



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

BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES

La dignidad de la mujer como argumento jurídico relevante en la Sentencia del Tribunal Supremo español 277 /2022, de 31 de marzo de 2022, sobre filiación en la gestación subrogada

La dignitat de la dona com a argument jurídic rellevant en la Sentència del Tribunal Suprem espanyol 277 /2022, de 31 de març de 2022, sobre filiació en la gestació subrogada

The dignity of women as a relevant legal argument in Spanish Supreme Court Ruling 277/2022, 31 March 2022, on filiation in surrogacy

MARÍA LUISA MARÍN CASTÁN *

* María Luisa Marín Castán. Profesora titular de Filosofía del Derecho, Universidad Complutense de Madrid (España). E-mail: mlmarincastan@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-7120-1078>.



Copyright (c) 2023 María Luisa Marín Castán
Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

Resumen

Este comentario se centra en analizar uno de los aspectos relevantes de la reciente sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, el 31 de marzo de 2022. La decisión jurisdiccional, aunque tiene por objeto la determinación de la filiación, se pronuncia sobre la polémica cuestión que se sitúa claramente en el ámbito de la Bioética y que está siendo, ya desde hace algún tiempo, objeto de un intenso debate social, político y jurídico, cual es la maternidad subrogada y su incidencia en la dignidad de la mujer, como cualidad intrínseca inherente a sus derechos más básicos y fundamentales. En este supuesto, el Tribunal Supremo, de manera rotunda, considera que se produce una vulneración flagrante de la dignidad de la mujer gestante y de sus derechos inviolables. Tras examinar el significado del principio esencial de la dignidad humana, se concluye que dicha cualidad es innegociable e inalienable y, por tanto, no es susceptible de resignificación que la menoscabe o menosprecie en ningún caso, en ninguna otra cultura ni en ningún otro contexto.

Palabras clave: bioética; maternidad subrogada; dignidad de la mujer; derechos humanos; explotación; discriminación; inviolabilidad; irrenunciabilidad; resignificación del principio de dignidad.

Resum

Aquest comentari se centra a analitzar un dels aspectes rellevants de la recent sentència dictada pel Ple de la Sala Civil del Tribunal Suprem espanyol, el 31 de març de 2022. La decisió jurisdiccional, encara que té per objecte la determinació de la filiació, es pronuncia sobre la polèmica qüestió que se situa clarament a l'àmbit de la Bioètica i que està sent, ja des de fa algun temps, objecte d'un intens debat social, polític i jurídic, quina és la maternitat subrogada i la seva incidència en la dignitat de la dona, com a qualitat intrínseca inherent als seus drets més bàsics i fonamentals. En aquest cas, el Tribunal Suprem, de manera rotunda, considera que es produeix una vulneració flagrant de la dignitat de la dona gestant i dels seus drets inviolables. Després d'examinar el significat del principi essencial de la dignitat humana, es conclou que aquesta qualitat és innegociable i inalienable i, per tant, no és susceptible de resignificació que la menyscabi o menyspreï en cap cas, en cap altra cultura ni en cap altre context.

Paraules clau: bioètica; maternitat subrogada; dignitat de la dona; drets humans; explotació; discriminació; inviolabilitat; irrenunciabilitat; resignificació del principi de dignitat.

Abstract

This commentary focuses on analyzing one of the relevant aspects of the recent decision handed down by the Plenary of the Civil Chamber of the Spanish Supreme Court on March 31, 2022. The jurisdictional decision, although its purpose is to determine parentage, pronounces on the controversial issue that is clearly located in the field of Bioethics and which has been, for some time now, the subject of an intense social, political and legal debate, which is surrogate motherhood and its impact on the dignity of women, as an intrinsic quality inherent to their most basic and fundamental rights. In this case, the Spanish Supreme Court categorically considers that there is a flagrant violation of the dignity of pregnant women and their inviolable rights. After examining the meaning of the essential principle of human dignity, it is concluded that said quality is non-negotiable and inalienable and, therefore, it is not susceptible to resignification that undermines or belittles it in any case, in any other culture, or in any other context.

Keywords: bioethics; surrogate motherhood; women's dignity; human rights; exploitation; discrimination; inviolability; inalienability; redefinition of the principle of dignity.

1. Introducción

El presente comentario versa sobre un aspecto relevante de la reciente sentencia dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo el 31 de marzo de 2022, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 1 de diciembre de 2020, de la Audiencia Provincial de Madrid. Dicha decisión jurisdiccional, aunque se centra en la determinación de la filiación, se pronuncia sobre la polémica cuestión que se sitúa claramente en el ámbito de la Bioética y que está siendo, ya desde hace algún tiempo, objeto de un intenso debate social, político y jurídico, cual es la maternidad subrogada y su incidencia en la dignidad de la mujer, como cualidad intrínseca inherente a sus derechos más básicos y fundamentales.

La sentencia objeto de comentario es muy crítica y se pronuncia categóricamente contra la práctica de la maternidad subrogada, subrayando el dato de que tanto la ponderación del interés superior del menor como la explotación de la mujer resultan inaceptables. Se expresa con suma dureza sobre los términos de los contratos de subrogación, poniendo uno de los principales focos de atención en la situación de precariedad y pobreza que atraviesa la mayoría de las mujeres que han decidido someter su cuerpo a un proceso de gestación para terceros.

Conforme al ordenamiento jurídico español, este tipo de contratos es nulo por vicio del consentimiento al tener un objeto ilícito y, en consecuencia, se declara manifiestamente su no conformidad con la ley el obtener un bebé biológico mediante gestación subrogada. El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) se ha pronunciado en alguna otra ocasión, de forma clara y contundente, sobre esta cuestión y cualquier contrato al respecto lo ha declarado nulo de pleno derecho.

En el supuesto presente se realizan unas consideraciones muy relevantes acerca de la vulneración de la dignidad humana. Se declara que los contratos de gestación por sustitución, tal y como ocurre en otros estados de nuestro entorno, vulneran los derechos fundamentales que se corresponden a los bienes jurídicos más preciados, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios a nuestro orden público. La gestación subrogada comercial vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantiliza la gestación y la filiación y cosifica a la madre gestante y al niño, al permitir a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza.

Mi aportación, realizada desde la perspectiva filosófico-jurídica, se va a circunscribir al análisis del fundamento jurídico tercero de la sentencia donde se señala que la gestación por sustitución comercial conculca gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los Convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte. Al margen de otras cuestiones importantes sin duda e íntimamente relacionadas con el

tema que me ocupa —como son los derechos del niño y demás personas implicadas o, en otro orden de cosas, el problema de la aplicación de la excepción del orden público español internacional— me centraré en examinar r exclusivamente la cuestión de la vulneración, de manera muy significativa, de los derechos inherentes a la dignidad de la madre gestante, habida cuenta que nuestra Constitución, en su artículo 10. 1, atribuye a la dignidad humana y los derechos humanos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad, la condición de fundamento del orden político y de la paz social.

2. Objeto del litigio y antecedentes de hecho

La pretensión con la que da comienzo el proceso en instancia es una demanda de declaración de paternidad con posesión de estado respecto de una mujer que había celebrado un contrato de gestación subrogada en México y se había traído de allí un niño, que era hijo suyo para el derecho mexicano pese a la inexistencia de vínculo genético o biológico alguno con él.

La mujer española recurrió, a través de una agencia intermediaria, a la gestación por sustitución en el Estado mexicano de Tabasco, donde se permite legalmente este tipo de práctica¹. La comitente era la madre legal del bebé de acuerdo con la legislación mexicana. Tras su nacimiento éste fue trasladado a España y convivió con su madre y sus abuelos durante dos años. Una vez transcurrido este periodo de tiempo, el abuelo del niño presentó demanda para que se declarara que su hija era la madre del menor y se ordenara la inscripción en el Registro Civil correspondiente, alegando que venía ejerciendo de modo real y efectivo los deberes inherentes a la maternidad, cuidándolo y atendiéndolo de acuerdo con sus necesidades, y que tenía la consideración de madre legal de acuerdo a la legislación mexicana. Se citaban al respecto, como fundamentos jurídicos, el artículo 131 del Código Civil, el artículo 10 de la Ley 14/ 2016, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida —que entiende que no es aplicable a los nacionales españoles que lleven a cabo técnicas de reproducción asistida en Estados en los cuales éstas sean legales—, la jurisprudencia de la Sala en relación con la posesión de estado y el interés superior del menor, y el artículo 154 del Código Civil. Con la demanda se aportaba el contrato suscrito entre la comitente y la madre gestante, lo que iba a suponer un inestimable elemento probatorio para proceder a la resolución del caso.

¹ Sobre la regulación y la problemática de la maternidad subrogada en México, vid. Dobernig, M. “La maternidad subrogada en México” *Revista de Bioética y Derecho*. Dossier gestación por sustitución con ocasión de la nueva sentencia del Tribunal Supremo español de 31 de marzo de 2022 *Revista de Bioética y Derecho*. nº 56,2022, pp. 76-92.

El Juzgado número 77 de Primera instancia de Madrid desestimó la demanda, alegando fundamentalmente que el principio del interés superior del menor no podía utilizarse para contravenir la ley que impedía el reconocimiento de la filiación en esos casos. Se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que revocó la resolución impugnada y estimó el recurso, porque al no ser viables en ese supuesto ninguno de los remedios previstos por la legislación vigente, ha de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandante.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que estimó el mismo, aduciendo fundamentalmente dos razones: la primera que el concepto de gestación por sustitución es contrario al orden público español, para lo cual esgrimía varios razonamientos, como son el precedente establecido en la Sentencia (de Pleno) nº 835, de 6 de febrero 2014, donde se invocaban los bienes jurídicos tomados en consideración, tales como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor en los términos previstos en nuestro ordenamiento jurídico ; la prohibición de venta de niños que contempla la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas (artículo 1 de su Protocolo Facultativo); 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 había suscrito la mujer gestante en el caso de autos. La segunda razón es que el interés superior del menor debe interpretarse a la luz de los otros valores y principios constitucionales, lo que lleva al Tribunal a rechazar la inscripción en el Registro Civil y a sugerir que la vía adecuada en este caso sería la adopción. Se indica que esta solución satisface el interés superior del menor, valorándolo *in concreto* como exige el Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de abril de 2019, que se refiere a varias sentencias emitidas por dicho Tribunal, en el sentido de que el no reconocimiento de la filiación entre los padres comitentes y los hijos podría afectar al derecho a la vida privada y a la intimidad 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 de la gestación subrogada comercial².

Aunque la demanda plantea la determinación de la filiación por una autoridad española y no centra sus pretensiones en el contrato de gestación, de las cláusulas de éste deriva un tratamiento de las personas, concretamente de la madre gestante, manifiestamente contrario a su dignidad.

² Fundamento jurídico cuarto (apartado 14).

3. Sobre los términos del contrato de gestación por sustitución

Ante todo, ha de ponerse de relieve que resulta altamente satisfactorio comprobar que el más alto Tribunal en el ámbito jurisdiccional ha reproducido literalmente una parte del contrato de gestación por sustitución suscrito entre las partes y que se aportó, en su día, a los autos. Ello resulta bastante excepcional dado que rara vez trasciende este tipo de documentos; lo cual permite conocer fielmente el contenido del mismo e identificar claramente aquellas cláusulas que, en el aspecto concreto del caso que examinamos, vulneran derechos fundamentales.

Se señala en la Sentencia objeto de comentario que “tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a dicha dignidad. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia, antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual”.

En el contrato se especifica que la gestante se compromete a “tantas transferencias embrionarias como sean necesarias”, a “llevar a cabo hasta la transferencia de tres embriones por cada ciclo de reproducción asistida”, “tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo”. Afirma la resolución judicial que “la madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica” estableciéndose en el contrato que la gestante sustituta, mediante la firma del mismo, “renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre”, “la gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo, la futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño”. Por tanto, se contemplan en el contrato incluso cuestiones tales como la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, el cómo será el parto (por cesárea, “salvo que el médico tratante recomiende un parto vaginal”), se determina lo que pueda comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia, de modo más intenso según avanza el embarazo, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, hasta recluirla en una concreta localidad distinta de la de su residencia en la última fase del embarazo. Además, la madre gestante se obliga “a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre” Finalmente, como se pone de manifiesto en la sentencia, “se atribuye a la comitente la decisión

sobre si la madre gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal”.

Como se desprende de dichos enunciados, las cláusulas contractuales vienen referidas al procedimiento de fertilización *in vitro*, durante el embarazo y con posterioridad al nacimiento del niño³. Así pues, antes de iniciar la fertilización *in vitro* la gestante será sometida a evaluaciones físicas y psicológicas no solo según criterio médico, sino según criterios de la futura madre puesto que el contrato dispone que la gestante se someterá a exámenes médicos, análisis de sangre y otras pruebas psicológicas que determine la primera para que el médico decida si la gestante sustituta es apta para este procedimiento. Por su parte la gestante renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evalúan compartir dichos resultados con la futura madre. La gestante sustituta se prestará a todas las pruebas médica prescritas por el médico, sin limitaciones, incluyendo ultrasonidos y pruebas frecuentes de sangre. Además, durante el proceso de fertilización la gestante no recibe compensación alguna si esta no quedase embarazada, aunque la futura madre pagará todos los honorarios generados por dicho procedimiento.

Durante el embarazo el referido contrato establece las conductas a seguir y aquellas a evitar por parte de la gestante sustituta. En virtud de sus cláusulas, la gestante contrae la obligación de seguir las instrucciones y recomendaciones médicas a rajatabla. Así pues, aparte de las indicaciones propias de cualquier embarazo, en este concreto caso la madre gestante se obliga a someterse a pruebas al azar, sin aviso previo, de detección de alcohol o tabaco a petición de la futura madre o por recomendación del médico, a que la futura madre sea la que hable directamente con el facultativo de las cuestiones relacionadas con la salud del feto y a que pueda estar presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo. Además, se compromete a no poder salir del país durante la vigencia del contrato y, a partir de la confirmación del embarazo, tampoco podrá salir de la ciudad donde resida ni realizar un cambio de domicilio salvo que tenga un permiso por escrito de la futura madre, debiéndosele informar de la dirección del hospedaje y del itinerario del viaje; a partir de la 30 semanas de gestación la gestante sustituta no podrá alejarse más de 50 millas del hospital elegido para el nacimiento del niño, salvo autorización de la futura madre. A solicitud del médico o de la futura madre la gestante sustituta deberá someterse a pruebas de diagnóstico prenatal y de diagnóstico de amniocentesis y, por si fuera poco, en caso de que la gestante sustituta sufriera una enfermedad potencialmente mortal (por

³ Sigo en este punto el minucioso y pormenorizado análisis de Navarro-Michel, M. “La filiación derivada de por sustitución la gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales”, *Rev. Bio y Der.* n.º 56, *op. cit.*, pp. 17-22.

ejemplo, muerte cerebral) la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital con el objetivo de salvar al feto, hasta que el médico determine que está listo para su nacimiento.

Se incluye en el contrato alguna referencia de interrupción del embarazo en el sentido de determinar que “la futura madre no podrá cancelar el embarazo excepto para preservar la vida de la gestante sustituta; que la futura madre y la gestante sustituta están de acuerdo en no seleccionar el número de fetos en el caso de un embarazo múltiple y que la gestante sustituta está de acuerdo en que solo se someterá a un aborto cuando un médico tratante o un especialista determine con un certificado por escrito que la vida o la salud de la gestante está en peligro. La gestante sustituta se compromete a informar a la futura madre antes de un aborto”.

Como se especifica en las cláusulas contractuales, la obligación de la futura madre consiste en el pago de cantidades diversas, relacionadas con los gastos médicos y otros que se deriven del mismo. Respecto a la compensación a la madre gestante, se le deben abonar 6.000 dólares a pagar en 6 cuotas de 1.000 dólares al mes, comenzando a partir del tercer mes, una vez confirmado el embarazo. Sin embargo, del tenor de las cláusulas, parece que dicha compensación solo juega en el caso de un embarazo múltiple.

En cuanto a las obligaciones que contrae la gestante en el parto y después del mismo, esta deberá informar de modo inmediato a la futura madre y el nacimiento tendrá lugar en el hospital seleccionado previamente por la última, salvo caso de emergencia. La futura madre podrá estar presente en el momento de nacimiento del niño y la gestante acepta someterse a una cesárea, salvo indicación contraria del médico. El niño será entregado a la futura madre “inmediatamente después del parto” y es esta la que elige el nombre del mismo, debiendo autorizar la gestante al hospital para que le pongan los apellidos de esta última y a que el hospital entregue al menor a dicha futura madre en el momento de darle el alta médica. La gestante renuncia también a tomar decisiones médicas por el niño después de su nacimiento.

La futura madre será responsable del niño que nazca en virtud del contrato, sea sano o no, y no puede revocar su consentimiento (“no puede cancelar el embarazo excepto para preservar la vida de la gestante sustituta”). Después del nacimiento, será su madre legal, aunque el niño tenga “deficiencias físicas, psíquicas, neurológicas” o de cualquier otra índole.

Se produce una asunción de riesgos por parte de la gestante que ha recibido información oportuna sobre ellos con liberación de responsabilidad civil y penal a la futura madre en caso de daños causados por la gestación. De los términos del contrato se desprende que la gestante asume también el deber de estar informada de esos riesgos, pero no existe un correlativo deber de informar, que no figura en el contrato. Puede que se haya concertado un seguro en favor de la

gestante en caso de daños, dada la rúbrica de una de las cláusulas (compensación, reembolso, seguros y otros costos).

Por tales motivos, la sentencia hace referencia a la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015, en la que condena la práctica de la gestación por sustitución, por ser contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como materia prima y estima que debería ser prohibida⁴. A ello habría que añadir el hecho de que en 2016 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa rechazó elaborar recomendaciones sobre la gestación subrogada por entender que es incompatible con la dignidad de la mujer y del niño, y que constituye una violación de sus derechos fundamentales.

La sentencia afirma de manera contundente que “no es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos”⁵. Además, incluye unas duras palabras contra las agencias intermediadoras cuyo negocio es este tipo de prácticas, constatando cómo actúa en España sin traba alguna y mediante la publicidad (que es ilícita)⁶ y la organización de ferias en las que publicitan y promueven sus servicios. Con frecuencia se publican noticias sobre personas famosas que reconocen haber ido al extranjero para tener un hijo mediante gestación por sustitución “sin que las administraciones competentes para protección de menores adopten medida alguna para hacer efectiva esa protección”⁷.

Como se desprende de la lectura de las cláusulas contractuales, aparte de estar ante un contrato con objeto ilícito y, por tanto, nulo de pleno derecho —puesto que la gestación subrogada no está permitida ni regulada en nuestro país— encontramos un manifiesto contrato abusivo, en el que una de las partes obtiene, evidentemente, más ventajas que la otra, pese a que la cuantía económica de la prestación es elevada para el nivel de renta del país en el que se suscribe. Tal contrato, en cuanto a sus cláusulas se refiere, bien podría considerarse un contrato leonino, puesto que, precisamente, por razones económicas impulsadas por el estado de necesidad que se da en la gestante, la parte más vulnerable se ve compelida a aceptar dichas cláusulas exorbitantes, estipuladas por la otra parte contratante que es indudablemente más fuerte económicamente y que con ello obtiene ventajas exageradamente mayores. Tales cláusulas, tan

⁴ Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el mundo y la Política de la Unión Europea, 2014.

⁵ Fundamento jurídico tercero (apartado 8).

⁶ Conforme al art 3. a), de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, es ilícita “la publicidad que atente contra la dignidad de las personas o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución”.

⁷ Fundamento jurídico tercero (apartado 8).

desproporcionadamente lesivas, afectan a la integridad física, psíquica y moral de la parte más débil.

Aunque se afirme, por los partidarios de la gestación por sustitución, que la mujer —en virtud de su autonomía— es libre para hacer con su cuerpo lo que quiera y someterse a dicha práctica de gestar para otros, resulta claro que esta postura está sustentada sobre el “mito de la libre elección”, que no obedece a la realidad. En este planteamiento, la libertad procreativa se concebiría como una faceta de la genérica libertad humana reconocida constitucionalmente en los textos internacionales y en el constitucionalismo comparado. El principio de autonomía de la voluntad, expresado en el consentimiento del contrato suscrito entre las partes, aparece altamente potenciado y pensamos que, en cualquier caso, no debería ser el único principio tomado en consideración, ya que, por sí mismo, no legitima todas las conductas y, como es sabido, tiene unos límites. Ambos principios resultan claramente insuficientes e inoperantes si median circunstancias de desigualdad entre las partes, como ocurre en el presente supuesto y se producen en contextos de inequidad⁸.

El deseo legítimo de tener descendencia y formar una familia, por muy loable que sea, no es un derecho que pueda ejercitarse y satisfacerse de cualquier modo, mediante el pago de un precio y a costa de servirse de la vulnerabilidad de los más débiles que viene originada por las situaciones de desigualdad existentes. No toda relación humana puede ser absorbida por la dinámica del mercado. La gestación por sustitución no se puede considerar, en modo alguno, como una técnica de reproducción asistida más.

4. El cuerpo de la madre gestante como objeto de comercio: explotación y cosificación de la mujer, desigualdad y discriminación

Actualmente, en los países en los que la maternidad subrogada está permitida, se la viene a considerar un contrato entre las partes. Su contenido suele ser denominado “servicio gestacional”, de tal manera que el propio cuerpo de la madre, con todas sus implicaciones físicas, psíquicas y emocionales, es objeto de una transacción económica. A este respecto, el Código Civil español en su artículo 1271 establece en términos muy claros que “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras”. Dicha transacción no suele

⁸ Casado, M. y Navarro-Michel, M, (coords.) *Documento sobre gestación por sustitución*, Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2019, pp. 33 a 36.

estar muy bien retribuida y compensada—dependiendo de la especial vulnerabilidad de la mujer—y suele acarrear consecuencias físicas y psicológicas graves para la gestante. Tal práctica lucrativa, en sí misma, facilita la explotación de las mujeres, en especial si median circunstancias de necesidad económica. Estamos, por tanto, ante una forma de auto mercantilización de la función humana reproductiva.

Ciertamente, tal y como como se señala en el *Documento sobre gestación por sustitución* del Observatorio de Bioética y Derecho, el neoliberalismo exacerbado “potencia la apariencia de libre autodeterminación, afirmando que mientras haya consentimiento no hay explotación; pero lo cierto es que la posibilidad de elección individual viene determinada por la posición socioeconómica que se ocupa en la actual sociedad de mercado. La existencia de desigualdades genera situaciones de vulnerabilidad que el libre mercado explota. Por consiguiente, el Estado debe proteger a los más débiles impidiendo que se den las condiciones que dan lugar a la explotación. Puesto que en Europa se parte del principio de que el ser humano y sus partes no deben ser objeto de lucro y, dado que existe un mercado muy lucrativo en torno a la gestación por sustitución, consideramos que se deben tomar medidas para que ciertos aspectos de la vida reproductiva no se organicen como meras relaciones de comercio. Las dinámicas del mercado dan lugar a presiones económicas, sanitarias, psicológicas, emocionales, etc.... en torno a la gestación por sustitución que van en aumento y se intensifican con la globalización y con la reducción de los derechos de la ciudadanía a derechos de simple consumidores ligados indefectiblemente éstos al poder adquisitivo”⁹.

La realidad demuestra que las mujeres más pobres que viven en contextos patriarcales son las que se encuentran más expuestas a riesgos de explotación, por lo que el modo en el que se lleva a cabo la maternidad por subrogación en estos países nos permite hablar de un proceso de cosificación en detrimento de las madres gestantes, teniendo en cuenta las condiciones habituales de precariedad de su vida, su desesperación económica y las imposiciones que normalmente se les imponen en base a las cláusulas los contratos que suscriben. Para estas mujeres la cuantía económica a obtener resulta elevada, en función de su nivel de renta, por lo que hay que asegurar que “el producto final” revista la mayor calidad posible¹⁰. Ello implica la imposición de graves limitaciones a la libertad y al modo de vida de la madre gestante, como figura en el contrato que se aporta.

⁹ Casado, M. y Navarro-Michel, M *Documento sobre gestación op. cit.*,p. 33.

¹⁰ Aparisi Miralles, A. “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, nº XXVIII, 2017, pp. 171-172.

El mayor problema ético que suscita la gestación por sustitución —ha escrito recientemente M. C. Patrão— es la explotación de las mujeres gestantes, las más pobres y vulnerables que aceptan un embarazo en beneficio de otros mediante el pago de una cantidad de dinero que les abonan individuos económicamente más ricos y poderosos y que pueden permitírselo. De tal manera que se promueve así el turismo reproductivo, que está indudablemente vinculado al negocio al facilitar la explotación de mujeres nacionales o de mujeres de otras nacionalidades que pueden viajar a países donde la gestación por sustitución está permitida y regulada¹¹.

Como ya se deja constancia en el epígrafe anterior, donde se han consignado las manifiestamente abusivas cláusulas y exigencias contractuales suscritas por ambas partes, la especial vulnerabilidad de la mujer gestante resulta a todas luces más que evidente. A esta se le obliga, en principio, a entregar al niño que va a gestar y a renunciar a él y no solo antes del parto, sino incluso antes de la concepción. También se le impone despojarse de cualquier derecho derivado de su maternidad, así como a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual, ya que en el propio contrato de gestación subrogada se establecen “tantas transferencias embrionarias como sean necesarias”.

Otra cláusula deshumanizante y atentatoria contra la dignidad humana reside en la obligación que se le impone a la madre portadora a renunciar a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica que todo ser humano posee. En tal orden de cosas, la madre gestante tiene que aceptar que la futura madre o un representante de la agencia intermediaria esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo y contrae la obligación de someterse, sin previo aviso, a todo tipo de pruebas médicas; así como también se le restringe la libertad de movimientos y de residencia al prohibirle salir de su ciudad o cambiar de domicilio.

Pero, es más, el presente contrato de gestación por sustitución llega incluso a algo tan grave como a la posible vulneración del derecho a la vida de la propia madre gestante, quedando ésta en manos de la parte comitente. Como el propio Tribunal Supremo afirma con rotundidad estos contratos benefician “la lógica perversa de un mercado que tenga por objeto la gestación subrogada de niños en aquellos Estados en los que se otorga mayores prerrogativas a los comitentes y, correlativamente, se acentúe la vulneración de la autonomía personal, la integridad física moral y, en definitiva, la dignidad de la mujer gestante”¹².

¹¹ Patrão Neves, M. de C. “Legal Initiative for Gestational Surrogacy in Portugal: An Overview of the Legal Regulatory and Ethical Issues”, *Rev Bio y Der*, nº56, op. cit. pp. 56-74.

¹² Fundamento jurídico tercero (apartado11)

De lo anterior se deduce que no cabe la menor duda en considerar que la gestación por sustitución comercial es una práctica discriminatoria y contraria a la dignidad de la mujer gestante, ya que produce una instrumentalización o cosificación de ésta, al gestar para otros, reduciéndola a la función de mera vasija o incubadora. Esta práctica, deshumanizada y manipuladora, implica claramente la explotación de las funciones reproductivas —que residen en lo más íntimo de la mujer—y la utilización de su cuerpo con fines financieros o de otro tipo. El cuerpo de la mujer se muestra como un objeto que puede ser comprado mediante un contrato, utilizado la mayoría de las veces para cumplir el deseo de personas que actúan con ciertos privilegios y en condiciones de manifiesta superioridad.

La Sentencia confirma que la gestación por subrogación contraviene el ordenamiento jurídico español y que este tipo de contratos es manifiestamente nulo de pleno derecho. Así, el artículo 10 de la Ley 19 /2015, de Técnicas de Reproducción Humana de Asistida, prescribe en su apartado 1 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”. Y en su apartado 2, deja claro, que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. A este respecto, el Ministerio Fiscal, en su oposición al recurso interpuesto en segunda instancia, alegaría que dicho artículo integra el orden público internacional español, invocando los bienes jurídicos tomados en consideración por la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo (concretamente la Sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014) a saber, el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

La decisión que comentamos se apoya, además de en las previsiones legales y en la doctrina jurisprudencial del propio órgano jurisdiccional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en tres documentos altamente significativos, como son la Resolución 115 del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015 sobre el Informe Anual sobre los Derechos humanos y la Democracia en el mundo y la Política de la Unión Europea, donde se declara que de la Unión Europea “condena la práctica de la gestación por sustitución que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”. Asimismo, se hace referencia al informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de la Asamblea General de la ONU de 15 de enero de 2018 y al del Comité de Bioética de España que en su Informe de 2017 alude a la vulneración de la autonomía personal, la integridad física y moral y, en definitiva, la dignidad de

la mujer gestante que se produce a causa de la gestación comercial. “El deseo de una persona de tener un hijo —dice la sentencia— por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. Un contrato de gestación por sustitución entraña la explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede no puede aceptarse por principio”¹³.

Lo anterior resulta sumamente ilustrativo para permitirnos configurar el marco sociológico en el que se produce normalmente este tipo de prácticas. Es evidente que se da una clara asimetría económica, cultural, informativa y social entre la madre gestante y la comitente, así como también con relación a los intermediarios que organizan el servicio, lo que redundará en abusos en lo que se refiere a la información suministrada, exigencias y cláusulas impuestas, que son riesgos incrementados de explotación. En los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, la vulneración de los derechos de la mujer gestante y del niño es notoria, debido a la explotación de estos, al tráfico de menores y a la creación, en varias ocasiones, de “granjas de mujeres” destinadas exclusivamente a fecundación y alumbramiento de niños.

La gestante aparece, así, como un objeto disponible y susceptible de cualquier transacción, quedando reducida a desempeñar un papel puramente instrumental. Estamos, pues, en presencia de una nueva forma de esclavitud, en absoluto sutil, que se puede calificar de “esclavitud reproductiva” y que implica vincular a una persona veinticuatro horas al día, los siete días de la semana durante nueve meses aproximadamente. La denominada “renta de vientres” no reconoce a las mujeres como seres humanos.

La gestación por subrogación con fines comerciales, creo que es una práctica condenable desde el punto de vista ético y jurídico. Se la cataloga como una mercantilización del útero de la mujer que afecta gravemente a su dignidad e integridad física y moral dado que ésta es un derecho subjetivo público indisponible que tiene condición de derecho fundamental. Desde este punto de vista, pienso que todo lo que es científica y tecnológicamente posible no es, ni mucho menos, moralmente aceptable. La actividad biomédica tiene unos límites éticos que no se pueden traspasar en ninguna circunstancia y que residen en lo que afecta a la dignidad de la persona humana. La dignidad humana debe prevalecer sobre los intereses de las instituciones sociales y científicas. Como ha escrito recientemente P. Scotto, con ocasión de ofrecer una propuesta de

¹³ Fundamento jurídico tercero (apartados, 11 y 12).

actualización del artículo 2 Convenio de Oviedo: “Ninguna razón de eficiencia económica o de progreso científico puede justificar la instrumentalización del ser humano”¹⁴.

Además, sería posible, en mi opinión, incluir en el examen de esta cuestión la vulneración del artículo 14 de nuestra Constitución, ya que supondría admitir que existen ciudadanos de primera y de segunda —debido, en este caso a su diferente situación económica— a los que se reconoce el derecho a formar una familia por encima de los derechos fundamentales de otras, lo cual conduciría a colocarlos en una posición desigual, por manifiestamente abusiva, frente al resto. Ello, evidentemente, resulta contrario al principio y al derecho fundamental de igualdad de todos los españoles ante la ley. De tal manera, que no sería ajustado a derecho que desde la administración de Justicia se realizara una interpretación de la ley para saltarse el ordenamiento jurídico vigente en favor de aquellas personas que, por poderse permitir en base a su capacidad económica, acceden a una situación de privilegio al margen de la legalidad, vulnerando los derechos más básicos de otras personas. Se vendría a crear así una especie de “ciudadanía censitaria” en la que cualquiera que disponga de elevados recursos económicos puede establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayor parte de la población.

5. Acerca de la dignidad como valor y fundamento de los derechos humanos

Como es sabido, hace ya bastantes años que me vengo ocupando profusamente del tema de la dignidad humana¹⁵. Es éste un concepto difuso y enormemente complejo que presenta no pocas dificultades en cuanto a su determinación, caracterización y definición.

¹⁴ Scotto, P. “¿Interés o dignidad? El fundamento de los derechos de la persona en el Convenio de Oviedo”, en *El Convenio de Oviedo cumple 20 años. Propuestas para su modificación*, M. Casado y M. J. López Baroni (Coords.), Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, Barcelona 2021, p. 46.

¹⁵Cfr. “Notas sobre la dignidad humana como fundamento del orden jurídico político en la Constitución española y en la futura Constitución europea, *La Constitución española en su 25 aniversario* dirs. M. Balado y J. A García Regueiro, Bosch, Barcelona 2003, pp. 1121 y ss; “Dignidad, derechos humanos y principio de jurisdicción universal. Algunas reflexiones”, *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, Dyckinson, Madrid, 2008 pp. 795 y ss; “La dignidad humana, los derechos humanos y los derechos constitucionales”, nº 9 (enero 2007 versión online); “Algunas reflexiones acerca de la dignidad humana como fundamento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO”, *Derechos humanos. Problemas actuales. Estudios en homenaje al Profesor Benito de Castro Cid*, coords. N. Martínez Morán, A. Marcos y R. Junquera, UNED, Madrid, 2013, vol I pp. 225 y ss; “En torno a la dignidad humana como fundamento de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos humanos de la UNESCO”, *Revista Bioética y Derecho* nº 31, 2014. pp. 17-37; “La dignidad humana en la Declaración Universal como

Se predica de ella que es una cualidad esencial del ser humano, su cualidad específica y exclusiva en virtud de la cual se distingue lo humano de lo no humano. La dignidad aparece pues como una seña de identidad del ser humano como ser dotado de inteligencia y libertad, como ser moral. Se ha dicho al respecto, que la dignidad resulta tan atractiva que se manifiesta en la actualidad como uno de los “ganchos” trascendentales del discurso moral de la humanidad que ha encontrado su mejor definición operativa y su concreción más palmaria del concepto de Derechos Humanos universales. Los derechos humanos se configuran como expresión y concreción sustancial de la idea de dignidad de la persona, de tal manera que dicha idea ya no puede considerarse como un juicio de valor abstracto —a pesar de las significativas críticas a dicha noción, que la tildan de concepto confuso, vacío, que solo posee significado emotivo y que, por tanto es “inútil”¹⁶— sino que ésta ha adquirido unos contornos jurídicos inequívocos y más precisos, puesto que la Declaración Universal de 1948 y los Pactos que la completan y desarrollan contienen la conciencia jurídica universal sobre las exigencias de la dignidad humana. A estos textos, habría que añadir en el ámbito específico de la bioética, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005¹⁷.

Podemos así apreciar, desde una primera aproximación al tema que nos ocupa, que la dignidad se muestra como una categoría pluridisciplinar y pluridimensional. Esto es así porque para su cabal caracterización y configuración se impone la confluencia de varias disciplinas: la Ética o Filosofía moral, la Antropología, la Política y el Derecho. En el presente contexto, en el de la Bioética y el Derecho —o más concretamente en el Bioderecho—, la dignidad de la persona va a constituir un límite infranqueable a los avances tecnológicos, una barrera que no se puede traspasar¹⁸. Desde el punto de vista pluridimensional, la dignidad humana se proyecta a varios niveles, como son el antropológico el ético, el religioso y el social. Es evidente que, de las dimensiones o niveles apuntados, las asumidas en virtud de su relevancia por el ordenamiento jurídico son la ontológica y la ética. Como señala Andorno “...la idea de dignidad no es un mero

piedra angular para la construcción de una ética mundial. Algunas consideraciones tras el 70 aniversario de su proclamación”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, nº 274, vol 69, t. 2, 2019 (versión online), “La Declaración Universal de Derechos Humanos como piedra angular para la construcción de una ética universal basada en la dignidad humana”. *Estudios sobre derechos humanos Prof. Dr. D. Jesús Lima Torrado in memoriam*, Dyckinson, Madrid, 2019, pp. 205-222.

¹⁶Sobre algunas de estas concepciones vid. Mosterin, J. *La naturaleza humana*, Austral, Madrid, 2006; Pinker, S. “The Stupidity of Dignity”, *The New Republic*, nº5, 2008, pp. 28-31; Macklin, R. “Dignity is a useless concept :It means non more than respect for persons or their autonomy”, *British Medical Journal*, nº 7429, 2003, pp. 1419-1420.

¹⁷Sobre el tema vid. AAVV, *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Coord. M. Casado Civitas/ Thomson Reuters/ Pamplona Madrid, 2009.

¹⁸ Valls, R *Ética para la Bioética y a ratos para la Política*, Gedisa, Barcelona, 2003.

principio entre otros, sino que constituye el punto de referencia decisivo para entender... todas las instituciones sociales jurídicas y políticas. El concepto de dignidad opera como un necesario telón de fondo...” y juega un verdadero rol unificador del conjunto de la ética biomédica, “un ‘rol paradigmático que revela el sentido último de la actividad biomédica’”¹⁹. Dicho autor la califica de “criterio supremo de dicha actividad”.

De manera significativa, a partir de Kant y en el contexto de su formulación del imperativo categórico, la dignidad, como principio moral por excelencia, remite a la idea de que la persona es un fin de sí mismo, por lo que nunca debe ser tratada solo como un medio al servicio de fines ajenos. Como es sobradamente conocido, este autor —que hace de la dignidad el núcleo de su ética en *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*— escribiría que “las personas no son meros fines subjetivos, cuya existencia como efecto de nuestra acción tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es seres cuya existencia es en sí misma un fin y un fin tal que en su lugar no puede ponerse en ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medios.... Los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es como algo que no puede ser usado meramente como medio y, por tanto, limita en este sentido todo capricho...”²⁰. Todos los seres humanos deben ser tratados por los demás y también por ellos como fines en sí mismos. La defensa de la propia dignidad, de la propia humanidad, es un deber moral.

La anterior aseveración resulta especialmente relevante en el comentario de la resolución judicial que nos ocupa. Los objetos pueden emplearse como medios al servicio de determinados fines; sin embargo, la persona, de acuerdo con su dignidad, debe ser considerada y tratada como un fin en sí misma, de ahí se deriva la exigencia ética y jurídica de no instrumentalizarla para alcanzar fines que le son ajenos. Esto es, en definitiva, en lo que se traduce el respeto incondicionado a su dignidad.

Sin ánimo de ignorancia o menosprecio a la importancia de las construcciones filosófico-morales en torno a la idea de la dignidad de la persona en la Historia de la cultura, se asume aquí —tal y como vengo sosteniendo en anteriores trabajos— que el origen próximo y más patente del concepto actual de dignidad es jurídico y no propiamente filosófico-moral. Las manifestaciones jurídicas más palmarias de consagración de la dignidad personal y sus posteriores desarrollos, tanto en el Derecho internacional como el Derecho interno de los Estados, datan del siglo XX. Es entonces cuando se dota a esta idea de un sentido unitario y algo más concreto o preciso, aún

¹⁹ Andorno, R. *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 35-38.

²⁰ Kant *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa -Calpe, Madrid, 8ed, Madrid 1983, p. 83.

dentro de su proverbial indeterminación²¹. La dignidad de la persona se va a considerar tanto en los textos internacionales como en el constitucionalismo comparado de posguerra como el valor fundamentador de todos los derechos humanos, siendo dichos derechos, concretas manifestaciones de tal valor.

En este contexto, el concepto de dignidad humana—como escribe recientemente Atienza—“es uno de los más básicos del derecho, por no decir el más básico. La razón para pensar así es bastante obvia: en los derechos del Estado constitucional la dignidad humana es considerada por el propio ordenamiento el fundamento de todos los derechos y el test de validez de las normas del sistema incluye, por ello, necesariamente una referencia a este concepto: una norma que vulnere la dignidad humana no puede, pues, considerarse una norma válida”²². Nuestro sistema constitucional le atribuye nada menos que el carácter de “fundamento del orden político y de la paz social” en el artículo 10. 1 de la norma fundamental. No obstante, ha sido criticado por la doctrina el hecho de que la referencia a la misma no figurara en la norma de apertura de dicho texto como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1. 1).

Sostengo, por tanto, que la dignidad de la persona constituye el fundamento incuestionable de la idea de Derechos Humanos. Existen ciertamente otros valores sustentadores de dichos derechos como son la libertad, la igualdad, la solidaridad, la seguridad o la paz; pero la dignidad se sitúa antes que ellos, constituyendo una especie de *prius* lógico y ontológico de los mismos. Es el principio jurídico por excelencia y el núcleo fundamental de la idea de Derechos Humanos, constituye ésta un paradigma moral de validez universal que se ha asumido por los ordenamientos jurídicos, tanto a nivel nacional como internacional.

En el caso enjuiciado se afirma por la Sala Primer del Supremo, de modo rotundo y contundente, que “el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (artículo 10. 1) y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte”. Se dice textualmente que “tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad”, puesto que —como ya se ha dicho— “la madre gestante se obliga desde el principio

²¹ A pesar de su indeterminación y vaguedad, la noción de dignidad nos suministra una pauta que quizá no nos permita tanto especificar qué comportamientos son dignos y justos, como denunciar la indignidad y la injusticia de determinadas prácticas; es decir marcar los límites de lo moralmente admisible desde el punto de vista jurídico (Vid. Camps V. “La dignidad: un concepto indeterminado pero no inútil”, en *Sobre la dignidad y los principios op. cit.*, pp. 148 y ss).

²² Atienza, M. *Sobre la dignidad humana*, Trotta, Madrid 2022, p. 11.

a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad”²³. De tal manera que “para que el contrato llegue a buen término se impone a la gestante unas limitaciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano”²⁴.

De ello cabe deducir que apelar al principio de la dignidad humana nos sitúa ante una distinción básica para el derecho: la existente entre personas y cosas sujetos y objetos. Las cosas tienen precio, valor de mercado y pueden ser objeto de comercio; las personas, los seres humanos, merecen respeto y ello remite a una exigencia de trato completamente distinta. El cuerpo humano es “*res extra commercium*” y, por tanto, es indisponible para las transacciones comerciales, ya que las personas, conforme a la ética kantiana, no tienen valor económico o precio, sino dignidad²⁵. A este respecto resulta sumamente ilustrativa la referencia ineludible al conocido libro de Sandel, cuyo título resulta, ya de por sí, sumamente expresivo de su profundo significado: *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*²⁶.

6. La dignidad de la mujer como cualidad no susceptible de resignificación

Como es sabido, muchas de las discusiones que suscitan profundos desacuerdos en el mundo contemporáneo tienen que ver con las distintas maneras de entender la dignidad humana. Por lo que afecta a la gestación subrogada, amplios sectores de población la consideran una práctica muy censurable desde el punto de vista ético. El debate, que está teniendo una amplia repercusión en la esfera social jurídica y política española —trascendiendo a su vez a los medios de comunicación— discurre en torno a dos posturas antagónicas respecto a la consideración de la dignidad de la mujer gestante: la primera considera que es una forma de mercantilización del útero de la mujer; la segunda sostiene, por el contrario, que es ésta una práctica que reafirma el derecho a la autonomía y la libertad de la mujer gestante.

En este sentido, algunos autores entienden que la maternidad subrogada no plantea ningún problema ni ético ni jurídico, aduciendo al respecto que la maternidad por subrogación es una práctica acordada entre adultos que no perjudica a terceros y que necesariamente produce

²³ Fundamento jurídico tercero (apartado 7).

²⁴ *Ibidem* (apartado 9).

²⁵ García Manrique, R. “Sobre la propiedad privada de los biomateriales humanos”, en R. García Manrique (Coord.) *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*. Aranzadi, Pamplona, 2018 p. 126.

²⁶ Sandel, M. *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*, Debate, Madrid 2013.

beneficios para todos los sujetos implicados. Esta postura considera el derecho a celebrar contratos de maternidad por subrogación como una extensión del derecho a la autonomía personal. Así, por ejemplo, escribe Martín Camacho que “la maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen y a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y, por último, la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio en general económico a cambio de esa ayuda”²⁷.

Desde algunos posicionamientos, tal práctica es considerada como uno de los principales logros de la humanidad, gracias a los progresos y posibilidades de la biomedicina, al que muchas parejas acuden como la única manera de colmar su deseo de ser padres y formar una familia, ya que a lo largo de años la infertilidad ha sido un problema común en todo el mundo. Al igual que se donan óvulos y órganos —lo que hoy día parece normal— se puede ayudar a otras personas a gestar un hijo con el cual la madre gestante no mantendrá vínculo alguno. Ello constituye una muestra de solidaridad con las parejas que no pueden tener descendencia.

Respecto a la eventual explotación y abusos a los que pueden conducir este tipo de prácticas, se considera, asimismo, que la dignidad de la persona gestante está salvaguardada cuando de manera consciente y libre decide gestar, de tal manera que la persona como gestante y como mujer no debería ver restringido ninguno de sus derechos de la que ella es titular. Las gestantes tienen derecho a servirse libremente de su cuerpo y a tomar decisiones al respecto y, por consiguiente, entender que la gestación por sustitución implica siempre una explotación de las mujeres es un reduccionismo paternalista que subestima a la mujer y a su capacidad de consentir²⁸.

Pienso que estos planteamientos ofrecen una visión idílica y muy alejada de la cruda realidad de la maternidad por sustitución, como ocurre en el caso presente y en otras muchas ocasiones. La maternidad subrogada comercial no es una práctica acordada entre adultos que no

²⁷ Martín Camacho, J. “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores” (publicación en línea) 2009, <http://www.fundación foro.com>.

²⁸ Lamm, E. “Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución”, *Gaceta sanitaria* n^o 6, vol 31, 2017.

perjudica a terceros y que necesariamente produce beneficios para todos los sujetos implicados, sino que tiene consecuencias muy negativas para las partes más vulnerables, especialmente para la mujer gestante. Es cierto que estamos en presencia de un tema sumamente delicado y que vivimos en una sociedad plural y democrática en la que se dan tantos modelos de familia como familias existen y que todas ellas necesitan protección jurídica; por lo cual quizás el facilitar el acceso a una verdadera diversidad familiar implicaría permitir y regular la gestación por sustitución.

Un planteamiento de tal índole parece sostener M. Atienza en un comentario muy crítico a la sentencia de referencia. Para él, la gestación por sustitución en sí misma considerada, “no es contraria a la dignidad humana”, en el sentido de estimar que “la gestación por sustitución no supone necesariamente tratar a la mujer gestante y también al niño así nacido como una cosa, es decir como un puro instrumento. Hay muchas pruebas de que esto no es así, o sea de que entre los padres comitentes, la mujer gestante y los niños nacidos con esta técnica se pueden establecer relaciones mutuas de respeto, de afecto de agradecimiento... que nada tiene que ver con la explotación”. Para que exista un trato indigno —cosa que puede suceder, pero que no tiene necesariamente por qué— aunque en el presente supuesto, habida cuenta de las condiciones del contrato, no excluye que se produzca, se requieren determinadas condiciones, en el sentido de que en algunos casos una determinada práctica puede conculcar la dignidad de una persona —en este caso de la mujer portadora— por más que haya prestado su consentimiento. También nos dice que es “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”. La consecuencia de ello no es que “cualquier deseo de una persona deba traducirse en un derecho, sino que para poner un límite a la libertad de persecución de los propios deseos a la autonomía personal se necesita contar con una razón de suficiente peso”. Ello, “trasladado a la problemática de la gestación por sustitución se traduce 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, poner límites”²⁹.

No me opongo a que, al igual que se hizo en Portugal en 2016³⁰, se regule de manera concreta y precisa la maternidad subrogada, buscando un modelo ético aceptable, sin fines

²⁹ Atienza, M. “Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca” *Rev Bio y Der* num 56, op cit, pp. 119-121.

³⁰ En virtud de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que entraría en vigor en 2017 y que sería modificada —tras declarar el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de algunas de sus normas por considerar que se violaban principios y derechos— en noviembre de 2021, se permite la gestación por sustitución de manera altruista, siempre y cuando se

comerciales y que funcione cumpliendo requisitos muy estrictos y, sobre todo, con un respeto absoluto a la dignidad de la mujer gestante. Debe rechazarse, por el contrario, aquello que pueda suponer una resignificación de su dignidad y de los derechos inherentes a la misma. Pienso que con ello se podrían evitar las malas prácticas que se ocasionan en casos como el que contemplamos, donde —además de mercantilizar el deseo de ser padres— se produce de manera tan evidente una explotación de la mujer portadora que se encuentra expuesta a graves riesgos físicos, psíquicos y emocionales, ya que no se pueden imponer restricciones tan estrictas para sus derechos subjetivos, ni reglas que vayan tan abiertamente contra éstos.

En el supuesto enjuiciado y en el aspecto que nos concierne, creo que el Pleno de la Sala de lo Civil del Supremo, a pesar de no constituir propiamente el objeto principal de la controversia, ha realizado una declaración rotunda e inequívoca sobre la conculcación de la dignidad humana en el caso de autos. No se trata de un pronunciamiento meramente accesorio al margen de la cuestión principal —lo que constituiría *obiter dicta* y no propiamente *ratio decidendi* de la decisión judicial— desde el momento que ha examinado minuciosamente y en profundidad el contrato de gestación y se ha pronunciado tan abierta y pormenorizadamente sobre sus cláusulas. El supremo órgano jurisdiccional ha asumido aquí su quehacer creativo de doctrina jurisprudencial, declarando sin paliativos y de manera impecable e implacable la vulneración de la dignidad de la mujer gestante y ha motivado su decisión ponderando escrupulosamente todas las circunstancias que concurren y sustentándola en argumentos extensos, sólidos y consistentes.

Ciertamente, la dignidad no es un concepto jurídico exacto que opere automáticamente, sino que es un concepto indeterminado, procedente de la ética y, como tal, exige ser interpretado a la luz de las situaciones particulares en los conflictos y en los contextos específicos. En el aspecto que nos ocupa, al igual que en la cuestión de la determinación de la filiación —que es el objeto de la pretensión— se ha procedido rigurosamente a la aplicación e interpretación de la ley y demás normativa aplicable al caso³¹.

Como es sabido, el artículo 5. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que: “La Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales que interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las

cumplan unos determinados requisitos bastante estrictos. Sobre el tema vid. el riguroso análisis efectuado por M. C. Patrao Neves “Legal Initiative for Gestational...”, *op. cit.*

³¹ En este punto discrepo de la opinión de Atienza, quien considera que la sentencia está razonablemente bien escrita, pero mal argumentada y que adolece en algunos aspectos, por lo que a la vulneración de la dignidad se refiere, de falta de claridad (“Sobre la gestación...”, *op. cit.* pp. 113 y 114).

resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Es evidente que la Sala Primera ha tenido en cuenta las previsiones legales y demás normativa, considerando el valor y principio de la dignidad de la mujer y los derechos que le son inherentes, como fundamento del orden político y social, de acuerdo al papel que le atribuye a ésta el enunciado del artículo 10. 1 de la Norma fundamental. Además, el artículo 10. 2 de la misma prescribe que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. A tales efectos, debe ponerse de relieve —como ya se ha indicado— que el Supremo ha respaldado su decisión tomando en consideración tales instrumentos internacionales.

Por tanto, y por lo que a ello respecta, creo estamos en presencia de una decisión perfectamente ajustada a derecho y correctamente motivada en lo que a la protección de la dignidad, como bien jurídico por excelencia, concierne. La dignidad humana en esta decisión se nos muestra, de manera precisa, como lo que realmente es y debe ser, como el fundamento último del orden moral, social político y como el valor y el principio jurídico por excelencia³².

Como escribe muy acertadamente Garzón Valdés, el valor de la dignidad es innegociable, irrenunciable, inalienable e inviolable. La adscripción de dignidad es independiente de la conciencia de dignidad y de la expresión de la misma (es decir comportarse de una manera digna). El principio de dignidad es absoluto, las razones basadas en la dignidad derrotan a todas las otras razones en todas las circunstancias, de manera que no es un principio que quepa ponderar con otros. La dignidad no tiene grados, todos los seres humanos vivos tienen la misma dignidad³³. Es —como ya se ha dicho— el valor y el principio jurídico esencial. Dicho principio exige el respeto del principio de coto vedado, de tal manera que “las cuestiones concernientes a la vigencia plena de los bienes primarios o básicos no pueden dejarse libradas a procedimientos de discusión en los que juega algún papel la voluntad o los deseos de los integrantes de la comunidad”³⁴.

La posición central de la dignidad en el plexo axiológico y en el orden de los valores —señala Andorno— “está en consonancia con la idea comúnmente admitida de que ella representa un valor absoluto o incondicional, mientras que los demás valores humanos, incluso los más importantes, son en alguna medida relativos y admiten excepciones. Esto significa que nunca, bajo ninguna

³² Sin desconocer la diferenciación doctrinal, establecida y elaborada por muchos autores, entre principios y valores, utilizo los términos indistintamente porque creo que la idea de dignidad humana se puede adscribir a ambas categorías deontológicas y axiológicas.

³³ Garzón Valdés, E. “¿Cuál es la relevancia moral de concepto de dignidad humana?”, en Bulygin, E. *El positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006, pp. 44 y ss.

³⁴ *Ibidem*.

circunstancia, podemos someter una persona a un tratamiento indigno”³⁵. No todo lo que es científicamente posible es moralmente aceptable. Precisamente, los derechos humanos universales, como concreción de la idea de dignidad humana, constituyen ese “suelo mínimo moral”, que se ha logrado consensuar como común denominador para todos los seres humanos, a pesar de la disparidad entre cosmovisiones culturales tan diferentes. La dignidad humana debe prevalecer, en todo caso, sobre los intereses de las instituciones sociales y científicas y sobre las diferentes concepciones del mundo, de la vida y de la sociedad.

Considero que la maternidad por subrogación comercial contradice abiertamente muchas exigencias básicas de la dignidad humana, ya que el cuerpo y las funciones reproductivas de la mujer gestante se utilizan como una materia prima sujeta a las leyes del mercado, sin tener en cuenta que la dignidad humana —y en este caso concreto la dignidad de la mujer gestante— es un valor universal sustantivo que tiene un carácter imperativo e innegociable. El derecho reproductivo no es un derecho de libertad que pueda mostrarse plenamente equiparado, y no en abierta contradicción con dicho valor esencial y prioritario, sino que es un derecho de actuación de la clase médica que implica ciertas intervenciones, con el consiguiente despliegue de medios y coste económico, y que en modo alguno puede ser empleado para satisfacer un deseo que sacrifique el derecho de otras personas de manera tan insolidaria y antisocial.

El deseo no es un derecho y no se puede utilizar a los niños nacidos a través de esta práctica, para su mera satisfacción, invocando la supuesta autonomía reproductiva. Un derecho implica que una persona puede exigir a otra el cumplimiento de determinada prestación y que en caso de incumplimiento el acreedor pueda solicitar la intervención judicial para exigir su cumplimiento forzoso, lo que en este supuesto está lejos de producirse. La gestación por sustitución comercial no debe convertirse en una alternativa legal para tener descendencia. En este orden de cosas, creo que una de las mejores soluciones para realizar y materializar el legítimo derecho de ser padres residiría en potenciar y regular de una manera más flexible la adopción, tanto nacional como internacional, suprimiendo muchas de sus trabas y facilitando su tramitación.

En definitiva, la dignidad humana es una cualidad común y consustancial a todo el género humano, como proclama el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en este sentido, se puede afirmar que no es susceptible de resignificación que la menosprecie o menoscabe en ningún contexto ni en ninguna otra cultura. No existe ninguna razón de eficiencia económica o de progreso científico que permita instrumentalizar a un ser humano y justificar la vulneración de su dignidad. Es el respeto a la dignidad humana en cualquier parte del mundo y en cualquier contexto lo que define el concepto de universalidad de la misma. Constituye ésta, por

³⁵ Andorno, R. *Bioética y dignidad*, op. cit. p. 36.

tanto, un paradigma moral de validez universal al que debe ajustarse el derecho si tiene la pretensión de ser justo o, al menos, el más justo posible.

7. Conclusiones

Aunque la cuestión central del proceso es la determinación de la filiación, la sentencia objeto de comentario es muy crítica y se pronuncia categóricamente contra la práctica de la maternidad subrogada —que no está permitida en nuestro ordenamiento jurídico y que es una cuestión controvertida en todo el mundo— subrayando el dato de que tanto el interés superior del menor como la explotación de la mujer resultan inaceptables.

La gestación por sustitución comercial produce de modo evidente una explotación de la mujer portadora, que se encuentra expuesta a graves riesgos físicos psíquicos y emocionales, ya que no se pueden imponer restricciones tan estrictas para sus derechos subjetivos ni reglas que vayan tan abiertamente contra éstos. La gestación por sustitución comercial no debe ser una alternativa legal para tener descendencia.

La dignidad humana es un valor innegociable, irrenunciable, inalienable e inviolable. La adscripción de dignidad es independiente de la conciencia de dignidad y de la expresión de esta. El valor y principio de la dignidad es absoluto, las razones basadas en la dignidad derrotan a todas las otras razones en todas las circunstancias, de manera que no es un principio que quepa ponderar con otros. La dignidad no tiene grados, todos los seres humanos vivos tienen la misma dignidad. Constituye el valor y el principio jurídico por excelencia.

No me opongo a que se regule de manera concreta y precisa la maternidad subrogada, buscando un modelo ético aceptable, sin fines comerciales y que funcione cumpliendo requisitos muy estrictos y, sobre todo, con un respeto absoluto a la dignidad de la mujer gestante; debe rechazarse, por el contrario, aquello que pueda suponer una resignificación de su dignidad y de los derechos inherentes a la misma que vaya tan abiertamente contra éstos. La gestación por sustitución no es una técnica de reproducción asistida más. El deseo no es un derecho. El derecho reproductivo no es un derecho de libertad que pueda mostrarse plenamente equiparado y no en abierta contradicción con dicho valor esencial y de rango prioritario, como es la dignidad humana.

La dignidad de la mujer gestante es un valor universal sustantivo que tiene un carácter imperativo e innegociable. Es una cualidad común y consustancial a todo el género femenino y humano, como proclama el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y, en este sentido, se puede afirmar que no es susceptible de resignificación que la menosprecie o menoscabe en ningún contexto ni en ninguna otra cultura. La dignidad humana debe prevalecer

sobre los intereses de las instituciones sociales y científicas. Es el respeto a la dignidad humana, en cualquier parte del mundo y en cualquier contexto, lo que define el concepto de universalidad de la dignidad. Constituye esta, por tanto, un paradigma moral de validez universal al que todo derecho con pretensión de justicia debe adscribirse.

Fecha de recepción: 10 de diciembre de 2022

Fecha de aceptación: 16 de enero de 2023

Fecha de publicación: 14 de febrero de 2023