistemática las normas básicas de atención tanto en los países ricos como en los pobres. (Fuente Navarra Portal de la Salud:

http://www.navarra.es/home_es/Temas/Portal+de+la+Salud/Profesionales/Planes+y+programas/Programa+de+Seguridad+Quirurgica/ (última visita 30/05/2015)

¹⁰⁵ Art. 4.c) de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos: “*Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, obligado éste también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento.*”

¹⁰⁶ Tanto respecto de la donación de órganos como de la donación de gametos. El cuerpo, en este segundo caso, sobretodo, no sufre alteración o vuelve a su estado natural. Sin embargo, en el caso del embarazo el cuerpo de la mujer padece el impacto del embarazo durante toda su vida.

¹⁰⁷ Los índices de mortalidad materna se han visto reducidos drásticamente en el mundo occidental en los últimos años, pero aun así, la tasa de mortalidad materna en España, aun siendo una de las más bajas del mundo es de 4,67 muertes maternas/ 1.000 nacidxs vivos (Fuente INE, 2012)

¹⁰⁸ KAJSA EKIS EKMAN, en su libro *Being and Being Bought* defiende que la GpS altruista es equiparable a la GpS onerosa, simplemente dos grados distintos de una misma realidad. EKIS EKMAN, K. *Being and Being Bought*. Spinifex, North Melbourne, 2014, pág. 160 y ss. Igualmente, SONIA PAZ en su libro *Los Derechos Huamnos en la Reproducción asistida*, hace hincapié en que nunca existe un contrato verdaderamente gratuito en tanto que lo que realmente se produce es una retribución en especie mediante el pago de todas las necesidades que pueda tener la gestante. PAZ, S. *Los derechos humanos en la reproducción asistida*, Pirámide, Madrid, 2005, pág. 44

La gratuidad de esta modalidad de contrato parece conceder cierto desahogo a la GpS, seguramente por la representación espuria del dinero¹⁰⁹. Aun así, todavía debe preguntarse qué ocurriría si se pagara una cantidad monetaria.

A este respecto sería preciso determinar la naturaleza y calificación del pago que se efectúa. Podría tratarse como un pago compensatorio, en el que el valor monetario estuviera compuesto de acuerdo a los riesgos, tiempo, dedicación, controles cuidados, lucros cesantes e implicaciones afectivas del proceso. En este caso no se desvirtuaría la gratuidad del contrato ni tampoco se estaría efectuando un pago por medio del cual se mercantilizase a un ser humano, porque, simplemente se estarían cubriendo costos en todos los sentidos¹¹⁰. Más controversia y dificultad acarrearía un precio donde no sólo se pagase por los gastos sino por el servicio y el niño en sí; en este caso el contrato devendría oneroso.

Por consiguiente, el pago de un precio no produce, automáticamente, la mercantilización de la mujer. Ahora bien, abogar por un contrato gratuito con compensación económica no supone que no deba crearse, igualmente, por parte del legislador, un proceso legal en el cual se habilitasen todas las garantías que fueran posibles para evitar abusos a situaciones de vulnerabilidad. Este proceso legal, para ser considerado como garantista, debería, como mínimo eliminar a las agencias de la ecuación de la práctica de la GpS. Esto último se requiere en tanto que las agencias, cuyo objetivo constituye la celebración de contratos de GpS, pueden tratar de intervenir en aras de su propio interés económico y no buscar por tanto, un equilibrio entre las partes del contrato, velando por los derechos e intereses de ambas.¹¹¹

Estrechamente unido a la idea de GpS con compensación económica por posibles daños, padecimiento y gastos del embarazo, aparece una línea de debate

¹⁰⁹ “La principal preocupación con respecto al pago se apoya en las bases morales y estéticas la sensibilidad moral se siente ultrajada cuando se entrega dinero a cambio de una función tradicionalmente no comercial e íntima. Aunque se ceden la sangre y el esperma y los mineros, los alteas profesiones y los trabajadores petroquímicos vendan una parte de su salud y vitalidad, algunas personas piensan que está mal que las mujeres cobren por procrear un hijo, de la misma forma que pagar por tener relaciones sexuales u obtener órganos se considera incorrecto”. Véase también: J ROBERTSON, J. A. “Madres Sustitutas: no tan novedosas después de todo”, Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica / coord. por Arleen L. F. Salles, Florencia Luna, 1995, pags 279.

¹¹⁰ MARTÍN CAMACHO, J “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009, disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> (Última visita 30/05/2015)

¹¹¹ BRENA, I. “Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40, 2014, pág. 143

paralela. Se argumenta, y así también lo hace el TS cuando habla de una “ciudadanía censitaria”¹¹², que si se ligara la práctica a la exigencia de un pago, la GpS sería sólo una posibilidad para las personas con alto poder adquisitivo¹¹³. Esto, de hecho, es el innegable panorama en los países en los cuales se permite, actualmente, que existan agencias que comercializan con la GpS. Sin embargo, si se pudiera instaurar un proceso legal, controlado por los poderes públicos, serían estos precisamente los que garantizarían el acceso a estas prácticas a todos los ciudadanos – clase alta, media o baja – mediante las políticas públicas de salud¹¹⁴.

En síntesis, la cosificación o mercantilización de la mujer no es una consecuencia que se derive de manera necesaria y automática de la GpS. Además, ni tan siquiera la instauración de un valor monetario, a modo de compensación económica por padecimiento, daños y gastos en los cuales se hubiera incurrido por el transcurso del embarazo, produce directamente este efecto¹¹⁵. Empero, la GpS, aun gratuita, seguirá necesitando de una cuidada y pulida regulación.

2.3. Vulnerabilidad

La vulnerabilidad de las gestantes es un punto de obligado análisis, tanto en países desarrollados, como en vías de desarrollo, si bien, la argumentación aducida al respecto debe ser contextualizada con referencia a la autonomía de la mujer para tomar decisiones en contextos vacilantes y delicados.

Las preguntas de partida son las siguientes: ¿Es la falta de opciones lo que induce a las mujeres a acudir a la GpS como único modo de lograr satisfacer

¹¹² Tribunal Supremo. Sentencia núm. 835/2013 del 06/02/2014 Thomson Reuters Aranzadi.

¹¹³ Lamm, E “Gestación por sustitución; Realidad y Derecho” en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 2012, pág. 22.

¹¹⁴ MARTÍN CAMACHO, J “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009, disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> (Última visita: 30/05/2015)

¹¹⁵ “Es cierto que a través de la renta de su cuerpo para la maternidad, la mujer obtiene medios y en ello no existe nada reprochable ni que ataque a su dignidad, pero debemos distinguir entre libertad individual, autonomía en sentido pleno del término, y los deseos condicionados por una situación económica, cultural y psicológica”. Véase BRENA, I. “Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40, 2014, pág. 142

determinadas necesidades? ¿Desde una posición de vulnerabilidad se pueden tomar decisiones de manera autónoma y libre?¹¹⁶

Condicionantes como son el analfabetismo, la pobreza o precarias situaciones económicas, la marginación u otros aspectos sociales, acentúan innegablemente la vulnerabilidad de la mujer, pero no tienen por qué suponer necesariamente que una mujer no puede tomar una decisión autónoma¹¹⁷.

En este sentido, a menudo se alega que también existe en nuestra sociedad muchas otras figuras que podrían llegar a considerarse constitutivas de formas de explotación de mujeres y sin embargo se permiten¹¹⁸. En este sentido a menudo se equipara la situación de la GpS a la prostitución. En cuanto a lo expresado hay que hacer dos matizaciones:

En primer lugar, la existencia en nuestra sociedad de otras prácticas con las cuales se explotan a mujeres no supone un presupuesto habilitante para acoger otras figuras que potencialmente exploten a mujeres.

Por ello, de un lado, es necesario que se acoja la GpS por lo que la práctica constituye en sí misma, sin justificarla en otras formas de explotación, porque si no se estaría equiparando la GpS a una forma de explotación, y por tanto se limitaría el debate sobre la misma.

De otro lado, si bien no se puede justificar el acogimiento a nuestro ordenamiento jurídico de la GpS con base a la justificación de que existen muchas formas de explotación de seres humanos en nuestras sociedades, sí proporciona un aliciente para contextualizar la GpS. De esta manera, permite que no se idealice la

¹¹⁶ BRENA, I. “Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40, 2014, pág. 141

¹¹⁷ NOELIA IGAREDA sostiene que no entiende los recelos en admitir que la mujer está consintiendo libremente en ceder de manera altruista el uso de su útero, si existiese un proceso gratuito y altruista, a no ser de que los recelos se relacionasen con 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 las cuestiones relacionadas con su reproducción. En este punto expone un ejemplo paralelo como es el transcurso de tres días hasta a realización del aborto. IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La inmutabilidad del principio ‘mater semper certa est’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución”, en *Universitas. Revista de Filosofía, derecho y política*, núm. 21, 2015, pág. 14-15.

¹¹⁸ En este sentido: IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La inmutabilidad del principio ‘mater semper certa est’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución”, en *Universitas. Revista de Filosofía, derecho y política*, núm. 21, 2015, pág. 14. Y MARTÍN CAMACHO, J “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009, disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> Última visita: 30/05/2015

sociedad contemporánea como el edén de los buenos tratos y respeto a mujeres, ya que, si así fuera, no existiría la pugna por la equidad, ni figuras tan resonadas como la discriminación positiva hacia las mujeres. Todo ello quiere decir que en nuestra sociedad hay un espacio de lucha para que las mujeres decidan qué aceptan y qué rechazan, por lo que la GpS podría entrar dentro de ese marco de lucha y consiguientemente, podría probarse que la GpS no tiene peligro de ser una forma de explotación cuando es implementada correctamente. En otras palabras, no se debe rechazar la GpS *prima facie* como si existiera una sociedad idealizada, además, ese argumento se vuelve contrario a la idea de una mujer como sujeto moral autónomo capaz de decidir por sí misma sobre lo que le concierne¹¹⁹. Consideración que implica el respeto de dicha capacidad de la mujer para adoptar libremente sus decisiones conforme a sus propias convicciones, siempre que no afecte a los intereses de otros sujetos¹²⁰, dándose prioridad a la apreciación personal del propio interés, con exclusión de ideas generales de bienestar que puedan ser impuestas por terceros¹²¹.

En segundo lugar, no se puede equiparar la GpS a la prostitución. Por dos razones principales. Por una parte, la prostitución se erige como profesión y como tal supone la realización continuada de una actividad¹²² con el fin de recibir una

¹¹⁹ J. S. MILL diría a este respecto que: “En la parte que le concierne meramente a él, –a cada individuo–, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”. Este autor defiende la idea de la autonomía como autodeterminación personal, como el derecho que tiene un individuo a buscar su propio bien, por su camino propio, en tanto no prive a los demás del suyo o les impida esforzarse por conseguirlo. Estima que “cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual”, *Sobre la libertad*, prólogo de Isaiah Berlin, trad. por Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza Editorial, 1970, págs. 66 y 69.

¹²⁰ Como manifiesta A. M. MARCOS DEL CANO, la autonomía expresa “la capacidad del individuo para configurar su vida del modo que él crea conveniente atendiendo a sus planes, a su escala de valores y a las circunstancias en que su vida se desarrolle”, en *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 1999, págs. 111 y 112.

¹²¹ Para C. S. NINO el principio de autonomía de la persona prescribe que: “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no deben interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”, en *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, pág. 204. También J. S. MILL incluye, entre los aspectos que comprende la libertad humana, aquel que se refiere a la libertad “en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos”. *Sobre la libertad*, prólogo de Isaiah Berlin, trad. por Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza Editorial, 1970, págs. 68 y 69. Desde una perspectiva liberal, la autonomía personal implica, esencialmente, no interferir acciones libres del sujeto que no dañan a terceros.

¹²² La OIT define trabajo como “el **conjunto de actividades humanas**, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos”.

contraprestación económica, estable y duradera en el tiempo. La GpS no es una actividad laboral, en tanto que no se configura como un conjunto de actividades humanas, sino como un acto aislado, perfectamente determinado en el tiempo. Igualmente, las motivaciones que empujan a una mujer a ser gestante no tienen por qué ser exclusivamente pecuniarias¹²³, y por ende, no tiene por qué convertirse en su medio de sustento¹²⁴.

Por otra parte, la prostitución conlleva o entraña, al menos en el momento presente, unas connotaciones distintas a la de la GpS. La prostitución se perfila en el momento presente como una relación de poder de un hombre hacia una mujer¹²⁵; tal y como se concibe hoy en día supone una violencia contra las mujeres¹²⁶. Ello se debe en gran medida a que los hombres, como grupo social o “género” han tenido el poder sobre las mujeres, tanto a nivel político, como económico, pasando por el simbólico. Es verdad que desde hace un tiempo se está difuminando la línea entre trabajos de chicas y de chicos. De este modo, las mujeres han accedido a numerosos estudios, trabajos y actividades, tradicionalmente masculinos, y, por su parte, los hombres, participan en tareas propias de la casa – limpian, cocinan, comparten el cuidado de los niños y ancianos, etc. –. Por tanto, la imagen simbólica del hombre y de la mujer, comienza a ceder a favor de la auto-determinación de la imagen propia, sin razón de “género” o “sexo”. No obstante, los trabajos que implican una cierta “autonomía sexual” sufren un proceso de reinención más paulatino. Es verdad que ahora también hay modelos varones que venden su imagen desnuda en anuncios, o que son gigolós, o incluso actores pornográficos, pero, sin embargo, no parece que se haya producido una

¹²³ Un ejemplo es una mujer India entrevistada por la BBC que afirmó que aceptó la GpS por el dinero ya que lo necesitaba para operar a su hijo que tenía un problema de corazón. De este modo aunque el principal interés era lograr dinero, tenía una ulterior motivación. La dificultad está precisamente en decidir si eso ha constituido una decisión autónoma o viciada por el dinero. *Mother for nine months BBC* : http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/7202043.stm (Última visita 30/05/2015)

¹²⁴ Ahora bien, el dinero recibido, por ejemplo, por mujeres Indias, puede ser el equivalente al salario de 10 años. VORA, K “Indian transnational surrogacy and the disaggregation of mothering work” en *Anthropology News*, núm. Febrero, 2009, pág. 9 y ss.

¹²⁵ Hay autoras como PETRA ÖSTERGEN que define prostitución como una actividad que proporciona ingresos para personas de todos los sexos. Por el contrario CAROL PATEMAN, critica ese postulado defendiendo que aunque teóricamente pueda configurarse así, la realidad dista mucho de ello, pues hoy por hoy, prostitución significa vender mujeres a hombres. Las palabras de ÖSTERGEN, P. han sido tomadas del libro EKIS EKMAN, K. *Being and Being Bought*. Spinifex, North Melbourne, 2014, pág. 5. PATEMAN, C. *The Sexual Contract*. Stanford University Press, Palo Alto, 2988, pág. 192. También es recomendable la lectura de ÖSTERGEN, P. “Sex workers critique of swedish prostitution policy”, disponible en: <http://www.petraostergren.com/upl/files/115326.pdf> (Última visita 30/05/2015)

¹²⁶ DE MIGUEL ÁLVAREZ, A. “La prostitución de mujeres, una escuela de desigualdad humana”, en *Dilemata*, núm 16, 2014, pág 15.

reconceptualización total de la imagen de la mujer en relación a su autonomía sexual y a la referente al hombre. En general ello ocurre porque sigue latiendo la idea de que la virginidad es sólo válida para las mujeres en contraposición a que la promiscuidad supone valor de virilidad y admiración en los hombres además de identificarse la sexualidad con el placer masculino¹²⁷.

Por todo ello, la prostitución se perfila como la inferioridad de la mujer frente al hombre, el cuerpo de la mujer es un objeto y ella es el objeto del contrato, una cosa en la relación. Por contraste, con respecto a la GpS, se ha mencionado que la gestante, en sociedades desarrolladas, con una regulación garantista – como la de EEUU – no es víctima de un trato vejatorio. Además, en la GpS no es necesario que exista el pago de un valor monetario, ni que sean necesariamente hombres quienes formulen el contrato.

En suma, por una parte, la GpS no debe ser equiparada a un trabajo, ni debe introducirse en el ordenamiento jurídico con el pretexto de la existencia de otras formas de explotación de mujeres, sino que debe ser acogida en el ordenamiento por lo que la figura constituye en sí misma. Por otra parte, no se trata tanto de analizar las circunstancias objetivas de vulnerabilidad sino la capacidad decisoria de las mujeres en relación y de acuerdo con las circunstancias sociales en las cuales de halla la gestante. De este modo a continuación se analizará la capacidad de consentir de las mujeres.

2.4. Capacidad de Consentir de las mujeres

Cuando se habla de la capacidad de consentir de las mujeres se habla de la autonomía y madurez que poseen las mujeres para tomar una decisión racional y responsable. Por ende, cuando se habla de la capacidad de consentir hay que analizar los términos de: autonomía, madurez, racionabilidad y responsabilidad.

De nuevo en este apartado, es muy importante tener presente que la capacidad de consentir de una mujer como principio preeminente en esta materia. De este modo, no se puede hacer una división lineal entre mujeres de países pobres y por tanto analfabetas, y mujeres de países desarrollados y por tanto perfectamente informadas y formadas. Es preciso atender a la mujer como sujeto individual.

¹²⁷ DE MIGUEL ÁLVAREZ, A. “La prostitución de mujeres, una escuela de desigualdad humana”, en *Dilemata*, núm 16, 2014, pág 15.

2.4.1. Autonomía

Una de las razones aducidas por los desacordes con la GpS es que la prohibición actual protege a la mujer frente a las posibles consecuencias que pudieran derivar de su decisión; consecuencias como una lesión a su dignidad y un atentado contra su integridad por entregar su capacidad gestacional, que, al juicio de los discordes, es lo que la distingue como mujer, y que todo ello podría llegar a la negación de sí misma como persona¹²⁸.

Sin embargo, considero que la mujer tiene autonomía para decidir sobre la eficacia de su propia conducta en orden a determinar el rumbo de los acontecimientos de su vida.

La argumentación basada en la preeminencia del principio de autonomía en esta materia se sustenta, entre otros fundamentos, en el de afirmar la prioridad de la apreciación personal del propio interés¹²⁹, considerándose valioso la capacidad del individuo para guiar su vida por medio de su reflexión crítica¹³⁰. Esto es, valorándose que la persona pueda desenvolverse como agente moral autónomo mediante la

¹²⁸ ANDORNO defiende que la mujer se convierte en herramienta de producción porque entrega lo más íntimo de su ser, que es lo que la distingue como mujer, llegando a negarse como persona. ANDORNO, R. *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 141 - 144 y SOUTOS GALVÁN, B. “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, en *Foro, nueva época*, núm. 1, 2015, pág. 290.

¹²⁹ “Su voluntaria elección es garantía bastante de que lo que elige es deseable, o cuando menos soportable para él, y su beneficio está, en general, mejor asegurado, dejándole procurarse sus propios medios para conseguirlo”, MILL, J. S. *Sobre la libertad*, prólogo de ISAIAH BERLIN, trad. por PABLO DE AZCÁRATE, Madrid, Alianza Editorial, 1970, págs. 66 y 69.

¹³⁰ “Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, (...) Quiero ser el instrumento de mí mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres. (...) Quiero ser alguien, no nadie; quiero actuar, decidir, no que decidan por mí; dirigirme a mí mismo... Sobre todo, quiero ser consciente de mí mismo como ser activo que piensa y que quiere, que tiene responsabilidad de sus propias decisiones y que es capaz de explicarlas en función de sus propias ideas y propósitos” BERLIN I. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, págs. 201 y 202. Se considera que a las propias convicciones y preferencias individuales se adecuan mejor las decisiones tomadas por la persona que ejercita autónomamente su voluntad. Además de este valor instrumental SCANLON señala el valor “demostrativo” de las decisiones -ya que mediante el ejercicio de la autonomía uno puede ver reflejados ciertos rasgos de nuestra propia persona manifestados en las acciones y consecuencias- y un valor “simbólico” -que implica la pretensión de tomar nosotros mismos ciertas decisiones porque no hacerlo significaría no satisfacer las expectativas que otros o nosotros mismos tenemos respecto de nuestra propia competencia. ROSENKRANTZ añade un valor “constitutivo” para referirse a la idea de que: uno es de la clase de ser que quiere no sólo para realizar una determinada concepción del bien -con arreglo a la cual llevar adelante un plan de vida determinado-, sino que además quiere realizarla por medio de sus propias decisiones. C. F. ROSENKRANTZ, “El valor de la autonomía”, en AAVV, *La autonomía personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, núm. 37, 1992, págs 18-20, las referencias a SCANLON son tomadas de este artículo.

autoimposición de normas por las que dirigirse¹³¹. Pero reconocer la capacidad de una “voluntad autolegisladora” implica tomar en consideración aquellas decisiones que, sin hacer abstracción del propio sentido de la responsabilidad y de la solidaridad para con otros, sean racionalmente adoptadas¹³²; que respondan, al menos, a unos mínimos de madurez personal.

Antes de hacer una valoración de las consideraciones expuestas, es preciso, primeramente, partir de un estrato superior, que es la igualdad entre un hombre y una mujer. La igualdad entre el hombre y la mujer estaría consagrada en los artículos 1, 9.2 y 14 de la Constitución Española. Ello supone que el legislador entiende, que independientemente del sexo, hombre y mujer pueden actuar como agentes morales autónomos capaces de tomar por sí mismos las decisiones que les conciernen.

Por ello, no es comprensible que al hombre no se le prohíba tomar decisiones respecto de su capacidad reproductiva, pero sí se limite a la mujer respecto de su capacidad gestacional en la GpS.

Hay diversas prácticas, a las cuales se ha hecho referencia análoga en el presente trabajo – donación de órganos o de gametos –, en las cuales sí se permite que participen mujeres, porque estas se hallan en idéntica situación de hecho que los hombres, de modo, que no permitirles participar en estas actividades supondría incurrir en una flagrante discriminación.

En esta línea, se es consciente de que si se habla de GpS necesariamente se está hablando de un embarazo, condición imposibilitada para los hombres y es esto, precisamente, lo que hace que esta figura sea tan polémica. A este respecto, se quiere recordar que las diferencias de cada sujeto – como puede ser la capacidad de las mujeres de quedarse embarazadas frente a la imposibilidad de los hombres – son precisamente

¹³¹ Según la doctrina de KANT, -donde aparece desarrollada la idea de la libertad inseparablemente ligada al orden moral, y muy especialmente a la *autonomía de la voluntad*-, no habrá libertad si la voluntad no es autónoma. Considera, en este sentido, que la voluntad tiene que ser autolegisladora; defiende la idea de la voluntad de todo ser racional como universalmente legisladora. En suma, para KANT la autonomía como la capacidad de la personas de poder decidir sobre su conducta, dándose poder para ello, gracias al ejercicio de su voluntad vinculada a la razón. KANT, I. *Crítica de la razón práctica*, Teorema IV, V, 33, edición y traducción de Roberto R. Aramayo, Madrid, Alianza Editorial, 2000, págs. 101 y 102.

¹³² “(...) la autonomía que se propone como criterio fundamentador no es aquella que se identifica sin más con los deseos del agente, sino que éstos deberán pasar por el “tamiz” o “filtro” de la racionalidad”, véase A. M. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pág. 181.

aquellas diferencias que deben ser tuteladas respetadas y garantizadas si se quiere consumir una igualdad efectiva¹³³ y respetar la dignidad de las mujeres sin incurrir en discriminación.

En efecto, la retirada del permiso a una mujer para prestar su consentimiento en obligarse por un contrato de GpS, aun persiguiendo la hipotética finalidad de protegerla, no hace sino acentuar los estereotipos típicos de la mujer referentes a la “imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres, y a la inevitabilidad de su destino biológico”¹³⁴. Esto ocurre en tanto que, retirar la capacidad de consentir de la mujer, como si no tuviera autonomía, ni razón suficiente para autodefinirse sería adoptar una posición paternalista que subestima la capacidad de consentir de las mujeres¹³⁵, estigmatizándolas y aumentando los recelos hacia la plena capacidad de obrar de las mujeres¹³⁶. Inversamente, reconociendo la autonomía de la mujer en casos de GpS, supone que las mujeres, como artífices de su propia vida, se vuelven dueñas de su cuerpo para poder decidir sobre él¹³⁷.

Por tanto, se trata de ejercer la voluntad de uno mismo, vinculada a la razón, y sin perjudicar ni limitar a terceros agentes; lo cual pueden realizar las mujeres.

¹³³ PRESNO LINERA, M. Y JIMÉNEZ BLANCO, P. “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pág. 9

¹³⁴ FARNOS, E. “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. Enero, 2010, pág. 6

¹³⁵ Lamm, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pág. 238.

¹³⁶ IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La inmutabilidad del principio ‘mater semper certa est’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución”, en *Universitas. Revista de Filosofía, derecho y política*, núm. 21, 2015, pág. 15.

¹³⁷ En opinión de algunos autores la autonomía individual es concebida, precisamente, como “la posibilidad de adopción de decisiones racionales no constreñidas”. Véase MARTÍN MATEO, *Bioética y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, págs. 71 y 72. En este sentido, son varios los autores que consideran que la autonomía podrá o no ejercerse plenamente según la madurez de las facultades que posea el ser humano. Por ejemplo, S. LUKES expresa que la capacidad humana de formularse intenciones y propósitos, de conocer la existencia de diversas alternativas y optar entre ellas, de controlar la conducta propia mediante la comparación de las fuerzas que la determinan, tanto interna como externamente, no es ejercida por todos en igual grado, en *El individualismo*, trad. por José Luis Álvarez, Barcelona, Ediciones Península, 1975, págs. 161 y 162. Véase también, C. S. NINO, “La autonomía constitucional”, en AAVV, *La autonomía personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, núm. 37, 1992, pág. 38, donde pone de manifiesto que la autonomía es una propiedad *gradual*; “Se es más o menos autónomo según la presencia o ausencia de condiciones que permiten la elección y materialización de valoraciones”. También se recomienda la lectura de BRENA, I. “Maternidad subrogada”, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, pág. 1074.

Asimismo, esta decisión autónoma es una de carácter personalísimo¹³⁸, de manera que en principio, el Derecho no podría coartar el derecho a la autodeterminación¹³⁹, en este caso entendida en sentido físico, vinculado al derecho de la reproducción. Sólo podría producirse la limitación de esta autonomía en caso de que no concurrieran con los factores que determinan la capacidad para tomar decisiones autónomas¹⁴⁰. Entre dichos factores, la persona ha de contar con ciertas facultades que le permitan el ejercicio de una reflexión crítica sobre sus deseos e interés, es decir, poseer la habilidad mental para formar intenciones y planificar su concreción. Además de la elección o acción intencional, es necesario que el sujeto esté en condiciones de entender y valorar el significado y las consecuencias de sus actos, con el fin de asumir la responsabilidad sobre ellos. Para ello, es necesario que la persona esté libre de vicios en la formación o manifestación de la voluntad, lo que sólo es posible si la persona tiene una clara

¹³⁸ CORRAL GARCÍA, E. “El derecho a la reproducción humana ¿debe permitirse la maternidad subrogada? En *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38, 2013, pág. 49. E IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La Gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2014, núm. 40, pág. 189

¹³⁹ A este respecto KLETNICKI hace una interesante valoración: “tras avanzar con estas consideraciones, es imperioso profundizar el análisis de la intersección entre el terreno jurídico y la dimensión subjetiva, ya que así como la sanción de leyes produce un ordenamiento legal determinado, que orienta sobre las prácticas permitidas y la prohibidas hace aparición un más allá de lo que la ley reglamenta, en tanto se hace evidente la insuficiencia de dicho campo para regular lo relativo al deseo y, en su conjunto lo atinente al territorio de la subjetividad. No se trata, en esta perspectiva, de la carencia de una legislación específica, de un agujero legislativo subsanable con la sanción de nuevas leyes o el mejoramiento de las existentes, sino de aquello que por su propia estructura no admite el marco de la regulación jurídica como ordenador. Se verifica de este modo la aparición de una tensión continua entre lo que las leyes se proponen ordenar y lo imposible de legislar.” KLETNICKI, A. & ALFANO, A. “Las tecnologías de Reproducción Humana Asistida y el tratamiento de sus excesos. Paternidad/Maternidad de embriones supernumerarios”, en *Memorias del IV Congreso Internacional de Investigación y Práctica profesional en Psicología*, Buenos Aires, Facultad de Psicología, UBA, 2012, Tomo 4.

¹⁴⁰ ENGELHARDT, H. T., *Los fundamentos de la bioética*, trad. (de la 2.ª ed. en inglés) ISIDRO ARIAS, GONZALO HERNÁNDEZ Y OLGA DOMÍNGUEZ, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1995, págs.330 y ss. Véase también, BEAUCHAMP, T. L., Y CHILDRESS, J. F., *Principios de Ética Biomédica*, trad. (de la 4.ª ed. en inglés), TERESA GRACIA GARCÍA-MIGUEL, F. JAVIER JÚDEZ GUTIÉRREZ Y LIDIA FEITO GRANDE, Barcelona, Masson, 1998, pág. 116, donde estos autores señalan que la decisión de una determinada persona es autónoma si procede de los valores y creencias propios de la misma, se basa en una información y comprensión adecuadas y no viene impuesta por coacciones externas, esto es, cuando reúne tres condiciones: intencionalidad, conocimiento y ausencia de control externo. De estas tres condiciones del acto autónomo sólo la intencionalidad no admite gradaciones; es decir, una acción para ser autónoma deber ser realizada con intención, y ésta se tiene o no se tiene, pues no existe una intención a medias. Las otras dos condiciones sí admiten grados, ya que se puede tener más o menos entendimiento o libertad a la hora de realizar cualquier acción, de forma que, para que un acto sea autónomo, basta tener un grado substancial de entendimiento. Desde el punto de vista del conocimiento, éste debe ser adecuado. Esto es, se puede afirmar que una acción es comprendida cuando somos capaces de entender su naturaleza y, además, prever sus consecuencias. En lo que a la ausencia de control externo se refiere, podemos considerar la existencia de grados, esencialmente tres: la coerción, la manipulación y la persuasión. A esta tercera condición GRACIA, D añade la capacidad de autocontrol o control interno (inexistente, por ejemplo, en un neurótico compulsivo), en *Fundamentos de Bioética*, Madrid, Eudema, 1989, pág. 185.

representación del alcance del ato o actos sobre los que va a consentir, y ello sólo se logrará si está debidamente afirmado. Cuando estos deseos de intencionalidad se vayan a concretar mediante la ejecución del consentimiento, es necesario que no exista control externo, lo cual supone que no haya coerción, manipulación ni persuasión de terceros¹⁴¹.

2.4.2. Madurez y racionalidad para tomar la decisión de vincularse por un contrato de GpS.

En general, la mayor parte de la doctrina estima que la validez del consentimiento dependerá de que la persona tenga capacidad natural de juicio y de discernimiento que le permita conocer el alcance del acto al que se va a someter, y decidir en consecuencia¹⁴²; esto es, que le permita comprender y valorar el significado y las consecuencias del acto sobre el que va a consentir¹⁴³. Así, dicha capacidad para decidir por sí mismo puede concebirse como la aptitud cognoscitiva del sujeto afectado para comprender la información y para poder elegir autónoma y racionalmente lo conveniente a sus intereses.

La información, en la GpS, adquiere una relevancia central si se tiene en cuenta que un embarazo, aun constituyendo un acto sublime por el que un cuerpo da luz a otro

¹⁴¹ La manipulación supone un ejercicio abusivo del poder. La manipulación implica la fabricación de impresiones de la realidad por el manipulador. De este modo, se describe una situación dirigida a los actores, es decir, quienes van a prestar su consentimiento. Dicha descripción supone que la imagen de la proyección del cuadro futuro de la situación y sus consecuencias, son artificiales y falsas, y nunca corresponderán con los verdaderos resultados de las acciones. Sin embargo, no porque sea falaz la imagen proyectada con base a una falsa realidad “ex ante”, dejan de ser reales las consecuencias resultantes de la acción. La creación de la realidad virtual por parte del manipulador trata de reducir a los actores a sujetos ingenuos, crédulos y moldeables, que no ofrecen resistencia, de tal suerte que el manipulador no tiene que recurrir al uso manifiesto de la fuerza, ni a la coacción ni tampoco otros medios de presión.

La coerción ocurre si una de las partes, intencional y exitosamente influencia a otra mediante una amenaza lo suficientemente real y creíble que haga entender a la otra persona que va a sufrir un daño tan severo que la persona coaccionada es incapaz de no seguir las ordenes de quien ejerce la coerción.

La persuasión refiere a la influencia mediante la apelación a la razón, se apela al raciocinio de la persona para que ella crea que acepta “libremente” las “opciones” propuestas por el persuasor como propias.

FADEN, RUTH & BEAUCHAMP, “A history and theory of informed consent”, Oxford University Press, Nueva York, 1986, págs. 237 y ss.

¹⁴² BARREIRO, A. J., “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, pág. 23: “La eficacia del consentimiento del paciente dependerá de que se trate de un acto verdadero de autodeterminación, es decir, que sea expresión de la libertad de decisión individual”.

¹⁴³ En términos generales, el requisito de la capacidad puede entenderse como la posibilidad de expresión de la voluntad, previa comprensión de dicho acto y de sus consecuencias sobre su vida y salud, con plena facultad para valorar los pros y los contras del mismo.

cuerpo¹⁴⁴, no entraña pocos riesgos. Riesgos baladíos como pueden ser problemas de tensión hasta problemas de gran importancia, como una diabetes gestacional o placenta previa o desprendimiento de la misma. Igualmente, el embarazo supone que las mujeres deben abstenerse de realizar algunas actividades – fumar, beber, en ocasiones no mantener relaciones sexuales, no realizar deportes de alto riesgo, no tomar determinados medicamentos, no comer determinados alimentos, etc. – e incorporar otros hábitos de vida saludable – como son beber agua, realizar algunas actividades deportivas, comer saludable, etc. –. Todo ello, sin pasar por alto el deterioro que sufrirá su cuerpo. Igualmente importante es asesorar y apoyar a la gestante en cualquier aspecto psicológico que pudiera angustiarle¹⁴⁵. En atención a los padecimientos psicológicos que puede experimentar la gestante en atención a la separación con el menor, se deben hacer unas matizaciones.

Es recurrente que cuando se habla de padecimientos o dolor de la gestante en la GpS se alegue el quiebre del vínculo materno-filial. Este vínculo materno-filial debe ser correctamente estudiado para determinar las diferentes variables que pueden afectar emocional y psicológicamente, y que típicamente se engloban bajo la rúbrica de “vínculo materno-filial”. De este modo, cuando se habla del vínculo materno-filial hay que tener en cuenta que este tiene un componente biológico – entendiendo biológico como el aporte de vida a un sujeto independientemente del vínculo genético – y el vínculo genético – entendido como el aporte del linaje genético –. Es importante establecer esta dicotomía puesto que el dolor que pueda aflorar en la gestante por la separación con el menor, suele tener su razón en el vínculo genético que poseía con el menor. Ello es entendible, porque la gestante siente que el menor es parte suya. Por ello, se suele afirmar que el vínculo materno-filial es más un vínculo genético que no psicológico¹⁴⁶. Consecuentemente, y dado que se puede realizar una GpS en donde la gestante no aporta material genético, parece que en principio no debería haber grandes

¹⁴⁴ Ello puede cumplirse en sentido físico. Así, puede suceder que una mujer gestante, que no ha aportado su material genético, de vida a otro cuerpo sin llegar a sentirlo como parte de su cuerpo. Por ejemplo, una mujer india afirmaba en una entrevista que “dio a luz a niño blanco y americano”.

¹⁴⁵ BRENA, I. “Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano* Núm. 40, 2014, págs. 139-140

¹⁴⁶ MARTÍN CAMACHO, J. “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009, disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

problemas en cuanto al dolor que padece la gestante al separarse del menor, en tanto que no lo siente como suyo.

Distinto, y por tanto, no debe confundirse, es el posible dolor que puede sentir la gestante al separarse del menor, no el vínculo materno-filial, sino por la sensación de abandono que puede experimentar. Típicamente, durante el embarazo de la gestante se crean unos lazos fuertes entre ésta y los comitentes. Este es un vínculo que se empobrece con el nacimiento del menor, puesto que los comitentes hacen una vida familiar con el menor, de la cual la gestante queda fuera. De cualquier modo, la sensación de abandono, u otros sentimientos y emociones semejantes, dependen en gran medida de la personalidad de la gestante y por ello, no se puede generalizar.

Se quisiera resaltar que es curioso que los disconformes con la legalización de la GpS aleguen la ruptura del vínculo materno-filial como un perjuicio, consiguientemente, una barrera a la legalización de la GpS, cuando, muchos de los mismos abogan por el fomento de la adopción. Al respecto se plantea la siguiente pregunta: ¿Acaso no sufre más la mujer que tiene que dar en adopción a su propio hijo, nacido quizá de una relación de amor, por no poder mantenerlo, que una gestante que sabe que va a dar al hijo cuando el embarazo llegue a término?¹⁴⁷ A más, si se regula una GpS en la que la gestante no aporta material genético, el posible dolor de la gestante al separarse del hijo se vería disminuido; al no existir vínculo genético, la gestante no sentiría como propio al menor, como parte de sí misma y por tanto, el lazo maternal y afectivo se vería minorado.

Íntimamente vinculado con la madurez y la racionalidad en la decisión de someterse a un contrato de GpS está el retrato tradicional de la gestante involucrada en una GpS. La descripción que se suele hacer de la gestante es aquella de una mujer económicamente desesperada, egoísta, peculiar y en ocasiones mentalmente perturbada¹⁴⁸. Esto se debe en gran medida al poder simbólico o cultural que impera en la sociedad; es el poder de las ideas, del pensamiento, de la cultura, conformada por los

¹⁴⁷ ELLY TEMAN habla de “Birthmother vs. Surrogate Mother” que viene a ser madre genética que da en adopción al menor, frente a las gestantes, como madres biológicas y compara las dolencias de una y otra. TEMAN, E. “The Social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood”, en *Social Science & Medicine*, núm. 67, 2008, pág. 1008 y ss. “BIRTHMOTHER vs. SURROGATE MOTHER”

¹⁴⁸ TEMAN, E. “The Social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood”, en *Social Science & Medicine*, núm. 67, 2008, pág. 1005.

medios de divulgación¹⁴⁹, y que actúa casi como guía a nuestras normas morales, enseñándonos qué podemos aceptar y qué debemos condenar¹⁵⁰.

Este retrato típico hace que la sociedad piense que las gestantes no pueden entender las consecuencias de su decisión dado que su razón está nublada por supuestos daños morales pasados, perturbaciones mentales, por su personalidad o situación económica.

Por ello es necesario re-describir y representar a la gestante nuevamente con base en estudios de psicología y antropología. Estos estudios revelan que las gestantes tiene una personalidad “normal”¹⁵¹, reuniendo los rasgos de personalidad típicos de la sociedad¹⁵², perfilándose como mujeres inteligentes, astutas y estables¹⁵³. En cuanto a su aspecto maternal, se llega a la conclusión de que son madres “normales”, como cualesquiera otras¹⁵⁴.

¹⁴⁹ ELLY TEMAN hace hincapié en los medios de comunicación y en varios estudios, que a pesar de ver que las gestantes son “normales” según el código imperante en la sociedad, entrevistó cómo los propios directores de los estudios emplean palabras que sugieren tintes despectivos y condicionantes hacia una visión peyorativa de las mujeres gestantes. Teman, E. “The Social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood”, en *Social Science & Medicine*, núm. 67, 2008, pág. 1104 y ss.

¹⁵⁰ DE MIGUEL ÁLVAREZ, A. “La prostitución de mujeres, una escuela de desigualdad humana”, en *Dilemata*, núm 16, 2014, pág 11.

¹⁵¹ Gran número de estudios psicológicos y antropológicos que analizan el perfil y personalidad de “mujer gestante” – casi como si fuera un espécimen peculiar – las describen en términos de normalidad o anormalidad. Ello, sin duda, hace preguntarse qué es normal, ¿hay acaso en la sociedad un patrón de normalidad al cual deben aspirar y amoldarse los sujetos si quieren ser considerados como sujetos “normales”? Ciertamente, el término “normal” es vago y además, puede resultar como arma de discriminación arbitraria. A pesar de ello, seguramente en estos estudios se emplea el término “normal” aludiendo y tomando como referente a las mujeres que bajo ningún concepto consentirían ser gestantes y que respetan la naturalidad y tradicionalidad de la maternidad, es decir, comparan con aquellas que consideran que representan lo que venía siendo el ideal de la maternidad perfecta. TEMAN, E. “The Social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood”, en *Social Science & Medicine*, núm. 67, 2008.

¹⁵² KLEINPETER, C. H., & HOHMAN, M. M., “Surrogate motherhood: personality traits and satisfaction with service providers”, en *Psychological Reports*, núm 87, 2000, parte 1.

¹⁵³ EINWOHNER, J. “Who becomes a surrogate: personality characteristic” en J. Offerman – Zuckerberg (Ed.), *Gender in transition: A new frontier*, Plenum Mediacl Book Company, New York and London, 1989.

¹⁵⁴ AIGEN, B. *Motivations of surrogate mothers: Parenthood, altruism and self-actualization*. The American Surrogacy Center, Inc. <http://www.surrogacy.com/psychres/article/motivat.html> (Última visita 30/05/2015)

Por ende, se desvirtúa el mito de las gestantes como mujeres en desesperación económica, necesitadas de ayuda psicológica, que quieran reparar un daño moral de su vida, o tengan una personalidad “anormal”¹⁵⁵

Recapitulando e integrando todo este apartado, se concluye afirmando que es necesario comprobar que la gestante tiene madurez y racionalidad suficiente para conocer las consecuencias de su decisión. Será necesario comprobar que tiene unas facultades de capacidad natural de juicio y de discernimiento que le permita conocer el alcance del acto al que se va a someter. No debe olvidarse que la madurez y la razonabilidad nunca podrán demostrarse si la gestante no recibe información suficiente. Por ello, para preservar el derecho a la integridad física, sería necesario siempre que la gestante prestara un consentimiento informado¹⁵⁶, por medio del cual quedaría acreditado que entiende el alcance de la actuación que va a realizar y las consecuencias que de ella derivan¹⁵⁷. Es precisamente esto en lo que consiste una elección responsable.

Ciertamente, la ausencia de información y por tanto la posible inconsciencia de la gestante sobre el impacto de un embarazo, y los notorias molestias durante el mismo, así como los patentes deterioros que sufre el cuerpo de la gestante como consecuencia del mismo, pueden constituir razones de fundamento que impidan a una mujer prestar su consentimiento en obligar por un contrato de GpS¹⁵⁸.

¹⁵⁵ TEMAN, E. “The Social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood”, en *Social Science & Medicine*, núm. 67, 2008, pág. 1007 y ss.

¹⁵⁶ El consentimiento informado responde, entre otras, a la necesidad de respetar la dignidad del paciente como persona. La tarea del profesional no consiste en procurar el mayor beneficio posible como él lo pueda entender, sino se trata de ayudar al paciente a descubrir y decidir qué es lo que le parece más beneficioso para sí mismo. Por tanto el rol del profesional se aleja del modelo paternalista y se trata de que el paciente decida de manera autónoma qué es lo que quiere según su identidad. ANDORNO, R. “Principios bioéticos, dignidad y autonomía” en <http://agusvinnus.prodiversitas.org/libros/bioetica/Andorno.pdf>. Última vez consultado 30/05/15. Se recomienda lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de Marzo sobre consentimiento informado.

¹⁵⁷ GARCÍA AMEZ, J. “Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España.” *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40, 2014, pág. 152

¹⁵⁸ Hay quienes defienden que sería necesario que la gestante tuviera, al menos, un hijo propio. Así lo exigen la legislación rusa y ucraniana. Por contrario, la legislación mejicana brasileña ni canadiense guardan silencio en este aspecto. El requisito relativo a que la mujer gestante haya tenido previamente, al menos, un hijo se expone como medida para suavizar el dolor de la madre portadora al separarse del bebé en su nacimiento. Se defiende como un presupuesto de exigencia lógico, en tanto que no se sabe si una persona puede tener o no hijos y porque sería absurdo llevar a cabo la práctica con hijos no sanos. Sin embargo, disiento de esta postura ya que, de un lado, la autonomía de la mujer para tomar una decisión no depende de la existencia previa de hijos, máxime cuando no hay dos embarazos iguales, pudiéndose

2.4.3. Por tanto, ¿se puede afirmar que las mujeres pueden tomar decisiones autónomas y maduras, de acuerdo a una racionalidad y responsabilidad, aun cuando se hallen en situaciones de vulnerabilidad?

En primer lugar, es notorio que condicionantes como son el analfabetismo, la pobreza o las situaciones económicas inciden en la toma de decisión por parte de una mujer¹⁵⁹. Sin embargo, esto no debe llevarnos hacia una solución que rechace la GpS con fundamento en que las mujeres no tienen capacidad de obrar suficiente en estas situaciones de vulnerabilidad.

En segundo lugar, se defiende que una mujer es autónoma en tanto que tenga facultades para realizar un proceso interno de reflexión sobre sus deseos e intencionalidades, contextualizándolos con cuanta información sea precisa en orden a conocer el alcance de su actuación y comprender las consecuencias derivadas de su decisión y, todo ello será válido siempre que, cuando se exteriorice y se ejecute dicha voluntad, no esté sometida a control. Es por esta razón necesario proceder a una legalización de la GpS en el marco de proceso que reúna cuantas condiciones garantistas sean necesarias¹⁶⁰.

Consiguientemente, si una mujer cumple con todos los factores anteriormente mencionados se afirma que puede auto-regirse por su propia ley universal – será universal en tanto que no perjudique a terceros ni tampoco a la gestante misma – puesto que se encuentran en una posición privilegiada respecto a sí¹⁶¹.

En tercer lugar, se entiende que no se debe analizar las circunstancias objetivas de vulnerabilidad sino la incidencia que tienen las circunstancias sociales, familiares,

desarrollar cada embarazo de manera distinta. Por ello, un aporte suficiente de información unido a la disponibilidad de información pública – internet, libros en bibliotecas – de la que pueden servirse la gestante si quisieran más información, se entiende suficiente como para que puedan tomar una decisión autónoma, racional, madura y responsable. Por otra parte, los problemas alegados respecto de la infertilidad y de las posibles enfermedades genéticas que pudieran derivarse a los hijos, no tienen sentido desde el momento en el cual se pueden realizar análisis y comprobaciones varias para conocer el estado de la gestante, especialmente si se tiene en cuenta que en el presente que se aboga por una legalización de la GpS en el marco de un proceso legal garantista monitorizado de cerca para evitar abusos.

¹⁵⁹ Dichos factores incidirían realmente en cualquier ser humano, con independencia del sexo. BRENA, I. “Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* Núm. 40, 2014, pág. 142

¹⁶⁰ BRENA, I. “Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?”, *en Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40, 2014, pág. 143

¹⁶¹ KANT, I. *Crítica de la razón práctica*, Teorema IV, V, 33, edición y traducción de Roberto R. Aramayo, Madrid, Alianza Editorial, 2000.

ambientales y personales en las cuales se halle gestante en relación a la capacidad decisoria de la misma; recuérdese que cada mujer es distinta y no los mismos factores afectan a todas por igual.

En último lugar, y en esta misma línea, hay que tener presente que no es lo mismo ser un agente autónomo que ser respetado como agente autónomo¹⁶²; saber en todo momento si se actúa como agente autónomo, implica saber en todo momento cuáles son las propias motivaciones personales, y ello, es simplemente imposible. Ninguna persona sabe siempre y en todo momento por qué actúa de una determinada manera; si ni una persona misma sabe qué le motiva a actuar, ¿cómo lo sabe el legislador?

Por todo ello se responde que sí se puede afirmar que las mujeres pueden tomar decisiones autónomas, maduras de acuerdo a una razonabilidad y responsabilidad aun cuando se hallan en una situación de vulnerabilidad. No hay que analizar la situación objetiva de vulnerabilidad sino que hay que medir la autonomía de la mujer y deberían quedar excluidas las motivaciones personales que empujen a una mujer a actuar de una determinada manera si la mujer cumple con las facultades requeridas para afirmar su autonomía.

3. Los comitentes

3.1. Derecho de Reproducción

Este apartado se analizará la situación actual de los comitentes respecto de la prohibición de la GpS. La cuestión a dilucidar es si el mantenimiento de la ilegalidad de la GpS supone una vulneración del hipotético derecho a la reproducción.

El derecho a la reproducción humana no aparece regulado de manera expresa y explícita en la CE ni tampoco en otras normas. Tampoco es de extrañar que no se encuentre recogido en nuestros textos legales puesto que es un derecho de reciente

¹⁶² BUSQUETS ALIBÉS, E (dir.), “Principios de ética biomédica, de Tom L, Beauchamp y James F. Childress”, en *Bioética & Debat*; Tribune Abierta del Institut Borja de Bioética, núm. 64, 2011.

formulación¹⁶³. No obstante, su falta de regulación obliga a analizar otros valores, principios y derechos constitucionales¹⁶⁴.

En cuanto a la idea de un derecho a la reproducción, lo primero que se precisa es entender de dónde proviene o cuáles son los soportes o normas que permiten afirmar a una parte mayoritaria de la doctrina la existencia de este derecho, aun cuando no es proclamado expresamente.

“En el Ordenamiento jurídico español existe un derecho a la reproducción, integrado por una parte, en el derecho fundamental a la libertad, con fundamento, además, en el valor libertad, en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, y, por otra parte, protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar, que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente; por último, el derecho a la reproducción encuentra una manifestación de rango legal en el reconocimiento de derecho a fundar una familia recogido en los textos internacionales de derecho incorporados a nuestro Ordenamiento Jurídico”¹⁶⁵.

Por tanto, en principio, el derecho a la libertad, la dignidad humana, el libre desarrollo personal y familiar, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a fundar una familia serían los componentes del derecho a la reproducción.

Nótese que la definición anterior no incluye el derecho a la reproducción como un derecho encajado en el derecho constitucionalmente consagrado al matrimonio. La razón que funda esta idea es que no puede entenderse que una consecuencia inexcusable del matrimonio sea tener descendencia¹⁶⁶. Sin embargo, el fin primario de la relación matrimonial ha sido tradicionalmente la procreación. La procreación justificaba el matrimonio e incluso la misma sexualidad, no debiéndose mantener relaciones sexuales antes del matrimonio. Esto se debe, en gran medida, a la influencia que ha tenido, en nuestra sociedad, la Iglesia Católica¹⁶⁷. Además, se ha considerado que el matrimonio,

¹⁶³ IGAREDA GONZÁLEZ, N. “El hipotético derecho a la reproducción” *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2011, pág. 257.

¹⁶⁴ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, ediciones jurídicas, Madrid, 1994, pág. 40.

¹⁶⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, ediciones jurídicas, Madrid, 1994, pág. 58.

¹⁶⁶ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, ediciones jurídicas, Madrid, 1994, pág. 56.

¹⁶⁷ JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. *Reproducción asistida, filosofía ética y Filosofía Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 15

sin descendencia no es familia¹⁶⁸. Por tanto, el matrimonio se configuraba como el fundamento de las relaciones sexuales y de la creación de una familia.

De ello se puede extraer la conclusión de que el derecho a la procreación se hallaba de algún modo integrado en el derecho al matrimonio con la supuesta finalidad de fundar una familia. Concepción que dista de acomodarse a los tiempos actuales¹⁶⁹. Por ende, se precisa que el derecho a la reproducción sea extraído de este derecho y plasmado con independencia e individualidad¹⁷⁰, ya que en el presente, ambos conceptos pueden o no coexistir.

Es cierto, como alega parte de la doctrina, que, que exista un deseo no supone, necesariamente, que deba existir derecho. Sin embargo, afirmar la existencia de este derecho no se hace de manera caprichosa y arbitraria, sino que se ratifica el derecho en tanto que nace a raíz de los derechos ya mencionados. Asimismo no puede considerarse una afirmación caprichosa cuando este derecho de reproducción se ha calificado como una necesidad básica¹⁷¹ y razonable¹⁷² dada la importancia de la salud reproductiva.

Si no quiere entenderse que existe este derecho y que por tanto no se lesiona a los comitentes se puede entender que se lesionan varios derechos, entre los cuales se halla el derecho de salud consagrado en la Constitución Española en el art. 43.

3.2. *Derecho a la salud*

El derecho a la reproducción no es un derecho proclamado expresamente y por ello, hay quienes afirman que no existe. Empero, aun si fuera cierto que no existe un derecho a la reproducción, no se podría afirmar de manera rotunda que no se lesiona

¹⁶⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Familia y Matrimonio en la Consittución Española de 1978*. Congreso de los Diputados, Madrid, 1990, pág. 269 y ss.

¹⁶⁹ En los momentos presentes no siempre se habla de matrimonio, sino también de parejas de hecho o parejas estables. Además, el matrimonio cobra fuerza como una relación interpersonal de satisfacción de las necesidades y la felicidad no propia, no necesariamente la figura que ampara que se tenga hijos – ahora se reconoce la filiación sin distinción de los hijos independientemente de su origen – y finalmente, ya no se habla de familia como relación de sangre o de vínculos genéticos, sino más bien de familia en un sentido extensivo, entendido como relaciones afectivas entre sujetos – ello permite que adopten, por ejemplo, homosexuales –

¹⁷⁰ JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. *Reproducción asistida, filosofía ética y Filosofía Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 19.

¹⁷¹ HELLER, A. *Una revisión de la teoría de las necesidades*, Paidós, Barcelon, 1996.

¹⁷² JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. *Reproducción asistida, filosofía ética y Filosofía Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 17

ningún derecho. Entre los posibles derechos que se lesionarían se destaca la lesión que produciría para el derecho a la salud consagrado en el art. 43 Constitución Española¹⁷³.

La *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de las Naciones Unidas* (1994) definió la salud reproductiva “como un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relaciones con el sistema reproductivo... en consecuencia entraña... la libertad para decidir cuándo procrear, *cuándo no hacer y con qué frecuencia*¹⁷⁴.” La *OMS y la Asociación Mundial de la Sexología* definen la salud sexual como “el proceso permanente de consecución de bienestar físico, psicológico y socio-cultural.”

La infertilidad o esterilidad está reconocida como una fuente de sufrimiento físico y psicológico para las parejas¹⁷⁵ especialmente por su deseo tenaz de ser padres; las personas infértiles o estériles padecen un sufrimiento real, físico y psíquico por no poder procrear ni biológicamente ni genéticamente¹⁷⁶.

3.3. Por tanto, ¿la prohibición de la GpS daña a los comitentes?

La prohibición actual de la GpS lesionaría el hipotético derecho a la reproducción, y, aun cuando no se aceptara la existencia de este derecho, se lesionarían algunos derechos como son el derecho a la libertad, la dignidad, el libre desarrollo personal, el derecho a la intimidad familiar, el derecho a fundar una familia y el derecho a la salud.

A pesar de las lesiones a los derechos anteriormente enunciados, se quisiera hacer una abstracción mayor:

Por un parte, existe una realidad constituida por los padecimientos que sufren aquellos que quieren tener descendencia y no pueden, por tanto existe una lesión.

¹⁷³ También consagrado en la CE en el art. 43.1 pero sin tener rango de derecho fundamental.

¹⁷⁴ Resaltado propio.

¹⁷⁵ Es muy discutido si la infertilidad *per se* constituye una enfermedad. Lo único que se va a constatar es que muchas de sus causas se deben a problemas físicos o naturales que requieren tratamiento médico. Asimismo, las consecuencias de aquellos problemas puede generar dolencias físicas y psíquicas que también pueden llegar a requerir de tratamiento.

¹⁷⁶ BRENA, I. “Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* Núm. 40, 2014, pág. 142

Por otra parte, la GpS es una de las únicas dos maneras por la cuales determinadas personas pueden tener descendencia¹⁷⁷. La otra manera es la adopción, y es de sobre conocido que el procedimiento de la adopción es completamente ineficaz¹⁷⁸.

Por todo ello, no se puede entender justificado el mantenimiento y la prolongación de este sufrimiento para determinadas sujetos, máxime cuando hay una solución plausible y que tiene cabida en el Ordenamiento Jurídico español: la GpS gratuita y no-genética. Se entiende que es una verdadera solución y que tiene acomodo en el Ordenamiento Jurídico español porque se considera probado con el presente escrito, que la GpS gratuita no-genética no colisiona con el límite de la dignidad de las personas y el respeto a los derechos de los demás¹⁷⁹ en tanto que no provocaría lesiones en los intereses del menor ni de la gestante. Además, la GpS gratuita y no-genética no dista mucho de la realidad que supone la adopción¹⁸⁰.

V. CONCLUSIONES

PRIMERO.- Procede contestar a la pregunta que ha dado pie al presente trabajo: ¿es necesaria su legalización en España? La respuesta es afirmativa, sí es necesario legalizar y regular la GpS para lograr una armonía entre la realidad social y legal. Asimismo, puede regularse la GpS porque el ordenamiento jurídico español ofrecería un acomodo perfecto para esta figura.

Se apuesta por la legalización de una GpS gratuita y no genética en tanto que la presente ilegalidad está creando una situación de incertidumbre para los menores no-genéticos que, además, están siendo discriminados legalmente por razón de su origen. Se aboga especialmente por la legalización puesto que no conlleva perjuicios para los intereses de los menores, y contrariamente, repara la incierta situación en la que se hallan gran número de menores no-genéticos. Asimismo, se pugna por la legalización

¹⁷⁷ Sólo pueden tener descendencia mediante la GpS o mediante la adopción: las personas homosexuales masculinas y, sin ser exhaustivos por la multiplicidad de enfermedades y condicionantes que podrían impedir la gestación de un embarazo, por ejemplo, las mujeres sin útero.

¹⁷⁸ En España existen 33.000 familias con certificado de idoneidad y aguardan para poder adoptar. La estrangulación de la adopción va produciéndose año tras año y con ello las familias se desesperan y buscan otros métodos, que para algunos sujetos, supone acudir a la GpS como única alternativa. Datos obtenidos de la ONG Familias de Colores <http://www.familiasdecolores.es/> Última consulta 29.05.2015.

¹⁷⁹ JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. Reproducción asistida, filosofía ética y Filosofía Jurídica, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 31

¹⁸⁰ ROBERTSON, J. A. "Madres Sustitutas: no tan novedosas después de todo", Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica / coord. por Arleen L. F. Salles, Florencia Luna, 1995, pags 279.

en tanto que existe una afectación, principalmente, a la salud para quienes la adopción y la GpS serían las únicas maneras de tener hijos. Es incoherente prolongar el sufrimiento de tales sujetos sabiendo que la adopción es una práctica ineficaz y conociendo que existe una solución cristalizada en la figura de la GpS gratuita y no-genética.

Igualmente, está justificado que se fragüe una legalización de la GpS, no solo porque no hay perjuicios para los intereses del menor y de los comitentes, sino también porque no se lesionan los intereses de la gestante. Además, las mujeres pueden tomar decisiones autónomas y maduras, de acuerdo a una razonabilidad y responsabilidad, aun hallándose en situaciones vulnerabilidad. Por ello se entiende que las mujeres tienen capacidad para prestar su consentimiento en obligarse por un contrato de GpS gratuito y no-genético.

SEGUNDA.- Una GpS gratuita y no-genética encaja cómodamente en el Ordenamiento Jurídico español dada la existencia de dos precedentes. En primer lugar, la donación de órganos. Esta es una práctica en la cual aun existiendo un impacto sobre el cuerpo se permite que las mujeres presten su consentimiento. La existencia de esta práctica en nuestro Ordenamiento Jurídico supone que negar la capacidad de decisión autónoma de las mujeres delataría que lo que impide la legalización de la GpS es la duda que tiene el legislador respecto de la capacidad de la mujer de decidir conforme a su capacidad gestacional. Ello supone a su vez que se estaría ratificando la idea de que la mujer se identifica plenamente con y por su capacidad de gestación e implicaría que se despojaría a la mujer de libertad respecto de su capacidad gestacional, pasando a manos del legislador, y ello, dañaría su dignidad. Debería entenderse como inherente a la dignidad de la mujer su opción de planificar, conforme a sus propias convicciones, su proyecto de vida relacionado con su capacidad de gestación.

El segundo precedente asentado en nuestro Ordenamiento Jurídico es la adopción. Si bien es cierto que puede entenderse que la adopción encuentra cobijo en nuestro ordenamiento jurídico porque no supone una instrumentalización de la mujer en tanto que esta toma las riendas de sus decisiones durante el embarazo hasta que este llegue a término, sin ningún tipo de presión, no es menos cierto que el momento en el cual se produce la separación respecto del menor es más doloroso porque el menor seguramente ha sido concebido en el seno de una relación de amor y son las causas económicas las cuales empujan a la madre o pareja a dar a *su* hijo en adopción. La GpS

gratuita y no-genética no produciría ese desgarró en la separación entre la gestante y el menor porque ésta no estaría dando a *su* hijo, en tanto que no sentiría al hijo como suyo al no portar éste sus genes. Además, una correcta regulación de la GpS gratuita no-genética impediría que se arrebatase de la gestante su libertad de decidir respecto al embarazo, a su salud y a las decisiones de tratamiento porque primaría siempre la integridad física y moral de la gestante.

TERCERA.- El relieve de la importancia del vínculo genético se ha puesto de manifiesto en el trabajo, pero ciertamente esta importancia del vínculo se bifurca en dos situaciones, en una de las cuales el vínculo genético puede ser relevante y en la otra situación puede devenir irrelevante. El vínculo genético puede ser importante en el caso de la gestante y dicho ligamen puede devenir negativo en tanto que la gestante siente como propio al niño, como parte suya más allá del vínculo biológico que pudiera crearse durante el embarazo. El vínculo genético será irrelevante en el caso de los comitentes porque para los mismos la llegada del menor se presenta como una adición y no como una separación. Traducido, esto significa que para los comitentes puede ser irrelevante tener o no vínculo genético con el menor, puesto que lo único que desean es al menor, independientemente de su origen y filiación.

CUARTA.- Nótese que se apuesta por una diferenciación terminológica entre vínculo genético y vínculo biológico. Ambos términos parecen asimiles e incluso pueden confundirse por sinónimos. Sin embargo, para estudiar la GpS es ciertamente necesario una precisión y división terminológica. Esta diferenciación no ha resultado lógica hasta que se ha dado el supuesto de que una mujer porte en su vientre, y por tanto de vida – vínculo biológico – a un menor con el cual no tiene ningún vínculo genético en tanto que no ha aportado su óvulo.

QUINTA.- Finalmente, la configuración de una GpS gratuita y no-genética hace dudar sobre la eficacia práctica puesto que se duda del altruismo de las mujeres. Las posibles dudas sobre la eficacia de una figura no deberían obstar a la legalización de una práctica puesto que las dudas no son más que meras hipótesis que podrían consumarse o no. En este sentido, resulta incontestable que la legalización de esta figura desmitificaría el imaginario simbólico cultural que retrata la GpS como una práctica inmoral y lesiva de la dignidad de las mujeres y de los menores en pro de unos comitentes despiadados. Por esta razón se propone hacer que España sea una ágora pública, en la que se entable

un diálogo plural y de convergencia integradora, que invite a una reflexión que, respetando la pluralidad ética de la sociedad, intente crear una nítida y precisa regulación de la GpS gratuita y no-genética, innovándose así el Ordenamiento Jurídico español tal y como se hizo en 1988 cuando se apostó por ser uno de los primeros países en regular las TRHA.

Bibliografía

AIGEN, B. *Motivations of surrogate mothers: Parenthood, altruism and self-actualization*. The American Surrogacy Center, Inc. <http://www.surrogacy.com/psychres/article/motivat.html>

ALLUEVA AZNAR, L. “Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores” *In Dret Revista para el análisis del derecho* 2011, págs. 1 – 25.

ÁLVAREZ DÍEZ, J. A. “Una mirada crítica al turismo reproductivo” *en Segunda época*, núm. 11, 2012, págs. 113 – 132.

AMADOR JIMENEZ, M. “Biopolíticas y Biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India”, *en Revista Universidad Icesi, CS*, núm. 6, 2010, Cali, Colombia, pág. 193-217, 199.

ANDORNO, R. *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1998.

ANDORNO, R. “Principios bioéticos, dignidad y autonomía” Disponible en: <http://agusvinnus.prodiversitas.org/libros/bioetica/Andorno.pdf>.

ATIENZA RODRIGUEZ, M. “Sobre lo razonable en el Derecho”, *en REDC*, núm. 27, 1989, págs. 93 – 110.

BARREIRO, A. J., “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982.

BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, *en Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 3, 2012, págs. 46 – 60.

BAUM, B. D. *The power of freedom: John Stuart Mill & the politics of social theory*. UMI Dissertations Services volumens I & II, 1993

BEAUCHAMP, T. L., Y CHILDRESS, J. F., *Principios de Ética Biomédica*, trad. (de la 4.^a ed. en inglés), TERESA GRACIA GARCÍA-MIGUEL, F. JAVIER JÚDEZ GUTIÉRREZ Y LIDIA FEITO GRANDE, Barcelona, Masson, 1998

BERLIN, I. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1988.

BRENA, I. “Maternidad subrogada, ¿autonomía o sumisión?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40, 2014, pág. 133 – 145.

BUSQUETS ALIBÉS, E. (dir.), “Principios de ética biomédica, de Tom L, Beauchamp y James F. Childress”, en *Bioética & Debat*; Tribune Abierta del Institut Borja de Bioética,, núm. 64, 2011.

CAMACHO, J. “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009, disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

CHARLESWORTH, J. *La Bioética en una sociedad liberal*. Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

CILLERO BRUÑOL, M. “Infancia, Autonomía y derechos: una cuestión de principios” *En Infancia, Boletín del Instituto Intramericano del Niño* núm. 234, Montevideo 1997, págs. 1 – 14.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO *Observación general N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* 2013, págs. 1 – 22.

CORRAL GARCÍA, E. “El derecho a la reproducción humana ¿debe permitirse la maternidad subrogada? En *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 38, 2013, págs. 46 – 69.

DE CASTRO MARTÍN, R. “El interés superior del menor”, en Jornada Técnica “*Análisis del Sistema de Protección de Menores en el Ámbito del Sistema Judicial*”, 2011, pág. 1 – 33.

DE LUCAS, J Y VIDAL, E. “Una nota sobre la interpretación constitucional”, en VV.AA, ÁLVAREZ CONDE, E. (ed.), *Diez Años del régimen constitucional*, Tecnos, Madrid, 1989.

DE MIGUEL ÁLVAREZ, A. “La prostitución de mujeres, una escuela de desigualdad humana”, en *Dilemata*, núm 16, 2014, págs. 7 – 30.

EINWOHNER, J. “Who becomes a surrogate: personality characteristic” en J. Offerman – Zuckerberg (Ed.), *Gender in transition: A new frontier*, Plenum Mediacl Book Company, New York and London, 1989.

EKIS EKMAN, K. *Being and Being Bought*. Spinifex, North Melbourne, 2014.

ENGELHARDT, H. T., *Los fundamentos de la bioética*, trad. (de la 2.^a ed. en inglés) ISIDRO ARIAS, GONZALO HERNÁNDEZ Y OLGA DOMÍNGUEZ, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1995.

FADEN, RUTH & BEAUCHAMP, “A history and theroy of informed consent”, Oxford University Press, Nueva York, 1986.

FARNOS, E. “Inscripción en España de la fliaición derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. Enero, 2010, 1 – 25.

GARCÍA AMEZ, J. “Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 40, 1985), pág. 147 – 169.

GOLOMBOK, S. *et al.* “Non-Genetic and non-gestational parenthood: consequences for parent-child relationships ant the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3”, en *Human Reproduction*,núm.7, 2006, págs. 1918–1924

GOLOMBOK, S. *et al.* “Families Created through surrogacy Arrangements: Parent-child Relationships in the 1st year of life”, en *Developmental Psychology*, núm. 3, 2014, págs. 400-411.

GÓMEZ SANCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994.

GRACIA, D. *Fundamentos de Bioética*, Madrid, Eudema, 1989.

HELLER, A. *Una revisión de la teoría de las necesidades*, Paidós, Barcelona, 1996.

IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La inmutabilidad del principio ‘mater semper certa est’ y los debates actuales sobre la gestación por sustitución”, en *Universitas. Revista de Filosofía, derecho y política*, núm. 21, 2015, pág. 3 – 19.

IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La Gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2014, núm. 40, págs. 171 – 191.

JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. *Reproducción asistida, filosofía ética y Filosofía Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1998.

KANT, I. *Crítica de la razón práctica*, Teorema IV, V, 33, edición y traducción de Roberto R. Aramayo, Madrid, Alianza Editorial, 2000

KLEINPETER, C. H., & HOHMAN, M. M., Surrogate motherhood: personality traits and satisfaction with service providers, en *Psychological Reports*, núm 87, 2000, parte 1.

KLETNICKI, A. “El Embrión como objeto Extracorpóreo”. VI Congreso Internacional de Investigación y Práctica profesional en Psicología XXI Jornadas de Investigación Décimo Encuentro de Investigadores es Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología – Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires. 2014, págs. 139 – 142.

KLETNICKI, A. & ALFANO, A. “Las tecnologías de Reproducción Humana Asistida y el tratamiento de sus excesos. Paternidad/Maternidad de embriones supernumerarios”, en *Memorias del IV Congreso Internacional de Investigación y Práctica profesional en Psicología*, Buenos Aires, Facultad de Psicología, UBA, 2012, Tomo 4.

LAMM, E. “Gestación por sustitución; Realidad y Derecho” en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 2012, págs. 1 – 49.

LUKES, S. *El individualismo*, trad. por José Luis Álvarez, Barcelona, Ediciones Península, 1975.

MARCOS EL CANO, A. M. *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

MARTÍN MATEO, *Bioética y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.

MATORRAS, R. “Reproductive exile versus reproductive tourism”, en *Human Reproduction*, vol. 20, núm. 12, págs. 3571 – 3573.

MILL J. S. *Sobre la libertad*, prólogo de Isaiah Berlin, trad. por Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza Editorial, 1970

MORENO BELTRAN, A. *Maternidad Subrogada: Subversiones y Dilemas*. Universidad de Barcelona.

NINO, C.S. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.

NINO, C.S. “La autonomía constitucional”, en AAVV, *La autonomía personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, núm. 37, 1992.

ÖSTERGEN, P. “Sex workers critique of swedish prostitution policy”, disponible en: <http://www.petraostergren.com/upl/files/115326.pdf>

PALACIOS, J. “Instituciones para niños: ¿protección o riesgo?”, en *Infancia y Aprendizaje: Journal for the study of Education and Development*, núm. 26, págs. 353 – 363.

PALACIOS, J. Y SÁNCHEZ, Y. “Niños adoptados y no adoptados: un estudio comparativo”, en *Anuario de Psicología de Universitat de Barcelona*, 1996, núm. 71, págs. 63 – 85.

PASTOR RIDRUEJO. J.A. “Los efectos atenuados en el Derecho español de las instituciones extranjeras contrarias al orden público”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 20, pág. 21-40

PATEMAN, C. *The Sexual Contract*. Stanford University Press, Palo Alto, 2988, pág. 192.

PAZ, S. *Los derechos humanos en la reproducción asistida*, Pirámide, Madrid, 2005.

PENNINGS, G. “Reproductive tourism as moral pluralism in motion”, en *Journal of Medical Ethic*, vol. 28, núm. 6, págs. 337 – 341.

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

PURDY, L. M. “Another look at contract pregnancy”, en HOLMES, H. B. (Ed.), *Issues in reproductive technology: An anthology*, Garland Publishing, New York & London, 1992, págs. 309 – 311.

PRESNO LINERA, M. Y JIMÉNEZ BLANCO, P. “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, 2014, núm 51, págs. 9 – 44.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Educativo Siglo XXI*, núm. 2, 2012, Págs. 89 – 107.

ROBERTSON, J. A. “Madres Sustitutas: no tan novedosas después de todo”, *Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica / coord. por Arleen L. F. Salles, Florencia Luna*, 1995, pags 270 – 284.

ROCA TRÍAS, E. “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña”, *Revista jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1994, 915 – 992.

ROSENKRANTZ, “El valor de la autonomía”, en AAVV, *La autonomía personal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, núm. 37, 1992.

ROUDINESCO, E. *La familia en desorden*. Anagrama, Barcelona, 2004.

SHALEV, C. *Birth Power: The case for surrogacy*, Yale University Press, New Haven and London, 1989.

TEMAN, E. “The social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood.”, en *Social Science & Medicine* Núm. 67, 2008, pág. 1004 – 1112.

TEMAN, E. “My Bun, Her Oven”, en *Anthropology Now*, September, 2010, págs. 33 – 41.

VASANTI, J. *et al* “Surrogacy: the experiences of surrogate mothers”, en *Human Reproduction*, núm. 10, 2003, págs. 2196 – 2204

VELA SÁNCHEZ, A. J. “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo”, en *Diario la Ley*, núm. 8309, 2014, págs 1 – 14.

VORA, K. “Indian transnacional surrogacy and the disaggregation of mothering work” en *Anthropology News*, núm. Febrero, 2009, págs. 9 – 12.

WARNOCK, M. “A question of Life. The Warnock Report. Human Fertilisation & Embriology, Basil Blackwell, United Kingdom, 1985.

Jurisprudencia

Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo civil, sentencia núm. 835/2013, 06/02/2013.

Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo civil, sentencia núm. 320/2011, 12/05/2011.

Sentencia Tribunal Constitucional, 37/2011, 28/03/2011.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso MENNESSON VS. FRANCIA. Núm. 65192/11, 26/09/2014.

Legislación aplicable

Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Ley 30/1979, de 27 de Octubre, de Extracción y Trasplantes de Órganos.