



Reflexiones éticas y propuestas jurídicas sobre la maternidad subrogada en España

Ethical Considerations and Legal Proposals on Surrogacy in Spain



Aitziber Emaldi-Cirión

Universidad de Deusto

Email: aitziber.emaldi@deusto.es

 <https://orcid.org/0000-0001-5034-6956>



Resumen

La maternidad subrogada plantea múltiples conflictos éticos y jurídicos difíciles de resolver: filiación del menor, instrumentalización o mercantilización de la mujer gestante, compra-venta de niños, inseguridad jurídica, etc. En este trabajo se analizarán los aspectos bioéticos en conflicto y la regulación jurídica que existe al respecto.



Abstract

Surrogacy raises multiple ethical and legal conflicts on several difficult issues: parentage, the exploitation and commercialisation of pregnant women, the sale of infants, lack of legal protection, etc. This paper analyses the bioethical issues involved and current legislation in this regard.



Key words

Maternidad subrogada; Europa; derechos fundamentales.

Surrogacy; Europe; fundamental rights.



Fechas

Recibido: 09/06/2020. Aceptado: 05/09/2020



1. Introducción

La maternidad subrogada o gestación por sustitución es una práctica cada día más habitual que consiste en que una mujer se presta a gestar y alumbrar a una criatura por cuenta de una pareja o individuo comitente, a quien se le entregará tras su nacimiento asumiendo el primero la paternidad-maternidad legal del recién nacido.

Los interrogantes jurídicos y éticos al respecto son muchos y de gran relevancia para todas las partes que intervienen en el proceso

En un principio, se pensó en esta práctica como una técnica de reproducción asistida para ayudar a personas infértiles o que no fueran capaces de gestar una criatura, piénsese en mujeres con ausencia de útero o con útero pero sin capacidad de implantación embrionaria. Sin embargo, desde que el ordenamiento jurídico español permitiera los matrimonios del mismo sexo, la gestación por sustitución, se ha convertido en la vía preferente para que parejas heterosexuales con problemas específicos, parejas de hombres y para el varón sin pareja, puedan tener hijos.

Ante esta situación, los interrogantes jurídicos y éticos al respecto son muchos y de gran relevancia para todas las partes que intervienen en el proceso: madre gestante, personas comitentes y para el recién nacido. Por tanto, ha llegado el momento de intentar dar una solución unánime a un debate que perdura en el tiempo. El legislador debe decantarse bien por modificar la ley existente y permitir la maternidad subrogada, o bien asegurarse de que se cumpla la actual normativa, que la prohíbe, castigando a aquellas personas que actúen en contra y en fraude de ley (Emaldi, 2018, p. 76). De esta manera, se garantizará el principio de seguridad jurídica recogido en la Constitución Española (art. 9.3) ya que, si el Estado no hace cumplir la ley de manera escrupulosa, provoca una vulneración de dicho principio.

2. Clasificación de los modelos de maternidad subrogada

Los avances tecnológicos y sociales de la maternidad subrogada pueden clasificarse en virtud de diferentes factores (Brena, 2011, p. 1074):

2.1. Dependiendo de la procedencia de los gametos

En la maternidad subrogada la procedencia de los gametos que se aportan pueden ser muy variada:

1. Puede suceder que la fecundación se realice con gametos —óvulos y espermatozoides— de la pareja comitente. Se realizará una fecundación *in vitro* y, luego, se transferirá a la mujer gestante el preembrión. En este caso, la mujer se limitará a prestar su vientre para recibir un embrión en cuya formación no ha intervenido.
2. Que el óvulo pertenezca a la mujer comitente y el esperma pertenezca a su pareja o a un donante.



3. Que la madre gestante aporte no solo su vientre sino también su óvulo, de modo que sea fecundado mediante inseminación con espermatozoides del hombre comitente.
4. Que el embrión proceda de donantes o de la misma mujer sustituta, por lo que la pareja beneficiaria no tendría ningún nexo biológico con la futura criatura.
5. Que una mujer comitente encargue el hijo, otra mujer diferente aporte el óvulo y una tercera gestante el embrión —el espermatozoides podría provenir de la pareja de dicha mujer o de un donante—.

Ante este panorama tan variable, considero que de poder proceder legalmente a esta práctica, al menos uno de los futuros padres debería aportar la carga genética, es decir, los óvulos o los espermatozoides que se emplearían en la técnica de fecundación *in vitro* para la creación del embrión o bien, directamente, deberían aportar el embrión. De esta manera, existiría un nexo de unión entre las personas comitentes y el nacido mediante estas técnicas evitando así conflictos éticos por la posible existencia de compra-venta de niños y, además, serían biológicamente sus progenitores por lo que podrían reclamar la maternidad-paternidad legal.

Son muchos quienes ven con recelo la maternidad subrogada y la rechazan por considerar que se trata de una práctica inaceptable

2.2. Dependiendo del carácter altruista u oneroso de la práctica

1. Tendrá carácter altruista la subrogación cuando la mujer gestante no espere ningún tipo de contraprestación de quienes encargan la criatura. Se entiende que le motiva un sentimiento de solidaridad y de empatía con aquellas personas que tienen problemas para tener hijos. En la mayoría de estos casos, el único dinero que puede recibir la gestante es una compensación por los gastos derivados del embarazo y el parto.
2. Se dice que la maternidad subrogada tendrá carácter oneroso cuando la mujer gestante recibe una contraprestación económica de quienes solicitan sus servicios en concepto de: asistencia médica durante el embarazo y tras el parto; ausencias laborales que pudiera tener la gestante, entre otras.

Quizá la primera modalidad es la más defendida puesto que parece que con ella se evitarían abusos que se pueden dar frente a las mujeres en situación de vulnerabilidad que solo gestarían por dinero sin importarles los riesgos para su salud.

3. Motivos éticos y jurídicos para oponerse a la maternidad subrogada

Son muchos quienes ven con recelo la maternidad subrogada y la rechazan por considerar que se trata de una práctica inaceptable en base a los siguientes motivos:

1. Se argumenta que los contratos que regulan esta práctica, encubren la compra-venta de niños, incluso argumentan que con ellos se trata de evitar una adopción con los trámites que ello supone y con las restricciones que existen para parejas del mismo sexo o para familias monoparentales.



Se puede considerar la maternidad subrogada como una técnica más de reproducción humana asistida

2. Esta práctica podría atentar contra la dignidad de la persona, en un sentido amplio ya que podría atentar a las distintas partes intervinientes: a) puede atentar contra la dignidad de la mujer gestante al considerar que se le instrumentaliza y se le cosifica como mero organismo reproductor; b) podría atentar contra la dignidad del recién nacido porque implicaría para este tener un mínimo de dos posibles madres: la gestante y la biológica o incluso, la posibilidad de tener tres: la comitente, la gestante y la donante del óvulo. En definitiva, se acabaría con el principio básico del Derecho Civil español: *mater semper certa est*.
3. Se argumenta que existe una mercantilización o comercialización del cuerpo humano que no se limita solo a la mujer gestante, sino que se extiende a las agencias especializadas encargadas de gestionar el proceso (Guerra, 2018, p. 48): relacionar a los sujetos, formalizar los contratos y vigilar su cumplimiento, así como otras gestiones que se necesitan para llevar a cabo esta práctica.

4. Motivos éticos y jurídicos para posicionarse a favor de la maternidad subrogada

Se puede considerar la maternidad subrogada como una técnica más de reproducción humana asistida y, por ello, la misma se admitiría en base a los siguientes argumentos (Emaldi, 2020, p. 560):

1. La libertad reproductiva de las personas. La Constitución Española no recoge explícitamente “el derecho reproductivo” pero podría defenderse su existencia en base a otros derechos fundamentales que sí están recogidos expresamente en la misma: el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana (art. 10) ya que el tener descendencia es un hecho que supone para algunas personas un desarrollo y crecimiento personal; el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (art. 14) ya que una limitación biológica no ha de suponer, en todos los casos, una limitación legal; el derecho a la integridad física y moral (art. 15), el derecho a la libertad (art. 17.1). Se trataría de un derecho subjetivo a la reproducción. Además, en España, se reconoce el derecho de la mujer a ser inseminada por los gametos de un donante, así que este planteamiento podría extenderse al derecho del hombre de solicitar a una mujer que aporte el óvulo y el útero para poder ser padre. De hecho, una pareja de mujeres puede, legalmente, acudir a las técnicas de reproducción asistida y, por tanto, tendríamos que pensar que una pareja de hombres también podría solicitarlas en base a su derecho a la no discriminación por razón de sexo. Para apoyar esta argumentación recurrimos a la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo. Esto da lugar a que se amplíe el modelo de familia y, por tanto, ha de ser objeto de reflexión si a estas parejas se les reconoce el derecho a la reproducción accediendo a todo tipo de técnicas de reproducción asistida, incluida la gestación por sustitución, que es la única posibilidad de tener descendientes con un vínculo biológico. De esta forma, si se exigiera que al menos uno de los sujetos



- comitentes que solicita la maternidad subrogada aporte los gametos —óvulos o espermatozoides— o bien aportaran su embrión evitaría la compra-venta de niños.
2. El respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad para realizar contratos. El derecho debe garantizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados entre las partes. No obstante, hemos de aclarar que las cláusulas contractuales han de ser acordes a la ley española, por lo que en este momento no se podrían llevar a cabo en España este tipo de contratos por ser nulos de pleno derecho según la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006.
 3. La dignidad de la mujer gestante, en cuanto que hay situaciones en las que mujeres que viven con escasos recursos económicos recurrirían a la maternidad subrogada con la finalidad de poder obtener unos ingresos que les permitan hacer frente a su vida diaria. Asimismo, podrían obtener una asistencia sanitaria durante el embarazo que, quizás, no tendría de no haberse formalizado dicho acuerdo.
 4. El derecho a la salud, el cual ha sido definido por la OMS y por la legislación española a través de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, como un derecho que implica un pleno bienestar, incluido el plano psíquico. Esto supondría que el propio ordenamiento jurídico debería poner los medios para que las personas pudieran tener hijos.

5. La regulación en España de la maternidad subrogada

La Ley española 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida es clara cuando en su artículo 10.1 declara 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. Es decir, la maternidad queda determinada por el parto. De acuerdo con este artículo la madre gestante —que aportara o no los gametos— sería la madre de la criatura.

La Ley española 14/2006 declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna

En este mismo sentido, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina¹ estipula en su artículo 21 que “El cuerpo humano y sus partes como tales no deben ser objeto de lucro” por lo que se podría entender que el útero de una mujer no puede ser alquilado.

Hemos de fundamentar también el carácter de nulidad otorgado a este tipo de contrato en el Código Civil español. En primer lugar, se puede hablar de nulidad de contrato porque carece de objeto. Además, se violaría el art. 1.261 CC donde se estipula que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos de objeto cierto que sea materia del contrato.

¹ 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 (1997) que entró en vigor en España en el año 2000.



Este principio enlaza con el establecido en el art. 1.271 en que se dice que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres. Por tanto, la futura criatura no puede ser objeto de contrato entre el comitente y la gestante porque las personas estarían fuera de comercio. En segundo lugar, podría calificarse dicho contrato como un contrato sin causa o con causa ilícita, puesto que dicha causa se opone a las leyes y la moral (1.275 CC). Por ende, estos contratos no producirían efecto alguno. Por consiguiente, si el negocio jurídico es nulo no se derivarían obligaciones para las partes, y entonces, no existiría una obligación de entregar al hijo (art. 1.098 Código Civil).

El contrato de maternidad subrogada es nulo de pleno derecho y, sin embargo, hay españoles que lo firman en el extranjero y luego pretenden inscribir a los hijos como propios

En definitiva y a la vista de esta normativa el contrato de maternidad subrogada es nulo de pleno derecho y, sin embargo, hay españoles que lo firman en el extranjero y luego pretenden inscribir a los hijos como propios en contra y en fraude de ley². Ante esta situación la jurisprudencia³ ha rechazado la inscripción en el Registro Civil de estos niños como hijos de las personas comitentes oponiéndose al criterio sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴. Se argumenta en dichas resoluciones⁵, entre otras cosas, que no permitir la inscripción registral de los nacidos sería discriminatorio por razón de sexo —el masculino— y por tanto, contrario a la Constitución Española (art. 14), al permitir en la ley de técnicas de reproducción

asistida la inscripción de la filiación a favor de mujeres resultante de la aplicación de técnicas de reproducción asistida (art. 7.3).

En conclusión, el interés superior del menor aconseja que se inscriba en España la filiación que figura en el Registro (Barrón, 2009, p. 36). Sin embargo, con estas instrucciones se vuelve a dar respuesta a un caso puntual (Corral, 2015, p. 68), incluso

- 2 En cuanto a los posibles fraudes de ley, en algún caso podría considerarse un delito contra las relaciones familiares (suposición de parto de la mujer comitente, alteración del estado civil del menor por parte de la mujer gestante, arts. 220 y 221 del Código Penal) o podría encajarse en falsedad documental, en documento público (arts. 390 y ss del Código Penal). Romeo Casabona, C.M. (2018). Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución? *Folia Humanística, Revista de Salud, ciencias sociales y humanidades*, 8, 17ss.
- 3 STE de 6 de febrero de 2014; y Auto de 2 de febrero de 2015, sobre el mismo caso. Véase un estudio detallado sobre la jurisprudencia española y Europea en: Emaldi Cirión, A. (2018), op.cit., pp. 80 y ss.
- 4 Véase más detenidamente comentarios sobre la Resolución de 18 de febrero de 2009 y sobre la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Farnós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. *Revista para el Análisis del Derecho*, 6-67; y González Camarero, G. (2012). Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución. *Diario La Ley*, 26 de agosto, p. 4. Véase sobre la Instrucción de 5 de octubre de 2010: Ruiz Saenz, A. (2013). Gestación por sustitución: problemática jurídica de los vientres de alquiler. En A. Palomar, y J. Cantero (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. II (pp. 805-810). Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor. García Amez, J. (2014). Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 40, 147-170.
- 5 Esta resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal, dando lugar a la Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, la cual anula la inscripción registral, al considerar que se ha acudido a una vía errónea para la inscripción de los menores, ya que debería haberse comprobado la realidad del hecho inscrito y su ilegalidad conforme a la Ley de técnicas de reproducción asistida (art. 10), por tanto, considera que debe rechazarse su inscripción registral. Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.



en perjuicio de la seguridad jurídica, pero no regula de manera general la maternidad subrogada, que es lo que se esperaba de esta instrucción.

En esta misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo Español muy acertadamente⁶, puesto que buscando el mejor interés del menor, considera correcta la cancelación de la inscripción registral, lo que le priva de la nacionalidad española y de sus demás efectos, pero recomienda, la posibilidad de buscar algún vínculo familiar entre el recién nacido y los comitentes. Por ello, y de acuerdo con el artículo 10.3 de la Ley de técnicas

El interés superior del menor aconseja que se inscriba en España la filiación que figura en el Registro, pero no regula de manera general la maternidad subrogada

de reproducción asistida, se permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera —por aportar sus gametos o el embrión—, podría determinarse la filiación paterna o materna y, paralelamente, se podría completar la integración del menor en la familia mediante el acogimiento familiar o la adopción que permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar. En el supuesto de que los recurrentes no hubieran aportado sus gametos, en tal caso, tendrían que acudir a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional.

Personalmente, considero que la postura del Tribunal Supremo ha sido acertada, ya que se vela por el interés superior del menor, siguiendo la línea que, *a posteriori*, marcará el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuyas sentencias se aprecia la preocupación por garantizar los derechos de los niños nacidos mediante esta técnica. Así, tenemos en primer lugar, dos resoluciones, del día 26 de junio de 2014, que tienen como demandante al Estado francés (asuntos: *Menesson c. Francia* y *Labasee c. Francia*) en ambos supuestos, el tribunal de Casación francés manifestó que “en presencia de este fraude ni el interés superior del niño garantizado por el art. 3 del Convenio sobre los Derechos del Niño, ni el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 podían ser invocados útilmente”. En conclusión, el Tribunal de Casación francés manifiesta la denegación de la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de las criaturas respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de maternidad subrogada; la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre las criaturas y los padres comitentes, incluso, anula el posible reconocimiento de la paternidad del padre biológico debido al carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución. Además, proclama la imposibilidad de que las recién nacidas puedan adquirir la nacionalidad francesa y de que puedan heredar a los comitentes en calidad de hijas.

En ambos casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que el Estado francés al denegar la filiación ha lesionado el derecho de los menores a su vida priva-

6 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 y STS 953/16 de 16 de noviembre de 2016. Véase comentarios a estas sentencias: Paniza Fullana, A. (2014). Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2(1), 60ss; y García Alguacil, M. J. (2014). ¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 3, 80-110.



da, lo que provoca una lesión del artículo 8 del Convenio de 1950, con la consiguiente condena al Estado francés.

En segundo lugar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado otra resolución el 27 de enero de 2015 (*Affaire Pardiso et Campanelli c. Itailie* – Application no. 25358/12) en la misma línea que la argumentada en los supuestos anteriores. En este caso, el Estado Italiano había considerado que la inscripción sería contraria al orden público ya que en Italia no se permite esta práctica y puesto que el padre comitente no era padre biológico del hijo, las autoridades italianas quitaron a los padres comitentes la custodia del niño y lo entregaron a un centro estatal.

Desde mi punto de vista, el Estado francés y el Estado Italiano no velaron por el interés superior del menor, que es lo más importante en estos supuestos, sino que castigaron

No se puede dejar en el limbo jurídico y lesionar derechos de unos menores por querer dar un castigo ejemplar a los ciudadanos de un país

el comportamiento de los padres comitentes dejando, en consecuencia, violentados muchos derechos de los menores: nacionalidad, herencia, custodia, entre otros. Este proceder no es ético y no se puede dejar en el limbo jurídico y lesionar derechos de unos menores por querer dar un castigo ejemplar a los ciudadanos de un país! Lo que deberían hacer los legisladores es dar una solución con la que se proteja el interés superior del menor y paralelamente, se elabore una legislación más adecuada sobre esta práctica –aceptándola o rechazándola, en cuyo caso las au-

toridades deberían observar y hacer observar escrupulosamente la normativa— incluyendo los casos que se produjeran en el extranjero y aplicando sanciones severas para quienes incumplieran la norma o bien aprobando disposiciones que tipificasen como delito dichas prácticas⁷. De esta manera, se ofrecería seguridad jurídica a todos los sujetos implicados, principio que en España está recogido en la Constitución (art. 9).

6. Conclusiones

Visto el apoyo social que está teniendo esta práctica en la actualidad se hace necesario tomar una solución en relación con la maternidad subrogada. Esta solución puede ser de muy distinta índole, por una parte se puede continuar con su prohibición, pero asegurando que se cumple la misma y, por tanto, no permitiendo que los españoles acudan a otros países para realizar esta práctica o bien se pueden cambiar las leyes y regular la maternidad subrogada.

Si he de decantarme por alguna de estas dos posturas, me posicionaría con la segunda opción, es decir, la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada, siempre que se utilizara como una técnica de reproducción asistida para supuestos muy concretos. No obstante, esta permisión debería ir acompañada de una regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones. A este respecto y como pro-

7 El Comité de Bioética de España, recomienda la aprobación de leyes que contengan disposiciones que “tipifiquen como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, incluido el uso indebido de la maternidad subrogada. Véase Fernández Muñiz, P. I. (2018). Gestión subrogada, ¿Cuestiones de derechos? *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 26, 34.



puesta de *lege ferenda* considero que se deberían regular los siguientes aspectos en el supuesto de permitirse legalmente la maternidad subrogada:

La permisión de la gestación subrogada debería ir acompañada de una regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones

Primera: se deberán cumplir unos requisitos generales por parte de los sujetos comitentes como de la mujer gestante, tales como: a) demostrar la existencia de razones médicas por las que la mujer comitente no fuera apta para asumir la gestación por tener problemas médicos o fisiológicos. De esta manera, se evitarían posibles abusos —gestación por sustitución por simple comodidad o por existir compensaciones económicas. b) Que la pareja comitente aportase bien el embrión, el esperma o el óvulo para que existiera un vínculo biológico con alguno de los padres comitentes. c) Que la mujer gestante tuviera una edad mínima estipulada por ley y que demostrase tener buena salud física y psicológica. d) Se tendría que determinar el número máximo de veces que una mujer puede someterse a esta práctica. e) Que la mujer gestante tuviera una situación socioeconómica que descartase una situación de grave necesidad y así se evitarían abusos contra las mujeres vulnerables. e) Que se creara un Registro Nacional de Gestantes que controlaría algunos de los aspectos derivados de estas prácticas.

Segunda: de admitirse la maternidad subrogada altruista, sería positivo que el Estado estableciera unas tarifas para que la cantidad entregada sea en concepto de una compensación por molestias generadas durante el embarazo y el parto. De esta manera, se evitaría la posibilidad de considerar que estamos ante un contrato de compra-venta de niños.

Tercera: debería regularse la posible revocación o no del consentimiento de la mujer gestante. Esto es, debería establecerse en el contrato qué ocurriría si la mujer gestante se negase a entregar a la criatura y deseara quedarse. Considero que una vez firmado el consentimiento por ambas partes, la revocación no haría sus efectos, puesto que el material reproductor es de la pareja beneficiaria y podría reclamar la paternidad/maternidad —este es el motivo para exigir que los gametos sean, precisamente, de las personas comitentes—. El problema sobre el que se debería reflexionar en este punto es que la imposibilidad de revocar el consentimiento impediría a la mujer gestante, el ejercicio pleno del derecho fundamental al desarrollo de la personalidad interpretado de acuerdo con el principio de la dignidad de la persona humana y el derecho de constituir una familia.

Cuarta: se tendría que recoger, también, la posibilidad de que fallezcan los padres biológicos o que se separasen o se divorciasen durante el periodo de gestación. En este supuesto pienso que no se podría obligar a que la madre sustituta se quedase a la criatura o que la entregase en adopción, sino que tendría que responder la pareja beneficiaria que se ha separado y, en el supuesto de muerte, tendrían que seguirse los mismos procedimientos que se siguen para los hijos póstumos.

Quinta: debería regularse la posibilidad de proceder a un aborto embriopático o eugenésico. En efecto, puede ocurrir que mediante diagnósticos genéticos



prenatales se detectara una enfermedad o anomalía fetal y la pareja comitente quisiera interrumpir el embarazo, no así la mujer portadora del embrión o viceversa. En estos casos, debe existir una cláusula en el contrato que recoja dicha situación.

Sexta: el contrato también debería recoger la posibilidad de que pueda producirse un embarazo múltiple. En estos supuestos, cabrían dos posibilidades: a) forzar a la madre gestante a que procediese a interrumpir el embarazo de uno de los embriones, en la medida en que el acuerdo o contrato únicamente contemplaba la gestación de uno de ellos y no el resto; b) dar a luz a todas las criaturas que se han gestado y que se hagan cargo de las mismas los comitentes.

Es compromiso de todos buscar medios para proteger a las partes más vulnerables en los contratos de maternidad subrogada y otorgarles el mayor número de garantías

Séptima: el derecho legítimo del hijo de conocer su origen biológico es algo que debería tenerse en cuenta como sucede en el caso de la adopción pero no, en cambio, en el caso de donación anónima de gametos ya que en España no se permite esta opción dando lugar así a una violación del derecho del menor a conocer sus orígenes tal y como reconoce La Convención Internacional de Derechos del Niño de 1989⁸. Por tanto, la posibilidad de ejercer este derecho debería ofrecerse tanto a hijos adoptados como a aquellos que han nacido gracias a la aplicación de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida ya que no hacerlo supondría una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad de las personas nacidas mediante estas técnicas.

En conclusión, en este trabajo he tratado de plantear algunas cuestiones éticas y jurídicas que podrían surgir a lo largo del proceso de la maternidad subrogada. Si la ley regulase todas ellas y algunas más, se evitarían los efectos negativos que es posible causar con esta práctica y que son, precisamente, los que justifican su rechazo. Es compromiso de todos buscar medios para proteger a las partes más vulnerables en los contratos de maternidad subrogada y otorgarles el mayor número de garantías. Por ello, me posiciono a favor de dar una cobertura adecuada a la legalización de la maternidad subrogada y a un cambio legislativo para ajustarse a la nueva demanda social y así garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica⁹.

8 La Convención de los derechos del niño fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre 1989 en Ginebra y fue ratificada por los Estados miembros de la misma ONU. Se puede encontrar la integralidad de su texto en la web de UNICEF: https://www.unicef.it/Allegati/Convenzione_diritti_infanzia_1.pdf

9 Me gustaría, por último, dejar constancia de nuestro agradecimiento a los miembros del equipo de investigación al que pertenezco, pues sus valiosas sugerencias, consejos y reflexiones han enriquecido este trabajo. Merece la pena hacer constar algunas de sus publicaciones más recientes: Armaza Armaza, E. J. (2020). Sobre la idoneidad de las herramientas penales para la protección de la salud pública ante la quiebra de las medidas de confinamiento por parte de personas portadoras de una enfermedad infecciosa grave. En *Las respuestas del Derecho a las crisis de salud pública* (pp. 187-210). Madrid: Dykinson. Atienza y Armaza. (2016). *El dopaje en el Derecho Deportivo actual*. Madrid: Editorial Reus. Atienza, E. (2020). Retos del bioderecho ante un mundo global: Identidad sexual y derechos humanos. En *Retos del derecho ante un mundo global* (pp. 584-606). Tirant le Blanch.



Referencias

- Brena Sesma, I. (2011). Maternidad subrogada. En C. M.^a Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioética y Bioderecho*. Granada: Ed. Comares.
- Barrón, P. de (2009). La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, (31), 29-41.
- Corral García, E. (2015). El derecho a la reproducción humana ¿debe permitirse la maternidad subrogada? *Revista de Derecho y Genoma Humano*, (38), 45-69.
- Emaldi Crión, A. (2018). Surrogacy in Spain and the proposal of a legislative change for its regulation. A global phenomenon in Europe. *Revista de Derecho y Genoma Humano Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, (49), 75-99.
- Emaldi Cirión, A. (2020). Derechos Constitucionales y análisis jurídico en relación con el diagnóstico genético preimplantatorio en el contexto de la reproducción asistida. En *Retos del Derecho ante un Mundo Global* (pp. 554- 582). Ed. Tirant Lo Blanc.
- Farnós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).
- Fernández Muñiz, P. I. (2018). Gestación subrogada, ¿Cuestiones de derechos? *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, (26), 34-52.
- García Amez, J. (2014). Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, (40), 147-170.
- González Camarero, G. (26 de agosto de 2012). Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución. *Diario La Ley*, 4-5.
- Guerra Palmero, M. (2018). Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La gestación subrogada como nuevo negocio transnacional. *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, (26), 39-51.
- Paniza Fullana, A. (2014). Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2(1), 59-67.
- Romeo Casabona, C. M. (2018). Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución? *Folia Humanística, Revista de Salud, Ciencias Sociales y Humanidades*, (8), 1-23.
- Ruiz Saenz, A. (2013). Gestación por sustitución: problemática jurídica de los vientres de alquiler. En A. Palomar, y J. Cantero (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. II (pp. 805-810). Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.