

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carlos María Romeo Casabona

Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco/EHU. Socio de la FICP.

~Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?~*

Resumen.- Reabierto el debate sobre la maternidad subrogada, el autor presenta la situación legal en nuestro país. Expone las posiciones encontradas que la problemática abre en órganos administrativos y judiciales, la confusión que ello ha generado y su efecto más nocivo, a saber: los ciudadanos/as españoles acuden al extranjero para conseguir descendencia por este medio, inscribiendo a los hijos como propios, en contra y en fraude de ley. En el estudio se abordan varias de las posiciones sobre este asunto en nuestro país: Sociedad Española de Fertilidad, proposición de ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos y el Comité de Bioética de España, del que incluye el autor su propio voto particular en cuanto vocal de este Comité. Para finalizar nos propone como solución dos vías: 1º asegurar que el marco legal actual sea respetado; 2º que se reforme nuestra legislación con el fin de admitir el recurso a la maternidad subrogada en algunos casos, pues representa valores también positivos, como la solidaridad y el altruismo. Palabras clave: maternidad subrogada/ legislación sobre reproducción humana asistida/ valores de la maternidad subrogada/ Bioética/Comité de Bioética de España.

I. PRESENTACIÓN

Pocos asuntos de interés público están suscitando tantos posicionamientos encontrados en la actualidad como la maternidad subrogada¹. Llama particularmente la atención que estas posturas no pueden ubicarse fácilmente recurriendo a las adscripciones ideológicas que podríamos denominar clásicas: las llamadas progresistas, a favor, y las llamadas conservadoras, en contra, por ejemplo. Este procedimiento de adscripción no nos sirve en absoluto en nuestro caso. Sin duda un síntoma saludable romper con ese manido tópico de clasificar a las personas y a las colectividades de forma tan simplista y llena de prejuicios.

La maternidad subrogada nos trae una sorprendente quiebra de estos alineamientos que deja un espacio para la reflexión libre y racional, lo que nos permite analizar con cierta serenidad el verdadero fondo de la cuestión. Tales afanes clasificatorios es claro que nos suelen dar seguridad y tranquilidad, pues podemos así “colocar” a cada uno donde le corresponde según nuestros propios arquetipos y

* Artículo publicado en Folia Humanística, Revista de Salud, ciencias sociales y humanidades Nº 8, febrero-marzo 2018. ISSN 2462-2753. Asimismo, ha sido reproducido en Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP) nº 2018-2, pp. 6-23.

¹ Utilizo en este estudio la expresión maternidad subrogada, porque es la más extendida en la actualidad en nuestra lengua, sin encontrarle ninguna proyección taxonómica objetable relevante. Pero también encuentro correcta la de gestación por sustitución, que presenta la ventaja de que es la utilizada por la Ley española. No me pronuncio sobre otras expresiones, pero son realmente discutibles, como madre de alquiler, vientre de alquiler, útero de alquiler y otras similares. Como sabemos, el uso de las palabras no suele ser neutro.

prejuicios –individuales y colectivos- . Por ello se hace aún más curioso que veamos en sintonías semejantes –eso sí no admitidas, y, por supuesto, “sin que sirva de precedente”- a quienes censuran la maternidad subrogada porque supone una explotación de la mujer gestante, al atentar contra su dignidad (en un tono moralizante, aunque no se reconozca) y degradarla así a la situación de una “vasija”, según alegan otros.

Podríamos preguntarnos si con este etiquetado tan “genial” no se está degradando ya previamente a las mujeres, antes de ser gestantes, al menos a aquéllas que adoptaron su decisión de “recipiente” fisiológico-emocional durante nada menos que nueve meses, para ceder después el “contenido” a otras personas, con independencia de que se les haya retribuido o no. Ya que estas posiciones parecen partir de la convicción de que las mujeres adultas son incapaces de tomar decisiones autónomas y reflexionadas, pues el argumento se apoya en que sus necesidades económicas son aprovechadas por otros para explotarlas o también sus objetivos de lograr una cierta holgura patrimonial, al menos durante un tiempo.

En el otro extremo nos encontramos las posiciones que reclaman la validez de la maternidad subrogada como expresión de una autonomía ilimitada de las personas; es decir, el acuerdo entre las partes (la madre gestante y los comitentes) no debe estar sometido a restricción alguna, en las que se incluye: fijar libremente un precio; imponer todo tipo de limitaciones en el estilo de vida de la gestante; no aceptar el niño si no ha nacido sano y sin deformaciones; que no sea requisito la existencia de un problema previo de fertilidad en los comitentes (p. ej., infertilidad patológica o estructural/funcional, en el caso de parejas homosexuales), etc., a cambio del precio que fije el mercado (la oferta y la demanda). Son posiciones ultraliberales, que tienden a aprovecharse de una situación de desigualdad entre las partes, casi siempre en detrimento de la mujer gestante y en ocasiones sin ponderar la irrenunciable prevalencia del interés superior del futuro hijo, el cual no debe estar subordinado a ningún otro.

II. LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA

Cuando España se dotó de una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida² se introdujo la regulación sobre la maternidad subrogada. Lo que esta Ley denominaba gestación por sustitución era tenida por un contrato nulo de pleno derecho,

² Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

por tanto ilícito y sin ningún efecto legal, entendido aquél como la gestación de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, haya mediado o no precio (art. 10.1). De forma coherente con las previsiones del Código Civil, la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución se determinaría por el parto, según aclaraba la Ley (art. 10.2). Por otro lado, no había previstas sanciones específicas para los profesionales y los centros, públicos o privados, que practicasen en nuestro país estas intervenciones, pero permanecían abiertas otras más genéricas que incluía la Ley.

Hace treinta años esta regulación, que excluía sin excepción el reconocimiento de cualquier efecto legal a la maternidad subrogada, era tenida por prudente por una gran mayoría de los juristas que se ocupaban, aunque fuera circunstancialmente, de lo que hoy conocemos como Bioderecho. En esta actitud pudieron influir varios factores, entre ellos, que este procedimiento reproductivo era entonces verdaderamente excepcional, por un lado. Por otro, llegaban a la opinión pública, a los ciudadanos, noticias de casos de subrogación acaecidos en el extranjero realmente conflictivos, con irreconciliables enfrentamientos, por lo general entre gestantes y comitentes. No pocos de estos conflictos estuvieron sometidos a interminables procesos judiciales durante los cuales los niños nacidos en esas circunstancias pasaban, por orden judicial, a manos de unos a otros progenitores. Esto generó, aparte de estos problemas, otros también frecuentemente graves. De este tenor fue el llamado caso Baby M³ que, recordemos: a pesar de ser declarado nulo el contrato de subrogación y la niña, como consecuencia, ser adjudicada a la mujer gestante, sucedió que al haber permanecido ésta bajo la custodia de la pareja comitente durante los dos años que se prolongó el litigio, el juez decidió entregarla legalmente a éstos, sin perjuicio de reconocer a la gestante el derecho de visita.

La instrumentalización objetiva a la que se veían sometidos los hijos en discusión, suscitó una enorme insatisfacción. Así que para evitar este tipo de situaciones en nuestro país, si se legalizaba la maternidad subrogada, se recomendaba no modificar la regulación partiendo de la premisa de que la ley no podría ser eficaz para resolver todos los conflictos que pudieran emerger con su práctica.

³ Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de New Jersey de 3 de febrero de 1988.

Pues bien, este régimen legal es el que pervive en la actualidad, sin alteraciones en la regulación vigente de las técnicas de reproducción humana asistida⁴. Hace doce años se percibía ya que la situación estaba cambiando: apenas se producían en el extranjero casos judiciales relacionados con la maternidad subrogada, lo que indicaba que los modelos de los contratos entre las partes habían mejorado considerablemente. Se contemplaban las distintas situaciones que podían generar problemas, incluso la evitación de su judicialización, aportando las soluciones pertinentes; en gran medida gracias a las iniciativas de las agencias mediadoras, mejor asesoradas por sus abogados. Me refiero sobre todo a los Estados Unidos y, dentro de éstos, al Estado de California.

En nuestro país ya se iba teniendo información de parejas y de personas solas (varones, pero también algunas mujeres) que habían acudido al extranjero para beneficiarse de esta técnica mediante la retribución correspondiente, procediendo a inscribir el hijo como propio en el registro consular competente, con independencia de que hubieran aportado o no su propio material reproductivo. Pero por entonces no dejaban de ser casos todavía aislados, y no parecía que hubiera necesidad de abrir la caja de Pandora, pues aún no se sabía qué podría llegar a ocurrir. No debemos olvidar que continúa siendo una especialidad médica cubierta en gran parte por el sector privado, el cual hay que reconocer que ha ejercido constantes presiones a las autoridades para ampliar opciones reproductivas de todo tipo, acudiendo en ocasiones a argumentos tan poco convincentes como impactantes para el profano, como argüir su deseo prioritario de ayudar a tener hijos a sus pacientes y de su obligación ética de atender en este sentido los deseos de maternidad/paternidad de los mismos.

En poco más de una década el panorama ha cambiado sustancialmente en nuestro país: es creciente la búsqueda por parte de nuestros ciudadanos de soluciones a sus deseos reproductivos en otros lugares que han tolerado o reconocido legalmente la maternidad subrogada, estén motivados –lo que sigue siendo lo más frecuente– o no por problemas de fertilidad.

Nos hemos encontrado, además, con un cambio jurídico importante que ha dado lugar, en no pocas ocasiones, a la confusión legal de la filiación de los hijos nacidos por esta técnica, convirtiéndose en fuente de inseguridad jurídica para ellos. La jurisprudencia ha rechazado la inscripción en el Registro Civil de estos niños como

⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, art. 10.

hijos de las parejas o personas comitentes y, por tanto, la nacionalidad española⁵, oponiéndose al criterio sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁶. Las respuestas de la Dirección General se habían orientado, no obstante, al encomiable propósito de velar por el interés superior del menor.

Utilizando como base argumental el mejor interés de los –dos- niños, considera el TS correcta la cancelación de la inscripción registral, lo que les priva a ellos de la nacionalidad española y de sus demás efectos, pero deja abierta la puerta a la adopción o al acogimiento familiar. Si uno de los miembros masculinos de la pareja hubiera aportado sus propios gametos, estaría abierta la previsión legal de que ejercite la acción de reclamación de la paternidad, en cuanto padre biológico⁷.

En todo caso, los tribunales españoles han sido sensibles para reconocer los derechos sobre prestaciones sociales relacionadas con la maternidad y la paternidad resultantes de un contrato de gestación celebrado y ejecutado en el extranjero, si se ha producido ya el vínculo familiar entre el hijo y los padres, aplicando los mismos principios que ha establecido para el acogimiento y la adopción⁸. En una respuesta parlamentaria del Ministro de Justicia se indica que desde 2001 se han presentado en su Departamento 43 recursos (de ellos 33 después de publicada la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2010, aludida más arriba), de los cuales se han resuelto 32⁹.

El fraude de ley ha aflorado también con toda crudeza: son actos, realizados al amparo del texto de una norma, que persiguen un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él; se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubieren tratado de eludir (art. 6 del Código Civil). La posición al respecto del Tribunal Supremo trata de atajar el fraude a la ley, pero no es menos cierto que deja a estos niños sin un respaldo jurídico adecuado.

En consecuencia, aunque no debe obviarse la gravedad que comportan en general los actos de fraude de ley contra la efectividad de la misma y contra la credibilidad y respeto del ordenamiento jurídico por parte de los ciudadanos, está claro que la situación de la maternidad subrogada debe ser corregida cuanto antes, siempre a la luz

⁵ STS de 6 de febrero de 2014; y auto de 2 de febrero de 2015, sobre el mismo caso.

⁶ Resolución de 18 de febrero de 2009 e Instrucción de 5 de octubre de 2010.

⁷ Art. 10.3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

⁸ STS 953/16 de 16 de noviembre de 2016.

⁹ Europa Press, 2 de enero de 2018.

de la evolución que se ha producido en nuestro país sobre esta materia, tanto desde el punto de vista social como jurídico. Es decir, dar cabida a la misma dentro de un marco legal que la contemple como una salida excepcional, rodeada de controles que prevengan abusos y otro tipo de fraudes y de garantías para las madres gestantes, los hijos y los progenitores comitentes, pues los argumentos de fondo que se suelen alegar contra ella no resultan hoy convincentes, como se verá más abajo en mi voto particular al Informe del Comité de Bioética de España. No parece entonces que limitarse a aceptar el actual estado legislativo y judicial al respecto sea la posición más adecuada ni la más responsable, sobre todo si se tienen posiciones de influencia en la opinión pública y ante las autoridades públicas.

Para completar el cuadro debemos citar varios casos que han llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁰, en cuyas sentencias se percibe la preocupación por garantizar los derechos de los niños nacidos mediante esta técnica.

He aquí el debate actual en España sobre la maternidad subrogada, pues, como adelantaba más arriba, ha generado posiciones encontradas de lo más variadas, lo que incluye a asociaciones de padres/madres que han acudido –en el extranjero– a la maternidad subrogada o que desean hacerlo, pero en este caso dentro de un marco legal más diáfano; a los movimientos feministas, que, siguiendo su costumbre, se manifiestan con franca radicalidad en contra; algunos sectores de la Iglesia Católica, incapaces de despojarse de ciertos prejuicios en una sociedad laica, etc. Como pocas veces ha sucedido en otros asuntos, tampoco en los partidos políticos encontramos unidad interna. Encontramos dentro de los principales partidos posiciones (más abajo aludiré a lo que parece ser por el momento una excepción) abiertamente enfrentadas, como pueden observarse en los debates preliminares que se están produciendo antes de tomar una posición formal. En alguno de ellos se ha exigido incluso libertad de voto ante una hipotética acción legislativa, lo que va a ocurrir, como señalo más abajo; pero persiste en otros partidos la idea de que la maternidad subrogada es una forma de violencia contra la mujer, adoptando así un paternalismo exacerbado. Finalmente, habría que hacer una breve alusión a las propuestas de incriminar algunos comportamientos relacionados directamente con el contrato de maternidad por subrogación. Propuestas incriminatorias, hay que decirlo, actualmente prácticamente inexistentes a pesar de que

¹⁰ Mennesson c. Francia [demanda núm. 65192/11], Labassee c. Francia [demanda nº 65941/11] y Paradiso y Campanelli c. Italia [25358/12] sentencia de 27 de enero de 2015.

pueden existen casos de abusos extremos, aunque éstos no se concilian con los principios de mínima intervención y ultima ratio del Derecho Penal y, como consecuencia, no es oportuno introducir un delito específico. Lo cierto es que contamos con el delito de reproducción asistida no consentida (art. 161.1 del Código Penal) o el de coacciones (art. 172 CP), los cuales son escasamente realistas para la fenomenología más grave que suele presentar la maternidad subrogada. En cuanto a los posibles fraudes de ley, en algún caso podría considerarse su encaje con algún delito contra las relaciones familiares (suposición de parto, alteración del estado civil del menor, arts. 220 y 221 CP, más propicios para la madre gestante los últimos y, en su caso, para la mujer comitente el primero) o de falsedad documental, en documento público (arts. 390 y ss. CP), el peticionario o peticionarios serían probablemente los responsables, como autores mediatos. En todo caso, no dejan de ser supuestos marginales y como tales deben mantenerse.

III. POSICIONES INSTITUCIONALES RECIENTES ANTE LA EXTENSIÓN DE LA DEMANDA DE LA MATERNIDAD SUBROGRADA Y SU CONSECUCCIÓN EN EL EXTRANJERO

Puesto que este breve estudio parte de una perspectiva jurídica y de lo que a ella puedan contribuir otros enfoques, como son las posiciones de las sociedades científicas, opiniones desde la bioética y acciones prelegislativas, aludiré a algunas iniciativas con el propósito de que el lector contemple el panorama que pretendo tan sólo pincelar: la posición de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, y el Informe del Comité de Bioética de España (CBE). Pero no sólo se han pronunciado estas entidades, también ha habido otras, como es el caso de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS).

1. Propuesta de la Sociedad Española de Fertilidad

Por lo que se refiere al documento aprobado por la SEF¹¹ supone un primer intento corporativo de apertura de esta polémica cuestión. Coincidiendo con la importancia que tiene, según los autores de este documento, subrayar el punto de partida adoptado por el mismo, transcribo literalmente lo siguiente:

¹¹ “Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución”, 2015. Redactado por el Grupo de Ética y Buenas Prácticas Clínicas de la SEF.

“Una primera cuestión importante a señalar es que no se hace un pronunciamiento ni a favor ni en contra de la gestación por sustitución, ya que dentro del grupo de trabajo no hay una posición unánime en uno u otro sentido, sino que, como se ha dicho, se limita a plantear una propuesta reflexiva de bases o condiciones generales para el supuesto de que el legislador diera en algún momento el paso de su legalización en España”.

Por tanto, sin entrar en el fondo, pues se reconoce que no existe unanimidad en el grupo redactor sobre si la maternidad subrogada es o no aceptable, el documento apunta unas directrices dirigidas a una –entonces- hipotética iniciativa legislativa sobre esta materia.

Por consiguiente, resumiendo los puntos del documento de la SEF que me parecen más relevantes (véanse los detalles en el propio documento): se entiende que la maternidad subrogada no debe considerarse como una técnica reproductiva más y debe, por consiguiente, recurrirse a ella únicamente en supuestos excepcionales, es decir, cuando esté médicamente indicada o en presencia de esterilidad estructural (parejas homosexuales masculinas u hombres sin pareja); habrá de comprobarse la situación socioeconómica de la gestante para descartar que se halle en situación de grave necesidad; se proponen indicaciones sobre la necesaria o rechazable aportación de gametos por parte de los comitentes o de la mujer gestante; debe estar sometida a la autorización judicial previa al inicio del proceso; se excluye la retribución, siendo aceptable, no obstante, una compensación económica; debe reconocerse la autonomía de la mujer gestante para decidir sobre la gestación misma desde la transferencia del embrión hasta el nacimiento; éste obliga a la entrega del niño en todo caso; se creará un registro nacional de gestantes; se excluye la relación de parentesco entre gestante y comitente, así como relaciones laborales y otras que puedan afectar a la libre decisión de la mujer gestante; se admiten las agencias de intermediación, siempre que actúen sin ánimo de lucro (asociaciones de pacientes, fundaciones, etc.) con supervisión de la Administración pública.

Sin perjuicio de algunos puntos que pueden suscitar duda o discrepancia, el documento en términos generales enfoca correctamente la cuestión y la sitúa en el marco de la imposibilidad reproductiva de los comitentes; además, los diversos requisitos, garantías y controles parecen adecuados para prevenir situaciones de abuso por alguna de las partes, reconociendo una relevante autonomía a la gestante. La autorización judicial es una previsión especialmente sugestiva, y cuenta con precedentes (p. ej., la donación de órganos de vivo para trasplante, cuando la Ley alude a una

autoridad pública que se determine reglamentariamente¹², lo que corresponde al Juez de Primera Instancia¹³). Más delicada se percibe la real eficacia que tendría la exclusión de cualquier forma de pago, aceptando, sin embargo, la compensación económica a la gestante, con el fin de prevenir retribuciones encubiertas. Es ésta una cuestión capital, fuente de discrepancias entre quienes aceptan el recurso a la maternidad subrogada, pues algunos excluyen cualquier forma de retribución (pocos rechazan, sin embargo, la compensación resarcitoria). No siendo deseable en mi opinión el procedimiento de pago o retribución económica reales –pero sí la compensación estricta-, podría aceptarse como mal menor, si contribuyese a normalizar esta clase de contratos; sin embargo, creo que asumirla explícitamente podría ser fuente de abusos y de explotación de la mujer gestante, en particular si fallasen otros mecanismos de control del proceso, situación que debe evitarse de modo prioritario.

2. Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos se mueve en una línea no muy distante de la acabada de mencionar¹⁴. Precedida de una extensa y detallada ‘Exposición de Motivos’, a lo largo de su articulado¹⁵ establece un conjunto de requisitos relacionados con la gestación y con los sujetos intervinientes, con el contrato de gestación, la determinación legal de la filiación, la premoriencia de uno de los progenitores subrogantes, la creación del Registro Nacional de Gestación por Subrogación (adscrito al Registro Nacional de Donantes), centros y servicios autorizados, y un completo sistema de infracciones, sanciones y medidas cautelares. Se inclina por el principio de altruismo, que no es incompatible con una compensación resarcitoria tasada y con la cobertura de la mujer gestante con un contrato de seguro a cargo de los subrogantes. Acertadamente, encomienda funciones asesoras, orientadoras e informativas a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

La proposición de ley no prevé la intervención judicial, cuestión sobre la que habría que seguir pensando, sin perjuicio de reconocer que son numerosos y aparentemente eficaces las condiciones y mecanismos establecidos para prevenir acciones ilegales (como el pago encubierto de retribuciones); no excluye a la mujer

¹² Art. 4, c) de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos.

¹³ Según indica el RD 1723/2012, de 28 de diciembre, en su art. 8.4.

¹⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, nº 145-1, 8 de septiembre de 2017

¹⁵ Consta de 27 arts. más una disposición derogatoria del art. 10 de la Ley 14/2006 y diversas disposiciones finales.

gestante que guarda relación de parentesco con los progenitores, solución que comparto, pues a pesar de la discusión que ha suscitado, no me parece suficientemente justificada; de todos modos, se incluyen otros vínculos que sí pueden dar lugar a subordinación entre gestante y subrogantes. Junto a los casos de premoriencia habría que estudiar al menos posibles variantes de la filiación en los casos de separación y de divorcio de los subrogantes durante el proceso, aunque se desprende que lo es de ambos progenitores, puesto que así se obligan desde la firma del contrato.

En conclusión, este texto prelegislativo puede ser un muy buen punto de partida para legislar sobre esta materia en nuestro país, por lo que los grupos parlamentarios bien podrían hacer un esfuerzo para aprobarlo como proposición de ley, continuando así el proceso legislativo.

3. Informe del Comité de Bioética de España

El CBE aprobó por su parte un “Informe sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”¹⁶. No obtuvo unanimidad, pues el autor de estas líneas suscribió un voto particular, al que me referiré más abajo. Se trata, sin duda, del informe más extenso que ha emanado del CBE en sus diez años de existencia; y por supuesto, aporta información muy detallada en diversos aspectos, en particular de naturaleza jurídica (sentencias de los tribunales españoles y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, circulares de la Dirección General de los Registros y del Notariado, derecho comparado, etc.); y abunda en los argumentos que, según la opinión mayoritaria del Comité, sustentan el pleno rechazo de la maternidad subrogada como cuestión de principio. Me centraré en sus conclusiones, pues resulta imposible tan siquiera resumir el conjunto del texto.

Para el CBE “existen sólidas razones para rechazar la maternidad subrogada”. La mayoría del Comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Otros miembros del Comité, aunque aceptan en línea de principio que esta práctica podría regularse de modo que compaginara la satisfacción del deseo de unos de tener un hijo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual. Las propuestas regulatorias que se manejan -la gestación altruista y comercial en sus diversas variantes-

¹⁶ El 19 de mayo de 2017 un “Informe sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”.

son claramente deficientes en la tutela de la dignidad y derechos de la gestante y del menor. La experiencia de los últimos años ha evidenciado que la norma vigente no resulta suficientemente efectiva para alcanzar el objetivo que persigue: la nulidad de los contratos de maternidad subrogada. Puesto que los miembros del Comité no son legisladores, como tampoco un órgano creado para el asesoramiento técnico-jurídico, entiende que no le corresponde articular la propuesta de reforma de la ley vigente que considera necesaria para que siga alcanzando el objetivo para el que fue creada.

El CBE considera que en todo caso, la reforma de la ley debería orientarse a lograr que la nulidad de esos contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero, y consideran la posibilidad de sancionar a las agencias que se dediquen a esta actividad; solo en último extremo se debería considerar la posibilidad de recurrir a otras medidas legales que reforzaran su cumplimiento. Se propone también una prohibición universal de la maternidad subrogada en el Derecho Internacional. Un número indeterminado de españoles está inmerso en procesos de maternidad subrogada internacional. Es importante que la transición a una regulación más efectiva no produzca el efecto colateral de dejar desprotegidos a los niños que nacen de estos procesos. Para ello se garantizará que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el TS.

El Informe acierta, y es lo que comparto en mi voto particular, en denunciar la insuficiencia instrumental para prevenir la realización de estas prácticas en el extranjero. En buena medida motivada, a mi parecer, porque las autoridades españolas competentes han, primero, tolerado y, después, cuando aumentaba sensiblemente el número de estos casos, facilitado la inscripción de hijos en el consulado, así como el traslado posterior de tal inscripción al Registro Civil, dando así carta de naturaleza a lo que he calificado más arriba como un auténtico caso de fraude de ley. Aunque la ley parece ser clara sobre este particular, por ello en sentido estricto no sería necesaria ninguna modificación legal (tal vez prever alguna sanción para las agencias de intermediación con ánimo de lucro), sin embargo haría falta que las autoridades observen y hagan observar escrupulosamente la normativa vigente, incluidos los casos producidos en el extranjero, sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias para que los hijos no se vean perjudicados, o tan sólo mínimamente perjudicados, en sus legítimas expectativas de filiación.

Tratar de descargar el régimen jurídico español en un marco internacional universal, como propone el CBE, es desconocer –o no querer reconocer– que en materias como ésta, en las que sabemos que los Estados mantienen posiciones diversas y en ocasiones opuestas, es difícil lograr acuerdos normativos. Por ejemplo, el Comité de Bioética (DH BIO) del Consejo de Europa ha iniciado una exploración sobre esta materia con el objetivo de emitir algún documento orientativo o regulativo, pero, por el momento, se ha quedado en la realización de una encuesta entre diversos entes de los Estados miembros¹⁷.

El informe afirma que aunque está claro que algunos miembros del Comité de Bioética Español son favorables a la regulación de la maternidad subrogada, no alcanzan a encontrar la fórmula. Tal afirmación no se compadece, si se me permite subrayarlo, con el voto particular al Informe. En el voto particular aparecen ciertos criterios de conformidad hacia la maternidad subrogada, junto algunos puntos abiertos que por supuesto deberían ser objeto de reflexión rigurosa antes de incorporarlos a una futura regulación. Finalmente, para concluir este apartado, quisiera insistir que los argumentos de fondo esgrimidos para rechazar la maternidad subrogada no tienen peso suficiente. Es más, algunos parecen más bien fruto de viejos prejuicios que no han sabido revisar su consistencia actual. Una actualidad que nos exige buscar fórmulas a la altura de las circunstancias.

IV. EL VOTO PARTICULAR AL INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

El Informe sobre la maternidad subrogada aprobado por el CBE estuvo acompañado por un único voto particular, emitido por quien suscribe este trabajo. Dos partes bien diferenciadas pueden distinguirse en el voto particular: en la primera, la necesidad de respetar y aplicar la normativa española vigente. En particular en los casos de maternidad subrogada practicados en el extranjero, en sintonía con la posición del Informe. En la segunda parte se muestra abiertamente la discrepancia con la posición mayoritaria del Comité reflejada en el Informe, que es contraria a permitir la maternidad subrogada. Se arguye que la maternidad subrogada permite acoger valores morales positivos, como son la solidaridad y el altruismo, y que su práctica puede sustraerse de una verdadera explotación de la mujer gestante, producida en la actualidad por algunos

¹⁷ DH-BIO/INF(2016)4, publicada el 7 de septiembre de 2017.

contextos específicos, gracias precisamente a su reconocimiento y la adopción de medidas legales que impidan la explotación y aseguren la protección de derechos de la mujer que así lo decida.

De ahí también mi posición favorable a dar cobertura a la legalización de la maternidad subrogada en algunos supuestos, y que me parezcan una buena referencia las iniciativas prelegislativas y legislativas que se han mencionado más arriba en este trabajo.

V. TEXTO DEL VOTO PARTICULAR

Emito el presente voto particular con todo respeto al criterio de mis compañeros del Comité de Bioética de España expresado en el Informe de referencia, dejando sentada mi coincidencia en lo básico con el mismo, sin perjuicio de que con los breves comentarios que presento a continuación pretendo únicamente matizar algunos razonamientos del Informe y dejar abiertas algunas perspectivas de reflexión hacia el futuro, en la medida en que la situación, la seguridad jurídica y las valoraciones sociales así lo aconsejen.

Es indudable que la maternidad subrogada, con todas las variantes con las que se manifiesta y que recoge muy minuciosamente el Informe, presenta una complejidad que ha ido aumentando de forma considerable con el paso del tiempo, siendo al parecer una técnica de reproducción asistida a la que han ido recurriendo con frecuencia creciente muchas parejas españolas y de otros países.

El Informe nos recuerda que el contrato en el que pretende sustentarse esta técnica es considerado jurídicamente nulo en nuestro ordenamiento de manera constante desde que se reguló por primera vez en 1988; es decir, no tiene efecto jurídico alguno, la maternidad se determina por el parto. Pero no debe olvidarse tampoco que en sí misma esta técnica no está prohibida y, por consiguiente, no lleva aparejada sanción alguna su utilización, al menos para las personas más directamente involucradas (sobre este particular, la madre gestante y padres comitentes).

En nuestro país esta prescripción normativa no ha tenido como resultado que los ciudadanos españoles se hayan abstenido de recurrir a la maternidad subrogada. Se ha hecho, pero en el extranjero, mediante el procedimiento legal que se describe minuciosamente en el Informe: inscripción del hijo nacido de otra mujer (madre gestante) como propio (padres comitentes) en el consulado español correspondiente para

después proceder a lo propio en el Registro Civil, una vez de vuelta a España. Este procedimiento, que suscita perplejidad en la población, y en ocasiones también desasosiego, ha sido tachado de un claro caso de fraude de ley, según entiende la mayor parte de los juristas, quienes suelen considerar que esta situación afectaría al orden público, entendido en este contexto y de forma simplificada, pues es un concepto jurídicamente indeterminado, muy amplio y rico, como un conjunto de principios e instituciones que se tienen por fundamentales para el normal funcionamiento de una sociedad, sus instituciones y su sistema jurídico. Estas dos tachas comportan asimismo reconocer una sensible merma para la garantía de la seguridad jurídica. Así tenemos dos categorías de ciudadanos en relación con el acceso a la maternidad subrogada: quienes se benefician de ella, porque tienen recursos suficientes para afrontar su coste en el extranjero, y quienes no pueden acceder por falta de recursos o por querer ser respetuosos con la ley, que también podría ocurrir. Con esta reflexión no pretendo recurrir a argumentaciones esquemáticas y demagógicas, pero es así la realidad al día de hoy. Esta situación se ve enriquecida por la circunstancia de que agencias intermediarias privadas, con ánimo de lucro, se mueven por nuestro país con total libertad, ofreciendo sus servicios de mediación en el extranjero a parejas y personas que desean tener descendencia por medio de la maternidad subrogada.

Podemos comprender que haya parejas desesperadas que desean tener hijos a pesar de su infertilidad patológica o funcional (parejas homosexuales). Cuesta más lograr cierta empatía con quienes en solitario prefieren recurrir a la maternidad subrogada en lugar de la reproducción natural, o no son parejas infértiles. Nuestro sistema jurídico ampara la libertad procreativa o reproductiva, entendida como la libertad de decisión sobre tener o no descendencia, sobre el número de hijos y su distribución en el tiempo. En estas decisiones no están legitimados para interferir los poderes públicos. Pero de esta libertad procreativa no se puede deducir el “derecho al hijo”, pues este supuesto derecho se enmarca en realidad en el derecho a la protección de la salud y en la protección y ponderación de los intereses de terceros que pudieran verse implicados, es decir, como nos recuerda el Informe, principalmente los intereses del futuro hijo y los derechos e intereses de la mujer gestante, con independencia de que ésta aporte o no su propio material biológico.

En consecuencia, ante esta situación de cierto descontrol y de desprecio o postergación de nuestro sistema jurídico, por un lado, y de la desigualdad que provoca

entre los ciudadanos y de escasa sensibilidad hacia la situación individual en la que puedan encontrarse muchas mujeres gestantes que les ha llevado a asumir su función de madres a término (prefiero no generalizar ni simplificar), me parece prudente el criterio unánime adoptado por el Comité. Ante el presente caos, sin olvidar los esfuerzos que está realizando el Tribunal Supremo por reconducirlo hacia cierta coherencia normativa, no cabe, en mi opinión y al día de hoy, otra respuesta mejor que la de asumir la nulidad del contrato de gestación por sustitución que señala la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Soy consciente de que no es una solución plenamente satisfactoria y que no será compartida por diversos sectores de la población, pues no atiende a otras perspectivas y necesidades que merecen alguna ponderación añadida. Sin embargo, de todas las posiciones que ha recogido el Informe del Comité de Bioética de España, y puedo afirmar que no se ha descuidado mencionar al menos las más significativas, no creo que, por el momento, y mientras no se ponga orden a la situación actual, haya alguna que sea claramente preferible.

Por otro lado, tampoco me parece satisfactorio propugnar el mantenimiento del régimen legal actual sin plantear otras propuestas encaminadas a reforzarlo, de modo que la voluntad de la ley sea efectivamente respetada. Primero, porque podría interpretarse como la asunción de que la situación actual se considera deseable o al menos satisfactoria, asumiendo la vulneración de nuestro ordenamiento jurídico con su práctica en el extranjero y de este modo la continuidad de su aplicación fraudulenta. En segundo lugar, porque de algún modo significaría aceptar las desigualdades que se generan entre las parejas en función de su capacidad económica, y el hecho de que de forma velada por algunas instituciones y abierta por algunas agencias intermediarias se fomenta el recurso a la maternidad subrogada de nuestros conciudadanos en el extranjero. En tercer lugar, porque es cierto que con la situación actual no hay límite normativo alguno, pues las parejas pueden elegir el país que mejor se adapte legalmente a sus necesidades o aspiraciones particulares. Por consiguiente, los poderes públicos deberían intervenir con el fin de adoptar las medidas legales y de otro tipo que sean necesarias para cortar radicalmente esta situación, con los efectos jurídicos a que ello pudiera dar lugar, siempre que no comporten un perjuicio para los derechos e intereses de las criaturas nacidas por medio de estas técnicas. En el Informe se mencionan algunas, pero creo que podría haber otras más no menos eficaces.

Dicho lo anterior, tampoco me parece que la mencionada deba tomarse como la respuesta definitiva. En una futura, y esperemos que cercana, situación de mayor seguridad jurídica, podría plantearse la posibilidad de abrir la maternidad subrogada a ciertas situaciones, siempre vistas como excepcionales. Como premisas habría que saber conjugar, como señalaba más arriba, por este orden, los intereses de los hijos, los de las madres gestantes y los de las parejas comitentes. Sobre esto no puedo extenderme demasiado en un voto particular que de entrada concurre con el Informe, pero que ahora pretende mirar también hacia el futuro.

Como punto de partida, creo que la maternidad subrogada no está desprovista de valores éticos que deben ser reconocidos y promovidos, si somos capaces de eliminar o reducir al mismo tiempo otros que, al menos por algunos sectores, son rechazados y que podrían postergar aquellos valores. En efecto, no podemos negar que puede promover - cierto, no siempre- la solidaridad entre las personas; también el altruismo. Se sostiene con frecuencia que estos valores sólo son imaginables entre personas allegadas previamente entre sí, en particular si son familiares, pues solo entre ellas podemos presumir que se actúe por solidaridad y con altruismo. Sin desconocer la realidad en la que puede basarse este argumento, me cuesta admitir que no pueda haber mujeres no emparentadas capaces de un gesto solidario relevante, con independencia de que en todos los casos mencionados incluso se les pueda atribuir una compensación (establecer el matiz diferencial entre compensación y precio no es tarea en absoluto fácil, pero no puedo entrar en ello aquí; como tampoco en discutir la posición opuesta que sostiene que es mejor excluir la relación de parentesco con el fin de prevenir la confusión de roles que puede producirse entre las dos madres, sobre todo la gestante: madre y abuela, madre y tía, etc.; hay especialistas competentes para identificar este riesgo y su magnitud, incluso hasta poder llegar a manifestaciones patológicas, que deberían ser tratadas de forma singularizada). Con estas por desgracia breves reflexiones, quiero llamar la atención sobre posiciones a veces maximalistas y poco matizadas. La maternidad subrogada no supone, en sí misma, una explotación de la mujer - gestante-, pero, como sabemos, existe el riesgo real de que así suceda; no supone en cuanto tal, una compraventa de niños, pero sí que puede situar en el núcleo de la gestación el aspecto mercantilista. Y así podríamos continuar con argumentos esgrimidos de semejante tenor.

Puesto que la maternidad subrogada no está exenta de promover las virtudes y hasta valores jurídicos mencionados más arriba -no vamos a categorizarlos ahora-, y también otros; puesto que puede servir para que parejas infértiles (patológica o funcionalmente), heterosexuales u homosexuales puedan tener descendencia dentro de un conjunto de principios y reglas, deberíamos mantener despejada la atalaya para ser capaces de percibir cuándo sería el momento oportuno para que pueda intervenir el legislador, esperemos que no a muy largo plazo, y abrir una puerta a la maternidad subrogada.

Sabemos que cualquier marco legal que se abra a la maternidad subrogada comporta el riesgo de desviaciones y de prácticas corruptas más o menos encubiertas. Valorar esto y si es posible construir medios que lo prevengan, desenmascaren o reduzcan de forma eficiente es la primera reflexión que habrá que afrontar. Téngase en cuenta que este marco legal tendría (debería tener) como efecto que la mayor parte de estos casos se realizarían en nuestro país, donde operarían -deberían operar, no siempre ha sido sencillo- los mecanismos habituales de supervisión y control en materia de salud, más teniendo en cuenta que nos encontramos ante unos procedimientos más disponibles en el sector privado con respecto al público; y que las variantes excluidas de ese hipotético marco legal futuro que pretendieran realizarse en el extranjero deberían arrostrar con mayor contundencia el fraude de ley en el que pudieran llegar a incurrir, siempre, como vengo diciendo, garantizando la salvaguarda de los intereses legítimos de los hijos nacidos. Habría que pensar asimismo en otras respuestas, como que las tareas de intermediación, las cuales es previsible que se reducirían considerablemente, tanto en nuestro país como en el extranjero, fueran asumidas en exclusiva por entidades mixtas sin ánimo de lucro. En derecho comparado tenemos algunas soluciones legales y muy valiosas sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos que han pronunciado argumentaciones y fallos muy valiosos. Sin embargo, no creo que en la situación actual una internacionalización de las respuestas contra la maternidad subrogada o, en su caso, contra los excesos, sea un camino fructífero.

Aunque la maternidad subrogada ha demostrado ser un asunto muy complejo, lleno de matices y de aristas, que suscitan y merecen múltiples reflexiones y debates públicos (humana, social, ética y jurídicamente presenta aspectos apasionantes, que deben ser tratados, no obstante, sin pasión y con exquisita sensibilidad y ecuanimidad) creo que no debo extenderme más en estos comentarios.

Sí quiero terminar diciendo que tanto las autoridades como los ciudadanos encontrarán en el Informe una información abundante, pertinente y variada en sus diversas perspectivas, pues es un documento que ha sido discutido, razonado y redactado con especial minuciosidad, en el que todos hemos aportado lo que en nuestro mejor saber y entender podría ser pertinente. Incluso aunque ni las autoridades ni los ciudadanos compartan completamente las conclusiones a las que ha llegado el Comité, pues realmente ya se deduce que esto no parece posible hoy, encontrarán elementos suficientes para formar su propia opinión razonada. Por supuesto, tampoco pretendo con este voto convencer a nadie, pues como se ha visto, no se alinea por completo con ninguna posición en particular, lo que le deja más abierto a la crítica. Pero así lo asumo.

En Bilbao, a 16 de mayo de 2017.

* * * * *

