

ANÁLISIS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN A LA LUZ DE LOS INTERESES EN CONFLICTO

Juan José González López

Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica Territorial

Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en Burgos

Profesor asociado de Derecho constitucional

Universidad de Burgos

SUMARIO: 1. Aproximación a la gestación por sustitución. 2. El derecho a la maternidad/paternidad: 2.1 Momento a partir del cual se ostenta la condición de “madre”; 2.2 Generación del hijo y derecho “a” la maternidad/paternidad; 2.3 El acceso a la maternidad/paternidad en caso de impedimento para la procreación; 2.4 El acceso a la maternidad/paternidad como derecho. 3. El derecho a la disposición sobre el propio cuerpo: 3.1 Fundamento del derecho; 3.2 Los límites al “derecho a la disposición sobre el propio cuerpo”. 4. El interés del hijo futuro. 5. El reconocimiento de la gestación por sustitución realizada en el extranjero. 6. Bibliografía.

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es identificar y analizar el conflicto entre el derecho a la paternidad/maternidad, el derecho a la disposición sobre el propio cuerpo y el interés del futuro hijo/a que se plantea en relación con la “gestación por sustitución”.

PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución, Derecho a la paternidad/maternidad, Disposición sobre el propio cuerpo, Interés del futuro hijo/a.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to identify and analyze the conflict between the right to fatherhood / motherhood, the right to disposition over one's own body and the interest of the future child that is posed in relation to “surrogate motherhood”.

KEYWORDS

Surrogate motherhood, Right to fatherhood/motherhood, Right to disposition over one's own body, Interest of the future child.

1. APROXIMACIÓN A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

A fin de perfilar las actuaciones que comporta la “gestación por sustitución”, puede definirse ésta como el pacto en virtud del cual una mujer (gestante) se compromete a, mediante técnicas de reproducción asistida, llevar a cabo una gestación con el propósito de que el menor fruto de la misma sea reconocido como hijo de la persona o personas comitentes¹. Las

¹ Esta definición coincide básicamente con la ofrecida en BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Hijas del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social*, Ediciones Cátedra, Madrid 2017, nota a pie de página 68, p.75, en que se define la “maternidad subrogada” como “el compromiso entre una mujer llamada mujer gestante, a través del cual esta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja comitente, llamados el o los subrogantes, a quien o quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con el o los subrogantes”. El motivo de que no la asumamos íntegramente radica no sólo en la expresión definida (“maternidad subrogada”), sino también en que no necesariamente se excluye el vínculo de filiación con la gestante, pues, como sucede en Reino Unido, es posible que lo que acaece sea una alteración de la filiación a favor del o los comitentes.

posibilidades son múltiples: que la gestante aporte “únicamente” su útero (posteriormente se matizará esta idea), de modo que el embrión implantado proceda de la combinación de óvulo y espermatozoide de los comitentes o de la comitente y un donante o incluso de terceros, donantes, distintos de los comitentes, o que la gestante proporcione no sólo el útero, sino también el óvulo².

Se ha afirmado que sólo el primer supuesto indicado en su variante de aportación de óvulo por la comitente se corresponde con el fenómeno genuino de la “maternidad portadora” y que el segundo sería una forma pseudoadoptiva opuesta a la normativa de adopción, al coincidir la “madre biológica” (la que aporta el óvulo) y la “madre gestante”³. Sin embargo, como se expondrá posteriormente, la posible desvinculación de la maternidad respecto del suministro del óvulo convierten en decisiva la gestación, que es lo encomendado a otra mujer distinta de la que pretende ser madre a pesar de no ser gestante. De ahí que quepa incluir en la “gestación por sustitución” todos los supuestos apuntados, sin calificar como genuino cualquiera de ellos.

La terminología empleada para referirse a este fenómeno es diversa y muy influida por la postura adoptada en relación con él. En función de que se pretenda suavizar o denigrar la práctica, las expresiones varían de “gestación por sustitución”, “maternidad subrogada” o “maternidad portadora” a “vientre de alquiler”⁴. Emplear el término “maternidad” induce a equívoco, pues, como se argumentará, la maternidad no comienza hasta el nacimiento, de modo que la gestación, elemento esencial y característico de este fenómeno, queda formalmente al margen, aunque tenga una gran implicación en ella. Si hasta el nacimiento no hay madre ni hijo, sino gestante y

nasciturus, carece de sentido referirse a un supuesto porte o subrogación en una maternidad inexistente y la expresión sólo sirve para dotar a la práctica analizada de una carga emotiva que queda fuera de lugar en un examen que intente ser aséptico. En cuanto al “vientre de alquiler”, aunque se sustituya “vientre” por “útero”, también a efectos de desprenderse de las connotaciones despectivas, se trata de una terminología inadecuada, pues la gestación no siempre es retribuida y, en todo caso, no sólo compromete el útero⁵. En este trabajo se opta por la de “gestación por sustitución”, al ser la que mejor recoge el contenido de la actuación en que consiste, ya que centra la atención en el aspecto nuclear del fenómeno, la gestación.

En cuanto a la realidad normativa, la postura de los Estados ha sido objeto de diversas clasificaciones entre las que optamos por la que los divide en Estados en que es legal, sea únicamente en su modalidad altruista o también en la onerosa, Estados que no la regulan o la prohíben y Estados que no la regulan o prohíben pero reconocen sus efectos⁶. España presenta un encaje confuso, ya que el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que tiene por rúbrica “*gestación por sustitución*”, dispone en su apartado primero que “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”, y en su apartado segundo que “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”, y el Tribunal Supremo, en su Sentencia de la Sala de lo Civil 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (rec. 245/2012), rechazó con fundamento en el orden público el reconocimiento de la filiación determinada en un Estado extranjero y derivada de la gestación por sustitución. Sin embargo, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, sí contempla la inscripción de nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de esas técnicas, con determinación de la

2 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y MASSIGOGUE BENEGIU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid 1994, pp.67 y 68. Esta clasificación también se recoge en VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 14, 2014, pp.901-902.

Las clasificaciones son muy variadas, como se aprecia en las recogidas en el “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, pp.6 y ss.

3 MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGUE BENEGIU, J.M., *La maternidad portadora...*, op.cit., p.68.

4 BALAGUER CALLEJÓN, Mª. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.75, VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, n.º 7608, 11 de abril de 2011, p.1.

5 Esta circunstancia se señala en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.9.

6 MARCO ATIENZA, C.M., “Respuestas jurídicas en España ante la gestación por sustitución”, *Derecho y salud*, vol. 26, n.º extra 1, 2016, pp.192-193. Una exposición del Derecho comparado en la materia se recoge en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, pp.45 y ss.

filiación también en atención a éstas⁷. Además, existen indicios de un posible cambio normativo a fin de incorporar una regulación permisiva de la gestación por sustitución, sea en el Derecho interno como técnica admitida en el Estado, sea a través del reconocimiento de las filiaciones declaradas en el extranjero de resultados de la gestación por sustitución⁸.

La aceptación o no de la gestación por sustitución ha generado, y continúa planteando, un debate en que pretende participar el presente trabajo. Con tal propósito, se abordan los tres elementos que confluyen en la admisibilidad iusfundamental de esta técnica: el derecho a la maternidad/paternidad, el derecho a disponer del propio cuerpo y el interés superior del menor, objeto de los siguientes epígrafes.

2. EL DERECHO A LA MATERNIDAD/PATERNIDAD

Es innegable que el recurso a la gestación de sustitución viene dado por la demanda planteada por un creciente número de personas que abogan por esta técnica para satisfacer su aspiración de ser madre o padre. Esta demanda hace preciso analizar la existencia de un posible derecho a la maternidad/paternidad que pueda erigirse en fundamento de tal pretensión.

2.1 Momento a partir del cual se ostenta la condición de “madre”

Lo primero que ha de abordarse es el momento en que comienza la maternidad⁹. El Diccionario de la

Real Academia Española define “madre” como “*mujer o animal hembra que ha parido a otro ser de su misma especie*”, pero también, en su segunda acepción, como “*mujer o animal hembra que ha concebido*”. De acuerdo con dichas definiciones, la maternidad comienza desde la concepción. Esta conclusión es, sin embargo, cuestionable.

Normativamente cabe apreciar que la cualidad de madre se asocia a la existencia de un “hijo”, lo cual introduce un factor delimitador de gran importancia¹⁰. Así, en el artículo 39 de la Constitución Española (CE en adelante), apartado segundo, la protección de las madres se prevé a continuación de la de los hijos, la cual, aunque se desvincula del tipo de filiación, se conecta con ésta al hacer referencia a ella. Y en el apartado tercero la asistencia que se exige a los padres lo es respecto de los hijos, habidos dentro o fuera del matrimonio. Más claramente aún, el Código Civil (CC en adelante), al determinar las relaciones paterno-filiales (artículo 154 y siguientes) reclama lógicamente la presencia de un “hijo”. De hecho, ni siquiera es necesario acudir a la normativa, ya que “madre” e “hijo” se presentan como conceptos correlativos. Ser “madre” exige un “hijo”.

El problema que se plantea es identificar cuándo se adquiere la condición de “hijo”. Al acudir nuevamente al Diccionario de la Real Academia Española, se constata que “hijo” se define como “*persona o animal respecto de sus padres*”. Aplicado al ser humano el “hijo” es una persona. Este requisito encuentra respaldo normativo, pues el artículo 30 CC sujeta la asunción de la condición de persona al nacimiento, y ello es coherente con el hecho de que al regular la filiación (artículo 108 y siguientes) se la relaciona con el nacimiento. Por su parte, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, al tipificar el aborto (artículos 144 a 146) elude referirse a “madre” o “hijo” y lo mismo sucede en las lesiones al feto (artículos 157 y 158). Opta, en su lugar, por aludir a “mujer”, “embarazada” y “feto”. Y el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dedica el Capítulo VI de su Título II a la “maternidad”, asociada al parto o adopción, y el VIII al “riesgo durante el embarazo”, que no se enmarca, por tanto, en la maternidad.

7 Acerca de esta panorámica, FLORES RODRÍGUEZ, J., “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 27, 2014, pp.78 y ss, BATALLER I RUIZ, E., “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 2, 2015, pp.784 y ss, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 4, 2016, pp.353 y ss, ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, n.º 9, 2016, pp.66 y ss, entre otros.

8 Así se señala en BATALLER I RUIZ, E., “Reconocimiento...”, op.cit., p.787, en que se vinculan los previsibles cambios legislativos con la influencia que el Ministerio de Justicia ha reconocido a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014, casos *Mennesson c.Francia y Labassee c.Francia*.

9 Es llamativo que en MARRADES PUIG, A.I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universitat de Valencia. Servei de Publicacions, Valencia 2002, pp.23 y ss, al ocuparse del “concepto de maternidad” no se identifica claramente el inicio de ésta, aun-

que posteriormente, p.189, parece inclinarse por extenderla a la gestación.

10 Huelga decir que al emplear el término masculino lo hacemos en un sentido genérico que comprende tanto a los hijos como a las hijas.

De lo expuesto se desprende que, identificada la maternidad con la existencia de un hijo, normativamente, al exigirse la condición de persona para ser hijo, sólo se es hijo al nacimiento y, por tanto, sólo se es madre cuando nace el hijo. Contrastada la regulación con las definiciones citadas al principio, se concluye que la maternidad no comienza en la concepción, sino en el nacimiento. Ahora bien, se trata de una cuestión normativa, contingente por ello, de manera que bien podría plantearse una modificación del régimen que se constata para identificar como hijo al concebido y no nacido y atribuir la cualidad de madre con anterioridad al nacimiento, al apreciarse jurídicamente la existencia de un hijo antes de ese momento. De suscitarse tal eventualidad, el debate se desplaza a la discusión acerca de si la condición de hijo debe desvincularse de la de persona o a la de si se es persona antes del nacimiento. Sin ahondar en unas cuestiones que exceden, con mucho, el objeto del presente trabajo, se considera adecuado conectar la condición de hijo a la de persona y que la personalidad exige un cierto grado de autonomía que no está presente en el feto, dicho sea esto sin desmerecer en absoluto la protección que éste merece¹¹.

Aunque un menor de edad se halla sujeto a unas limitaciones en su capacidad obrar derivadas de sus carencias volitivas y cognoscitivas, goza de una cualidad esencial: su autonomía física, consecuencia del desprendimiento del seno materno¹². Con anterioridad a tal desprendimiento, el concebido y no nacido no sólo es un ser en formación, sino un ser integrado físicamente en la mujer, de que no puede desprenderse para continuar viviendo. Esa vinculación, cuya proximidad no es equiparable a cualquier otra, impide tratar a gestante y feto como dos seres independientes de forma equiparable al tratamiento que permite el nacimiento y, por ello, aconseja establecer el elenco de derechos y deberes que comportan las relaciones materno-filiales a partir de la autonomía que supone la desvinculación física. Basta pensar, al respecto, en que la patria potestad es extinguable

porque se origina, actualmente, con el nacimiento; si se asociase a la concepción, la extinción sería inviable (respecto de la gestante) por la sujeción del feto a la mujer¹³.

En consecuencia, aunque coloquialmente se habla en ocasiones de “madre” para referirse a la gestante y a pesar de la definición ya citada, cabe sostener que se es “madre” a partir del nacimiento del “hijo” y que este régimen es el adecuado a efectos de establecer una regulación racional de las relaciones que se generan entre ambos sujetos.

2.2 Generación del hijo y derecho “a” la maternidad/paternidad

La fijación del momento de inicio de la maternidad condiciona directamente la conceptualización de la gestación. Si la maternidad comienza en la concepción, la gestación se integra en la maternidad. En cambio, si empieza en el nacimiento, la gestación es un presupuesto de la maternidad, al ser necesaria para el nacimiento. Al haber optado por situar el arranque de la maternidad en el nacimiento el derecho “a” la maternidad puede conceptuarse como un derecho conectado y orientado a la maternidad originada una vez nacido el hijo y establecida, por ende, la relación materno-filial pero distinto de éste, que sería el derecho “de” ser madre. Es decir, puede concebirse como un derecho relacionado con el presupuesto de la maternidad, la generación del futuro hijo. Otro tanto sucede con el derecho a la paternidad.

La generación de la maternidad/paternidad así entendida presenta una dimensión biológica indudable pero no se agota en ella, pues también es un fenómeno social con acogida jurídica que no siempre coincide con éste. Desde un punto de vista biológico consiste en la combinación de material genético de una mujer y un hombre mediante una relación sexual y ulterior gestación del embrión y feto hasta el nacimiento. Es procreación: engendrar un individuo de la misma especie. La participación en la procreación de los individuos de la especie humana es una aptitud natural; cualquier mujer u hombre puede, en

¹¹ Nos hacemos eco a este respecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC en adelante) 53/1985, de 11 de abril, en que se advierte de que “*dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital*”.

¹² Acerca del fundamento de esas limitaciones, RUIZ JIMÉNEZ, J., “La capacidad del menor”, POUS DE LA FLOR, M^a. P. Y TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras), *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid 2009 (2^a edición), pp.31-32.

¹³ En este sentido, más allá de la posibilidad teórica con apoyo en el artículo 29 CC (tampoco nada sencilla), se apunta la difícil admisión en la práctica de una guarda administrativa del *nasciturus*, pues el ejercicio de esta guarda debería proyectarse sobre la futura madre y no sobre el *nasciturus* directamente, MAYOR DEL HOYO, M^a. V., *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada 1999, pp.83-85. A lo sumo podría pensarse en una guarda indirecta, lo que justamente es muestra de la dependencia del feto.

abstracto, mantener relaciones sexuales susceptibles de permitir la combinación genética de óvulo y espermatozoide y, ya limitado a la mujer, gestar el fruto de la fecundación.

Contemplada desde un punto de vista exclusivamente biológico, la procreación encuentra respaldo jurídico como derecho de libertad, bien se ubique en el derecho a la integridad física como libre desarrollo de esa integridad o en el derecho a la intimidad¹⁴. Al ser una aptitud natural, lo que se demanda del Estado es que no interfiera en su ejercicio (o no ejercicio), de modo que la controversia se suscita en relación con las eventuales limitaciones (o imposiciones) que se pueden establecer en aras a intereses distintos de los de los posibles o efectivos engendrados¹⁵. Estas limitaciones, como es lógico, no necesariamente afectan a las relaciones sexuales, pues para que se impida la efectividad de la procreación no es *conditio sine qua non* el impedimento de éstas, sino que puede bastar con la eliminación de la capacidad reproductora vinculada al coito, verbigracia mediante la esterilización¹⁶. A pesar de su interés, este tipo de constricciones se aparta del objeto del presente estudio (ya que la gestación por sustitución no limita la procreación), por lo que no ahondaremos en ellas.

Ocurre que la procreación, como fenómeno biológico que va desde la fecundación al nacimiento, es de resultado incierto. El camino puede interrumpirse y la expectativa de nacimiento del hijo en formación puede frustrarse en distintos momentos que incluyen el inicial (la fecundación), lo que en suma implica la

inhabilidad biológica para procrear. En otras ocasiones no se trata de imposibilidad, sino de dificultad que no se puede salvar de forma natural o es difícilmente superable sin tratamiento al efecto. Y no siempre se trata, por lo demás, de dificultades o imposibilidades vinculadas a la fecundación y gestación como proceso biológico, sino que puede obedecer a razones de tipo volitivo (ausencia de persona que esté dispuesta a asumir la paternidad en correlación a la futura maternidad de la mujer que desea quedarse embarazada, homosexualidad masculina o femenina si se desea tener un hijo con la respectiva pareja del mismo sexo, etc.), cuestión que posteriormente se abordará.

Cuando se trata de dificultades biológicas, no se plantean dudas destacables en cuanto a la admisibilidad de tratamientos orientados a vencer esas dificultades. De hecho, este tipo de tratamientos se incluye en la cartera de servicios comunes de asistencia sanitaria, lo que convierte el auxilio a la procreación mediante la curación de dolencias que inciden en él en una prestación que otorga una nueva dimensión al derecho “a” ser madre/padre¹⁷. No sólo es un derecho de libertad, sino que, al ser merecedor de un contenido asistencial por parte del Estado, se presenta también como un derecho de corte prestacional, lo que incorpora un nuevo elemento de gran relevancia, pues se suscita el interrogante de si dicho contenido se integra en un derecho fundamental. Si bien parte de la doctrina aboga por vincular la asistencia sanitaria al derecho a la integridad física en conexión con el artículo 43 CE, el encaje de esta dimensión prestacional en un derecho tradicionalmente de corte liberal no cuenta con un respaldo doctrinal ni jurisprudencial sólido¹⁸.

14 En la intimidad personal y familiar se sitúa en PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, mayo/agosto 1993, p.130, el “derecho de toda persona, casada o no, a planificar su reproducción por medios naturales al abrigo de injustificadas interferencias por parte del Estado”, y en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid 1994, p.55, el “derecho a la reproducción humana”. Se entiende por ello la apelación a la libertad como fundamento del “derecho a la reproducción humana” a que se refiere ROMERO COLOMA, A.Mª., “El derecho a la reproducción humana y las técnicas de reproducción asistida”, *Abogados de Familia*, n.º 54, cuarto trimestre de 2009, pp.1-3.

15 Verbigracia, la “política del hijo único” que aplicó China.

16 Un ejemplo es la esterilización de personas con discapacidad psíquica, a las que no se impide mantener relaciones sexuales. Ahora bien, debe destacarse que dicha esterilización no supone una restricción de la libertad, de acuerdo con la STC 215/1944, de 14 de julio, pues se estima que no comporta realmente una colisión entre derechos fundamentales al existir consentimiento, bien que del representante legal, como manifestación del derecho a la autodeterminación de la persona en su integridad física.

17 Así, el apartado 5.10 del Anexo III del Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, incluye las “Técnicas y procedimientos precisos para el diagnóstico y tratamiento médico y quirúrgico de las siguientes patologías clasificadas según la Clasificación Internacional de Enfermedades: Enfermedades del aparato genitourinario: Nefritis, síndrome nefrótico y nefrosis, otras enfermedades del aparato urinario, enfermedades de los órganos genitales masculinos, trastornos de mama, enfermedad inflamatoria de los órganos pélvicos femeninos y otros trastornos del tracto genital femenino”.

18 A favor, LEÓN ALONSO, MARTA, *La protección constitucional de la salud*, La Ley, Madrid 2010 (versión digital), p.6, al abordar el fundamento y la positivación de la tutela de la salud en la CE. En contra, con apoyo en el carácter de principio rector del artículo 43 CE y eficacia genérica (punto de arranque) del derecho a la vida e integridad física, DE LA VILLA GIL, L.E., “El derecho constitucional a la salud”, CASSAS BAAMONDE, Mª. E., CRUZ VILLALÓN, J. Y DURÁN LÓPEZ, F. (coordinadores), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero* y

En definitiva, la procreación como manifestación del derecho “a” la maternidad/paternidad tiene anclaje en el derecho a la integridad física (o intimidad), en su vertiente de libre desarrollo de la personalidad y más dudosamente en la prestacional pública. Muy distinto es el caso que se plantea cuando la problemática que aqueja el acceso a la maternidad no aparece como dificultad, sino como impedimento físico o volitivo, esto es, cuando es la propia procreación lo que se halla extramuros de la persona. De ello pasamos a ocuparnos.

2.3 El acceso a la maternidad/paternidad en caso de impedimento para la procreación

El Derecho ofrece diversas respuestas a lo supuestos de impedimento (no dificultad) para la procreación.

Cuando la imposibilidad deriva de la falta de concurrencia de una persona de distinto sexo se plantea la admisibilidad del acceso a la maternidad/paternidad “en soledad”, sin el otro progenitor. La maternidad o paternidad monoparental no es en modo alguno desconocida una vez entabladas las relaciones paterno-filiales, bien sea porque el otro progenitor fallece, porque se le priva de la patria potestad o porque es desconocido. El caso que se aborda difiere, sin embargo, del expuesto porque supone una escisión de la procreación como fenómeno biológico y jurídico a fin de ofrecer una alternativa a la necesidad de que dos personas de distinto sexo participen en él para hacerlo factible. De este modo, el ordenamiento jurídico puede permitir que la procreación se articule “como si” no hubiera más que un engendrante, esto es, obviando jurídicamente la participación del otro. Es el caso de las técnicas de reproducción asistida facilitadas a mujeres no casadas¹⁹. El donante o donantes permanecen en el anonimato, por lo que la procreación, a efectos jurídicos, se entiende con la

persona que recibe la asistencia²⁰. El que se admita esta procreación “en solitario” tiene consecuencias para la futura maternidad, ya que el anonimato del donante se extiende al nacimiento, de forma que el hijo nace con, jurídicamente, un solo progenitor.

Distinto de la maternidad “en solitario” es el supuesto en que la no intervención de un hombre llamado a ostentar la condición jurídica de padre obedece a la orientación sexual de la mujer. En este caso, también contemplado por la norma, se permite que la filiación se determine a favor de la cónyuge de la usuaria de la técnica de reproducción asistida, de modo que jurídicamente se construye un vínculo materno-filial distinto del biológico²¹.

Ya en el ámbito de la imposibilidad biológica, puede que ésta se deba a la infertilidad del hombre, en cuyo caso, de nuevo a través de la reproducción asistida y del régimen de filiación, la paternidad biológica (del donante) se sustituye por la jurídica del marido, merced a la presunción del artículo 116 CC, o pareja masculina de la madre, en virtud de

20 Al respecto, establece el artículo 5.5 de la Ley 14/2006 que “La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

21 Dispone el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 que “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. El vínculo de la otra progenitora puede ser exclusivamente jurídico o también biológico, si aporta el óvulo. Este segundo supuesto no cabe, sin embargo, en el caso de parejas masculinas, ni siquiera a través de la gestación por sustitución, pues sólo uno de los hombres puede aportar el material genético. Por ello, frente a lo que se plantea en AVILES MOREIRA, J., “Gestación por sustitución: cambios en el reconocimiento de la filiación”, *Ius et Scientia: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, vol 2., n.º 1, 2016, p.117, no existe la posibilidad de que dos hombres puedan tener un hijo biológicamente propio. Es contradictorio hablar, como se hace en LAMM, E., “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2012, p.32, de hijo genéticamente propio de una pareja homosexual masculina y, seguidamente, señalar que, evidentemente, sólo puede serlo de uno.

Bravo-Ferrer, La Ley, Madrid 2006 (versión digital), pp.5 y 6. En relación con esta cuestión, NUÑEZ MARTÍNEZ, M.ª A., “El derecho a la salud en el estado social”, GIMENO SENDRA, V. Y REGUEIRO GARCÍA, M.ª T. (coordinadores), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Editorial Universitas, Madrid 2015, pp.295-298, con particular atención a la jurisprudencia constitucional.

19 Así, el artículo 6.1 de la Ley 14/2006 dispone que “Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”.

declaración conforme (artículo 120.1º CC)²². También puede acaecer que la inviabilidad proceda de la mujer por problemas asociados a la ovulación, no a la gestación. En tal supuesto la donación es de óvulo y la maternidad se fija en atención a la gestación.

La alternativa a las técnicas de reproducción humana asistida es la adopción, que se diferencia de la reproducción asistida, entre otros muchos aspectos, porque no afecta a la procreación, ya que el adoptando es siempre una persona, ya nacido. No se contempla la adopción de un *nasciturus*, en coherencia con la adquisición de la personalidad en el momento del nacimiento, momento a partir del cual existe un menor no emancipado²³.

De todo lo anterior se deriva que, con la excepción de la adopción, que permite adquirir la condición de padre o madre (adoptivo) al hombre o la mujer indistintamente y sin pareja, hasta el punto de preverse como supuesto general (artículo 175.4 CC), las técnicas que permiten reemplazar la filiación biológica por una jurídica están condicionadas por la gestación y, por ello, se hallan al alcance exclusivo de la mujer gestante o sujetas a la participación de la gestante. Un hombre que desee ser padre, salvo que acuda a la adopción, precisa necesariamente de una mujer, de modo que, a diferencia de la gestante, que puede ser madre “en soledad” a través de la donación regulada en la Ley 14/2006, el hombre no puede ser padre “en soledad”. Mas lo mismo le sucede a la mujer que no puede gestar, pues la donación de óvulo no atribuye la condición de madre. Es por ello que la gestación por sustitución se presenta justamente como la alternativa a la adopción para el hombre que pretende ser padre “en soledad” (sea con o sin pareja masculina) o la mujer que no puede o quiere gestar. Desde el punto de vista del acceso a la maternidad viene a presentarse como una tercera opción, distinta de la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida tal y como se entienden y regulan en la Ley 14/2006. No

en vano se ha apuntado la relación de la “maternidad subrogada” con la reproducción asistida²⁴.

2.4 El acceso a la maternidad/paternidad como derecho

Lo expuesto en el subepígrafe anterior permite concluir que en el Derecho español se prevén técnicas o instituciones que permiten acceder a la maternidad/paternidad a quienes por impedimentos biológicos o volitivos no pueden o quieren acudir a la procreación y precisan la intervención de un tercero (el donante o donantes en las técnicas de reproducción humana asistida) o la creación de un vínculo jurídico que sustituya al derivado de la procreación²⁵. La cuestión que se plantea es si esas técnicas o institución generan un derecho o derechos a los aspirantes a la maternidad/paternidad y si ese derecho tiene raigambre constitucional en un derecho fundamental.

La respuesta a la primera cuestión debe ser positiva. En la medida en que las técnicas de reproducción humana asistida se regulan y contemplan determinadas personas como usuarias (artículo 6 de la Ley 14/2006), es evidente que su condición de usuarias les otorga una facultad que debe calificarse de derecho en el marco de la regulación legal. Otro tanto sucede con el/los adoptante/s, a los que se reconocen auténticos derechos en el marco de los trámites para su declaración de idoneidad (artículo 176.2 CC en relación con la normativa autonómica correspondiente). Ahora bien, en todo caso esos derechos no lo son a un resultado (la adquisición efectiva de la

24 BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.77. La relación que se establece se advierte claramente en la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

25 Señala la Sentencia del Tribunal Supremo (STS en adelante; Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, que “Llevar razón los recurrentes cuando afirman que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural”.

22 Ha de tenerse presente que el artículo 7.1 de la Ley 14/2006 establece que “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”.

23 El artículo 175.2 CC, a salvo la excepcional adopción de un mayor de edad o menor emancipado, constriñe la adopción al menor no emancipado, aunque debe señalarse que ha llegado a plantearse la posibilidad de adoptar a un *nasciturus*, si bien sujeto a condición resolutoria posterior al nacimiento, como se señala en MAYOR DEL HOYO, M^a. V., *La guarda...*, op.cit., p.81. Al respecto, POUS DE LA FLOR, M^a. P., “La adopción”, POUS DE LA FLOR, M^a. P. Y TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras), *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid 2009 (2ª edición), pp.87-88.

condición de madre o padre), sino a unas técnicas que pueden traducirse en la maternidad o a un procedimiento dirigido a obtener la cualidad de adoptante.

No cabe, sin embargo, ubicar estas facultades en un derecho fundamental y, por tanto, ha de excluirse que exista una suerte de derecho fundamental a acceder a la maternidad/paternidad más allá de la procreación²⁶. Aunque dicho acceso puede relacionarse con el desarrollo personal a través de la adquisición de tal condición, lo cierto es que el hecho de que el acceso a la maternidad/paternidad no se produzca en el ejercicio de las aptitudes naturales del ser humano introduce un elemento diferencial que impide hallar apoyo iusfundamental.

Debe aclararse, antes de desarrollar la idea apuntada, que se estima que tanto el “*libre desarrollo de la personalidad*” como la “*dignidad*” a que se refiere el artículo 10.1 CE no constituyen por sí mismos derechos fundamentales, sino criterios hemerúuticos e integradores del catálogo cerrado de derechos fundamentales que se recoge en el artículo 14 y Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero CE²⁷. Por tanto, la inclusión del derecho al acceso

a la maternidad o paternidad en ese catálogo no depende de su conexión con el libre desarrollo de la personalidad, sino de su posible identificación como contenido o derecho deducible de alguno de los derechos fundamentales enunciados en la CE.

De acuerdo con lo que se expuso, la procreación se presenta como una libertad y, cuando se pretende superar dificultades (no impedimentos), se intenta “completar” esa integridad afectada por el obstáculo fisiológico. Mas si lo que se lleva a efecto es una sustitución de la procreación por técnicas o instituciones que prescinden de los protagonistas de la procreación (los padres biológicos) o de alguno de ellos (el donante o donantes en las técnicas de reproducción asistida), el derecho pierde su carácter de libertad pura, de desenvolvimiento de la aptitud natural del individuo, y adquiere un carácter netamente prestacional, sea privado o público²⁸. Esto es, requiere una asistencia que permita superar el obstáculo biológico o volitivo.

En relación con este carácter prestacional deben distinguirse las prestaciones que se demandan de los poderes públicos de aquellas que son facilitadas por sujetos privados. A tal fin, partimos de la distinción entre derechos prestacionales y derechos de autonomía, de acuerdo con la cual son derechos de autonomía los que “*exigen un ámbito de autonomía, de libre ejercicio, a disposición del individuo*” y derechos de prestación los “*que exigen la puesta en marcha de técnicas o políticas activas encaminadas a asegurar a los individuos la satisfacción de necesidades básicas que por sí solos, con sus propios medios, son incapaces de satisfacer*”²⁹. Esta distinción se ha aplicado a la relación individuo-Estado para intentar deslindar los derechos civiles y políticos de los sociales, con unos resultados criticables³⁰. Pero, más allá de esta cuestión, la diferenciación entre ambos tipos de

26 Así se mantiene en PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Técnicas de Reproducción...”, op.cit., pp.130-131, si bien por razones distintas a las que se esgrimen en el presente trabajo, pues en la obra citada se apela, como límite al libre desarrollo de la personalidad en cuyo ámbito sitúa la realización del deseo de tener un hijo propio, al interés general de que los niños nazcan en el seno de familias presumiblemente más estables, que se identifican con las fundadas en el matrimonio, lo que estimamos una afirmación sostenida en un prejuicio injustificado.

27 Afirma el Auto del Tribunal Constitucional 149/1999, de 14 de junio, que “Comenzando por esta última invocación, basta recordar que la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como “fundamento del orden político y la paz social” (art. 10 C.E.), para rechazar eventuales violaciones de ese mandato constitucional susceptibles de protección autónoma a través del proceso constitucional de amparo”. Al respecto, OEHLING DE LOS REYES, A., *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, S.L., Madrid 2010, pp.284 y ss, en que se aboga por la constitución de la dignidad como derecho fundamental.

En relación con las funciones indicadas, se señala en REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. Y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra) 2004, p.64, que “Los derechos fundamentales son concreciones o manifestaciones del reconocimiento jurídico de la dignidad, de modo que ésta, que es el «ADN o código genético de aquéllos», confiere unidad de sentido, de valor y concordancia práctica al sistema de los derechos y cumple, en concreto, dos relevantes funciones: hermenéutica (a su luz deben interpretarse los derechos positivados en el texto constitucional) e integradora (puede operar para «descubrir» nuevas dimensiones de derechos fundamentales)”. En línea coincidente, se afirma en BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.35, que “La naturaleza jurídica de la dignidad en la CE, al no encontrarse entre los derechos

fundamentales reconocidos a continuación, ha de ser de principio o valor, y por tanto tiene una función interpretativa respecto de las demás normas jurídicas”.

28 Al respecto, en ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.70, al abordar la existencia de un derecho constitucional “a procrear”, se cuestiona si se trata de un auténtico derecho (facultad de exigir a alguien su realización, por ejemplo a la Administración) o una expresión de la libertad personal. La argumentación es errónea, pues lo que se plantea no es si es un derecho, sino el tipo de derecho (libertad o prestacional).

29 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”. *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010, pp.58-59.

30 ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Argumentos...”, op.cit., pp.59 y ss.

derechos permite distinguir en el marco de los derechos fundamentales aquellas actuaciones individuales que simplemente precisan de la abstención de los demás (derecho a la vida, a la libertad de expresión, etc.), derechos absolutos, de aquellos que requieren para su eficacia de una prestación ajena, sea de los poderes públicos (directa o indirectamente) o de sujetos privados, derechos relativos. Así, verbigracia, la educación puede facilitarse por el Estado o por centros privados, y otro tanto sucede con el derecho a recibir información, que requiere medios de comunicación que la proporcionen. En el primer caso, el Estado asume un papel activo, de prestador de servicios, ya sea porque el centro es público o porque lo financia, en tanto en el segundo el Estado puede limitarse a abstenerse de cualquier intervención o fiscalizar, o incluso prohibir, la actuación privada. De este modo, la satisfacción de las necesidades personales, con encaje en el libre desarrollo de la personalidad, puede asumirse como deber propio del Estado o dejarse al mercado, con o sin intervención estatal.

Expuesto lo anterior, cabe rechazar que el acceso a la maternidad/paternidad tenga encaje en el derecho a la igualdad (artículo 14 CE), al existir una diferencia sustancial entre la procreación (aunque sea auxiliada para vencer una dificultad) y la asistencia a la maternidad/paternidad en caso de imposibilidad, sea fisiológica, sea volitiva³¹. El supuesto no es equiparable al de la posibilidad de determinación de la filiación a favor de la esposa de la usuaria de técnicas de reproducción asistida, pues esa determinación es legal, al igual que sucede con la del marido, que se presume, de modo que sería discriminatorio no permitir la determinación jurídica (no biológica) por el hecho de la orientación sexual. En cambio, la

pretensión de equiparar el caso de aptitud natural para la procreación con la imposibilidad fisiológica o volitiva supondría obviar esa inviabilidad, la cual no es arbitraria o injustificada, sino derivada de una circunstancia no por indeseable menos fortuita (imposibilidad biológica) o por los respetables deseos u orientación sexual de la persona (imposibilidad volitiva).

Tampoco puede hallarse su apoyo en el derecho en el derecho a la integridad física (artículo 15 CE), pues, al margen de la discutible fundamentación de la asistencia sanitaria en dicho derecho, en el supuesto planteado se trata de obviar los impedimentos biológicos o la decisión, respetable, sin duda, de no ejercitar las capacidades de que se dispone naturalmente a fin de procrear, y no de vencer una dificultad; esto es, no se “integran” las capacidades naturales, sino que se sustituyen por medio de técnicas o instituciones.

Y en lo tocante al derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), en principio la exigencia de prestaciones al Estado no puede residenciarse en tal derecho, ya que se trata de un derecho de naturaleza esencialmente negativa, de abstención, no prestacional. El apoyo al acceso a la maternidad/paternidad podría, sin embargo, ubicarse en la vertiente de autodeterminación personal que se ha advertido en el derecho a la intimidad³². En la medida en que las persona/s que pretenden acceder a la maternidad/paternidad adoptan decisiones que atañen a su vida personal, podría considerarse restrictivo de su derecho a desenvolverse libremente en esa esfera personal que se constriñera el acceso a técnicas ofertadas (reproducción humana asistida) o al concierto con terceros (gestación por sustitución). Desde este punto de vista cabría advertir un apoyo iusfundamental al acceso a la maternidad/paternidad en lo relativo a la voluntad de las personas que aspiran a ser madre o padre³³. Ahora bien, la virtualidad de este derecho

31 Apunta la STS (Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, que “*Los propios recurrentes reconocen que uno y otro supuesto son diferentes [la inscripción de la filiación a favor de dos mujeres cuando una de ellas se somete a tratamiento de reproducción asistida y la otra es su cónyuge frente al matrimonio de dos hombre], por razones evidentes. La desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente*”. A este respecto, en REDONDO SACEDA, L., “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada”, *Anuario de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n.º 9, 2016, pp.64 y ss, tras examinar el eventual fundamento del “derecho a la reproducción” a la luz de la “asimetría reproductiva” se llega a la conclusión de que no cuenta con apoyo en el principio de igualdad.

Frente a ello, en AVILÉS MOREIRA, J., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.117, se apela a los principios de igualdad y no discriminación como argumento a favor de la regulación y legalización de la gestación por sustitución, si bien el artículo parte del error de atribuir a las parejas masculinas la posibilidad de tener hijos biológicos.

32 Así, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho...*, op.cit., p.53, se asocia a la intimidad la privacidad “*que ha de permitir al sujeto tomar autónomamente y sin injerencias las decisiones que afecten a su esfera de la intimidad personal y familiar*”.

33 Esta postura se advierte en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH en adelante) de 10 de abril de 2007, caso Evans c. Reino Unido, en que se afirma que el derecho a la vida privada comprende, entre otros, “*aspectos de la identidad física y social del individuo, singularmente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a entablar y mantener relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior*”, por lo que comporta el “*derecho al respecto a la decisión de tener hijos o de no tenerlos*”. En sentido coincidente, la STEDH de 4 de diciembre de 2007, caso Dickson c. Reino Unido, afirma que “*la denegación de la inseminación artificial afecta a su vida privada y familiar*”.

está muy limitada, ya que esas decisiones, lejos de restringirse al plano personal del que adopta la decisión, afectan o pueden afectar a derechos o bienes constitucionalmente protegidos (la gestante, el *nasciturus*) o intereses de gran relevancia para el Estado (la institución familiar, las técnicas biosanitarias, etc.), por lo que el margen de decisión jurídicamente aceptable puede estar muy condicionado y, lo que es más decisivo, su eficacia precisa de un presupuesto al que se ha rechazado que el Estado esté obligado: la permisión de la técnica³⁴.

En definitiva, de resultados de lo argumentado se concluye que el Estado no debe asumir por mandato constitucional la facilitación del acceso “a” la maternidad/paternidad³⁵. El fomento (o desaliento) de la maternidad/paternidad es una decisión política. Aunque en determinados momentos o Estados se ha intentado restringir la procreación, lo común es que la generación de nuevos seres humanos se contempla social y jurídicamente como algo positivo, por su condición de presupuesto de la familia y porque el aumento de la población se considera enriquecedor³⁶.

incluyendo estas nociones el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos”. Acerca de estos pronunciamientos, FARNOS AMORÓS, E., “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho, n.º 36, 2016, pp.96 y ss.

34 A este respecto, debe destacarse que, como señala la STEDH de 1 de abril de 2010, caso S.H. y otros c. Austria, “no hay obligación por parte de un estado de establecer una legislación de este tipo para permitir la procreación artificial”.

35 Coincide esta postura con la manifestada en de VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Notas...”, op.cit., 2016, p.353: “La libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir, o no un hijo) sustraído a la inferencia estatal, pero de esta libertad no se desprende un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva la pretensión de tener hijos. Concretamente, no existe un derecho a exigir al Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona, en cualquier circunstancia y de cualquier modo”. En este sentido, respecto de la gestación por sustitución se afirma en BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.207, que “cabe una solución intermedia que puede garantizar que, en efecto, la maternidad subrogada se pueda llevar a cabo de manera altruista, mediante la Administración sanitaria, y de manera que ese control se ejerza por el propio Estado como una prestación de la Seguridad Social. Esta es una posibilidad también de difícil solución, porque no existe un derecho de las personas a la maternidad o a la paternidad, y por tanto el hecho de que la sanidad pública preste estos servicios no tiene de momento un acomodo jurídico claro”. Ello es coherente con la afirmación en la STEDH de 24 de enero de 2017, caso Paradiso y Campanelli c. Italia, de que “Las previsiones del artículo 8 no garantizan el derecho a fundar una familia o a adoptar”. entendido en el sentido de que no existe la facultad de exigir la efectividad de ese deseo.

36 En este sentido, se afirma en FERNÁNDEZ MUÑOZ, P.I., “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, *Dilemata*, n.º 26, 2018, p.32, que “Ciertamente, debemos plantear-

El valor que se atribuye a la familia y al incremento de la población influyen en el régimen de desánimo o fomento que se aplica no sólo al proceso biológico de la procreación (libertad del ser humano), sino también a medidas alternativas a ese proceso (reproducción asistida o adopción), aunque no sea el único factor determinante.

En el caso español, al atribuirse un valor positivo se permite el acceso y se facilitan esas alternativas, pero esta circunstancia no implica que nos hallemos en presencia de un derecho fundamental, por lo ya indicado. Su calificación adecuada es la de derecho (al acceso a la maternidad/paternidad) de configuración legal en el marco del principio rector de la política social y económica que se recoge en el artículo 39.1 CE como medida orientada a posibilitar la formación de familias a través de la maternidad y paternidad. Más allá de este principio rector, el Estado se encuentra a lo sumo una voluntad orientada a la maternidad/paternidad que reclama su abstención, pero que es extremadamente susceptible de restricciones y que, en este sentido, se halla condicionada no sólo a la oferta de servicios (sin los cuales el acceso pretendido le es inviable), sino también a la admisibilidad de éstos, lo que nos conduce al siguiente epígrafe.

3. EL DERECHO A LA DISPOSICIÓN SOBRE EL PROPIO CUERPO

Para que pueda tener lugar la gestación por sustitución es condición imprescindible que una mujer acepte gestar en su útero un embrión resultante de la combinación de un espermatozoide y un óvulo que no tiene por qué proceder de la mujer gestante. Dicha gestación comporta, por ende, la disposición de un órgano del cuerpo de una mujer que es cedido, gratuita u onerosamente, durante el tiempo del embarazo, y de las funciones y cuidados precisos para el correcto desenvolvimiento del embarazo y, por ello, plantea la admisibilidad de la libre disposición por una persona de partes de su propio cuerpo.

3.1 Fundamento del derecho

La constatación de un “derecho sobre el propio cuerpo” debe partir de la conceptualización de la dignidad humana a fin de concretar el tratamiento

nos si la procreación la entendemos como un derecho o como un deseo, pero aunque concluyéramos que es un deseo, parece lícito que el Estado lo considere bueno y lo fomenta hasta donde los representantes de los ciudadanos consideren oportuno”.

jurídico que debe recibir el cuerpo humano, tanto como “todo” como respecto de cada una de sus “partes”³⁷. Como se ha señalado, la dignidad se vincula con la condición de la persona como sujeto, no objeto, del Derecho³⁸. A partir de esa concepción es dominante la postura de que las partes del cuerpo, en tanto se integran en el sujeto de derecho, la persona, no pueden recibir el tratamiento jurídico de “cosa”³⁹. Ello excluye la sujeción de las partes del cuerpo a derechos reales⁴⁰. Ahora bien, el que las partes del cuerpo no sean una “cosa” no significa que no se aprecie una facultad de disposición sobre ellas, sino que esa facultad (derecho) no puede ubicarse en el dominio y, por tanto, ha de ser expresión de otros derechos, acaso fundamentales.

El fundamento a esa facultad de disposición se ha residenciado en el “libre desarrollo de la personalidad”, en la autodeterminación individual a que ya se ha hecho referencia y que es también una manifestación de la vertiente dinámica de la dignidad⁴¹.

37 Empleamos la expresión “derecho sobre el propio cuerpo” a pesar de las críticas por su falta de tecnicidad a que se refiere HERVADA XIBERTA, J., “Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 2, 1975, pp.219-221.

38 Así, se afirma en BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., pp.38 y 39, que “*Es la singularidad de la naturaleza humana, en relación con animales, instituciones o bienes, la que exige el reconocimiento de la dignidad*”. Se señala en REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. Y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución...*, op.cit., p.62, que las bases para la fundamentación de la idea de dignidad se sitúan doctrinalmente en KANT, en cuya obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (traducción de MANUEL GARCÍA MORENTE, Madrid 1921), p.46, se afirma que “*todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás, nunca como simple medio, sino siempre al mismo tiempo como fin en sí mismo*”. Al respecto, se apunta en PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2005, p.169, que “*Calificar a la persona como fin en sí mismo, nunca medio, incompatible con un precio equivale, en términos jurídicos, a considerarla, en todo caso, como sujeto de Derecho, nunca como objeto*”.

39 Criterio ya presente en el Derecho romano, como se señala en HERVADA XIBERTA, J., “Los trasplantes...”, cit., pp.201 y ss. En este sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGE BENEGIU, J.M., *La maternidad portadora...*, op.cit., p.132.

40 REDONDO SACEDA, L., “Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 12, 2017, p.134 y ss.

41 Al respecto, afirma la STC 53/1985, de 11 de abril, que “*la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*”. Como se

Al igual que ésta, se presenta como un principio que se proyecta sobre los derechos fundamentales, en este caso en forma de reconocimiento de la validez y eficacia de las decisiones que el propio individuo adopta sobre el desenvolvimiento de sus derechos. Despliega su influencia en el derecho fundamental a la integridad física y la intimidad corporal. Aunque estos derechos presentan una dimensión defensiva muy clara, también admiten una aplicación dinámica de acuerdo con la cual el derecho a la integridad física se sujeta a la decisión del individuo titular sobre esa integridad y el derecho a la intimidad corporal como garantía de un ámbito de actuación ajeno a la injerencia externa. En definitiva se trata del espacio reconocido al consentimiento del individuo, a la voluntad de la persona⁴².

3.2 Los límites al “derecho a la disposición sobre el propio cuerpo”

Una vez perfilado el fundamento del derecho, es preciso abordar sus límites y, en relación con el objeto del presente estudio, determinar si alguno de ellos se opone a la gestación por sustitución.

3.2.1. La “cosificación”

A partir de la vinculación de la dignidad con la condición de la persona de sujeto, no objeto, de derecho se afirma con carácter de principio que no son tolerables las conductas que “cosifican” al ser humano, esto es, que convierten al sujeto en objeto. Esta afirmación, aplicada en todo su alcance, supondría que cualquier actuación que realice un individuo y que lo cosifique es inadmisible por indigna, y por tanto que el desenvolvimiento del sujeto (la autodeterminación individual) no ampara ese tipo de actuaciones⁴³. Si la

señala en PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2005, p.202, “*ciertamente, la dignidad humana implica sin duda, como se deduce de los anteriores razonamientos, un básico derecho de autodeterminación de las personas, de modo que éstas configuren a su libre albedrío su existencia*”. De hecho, en KANT la autonomía se presenta como esencia de la dignidad, pues “*La autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional*”, *Fundamentación...*, op.cit., p.49.

42 En esta línea, se sostiene en GARCÍA ÁLVAREZ, P., *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Tirant lo blanch, Valencia 1999, p.470, con apoyo en el libre desarrollo de la personalidad, que la integridad física es un bien jurídico individual disponible.

43 Ejemplo de un planteamiento de este tipo es PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad...*, op.cit., p.170, en que se

dignidad supone la condición de sujeto y el libre desarrollo de la personalidad es la consecuencia de esa condición, por consistir en el ejercicio de las facultades propias del sujeto de derecho, resulta ilógico que la misma dignidad que subjetiva a la persona se vuelva en contra de esa subjetivación y sirva para cosificar a la persona y, por tanto, privarla de su dignidad. Así entendida la dignidad, podría concluirse que la cosificación no es un límite, sino una delimitación de la dignidad, al impedir la dignidad cualquier cosificación, aunque pretenda ampararse en una manifestación de la dignidad (el libre desarrollo de la persona).

Este planteamiento, sin embargo, no se aplica con el rigor expuesto, pues lo cierto es que la cosificación de la persona se admite en múltiples variantes⁴⁴. La única que no se acepta, porque supondría la negación misma de la dignidad entendida como se ha expuesto, es la conceptualización del ser humano como “cosa” y no como sujeto de derecho. Esto es, el ser humano en su integridad no puede ser jurídicamente una “cosa”, lo que excluye palmariamente la admisibilidad de la esclavitud, que es la negación de la cualidad de sujeto de derecho. Extendida a los elementos integrantes, impide el tratamiento como “cosa” de las partes del cuerpo. Pero, al margen de estos supuestos, esto es, asumida la condición de sujeto de la persona, como “todo” y como “partes”, sí se admite que el sujeto se “cosifique” en el sentido de aceptarse que, sin identificar su cuerpo o partes del cuerpo como “cosa” jurídicamente, se les dé un tratamiento equiparable al de las cosas hasta el punto de ser objeto de contrato en ciertos casos. No se “cosifica” como conversión del cuerpo en “cosa” en sentido técnico-jurídico (“*entidad autónoma al hombre susceptible de apropiación por él y de rendirle una utilidad económica*”), sino en sentido vulgar de tratamiento como si fuera una cosa, un objeto inanimado ajeno al ser humano.

La delimitación de los supuestos en que se admite la “cosificación” en el sentido indicado depende del alcance que se atribuya a la dignidad en su manifestación de límite. Más allá de la afirmación del sujeto, la cuestión radica en la repugnancia social al tratamiento de la persona “como si fuera” una cosa,

afirma que “la dignidad humana, genéricamente, se «juridificará» en la exigencia de protección ante cualquier «cosificación» del hombre, sin perjuicio de que, en concreto, tome cuerpo jurídico, ordinariamente, en específicos derechos en cuya base se sitúa (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, etc.)”.

44 Es más, en la obra de KANT citada no se dice que no sea admisible contemplar al ser racional como simple medio, sino que siempre deberá simultanearse esa contemplación con la de fin en sí mismo.

aunque no lo sea, que es lo que actualmente no se discute y se toma como presupuesto. Esa repugnancia o aceptación es graduable, depende de circunstancias sociales e históricas y en un plano teórico presenta un arco que va de la cosificación total (el ser humano como “cosa” jurídica o esclavitud) a la negación absoluta de la cosificación, que impediría cualquier “prestación” y sería tanto como negar la naturaleza social del ser humano. Esta última aseveración puede resultar sorprendente, dada la aceptación general de la prestación de servicios entre personas. Sin embargo, vinculada la “cosificación” a la instrumentalización del ser humano, a su presentación o actuación como medio y no como fin, la prestación es simplemente una de las diversas manifestaciones de este fenómeno, que resumidamente se pueden agrupar en cuatro modalidades, siempre desde el respeto a la consideración de la persona como sujeto:

- El empleo de todo el cuerpo a modo de instrumento. En realidad es un supuesto que no se suscita de forma “pura”, ya que, al no ser la persona un ser inanimado, de una manera u otra interviene su fuerza de trabajo. El ejemplo sería el tristemente conocido “lanzamiento de enanos”⁴⁵.
- La cesión de partes del cuerpo. Es el caso de la entrega de órganos.
- El uso de la fuerza de trabajo. Se manifiesta en todos los supuestos de trabajo al servicio de otra u otras personas.
- Supuestos mixtos en que se combinan los anteriores. Un ejemplo es la prostitución, en que la utilización de la persona lo es de su cuerpo, pero también de su fuerza de trabajo.

A la luz de esta clasificación, la gestación por sustitución se presenta como un tipo mixto de cosificación, en que existe un órgano claramente instrumentalizado (el útero de la gestante) al servicio de otra persona (la o los comitentes), pero en que la cosificación también se extiende al resto del cuerpo, pues la gestación compromete a la gestante en su integridad, y a servicios que debe prestar la gestante a fin de que el embarazo se desarrolle de forma satisfactoria⁴⁶.

45 Al respecto, PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad...*, op.cit., pp.179 y ss.

46 Como se señala en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., “Gestación por sustitución: reflexiones desde la perspectiva pediátrica”, *Revista Pediatría de Atención Primaria*, vol. 19, n.º 75, julio/septiembre 2017, p.204, a la luz de la epigenética

La clasificación expuesta tiene una indudable influencia en el grado de tolerancia social a la cosificación, ya que se advierte una anuencia creciente del primer al tercer tipo (se acepta más fácilmente un servicio que un compromiso de todo el cuerpo como instrumento) y matización en los supuestos mixtos en atención al peso relativo de los elementos que intervienen (cuerpo-prestación). Mas la faceta del ser humano afectada por la cosificación no es el único factor que influye en la admisión del fenómeno, sino que se interrelaciona con otra circunstancia, la remuneración o gratuidad de la cosificación.

La remuneración implica “mercantilización” y conlleva una mayor intensidad de la cosificación. El carácter oneroso de la instrumentalización del ser humano convierte lo instrumentalizado en una mercancía, no en el sentido jurídico, pues el concepto se constriñe a las cosas y ya se ha expuesto que el ser humano no lo es, pero sí en el de elemento sujeto al tráfico mercantil⁴⁷. La superior intensidad de la mercantilización frente a la cosificación gratuita radica en el grado de disposición del enajenante. Siempre que se cosifica, se instrumentaliza, el ser humano se desprende de parte de sí, ya sea de una porción de su cuerpo como entidad física o de su fuerza de trabajo. La remuneración comporta que el poder de

disposición del individuo respecto de esa enajenación se reduce, pues el altruismo permite presumir la libertad de quien realiza la enajenación en tanto la retribución determina que la causa se asocie a la retribución⁴⁸. Además, la cosificación se hace más evidente, pues la fuerza de trabajo o la parte del cuerpo se presentan con un valor de cambio que las equipara a cosas (dinero, otros bienes). Dicho de otro modo, si existe una manifestación clara de que el ser humano (una de sus manifestaciones) se convierte en un medio es aquella en que ese medio es intercambiable comercialmente con otros inanimados.

Combinadas las dos clasificaciones indicadas (elemento del ser humano afectado y carácter remunerado o no) se aprecia que, actualmente, la implantación y aceptación inmensamente generalizada del modelo económico capitalista conlleva que la mercantilización de la fuerza de trabajo en su vertiente abstracta se asuma sin objeciones de plano y que el debate se desplace a las condiciones de esa mercantilización (tiempo, lugar, intensidad, etc., del trabajo), aunque no debe olvidarse que también existen rechazos doctrinales de plano a esa mercantilización. En cambio, la mercantilización del cuerpo genera mayor rechazo, a pesar de que no supone sino otra forma de cosificación remunerada⁴⁹. Varios factores explican esta diferencia de trato:

El cuerpo, frente al trabajo, no se halla tan expuesto en las relaciones sociales. Esto permite que en torno al cuerpo se haya articulado no sólo una manifestación específica de la intimidad (la intimidad corporal), sino que también en relación con él se identifiquen las manifestaciones más claras de la

“no es posible sostener que la gestante sea ni una incubadora mecánica, ni una persona que simplemente cede una parte de su cuerpo temporalmente”. Con más rotundidad aún se afirma en PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona 1995, p.295, que *“La madre «subrogada» contrata el derecho sobre su singular capacidad fisiológica, emocional y creativa de su cuerpo, es decir, de sí misma como mujer”.*

La cosificación de la gestante es manifiesta en la Exposición de Motivos y artículo 1 de la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, al identificar el derecho que, siempre según la Proposición *“asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia”*, es decir, a instrumentalizar a otra persona.

En línea con la clasificación expuesta, en PANTALEÓN PRIETO, A.F., *“Técnicas de Reproducción...”*, op.cit., p.133, se conecta la “maternidad subrogada” con la prostitución al argumentar su rechazo con fundamento en las buenas costumbres y la paradoja, a juicio del autor, de que se permita la segunda. En este sentido, se señala en PATEMAN, C., *El contrato...*, op.cit., p.291, que *“La mayoría de los argumentos utilizados para defender o condenar la prostitución han reaparecido a raíz de la controversia sobre la maternidad «subrogada»”.*

47 Al respecto, se afirma en MARX, K., *El Capital*, Tomo I, p.106, que *“Entendemos por capacidad o fuerza de trabajo el conjunto de las condiciones físicas y espirituales que se dan en la corporeidad, en la personalidad viviente de un hombre y que éste pone en acción al producir valores de uso de cualquier clase (...) La segunda condición esencial que ha de darse para que el poseedor de dinero encuentre en el mercado la fuerza de trabajo como una mercancía, es que su poseedor, no pudiendo vender mercancías en que su trabajo se materialice, se vea obligado a vender como una mercancía su propia fuerza de trabajo, identificada con su corporeidad viva”.*

48 El CC lo refleja en el artículo 1274: *“En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.* En este sentido, en PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad...*, op.cit., n.a.p.p.428, p.207, se apunta que *“Por otra parte, la remuneración induce a pensar que la «víctima» sólo es libre teóricamente (sin mediar precio no es fácil que se prestase a actuaciones semejantes), y, además, aboca a concluir que el acto degradante es consecuencia de una situación general degradada”.*

49 No en vano el artículo 3.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que *“En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: (...) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro”.* Y en sentido coincidente el artículo 21 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 establece que *“El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”.*

intimidad⁵⁰. Y de ahí que las intrusiones en el cuerpo, frente a las que afectan a la fuerza de trabajo, despierten una mayor sensibilidad. En conexión con ello, la enajenación del cuerpo, sea por separación, sea por sujeción a un uso externo, es más evidente para el enajenante, pues en el primer caso advierte sensorialmente lo perdido y en el segundo el sometimiento de su cuerpo es más palmario que en el desgaste y compromiso de éste de resultados del trabajo.

En definitiva, la aceptación de la mercantilización depende del respeto que se dispensa al ser humano a sí mismo y de hasta qué punto está dispuesto a aceptar que se lo trate como a una cosa, lo que, entronca con otra cuestión que trasciende todo el epígrafe: la vertiente colectiva de la dignidad. Esta vertiente implica que el ser humano se contempla no sólo como sujeto aisladamente considerado, sino como parte del todo que es la humanidad⁵¹. Aunque podría pensarse que ello supone una cosificación, por tratar al individuo como instrumento del colectivo, cabe entender que lo apropiado es equiparar la relación individuo-sociedad a la que se establece entre el ser humano y su cuerpo en lo relativo a la concepción del cuerpo no como una cosa, sino una parte del ser humano; ello sin olvidar la dialéctica que existe entre el sujeto social y el individual suscitada por la voluntad propia del individuo⁵².

Esta dimensión colectiva, frente a la individual, sirve de fundamentación a la restricción, al margen de la decisión individual, de determinadas conductas porque se considera que son inaceptables por el ser humano⁵³. Opera, por tanto, como límite de la liber-

tad y despliega sus efectos no sólo en el caso de la mercantilización, sino también en el de la cosificación gratuita, pues se ha afirmado que se enmarca en un paternalismo jurídico de grado máximo, al implicar desconocer la voluntad de la persona concreta en aras a unos valores de tipo colectivo que son los que fundamentan la apreciación de un perjuicio para el individuo, a pesar de que éste no lo considera tal⁵⁴.

Es desde la óptica de la dimensión o vertiente colectiva o comunitaria de la dignidad que la gestación por sustitución resulta inaceptable cuando es retribuida⁵⁵. La extensión de la mercantilización no

se obvia por la doctrina que pretende resolver la controversia con apoyo en la pura voluntad negocial, como sucede en FLORES RÓDRIGUEZ, J., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.84, en que se llega a afirmar que “*Lo cierto es que la gestación por sustitución, como cualquier otra técnica de reproducción asistida o como la adopción, plantea un desacuerdo entre la realidad biológica que impone la naturaleza y el proyecto de paternidad responsable deseado por los padres, de ahí que la voluntad negocial resulta el instrumento adecuado para resolverlo*”. Totalmente opuesto a este planteamiento, se sostiene en BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.209, que “*Cualquier regulación que se intentara, en el supuesto de constitucionalidad de la maternidad subrogada, necesariamente tendría que ser establecida por el derecho público y sustraída a la materia contractual. Solamente con la intervención estatal se podría considerar que los requisitos de altruismo, solidaridad y protección de los derechos del menor estarían garantizados. Pero, en tal caso, es posible que no haya interés por parte de esos grupos en la legalización de la maternidad subrogada, dado que desaparece el interés comercial por completo*”.

54 Como se señala en BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., pp.172-173, en un Estado social lo que se plantea es que “*un entendimiento del paternalismo, en términos tales que el Estado haya de abstenerse de intervenir en todo aquello que no repercuta en terceras personas, en principio podría ser respetuoso con el principio de libre desarrollo de la personalidad, sin embargo, lo que el Estado hace es establecer limitaciones a la libertad individual, porque hay conductas individuales que producen daños al conjunto de la sociedad*”. Ello por cuanto, como se apunta en EN REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. Y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución...*, op.cit., p.63, “*De ahí que la dignidad sea irrenunciable e inalienable. Este dato debe retenerse porque si se concluyera razonablemente que el ejercicio (...) atenta contra la dignidad humana, ésta no podría verse permitida o reconocida por el Derecho incluso aunque mediara el consentimiento de quienes la practican*”.

Cabe destacar que este concepto de paternalismo difiere del que lo restringe a “*la limitación directa o indirecta de la libertad de un individuo guiada por el propósito de evitarle un perjuicio – en cuyo caso hablamos de paternalismo negativo (...) o procurarle un beneficio – el llamado paternalismo positivo*”, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud”, MENDOZA BUERGO, B. (editora), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones ÉTICAS Y JURÍDICAS*, CIVITAS/THOMSON REUTERS, CIZUR MENOR (NAVARRA) 2010, P.64. Acerca de este concepto, ALEMANY GARCÍA, M., “El concepto y la justificación del paternalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 28, 2005, pp.266 y ss.

50 Es revelador que, como se señala en CALAZA LÓPEZ, S., “Derecho a la intimidad personal, familiar y corporal en el ámbito biosanitarios”, GIMENO SENDRA, V. Y REGUEIRO GARCÍA, M^a. T. (coordinadores), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Editorial Universitas, Madrid 2015, pp.276 y 277, “*el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no siempre resulta coincidente con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal*”.

51 Como se apunta en REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. Y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución...*, op.cit., p.64, se trata de la “*dimensión comunitaria*” de la dignidad, pues “*La cuestión de la dignidad personal no sólo atañe a cada individuo en concreto sino a toda la sociedad en su conjunto, precisamente porque todas las personas son iguales en dignidad y derechos*”.

52 Al respecto, se afirma en PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad...*, op.cit., p.208, que “*la existencia individual –y la propia dignidad– tiene en sí un valor para la sociedad, lo que resulta lógica consecuencia de su naturaleza de ser social*”.

53 La dimensión comunitaria o colectiva de la dignidad

55 En SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por

ya sólo a una parte del cuerpo de la mujer (el útero) sino a la totalidad de éste y, aún más allá, a la persona en su conjunto, pues la gestación compromete a la mujer en su totalidad y somete a ésta a un enorme esfuerzo físico y psicológico, ha de reputarse social y jurídicamente inasumible, ya que ha de reputarse que la conversión de la persona en instrumento (mercancía) al servicio de otro u otros (el comitente o comitentes) que entraña supera los patrones colectivos de dignidad⁵⁶. Si el Estado de Derecho debe perseguir, y esa es nuestra postura sin duda, la dignidad del ser humano y restringir, al menos, las formas más extremas de alienación, es evidente que, con independencia en estos supuestos de la voluntad de las partes, ha de impedirse una práctica mercantilizadora de tal alcance⁵⁷.

sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, n.º 99, 2017, p.94, se apela al análisis de género (factores sociales, culturales y económicos que de hecho condicionan la autonomía de las mujeres) para reclamar que el punto de mira se sitúe en la superación de la concepción instrumental, cosificadora, del cuerpo y capacidad reproductora de la mujer, que le niega su capacidad de sujeto, y no en el concepto de dignidad colectiva. Aunque coincidimos en que el enfoque debe ubicarse en la alienación, el deslinde de que se parte de este enfoque respecto de la dignidad colectiva resulta contradictorio, ya que es la dignidad colectiva, propia del ser humano, lo que se opone a la cosificación.

56 En este sentido se pronuncia REDONDO SACEDA, L., “Libre disposición...”, op.cit., p.137: “Desde una perspectiva de derechos fundamentales, la prohibición de una transmisión lucrativa parece sustentarse en la salvaguarda de la integridad humana y la dignidad de la persona. En este sentido, parece posible considerar que el cuerpo humano y sus partes deberían constituir una frontera intraspasable derivada de la protección de la integridad y la dignidad humanas. No se trata de coartar la capacidad de decisión de las personas, sino de mantener una libre disposición sobre el cuerpo no sujeta a un lucro que pueda derivar en la deshumanización del mismo convirtiéndolo en un mero objeto”. En línea coincidente, SOUTO GALVÁN, B., “Dilemas éticos sobre la reproducción humana: la gestación de sustitución”, *Feminismo/s*, n.º 8, 2006, p.195, y SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.108, entre otros.

El que se trata de “mercantilización” explica las “fábricas de bebés” o “granjas de mujeres”, como las existentes en India, a que se refiere MARCO ATIENZA, C.M., “Respuestas jurídicas...”, op.cit., n.a.p.p.11, p.194. “Granjas” que contrastan, por su crudeza, con el relato que se presenta en VELA SÁNCHEZ, A.J., “Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, n.º 9056, 6 de octubre de 2017, pp.1 y ss. Por lo menos de aventurado cabe calificar la afirmación ibídem, p.5, de que no existen razones jurídicas de peso para oponerse a la gestación por sustitución retribuida.

57 Al hilo de lo expuesto anteriormente, es sumamente perturbadora la apelación que se realiza en algunas obras a las relaciones de Abraham con Agar ante la infertilidad de su esposa Sara (Génesis 30:3) como precedente de la gestación por sustitución, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora...*, op.cit., p.25, e incluso para preguntarse por qué se cuestiona la figura si el Dios del Antiguo Testamento la admitía (LAMM,

En cambio, en el caso de la gestación por sustitución altruista, al no concurrir la mercantilización ni, por ende, el grado tan intenso de cosificación, la admisión de sus manifestaciones se ve condicionada por el punto de vista que se adopte. Así, puede partirse de la libertad del individuo para disponer de su cuerpo, siempre que no exista mercantilización, salvo en caso de actuaciones que se estimen socialmente inaceptables, o adoptarse el planteamiento inverso, esto es, rechazar la cosificación a excepción de en aquellos supuestos en que se aprecie una finalidad colectivamente estimada valiosa y que, por ello, haga asumible la conducta pretendida. De nuevo se trata de una confrontación entre la decisión subjetiva y la dignidad social que se proyecta sobre los comportamientos particulares⁵⁸.

El hecho de que en esta manifestación de la gestación por sustitución no concorra mercantilización aboga por aplicar el primero de los criterios referidos desde la óptica exclusiva de la gestante⁵⁹. Al no existir un interés crematístico, al menos aparente, debe presumirse que la decisión del sujeto es libre y que su propósito, si no altruista, es fruto de una voluntad autónoma⁶⁰. Y dado que la conducta no es manifiestamente rechazable desde una perspectiva colectiva

E., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.4), pues la concepción con una esclava (Agar) a modo de sustitución de la esposa no es sino un ejemplo extremo de cosificación, en que la instrumentalización de una persona, la esclava, es absoluta.

58 Lo cual se relaciona con el problema de ser la dignidad una idea abierta en su contenido y en el tiempo, REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. Y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución...* op.cit., p.63.

59 Lo que no cabe es negar la cosificación o equipararlo a situaciones en que la decisión limita sus efectos a la esfera individual de la persona que la toma y no se desarrolla en interés de un tercero, como se hace en ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 6, n.º 2, 2014, p.21, al afirmar que “La mujer que alumbró a un niño sobre el que no ejercerá la maternidad, haciendo posible el proyecto procreativo de otra mujer, no niega más de lo que da, ni se niega a sí misma como madre en una forma menos radical ni más censurable que la mujer que ingresa en una orden religiosa con voto de castidad, o se entrega al deleite sexual utilizando los medios anticonceptivos que la ciencia ha introducido en el mercado”.

60 Por la admisibilidad de la gestación gratuita se pronuncian PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Técnicas de Reproducción...”, op.cit., p.133, SOUTO GALVÁN, B., “Dilemas éticos...”, op.cit., p.195 y ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro...”, op.cit., p.21, entre otros. Se matiza en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.95, que “Pero es que incluso en el caso de mujeres que accedan a estos contratos sin necesidades económicas, las cuales son obviamente una minoría, sería cuestionable sino jurídica sí al menos éticamente el uso instrumental que se hace de ellas”.

(como sería el caso, verbigracia, de la cesión a otro de un órgano con destino a comida, por mucho que el cedente no lo haga por ánimo de lucro), centrada la atención únicamente en la gestante, hay que insistir en ello, y en un plano abstracto, lo adecuado es respetar el espacio de libertad del sujeto⁶¹. Ello no obstante, no debe olvidarse que la gestación por sustitución implica un impacto indudable para la salud de la gestante, superior al de cualquier embarazo por emplearse técnicas de reproducción asistida, por lo que el consentimiento de la gestante ha de comportar una voluntad que incluya ese riesgo y quebranto adicional⁶².

3.2.2. La validez del consentimiento

Relacionado con lo anterior se halla la validez del consentimiento en que se apoya la disposición sobre el propio cuerpo. A diferencia de la cosificación, que constituye una manifestación de la dignidad que opera como límite del identificado como “derecho sobre el propio cuerpo”, la validez del consentimiento supone un requisito del ejercicio del derecho, ya que toda disposición sobre el cuerpo exige que la persona que pretende realizarla sea, además

de titular, capaz de emitir una conformidad que sea jurídicamente aceptable. La controversia se plantea, más allá de supuestos de incapacidad o limitación de la capacidad de obrar (minoría de edad, enfermedades psíquicas), respecto del consentimiento expresado por mayores de edad no aquejados de dolencias psíquicas que afecten a su capacidad de obrar y que, sin embargo, se encuentran en una situación de debilidad o dependencia que hace dudar de la libertad de la conformidad manifestada⁶³.

Aunque se aprecia una afinidad de la puesta en duda de la validez del consentimiento con el rechazo a la mercantilización o incluso a la cosificación gratuita, ya que el móvil pecuniario está llamado a desplegar sus efectos con mayor intensidad en quienes se hallan en una situación de necesidad económica, no son factores coincidentes. La repulsa a la mercantilización (o cosificación gratuita) opera con carácter general y con apoyo en el grado más intenso de cosificación que entraña, en tanto el cuestionamiento del consentimiento se predica de ámbitos en que se admite éste (lo que una oposición de plano a la mercantilización no aceptaría) y únicamente se rechaza su admisibilidad cuando no existe certeza acerca de la libertad en su formación y emisión. Esto es, el debate sobre el consentimiento acepta la cosificación, lo que sustenta en la libertad del individuo, y justamente intenta asegurarse de que la decisión, que admite sea fruto de la libertad y no de una voluntad viciada por la debilidad motivada por la dependencia o necesidad⁶⁴.

61 No es en modo alguno una postura pacífica. Así, en REDONDO SACEDA, L., “Libre disposición...”, op.cit., p.142, se rechaza la gestación por sustitución incluso en caso de ser gratuita por la pérdida de libertad sobre el propio cuerpo, y en FERNÁNDEZ MUÑOZ, P.I., “Gestación subrogada...”, op.cit., p.32, por la instrumentalización de la mujer que conlleva y que convierte a ésta en una “portadora” que renuncia al vínculo con el hijo que gesta. Y en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.116, se afirma que “En este sentido, no podemos olvidar que cuando se argumenta a favor de la GS con carácter altruista no deja de haber en los discursos que se divulgan en medios de comunicación y en redes sociales una concepción ciertamente «patriarcal» de lo que supone para una mujer la maternidad: la posibilidad de que su cuerpo y su capacidad reproductora sean usados para satisfacer los deseos de otros no solo incide en su instrumentalización sino que subraya la visión de la maternidad como destino femenino y el rol de las mujeres como seres que viven para otros”.

62 Como se señala en GUERRA PALMERO, Mª. J., “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional”, *Dilemata*, n.º 26, 2018, p.42: “Uno de los aspectos más invisibilizados de la GS son los regímenes de vigilancia medicalizada a los que se somete a las mujeres gestantes para que no se malogre, precisamente, el “producto”. Se inicia con una fecundación in vitro y transferencia de embriones – se suelen transferir varios con lo que se dan, en ocasiones, embarazos gemelares, de mayor riesgo–, se hipervigila el desarrollo de la gestación y, para no correr riesgos, que nunca son completamente eliminables, se termina la gestación con una cesárea”. Este impacto, así como el psíquico asociado a la separación del recién nacido se destacan en FERNÁNDEZ MUÑOZ, P.I., “Gestación subrogada...”, op.cit., pp.30 y 31. Sobre la salud de las mujeres y la maternidad subrogada, BALAGUER CALLEJÓN, Mª. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., pp.177 y ss.

63 A ello se alude en la STS (Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, al exponer los límites a la generalización de la adopción y reproducción humana asistida. Concretamente se menciona “la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza”. Es claramente la postura reflejada en REDONDO SACEDA, L., “Libre disposición...”, op.cit., p.143.

64 Esta diferencia se advierte en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.93, al apuntar, en relación con la STS (Sala de lo Civil) 853/2013, que “A este tipo de argumentación cabría oponer que la clave no son solo las condiciones económicas que pueden empujar a determinadas mujeres a acudir a este tipo de contratos, sino la misma consideración que de ellas subyace en un acuerdo que supone poner precio a su capacidad reproductora. Esta sería la clave en la que la sentencia del Supremo no profundiza, aunque sí la apunta al referirse reiteradamente a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y a la necesidad de evitar su explotación”. También en REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. Y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución...*, op.cit., p.61, al señalar que el debate sobre si la prostitución es una manifestación de la dignidad humana en su vertiente dinámica de libre desarrollo de la personalidad o una violación de la dignidad humana sólo se plantea en relación con “aquel tipo de prostitución estrictamente voluntario”, de forma que “esto reduce en gran medida el ámbito de la pregunta porque un gran número de personas que ejercen la prostitución lo hacen presio-

La relativa a la validez del consentimiento es una objeción claramente formulable a la gestación de sustitución retribuida, pues se advierte que la mayor oferta se localiza en países con un elevado índice de pobreza⁶⁵. En cambio, resulta rechazable, en principio, en aquellos casos en que es gratuita. Y, en todo caso, no cabe obviar que la polémica en torno a los límites del consentimiento se enmarca en un debate mucho más amplio: el de la intervención o liberalización de las relaciones sociales⁶⁶. A este respecto, resulta desolador, aunque nada extraño a la luz de los tiempos actuales, el retroceso que se está experimentando, y que otrosí se intenta ampliar, en la protección pública (no confundir con administrativa necesariamente) de los sectores más desfavorecidos. Si algo ha mostrado la experiencia histórica es el nivel de indefensión, sometimiento y auténtica barbarie a que conducen las relaciones sociales entregadas a la plena “libertad” de negociación⁶⁷.

La solución propuesta para evitar cualquier sospecha de vicio de la voluntad (el control judicial o administrativo) no parece suficiente⁶⁸. Al tratarse de

nados por terceros o conducidos por sus precarias situaciones individuales desde el punto de vista económico, psicológico o social”.

65 A la vulnerabilidad y desigualdad social y económica como causa de esta circunstancia se alude en FERNÁNDEZ MUNIZ, P.I., “Gestación subrogada...”, op.cit., p.30. En sentido coincidente, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, pp.25-26.

66 Así, en FLORES RODRÍGUEZ, J., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.86, se afirma que “*En el actual proceso de democratización del derecho de familia la contractualización de los vínculos familiares se impone paulatinamente como la forma de entender las relaciones familiares tanto en el plano horizontal –es el caso del pacto civil de solidaridad– como en el vertical –al establecer un vínculo de filiación en ciertos casos–*”, lo que no supone sino entregar a la voluntad de las partes la disciplina de un ámbito tan delicado socialmente como es la familia.

67 Como se señala en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., pp.114 y 115, “*Este posicionamiento se contraponen a la concepción de la subjetividad que deriva de un entendimiento «neoliberal» de la autonomía basada en el individualismo egoísta y posesivo, en la supremacía de la igualdad formal y en la capacidad reguladora del mercado. Desde esta posición ética resulta fácil concluir que los deseos, como el de ser padres o madres, acaben convertidos en derechos siempre que el dinero lo permita. Legitimar este tipo de prácticas podría llevarnos, en consecuencia, a validar la venta de órganos si con ello, además, garantizamos que se salva una vida, e incluso a validar la posibilidad de vender un bebé*”. Claramente es lo que se aprecia en VELA SÁNCHEZ, A.J., “Crimen en el bar...”, op.cit., pp.1 y ss, en que la constante, y por momentos lacrimógena, apelación a los deseos de los comitentes contrasta con la escasa, casi nula, atención que se presta a la gestante.

68 Esta solución se plantea en FLORES RODRÍGUEZ, J., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.86.

circunstancias, presiones o dependencias de tipo social, su descubrimiento o la seguridad de que no influyen en el consentimiento que se presta en el caso concreto examinado no resultan nada sencillos. No en vano se ha señalado que las compensaciones por los gastos en que se incurre durante el embarazo pueden encubrir retribuciones no permitidas⁶⁹. Y de igual modo es perfectamente factible que el supuesto altruismo o voluntariedad oculten pagos o contraprestaciones realizadas en fraude de su prohibición. Por otra parte, la alternativa consistente en admitir la gestación únicamente en casos en que por relaciones familiares o de amistad contrastadas cabe concluir que la motivación de la gestante es el altruismo tampoco es satisfactoria, pues en definitiva supone restringir la libertad a aquellos casos en que socialmente se aprecia un interés digno de protección (el altruismo por vínculos familiares o de amistad) y, en definitiva, acentuar el paternalismo jurídico en detrimento de la voluntad, que ha de presumirse libre, de la gestante⁷⁰.

En definitiva lo que sucede es que, dado el elevado coste físico, psíquico y emocional que supone la gestación, es difícil aceptar que una mujer asuma la gestación a favor de otra persona gratuitamente sin que medien lazos afectivos de gran intensidad,

69 Una vía evidente para esta “mercantilización” encubierta es su simulación mediante la compensación simbólica que se permite en algunos Estados para indemnizar por el periodo de baja laboral, asistencia sanitaria, etc., a que se refiere MARCÓ ATIENZA, C.M., “Respuestas jurídicas...”, cit. p.194. No es difícil pensar en que la compensación económica resarcitoria prevista en el artículo 5.2 de la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, que incluiría los gastos laborales y el lucro cesante pueda convertirse en una motivación para personas sin recursos o en desempleo, por mucho que el artículo 7.1.f) requiera disponer de una situación socioeconómica y familiar adecuada para afrontar la gestación en condiciones óptimas, pues esa situación pueden proporcionársela los comitentes encubiertamente (sin responsabilidad prevista en la norma para tal supuesto), no ser incompatible con el recurso a la gestación por sustitución como vía para obtener recursos adicionales o interpretarse de forma laxa; y todo ello máxime atendido que la sanción que se prevé es de hasta 10.000 euros si la comisión es negligente. Como se apunta en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.77, “*No se puede desconocer que la frontera entre resarcir y retribuir es borrosa, y que en este tipo de prácticas existe un grave riesgo de derivar hacia una pura compraventa*”.

70 Ello sin contar con que la admisibilidad de la gestación por sustitución en el marco de las relaciones biológicas familiares también ha recibido objeciones por la alteración de los roles biológicos que implica, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, *Derecho y salud*, vol. 27, n.º extra 1, 2017, p.46.

como los propios de una amistad muy íntima o familiares⁷¹. De ahí las suspicacias que genera el supuesto altruismo generalizado en ciertos Estados frente a la tendencia general al descenso de la natalidad de los Estados con mejor situación económica y que se extremen las exigencias y controles para evitar que la libre voluntad se vea influida por razones crematísticas o de sumisión.

4. EL INTERÉS DEL HIJO FUTURO

Finalmente, además del interés del comitente o comitentes y el de la gestante, ha de atenderse al del futuro hijo fruto de la gestación “sustituida”. A este respecto, es preciso reiterar el criterio que se mantiene en el presente trabajo de que la maternidad tiene lugar a partir del nacimiento porque es el momento en que existe una persona con la condición de hijo. Ello se relaciona indudablemente con el debate acerca de cuándo comienza y termina la persona. La finalización parece clara: con la muerte, que da paso al cadáver, cosa y no persona⁷². El comienzo, sin embargo, continúa siendo objeto de fuerte polémica, ya que si bien a efectos civiles la personalidad se inicia con el entero desprendimiento del seno materno (artículo 30 CC), se discute cuál es la condición del *nasciturus*⁷³. Nuestra postura, ya anunciada, es que no es una persona, pero, por supuesto, tampoco cosa, y que se presenta como una “persona en formación” que no alcanza el *status* pleno de persona.

Esta postura entraña que con anterioridad al nacimiento no existe una persona cuyo interés pueda oponerse o deba ponderarse con el de la gestante o la mujer, hombre o ambos comitentes. Ahora bien, que no concurra un hijo no supone que la gestación por sustitución genere un debate constreñido a la

voluntad de la gestante y del o los comitentes, ya que, por una parte, aparece el bien jurídico protegido que constituye, sin duda, la vida del *nasciturus* y, por otro, el del nacido, al que afecta la gestación por sustitución, pues su filiación se ve influida por esta institución⁷⁴. La combinación de esos intereses permite enfocar la cuestión en si el interés del futuro hijo exige que la maternidad se atribuya a la gestante o posibilita que ésta se asigne no en atención a la gestación, sino a la genética o incluso al deseo⁷⁵.

El punto de partida viene dado por la condición de derecho-deber de la maternidad y paternidad, que no se regula únicamente como una facultad reconocida al padre o madre, sino como una institución dirigida asimismo y primordialmente a asegurar la protección del menor, como se aprecia en el artículo 154 CC⁷⁶. En relación con ello, el que la maternidad y paternidad se fijen por el ordenamiento con los efectos jurídicos aparejados y al margen de la voluntad de asumirla o no del identificado como padre o madre

74 Al respecto, la STC 53/1985, de 11 de abril, señaló que “De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”.

75 En este sentido, en BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.119, se señala que “Uno de los argumentos que sirven a la determinación de un criterio a favor o en contra de la maternidad subrogada es la necesidad de protección del menor”, respecto del cual se apunta, ibidem, p.174, que “En este contrato de maternidad subrogada se contraen obligaciones que afectan al futuro hijo de la gestante, creando la ficción, que altera la naturaleza de la filiación, de que la madre legal es la contratante”. A pesar de la relevancia de este factor, se ha afirmado que “ningún debate ni documento técnico, salvo en lo que concierne a los aspectos legales de la filiación, coloca en el centro del debate a los hijos, la parte más vulnerable, el niño”, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.204.

76 Al respecto, en DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a. D., “La patria potestad”, POU DE LA FLOR, M^a. P. Y TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras), *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid 2009 (2^a edición), pp.61-62, se señala que “Actualmente más que un poder es una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida por ambos progenitores conjuntamente y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos”, y le atribuye los caracteres de “social” (“La patria potestad tiene carácter social, trasciende del ámbito privado y hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular -como sucede con la generalidad de los derechos subjetivos-, sino en obligatorio para quien la ostenta, toda vez que su adecuado cumplimiento llena ciertas finalidades sociales (interés familiar) que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico”), “irrenunciable” e “imprescriptible”.

71 En este sentido, se pregunta en BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.200, “qué motivación podría llevar «in abstracto» a las mujeres a sentir la necesidad de gestar para terceros, habida cuenta de la repercusión en su cuerpo de un embarazo y las vicisitudes y cambios que esa situación conlleva”. Y en MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGE BENEGUI, J.M., *La maternidad portadora...*, op.cit., p.75, se llega a afirmar que la maternidad subrogada, en caso de gratuidad, implicaría la sujeción de la gestante a “chantajes más o menos sentimentales”.

72 No en vano el artículo 32 CC dispone que “La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”.

73 Y, en conexión con esta cuestión, existe otro debate acerca de la condición del pre-embrión (muestra del rechazo manifestado por parte de la doctrina es MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y MASSIGOGE BENEGUI, J.M., *La maternidad...*, op.cit., p.75) del que no nos ocuparemos por no afectar directamente al objeto del presente estudio.

(a salvo los supuestos en que se excluye normativamente, como es el de donación con fines de posibilitar la reproducción humana asistida) no es sino una manifestación del carácter tuitivo de la paternidad. Otra característica igualmente relevante es la irrenunciabilidad de la paternidad, que se puede suspender o de la que se puede privar (artículos 172 y 170 CC), pero no abdicar⁷⁷. Al nacer se asigna al menor recién nacido un padre y una madre a los que el ordenamiento encomienda el cuidado y protección del niño por el vínculo que los une. La cuestión radica en el criterio que debe presidir la designación de las personas a las que se atribuye respectivamente la condición de madre y padre y su fundamento.

No cabe duda de que la procreación ha sido el fenómeno que tradicionalmente ha determinado el vínculo paterno/madre-filial, de modo que se ha venido identificado como padre y madre respectivamente al hombre y la mujer que procrearon al hijo. El Derecho, sin embargo, se ha desligado cada vez más de ese fenómeno natural para dar respuesta no sólo a problemas prácticos de identificación de los progenitores, sino también para atender realidades sociales que, por fortuna, se han ido progresivamente incorporando a la realidad jurídica, como es la de las parejas homosexuales. Así, ante la dificultad de determinar la paternidad biológica (genética) el ordenamiento ha recurrido a presunciones como la de presumir padre al marido de la madre o permitir el reconocimiento de la paternidad y maternidad, que es manifestación, en este segundo caso, de la realidad referida. Ahora bien, en nuestro Derecho se mantiene un anclaje a la procreación a través de la maternidad. La maternidad continúa estableciéndose en atención al fenómeno natural de la gestación: es madre la gestante. Es pues este anclaje el que, evidenciado que el ordenamiento puede, y se aparta en múltiples ocasiones, de la

biología (al menos presuntivamente), debe someterse a examen para determinar si existe un fundamento desde la óptica del menor que justifique el mantenimiento de este criterio de atribución⁷⁸.

Desde la óptica tuitiva expuesta, el motivo de la asignación de la condición materna a la gestante podría situarse en la certeza de la maternidad (*Mater certa est*), pues, salvo casos de abandono, la proximidad de la gestación y el parto facilita la identificación de la madre, frente a lo que sucede con el padre o la “madre” genética. Sin embargo, este argumento no es válido, ya que la comitente muestra un deseo indudable de ser madre y justamente ese deseo permite presumir que no planteará problemas, sino todo lo contrario, la identificación y asunción de la maternidad por la comitente. Desde esta óptica, cabría articular un régimen excepcional de atribución de la maternidad en atención a la voluntad manifestada previamente al nacimiento como salvedad al de certeza relacionado con la gestación. El fundamento de la asignación de la maternidad a la gestante no puede buscarse, por tanto, en la finalidad de certeza, sino que ha de vincularse con la protección del hijo que se relaciona con la dispensada en un momento anterior: la gestación⁷⁹.

Ha de tenerse presente que la salvaguarda del *nasciturus* no deriva de su condición de hijo, pues no la adquiere hasta el nacimiento, que precisamente supone su paso *de nasciturus* a persona (hijo). En este sentido, la vida del *nasciturus* no es objeto de protección en virtud de una proyección de la salvaguarda de la vida del futuro hijo, sino que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, constituye un bien jurídicamente protegido con carácter autónomo. La protección que exige la vida del *nasciturus* conlleva deberes por parte de la gestante, que debe velar por la adecuada progresión del embarazo y abstenerse de atentar contra el bienestar del feto. Ahora bien, el

⁷⁷ Si la maternidad comienza al nacimiento y es irrenunciable, resulta contrario a la concepción de la maternidad como derecho-deber que en una hipotética admisión normativa de la gestación por sustitución se contemple la posibilidad de renunciar a la maternidad una vez producido el nacimiento, pues ello quebraría toda la concepción de la maternidad como potestad. Y ello por no contar con que el objeto del contrato pasaría a ser el propio menor, al que afectaría la renuncia a la maternidad y se “cosificaría”. Operaría, por tanto, la “mercantilización” de la filiación y “cosificación” del niño a que se alude en la STS (Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, como límite a la generalización de la adopción y reproducción humana asistida. Esta mercantilización del niño no opera, sin embargo, cuando no se altera la filiación, pues, como se apunta en PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Técnicas de Reproducción...”, op.cit., p.133, “no se comercializa el niño, sino simplemente la capacidad generativa de una mujer”. Y en sentido coincidente se advierte en PATEMAN, C., *El contrato...*, op.cit., p.292, que “En los contratos de subrogación no se plantea la venta de un bebé sino meramente un servicio”.

⁷⁸ Como se señala en FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada...”, p.28, respecto de la gestación por sustitución, “Podemos, por tanto, asegurar que estamos ante uno de los temas bioéticos más controvertidos del momento por su carácter disruptivo sobre el modo en que ha sido entendida y regulada históricamente la relación maternofilial, planteándose la posibilidad legal de disociar la gestación de la maternidad”.

⁷⁹ En definitiva, como se apunta en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.23, “Para proponer un cambio en el criterio de atribución de la filiación, aunque sea para un número reducido de casos, el primer paso consistiría en demostrar que el criterio de separar la maternidad legal y la biológica resulta tan idóneo para el interés superior del menor como el actualmente vigente”.

interés en la protección del *nasciturus* no es el único presente durante el embarazo, ya que también se halla en juego el bienestar de la gestante, tanto físico como psicológico, y es precisamente el eventual conflicto entre ambos intereses, un bien jurídicamente protegido y los derechos de la gestante lo que justifica y requiere la regulación del aborto como ocasional medio de resolución de éste. El conflicto expuesto es muestra de la estrechísima relación que une al *nasciturus* con la gestante.

La atribución de la condición materna a la gestante supone una línea de continuidad de esa relación gestante-*nasciturus*, que se sustituye por la de madre-hijo⁸⁰. Resulta claro que el tipo de relación no es coincidente, ya que el *nasciturus* no es persona, aunque su dependencia es muy superior a la del hijo, pero la continuidad resulta al menos aparentemente armoniosa, ya que, aunque se cambian los roles, los sujetos son los mismos. La gestación por sustitución, en cambio, introduce un tercer sujeto, al sustituir, justamente, la relación *nasciturus*-gestante por la de hijo-madre que no es la gestante. Lo relevante es si resulta apropiado desde la óptica del futuro hijo introducir esa quiebra, o mejor expresado, si esa quiebra es inocua o incluso beneficiosa para el futuro hijo. Varios argumentos nos conducen a estimar inadecuada esa ruptura:

Cuando la maternidad se asigna a la gestante, el vínculo gestante-*nasciturus* se presenta como anticipo del madre-hijo. Una gestante actúa durante el embarazo en la idea de que esa relación se traducirá en su condición de madre⁸¹. Desligar el embarazo

de la futura maternidad implica que la gestante se le exigirá la atención al *nasciturus* en atención a un interés ajeno, no al suyo como futura madre⁸². La motivación es muy diferente: la futura maternidad frente al cumplimiento de un compromiso con un tercero. Esta relación trilateral genera, otrosí, riesgos para el bienestar del futuro hijo no sólo desde la perspectiva de la gestante, sino también de la del comitente o comitentes, pues el interés de éste o éstos por acceder a la paternidad o maternidad, diferido necesariamente hasta el nacimiento, puede acompañarse de un deseo desmedido que acentúe el peligro propio de toda relación paterno/materno-filial de percibir al hijo como “un objeto que ha de satisfacer unos estándares determinados”⁸³.

En conexión con lo anterior, implica que las decisiones en torno al embarazo pueden verse condicionadas por el cumplimiento de las expectativas de la o los comitentes, cuyas opiniones acerca de cómo conducirse durante la gestación no necesariamente han de coincidir con las de la gestante⁸⁴. Esto es, se

arquitectura cerebral es duradero y proporciona un apoyo preliminar para el proceso adaptativo que sirve la transición a la maternidad. Varios estudios sobre lo que ocurre en el cerebro al ver u oír al hijo pequeño en diversas circunstancias ha puesto de manifiesto que el cerebro social materno es un cerebro motivado, naturalmente indulgente, empático y expectante a las necesidades del niño. Preparado a lo largo del proceso biológico natural del embarazo para responder a las consignas básicas que recibe del feto”.

82 Así, se apunta en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.69, que “Por el contrato de subrogación que ha firmado, la mujer sabe que no será la madre (legal) del niño que está gestando y que, en consecuencia, debe reprimir todo afecto que refuerce el vínculo entre ambos y dificulte la separación tras el parto. Esta exigencia se sustenta en una visión de la maternidad en la que el factor volitivo se exagera y la dimensión corporal queda reducida a la irrelevancia”.

83 De ello se advierte en FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada...”, op.cit., p.35. En términos más rotundos se pronuncia GUERRA PALMERO, M^a. J., “Contra la mercantilización...”, op.cit., p.42: “La lógica del mercado es la dominante y lo que trasciende a los medios de comunicación tiene que ver, en gran parte, con las expectativas frustradas de los “compradores del servicio” frente a los niños y niñas ya nacidos cuando se presentan discapacidades o problemas. Asimismo aparecen casos en los que la pareja que encarga el bebé se separa en los nueve meses que dura la gestación y no desea ya al niño o a la niña. La casuística es abultadísima en lo que concierne a situaciones “no previstas e indeseadas”. ¿Es el contrato el artefacto adecuado para lidiar con las complejidades de los deseos de paternidad y maternidad? Parece que no”. A estos problemas se refiere VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual...”, cit., pp.923 y ss.

84 En este sentido, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, pp.27 y 28. Al hilo de ello y frente a la apelación al aborto como *tertium comparationis* de la gestación por sustitución, debe destacarse que en el aborto el conflicto se plantea

80 Es más, como se señala en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.14, existe una preparación psíquica para esa continuidad. En concreto se afirma que “Durante el embarazo tienen lugar una serie de cambios psíquicos en la mujer gestante. La relación psicológica que mantiene con el hijo contribuye a la construcción de la futura personalidad de éste, dado que se establece entre ambos lo que se denomina espacio psíquico de la gestación. Este encuentro con la madre, naturalmente positivo y gratificante, le abre a los siguientes encuentros interpersonales, a veces hostiles, a lo largo de la vida. La vinculación potente iniciada durante su vida uterina le pertrecha afectivamente. Como se ha conocido recientemente el cerebro social elabora el mapa de las relaciones personales con el patrón de medida de distancias afectivas. Es una gran esfera que sitúa las relaciones con los demás según diferentes ejes centrados en el eje de la afiliación. De esa forma, este encuentro, como los sucesivos familiares, centran la afectividad de forma que constituye una guía afectiva”. En sentido coincidente, FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada...”, op.cit., p.30.

81 Esa preparación es también inconsciente, como se apunta en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.13, al referirse a que “El profundo impacto del embarazo sobre la

origina una fuente adicional de conflictos derivada de la adición de un interés de tercero o terceros distinto del de la gestante y el *nasciturus*⁸⁵.

Es previsible que resulte complejo para el hijo asimilar que su madre no es la gestante⁸⁶. Ciertamente es un problema propio de la adopción, pero los supuestos a que responde una (la gestación por sustitución) y otra (la adopción) son totalmente distintos⁸⁷.

entre la gestante y el *nasciturus*, en tanto en la gestación por sustitución interviene un tercero o terceros, que es lo que determina la cosificación frente a la autonomía que supone el aborto. Como se señala en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.94, “En este sentido, los argumentos que cuestionan la GS vienen a coincidir en gran medida con los que sostienen el reconocimiento del aborto como un derecho de las mujeres, es decir, como un ámbito de libertad en el que ellas pueden decidir cuándo y cómo ser madres, o bien no serlo. Pero insisto: ellas en cuanto sujetos autónomos que diseñan, dirigen y protagonizan su plan de vida, entendidas como «fines» en sí mismas no como «medios»”.

85 Como se apunta en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.69, “Cuando la gestación se hace para otros, y sobre todo si el niño ya es de otros antes del parto, el riesgo de conflicto entre gestante y comitentes es muy elevado. La jornada de trabajo que desarrolla la gestante, sus hábitos de vida o su dieta, su tratamiento ante enfermedades que pueda padecer, serán evaluados por los comitentes, e incluso pretenderán ser exigidos. Puesto que el hijo es de ellos, querrán hacer valer su condición de padres sobre la gestante. Alegarán que se comprometió a gestar para ellos y que ellos son quienes deben decidir acerca del mejor interés del niño. Más allá de que consigan o no doblegar la voluntad de la gestante, se producirá en todo caso una intromisión inaceptable en su vida privada”.

86 Se afirma en BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.177, que “Hay, igualmente, una necesidad de considerar la filiación por encargo desde el punto de vista de la dignidad, porque esa fragmentación deja al niño en una situación de incertidumbre respecto de su propia identidad como sujeto, que puede ser hasta de cinco progenitores, lo que dificulta la formación de su identidad, y por tanto del libre desarrollo de su personalidad”. Ahora bien, como se señala en PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Técnicas de Reproducción...”, op.cit., p.133, es preciso probar el “impacto psicosocial negativo en la criatura”, y a este respecto, si bien se apunta en MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.204, que no se encuentran diferencias en la evolución y bienestar psicológico entre los nacidos por gestión por sustitución y los nacidos por otras formas de concepción hasta los diez años de edad, también se advierte de la carencia de datos relativos a la adolescencia, etapa clave en la formación de la identidad. Asimismo se señala la necesidad de preguntarse por la influencia en la formación de la identidad de un deseo de paternidad “tan mediado por la ciencia, la técnica y la economía”, respecto de lo que se alude a los macroeventos comerciales con información sobre la gestación por sustitución. A la insuficiencia de estudios sobre los eventuales problemas psicológicos o de otro tipo de los nacidos por gestación por sustitución se alude en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.15.

87 Ello a pesar de las analogías que pueden advertirse, como se señala en FLORES RODRÍGUEZ, J., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.86. Y, por supuesto, es rechazable contemplar la adopción desde la teoría contractualista, como se hace ibídem, habida cuenta de la intervención administrativa y

La adopción es una institución que se articula por el fracaso (sea culpable o involuntario) de la paternidad determinada con anterioridad⁸⁸. No se trata de una decisión premeditada, como sí sucede en la gestación por sustitución, en que se establece la filiación directamente y no en sustitución del vínculo familiar precedente⁸⁹.

Frente a lo expuesto, un argumento recurrente a favor de la gestación por sustitución es que cabe presumir que una mujer que ha mostrado su voluntad de ser madre frente a otra mujer cuyo desapego llega al punto de permitir que otra ostente la condición de tal respecto del hijo fruto de su gestación será mejor madre⁹⁰. Sin embargo, esta presunción se apoya en una idea no justificada ni probada de que desear ser madre (o padre) implica ser buena madre, lo que no tiene por qué ser así⁹¹. Además, centrada la atención en la gestante, además del posible deseo de maternidad una vez producido el nacimiento, no parece muy adecuado propiciar embarazos de personas a quienes justamente se les achaca un desapego hacia el fruto de su gestación⁹². Además, aunque se entendiera que lo mejor para el menor es estar con quienes manifestaron su deseo de ostentar tal condición, el interés superior del menor, aplicado como una suerte de bien

judicial en ella que precisamente excluyen su sujeción a la sola voluntad de los intervinientes.

88 Ello por cuanto es precisa la privación de la patria potestad o asentimiento de quienes ostentaban la patria potestad, como se explica en GÓMEZ BENGOCHEA, B., “La adopción”, MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coordinadora), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2016, p.436.

89 Esta diferencia se señala en el “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.2, al apuntar que “en la adopción, no existe el acuerdo previo entre la mujer que gesta un niño y las personas que asumirán la paternidad que, sin embargo, es la causa de toda gestación subrogada”.

90 Ejemplo de esta presunción es LAMM, E., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.32, al referirse a que “la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió”.

91 Así, se señala en BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.120, que “nada indica que el deseo de ser padres haga necesariamente buenos padres”. En sentido coincidente se razona en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.23, en que se hace eco del aval a la valoración de la motivación de los comitentes por el Juzgado de Menores que se efectuó en la STEDH de 24 de enero de 2017, caso Paradiso y Campanelli c. Italia.

92 Precisamente ese “desapego” requeriría una fuerte sujeción de la gestante a las instrucciones y exigencias del interesado en el nacimiento (el comitente o comitentes), lo que ahonda en la instrumentalización de la gestante.

supremo, podría conducir a legitimar cualquier medio para conseguir ese fin, hasta el punto de amparar formas de “colonialismo”⁹³.

5. EL RECONOCIMIENTO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN REALIZADA EN EL EXTRANJERO

Al margen de todo lo expuesto, una cuestión de indudable trascendencia es cómo ha de procederse en relación con las filiaciones determinadas en el extranjero de resultas de la gestación por sustitución.

Al respecto, si se concluye que la gestación por sustitución es contraria al orden público la consecuencia no puede ser otra que su prohibición y consecuente rechazo de las consecuencias derivadas de su práctica en Estados que la permiten, a pesar de los argumentos que se esgrimen a favor del reconocimiento⁹⁴.

Uno de estos argumentos es de tipo fatalista. Se apela a la generalización o admisión en otros Estados como realidad que no puede ser ignorada y que aboga por dar carta de naturaleza en el Derecho interno a los efectos de una técnica admitida en otros países⁹⁵. Más en concreto, puede distinguirse una doble argumentación, pues por una parte se invoca el reconocimiento que debe dispensarse a las relaciones

jurídicas surgidas al amparo de otros ordenamientos y por otra se acude a una razón de eficacia de acuerdo con la cual la tolerancia de al menos de algunas manifestaciones de este pacto contribuiría a evitar el “turismo reproductivo”. Frente a ello, parece claro que la diversidad de regulaciones encuentra un límite insoslayable en el orden público, como prevé el artículo 12.3 CC, de modo que la protección de los derechos fundamentales e intereses en juego no debe quedar al arbitrio de la generalización mayor o menor de la práctica⁹⁶. Si se concluye que la gestación por sustitución es contraria a los derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, sea en todas sus manifestaciones o en algunas de ellas, no puede aceptarse la eficacia de este pacto aunque se haya realizado al amparo del Derecho de otros Estados, pues ello supondría desvirtuar vía reconocimiento de resoluciones o pactos en el extranjero la base esencial de nuestro ordenamiento.

En cuanto a la supuesta eficacia para evitar el “mercado de vientres”, resulta iluso argumentar que la ampliación del margen de tolerancia respecto de la gestación por sustitución acabará con éste, a no ser que lo que se mantenga es que debe permitirse incluso en sus manifestaciones más execrables (las “granjas de mujeres”)⁹⁷. Al igual que sucede con otras actividades prohibidas, el que exista un mercado regulado y lícito pero limitado en la admisión de conductas comprendidas en esas actividades no evita que se continúe acudiendo al “mercado negro” o a Estados más permisivos o incapaces de hacer valer los límites para soslayar la prohibición. Dicho de otro modo, resulta difícil aceptar que la tolerancia de la gestación por sustitución gratuita y condicionada a determinadas garantías elimine el recurso a la contratación en otros Estados con estándares más laxos⁹⁸.

93 Es lo que entendemos que se razona en la STS (Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, al afirmar que “Asimismo, la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él”.

94 Como afirma la STS (Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, frente a la alegación de los recurrentes de que la inscripción de la filiación es una “consecuencia “periférica” de dicho contrato” que, a su decir, no sería por ello incompatible con el orden público se opone que “la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes”.

95 Un claro ejemplo de esta postura “fatalista” son LAMM, E., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.31, y AVILÉS MOREIRA, J., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.117, en que se aboga por una regulación unitaria con apoyo en que la prohibición no ha impedido que la técnica reproductiva se realice y la conflictividad generada por la utilización de técnicas alternativas. Y es evidente en la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

96 Como afirma la STS (Sala de lo Civil) 835/2013, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012, “La posibilidad de que ciudadanos y empresas elijan entre respuestas jurídicas diferentes cuando en una relación jurídica existen contactos con diversos ordenamientos es una realidad, y el Derecho internacional privado ha de buscar cada vez más normas de compatibilidad entre distintos ordenamientos jurídicos en vez de normas de supremacía que impongan un solo punto de vista.

Pero esta posibilidad de elección tiene unos límites que, en lo que aquí interesa, vienen constituidos por el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”.

97 En relación con esta cuestión, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.80.

98 La afirmación que se realiza en LAMM, E., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.31, de que “Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la

Este tipo de argumentos genera una pendiente resbaladiza que conduce a una generalización a la baja de la protección de los derechos fundamentales. A fuerza de evitar el fraude o con el pretexto de la equiparación, en lugar de fijar la igualdad por arriba, esto es, por una protección acentuada de los derechos fundamentales, se relajan las garantías y en última instancia se fomenta la desprotección de los más desfavorecidos⁹⁹.

El reconocimiento de la filiación declarada en otro Estado de resultados de la gestación por sustitución no es sino una vía de eludir la prohibición e imponer en la práctica este fenómeno a pesar de la regulación en contra del Derecho interno; es decir, un medio de amparar el *forum shopping*¹⁰⁰. No en vano, no puede

formación de un verdadero “mercado negro de vientres” en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costa”, obvia que cualquier restricción que incorpore la regulación generará un “mercado negro”. En este sentido, se apunta en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.19, que “incluso en los países en los que ésta se acepta, muchos ciudadanos optan por contratarla en el extranjero. En aquellos que solo permiten la gestación subrogada altruista es posible que una persona no encuentre una “gestante desinteresada” y opte por la gestación subrogada comercial en el extranjero. Pero incluso cuando se permite la gestación contratada en un país, puede suceder que los ciudadanos recurran al extranjero si resulta más económica”.

99 Nos resulta inevitable pensar en el discurso “liberalizador” y “competitivo” en materia de derechos laborales que en definitiva, de forma más o menos clara, encierra una mayor desprotección del trabajador con la excusa de equiparar las condiciones laborales a otros Estados que destacan por su escasa tutela de éste.

100 Es manifiesto que la diversa regulación en unos y otros Estados ha generado respecto de esta técnica el conocido como “turismo reproductivo”, definido como “*el desplazamiento de uno o varios individuos desde su propio estado a un segundo con el fin de poder acceder a las técnicas de reproducción humana asistida del segundo estado*”, MARCO ATIENZA, C.M., “Respuestas jurídicas...”, op.cit., p.193. En relación con ello, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Notas...”, op.cit., p.357, se reprocha a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 que en definitiva preste cobertura al “turismo reproductivo” en contra de lo dispuesto en la Ley 14/2006.

No puede compartirse la afirmación de ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro...”, op.cit., p.36, de que no existe *forum shopping for law shopping* por concurrir conexiones objetivas con el Estado de recepción, en que normalmente coinciden la residencia de la gestante, su nacionalidad y el nacimiento del niño en ese Estado, pues el servicio que se contrata es la gestación, que realiza una nacional del Estado que contempla la gestación por sustitución precisamente porque la legislación de ese Estado que le es aplicable como nacional la habilita para ello, mas el comitente o comitentes, el demandante del servicio, no tienen relación alguna con el Estado en cuestión distinta de la búsqueda de un ordenamiento que ampare lo que el suyo le prohíbe y ello, que es lo determinante, con vistas a que surta efectos en España. La relevancia de esta circunstancia es obviada en CALVO CARAVACA, A-L. Y CARRASCO-SA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho In-

evitarse la sensación de que la disputa acerca de la gestación por sustitución no persigue o no gira tanto en torno a la regulación en el Derecho interno como al reconocimiento de las que tengan lugar en el extranjero¹⁰¹. Cabe cuestionarse, en este sentido, qué eficacia tendría una normación permisiva pero rigurosa de la gestación por sustitución que se acompañara de una prohibición rotunda de los efectos de la filiación derivada de gestaciones en el extranjero que no se ajustaran a esa reglamentación¹⁰². Puede que mínima o prácticamente nula¹⁰³.

ternacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 1, n.º 2, 2009, pp.317-318.

101 Es muy perturbador que la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos no establezca previsión alguna de prohibición de reconocimiento de filiaciones derivadas de gestación por sustitución que no se ajusten a lo dispuesto en dicha eventual Ley y, sin embargo, se cuida de establecer la derogación (no modificación) del artículo 10 de la Ley 14/2006. Aunque podría mantenerse que esas filiaciones contravienen el orden público, la eliminación (no adaptación) del precepto que claramente excluye la gestación por sustitución podría invocarse como “caballo de Troya” para el reconocimiento, máxime habida cuenta del tenor de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y la afirmación que se realiza en la Exposición de Motivos de que “*La Instrucción de 5 de octubre ha dejado, en la práctica, sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la LTRHA, al hacer posible la inscripción en el Registro Civil español del fruto del contrato, con la única condición de que no se haya formalizado en España*”, lo que supone desconoce la Sentencia del Tribunal tan citada y el carácter no normativo de la Instrucción. De hecho, incluso por un autor tan favorable a la gestación por sustitución se reconoce la incompatibilidad de la Instrucción con la legislación vigente, VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.7.

102 Como se señala en FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada...”, op.cit., p.30: “*Una circunstancia que requiere especial análisis es la motivación de la gestante, que podría ser teóricamente altruista. Sin embargo, esa posibilidad teórica no es a la que nos referimos cuando hablamos de los casos a los que están recurriendo algunos ciudadanos españoles, sino que se trata de contratos mercantiles con un intermediario que a cambio de una cantidad de dinero le presta unos servicios, fundamentalmente médicos, jurídicos y de logística*”. En sentido coincidente, GUERRA PALMERO, Mª. J., “Contra la mercantilización...”, op.cit., p.40: “*La discusión sobre el tema ha opuesto la alternativa altruista a la comercial. No obstante, dadas las compensaciones monetarias que se supone que acompañan a la opción altruista, y en condiciones de precariedad de la población femenina, parece que la motivación económica es la clave del asunto*”.

103 Compartimos íntegramente la apreciación de Como se advierte en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.107, de que una regulación que ampara únicamente los supuestos de auténtica generosidad “*prácticamente reduciría esta práctica a algo anecdótico*”. Se hace difícil pensar en una “*más intensa solidaridad entre personas libres e iguales*”, como afirma el artículo 1 de la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución pre-

Lo anterior no excluye que pueda concurrir un interés del menor digno de atención. Ahora bien, no es admisible que dicho interés se presuma en la simple convivencia familiar creada *de facto* desde la óptica del Derecho interno del Estado en que se pretende que despliegue efectos¹⁰⁴. Ello en primer lugar porque existen argumentos para concluir que la gestación por sustitución es contraria al interés del hijo también una vez nacido, como ya se ha expuesto. En segundo lugar, porque una presunción como la apuntada amenaza con legitimar la gestación por sustitución incluso en sus manifestaciones más aberrantes, pues siempre existirá un menor fruto de la gestación por sustitución cuyo supuesto interés podría invocarse¹⁰⁵. Y en tercer lugar porque han de ser las concretas circunstancias de integración y relaciones afectivas del menor con el o los comitentes las que se valoren para determinar qué es lo mejor para el menor y no suponer que lo más beneficioso para él es continuar con el comitente o comitentes¹⁰⁶.

sentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, que excediera esa manifestación, máxime si, como se hace en el artículo 4.3 de la Proposición, se prohíbe que la mujer gestante tenga vínculo de consanguinidad con alguno de los comitentes.

104 En relación con ello, debe destacarse que, como se indica en SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.87, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se ha pronunciado directamente sobre la legitimidad de los contratos de gestación por sustitución, sino sobre la necesidad de reconocer y mantener los vínculos familiares derivados de ésta.

105 Como se apunta en BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Hijas del mercado...*, op.cit., p.121, “En cuanto a la necesidad de la protección del menor una vez nacido, y con independencia de la legalidad o ilegalidad de su estatus, hay autores que consideran esta situación como un argumento favorable a la legalización, pero esto no parece una razón muy válida, porque de ser esto así, debería poder legalizarse toda acción que genere situaciones de ilegalidad necesitadas de protección, lo que el derecho no puede permitir en ningún caso”. Es significativo que incluso quien aboga por esta solución en aras al interés del menor reconoce que “ello pese a que signifique, *de facto*, atenuadamente, la derogación de la prohibición establecida en el Derecho español o en el francés”, FLORES RODRÍGUEZ, J., “Gestación por sustitución...”, op.cit., p.83.

106 Se afirma en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Notas...”, op.cit., p.354, que “No puede considerarse que la posición de la legislación española se sea contraria al interés superior del menor, pues no está dicho que, en principio, lo mejor para éste sea que se le reconozca la filiación siempre respecto de los comitentes, en vez de respecto de la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto, lo que, además, supondría posibilitar que los jueces crearan una regla general de atribución de la filiación, contraria a la claramente establecida por el legislador, en una aplicación discutible de un concepto jurídico indeterminado, como es el “interés del menor”, respecto del cual no existe unanimidad”.

Como se señala en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.35, “Los tribunales tienden a reconocer a favor de los comitentes la filiación de los hijos habidos mediante gestación por sustitución, en base al derecho a la protección de la

A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque no se ha pronunciado directamente sobre la admisibilidad de la gestación por sustitución, respecto de lo que cabe entender que es extrapolable la no apreciación de deber por parte de los Estados de permitir técnicas de reproducción humana asistida, ha adoptado una postura que atiende al vínculo familiar desde la óptica del interés del menor. De este modo, este análisis, como se constata en la STEDH de 24 de enero de 2017, caso Paradiso y Campanelli c. Italia, no implica que necesariamente haya de prevalecer la simple convivencia generada *de facto*, sino que la solución ha de resultar del examen de las circunstancias previas y concurrentes¹⁰⁷. El criterio del Tribunal en este pronunciamiento no es incompatible con el de las Sentencias de 26 de junio de 2014, casos Mennesson y Labasseec. Francia, ya que en éstos los padres comitentes eran padres biológicos de los menores, no se interrumpió la convivencia y la afección a la vida privada se cifró en que no se reconoció la filiación; por tanto, existían lazos familiares biológicos y no se cuestionó la convivencia, frente a lo acaecido en Paradiso y Campanelli¹⁰⁸. La postura adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se presta, sin embargo, a serias objeciones. La principal radica en que se desatiende totalmente la trascendencia de la gestación, que queda extramuros del análisis por la nacionalidad extranjera de la gestante, de manera que el interés del menor se focaliza en la convivencia y filiación con el comitente o comitentes y no se aborda desde la óptica de la continuidad de la unión gestante-*nasciturus* tras el alumbramiento. Como consecuencia de ello, promueve el *forum shopping* y

vida familiar allí. A partir de estos fallos judiciales se tiende a dar un salto que no se sostiene por sí solo y que consiste en afirmar que la filiación resultante de la voluntad procreativa garantiza plenamente los intereses superiores del menor. Aunque se acuerde que el interés superior del menor ya nacido está mejor protegido si no se separa al niño de los comitentes y se le reconoce como hijo de ellos, puede haber razones fuertes para sostener igualmente que es contrario a ese interés superior del menor venir al mundo como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada. Así lo afirman quienes defienden como contrario al interés superior del menor que sea gestado por una mujer que no llegará a ser su madre. En este mismo sentido el TEDH ha afirmado, en su sentencia Campanelli y Paradiso c. Italia de 2017, que el derecho a la vida familiar consiste en la protección de familias ya existentes, que tienen una “vida”, pero no en autorizar la creación de una familia propia a cualquier precio”.

107 Recuerda el Tribunal que “El Tribunal acepta, en ciertas situaciones, la existencia de vida familiar *de facto* entre un adulto o adultos y un niño en ausencia de lazos biológicos o un lazo legalmente reconocido, siempre que haya lazos personales genuinos”.

108 Al respecto, FARNÓS AMORÓS, E., “La reproducción...”, op.cit., pp.103 y ss.

abre una vía clara a la igualación a la baja vía asunción de filiaciones reconocidas en el extranjero, pues la paternidad biológica (omitida, como es, la cuestión relativa a la maternidad, esto es, si ha de prevalecer la fisiológica o la genética, caso de no coincidir, o la biológica, de no corresponder ninguna de las anteriores a la comitente) se convierte en un anclaje considerable para la admisión de la filiación resultante de la gestación por sustitución no sólo respecto del padre, sino también de la comitente, y, por esta vía, propicia la imposición de lo fáctico amparado en un ordenamiento extranjero siempre que se pueda acreditar una convivencia prolongada y vínculo biológico con alguno de los comitentes¹⁰⁹. En definitiva, aunque el planteamiento del Tribunal habilita a los Estados para reaccionar contra los casos más rechazables en principio (ausencia de cualquier vinculación biológica o de mínima convivencia), en modo alguno impide la mercantilización ni toma en consideración todos los factores que influyen en el interés del menor.

Lo adecuado no es, por tanto, ahondar en la permisividad interna, sea directamente o por vía de reconocimiento, sino, por el contrario, incidir en la perspectiva internacional en un sentido uniformizador y restrictivo a fin de evitar, al menos, aquellas manifestaciones más reprobables¹¹⁰. En definitiva, ahondar en la exclusión de un pacto totalmente rechazable cuando supone mercantilización, claramente ocasional de ser gratuito y muy dudosamente compatible con el interés del futuro hijo a la luz de su vinculación con la gestación.

109 A este respecto, existe una diferencia sustancial entre las consecuencias que se han extraído de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la postura adoptada por el Tribunal Supremo, ya que este último Tribunal ofreció una respuesta ponderada al conflicto entre la nulidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento y el eventual interés del menor relacionado con la filiación, al limitar el reconocimiento de la filiación a la biológica paterna, de concurrir, y constreñir la articulación de la convivencia de facto a los mecanismos nacionales de adopción o acogimiento, como recordó el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la Sentencia 835/2013.

110 Es lo que se mantiene en “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, p.86. Coincidimos con SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución...”, op.cit., p.116, en que “En todo caso, y al margen de que pudiera llegarse a algún tipo de regulación garantista, no podemos olvidar que estamos ante una cuestión que debería ser objeto de una regulación a nivel internacional para evitar el fomento del turismo reproductivo y con él de las agencias intermediarias que obtienen grandes beneficios a costa en muchos casos de la necesidad de las mujeres que acceden a esta práctica en muchos países como un método de supervivencia o de superación de la pobreza”.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, n.º 9, 2016, pp.60-77.
- ALEMANY GARCÍA, M., “El concepto y la justificación del paternalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28, 2005, pp.265-303.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 6, n.º 2, 2014, pp.5-49.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”. *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010, pp.45-64..
- AVILÉS MOREIRA, J., “Gestación por sustitución: cambios en el reconocimiento de la filiación”, *Ius et Scientia: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, vol 2., n.º 1, 2016, pp.109-119.
- BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L., *Hijas del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social*, Ediciones Cátedra, Madrid 2017.
- BATALLER I RUIZ, E., “Reconocimiento en España de la filiación por gestación de sustitución”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 2, 2015, pp.777-788.
- CALAZA LÓPEZ, S., “Derecho a la intimidad personal, familiar y corporal en el ámbito biosanitarios”, GIMENO SENDRA, V. y REGUEIRO GARCÍA, M^a. T. (coordinadores), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Editorial Universitas, Madrid 2015, pp.273-286.
- CALVO CARAVACA, A-L. y CARRAS-COSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 1, n.º 2, 2009, pp.294-319.

- DE LA VILLA GIL, L.E., “El derecho constitucional a la salud”, CASAS BAAMONDE, M^a. E., CRUZ VILLALÓN, J. y DURÁN LÓPEZ, F. (coordinadores), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid 2006.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente”, *Derecho y salud*, vol. 27, n.º extra 1, 2017, pp.26-47.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 4, 2016, pp.349-357.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M^a. D., “La patria potestad”, POUS DE LA FLOR, M^a. P. y TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras), *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid 2009 (2ª edición), pp.61-62.
- FARNÓS AMORÓS, E., “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”, *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, n.º 36, 2016, pp.93-111.
- FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, *Dilemata*, n.º 26, 2018, pp.27-37.
- FLORES RODRÍGUEZ, J., “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 27, 2014, pp.71-89.
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Tirant lo blanch, Valencia 1999.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B., “La adopción”, MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coordinadora), *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Thomson Reuters/ Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2016.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid 1994.
- GUERRA PALMERO, M^a. J., “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional”, *Dilemata*, n.º 26, 2018, pp.39-51.
- HERVADA XIBERTA, J., “Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 2, 1975, pp.195-254.
- KANT, I, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.
- LAMM, E., “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2012.
- LEÓN ALONSO, MARTA, *La protección constitucional de la salud*, La Ley, Madrid 2010.
- MARCO ATIENZA, C.M., “Respuestas jurídicas en España ante la gestación por sustitución”, *Derecho y salud*, vol. 26, n.º extra 1, 2016, pp.192-202.
- MARRADES PUIG, A.I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universitat de Valencia. Servei de Publicacions, Valencia 2002.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., “Gestación por sustitución: reflexiones desde la perspectiva pediátrica”, *Revista Pediatría de Atención Primaria*, vol. 19, n.º 75, julio/septiembre 2017.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y MASSIGOGUE BENEGIU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid 1994.
- MARX, K., *El Capital*, Tomo I.
- MAYOR DEL HOYO, M^a. V., *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código Civil*, Comares, Granada 1999.
- NÚÑEZ MARTÍNEZ, M^a. A., “El derecho a la salud en el estado social”, GIMENO SENDRA, V. y REGUEIRO GARCÍA, M^a. T. (coordinadores), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Editorial Universitas, Madrid 2015, pp.287-306.

- OEHLING DE LOS REYES, A., *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, S.L., Madrid 2010.
- PANTALEÓN PRIETO, A.F., “Técnicas de Reproducción Asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, mayo/agosto 1993, pp.129-160.
- PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona 1995.
- POUS DE LA FLOR, M^a. P., “La adopción”, POUS DE LA FLOR, M^a. P. y TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras), *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid 2009 (2ª edición), pp.73-96.
- PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2005.
- REDONDO SACEDA, L., “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, n.º 9, 2016, pp.49-68.
- REDONDO SACEDA, L., “Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada”. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 12, 2017, pp.131-146.
- REY MARTÍNEZ, F., MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra) 2004.
- ROMERO COLOMA, A.M^a., “El derecho a la reproducción humana y las técnicas de reproducción asistida”, *Abogados de Familia*, n.º 54, cuarto trimestre de 2009, pp.1-3.
- RUIZ JIMÉNEZ, J., “La capacidad del menor”, Pous de la Flor, M^a. P. y Tejedor Muñoz, L. (coordinadoras), *Protección jurídica del menor*, Colex, Madrid 2009 (2ª edición), pp.29-60.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, n.º 99, 2017, pp.79-120.
- SOUTO GALVÁN, B., “Dilemas éticos sobre la reproducción humana: la gestación de sustitución”, *Feminismo/s*, n.º 8, 2006, pp.181-196.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud”, MENDOZA BUERGO, B. (editora), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) 2010, pp.61-96.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, n.º 7608, 11 de abril de 2011, pp.1-15.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., “Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, n.º 9056, 6 de octubre de 2017, pp.1-20.
- VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, n.º 14, 2014, pp.897-934.