



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona

FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

**DOSIER GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, CON OCASIÓN DE LA
NUEVA SENTENCIA DEL TS ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2022**

Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca

**Sobre la gestació per substitució. Una altra volta de
rosca**

On Surrogacy. Another turn of phrase

MANUEL ATIENZA *

* Manuel Atienza. Profesor de Filosofía del Derecho, Universitat de Alicante. Email:
manuelatienzarodriguez@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6569-1402>.



Copyright (c) 2022 Manuel Atienza

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada
4.0 Internacional.

Resumen

El autor vuelve a insistir, a propósito de una reciente sentencia del Tribunal Supremo español, en tres tesis sobre la gestación por sustitución que ya había defendido en otras ocasiones: no se trata de una práctica prohibida en nuestro Derecho (la nulidad no es lo mismo que la ilicitud); no atenta, en sí misma considerada, contra la dignidad humana, de la mujer gestante o del niño; y su regulación no tiene por qué exigir la gratuidad por parte de la mujer gestante, si bien la remuneración que esta pudiera recibir no debe quedar librada a las leyes del mercado.

Palabras clave: gestación por sustitución; nulidad; ilicitud; prohibición; dignidad humana; gratuidad.

Resum

L'autor torna a insistir, a propòsit d'una recent sentència del Tribunal Suprem espanyol, en tres tesis sobre la gestació per substitució que ja havia defensat en altres ocasions: no es tracta d'una pràctica prohibida en el nostre Dret (la nul·litat no és el mateix que la il·licitud); no atempta, en si mateixa considerada, contra la dignitat humana, de la dona gestant o del nen; i la seva regulació no té per què exigir la gratuïtat per part de la dona gestant, si bé la remuneració que aquesta pogués rebre no ha de quedar lliurada a les lleis del mercat.

Paraules clau: gestació per substitució; nul·litat; il·licitud; prohibició; dignitat humana; gratuïtat.

Abstract

The author insists, with regard to a recent Spanish Supreme Court ruling, on three theses on surrogacy that he has already defended: it is not a practice prohibited in our law (nullity is not the same as illegality); it is not, in itself considered, against the human dignity of the pregnant woman or the child; and its regulation does not necessarily have to require the pregnant woman to do it for free, although the remuneration that she may receive should not be left to the laws of the market.

Keywords: surrogacy; nullity; illegality; prohibition; human dignity; free of charge.

1.

No es la primera vez que escribo sobre la gestación por sustitución; si mi memoria no me falla, ésta sería la quinta. Aunque también es cierto que, a partir de la segunda, he seguido (al igual que ahora) con bastante fidelidad el sabio consejo del gran Eugenio Bulygin: “Hay que repetirse mucho para no contradecirse”. Consejo que, bien interpretado, no debe entenderse como una llamada a no modificar las tesis que uno haya sostenido alguna vez (parecería muy poco razonable, particularmente cuando se trata de una cuestión que está entre las más polémicas de un campo ya de por sí polémico, el de la bioética); sino como un recordatorio (y una admonición) sobre la importancia que tiene la coherencia (no sólo la coherencia en sentido estrictamente lógico) en cualquier discusión que aspire a la racionalidad y a superar, por lo tanto, el nivel del discurso preponderantemente emotivo que, en mi opinión, es lo que suele ocurrir en relación con la gestación por sustitución. Para decirlo utilizando categorías de Ortega y Gasset, una discusión que se sitúa más en el plano de las creencias que en el de las ideas.

Cuando, en el año 2006, se aprobó la última reforma de la ley de Reproducción Humana Asistida, yo era miembro de la Comisión que había creado esa ley y, poco antes, en el seno de ese organismo, habíamos debatido a propósito de las modificaciones y no modificaciones que se iban a aprobar con el nuevo texto. Como consecuencia de esa experiencia, escribí entonces un artículo¹ mostrando mi discrepancia en relación con diversos aspectos (polémicos) que la nueva ley recogía. Uno era el de la gestación por sustitución que quedaba, simplemente, sin cambio alguno en relación con lo que había establecido la ley de 1988. Aclaraba que ese tipo de contrato no estaba prohibido por la ley (por su artículo 10), sino que simplemente era declarado nulo de pleno Derecho, lo que tenía un significado muy distinto. Mostraba que, en mi opinión, no había ninguna razón para prohibir esa práctica ya que, en sí misma, no suponía ningún atentado contra la dignidad humana. Y concluía expresando la siguiente opinión:

*“En resumen, en lugar de prohibirla, lo que habría que hacer es regular ese tipo de práctica de manera cuidadosa. La ley española la regula, pero de forma tan expeditiva, tan tosca, que probablemente va a producir efectos muy pocos deseables: no impedirá que se recurra a la gestación por sustitución, pero puede hacer de ella una práctica elitista y que suponga algunos riesgos adicionales a los que, de suyo, conlleva”
(p. 111).*

¹ En *El Notario del siglo XX*, n° 9, septiembre-octubre 2006; se publicó también en Manuel Atienza, *Bioética, Derecho y argumentación*, 2da ed. Palestra, Lima, 2010.

Tres años después², en 2009, me ocupé de un caso muy polémico (llegaría a ser muy conocido) que se había planteado unos meses antes. Se trataba de un Auto dictado por el encargado del Registro civil consular de los Ángeles-California que había denegado la solicitud de dos ciudadanos españoles (ambos varones) de inscripción del nacimiento de sus dos hijos, ambos nacidos mediante gestación por sustitución. El caso había llegado a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que aceptó el recurso que se había planteado y ordenó la inscripción registral. En el artículo expresaba mi acuerdo en cuanto al fondo de esta última decisión, pero mostraba algunas reticencias a propósito de la (sutil) argumentación con la que se había fundamentado. Más exactamente, señalaba que la motivación hubiese sido más sólida si se hubieran tomado en cuenta las dos siguientes consideraciones. La primera era que la gestación por sustitución no estaba prohibida en nuestro Derecho, como se recogía (se aceptaba) tanto en la resolución del Consulado como en la de la Dirección General; y explicaba con cierto detalle la diferencia existente entre ilicitud y nulidad, que se correspondía con la crucial clasificación de las normas (incluidas las normas jurídicas) en regulativas y constitutivas. Y la segunda, que la gestación por sustitución, en sí misma considerada, no contradecía ninguno de los valores de la Constitución española, ni tampoco los de una ética justificada, incluyendo aquí el principio (y/o el valor) de la dignidad humana.

En 2015, cuando publiqué un artículo que titulé “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”³, el caso había llegado ya al Tribunal Supremo, que lo había resuelto (en sentencia del 6 de febrero de 2014), después de haber pasado por un juzgado y por una sección de la Audiencia provincial de Valencia. Los tres órganos jurisdiccionales estuvieron de acuerdo en que la inscripción de los niños en el registro debía dejarse sin efecto, y basaron esa decisión fundamentalmente en dos argumentos: la gestación por sustitución está prohibida en nuestro ordenamiento; y es una práctica contraria al orden público español, porque atenta contra la dignidad humana de la madre gestante y de los niños. En mi análisis, volvía a insistir en las dos tesis que no hace falta volver a reproducir. Hacía algunas aclaraciones en relación con la noción de orden público⁴. Calificaba de “formalista” la decisión (y la justificación) del Tribunal Supremo y de los otros dos órganos judiciales. Y, en relación con esto último, mostraba mi acuerdo de fondo

² El artículo, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, se publicó en la misma revista, en el nº 27 de septiembre-octubre de 2009.

³ *El Notario del siglo XXI*, nº 63, septiembre-octubre de 2015.

⁴ Me las había planteado a raíz de dos artículos de Luis Fernando Muñoz de Dios Sáez, publicados en la misma revista (en el nº 27 y en el 34) en los que el autor defendía una postura radicalmente contraria a la gestación por sustitución. En relación con la categoría del orden público, él aceptaba que, efectivamente, el art. 10 apartado 1 no era una prohibición, pero el apartado 2, que establecía que la filiación en esos supuestos “será determinada por el parto”, sí que lo era, y ella formaría parte del orden público español. Mi réplica consistió en señalar que la noción de “orden público *internacional*” no puede equivaler a la de “el conjunto de las normas imperativas del ordenamiento nacional”, sino a la de “los principios y valores fundamentales del ordenamiento”, tal y como, por otro lado, se subraya en la sentencia del Tribunal Supremo de 2014.

con el voto de los cuatro magistrados del Supremo que habían disentido de la mayoría; pero me parecía también que su fundamentación hubiese sido preferible si, además de rechazar el formalismo de la sentencia (entre otras cosas, reprochaban a los magistrados de la mayoría no haber tenido en cuenta la existencia de una “nueva realidad” así como la necesidad de optar por “las soluciones más beneficiosas para los hijos”), hubiesen sostenido con claridad que la gestación por sustitución no está prohibida en nuestro Derecho y no va contra la dignidad humana. Lo concluía así:

“Si la prohibición de instrumentalizar a un ser humano, o la obligación de respetar su dignidad, se entiende como debe entenderse, yo creo que se comprende también con facilidad que la gestación por sustitución no supone por sí misma ningún atentado contra la dignidad humana. Por supuesto, es posible que en el contexto de esas prácticas —como pasa en el contexto, pongamos por caso, de un contrato de trabajo— alguien trate a otro sin respetar su dignidad: solamente como un medio; pero esto nada tiene que ver con la cuestión que aquí importa. Hay, sin duda, buenas razones para pensar que no todo lo que es técnicamente posible hacer es también moralmente aceptable. Pero conviene igualmente estar alerta para evitar que consideremos como prohibiciones éticamente (y jurídicamente) justificadas lo que no son otra cosa que nuestros prejuicios ideológicos erigidos en normas” (p. 98).

Esas dos tesis se convirtieron en tres, en un artículo que publiqué en el diario El País (el 4 de mayo de 2017) y que me llevó a entrar en polémica con Octavio Salazar⁵. Copio su primer párrafo:

“Voy a defender aquí tres tesis que a muchos lectores quizás les parezcan extremas (equivocadas) pero que, en mi opinión, tendrían que considerarse como poco más que obviedades. Son las siguientes: 1) la gestación por sustitución no está prohibida en el Derecho español; 2) ese tipo de contrato (de práctica) no es en sí mismo contrario al principio de dignidad; y 3) la regulación de la gestación por sustitución no tiene por qué exigir de la mujer gestante un comportamiento estrictamente altruista.”

Y el referido a la tesis tercera:

“Para que la regulación de esa práctica respete la dignidad de la mujer gestante, ¿es condición indispensable que ésta actúe por motivos puramente altruistas? Yo no lo creo. Desde luego, en abstracto, sería preferible que la mujer gestante obrara por puro

⁵ Está incluida en uno de los capítulos de mi libro *Escritos polémicos. Diálogos sobre Derecho, argumentación y democracia*, Palestra, Lima, 2021.

altruismo (¿y no cabría decir lo mismo del actuar humano en general?), pero de ahí no cabe inferir que la existencia de motivos “egoístas” (que pueden darse muy bien mezclados con otros altruistas) convierta esa actividad en moralmente ilícita. Lo que aquí parece perderse de vista es que actuar de manera no supererogatoria no equivale a actuar mal, de forma reprochable. O, dicho con otras palabras, de lo que se trata es de impedir la explotación de la mujer gestante. Pero para ello no se ve que sea condición indispensable que se establezca la gratuidad de su prestación.”

2.

Y paso ahora a ocuparme de una relativamente reciente sentencia del Tribunal Supremo (277/2022, de 31 de marzo), sobre un caso muy semejante al resuelto en 2014 (835/2013, de 6 de febrero de 2014) y decidido también en el mismo sentido: denegando la inscripción de un niño nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución. De hecho, el magistrado ponente es el mismo en ambas ocasiones (Rafael Saraza Jimena); y los razonamientos, también esencialmente idénticos.

Una señora española había recurrido a la gestación por sustitución en el Estado mexicano de Tabasco, en donde se permite legalmente ese tipo de práctica; la señora (la comitente, pues, no la mujer gestante) era la madre legal de acuerdo con la legislación mexicana. Tras su nacimiento, el niño es trasladado a España y convive con su *madre* y sus *abuelos* durante dos años. Transcurrido ese tiempo, el *abuelo* del niño presenta demanda para que se declare que su hija es la madre del menor y se ordene la inscripción en el Registro Civil correspondiente. Un juzgado de primera instancia desestimó la demanda alegando fundamentalmente que el principio del interés superior del menor no podía utilizarse para contrariar la ley (que impediría el reconocimiento de la filiación en esos casos). En apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso porque, al no ser viables en ese supuesto ninguno de los remedios previstos por la legislación vigente (como la adopción o el acogimiento familiar), “ha de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada”⁶. En casación, el Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. Adujo fundamentalmente dos razones. La primera, que el contrato de gestación por sustitución es contrario al orden público español. En favor de esa tesis, a su vez, esgrimió varios razonamientos; en esencia, creo que son los siguientes: el precedente establecido en la sentencia de 2014; la prohibición de venta de niños que contiene la Convención

⁶ Sigo el resumen ofrecido por la sentencia del Tribunal Supremo (fundamento primero, apartado 7).

sobre los derechos del niño de Naciones Unidas; el informe del Comité de Bioética de España sobre maternidad subrogada, de 2017; la “cosificación” de la madre que resulta de varias de las cláusulas que habría suscrito la mujer gestante en el caso examinado. Y la segunda razón es que “el interés superior del menor” debe interpretarse a la luz de los otros valores y principios constitucionales, lo que le lleva al Tribunal a rechazar la inscripción y a sugerir que la vía adecuada en este caso sería la de la adopción: “Esta solución satisface el interés superior del menor, valorando *in concreto*, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [se refiere a varias sentencias de ese Tribunal, en el sentido de que el no reconocimiento de la filiación entre los padres comitentes y los hijos podía afectar al derecho a la vida privada y a la identidad de estos últimos], pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general (...) que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial.” (fundamento cuarto, apartado 14).

3.

Pues bien, los comentarios que me ha suscitado la lectura atenta de la sentencia son los siguientes.

3.1

Para empezar, creo que estamos ante una sentencia mal argumentada, pero razonablemente bien escrita (al igual que la anterior, la de 2014). Algo que puede parecer relativamente poco importante, pero que, en mi opinión, no lo es. Un sistema de precedente, o de jurisprudencia, no puede funcionar adecuadamente si no se puede identificar con cierta facilidad cuál es la *ratio decidendi* o la doctrina jurisprudencial establecida (o seguida, o modificada) en las resoluciones de los tribunales. Y si no existe algún mecanismo que permita conocer (y, antes, almacenar ordenadamente) una información de proporciones gigantescas, incluso si se circunscribe a la producida únicamente por los tribunales superiores.

Es, pues, muy de agradecer la concisión con que está redactada la sentencia. Y yo diría que, si en su lectura surge algún que otro problema de falta de claridad y de precisión conceptual, eso se debe más que nada a factores ideológicos. Por ejemplo, no queda muy claro si lo que resulta “manifiestamente contrario” a la dignidad humana y al orden público internacional es la gestión por sustitución, sin más, la gestión por sustitución de carácter no altruista, o la gestión por sustitución con fines comerciales y realizada según las cláusulas establecidas en un contrato como el del caso que el tribunal examina. Y no es lo mismo. Sugerir que el caso que se le planteó al

tribunal tenía algo que ver con “la venta y explotación sexual de niños” (fundamento tercero, apartado 4) resulta simplemente absurdo y contrario a la información que la propia sentencia ofrece sobre la situación real del niño. Una muestra, yo diría, de formalismo desafortunado que lleva a los autores de la sentencia a aceptar que, en el concepto de “venta de niños” del art. 2 a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativa a la venta de niños, la prostitución infantil y la explotación sexual de niños, habría que incluir “la gestación por sustitución comercial”. ¿Será eso —una venta de niños— lo que está pasando —digamos— en California? O, en fin, no resulta tampoco tan fácil de entender en qué consiste el “Dictamen” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al que, como antes señalaba, se refiere el fundamento tercero, apartado 14, de la sentencia, seguramente porque la jurisprudencia de ese tribunal vendría a avalar, al menos en principio, la inscripción del niño en el Registro, o sea, la decisión contraria a la tomada por el Tribunal Supremo.

Aunque parezca una digresión, y en cierto modo lo es, hay otro aspecto en la redacción de la sentencia que resulta, yo diría, llamativo. Como se sabe, hay ahora una tendencia que preconiza el empleo de lo que suele llamarse un “lenguaje fácil” en los textos producidos por las autoridades públicas; incluidas, pues las sentencias. Se trataría de que una resolución judicial (o algunas de ellas) pueda(n) ser entendida(s) por un niño, por una persona de bajo nivel cultural o por alguien afectado de discapacidad cognitiva (si se me permite usar una expresión que los partidarios del lenguaje políticamente correcto parecen querer proscribir). Es un punto de vista que considero cuestionable y en el que no quiero entrar aquí. Pero lo que sí me parece indudable es que las sentencias (salvo en algunos casos muy excepcionales) tendrían que estar redactadas de manera que una persona de cultura media pudiera entenderlas, quizás con algún esfuerzo, pero sin que se le pongan obstáculos injustificados para ello. Y voy ahora al texto de la sentencia, en la parte relativa a los “Antecedentes de Hecho”. Allí se dice varias veces (recogiendo el lenguaje de los abogados y de los jueces que se habían pronunciado anteriormente en el caso) que lo que se pedía en la demanda era que se “condenase” a la señora (a la madre del niño) “a estar y pasar por dicha declaración” (la declaración de que ella era la madre). ¿Pero hay algún hablante “normal” del castellano que entienda que a uno le “condenen” a hacer (o a ser) lo que vivamente desea? ¿No resultan por lo menos extrañas frases del tipo de “le condenaron a recibir el premio extraordinario de fin de carrera”, o “le condenaron a ser nombrado magistrado del Tribunal Supremo”? ¿No merecería la pena ser más cuidadosos con ciertas “cláusulas de estilo” cuando a lo que llevan es simplemente a impedir o a dificultar que se pueda “escribir con buen estilo”?

3.2.

Como decía, la sentencia que comento está esencialmente en la misma línea de la anterior, la de 2014. Pero hay sin embargo entre ellas algunas diferencias que quizás merezca la pena señalar.

Una es que la primera decisión (las dos fueron sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil) fue aprobada con una mayoría justa (cinco votos frente a cuatro), mientras que la de 2022 lo fue por unanimidad. Cabría pensar entonces que, dentro del Tribunal Supremo, se ha producido en estos últimos años un cambio, en el sentido de que algunos de los magistrados han modificado su parecer. Pero no estoy tan seguro de que haya sido así exactamente así. Por un lado, porque ese cambio podría deberse simplemente a que los magistrados son ahora otros que los que juzgaron el caso anterior; de hecho, hay solamente uno que, habiendo suscrito anteriormente el voto disidente, se habría pasado ahora a la opinión mayoritaria. Y, por otro lado, porque esa unanimidad quizás tenga que ver, sobre todo, con el hecho de que en este caso se trataba de un contrato realizado en el Estado mexicano de Tabasco, mientras que el anterior había tenido lugar en California.

Y se trata de algo que, efectivamente, parece relevante. Sobre las cláusulas del contrato californiano, el Tribunal Supremo no se pronunció en su día porque —según se dice en la sentencia— ese documento no había sido aportado al proceso. Pero creo que no le hubiese sido difícil al Tribunal informarse acerca de la legislación (y la práctica) de California en la materia. Por el contrario, en la sentencia de 2022, se hace una amplia exposición de las cláusulas del contrato suscrito en Tabasco, algunas de las cuales, en efecto, no parecen compatibles con tratar a la mujer gestante de una forma digna. Pero eso es algo que la sentencia oculta y que debería haber tenido en cuenta: no todos los contratos de gestación por sustitución son iguales.

Otra diferencia en la que merece la pena reparar es que ahora, en la sentencia de 2022, no se asume ya la tesis de que la gestación por sustitución es una conducta prohibida en nuestro ordenamiento jurídico; lo que se dice, acertadamente, es que ese contrato es nulo de pleno Derecho. Pero no creo que hubiese estado de más que el Tribunal hubiese subrayado ese cambio. Simplemente porque, si se reconoce eso, entonces la tesis de que la institución choca contra el orden público internacional español, por lo menos, se debilita notablemente. No es tan fácil de justificar que una práctica que ni siquiera está prohibida por el legislador (y, en consecuencia, no está prevista para ella ninguna sanción; a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con la elección de sexo —cuando no se hace para evitar una enfermedad—), sin embargo, atenta contra principios y valores fundamentales. A veces se dice que eso —señalar su oposición radical con la Constitución— fue lo que quiso el legislador, pero esa tesis me parece sumamente discutible. Por un lado, porque —como suele ocurrir— es realmente imposible poder conocer con alguna precisión cuál fue la voluntad del legislador al respecto. Y, por otro lado, porque, si se repasan las

actas de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida que reflejan la discusión sobre el tema (y en el Preámbulo de la ley de 2006 se dice que para su redacción se tuvo muy en cuenta la opinión de ese organismo), se verá que la razón que la mayoría de la Comisión dio para dejar el texto —el art. 10— inalterado no fue que se pensase que ese tipo de contrato atentaba contra la dignidad humana, sino que la gestación por sustitución planteaba muchos problemas prácticos que se pretendían evitar así: no prohibiéndola, sino haciéndola inviable.

Y una última diferencia que veo es que la sentencia de 2022 está aquejada de formalismo en un grado todavía superior a la de 2014. Un rasgo que parece ser identificativo del formalismo en la interpretación y aplicación del Derecho es el de llevar a cabo esas operaciones aislando el Derecho de la realidad social; la decisión adoptada, de las consecuencias personales y sociales que presumiblemente va a producir. Pues bien, en la decisión de 2014, esas consecuencias están muy presentes en la fundamentación del fallo (quizás debido a que los magistrados disidentes habrían hecho valer esas dificultades en la deliberación del Tribunal): se reconoce que la decisión “puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores” (fundamento quinto, apartado 8), pero se adopta a pesar de ello, en base a una “ponderación adecuada” (apartado 12) en la que, sorprendentemente, se otorga un gran peso al hecho de que nuestro ordenamiento jurídico “considera perjudicial para el menor, dentro de ciertos parámetros, la determinación de una filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación” (apartado 8). Y digo “sorprendentemente”, porque me parece que, a la hora de determinar cuál sea el interés del menor, a lo que habría que atender esencialmente es a valores y principios sustantivos, y no a los “criterios legales” (formales) fijados, por así decirlo, en abstracto, y sin considerar las circunstancias peculiares del caso. Por el contrario, en la sentencia de 2022, esa preocupación por las consecuencias que la decisión pudiera implicar para el niño adquiere una menor importancia; lo que parece ahora preocupar al Tribunal es, sobre todo, la situación que se da en la práctica, en la que “las agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país”. Y seguramente eso es lo que explica que, en la sentencia de 2014, el punto número 3 del Fallo diga así:

“Instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar ‘de facto’”.

Una exhortación que está ausente en la sentencia de 2022.

3.3.

Dado que la sentencia de 2022 otorga un gran peso al “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, de mayo de 2017, merece la pena detenerse un momento en ese documento.

No es, por cierto, difícil de entender el porqué de esas abundantes (y encomiásticas) referencias. El Informe del Comité llega a tres conclusiones. La primera, a la que sus autores llaman “Principio de mínima intervención”, está dirigida a que la nulidad de esos contratos “sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero”. Y para ello, nos dicen, “podría considerarse la posibilidad de sancionar a las agencias que se dedicaran a esta actividad”, y sólo en el caso en que resultaran insuficientes esas sanciones, “se debería considerar la posibilidad de recurrir a otras medidas legales que reforzaran su cumplimiento”. La segunda pretende promover “una prohibición universal de la maternidad subrogada internacional”. Y la tercera es lo que los autores llaman una “Transición segura”, que no deje desprotegidos a los niños que nacen de esos procesos, para lo cual “se garantizará que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el TS.” De manera que, en materia de gestación por sustitución, parece haberse producido una clara simbiosis entre la Comisión y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Lo que ocurre es que ese Informe resulta francamente cuestionable, y no sólo en relación con las conclusiones a las que llega, sino también cuando se consideran todas las (muchas) páginas anteriores en las que se basan esas conclusiones y que pretenden suministrar algo así como un “estado de la cuestión” desde la perspectiva científica, jurídica, ética y política. Creo que ahí (a lo largo de más de 80 páginas) se recogen algunas informaciones de interés, pero muy sesgadas ideológicamente, a pesar de la retórica de la neutralidad con la que se pretende encubrir esa toma de partido. Es lógico por ello que el Informe haya recibido críticas muy severas por parte de varios estudiosos del tema. Así, según Esther Farnós, “la presunción según la cual todo acuerdo de GS es explotador respecto de la gestante y perjudicial para el nacido, mantenida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo...y reiterada por el CBE (Comité de Bioética de España) es falaz. Se trata de una presunción incoherente con los estudios empíricos existentes”⁷. Y, más en general, yo diría que tanto el Informe como las dos sentencias del Supremo parten de un dato que es manifiestamente falso: que la casi totalidad de las regulaciones nacionales e internacionales, así como la opinión de la inmensa mayoría de los filósofos, juristas y otros científicos sociales que se han ocupado del

⁷ Esther Farnós, “Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución”, en *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación* (ed. por Alberto Carrio Sampedro), Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2021, p. 142.

tema coinciden en considerar la gestación por sustitución como una práctica ilícita o injustificable y que debe estar radicalmente prohibida. Y no es así.

De todas formas, en relación con ese Informe del Comité español, lo que me parece más significativo es el voto particular emitido por uno de sus miembros, Carlos María Romeo Casabona, que es, sin duda, también uno de los mayores expertos en cuestiones de Bioética y Derecho. Romeo Casabona deja claro que el uso de esa técnica “no está prohibida y, por consiguiente, no lleva aparejada sanción alguna su utilización, al menos para las personas más directamente involucradas”. Le parece que hoy por hoy no cabe una respuesta mejor que la de asumir la nulidad del contrato de gestación por sustitución, pero —añade— “soy consciente de que no es una solución plenamente satisfactoria y que no será compartida por diversos sectores de la población, pues no atiende otras perspectivas y necesidades que merecen alguna ponderación añadida”. Considera que “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 punto de partida —añade poco después—, creo que la maternidad subrogada no está desprovista de valores éticos que deben ser reconocidos y promovidos”. No descarta que la solidaridad y el altruismo puedan darse también entre personas no unidas por vínculos familiares, y considera justificado que en todos esos contratos (lo que suele llamarse de “gestación altruista”) las mujeres gestantes puedan recibir una compensación. Rechaza posiciones que considera “maximalistas y poco matizadas” pues, en su opinión: “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.” Y, en fin, puesto que

“la maternidad subrogada no está exenta de promover las virtudes y hasta valores jurídicos mencionados más arriba (...) 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”.

Personalmente estoy muy de acuerdo con la apertura de esa puerta; yo defendería que lo fuera con una amplitud algo mayor que la que sugiere Romeo Casabona pero, desde luego, no creo que se deba abrir de par en par, que no tenga que haber ningún límite a esos contratos (como si se tratase de cualquier actividad de tipo comercial). Y lo que me cuesta trabajo atisbar, también desde mi particular atalaya, es por qué razón considera el autor que su planteamiento supone “una coincidencia en lo básico” con el del Informe. Me parece que no es así, y tengo la impresión de que ese voto particular puede haber estado motivado por un exceso de prudencia. Un exceso que le lleva a afirmar que con ese voto no pretende “convencer a nadie” cuando —imagino— lo

que realmente quiere decir es que no pretende “imponer a otros” su opinión. Pues parece bastante razonable suponer que, en la deliberación que haya tenido lugar en el interior de ese Comité, Romeo Casabona sí que habrá intentado, pero sin éxito, convencer al resto de sus compañeros de la bondad de sus tesis. Esa pretensión de corrección, en relación con las tesis que uno defiende, forma parte, creo yo, de los elementos constitutivos de lo que solemos entender por discusión ética de carácter racional.

4.

Cuando se plantea, de manera razonable, la cuestión de cómo se relaciona la gestación por sustitución con el principio o el valor de la dignidad humana, yo creo que es importante subrayar tres aspectos.

El primero, en el que he insistido muchas veces, es que ese principio, interpretado —como suele hacerse— en el sentido kantiano, no prohíbe tratar a un ser humano como un instrumento, sino tratarle sólo, exclusivamente, de esa manera. Parece una obviedad, y lo es, pero no siempre se es consciente de ello. De manera que lo que está prohibido no es servirse de otro para aprender algo de él, para que nos resuelva un problema doméstico, para que nos transporte de un lado a otro, para que nos cure una enfermedad, para que trabaje para nosotros..., sino hacer todas esas cosas sin considerar al otro (o sin considerarnos nosotros, cada uno de nosotros) al mismo tiempo como un fin en sí mismo: “obra de tal manera que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio” es como reza la segunda formulación del imperativo categórico kantiano⁸. Por eso es tan absurdo pensar o defender la tesis (como lo hace la Iglesia católica) de que supone un atentado contra la dignidad humana seleccionar embriones para obtener un bebé (el llamado “bebé-medicamento”) cuyos tejidos sean compatibles con los de personas (familiares) enfermas, de manera que se haga posible un futuro trasplante (sin riesgo para el bebé) para salvar la vida o curar una enfermedad grave, por ejemplo, de un hermano ya nacido; cuando no hay lógicamente ninguna razón para pensar que ese bebé no vaya a ser tratado por sus padres con la máxima consideración y respeto, auténticamente como un fin en sí mismo. Y lo es también pensar que un acuerdo de gestación por sustitución suponga necesariamente tratar a la mujer gestante —y, cosa más asombrosa, también al niño así nacido— como una cosa, como un puro instrumento. Hay muchas pruebas de que eso no es así, o sea, de que, entre los padres comitentes, la mujer gestante

⁸ Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (trad. de Manuel García Morente), 4ª ed., Austral, Madrid, p. 84.

y los niños nacidos con esa técnica se pueden establecer relaciones mutuas de respeto, de afecto, de agradecimiento... que nada tienen que ver con la explotación.

El segundo aspecto que es importante destacar es que el principio de la dignidad humana no coincide con el de autonomía, entendido en el sentido liberal clásico: lo que la Corte constitucional de Colombia sintetiza con la expresión “vivir como se quiera”⁹. Me parece que es un error pensar que lo que exige la dignidad es simplemente respetar los deseos y las preferencias de los individuos. O sea que, en mi opinión, es cierta la objeción que suelen efectuar algunos grupos feministas, en el sentido de que una determinada práctica puede conculcar la dignidad de una persona (de una mujer) por más que esta haya prestado su consentimiento; es más, uno puede incluso tratarse a sí mismo de manera indigna, como resulta claramente de la formulación kantiana. Pero la consecuencia que de aquí se extrae no es lo que esas feministas pretenden, sino que, para respetar la dignidad humana de la mujer gestante, no basta con asegurar que esta ha consentido plenamente en todas las condiciones que se hayan establecido contractualmente; se necesita también que esas condiciones no supongan, en sí mismas, un trato indigno. Y eso es algo que, efectivamente, puede suceder (pueden atentar contra la dignidad humana), pero que no tiene por qué suceder, y de ahí la importancia de regular cuidadosamente esa práctica.

Y, finalmente, me parece que es también necesario subrayar que las exigencias de la dignidad humana no pueden ser completamente satisfechas por el Derecho; o, dicho de otra manera, que el Derecho (y la regulación de los derechos fundamentales) no puede dar cabida al perfeccionismo moral. Me explico.

En mi opinión, la dignidad humana, en su dimensión normativa, viene a significar que cada individuo tiene el derecho y la obligación de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite obviamente una pluralidad de formas de vivir; pero de ahí no se sigue que cualquier forma de vida sea aceptable), y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo. De manera que las exigencias de la dignidad humana incluyen también deberes hacia uno mismo (Kant ponía como ejemplo de incumplimiento del imperativo categórico al individuo que, dotado de grandes cualidades, en lugar de esforzarse por desarrollarlas se entregaba a la persecución del placer¹⁰) y deberes hacia los demás (deberes de solidaridad, de ayuda) que deben (tienen que) quedar fuera de lo que razonablemente puede pretender el Derecho. El concepto de dignidad humana es,

⁹ En los últimos tiempos, este tribunal, que goza de un (merecido) prestigio en toda Latinoamérica, ha hecho un amplísimo uso del principio de la dignidad humana, en el que distingue tres dimensiones: “vivir bien”, que sirve para justificar los derechos sociales; “vivir sin humillación”, lo que lleva a la prohibición de la tortura, malos tratos, etc.; y “vivir como se quiera”, o sea, el respeto a la autonomía de cada individuo.

¹⁰ Vid. I. Kant, o. cit., p.

probablemente, el más fundamental del Derecho —al menos, del Derecho del Estado constitucional—, y un concepto del que no se puede dar cuenta a espaldas de la moral. Pero el Derecho no es lo mismo que la moral. Su función, por así decirlo, es hacer posible la vida moral de los individuos lo que, a su vez, requiere satisfacer (pero sólo en parte) las exigencias de la dignidad humana¹¹.

5.

Todo lo anterior tiene como consecuencia no que cualquier deseo de una persona pueda (deba) traducirse en un derecho (es, yo diría, obvio que no puede ser así¹²), sino que, para poner un límite a la libertad en la persecución de los propios deseos, a la autonomía personal, se necesita contar con una razón de suficiente peso. Trasladado a la problemática de la gestación por sustitución, en lo que se traduce —como antes señalaba— es en negar que pueda existir una razón para rechazar completamente esa práctica, pero sí muy buenas razones para regularla con cuidado y, por lo tanto, para poner límites dirigidos, sobre todo, a impedir la explotación de la mujer gestante. Pero eso significa que, en lugar de centrarse en si la gestación por sustitución debe aceptarse o no, digamos, *in toto*, la discusión razonable y que merece la pena alentar debería orientarse por otros derroteros.

Esto último, por ejemplo, es lo que sugiere el voto particular de Romeo Casabona al que antes me refería, y es la vía que han seguido también una serie de autores que últimamente se han ocupado del asunto. De particular interés me parecen varios trabajos de Esther Farnós, que suponen la propuesta más completa y mejor informada que yo conozco sobre el particular. Farnós analiza ahí una amplia problemática que incluye aspectos tales como la edad de la mujer gestante, si ésta debe haber tenido o no descendencia previa, si debe existir vinculación entre la mujer gestante y el nacido, y entre la mujer gestante y la parte comitente, el número máximo de procedimientos a los que puede someterse, las cláusulas que limitan la libertad de la mujer gestante, si a ésta se le otorga —y por cuánto tiempo— el poder para negarse a entregar el bebé,

¹¹ He desarrollado esto con algún detalle en mi libro *Sobre la dignidad humana*, Trotta, Madrid, 2022.

¹² Este parece ser el argumento central en que descansa el Informe del Comité de Bioética de España. Al comienzo del apartado de Conclusiones puede leerse: “El deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. 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”.

la publicidad de los acuerdos y, sobre todo, si se opta por un modelo comercial o altruista de gestación por sustitución¹³.

En relación con esto último, Farnós defiende un modelo altruista que, en su opinión, es compatible (o, mejor, debería ir unido a) una “compensación razonable”, de manera más o menos semejante a lo que ocurre ahora (en realidad, desde hace ya muchos años), con la donación de ovocitos. Creo que mi única discrepancia con ella y con otros autores que se sitúan en la misma línea, como Josep Joan Moreso¹⁴, se refiere a este último extremo, pero es muy posible que nuestras diferencias sean únicamente de matiz. Los dos parten de que lo que justifica (moralmente y también jurídicamente) esa práctica es el altruismo¹⁵, pero me parece que, al pensar así, no están tomando en cuenta que una cosa es el comportamiento moralmente supererogatorio, y otro el simplemente lícito, conforme con la moral; con la consecuencia de que, al obviar esa distinción, están introduciendo en el Derecho un tipo de perfeccionismo moral que resulta muy difícil de justificar. Dicho de otra manera, es claro que el comportamiento de quien realiza una acción por puro altruismo es moralmente más valioso que el de quien lo hace buscando además alguna ventaja personal, pero esto último no es razón suficiente para considerarlo por ello ilícito (en sentido moral o jurídico). Como parece obvio, los impulsos altruistas pueden muy bien ir conjugados con los egoístas sin que, por ello, haya nada que reprochar a quien así actúa: piénsese en el caso de una mujer gestante que, además de procurar un beneficio para otros, para los comitentes, persigue también una ventaja propia (mejorar sus condiciones de vida, poder dar una mejor educación a sus hijos, etc.). Lo importante, en definitiva, no es centrarse en si el acuerdo tiene o no un carácter puramente altruista, sino en si el mismo supone o no algún tipo de explotación, en particular, para la mujer gestante.

Y, en realidad, yo creo que eso (la protección de la mujer gestante y de otros valores implicados en esa práctica) es lo mismo que pretenden tanto Farnós como Moreso, a pesar de que —cabría decir— lo que parecerían sostener, pero sólo “en línea de principio”, sería otra cosa.

Moreso, por ejemplo, para defender ese carácter gratuito, se apoya en un conocido libro de Sandel¹⁶ y pone mucho énfasis en que “hay bienes que si son dejados en manos del mercado

¹³ Esther Farnós, “Entre prohibir y permitir, Qué es más feminista? Un análisis de la gestación por sustitución desde la perspectiva de las mujeres gestantes”, cap. III de la obra colectiva (coordinada por Pilar Benavent Moreda), *Mujeres y Derechos. Una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/ São Paulo, 2020; y “Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución”, en *Gestación por sustitución...cit.*

¹⁴ Josep Joan Moreso, “La gestación por sustitución: Un modelo especificacionista” en el libro que se acaba de citar: *Gestación por sustitución...*

¹⁵ En palabras de Moreso, y me parece que Farnós las haría suyas, el altruismo sería “inherente a esta práctica” (p. 68)

¹⁶ Michael Sandel, *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*, Ed. Debate, Madrid, 2013.

producen consecuencias que vulneran los principios de nuestra moralidad común” (p. 67), lo que, en su opinión, avalaría la tesis de que “el contrato de gestación por sustitución no debe tener un precio, sujeto a la ley de la oferta y la demanda” (p. 68). Las dos afirmaciones son perfectamente aceptables, pero eso (prescindir de la lógica del mercado) es también lo que ocurre, por ejemplo, en los acuerdos que los individuos establecen con la Administración pública (por lo menos, en ciertos países como España), para trabajar en el sector de la sanidad o de la enseñanza, sin que de ahí se siga que hayan de prestar sus servicios de manera gratuita. Y, si se quiere ir a actividades de carácter más ocasional, no creo que muchos piensen que el profesor universitario que publica un libro o es invitado a dictar una conferencia, debiera renunciar (o entregar a una ONG) lo que pueda cobrar como derechos de autor o como honorarios profesionales. Quiero decir, una cosa es que haya muchas actividades que deberían quedar fuera del mercado, y otra que deban realizarse de manera puramente gratuita. Moreso, en concreto, sugiere que la “compensación” que pudiera recibir una mujer gestante por esa actividad podría oscilar entre “el salario mínimo interprofesional de un año (sobre los 10.000 euros en España¹⁷) y la renta per cápita de un año (25.000 euros en España” (p. 68). Puede ser razonable, pero tampoco me parece que exista alguna objeción moral que poner si, por ejemplo, la cantidad ascendiera a 30.000 o a 40.000 euros. O sea, a la hora de fijar una cantidad, en lo que habría que pensar no es en que pueda dar la apariencia (porque en realidad es una apariencia) de gratuidad, sino en si contribuye a evitar la explotación de la mujer gestante o a no convertir ese tipo de práctica en algo elitista, a lo que sólo pueda acceder la gente muy rica, capaz de pagar los precios del mercado. ¿ Me parece que los valores de “justicia” y de “autonomía” a los que apela Moreso (p. 68) se refieren precisamente a esto último, y no se ve que requieran para nada la gratuidad.

En el caso de Farnós, diría que es aun más claro que la “compensación” que ella defiende no implica necesariamente que la gestación por sustitución tenga que ser puramente gratuita. Refiriéndose a varios autores que tratan de determinar qué debería considerarse como “explotación”, como contrario a la “dignidad”, escribe (en tono aprobatorio) lo siguiente:

“Lo importante es constatar que la mujer accede a la GS de manera voluntaria. Lo que no equivale necesariamente a que deba actuar de forma ‘desinteresada’. No es el carácter remunerado lo que determina la ética del acuerdo, sino el que se garanticen los derechos de todos los intervinientes, en particular de la mujer gestante, que es la que suele tener menos capacidad negociadora en el mismo”¹⁸

¹⁷ La cifra se refiere al momento de la redacción del texto; ahora, como se sabe, es algo mayor.

¹⁸ Esther Farnós, “Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución”, en *Gestación por sustitución...*, cit, p. 166.

6.

Volvamos ahora, y para finalizar, a la sentencia del Tribunal Supremo de 2022. Como el lector recordará, los dos argumentos que el Tribunal esgrimía para casar la sentencia de la Audiencia y negar la inscripción era, en primer lugar, que la gestación por sustitución atentaba contra el orden público, porque era una institución contraria a la dignidad humana, y, en segundo lugar, y como consecuencia de ello, cierta forma de entender el interés superior del menor.

Pues bien, no creo que se necesite decir nada más para justificar que la gestación por sustitución, en sí misma considerada, no es contraria a la dignidad humana. Es cierto, sin embargo, que, en el caso que resolvió el Tribunal Supremo, algunas de las cláusulas del contrato realizado sí que pueden considerarse abusivas e incompatibles con la dignidad de la mujer gestante. Pero no parece que pueda trazarse ninguna conexión entre esa circunstancia y la cuestión ahí resuelta; o sea, la no inscripción del niño en el Registro no puede contribuir en nada a la protección de la dignidad de la mujer y, obviamente, carecería completamente de sentido en este caso pretender que la filiación tuviera que establecerse por el parto (aplicar la ley española). Así lo entendió también el Tribunal Supremo, y de ahí que lo que vino a sugerir fue simplemente que se acudiera a la vía de la adopción, o sea, no negarse a que el niño fuera a ser inscrito en algún momento como hijo de la mujer con la que convivía desde hacía años, sino, simplemente, dificultar ese proceso. ¿Pero para qué?

Pues en parte, como resulta del segundo de los argumentos, para poder interpretar el principio del interés prevalente del menor de la manera que hemos visto y que, en mi opinión, carece de justificación. Y no la tiene porque, al efectuar la ponderación correspondiente, lo que se opone al principio del interés del menor no es ningún derecho fundamental, ni de la mujer gestante ni de los niños en general, y ni siquiera el principio de seguridad jurídica, puesto que el art. 10 de la ley de reproducción humana asistida, como antes decía, resulta, simplemente, de imposible aplicación: ni cabe declarar el contrato nulo de pleno Derecho ni se puede establecer tampoco que la madre del niño sea la mujer gestante.

Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 4 de octubre de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022