



A FONDO

El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias

(La mercantilización y cosificación de la vida humana)

José Eugenio Azpiroz Villar
Abogado
Doctor en Derecho
Profesor Filosofía del Derecho IEB



FICHA TÉCNICA

Resumen: La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución del artículo 10 ley 14/2006 TRHA se integra en el orden público internacional español por lo que el TS deniega la inscripción de filiación amparada en dicho contrato, lo que no impide la defensa del interés del menor y su correcta filiación. El contrato atenta contra la dignidad de la persona, mercantiliza y cosifica la vida humana. El Parlamento Europeo rechaza su legalización.

Palabras clave: Gestación por sustitución. Nulidad. Orden público internacional español. Filiación. Dignidad humana. Rechazo UE a su legalización.

Abstract: The nullity of full right of the contract of gestation by substitution of the article 10 of the law 14/2006 TRHA is

integrated into the Spanish international public order, is for that reason that the TS denies the inscription of filiation protected in that contract, which does not prevent the defense of the minor's interest and his right filiation. The contract violates the dignity of the person, commercializes and dehumanizes the human life. The European Parliament rejects its legalization.

Keywords: Gestation by substitution. Nullity. Spanish international public order. Filiation. Human dignity. EU rejection of its legalization.

Madre no hay más que una
Dicho popular

Madres pueden ser hasta cuatro
Realidad científica

La cuestión que a continuación abordamos, la gestación por sustitución en terminología legal, ha venido adquiriendo progresiva importancia y dimensión en los últimos años, hasta hace pocas décadas era difícilmente imaginable este debate aun cuando podemos retrotraer-

nos hace ya algún tiempo, de hecho Mariano Casado Blanco y María Ibáñez Bernáldez⁽¹⁾ nos recuerdan cuando fue su inicio: «Haciendo un poco de historia, se considera que fue en el año 1976, en Estados Unidos, cuando se concretó el primer acuerdo de maternidad subrogada, a través de una inseminación artificial, financiada por el abogado Noel Keane, que fue quien creó el *Surrogate Family Service Inc*» Es decir, nos referimos a los llamados contratos de vientres de alquiler o, más eufemísticamente, de maternidad subrogada por los que -generalmente por pago de un precio- se contrata a una mujer para que gaste un embrión hasta su nacimiento y entregue al niño a quien le ha contratado para ello. Cada vez más parejas heterosexuales y, sobre todo, homosexuales recurren a este contrato, sea con una u otra de las múltiples variantes biológicas que se pueden producir (transferencia de embrión, inseminación del óvulo de la gestante, aportación o no de gametos por los contratantes, etc...). Contrato que resulta legal en algunos países y en otros, como el nuestro, resulta nulo de pleno derecho.

Se trata de una cuestión que se encuentra sometida a debate en nuestro país y en el ámbito de la Unión Europea, donde mayoritariamente es objeto de prohibición, también en otras sociedades. Analicemos la cuestión en la que la vida y dignidad humanas deben ser valoradas y adecuadamente consideradas.

Como es conocido la ley española prohíbe el contrato de «gestación por sustitución», sea gratuito u oneroso, declarándolo nulo de pleno derecho en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), cuyo antecedente legislativo lo fue el artículo 10 de la ley 35/88 de Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA) de 22 de noviembre⁽²⁾ en cuyo punto 1 ya establecía dicha nulidad con idéntico texto al actual: «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 en favor de un contratante o de un tercero». Sin embargo, determinados países (la India, Ucrania, Rusia, Sudáfrica o diversos estados de América del Norte, entre otros) sí autorizan dicho contrato -incluso con carácter lucrativo- en sus respectivas legislaciones sobre familia. La complejidad, la afectación de intereses, sentimientos, contradictorios y contrapuestos en muchas situaciones, plantean nuevos

problemas a los que hay que dar respuesta desde el Derecho. Respuesta que en lo esencial ya ha sido dada por la legislación europea en el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la biomedicina, el llamado Convenio de Oviedo⁽³⁾, de abril de 1997, cuyo objeto y finalidad -artículo 1- es proteger al ser humano «en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina». Objeto que se concreta en el artículo 21 («Capítulo VII.- Prohibición del lucro y utilización de una parte del cuerpo humano») donde se establece:

«Artículo 21. Prohibición del lucro

El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro.»

De lo que obviamente se deduce que la gestación onerosa se encuentra en todo caso fuera de la protección que a la dignidad humana le confiere el Convenio.

La complejidad, la afectación de intereses, sentimientos contradictorios y contrapuestos en muchas situaciones, plantean nuevos problemas a los que hay que dar respuesta desde el Derecho

En nuestra pretensión de analizar la cuestión queremos, por tanto, hacerlo desde la perspectiva sobre la dignidad, la mercantilización y la cosificación de la vida humana y desde el respeto a la ley de una forma principal así como los efectos de la nulidad en cuanto a la filiación y su inscripción registral. Para ello vamos a analizar la Sentencia y el Auto del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2014 y 02 de febrero de 2015 respectivamente; así como, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en relación a la inscripción registral de los niños nacidos en países extranjeros donde el contrato de maternidad subrogada es legal (Labassee y Menesson contra el Estado Francés Sentencias de 26/07/2014); la posición de la Unión Europea en relación al contrato; y, los debates parlamentarios suscitados hasta la fecha en nuestro país.

- (1) CASADO BLANCO Mariano e IBAÑEZ BERNÁLDEZ María, «Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada», *Revista Española de Medicina Legal*, Asociación Nacional de Médicos Forenses, 2014, número 40 (2), páginas 59-62
- (2) ESPAÑA, «Ley de Técnicas de Reproducción Asistida», *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1988, número 282, páginas 33373-33378.
- (3) UNION EUROPEA, «Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y la biomedicina», *Boletín Oficial del Estado*, 20 de octubre de 1999, número 251, páginas 36825-36830 (36825 y 36827).

En la Sentencia de 6 de febrero de 2014 el Tribunal Supremo⁽⁴⁾ ha debido pronunciarse sobre la pretensión de inscripción registral de la filiación de unos menores nacidos en California mediante la celebración de un contrato de gestación por sustitución suscrito por dos varones españoles casados entre sí.

Algunas de las consideraciones del Tribunal Supremo -cuya resolución denegó, por cinco votos a favor con la oposición de los cuatro magistrados restantes, el recurso y con él su pedimento de inscripción de la afiliación demandada por los recurrentes- nos parecen del máximo interés así cuando en su Fundamento de Derecho Tercero, punto 4, párrafo cuarto, manifiesta que:

«La legalidad conforme a la ley española de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, si bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en qué consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación)».

Añadiendo, en su Fundamento de Derecho tercero, punto 6, párrafo segundo lo siguiente:

«En nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, *no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población*».

«Consecuencia lógica de lo expuesto es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, **integran el orden público internacional español** (FD Tercero, punto 7, párrafo 1)».

Aunque ello supere las pretensiones de nuestro estudio debemos resaltar lo dispuesto en el punto 2 del artículo 10 LTRHA (al igual que en el de la LTRA del que es heredero): «*la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*» -*mater semper certa est*-. En este sentido, considerando una hipotética regulación de la gestación por sustitución, Noelia Igareda González⁽⁵⁾ señala que «Igualmente se está señalando por parte de un sector de la doctrina (remitiéndose a Sáez-Sartuntún, M., *Diario La Ley* nº 7815, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2012, entre otros) que, también, con la aprobación de la Ley 20/2011, de 21 de junio «...se ha desaprovechado una oportunidad de modificar el principio *mater semper est*, y de la regla de filiación materna *por el parto*». Pero tal vez suceda que el legislador no haya querido modificar la regla del parto filiación/materna que, en todo caso, no afectaría tan sólo a la regulación registral, ni al artículo 10 de la LTRHA sino que alcanzaría al propio Código Civil en cuanto que el artículo 177.2.2 -referiéndose a la adopción- establece que «el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto» salvo que se quisiera ser más riguroso en la prestación del asentimiento en los supuestos de adopción que en los de alquiler gestacional, o, que se aceptare que la gestación por sustitución no pudiera producirse o caso de hacerlo quedara condicionada a esta «segunda convalidación» tras parto; lo que a la vista de los arrepentimientos espontáneos de madres gestantes al deber contractual de la entrega del niño tras su nacimiento incrementaría en gran medida la inseguridad jurídica de los contratantes de la mujer y devaluaría la fuerza y seguridad que con el mismo persiguen. Dicho de otra forma, si se quisieran igualar tales formas filiatorias, nos encontraríamos con que carecería de sentido la limitación de la adopción a la prestación del asentimiento por la madre transcurridos seis semanas desde el nacimiento ya que el asentimiento *ex ante* (que precisa el consentimiento) resulta constitutivo e imprescindible en el contrato de maternidad subrogada y, en consecuencia, sin él ésta no se puede producir.

Cualquier modificación que se quisiera realizar en nuestra legislación corresponde efectuarla al poder legislativo y no al poder judicial

En todo caso, como queda meridianamente claro en las manifestaciones del juzgador, sentencia y auto del TS referidas, cualquier modificación que se quisiera realizar

(4) TRIBUNAL SUPREMO, «Sentencia número 835/2013», resolutoria de recurso no 245/2012, Madrid, 6 de febrero de 2014; Id. Análisis a esta sentencia por Begoña González Martín en «Notario», Revista del Colegio Notarial de Madrid, no 54, marzo-abril 2014, páginas 36-39, y de Iván Heredia Cervantes, en la misma revista, páginas 42-46.

(5) IGAREDA GONZÁLEZ Noelia, «La inmutabilidad del principio "mater semper certa est" y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España», *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho, y política*, 2015, número 21, páginas 3-19.

en nuestra legislación corresponde efectuarla al poder legislativo y no al poder judicial.

Retomando la sentencia:

«De lo actuado se desprende que los recurrentes se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. Fruto de la "huida" de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal) (FD Tercero, punto 7, párrafo 3)».

«La decisión de la autoridad registral de California es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación (FD Tercero, punto 10, párrafo 1º)».

En el resto de la Sentencia el Tribunal Supremo (Fundamento de Derecho Cuarto) aborda la inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual y el FD Quinto se refiere a la importantísima cuestión del interés superior del menor al que le dedica una extensa fundamentación (como en sentido contrario lo hace el voto particular de cuatro magistrados) y sobre el que se pronuncia en el punto tercero del fallo de la Sentencia cuando dispone:

«3. Instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su E.O., ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido».

Desde una perspectiva jurídica entendemos muy acertada la consideración de que las disposiciones de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida -con ella la nulidad contractual de la maternidad subrogada prevista en su artículo 10- integran el orden público nacional español. La afectación de esta consideración se proyecta, incluso, más allá de la dimensión que le reconoce la propia Sentencia, en un doble aspecto. Primera la defensa de la soberanía nacional de modo que no se pueda vulnerar sin más la Ley española por la vía de recu-

rrir a terceros países donde la nulidad aquí establecida es allí considerada legal vaciando de contenido nuestro ordenamiento jurídico. La segunda se refiere al hecho de que el poder judicial convalida -complementa el ordenamiento jurídico en expresión del punto 6 del artículo 1 del Código Civil- al legislativo al cumplir las previsiones de legalidad del artículo 9.1 de la Constitución y las del artículo 1.1 del C.c. en cuanto dispone que la primera fuente de derecho del ordenamiento jurídico es la ley.

Una segunda reflexión, importante al criterio del suscribiente, atañe más bien a aspectos propiamente vinculados a los derechos humanos y a la filosofía jurídica cuando afirma:

«En nuestro ordenamiento jurídico... no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida **vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando"** a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ello» (Fundamento de Derecho tercero, punto seis, párrafo dos).

Pone, en consecuencia, el Tribunal encima del tapete jurídico el derecho a la dignidad humana quebrado como consecuencia de una mercantilización de la vida de la mujer y del niño a gestar que resultan cosificados; es decir, resultan instrumentalizados, utilizados, de algún modo deshumanizados. Con ello el TS está defendiendo el derecho fundamental recogido en el artículo 10 de la C.E., la dignidad de la persona y, subsumido en ello, el hecho de que la nulidad prevista en el también artículo 10 de la LTRHA lo es en consideración a esta misma dignidad, valor en sí mismo superior al supuesto derecho a la paternidad obtenible a través de la adquisición de la gestación de una mujer tercera, ajena al contratante o contratantes. Defensa, por tanto, plenamente acertada y razonable que es compatible con la defensa del interés del menor cuya Sentencia tutela en justa aplicación de las previsiones sobre filiación de nuestro ordenamiento jurídico y con la encomienda con que se insta al Ministerio Fiscal.

Tras la sentencia del Tribunal Supremo se ha producido la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 26 de julio de 2014 en el asunto «Menesson contra Francia. Prohibición de maternidad subrogada, filiación derivada de maternidad por subrogación. Vulneración del derecho a la identidad y a la vida privada y familiar»⁽⁶⁾. Así como la del asunto Labassee contra Francia (sentencia resolutoria del recurso nº 65941/11).

(6) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, «Sentencias "Labassee contra el Estado Francés" y "Menesson contra el Estado Francés"» ambas de 26 de julio de 2014, asuntos 65192/11 y 65941/11 respectivamente.

La sentencia del TEDH -pese a la prohibición en el ordenamiento jurídico francés de los llamados contratos de maternidad subrogada- incluso a tener establecida su punibilidad de acuerdo con las previsiones de los puntos 12 y 13 del artículo 227 de su código penal- reconoce el derecho de los niños nacidos por gestación subrogada, por madre de alquiler, a su inscripción (y filiación de los padres contratantes) en el Registro Civil y, con ello, adquirir los derechos de nacionalidad y de plena filiación. El argumento fundamental utilizado por el Tribunal ha sido considerar que Francia ha vulnerado lo dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁽⁷⁾ donde se establece el derecho a la vida privada y familiar.

La STEDH de 26 de julio de 2014 reconoció el derecho de los niños nacidos por gestación subrogada a su inscripción y a la filiación de los padres contratantes

Invocadas tales sentencias por los recurrentes españoles, el TS ha dictado Auto⁽⁸⁾ el 2 de febrero de 2015, en el Fundamento de Derecho sexto, punto 4 expone que:

«Las autoridades judiciales francesas se negaron a inscribir en el Registro Civil francés las actas de nacimiento de las niñas por considerar que tal medida era contraria al orden público francés, que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas (arts. 16-7 y 16-9 del Código Civil francés). En uno de los casos, también se negaron a inscribir un acta de notoriedad de la relación de filiación otorgada porque los comitentes habían cuidado a la niña desde su nacimiento, pues consideraron que la posesión de estado de las personas que alegaban los demandantes y el acta de notoriedad estaban viciadas por defecto en su origen, defecto que consistía en la nulidad de orden público del contrato de gestación por subrogación, que tenía carácter fraudulento».

«Interpuestos recursos de casación en los dos casos, en los que los recurrentes invocaron el art. 8 del Convenio (respeto a la vida privada y familiar) por los inconvenientes que para el núcleo familiar y el perjuicio que para el interés superior del menor se derivaban de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero, **el Tribunal de Casación francés consideró que la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del**

vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante adopción».

Por tanto elemento fundamental de la decisión judicial francesa no es tan solo la denegación de la inscripción registral solicitada sino el hecho de considerar a la gestación por sustitución (contrato nulo tanto en la legislación de aquel país como en la nuestra) como factor impediendo de modo absoluto del vínculo de filiación con los comitentes, no teniendo validez su acreditación por ninguno de los medios usuales en derecho (incluyendo en ellos la constatación de la filiación biológica paterna, o, el acceso a la filiación por medio del procedimiento de adopción).

De donde se deduce (F.D. 6º, punto 9) que la prohibición del Estado francés, en la forma y con las consecuencias en que está planteada, «no cumple el requisito de ser "necesario en una sociedad democrática" pues perjudica de tal forma al menor, al impedirle fijar su identidad en Francia, que supone una falta de equilibrio entre los legítimos objetivos perseguidos por el Estado al prohibir la gestación por sustitución, de un lado, y el interés superior del menor, de otro».

En contraste con la legislación francesa el derecho español sí contempla la posibilidad de que pueda determinarse la relación de filiación entre el niño y los padres comitentes

En contraste con la legislación francesa, y con el criterio de su Tribunal de Casación, afirmando la imposibilidad de que pueda determinarse en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, el derecho español por el contrario -como bien expone nuestro alto Tribunal en el punto 10 del repetido fundamento jurídico- establece tal posibilidad y «así lo afirmó nuestra sentencia, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar "de facto"».

Y, en lo que aquí más nos interesa, concluye:

(7) CONSEJO DE EUROPA, «Convenio Europeo de Derechos Humanos», Consejo de Europa, Roma, 1950 www.echr.coe.int/Documents/Convention-SPA.pdf 29/11/2014

(8) TRIBUNAL SUPREMO, «Auto del 2 de febrero de 2015», resolutorio de incidente de nulidad de actuaciones, recurso número 245/2012.

«La sentencia de esta Sala no anula la inscripción de la filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución respecto de los comitentes para obligarles a dar un rodeo, "cumplir unas formalidades" y llegar al mismo sitio. *La cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación, esencial para establecer la identidad del menor, según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes porque el legislador ha entendido que es lo más adecuado para proteger el interés del menor, es la filiación biológica* (cuyo reconocimiento como determinante de la filiación tiene una especial importancia para el interés del menor, como elemento esencial de su identidad, y así es destacado por la sentencia del Tribunal de Estrasburgo), *y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar de facto en el que estén integrados los menores».*

El notario Luis F. Muños de Dios Sáez⁽⁹⁾ introduce una importante consideración sobre la sentencia y el auto de los que venimos tratando al manifestar su preocupación y crítica en cuanto a la «incipiente tesis» de que la posesión de estado puede ser fuente -no se sabe cómo, ni en qué condiciones y tiempos- de la filiación, cuestión que también excede del objeto de este trabajo pero a la que por su interés nos remitimos, lo que no empece para su positiva valoración de las resoluciones del Tribunal Supremo, que plenamente compartimos, cuando afirma que «En resumen, este Auto nos merece aplauso por lo valiente del TS en sostener su sentencia de 6 de febrero de 2014 -su tesis de que la GpS afecta al orden público internacional español- frente a los embates de Estrasburgo y del denodado esfuerzo -digno de mejor causa- de la Dirección General de los Registros y del Notariado española por acoger la GpS como compatible con dicho orden público...».

Esta posición que hago mía no resulta, obviamente, por todos compartida. Por ejemplo, el Profesor de Derecho Civil Antonio J. Vela Sánchez⁽¹⁰⁾ tras proponer una solución legislativa provisional defiende que «mientras esto no se produzca sólo queda el remedio de la aplicación de la Instrucción de la DGRN de 11 de julio de 2014». Y, concluye reivindicando, de una vez por todas, «la necesidad de regular este convenio gestacional en nuestro Derecho.»

Los catedráticos de Derecho Internacional Privado Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa Gonzá-

lez⁽¹¹⁾ en extenso artículo que ya se titula «Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» plantean que el TEDH se mueve en una dimensión totalmente diferente a la de nuestro TS y afirman «Como reflexión final parece conveniente recordar que el axioma de un sistema jurídico basado en la ley positiva como icono central y en la jurisprudencia como mero "complemento" de las palabras de la Ley es más un mito que una realidad. La jurisprudencia del TEDH ha dejado en evidencia las posturas retrógradas, antiguas, desfasadas y restrictivas que hacen del orden público internacional un mecanismo de defensa de la letra de la Ley y no un mecanismo de defensa de los derechos individuales».

Dicho con el mayor de los respetos, no comparto tal posición. La cuestión de fondo es que se contraponen la ley positiva a los derechos individuales cuando en mi criterio lo que estamos evaluando es justo lo contrario; es decir, la ley positiva aplicada por el TS es una Ley inspirada en la defensa de valores constitucionales, como es el principio al derecho a la dignidad de la persona (ex artículo 10.1 CE), el principio de legalidad (art. 9), o a no ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes (art. 15), entre otros, por lo que no se puede descalificar a una ley con el adjetivo «positiva» cuando, justamente, está impregnada de valores constitucionales. Pues bien, en el fondo creo que este es uno de los debates fundamentales que se está obviando: la colisión entre dos supuestos derechos o dos concepciones jurídicas donde resulta evidente que si se tiene una posición laxa de lo que es la dignidad, la mercantilización y cosificación de la mujer y del niño y ante esa relativización contraponemos una concepción de derecho de carácter absoluto, el humano deseo de ser padres, incluso recurriendo a la gestación por sustitución como la cosa aparentemente más normal del mundo o como si se tratara de la dispensación de un medicamento en una farmacia, por sofisticado que este fuere. Si además se concibe a la ley nacional como algo perfectamente mudable por instancias transnacionales en la defensa de esos sólidos derechos individuales se entiende, naturalmente, muy bien los calificativos de retrógrado, antiguos, desfasados y restrictivos dedicados al TS. Quienes creemos que el contrato de vientres de alquiler es retrógrado, restrictivo e indeseable en cuanto atentatorio de la dignidad de la persona -que preservan la vigente Ley, la Constitución y las disposiciones europeas sobre la digni-

(9) MUÑOS DE DIOS SÁEZ Luis, «La posesión de estado de padre como fuente de la filiación», *Diario La Ley*, no 8548, Sección Doctrina, 27 de mayo de 2015, ref. D-210, páginas 1-19 (13-14).

(10) VELA SÁNCHEZ Antonio, «A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 2015, no 8600, páginas 1-12 (8).

(11) CALVO CARAVACA Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZALEZ Javier, «Gestación por sustitución y Derecho Internacional privado, más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, volumen 7, no 2, páginas 45-113 (112-113).

dad humana- disentimos de tal punto de vista y aplaudimos la legal y progresista solución aportada por nuestro alto Tribunal.

Diez años escasos después de la aprobación de la LTRHA se ha abordado la modificación de su artículo 10, al menos de sus efectos jurídicos, en debate celebrado en el Senado,⁽¹²⁾ donde el 21 de octubre de 2014 se aprobó por 23 votos a favor y tan sólo 1 abstención una Moción por la que se instaba al gobierno «a promover las reformas legislativas necesarias para que se pueda inscribir en el registro civil el nacimiento de los hijos españoles nacidos mediante gestación por sustitución en países en los que tal práctica sea legal y se les garanticen todos sus derechos y protección». Sin embargo, hay que convenir que el Tribunal Supremo ya ha dado adecuada respuesta, que entiendo, además, plenamente coherente y respetuosa con nuestro ordenamiento jurídico y con el interés del menor.

No obstante, parece -por las tendencias sociales que vivimos- que más pronto que tarde se planteará la reivindicación de modificar la legislación en el sentido de «autorizar» estos contratos y evitar, con ello, los costos de acudir a países extranjeros. Si esto llegara a suceder una vez más habrá triunfado la «factibilidad», el derecho a hacer lo que científica y técnicamente se puede hacer (incluso concretar así el supuesto derecho a ser padres), sobre la ética que defiende los valores de la dignidad humana, el que todo no vale y, como decía el Tribunal Supremo, no aceptar la cosificación y mercantilización tanto de la madre gestante como la del hijo que merecen el mayor respeto y reconocimiento a su dignidad.

Si se autorizaran estos contratos, habrá triunfado el derecho a hacer lo que científica y técnicamente se puede hacer sobre la ética que defiende los valores de la dignidad humana

Por concluir en el orden jurisprudencial debemos citar la sentencia, también del TEDH de 27 de enero de 2015 en el caso Paradiso y Campanelli, demanda nº 25358/12, que no es colacionable con el asunto que hemos tratado ya que se refiere a la aparente violación por Italia del

interés superior del niño, en la que la nulidad contractual derivó en la separación del menor de los contratantes de vientre de alquiler.

Cuestión que, habiendo concluido este trabajo, ha sido objeto de sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017⁽¹³⁾, consecuencia del recurso sustanciado por el estado italiano contra la anterior en la que se pronuncia a favor del mismo. Aún apresurado, un breve comentario a la espera de poder profundizar en el análisis tras esta primera lectura: se trata de un caso en el que el Tribunal declara su reconocimiento a la competencia exclusiva del estado italiano para reconocer un vínculo de filiación, en caso de vinculación biológica o adopción regular, con el objetivo de proteger a los niños. En el presente han concurrido falsedades por los padres comitentes de un contrato de alquiler de vientres en Rusia (que de acuerdo con la legislación de aquel país no lo es ya que precisa de un padre o madre biológico), no adecuándose a la filiación biológica por inexistente ni a una adopción regular al no respetar la legislación italiana que se establece en pro del interés del menor.

A su vez el Tribunal Supremo alemán, Bundergeriahtshof (BGH), dictó sentencia⁽¹⁴⁾ el 10 de diciembre de 2014 en la que se consideró que el reconocimiento en Alemania de la resolución judicial de California no era contraria al orden público, interpretándolo restrictivamente en favor del interés del menor. Ahora bien, el BGH «puso expresamente de relieve que tal conclusión se vinculaba con las peculiares circunstancias del caso *concreto y se reservó de manera expresa la posibilidad de alcanzar un resultado distinto en situaciones diferentes*, en particular en las que ninguno de los comitentes fuera el padre biológico del niño o en el que la madre gestante fuera la madre genética».

No obstante, pese a lo que consideramos acertada solución jurídica aportada por el Tribunal Supremo en nuestro país, ello no ha impedido la reivindicación de derogación de la nulidad contractual por las agencias mediadoras en la gestión de este contrato, por parte de colectivos de futuros padres, y en buena medida por el movimiento gay.

De hecho, la cuestión ya ha llegado al Congreso de los Diputados mediante una Proposición No de Ley del

(12) SENADO, «Diario de sesiones del Senado», Comisión de Justicia, número 359, Madrid, 2014, páginas 24-29.

(13) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Gran Sala, «Sentencia de 24 de enero de 2017», resolutoria del recurso interpuesto por el estado italiano en proceso no 25358/12, caso Paradiso Campanelli. Texto editado en francés: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/25/01/2017>

(14) DE MIGUEL ASENSIO Pedro, «El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea» en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html>

Grupo Parlamentario de UPyD⁽¹⁵⁾ en la que dentro de un amplio elenco de pretensiones planteaba, en primer término, la derogación del artículo 10 de la Ley 14/2006 LTRHA, y, tras peticiones que no hay tiempo de abordar aquí, concluía pidiendo *se promueva en el marco de la Unión Europea una regulación común de la maternidad subrogada y de los acuerdos de subrogación transfronterizos*.

Prácticamente finiquitada la legislatura, el 20 de octubre de 2015, se debatió dicha iniciativa en la Comisión de Justicia⁽¹⁶⁾ resultando rechazada básicamente por los siguientes argumentos, una Proposición No de Ley no es una iniciativa parlamentaria idónea para modificar una Ley; la legislatura está expirando; y, se trata de una cuestión que no está suficientemente madura sobre la que debe profundizarse y escuchar, previamente, a expertos que deberán comparecer en la Cámara. Tan solo obtuvo el apoyo de su autor, cuatro abstenciones y treinta y seis votos contrarios pero el debate queda abierto de cara al futuro. Incluso ya se ha podido visualizar la contradictoria posición de la izquierda que el propio representante de la Izquierda Plural evidenció al manifestar que: «no es una cuestión pacífica en la que las fuerzas políticas tengamos una posición cerrada al respecto puesto que hay dos posiciones básicas: una, de defensa de la maternidad subrogada, en muchas ocasiones por parte de movimientos relacionados con las parejas igualitarias de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales. Frente a esta, hay otra versión sobre la necesidad del cuerpo de una mujer para acabar gestando al niño». «En definitiva hay choque de derechos respecto de este tema». La posición del Partido Popular fue, sin embargo, una posición razonada y de fondo al oponerse a esta iniciativa y defender la dignidad de la persona.

En fin, parece que en esta cuestión se está produciendo la colisión entre el movimiento feminista -con el que en esta importante cuestión de respeto a la dignidad y contraria a la mercantilización de la vida de la mujer compartimos criterio- y los intereses del lobby gay.

Soy plenamente consciente como ya he expuesto que no todos comparten mi pensamiento. Este es concorde con el del Tribunal Supremo que destaca como la maternidad subrogada «*mercantiliza la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño...*» (FD 3º-6-p. 2º).

Aún más, creo que la realidad supera los relatos más fantásticos que la literatura de ciencia ficción hubiera podido imaginar hace tan solo escasos años. La quiebra del respeto a la dignidad inherente tanto de la mujer gestante como la del concebido, en una mercantilización de las relaciones paterno-filiales, y una aceptación de lo técnicamente factible como éticamente asumible, llegando incluso a erigirse como derecho aquello que simplemente se pueda en la práctica científica realizar, acaba por desembocar en situaciones tan contradictorias, inadmisibles y trágicas como la sucedida en Tailandia donde una pareja australiana rechazaba a un hijo de una madre de alquiler tailandesa porque tenía síndrome de Down, según 20minutos⁽¹⁷⁾ «la asiática, Pattaramon Chambua alumbró gemelos -tras acordar gestar por 11.000 euros un hijo para una pareja de australianos- pero uno de ellos, Gammy, nació con síndrome de Down y una afección cardíaca, por lo que la pareja australiana lo rechazó y se llevó consigo al hermano sano».

Creo que la realidad supera los relatos más fantásticos que la literatura de ciencia ficción hubiera podido imaginar hace tan solo escasos años

Ante esta realidad sigo pensando en la necesidad de preservar la dignidad de la madre, como la del hijo, y no debe permitirse legalmente esta mercantilización, auténtica neoesclavización y explotación de las mujeres pobres y la instrumentalización del niño al servicio de la satisfacción del deseo de los contratantes.

Mientras redactaba estas líneas los medios de comunicación nos han informado de la detención de una mujer acusada de haberse prestado como gestante de vientre de alquiler, por precio de 10.000 €, en favor de una pareja de homosexuales -que, presuntamente, había simulado una relación previa con uno de ellos para justificar el nacimiento del niño- de Almería. Creo que no transcurrirá mucho tiempo en que se plantee una demanda social de derogación de la nulidad contemplada en el artículo 10 LTRHA en base a que los futuros padres españoles carecían de recursos económicos para afrontar una costosa contratación de maternidad subrogada en el extranjero evitando, con ello, que tan sólo los ricos puedan acceder

(15) GESTACION SUBROGADA, «Proposición No de Ley para la creación de un marco regulatorio para la gestación subrogada», no 161/003436, autor grupo parlamentario UPyD, *Boletín Oficial de las Cortes*, Serie D, número 615, Madrid, 23 de febrero de 2015.

(16) CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, Comisión de Justicia, «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», 20 de octubre de 2015, número 900, páginas 10-16.

(17) <http://www.20minutos.es/noticia2208295/0/pareja-australia-rechaza>.

a ese modo de paternidad. Similares argumentos ya fueron utilizados hace años al plantear la legalización del aborto.

El 17 de Diciembre de 2015 el Parlamento Europeo⁽¹⁸⁾, previa resolución del 30/11/15 en que declaró el contrato de sustitución de maternidad atentatorio contra la dignidad humana, aprobó su Informe Anual sobre Derechos Humanos y la Democracia en el Mundo, donde bajo la rúbrica «derechos de las mujeres y de las niñas» establece, en su punto 114, **«condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima» y «estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos».** Recientemente la Cuatro TV abordaba en su programa «el punto de mira» la situación de estas mujeres en el país europeo más pobre, Ucrania, donde quien tuviera dudas verá la auténtica dimensión atentatoria de la vida y dignidad humanas que supone este contrato.

Por su parte el Consejo de Europa⁽¹⁹⁾ lleva debatiendo y votando hasta en cinco ocasiones, de forma negativa, el Informe de la senadora belga Petra Sutter que «se presentaba como un modo de proteger los derechos de los niños nacidos mediante la técnica de los vientres de alquiler pero de hecho suponía abrir el camino al reconocimiento en Europa.» En votación el 11 de octubre de 2016 el llamado Informe «Sutter», que precisaba de 2/3 para su aprobación, obtuvo 77 a favor, 83 votos en contra y 7 abstenciones; es decir, fue nuevamente rechazado.

Sin embargo, en nuestro país, competente para modificar, autorizar o prohibir estas prácticas «contractuales», podemos comprobar como el Partido Ciudadanos, en el acuerdo para un gobierno reformista y de progreso que suscribieron con el Partido Socialista -el 24/02/2016-, (web del PSOE y web Cs) se refería a esta cuestión (tomando con ello el relevo a UPyD) en los siguientes términos:

«Maternidad subrogada y custodia compartida. Ciudadanos se reserva la posibilidad de impulsar la regulación de la maternidad subrogada, así como de la custodia compartida de menores como régimen general en los procedimientos de separación y divorcio.»

Esa declaración de reserva no se ha hecho esperar. El pasado mes de marzo la Asamblea de Madrid, órgano no competente en la materia, debatió⁽²⁰⁾ y sometió a votación una Proposición No de Ley⁽²¹⁾ instando al gobierno de la Nación a modificar la legislación (es decir suprimiendo la nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006 TRHA) admitiendo el grupo autor, Cs, una enmienda del Grupo Popular en el sentido de que siempre que el contrato de vientre de alquiler lo fuera con carácter gratuito o «altruista». Como el PSOE y Podemos todavía no han aclarado su posición, en la tensión opositora de feministas y la reivindicativa del lobby gay y de quienes hacen negocio con el tema, no la apoyaron. Finalmente, en esta ocasión al margen de no ser competente en la materia tal órgano parlamentario, no prosperó, ya que tres diputados populares no la apoyaron.

No obstante, la cuestión se abre a nuevos capítulos que dependerán de lo que resuelva la izquierda al respecto y de la posición que definitivamente adopte el Partido Popular quien ha sido favorable, aún con limitaciones, a la maternidad subrogada en la Asamblea de Madrid mientras en el Congreso de los Diputados, con razones de peso que compartimos, se opuso a su legalización. De hecho, en estas fechas previas a su XVIII congreso nacional a celebrar los días 10 a 12 de febrero de 2017, los medios de comunicación ya han evidenciado las diferencias existentes en su seno que deberán debatirse en la ponencia social entre los partidarios de mantener la nulidad del contrato y los partidarios de su legalización; aunque hace menos de año y medio, con mayoría absoluta, el PP se opuso a la modificación de la LTRHA. Más recientemente, el pasado 11 de octubre en el Consejo de Europa votaron siete eurodiputados españoles tres de ellos en contra (dos del PP y uno del PSOE) en contra de su legalización y cuatro (uno del PSOE, PNV, Cs y Democracia y Libertad) a favor.

(18) PARLAMENTO EUROPEO, «Informe sobre derechos Humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto» en <http://europarl.europa.eu/sides/gesDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0344++DOC+XML+VO//ES>

(19) SUTTER Petra, «Informe Sutter», Consejo de Europa, <http://eldia.es/agencias/8902289-C-EUROPA-ASAMBLEA-C-Europa-acuerdo-postura-comun-maternidad-subrogada> Id.: <https://www.aceprensa.com/articulos/el-consejo-de-europa-rechaza-nuevamente-la-maternidad-subrogada> (recoge información de Avvenire.it); Id. <https://es.zenit.org/.../el-consejo-de-europa-rechaza-nuevamente-la-maternidad-subrogada>.

(20) ASAMBLEA DE MADRID, «Diario de sesiones Asamblea de Madrid», 17 de marzo 2016, número 166, páginas 9261-9271.

(21) ASAMBLEA DE MADRID, «Proposición no de ley 51/2016, RGE-2399», Boletín Oficial Asamblea de Madrid, 10 de marzo de 2016, número 49, páginas 5458-5460.

CONCLUSIONES:

Primera. Una parte de la doctrina estima necesaria la modificación del contrato de gestación por sustitución en nuestro Derecho demandando su autorización, la directa inscripción de la filiación de los niños así nacidos, y garantizando, con su legalización contractual, el principio de igualdad para todos los españoles incluidos los que acceden a la paternidad/maternidad por la vía de la contratación en España de la mujer gestante.

En el ámbito de los grupos parlamentarios, en el poder legislativo, existe un cierto grado de indefinición en algunos y de contradicción en otros. Algunos priorizan las demandas de colectivos feministas en defensa de la dignidad de la mujer y otros en las que plantea el lobby gay y determinados grupos de interés. De modo que paradójicamente, se han producido votos diferenciados entre representantes de un mismo partido político -así el PSOE en el Consejo de Europa donde recordamos como la mayoría de los eurodiputados españoles se pronunció a favor de la legalización del contrato- por otra parte, otros han mantenido posiciones diferentes en función del órgano donde se han pronunciado, sea en el Congreso de los Diputados en un caso, sea en la Asamblea de Madrid en el otro, como es el caso del PP.

Segunda. Las instituciones europeas, el Parlamento y el Consejo de Europa, se han pronunciado en defensa de la dignidad de la mujer y del niño pidiendo la prohibición de la maternidad subrogada o contrato de vientre de alquiler.

Pese a ello, resulta previsible que ante presiones imaginables, con el transcurso del tiempo, se replanteen las demandas de autorización del contrato: tal vez, inicialmente al menos, argumentando que hay que distinguir situaciones dentro del amplio y complejo campo en que se produce; si es gratuita u onerosa; si lo es con aportación de embrión o de gametos de los contratantes; si lo es con aportación de óvulos de la madre gestante o no -aquí tendría sentido la reserva del *Bundergeriahtshaf* en su sentencia de 10 de diciembre de 2014 en cuanto a la «*posibilidad de alcanzar un resultado distinto en situaciones diferentes*»-; la aportación o no de gametos por los contratantes y, en definitiva, si hay vínculo biológico o no con el niño a gestar.

Sin duda argumentos como el interés superior del menor, a efectos de simplificar el camino de acceso a la filiación, la discriminación y desigualdad se produce en los ciudadanos españoles con menos recursos económicos y, por ello, imposibilitados de acudir al costoso contrato de maternidad subrogada en el extranjero, serán esgrimidos como razones y causas necesarias ante la injusticia y la desigualdad justificativas de la necesaria derogación del artículo 10 LTRHA

En el fondo quedará el debate de qué derechos o supuestos derechos lo son de mayor grado o valor, muy en concreto entre la dignidad humana y el deseo a ser padre aun recurriendo a la explotación de la mujer y tratarle a ella y al niño como una auténtica *res in commercio* más que como las personas, los seres humanos, que son.

Tercera. El autor de estas líneas tiene la firme convicción de que el Tribunal Supremo ha resuelto de plena conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, sin sustituir al legislador, protegiendo el interés superior del menor, habilitando la vía de la inscripción registral de la filiación sin saltarse ni forzar la Ley, defendiendo la integración en el orden público internacional español la nulidad de pleno derecho del artículo 10 LTRHA y, en última instancia, oponiéndose a la mercantilización y cosificación de la vida humana defendiendo, con ello, la dignidad de la mujer y del menor.

Quienes creemos en el imperio de la Ley, quienes creemos que no es aceptable sin más una ética de la factibilidad donde lo que técnica y científicamente es factible (económicamente también) se haga si le interesa al actor; aunque ponga en cuestión valores como el de la dignidad de la mujer, la defensa del niño -donde se infravaloran los aspectos epigenéticos del niño a gestar y, según la Asociación Nacional de Bioética^[22], las importantes consecuencias psicológicas para la mujer-, la erradicación de la explotación, el mantenimiento de la seguridad jurídica y el respeto a los derechos constitucionales, creemos, entendemos y agradecemos la posición del Tribunal Supremo en la sentencia y auto comentados por coherentes jurídicamente, ajustados a derecho y promotores de la defensa de los derechos humanos fundamentales.

Creemos que el TS ha dado la solución justa y adecuada a la compleja cuestión suscitada. Solución, por otra parte, acorde con la legislación española y europea así como con las instituciones comunitarias, como ya hemos señalado, contrarias a la legalización del contrato.

[22] ASOCIACION NACIONAL DE BIOETICA, «Conclusiones por las que se opone a la maternidad subrogada», conclusión 2ª, Madrid, 14/12/2016. En <http://www.observatoriobioética.org/2016/12/maternidad-por-subrogacion/1719>