

FRANCISCO MANUEL GARCÍA COSTA

PROBLEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

SUMARIO: 1. Determinaciones previas. 2. La maternidad subrogada como reto del Derecho constitucional. 3. Breve apunte sobre la problemática constitucional de la maternidad subrogada en el Derecho español. 4. Bibliografía.

1. El problematismo de la denominada maternidad subrogada comienza con su propia denominación. Han sido numerosas las etiquetas terminológicas utilizadas al efecto: desde la de «vientre de alquiler» hasta las de «maternidad portadora» o «maternidad de encargo», pasando por la de «gestación por sustitución», la cual fue acogida en el Derecho español por el artículo 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

Esta variedad terminológica, como se ha apuntado, trasluce la existencia de numerosas cuestiones problemáticas de naturaleza médica, sociológica, ética y jurídica que alcanzan, incluso, a la propia determinación de la realidad analizada. En este sentido, cabe cabalmente reconducir qué sea o en qué consista la maternidad subrogada a los términos delimitados de una definición afirmando, con Joan Cerdà Subirachs, que es «en sentido amplio, el supuesto de reproducción asistida en el que una mujer, por contrato, acepta gestar y entregar el producto de dicha gestación con el objeto de que los contratantes establezcan un vínculo jurídico de filiación con el neonato».¹

En la misma línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre, realiza una definición de la llamada gestación por sustitución según la cual «consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos».

1 J. CERDÀ SUBIRACHS, *La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de la DGRN*, *Diario La Ley*, n. 4893, 2011, 1.

Tanto la definición doctrinal antes señalada como la realizada por la SAP de Valencia resultan operativas para acoger en su seno las diferentes formas de la maternidad subrogada que, en apretada síntesis, serían las siguientes:

a) La primera de ellas comparece como el supuesto genuino para los profesores Martínez-Pereda Rodríguez y Massigoge Benegui, autores de una de las primeras monografías sobre esta temática en el ordenamiento jurídico español. En sus palabras, tal genuino supuesto «es el de la portadora a quien se implante un embrión de un huevo fecundado en vivo o *in vitro*»².

b) La segunda de ellas es aquella en la que la portadora, siguiendo a Hernández Ramírez y a Fernández Figueroa, «es inseminada aportando sus propios óvulos, y después de la gestación y el parto entrega el hijo al padre biológico, renunciando a todos sus derechos, y admite la adopción de la pareja»³. Según estos autores, este segundo supuesto cabe ser considerado como de subrogación total, a diferencia del anterior, que consideran como de subrogación parcial.

c) La tercera forma de maternidad subrogada o gestación por sustitución consiste, siguiendo en este punto a J. Martín Camacho, en la «elección de la subrogación por parte de los varones gays como forma de acceder a la paternidad, ya sea que estén en pareja o solteros, quienes contactan con una mujer gestante y pueden utilizar el óvulo de ella o de una tercera persona y el semen de uno de ellos o, si son pareja, de ambos combinados»⁴.

En las modalidades anteriores son tres las partes involucradas en la maternidad subrogada, es decir, son tres las partes del contrato de gestación por sustitución: la gestante; los contratantes que desean establecer el vínculo de filiación; el padre o madre genéticos, que pueden no coincidir con ninguna de las partes anteriores. En el caso de coincidir, estaríamos en la segunda de las modalidades referidas; en caso contrario, en la primera y en la tercera.

Así entendida la realidad de la gestación por sustitución, la misma ha sido regulada en diferentes ordenamientos jurídicos, los cuales pueden clasificarse convencionalmente en tres categorías en función de si consideran

2 M. P. RODRÍGUEZ, J.M. MASSIGOGUE BENEGUI, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Madrid, 1994, 68.

3 A. HERNÁNDEZ RAMÍREZ, J.L. FERNÁNDEZ FIGUEROA, *Ley de maternidad subrogada del distrito federal*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, Año XLIV, n. 132, 2011, 1341.

4 J. MARTÍN CAMACHO, *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable*, Versión *on line* en <http://www.gestacionsubrogadaenespana.es>, última consulta efectuada el 15/10/2014.

el contrato de gestación por sustitución (i) nulo de pleno derecho; (ii) válido en todo caso; o, como síntesis mediadora, (iii) válido únicamente con el cumplimiento de ciertos requisitos.

(i) En el primer supuesto, que es el mayoritario, nos encontramos Estados tales como Italia, Francia, Alemania, Suecia o Austria en los que la maternidad subrogada es declarada una práctica ilícita. Al respecto debe señalarse el supuesto que representa Suiza, en el que la prohibición de la gestación por sustitución no se ha recogido en la legislación ordinaria, sino que se ha incluido de manera expresa en la propia Constitución. En este sentido, el artículo 119 de la Constitución Federal de la Confederación Suiza de 18 de abril de 1999 establece en la letra d) de su inciso 2º, bajo la rúbrica de «Medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano», la prohibición de la gestación por sustitución en los siguientes términos: «La Confederación aprueba disposiciones en materia de utilización del patrimonio germinal y genético humano. En este ámbito protege la dignidad humana, la personalidad y la familia, respetando, en particular, los siguientes principios: [...] la donación de embriones y cualquier otra forma de maternidad subrogada son inadmisibles».

España forma parte de esta categoría de Estados, dado que el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida establece en su primer inciso que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero», de modo que en todo caso la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (inciso 2º), quedando, asimismo, a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (inciso 3º).

(ii) En la segunda categoría se incluyen Estados como Georgia, Ucrania, India, Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos de América como California o el Estado de Tabasco de los Estados Unidos Mexicanos⁵.

(iii) Por su parte, forman parte de la tercera categoría de las anteriormente señaladas el Reino Unido, Canadá, Grecia, Israel, Brasil, Nueva Zelanda y algunos Estados de México (así, el Distrito Federal) y de

5 Estos son los países que recoge E. Lamm como los únicos que, en la hora actual, recogen una «admisión amplia» de la maternidad subrogada, E. LAMM, *Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*, Indret. Revista para el análisis del Derecho, n. 3/2012, 17. Con anterioridad, uno de los estudio más completos de Derecho comparado en esta materia, concretamente de 2004, se contenía en S. MARKENS, *Surrogate Motherhood and the politics of reproductions*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 2007.

Australia (así, Australia Meridional y Australia Occidental). Todos estos Estados declaran válidos el contrato de gestación por sustitución, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. En función de cuáles sean estas condiciones, existirán tantas subclasificaciones como prácticamente criterios se recojan en cada una de las respectivas legislaciones. No obstante ello, E. LAMM distingue, dentro de esta tercera variante, dos subcategorías en función de si concurre o no un «proceso de pre-aprobación de los acuerdos de gestación por sustitución», subcriterio que nos parece adecuado⁶.

Una vez realizadas las anteriores determinaciones previas atinentes a la variedad terminológica propia de la maternidad subrogada, a su concepto, a sus supuestos típicos y a las tendencias actuales en su regulación, consideramos oportuno que nuestra exposición se adentre en la consideración de la maternidad subrogada (i) como reto del Derecho constitucional y (ii) en su problemática constitucional específica en el Derecho español.

2. Antes de analizar críticamente los retos que la maternidad subrogada presenta al Derecho constitucional, es conveniente realizar una serie de consideraciones previas en torno a qué sea o en qué consista un reto para el Derecho constitucional. Para responder con garantías de éxito a esta pregunta, hemos de partir de la consideración de que la función del Derecho constitucional, en cuanto técnica de la libertad⁷, es la de intervenir en aquellos ámbitos en los que el poder político haya devenido inmune, garantizando «libertades negativas», así como la de transformar la sociedad en aquellos ámbitos en los que esta sea necesaria en garantía del progreso y conservación de la sociedad, promoviendo, pues, «libertades positivas». Si el Derecho constitucional, en cuanto técnica de la libertad, ha de intervenir para limitar al poder político (libertades negativas) y para transformar la sociedad (libertades positivas), parte de los numerosos desafíos del Derecho constitucional en la actualidad, en tanto en cuanto en ellos ha de inter-

6 E. LAMM, *op.cit.*, 12-16.

7 El Derecho constitucional, como disciplina científica elaborada sobre estos presupuestos ideológicos y jurídicos, ha sido concebido desde sus orígenes como la «técnica de la libertad», tal y como se recoge en el primer tratado español de Derecho constitucional, las *Lecciones de Derecho público constitucional para las escuelas de España* escritas por Ramón de Salas y Cortés, en el que el Derecho constitucional ya entonces se definía como la Ciencia «de la libertad», R. SALAS, *Lecciones de Derecho público constitucional, para las escuelas de España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, 158.

venir el Derecho constitucional para evitar que el poder devenga inmune, vienen siendo necesariamente arrastrados desde el siglo XIX, precisamente por no haber encontrado durante las pasadas centurias una respuesta satisfactoria. Nos referimos a cuestiones de profundo alcance y calado como la clarificación del propio concepto de Constitución; la adaptación de la alta teoría de la representación política y del funcionamiento de los poderes del Estado al actual Estado de partidos; o el desarrollo de una teoría de la Monarquía adecuada a las circunstancias actuales.

Junto con estos retos, existen otros propios del nuevo cometido del Derecho constitucional como técnica de la «libertad positiva», que se le presentan al Derecho constitucional en la actualidad, precisamente porque han surgido en el siglo XXI, siendo, pues, *genuinos* de este siglo XXI. Nos referimos a la incorporación de las víctimas de infracciones penales a las Constituciones; a la exigibilidad de los derechos sociales; al establecimiento de nuevas garantías de los derechos fundamentales y de las libertades públicas; al desarrollo de nuevas formas de descentralización territorial del poder que no conculquen real y efectivamente la igualdad constitutiva de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones; al gobierno de Internet; o, en fin, a la incorporación de las técnicas de democracia electrónica en los Estados representativos.

Siendo lo anterior esencialmente cierto, en el siglo XXI comparece como uno de los retos esenciales del Derecho constitucional la investigación biomédica y sus consecuencias, entre las que se incluye la maternidad subrogada cuya emergencia ha supuesto, incluso, la superación del paradigma secular expresado en el brocardo *mater semper certa est* que ha comparecido como inmutable durante toda la historia de la humanidad hasta momentos relativamente recientes (el primer acuerdo de maternidad subrogada, firmado en Michigan, data de 1976)⁸. La maternidad subrogada, a diferencia de las cuestiones que hemos comentado con anterioridad que, en su mayoría, o son retos del siglo XIX todavía no resueltos o son retos actuales, plantea al Derecho constitucional desafíos que serían propios tanto del siglo XIX como del actual siglo XXI.

Efectivamente, de las diferentes cuestiones que plantea la maternidad subrogada al Derecho constitucional⁹, y dejando las relativas a la filiación

8 V., al respecto, J. LÓPEZ GUZMÁN, À APARISI MURALLS, *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, Cuadernos de Bioética, Vol. XXIII, n. 2, 2012, 257.

9 Muchos de los retos de la maternidad subrogada hacen referencia a cuestiones tan trascendentales como las siguientes, que ya señalaba la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida en los

que siempre presentan un innegable interés público, la prohibición de la maternidad subrogada por parte del poder político puede suponer una injerencia injustificada de este en la libertad personal de los ciudadanos y, consiguientemente, una esfera en la que aquel ha devenido inmune. Asimismo, tal prohibición puede significar que los poderes públicos han abdicado de su función transformadora de la realidad social, precisamente en un ámbito en el que tal actividad resultase necesaria en garantía del progreso y perfeccionamiento de la sociedad. El Derecho constitucional, pues, debe dar una respuesta normativa a los retos que plantea la maternidad subrogada desde su condición de técnica de la libertad, garantizando «libertades negativas» y promoviendo «libertades positivas».

De la importancia de la maternidad subrogada para el Derecho constitucional no solo da cuenta la circunstancia de que esta sea objeto de especulación científica por parte de la doctrina constitucionalista¹⁰, sino también, y principalmente, el dato de que las Constituciones modernas han incorporado entre sus contenidos la regulación de la maternidad subrogada, como así sucede en la Constitución Federal de la Confederación Suiza, tal como hemos apuntado anteriormente.

3. Como hemos avanzado anteriormente, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución, reproduciendo en sus propios términos los del artículo 10 de la Ley 35/1988,

siguientes términos: «En esta Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de reproducción asistida, en nuestra nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del derecho de familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no solo en nuestra nación, como lo aprueban las informaciones foráneas. No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente».

10 Sobre la evolución de la preocupación doctrinal sobre la maternidad subrogada en Estados Unidos, *vid.*, al respecto, S. MARKENS, *op.cit.*, 20 ss.

de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Ya entonces la doctrina científica se cuestionaba la necesidad de incluir en la ley de 1988 un precepto que explicitase de manera directa la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, habida cuenta de que tal nulidad podía perfectamente predicarse de los artículos del Código civil que regulan los requisitos esenciales para la validez de los contratos, concretamente de los artículos 1271 y 1275, en tanto en cuanto la causa del contrato de gestación sería ilícita al oponerse a la moral (art. 1275) y su objeto, asimismo, sería nulo dado que cabría reputar su objeto -la capacidad generativa- como fuera del comercio de los hombres y, en todo caso, contrario a las buenas costumbres (art. 1271).

No obstante ello, tanto la ley de reproducción asistida de 1988 como la posterior de 2006 han declarado expresamente la ilicitud de la maternidad subrogada, lo que es consecuencia de la necesidad de explicitar una respuesta a la aparición de esta nueva realidad con la que se solventara el eventual debate que podría suscitarse en torno a la ilicitud de la causa y del objeto del contrato de gestación por sustitución. Tal prohibición expresa da cuenta, pues, de la necesidad de regular específicamente una realidad social que se presentaba por primera vez y, consiguientemente, con el carácter de *ius novum*.

Es evidente que la prohibición de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico presenta una innegable trascendencia constitucional que ha de ser analizada en los términos que han quedado señalados, con carácter general, en el punto anterior. Coherentemente con los planteamientos allí contenidos, la constitucionalidad de la declaración de nulidad del contrato de gestación por sustitución contenida en el artículo 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida no sería conforme con la Constitución: (i) si la misma conculcase el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española -en adelante, C.E.-); o si tal declaración de nulidad (ii) impidiese a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra fueran reales y efectivas (art 9.2 C.E.) o la protección social, jurídica y económica de la familia (art.39 C.E.).

En nuestra opinión, la prohibición de la gestación por sustitución del artículo 10.1 de la Ley 35/1988 no constituye una injerencia injustificada de los poderes públicos en la libertad personal de los ciudadanos ni desvía a aquellos de la tarea transformadora de la sociedad propia del Estado social, pues tal prohibición encuentra anclaje constitucional en los siguientes preceptos:

a) En la dignidad humana consagrada en el artículo 10.1 C.E. como fundamento del orden político y de la paz social, que no ha de ser entendida en sentido religioso, ni ontológico, ni ético, sino en su dimensión jurídico-positiva, como «factor de estima dimanante de un comportamiento positivamente valioso [...]; y, en ciertas concreciones normativas, apreciación de una situación subjetiva, que merece específica tutela o, por contraste, reacción punitiva»¹¹. Si la dignidad humana consiste en concebir a los seres humanos como fines en sí mismo y no como instrumentos, la gestación por subrogación implica la reificación de la gestante, especialmente la de aquellas que, por razones socio-económicas, se podrían hallar privadas de plenas capacidades intelectivas y/o volitivas en el proceso de formación de su voluntad.

b) En el derecho a la integridad física y moral de la gestante, así como en la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 15 C.E.).

c) En el mandato al legislador consistente en posibilitar la investigación de la paternidad, entendiéndose por tal tanto la de la paternidad como la de la maternidad (art. 39.2 *in fine* C. E.), mandato con el cual se actúan las exigencias de la protección del interés supremo del menor en una doble dirección: de un lado, para facilitarle «cuantitativa y cualitativamente el mecanismo de la efectiva prestación de asistencia»¹²; de otro, para que pueda conocer su origen biológico y establecer las correspondientes relaciones jurídicas de filiación. Este derecho del menor a conocer y establecer su filiación ha sido recogido, asimismo, en el artículo 7.1 de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 en los siguientes términos: «el niño [...] tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos».

11 J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, I. RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, *Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona*, en O. ALZAGA VILLAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II, Madrid, 68.

12 F. GÁLVEZ MONTES, *Capítulo III. De los principios rectores de la política social y económica*, en F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, 855.

4.

- F. GÁLVEZ MONTES, *Capítulo III. De los principios rectores de la política social y económica*, en F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001.
- A. HERNÁNDEZ RAMÍREZ, J.L. FERNÁNDEZ FIGUEROA, *Ley de maternidad subrogada del distrito federal*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, Año XLIV, Núm. 132, septiembre-diciembre de 2011.
- E. LAMM, *Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, Núm. 3/2012.
- J. LÒPEZ GUZMÀN, Á. APARISI MIRALLES, *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*, *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXIII, Núm. 2, 2012.
- S. MARKENS, *Surrogate Motherhood and the politics of reproductions*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 2007.
- J.M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. MASSIGOGUE BENEGIU, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994.
- J. RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉZ, I. RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, *Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona*, en O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo II, Cortes Generales-EDERSA, Madrid.
- R. SALAS, *Lecciones de Derecho público constitucional, para las escuelas de España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982.