



Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y *habeas data*

The personality rights of the pregnant woman in a surrogate motherhood. The right to physical and psychic integrity and the right to personal data protection and *habeas data*



Autor

Aránzazu Bartolomé Tutor

Doctora en Derecho. Exasesora del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid. Colaboradora de la Cátedra Santander de Derecho y Menores. Universidad Pontificia Comillas
E-mail: atxarabt@gmail.com



Resumen

El presente trabajo analiza los derechos de la personalidad de la mujer gestante que se ven afectados ante una gestación subrogada. Concretamente el derecho a la integridad física y psíquica o el derecho a la protección de datos de carácter personal y *habeas data*.



Abstract

This paper analyzes the personality rights of the pregnant woman in surrogate motherhood: specifically, the right to physical and mental integrity and the right to personal data protection and habeas data.



Key words

Gestación subrogada; mujer gestante; derechos de la personalidad; derecho a la integridad física y psíquica; derecho a la protección de datos de carácter personal; habeas data.

Surrogate motherhood; surrogate parentage; pregnant woman; human rights; the right to physical and mental integrity; the right to privacy in the digital age.



Fechas

Recibido: 18/10/2017. Aceptado: 13/12/2017



1. Introducción

Si bien es cierto que en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida en su art. 10 se hace mención a la nulidad de los contratos que acuerden una gestación subrogada, ha sido en los últimos tiempos cuando la celebración de estos contratos por parte de parejas españolas fuera de nuestro país ha tenido un auge considerable y ello ha traído consigo la necesidad de resolver las cuestiones jurídicas y éticas que ello aparece.

La gestación subrogada es una práctica por la que una mujer acuerda con una pareja o persona individual quedar embarazada y al llegar a término el embarazo entregar el recién nacido al o a los comitentes, renunciando a la filiación que le pudiera corresponder

Se trata de una práctica basada en técnicas de reproducción asistida, por medio de la cual una mujer acuerda con una pareja o persona individual (conocidos como comitentes, padres de intención o progenitores subrogantes), quedar embarazada y al llegar a término el embarazo entregar el recién nacido al o a los comitentes, renunciando a la filiación que le pudiera corresponder.

Este es un tema que no deja indiferente a nadie. Quienes lo defienden lo hacen aludiendo al derecho a la reproducción, cuyo debate sobre su existencia se produce con los avances científicos que permiten las técnicas de reproducción asistida, pues, gracias a estas, parejas o individuos en solitario han podido ser padres cuando antes la naturaleza les ponía coto¹. Por el contrario, quienes lo rechazan refieren a la mercantilización del cuerpo de la mujer y del bebé que da a luz, para satisfacer los deseos de terceros, que por diversas causas no quieren o no pueden gestar un bebé.

La repercusión es tal que recientemente el grupo parlamentario Ciudadanos ha presentado ante las Cortes Generales una proposición de ley que pretende regular el derecho a la gestación subrogada en nuestro país².

Atendiendo a todo lo anterior, en este artículo vamos a analizar un elemento muy concreto que se ve afectado ante una gestación subrogada, cuál es el ejercicio de los derechos de la personalidad de la mujer gestante. Para ello, comenzaremos haciendo un breve repaso a qué y cuáles son los derechos de la personalidad, para luego analizar cómo se ven afectados ante una gestación subrogada.

2. Los derechos de la personalidad

Debemos partir de la premisa que la persona, para el Derecho, no es exclusivamente titular de derechos y obligaciones o sujeto de relaciones jurídicas, sino que, además, es contemplada como sujeto de especial protección en todo aquello que aparece el de-

1 Igareda González, N. (2011). El hipotético derecho a la reproducción. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, (23) 257 y 270.

2 Proposición de Ley 122/000117 reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos (BOCG, nº 145-1, 8 de septiembre de 2017).

Asimismo, es importante tener en cuenta la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 y en su posterior Instrucción de 5 de octubre de 2010, la SA Valencia, de 23 de noviembre de 2011 o la STS de 6 de febrero de 2014.



sarrollo de su personalidad y su desenvolvimiento, y que se hace efectivo a través del ejercicio de los derechos de la personalidad, entre otros.

Ferrara y De Cupis aportan un primer matiz cuando se refieren a los derechos de la personalidad como los derechos supremos o derechos esenciales del hombre. Estos derechos garantizan al individuo el goce de sus bienes personales, asegurando al individuo el señorío sobre su persona y la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales³. Son derechos esenciales en tanto están relacionados con el núcleo de la

Los derechos de la personalidad garantizan al individuo el goce de sus bienes personales, asegurando al individuo el señorío sobre su persona y la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales

personalidad más profundo y que va variando en la medida que también cambia la conciencia moral y la forma de reconocer la posición del individuo dentro de la sociedad, pero lo que constituye algo esencial de estos derechos es que se colocan en un marco adecuado para asegurar su preeminencia sobre las demás reclamaciones, en tanto se refieren a derechos fundamentales de la persona⁴.

Beltrán de Heredia puntualiza que no estamos ante bienes exteriores en los que la personalidad se proyecta al actuar, sino ante bienes personales (interiores), en cuanto forman parte del individuo⁵.

Independientemente de estas matizaciones, la opinión general es acorde al señalar que se trata de derechos innatos a la persona (nacen y se extinguen con ella); necesarios (en cuanto que corresponden a toda persona y, por tanto, el ordenamiento tiene que reconocerlos necesariamente); privados (garantizan a su titular el disfrute y protección de su propia persona en la esfera del derecho privado); absolutos o de exclusión (son oponibles frente a terceros); extrapatrimoniales (en el sentido de que, si bien se obtiene una compensación económica cuando se produce un daño, no se restituye al sujeto a la situación anterior); inherentes a la persona (se encuentran necesariamente vinculados a ella), e imprescriptibles. Es más, se trata de derechos originarios, al no precisar ningún mecanismo especial que determine la conexión con la titularidad, pues nacen y se extinguen con la persona⁶.

Así lo corroboran el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando se refieren a estos como derechos personalísimos, ligados a la misma existencia del individuo y que implican un ámbito propio y reservado

3 Ferrara, F. (1921). *Trattato di Diritto civile italiano, vol. 1, Doctrine generali, Parte I, Il Diritto, I soggetti, Le cose*. Athenaeum: Roma, p. 443.

4 De Cupis, A. (1982). *I diritti Della personalità, Tomo I, Teoria generale. Diritto alla vita e all'integrità fisica. Diritto sulle parti staccare del corpo e sul cadavere. Diritto alla libertà. Diritto all'onore e alla riservatezza*. Milano: Ed. Multa Pavcis, A. Giuffrè, p. 13. Véase asimismo, a López Jacoiste, J. J. (1986). Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad. *Anuario de Derecho Civil*, p. 1060.

5 Beltrán de Heredia, J. (1976). *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*. Discurso en la Real Academia de Jurisprudencia. Madrid, pp. 22 y 27.

6 Lete del Rio, J. M^a (1996). *Derecho de la persona*. Madrid: Tecnos, pp. 192 y 193; López Jacoiste, J. J. (1986). Una aproximación tópica a los derechos..., *op. cit.*, p. 1070; Beltrán de Heredia (1976). *Construcción jurídica...op., cit.*, pp. 89 y 90; De Cupis, Adriano (1982). *I diritti Della personalità, op. cit.*, pp. 78 a 92.



frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana⁷.

En definitiva, estamos ante derechos que suponen el desarrollo y proyección de la persona. Se trata de un grupo de derechos y libertades que se pueden denominar de ámbito personal, porque atienden a todas sus esferas y manifestaciones de la persona, es decir, corporal, psíquica y espiritual. En razón de esta circunstancia, todo ser humano, debe poseer una esfera de actividad personal, que ejerza de modo individual y que debe estar protegida frente a todo poder extremo.

2.1. Relación de derechos de la personalidad

No obstante, cabe aclarar que no es tarea fácil presentar una relación que contenga estos derechos. De hecho, el único artículo del Código Civil que los contempla es el art. 162 CC, que se refiere a su ejercicio por parte de los menores de edad y no incluye un listado de los mismos. Ello ya pone de manifiesto una primera duda ¿el ejercicio de los derechos de la personalidad es exclusivo de los menores de edad? La respuesta es no, atendiendo a lo que acabamos de apuntar en el apartado anterior.

El tratamiento de los derechos de la personalidad no se ha producido en los textos civilistas, sino en los textos de sesgo constitucional y de desarrollo de derechos fundamentales

Otra cuestión sería saber cuáles son estos derechos de la personalidad. En este sentido, se puede pecar de exceso o defecto, pues la historia nos demuestra que su consideración ha sido gradual, así como el desarrollo de los que ya tenemos reconocidos, que han dado lugar a otros.

Asimismo, habrá que tener en cuenta que el tratamiento de estos derechos no se ha producido en los textos civilistas, sino en los textos de sesgo constitucional y de desarrollo de derechos fundamentales de donde podemos extraer el siguiente elenco: derecho a la vida, derecho a la integridad física y moral, libertad de expresión, libertad de reunión, libertad de asociación, derecho de participación, derecho de información, derecho a la libertad ideológica, religiosa y de conciencia, derecho al honor, intimidad e imagen, derecho a la protección de datos de carácter personal, *habeas data* y el derecho a la identidad.

3. Los derechos de la personalidad afectan a la gestación subrogada

Teniendo en cuenta lo anterior, desde la perspectiva de la gestación subrogada quedan afectados estos derechos de la personalidad:

- El derecho a la integridad física y psíquica de la gestante.

⁷ Véase STC 231/1988, 117/1994, 202/1999; 156/2001, 154/2002, STS 7 de octubre de 1996, 14 de noviembre de 2002, 24 de octubre de 2003, 22 de febrero de 2007 o 25 de septiembre de 2008 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2011.



- El derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal y *habeas data*.

3.1. El derecho a la integridad física y psíquica. El derecho a la disposición del propio cuerpo y la gestación subrogada

Cuando nos referimos a la gestión subrogada y los derechos de la personalidad tratar el derecho a la integridad física y psíquica de la gestante es fundamental.

El reconocimiento de este derecho implica, que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica

El Tribunal Constitucional define del derecho a la integridad física y psíquica como aquel “mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”⁸.

Estamos ante un derecho a la intangibilidad del cuerpo humano, salvo que medie el consentimiento de su titular. El reconocimiento de este derecho implica, que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica. No obstante, como vemos, se permite al titular el poder de decidir sobre

la disponibilidad sobre su propio cuerpo, cuando sea preciso, ya sea por cuestiones médicas o por cuestiones estéticas⁹.

Es decir, este derecho permite al titular poder decidir sobre la disponibilidad de su propio cuerpo. Sin embargo, ello nos puede llevar a formularnos las siguientes preguntas ¿esta disponibilidad debe tener un límite? ¿La mujer gestante dona su cuerpo y su capacidad de gestar?

Desde el punto de vista científico los avances llevan a situaciones que hace años eran impensables, pues era la propia naturaleza la que imponía los límites. Sin embargo, hoy en día es incuestionable, por ejemplo, la importancia de los datos bioquímicos que se obtienen de una simple analítica de sangre. De la misma manera, es indiscutible los beneficios que se obtienen de la donación de sangre; los trasplantes de órganos; la utilización de ovocitos, espermatozoides, preembriones, células, tejidos u órganos humanos para fines de investigación biomédica para su posterior aplicación clínica; o

8 STC 120/1990, de 27 de junio.

9 Gil Hernández, A. (1997). *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex, p. 37; Rodríguez Mourullo, G. (1996). Artículo 15. Derecho a la vida. En O. Alzaga Villaamil (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo II, Artículos 10 a 23* (pp. 288-290). Madrid: Ed. Cortes Generales y Edersa; Díez-Picazo, L. (2002). Derecho a la vida y a la integridad física y moral. *Repositorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* (3/2002), p. 4 [Versión digital] Recuperado en <http://aranzadi.aranzadigital.es/>



el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida que han permitido que parejas estériles o mujeres solas puedan ser madres¹⁰.

Todas estas actuaciones clínicas tienen un denominador común: atañen al derecho a la integridad física y psíquica de la persona y, además, en todas aquellas normas que las regulan les confieren también unos elementos comunes:

1º.- Son actos anónimos, cuyos datos son confidenciales y especialmente protegidos (art. 5 RD 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión; art. 5 Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica; art. 5 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).

2º.- Son actos gratuitos, voluntarios y altruistas (art. 2 Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; art. 4 RD 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión; art. 4 Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica; art. 5.1 y 3 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).

3º.- Todos requieren de un consentimiento libre, consciente y expreso de la persona afectada (art. 4 Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; art. 4 Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica; arts. 3.1 y 5.4 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).

4º.- Es fundamental atender a la idoneidad física y psíquica del individuo: en virtud a su estado de salud, su plena capacidad de obrar, su mayoría de edad y teniendo en cuenta unos criterios de selección tasados (art. 5 Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; art. 9 y Anexo II – A RD 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión; art. 2 Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica; art. 5.6 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).

5º.- Estarán sujetos a fines específicos (*vr.gr.* en el caso de la donación de órganos a la utilización de los mismos para fines terapéuticos; la donación de gametos bien para su uso en las terapias de reproducción asistida o para la investigación biomédica).

Así las cosas, en el caso de una gestación subrogada, la integridad física y psicológica de la gestante se verá comprometida. Y ello, porque la mujer “dona su capacidad de

Todas las actuaciones clínicas en una gestación subrogada tienen un denominador común: atañen al derecho a la integridad física y psíquica de la persona

10 Ello ha aparejado la aprobación de importante normativa al respecto. Véanse: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (ley donación material genético). Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión.



gestar” en tanto se va a someter a una terapia de reproducción asistida, a fin de lograr la gestación¹¹; durante nueve meses su cuerpo sufrirá los cambios propios de una gestación, al objeto de llevarla a buen término, y una vez que dé a luz deberá entregar al bebé (con todo lo que ello aparea de ruptura de la relación de apego con el bebé, generado durante esta gestación).

Al hilo de lo anterior, la gestante cuando otorgue su consentimiento, lo hará no solo desde un punto de vista contractual: para ser la gestante y entregar el bebé que nazca a los padres de intención, sino también para:

- 1º.- Someterse a un tratamiento de reproducción asistida.
- 2º.- Asumir física y psicológicamente un embarazo.
- 3º.- Romper el apego con el bebé que gestó.

Pero lo anterior no deja de ser cuestionable, dado que:

Así las cosas, en el caso de una gestación subrogada, la integridad física y psicológica de la gestante se verá comprometida. Y ello, porque la mujer “dona su capacidad de gestar” en tanto se va a someter a una terapia de reproducción asistida, a fin de lograr la gestación

En relación al tratamiento de reproducción asistida la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé en su art. 3.5 que la mujer receptora de las técnicas de reproducción asistida puede pedir la suspensión de la terapia, antes de la transferencia embrionaria ¿en el caso de la gestación subrogada la gestante renunciará a esta posibilidad?

De ahí que, ante una gestación subrogada surjan múltiples preguntas:

¿Quién dispone realmente del cuerpo de la gestante, la gestante o los comitentes? ¿La gestante podrá opinar en cuanto al tratamiento de reproducción asistida (inseminación o fecundación *in vitro*) si, además, dona sus gametos? Y es que los padres intencionales para asegurarse el resultado pueden preferir que se lleve a cabo la gestación mediante la técnica de la fecundación *in vitro*¹².

¿Podrá decir cuántos embriones se le transfieren? Parece ser que son los comitentes quienes lo deciden. Y ello, no deja de plantearnos otros problemas, puesto que desde un punto de vista clínico, un embarazo gemelar ya es considerado un embarazo de riesgo.

11 Qué será diferente dependiendo de si además de la gestación dona sus propios ovocitos, pudiendo llevarse a cabo bien una inseminación artificial o bien una fecundación *in vitro* (con la consiguiente estimulación ovárica y, en su caso, con la punción y extracción de los ovocitos, para que sean fecundados y para posteriormente transferir el embrión fecundado); o si se realiza una donación de óvulos, si estos fueran de la madre de intención o de una tercera mujer, con lo que habría también que prepararla clínicamente para llevar a cabo la transferencia del embrión fecundado.

12 De las dos técnicas, la fecundación *in vitro* es más efectiva. La tasa de embarazo es de entre un 39 % y un 41 %, mientras que la inseminación artificial, tiene una tasa de embarazo que oscila entre 13 % y 15 % por intento. Además, en este método no solo se realiza un único intento, sino que se hacen tres o cuatro ciclos. Tras los cuatro ciclos, la tasa acumulativa aumenta la efectividad al 20 % o 21 %. (Sociedad Española de Fertilidad (SEF) <http://www.sefertilidad.net>). En la Proposición de Ley 122/000117 reguladora del derecho a la gestación por subrogación (BOCG, n° 145-1, 8 de septiembre de 2017) se infiere que solo se permitirá la gestación heteróloga, es decir, que la mujer gestante no aportará su material genético, lo que significa que quedará descartada la técnica de la inseminación artificial [véase art. 3.b)].



Pero la realidad está poniendo de manifiesto que los padres intencionales optan por este tipo de gestaciones gemelares¹³.

Además de las pruebas clínicas preceptivas de este tratamiento ¿los comitentes pueden exigir que la gestante se someta a otras pruebas clínicas? ¿Esto se debe establecer en el contrato?¹⁴.

En el caso de una gestación subrogada ¿la gestante realmente ejercita por sí misma el derecho a su integridad física o psíquica o no es más que una cooperadora necesaria para que los padres intención cumplan su deseo de ser padres?

¿Los comitentes eligen la clínica en la que se llevará a cabo el tratamiento? ¿Se tendrá en cuenta la opinión de la gestante al respecto? Parece ser que en este caso tampoco, pues son los comitentes quienes al asumir los gastos deciden al respecto.

A ello se suman otras cuestiones relativas al periodo de gestación:

¿Puede decidir o negarse, en su caso, sobre las pruebas a practicar (ejemplo: una amniocentesis)? Y es que, no podemos olvidar que este tipo de pruebas se consideran invasivas y tiene importantes implicaciones tanto para la gestante como para el feto.

¿La gestante se compromete a abortar, si se dan una serie de circunstancias que se tasen (ejemplo: se detecta que el feto tiene una discapacidad o una malformación)? En este caso está comprometiendo a futuro una potencial intervención quirúrgica, con lo que ello apareja para la gestante, si el feto no viene en las condiciones de "calidad" que requieren los comitentes.

Y si se producen circunstancias no previstas cuyo tratamiento compromete el embarazo (como que le detecten un tumor a la gestante) ¿pueden los comitentes tomar decisiones que afecten a la salud de la gestante?

Y finalmente, la gestante deberá asumir la ruptura del apego prenatal tras el parto, pues aunque durante el embarazo se produce el llamado vínculo materno-fetal o apego prenatal, que se refiere al proceso mediante el cual la mujer embarazada experimenta sentimientos y emociones hacia su bebé, interactúa con él y desarrolla una identidad materna, nada más nacer el bebé será entregado a los comitentes¹⁵.

En definitiva, en el caso de una gestación subrogada ¿la gestante realmente ejercita por sí misma el derecho a su integridad física o psíquica o no es más que una cooperadora necesaria para que los padres intención cumplan su deseo de ser padres?

13 Nos referimos al cantante Ricky Martin, al cantante Miguel Bosé, a la actriz Sarah Jessica Parker, a Carmen Cervera (Baronesa Thyssen), al actor Roberto Enríquez, al actor Javier Cámara o al futbolista Cristiano Ronaldo. Asimismo, véase el documental *Future baby*.

14 En este sentido, es significativo que en la Proposición de Ley 122/000117 reguladora del derecho a la gestación por subrogación (BOCG, n° 145-1, 8 de septiembre de 2017), recoge en su art. 7 la obligación que tiene la mujer gestante de someterse, en todo momento, a las evaluaciones psicológicas y médicas, y a proporcionar su historial médico.

15 Véase: Gómez Masera, R., Alonso Martín, P., y Rivera Pavón, I. (2011). Relación materno fetal y establecimiento del apego durante la etapa de gestación. *International Journal of Developmental and Educational Psychology, INFAD Revista de Psicología*, 1(1), 425-434; y Garibo Peyró, A. P. (2017). El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, XXVII (2017/2ª), 256.

En este punto es significativo el art. 10.2 de la Proposición de Ley 122/000117 reguladora del derecho a la gestación por subrogación (BOCG, n° 145-1, 8 de septiembre de 2017) en el que se establece que "el progenitor o progenitores subrogantes se harán cargo, a todos los efectos, del niño o niños nacidos inmediatamente después del parto de acuerdo a lo establecido en el contrato de gestación por subrogación".



3.2. El derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter general, *habeas data* y la gestación subrogada

La protección de datos de carácter personal y *habeas data* aluden a la información de tipo personal que comprende todo aquello que una persona no quiere que los demás conozcan de ella y la capacidad que la persona tiene para disponer y decidir sobre estos datos. No se trata de preservar secretos, sino de proteger los datos públicos, como pueda ser el

La protección de datos de carácter personal y *habeas data* aluden a la información de tipo personal que comprende todo aquello que una persona no quiere que los demás conozcan de ella y la capacidad que la persona tiene para disponer y decidir sobre estos datos

DNI, el domicilio, el número de teléfono, etc., cuya utilización puede tener distintas finalidades (normalmente comerciales). Por tanto, se integran facultades o mecanismos que facilitan el control sobre la información que nos concierne personalmente sobre nuestra propia identidad; que se asegure la calidad de los datos personales que puedan manejarse por terceros, y se proporcione un adecuado conocimiento y control de su utilización¹⁶ y ello a través del ejercicio de los llamados derechos ARCO (derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición).

Si esto lo trasladamos al ámbito de la gestación subrogada, podemos señalar que estos derechos pueden quedar comprometidos.

La gestación subrogada no tiene carácter anónimo y los datos personales y clínicos puede que sean cedidos a los comitentes¹⁷.

Ello, quizás sin ni siquiera tener en cuenta que los datos relativos a la salud requieren un especial tratamiento y protección¹⁸.

Así, en esta cesión deberemos incluir:

16 Drummond, V. (2004). *Internet, privacidad y datos personales*. Madrid: Ed. Reus, pp. 33-36; Piñar Mañas, J. L. (2008). ¿Existe la privacidad? Discurso de apertura del Curso Académico 2008/2009. Universidad San Pablo-CEU, p. 28; Corripio Gil-Delgado, M^a de los R., y Marroig Pol, L. (2001). *El tratamiento de los datos de carácter personal ...*, op. cit., p. 84.

Asimismo, véanse las *Sentencias del Tribunal Constitucional 290/2000*, y *292/2000* donde se recoge la protección de datos de carácter personal como un derecho fundamental. Confiere a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de los datos personales, integrado por los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos. Y para hacer efectivo ese contenido, el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos.

17 En el *Surrofair Magazine* Mayo 2017/Abril 2018, p. 12, (www.surrofair.es) la clínica de fertilidad CT Fertility, radicada en EE. UU. (Trumbull- Connecticut y Nueva York) y Barcelona, entre los porqués para elegirlos señala que cuentan con un "Programa de donación de óvulos propio, que proporciona muchas donantes de óvulos que ya han superado todas las pruebas y que están disponibles inmediatamente y predispuestas muchas de ellas a realizar donaciones no necesariamente anónimas".

En el mismo magazine, la empresa Babygest, pp. 53 y 54 se apunta "La gestación subrogada no debería ser un acto anónimo como ocurre con la donación de óvulos o semen. La gestante y los padres de intención deberían elegirse mutuamente porque, aunque somos una sociedad solidaria, la motivación por ayudar a alguien que nunca has visto va estar más basada en la compensación económica que en el hecho de querer ayudar a esa persona en concreto".

18 La LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) recoge en su art. 3 que como los datos de carácter personal son cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Por su parte, el art. 7.3 señala que entre los datos de especial protección están los relativos a la salud, de ahí que, en el ámbito de esta ley solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. En la *Proposición de Ley 122/000117 reguladora del derecho a la gestación por subrogación* (BOCG, n° 145-1, 8 de septiembre de 2017), se hace referencia a la existencia de un Registro Nacional de Gestación Subrogada (art. 15), pero solo especifica que en dicho registro deberán estar inscritas las potenciales mujeres gestantes y los padres intencionales, sin especificar cómo se tratarán estos datos o qué información se facilitará a los padres intencionales.



La gestación subrogada no tiene carácter anónimo y los datos personales y clínicos puede que sean cedidos a los comitentes

- Los datos relativos a la salud general de la potencial gestante, antes de ser elegida como tal por los comitentes. Y es que, en el proceso de selección de la gestante, los padres de intención pueden participar. Se tendrán en cuenta datos como el estilo de vida de la gestante, su equilibrio mental y emocional y su historia clínica¹⁹.

Ello hace pensar que las consultoras o agencias mediadoras pueden contar con bases de datos de potenciales gestantes que faciliten a los padres intencionales, lo que puede aparejar no pocos problemas en el tratamiento de estos datos, pues supone una cesión de datos a terceros²⁰.

- Los datos clínicos relativos al tratamiento de reproducción asistida seguida, de los que tendrán conocimiento los padres de intención.
- Los datos clínicos relativos a la gestación, dado que los comitentes pueden conocer el resultado de las ecografías y analíticas que se efectúen durante la gestación. De hecho, los comitentes pueden acudir a las consultas junto con la gestante y estar presentes en las ecografías o mediante plataformas como Skype.

A ello, se une, como hemos apuntado, la cuestión relativa al tratamiento del fichero de datos de carácter personal y fundamentalmente determinar quién sería el responsable del tratamiento de este fichero, ¿los asesores, la agencia mediadora radicada en Espa-

19 Jornadas informativas sobre gestación subrogada, celebradas los días 6 y 7 de mayo de 2017: "Gestación Subrogada para padres de intención españoles". Ponente: Babygest <https://www.surofair.com/>

20 El artículo 25 LOPD, se refiere a la creación de estos ficheros, señalando: "Podrán crearse ficheros de titularidad privada que contengan datos de carácter personal cuando resulte necesario para el logro de la actividad u objeto legítimos de la persona, empresa o entidad titular y se respeten las garantías que esta Ley establece para la protección de las personas".

Por su parte, el art. 55.2 RD 1720/2007, de 21 de diciembre, que desarrolla el Reglamento de la LOPD donde se establece que "los ficheros de datos de carácter personal de titularidad privada serán notificados a la Agencia Española de Protección de Datos por la persona o entidad privada que pretenda crearlos, con carácter previo a su creación. La notificación deberá indicar la identificación del responsable del fichero, la identificación del fichero, sus finalidades y los usos previstos, el sistema de tratamiento empleado en su organización, el colectivo de personas sobre el que se obtienen los datos, el procedimiento y procedencia de los datos, las categorías de datos, el servicio o unidad de acceso, la indicación del nivel de medidas de seguridad básico, medio o alto exigible, y en su caso, la identificación del encargado del tratamiento en donde se encuentre ubicado el fichero y los destinatarios de cesiones y transferencias internacionales de datos".

Al respecto véase la Resolución R/00022/2017 de la Agencia Española de Protección de Datos en la que se recuerda el tenor del art. 5 LOPD por cuanto cuando el responsable del tratamiento de los datos no esté establecido en el territorio de la UE y utilice en el tratamiento de los datos medios situados en territorio español, deberá designar (...) un representante en España.

En lo que se refiere a la Proposición de Ley 122/000117 reguladora del derecho a la gestación por subrogación, (BOCG, n° 145-1, 8 de septiembre de 2017) esta cuestión no se resuelve cuando se refiere al Registro Nacional de Gestación por Subrogación (arts. 15 y 16) en el que se tendrán que inscribir las potenciales mujeres gestantes como los potenciales progenitores subrogantes.



ña que tiene datos de donantes en el extranjero?²¹ Y sobre todo ¿qué contiene esta base de datos: nombre, edad, datos físicos de la gestante (color de pelo, ojos, compleción física, etc.), dirección, teléfono? ¿Existe alguna fotografía? ¿Cómo se tiene acceso a los mismos? ¿Es un acceso restringido? Además, estos datos se transfieren internacionalmente ¿qué seguridad existe?²².

3. Conclusión

En definitiva, vemos no son pocas las cuestiones que esta situación apareja y que atañen a los derechos de la personalidad de la gestante y que van más allá que la mera gestación y entrega el bebé nacido, dado que ¿la gestante no es más que una cooperadora necesaria para que los padres de intención cumplan su deseo de ser padres, lo que supone vulnerar su integridad física y psíquica? ¿El derecho a la protección de sus datos personales queda soslayado en aras a la consecución del objetivo último de unos terceros que es ser padres?

21 Debemos tener en cuenta que en este proceso puede que intervengan los siguientes profesionales: consultores, agencias, abogados y clínicas de reproducción asistida.

La definición de las mismas se infieren de la propia publicidad que las mismas empresas ofrecen a sus potenciales clientes.

La consultora Surroconexión se autodefine como *consultor*, refiriéndose a “aquellos profesionales que ofrecen soluciones integrales –información, orientación y asistencia– a los futuros padres internacionales en sus proceso de gestación subrogada. Una vez que conocemos el perfil de los futuros padres, buscamos la agencia ideal y actuamos como nexo entre los futuros padres, la agencia, los médicos, abogados, etc.”, en *Surrofair Magazine*, Mayo 2017/Abril 2018 (www.surrofair.es), p. 7.

En el *Surrofair Magazine*, Mayo 2017/Abril 2018 (www.surrofair.es), p. 18, se infiere el concepto de *Agencia*: “Intermediario que garantiza que la gestante se ha sometido a las pruebas psicológicas que demuestren que está preparada para ello, sus antecedentes penales, historial médico, presencia de enfermedades de transmisión sexual que puedan afectar al embarazo, etc. Asimismo, se garantiza una planificación legal que asegure que la gestante entregará al menor una vez que haya dado a luz, transfiriendo así los derechos de paternidad a los padres de intención (...) Al recurrir a una agencia profesional, contaremos con apoyo en las diferentes áreas implicadas: desde la resolución de todos los asuntos médicos, hasta buscar ayuda legal o proporcionar apoyo psicológico. (...) En caso de necesitar también a una donante de óvulos, será la agencia quien se encargue de buscar la más adecuada en cada caso, así como coordinar con la clínica todos los aspectos derivados del tratamiento de reproducción asistida. En definitiva, las agencias de gestación subrogada se encargan de velar por el bienestar de todas las partes implicadas, sin olvidar que el interés superior del menor, es decir, del futuro bebé debe primar en todos los casos”.

Aunque en ocasiones la misma empresa se autodefine como consultora o agencia, véase *Surrofair Magazine*, Mayo 2017/Abril 2018 (www.surrofair.es), p. 48, en relación a Canadian Fertility Consulting (CFC).

Asimismo, nos remitimos a las Jornadas informativas sobre gestación subrogada, celebradas los días 6 y 7 de mayo de 2017: “Gestación Subrogada para padres de intención españoles”. Ponente: Babygest <https://www.surrofair.com/>

22 El artículo 66. RD 1720/2007, de 21 de diciembre, contiene que “1. Para que la transferencia internacional de datos pueda considerarse conforme a lo dispuesto LOPD, y en el presente Reglamento será necesaria la autorización del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, que se otorgará en caso de que el exportador aporte las garantías a las que se refiere el artículo 70 del presente reglamento. 2. La autorización no será necesaria: a) Cuando el Estado en el que se encontrase el importador ofrezca un nivel adecuado de protección conforme a lo previsto en el capítulo II de este título. b) Cuando la transferencia se encuentre en uno de los supuestos contemplados en los apartados a) a j) del artículo 34 LOPD. 3. En todo caso, la transferencia internacional de datos deberá ser notificada a fin de proceder a su inscripción en el Registro General de Protección de Datos (...)”.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta que en la Proposición de Ley 122/000117 reguladora del derecho a la gestación por subrogación (BOCG, n° 145-1, 8 de septiembre de 2017) se regula esta cuestión para españoles o residentes en España sin que se produzcan transferencias internacionales de datos.



Bibliografía

- Beltrán de Heredia, J. (1976). *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*. Discurso en la Real Academia de Jurisprudencia. Madrid.
- Corripio Gil-Delgado, M. de los R., y Marroig Pol, L. (2001). *El tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*. Madrid: Agencia de Protección de Datos.
- De Cupis, A. (1982). *I diritti Della personalità, Tomo I, Teoria generale. Diritto alla vita e all'integrità fisica. Diritto sulle parti staccare del corpo e sul cadavere. Diritto alla libertà. Diritto all'onore e alla riservatezza*. Milano: Ed. Multa Pavcis, A. Giuffrè. Milano.
- Diéz-Picazo, L. (2002). Derecho a la vida y a la integridad física y moral. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (3/2002). [Versión digital] Recuperado de <http://aranzadi.aranzadidigital.es/>
- Drummond, V. (2004). *Internet, privacidad y datos personales*. Madrid: Ed. Reus, Madrid.
- Ferrara, F. (1921). *Trattato di Diritto civile italiano, vol. 1, Doctrine generali, Parte I, Il Diritto, I soggetti, Le cose*. Roma: Athenaeum.
- Garibo Peyró, A. P. (2017). El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, XXVII(2017/2ª), 245-259
- Gil Hernández, A. (1997). *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Madrid: Colex.
- Gómez Masera, R., Alonso Martín, P., y Rivera Pavón, I. (2011). Relación materno fetal y establecimiento del apego durante la etapa de gestación. *International Journal of Developmental and Educational Psychology, INFAD Revista de Psicología*, 1(1), 425-434.
- Igareda González, N. (2011). El hipotético derecho a la reproducción. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, (23), 252-271.
- Lete Del Rio, J. M. (1996). *Derecho de la persona*. Madrid: Tecnos.
- López Jacoiste, J. J. (1986). Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad. *Anuario de Derecho Civil*, 1059-1120.
- Piñar Mañas, J. L. (2008). ¿Existe la privacidad?, *Discurso de apertura del Curso Académico 2008/2009, Universidad San Pablo-CEU*, 1-49.
- Rodríguez Mourullo, G. (1996). Artículo 15. Derecho a la vida. En O. Alzaga Villaamil (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo II, Artículos 10 a 23* (pp. 288-290). Madrid: Ed. Cortes Generales y Edersa.