

Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?

Pablo Ignacio Fernández Muñiz

Vocal del Comité de Bioética de España
Director del Hospital Universitario Central de Asturias
pabloigfermu@gmail.com

Surrogate Pregnancy, a Question of Rights?

ISSN 1989-7022

RESUMEN: Estamos ante uno de los temas bioéticos más controvertidos del momento por su carácter disruptivo sobre el modo en que ha sido entendida y regulada históricamente la relación maternofamiliar, planteándose la posibilidad legal de disociar la gestación de la maternidad. Tras analizar las cuestiones éticas vinculadas a la gestación por sustitución podemos concluir que tenemos argumentos de peso suficiente como para recomendar mantener el vínculo entre gestación y maternidad, y de acuerdo con el informe del Comité de Bioética de España concluir que en todo caso una reforma de la Ley vigente debería estar orientada a lograr que la nulidad de los contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero, adoptando medidas dirigidas a prohibir la celebración de contratos de gestación por sustitución a nivel internacional.

ABSTRACT: The surrogacy is a very controversial bioethics matter at the moment due to its disruptive character related to the way it has been comprehended and regulated the relation mother-child in the course of the history, considering the legal possibility of dissociating the gestation of maternity. After analyzing the ethic points linked to the replacement gestation we can conclude that we have heavy arguments to recommend keeping the link between gestation and maternity. According to the Spanish Bioethics Committee report we can conclude: a change in the current legislation must be orientated in reaching the nullity of contracts which are made in foreign countries taking steps to forbid the transnational surrogacy contracts.

PALABRAS CLAVE: Gestación subrogada, Maternidad subrogada, Gestación por sustitución, Vientres de alquiler, Bioética, Bioderecho

KEYWORDS: Surrogacy, Surrogate motherhood, Bioethics

En el año 1978, las Cortes de España aprobaban la vigente Constitución Española y posteriormente los ciudadanos la refrendaban. Eran momentos en los que en nuestro país estábamos forjando una nueva realidad que nos permitiera reconducir nuestro destino como sociedad. Ese mismo año, a nivel mundial, entre otros importantes acontecimientos, en Reino Unido nacía Louise Brown, la primera persona que nació fruto de una fecundación *in vitro*, por lo que fue denominada en los medios de comunicación como la primera “niña probeta”. Desde entonces esta técnica ha evolucionado mucho, permitiendo nacer a más de cinco millones de niños, y en reconocimiento a este gran logro, que ha conseguido vencer el obstáculo de la infertilidad de tantas parejas en todo el mundo, se le otorga en 2010 el Premio Nobel de Medicina al fisiólogo inglés Robert Edwards.

Realmente, la posibilidad de crear vida humana en un laboratorio revolucionaba las posibilidades de reproducción de los seres humanos, al establecer una forma de reproducción alternativa al encuentro sexual entre hombre y mujer, y abriendo la posibilidad de abordar otras cuestiones además de la esterilidad de una pareja. Entre éstas está la



posibilidad de una “gestación por sustitución”, es decir, un embarazo mediando un contrato en virtud del cual la madre gestante, denominada portadora, renuncia a la declaración de maternidad del hijo en favor del reconocimiento de la filiación biológica de otras personas, denominadas padres comitentes o intencionales. Al respecto, España, al igual que muchos otros países de todo el mundo, ha legislado rechazando de forma continuada esta práctica, tanto cuando aprobó la primera Ley sobre reproducción humana asistida en 1988, como en la reforma de 2003, así como en la vigente Ley sobre reproducción humana asistida de 2006, estableciendo la nulidad de los contratos de gestación por sustitución. Sin embargo hoy en día es patente que algunos ciudadanos españoles celebran este tipo de contratos en otros países donde la regulación es permisiva y, posteriormente, inscriben a su nombre en el Registro Civil de España la filiación de los niños nacidos que fueron gestados por una “madre de alquiler”, con un procedimiento que es contrario al parecer del Tribunal Supremo, parecer manifestado en 2014 y 2015 declarando su nulidad y la de los demás efectos que ésta comporta.

Podemos, por tanto, asegurar que estamos ante uno de los temas bioéticos más controvertidos del momento por su carácter disruptivo sobre el modo en que ha sido entendida y regulada históricamente la relación maternofilial, planteándose la posibilidad legal de disociar la gestación de la maternidad.

El Comité de Bioética de España, órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo, desarrolla sus funciones sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud desde que fue constituido en el año 2008, adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. En mayo de 2017 publica a iniciativa propia un “Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, dada la preocupación que suscitaba el debate presente en la opinión pública y en algunas instituciones sobre la conveniencia o no de dotar de legalidad, y por lo tanto permitir en nuestro país, los contratos de gestación por sustitución. Dicho Informe está disponible en la web del Comité de Bioética de España (www.comitedebioetica.es) y en él se concluye con unas recomendaciones que analizaremos más adelante.

Aunque no es éste un fenómeno nuevo, pues los primeros casos tuvieron lugar hace más de cuarenta años, durante mucho tiempo tuvo un alcance bastante limitado, extendiéndose su práctica en los últimos años en relación con su internacionalización. Asimismo, la opinión pública ha puesto su atención en este asunto, en parte como consecuencia de que los medios de comunicación se han venido haciendo eco de informaciones sobre casos de personajes famosos que han recurrido a la gestación por sustitución, generando un aumento exponencial de la repercusión mediática.

La pugna terminológica, el recurso al sensacionalismo y la descalificación ideológica, son cuestiones que podemos apreciar en el debate actual y que pueden desviarnos de lo que debería ser un objetivo inicial y necesario, que no es otro que establecer un imprescindible proceso de deliberación sosegado y constructivo. Los términos más utilizados, ya sea maternidad subrogada, gestación subrogada o vientre de alquiler, suelen ser utilizados con cierta intencionalidad bien como eufemismo bien con carga valorativa peyorativa, aunque es cierto que tienen más éxito que el que recoge la legislación española, a saber, el de gestación por sustitución. No deberíamos dedicar esfuerzo a esta cuestión, a pesar de que no es sólo semántica, o tal vez precisamente por ello, y sí debemos apostar por una deliberación ética sobre la cuestión. Con este mismo objetivo parece razonable evitar centrarse en supuestos concretos, pues si los buscamos siempre encontraremos ejemplos que apoyen el debate emocional hacia uno u otro extremo, y por la misma razón debe evitarse caer en la descalificación del interlocutor que disiente de lo que decimos, recurso éste frecuentemente utilizado cuando existe mayor interés en imponer el propio punto de vista que en buscar el acierto del juicio ético. Teniendo en cuenta estos aspectos, y evitando estos riesgos, podremos facilitar el necesario diálogo, aproximando en lo posible posiciones y deliberando sobre el núcleo de la cuestión, con lo que al menos conseguiremos emitir un juicio ético contrastado.

Si intentamos realizar una primera aproximación al problema, analizando las circunstancias en las que se produce la gestación por sustitución, apreciamos que pueden ser éstas muy diferentes atendiendo a diferentes cuestiones. Así, existen peculiaridades en relación a la existencia o no de vínculo afectivo o familiar entre gestante y los comitentes que nos llevarían a diferentes consideraciones, de modo similar a que la localización geográfica conlleve o no distanciamiento físico. También deben tenerse en cuenta cómo son las condiciones de la entrega del niño, aunque cuando se trata de una gestación por sustitución retribuida es prácticamente constante, hoy en día, la renuncia ya desde antes del parto, por lo que si la gestante no cumple incurre en responsabilidad.

Debemos tener en cuenta que el origen de la dotación genética del niño puede ser con diferentes combinaciones, en las que pueden intervenir los comitentes, la gestante y terceros mediante donación o compraventa de gametos, y cada una de ellas puede estar motivada por distintas razones y diferentes necesidades, repercutiendo de manera distinta en el hijo en función, sobre todo, de que se establezca o no el anonimato sobre los donantes de los gametos. Del mismo modo, y en estrecha relación con esta cuestión, también hay diferencia respecto a la causa que motiva recurrir a la subrogación, ya sea médica, biológica, profesional o personal, y sobre el tipo de relación entre los comitentes, lo cual es una limitación en la legislación de algunos países a los que se suele recurrir.

Una circunstancia que requiere especial análisis es la motivación de la gestante, que podría ser teóricamente altruista. Sin embargo, esa posibilidad teórica no es a la que nos referimos cuando hablamos de los casos a los que están recurriendo algunos ciudadanos españoles, sino que se trata de contratos mercantiles con un intermediario que a cambio de una cantidad de dinero le presta unos servicios, fundamentalmente médicos, jurídicos y de logística. Dependiendo de su cuantía este servicio incluirá diferentes condiciones, para lo que el contrato deberá celebrarse, también dependiendo de las condiciones deseadas, en unos u otros países, con niveles de garantías para las partes también diferentes, y con los que no se evita el riesgo real de 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 o en los países con importante desigualdad social. Precisamente esa situación de vulnerabilidad y de desigualdad social y económica pueden influir de manera fundamental en la motivación de la gestante, poniendo en duda el grado de autonomía de tal decisión, incluso cuando teóricamente la cuantía recibida, sea en dinero o en especie, se considere sólo una contraprestación. A este respecto parece oportuno recordar que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW por sus siglas en inglés, aprobada por la Organización de Naciones Unidas en 1979, establece que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres”, y que se puede entender que toda clase de gestación por sustitución es una forma de trata de mujeres por suponer una instrumentalización de la mujer para procurar un hijo a otra persona, aunque independientemente de llegar o no a esta conclusión, sí que parece indiscutible que la realidad que estamos observando pone de manifiesto que con la internacionalización de la gestación subrogada la explotación de mujeres ocurre ya con una triste cotidianeidad.

Para poder comprender las circunstancias en las que se produce la gestación por sustitución, tampoco podemos obviar la especial relación y las influencias recíprocas entre el feto y la gestante a lo largo del embarazo, así como los posibles efectos de la separación tras el nacimiento tanto en la madre como en el hijo. Durante la gestación existe una relación de simbiosis temporal entre el feto y la mujer embarazada, que genera en mayor o menor medida una huella permanente en ambas partes, tanto por la existencia en la madre de células originadas en el feto, como por el efecto de hormonas en diferentes órganos y especialmente en la arquitectura y función cerebrales.

Del mismo modo, no se pueden menospreciar los efectos que puede tener la entrega tanto en la madre, como en el hijo, e incluso en los propios comitentes. A este respecto,

son conocidos los ejercicios de las mujeres gestantes residentes en centros vinculados a la subrogación, con la finalidad de evitar el apego por el hijo que posteriormente han de entregar, pero son pocas las posibilidades de realizar un estudio válido para analizar las consecuencias para la mujer que ha dado a luz y entregado su hijo, tanto durante el puerperio como a partir de esa experiencia. Del mismo modo, es difícil establecer unas conclusiones con suficiente robustez sobre el efecto que en los padres comitentes tiene la experiencia de la gestación subrogada, más allá que la satisfacción de un deseo lícito de paternidad, atendiendo a la consciencia de la utilización de una mujer como instrumento para dicha satisfacción, o la posibilidad de que las expectativas no sean colmadas e incluso que la experiencia termine con una situación no deseada, como pudiera ser una malformación no detectada previamente o una condición establecida en el contrato no satisfecha. Si bien esta cuestión puede presentarse también en el caso de una adopción, podemos concluir que los niveles de exigencia para los padres adoptivos y de garantías para el procedimiento no son comparables por la exhaustividad con la que se realizan a fin de proteger al niño que será adoptado, comparación que esgrime alguna agencia cuando publicita la gestación subrogada utilizando como reclamo su inmediatez. En cualquier caso, podemos añadir que todavía no contamos con suficiente evidencia con estudios válidos que hayan hecho seguimiento a largo plazo de niños nacidos en el contexto de un contrato de gestación por sustitución, que hayan analizado sus eventuales problemas emocionales, psicológicos o de otro tipo asociados a este origen, o de la posible relación con la madre gestante que tanto los hijos como los padres comitentes pudieran tener posteriormente.

A lo largo de la historia, se ha mantenido constante el criterio de que la maternidad legal le corresponde a la mujer que ha dado a luz, lo cual se expone en el principio del Derecho Romano *mater semper certa est*. Sin embargo, en algunos países se ha considerado que puede realizarse una excepción haciendo prevalecer la voluntad procreacional, cuestión ésta sobre la que se viene deliberando en nuestro país, entre otros, por los miembros del Comité de Bioética de España, organismo que concluye con una opinión contraria a tal pretensión en base a falta de consistencia de los argumentos utilizados habitualmente para sostener la superioridad del criterio de la voluntad procreativa sobre el biológico a la hora de determinar el vínculo maternofilial.

Entre estos argumentos podemos destacar el supuesto de que todo individuo tiene derecho a tener un hijo y que la tecnología está precisamente para sortear las limitaciones que impone la biología a la hora de atender ese derecho. En primer lugar, en caso de existir tal derecho a tener un hijo deberíamos preguntarnos en qué consistiría, y quizá iría más en el

sentido de evitar injerencias en el libre ejercicio de la actividad reproductiva, e incluso podría ir más allá y consistir en la garantía del apoyo del Estado para conseguirlo mediante la prestación de los medios necesarios en caso de no ser posible de manera natural mediante el acto sexual ni de técnicas de reproducción asistida, ya fuese por cuestión médica o incluso, yendo más allá, por orientación sexual o deseo personal. Sin embargo lo que aquí se cuestiona no es esto, sino que lo que se intenta es resolver esta cuestión sorteando la solución que nuestras sociedades han considerado en estos casos, es decir, la adopción. Básicamente, quien intenta la alternativa de la gestación subrogada lo hace porque, o bien ve que las garantías exigidas para realizar la adopción se le convierten en trabas que parecen insalvables, o bien porque desea que su descendencia tenga su carga genética correspondiente. En ambos casos, encontrará fácilmente empresas que le aseguran que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida más y que está a su alcance en un tiempo razonable y por una cantidad de dinero que otras personas invierten, por ejemplo, para comprarse un nuevo coche, y al igual que en este caso encontrará diferentes precios con diferentes prestaciones y garantías. No en vano, los contratos de gestación subrogada utilizan habitualmente términos propios del derecho mercantil, como por ejemplo la denominación de los padres intencionales como “los comitentes”. Ciertamente, debemos plantearnos si la procreación la entendemos como un derecho o como un deseo, pero aunque concluyéramos que es un deseo, parece lícito que el Estado lo considere bueno y lo fomente hasta donde los representantes de los ciudadanos consideren oportuno. Sin embargo, parece que la cuestión clave es si este deseo, o incluso este derecho a tener descendencia debería conllevar también la perpetuación genética, lo cual efectivamente no tiene consistencia como para romper un vínculo tan robusto como el maternofilial que se establece con la gestación y el nacimiento. Si, por el contrario, decidiéramos considerar la gestación por sustitución como una técnica de reproducción asistida más, estaríamos reduciendo a la mujer gestante a un instrumento necesario para el procedimiento, lo cual es un ataque directo a su dignidad como persona. La instrumentalización de la mujer, de su aparato reproductivo y de su vida completa, durante un período de tiempo considerable, para satisfacer un deseo o una necesidad, deben ser considerados aun cuando exista una voluntad expresada mediante la firma de un contrato, ya sea mediando precio o sin él, pero siempre creando una obligación que pasa por renunciar a todo vínculo con el hijo que se estará gestando en su vientre y que dará a luz, reduciéndose su papel de madre al de una mujer portadora, que es precisamente el término que suele emplearse en dichos contratos.

Cuando se considera lícita la gestación subrogada altruista, se parte del reconocimiento de que gestar a un niño para otra persona es una acción loable, enormemente responsable

y muy comprometida, que supone hacerse cargo de un ser humano durante el inicio de su existencia, con lo que ello conlleva en esa etapa de la vida en la que su desarrollo depende completamente de la mujer gestante, y se considera, en principio, que si se hace de manera desinteresada, puede ser un acto extraordinariamente valioso por servir para proveer de un hijo con su carga genética correspondiente a quien no puede obtenerlo de otra manera, si es que creemos en la licitud de tal pretensión como alternativa a la adopción. En este contexto, debemos considerar que aquellas decisiones que suponen un importante sacrificio para el individuo, sobremanera si conllevan una afectación de su integridad física y se vinculan con la dignidad humana, obtienen un mayor nivel de garantía de decisión realmente libre si conllevan la gratuidad y si se excluyen las situaciones de vulnerabilidad a fin de que puedan comprometer la decisión. Sin embargo, generalizando la disociación entre gestación y maternidad mediante una reforma del artículo 10 de la “Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, que conlleve un cambio de su punto 10.2 que dicta que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.” significaría que para permitir la excepción de la excepción abriríamos la puerta a la filiación de los casos de gestación subrogada comercial en los países permisivos, y que constituirían sin duda la práctica totalidad de casos existentes.

Y es que, llegados a este punto, se puede asegurar que existe un amplio consenso sobre la ilicitud de la gestación por sustitución de carácter comercial. No hay más que analizar lo que está ocurriendo en los países en los que más se ha desarrollado la sistemática de la gestación subrogada, en relación con la existencia de una población más vulnerable, ya sea por falta de recursos del país, ya sea porque la mujer vive en una situación de mayor desigualdad con relación al varón, o por existir importantes diferencias sociales entre sus ciudadanos, decidiendo someterse a este proceso principalmente para cubrir necesidades de sus familias. Por tanto podemos concluir sin temor a equivocarnos que la maternidad subrogada comercial, y especialmente la de alcance internacional, conlleva la explotación habitual de las mujeres que se someten a ella, y que ya solamente por ello esta práctica y las decisiones que la favorecen deben considerarse ilícitas.

En el mencionado Informe del Comité de Bioética de España se plantea la siguiente cuestión: “¿es bueno para los niños ser resultado de la maternidad subrogada?”, cuya respuesta estará en gran medida condicionada por el valor que le demos al proceso de gestación para el niño. Porque, aunque pueda plantearse también la cuestión de manera dilemática, dirimiendo si es la gestación o la voluntad reproductiva la que proporciona las condiciones más adecuadas para ser padres y asumir la responsabilidad sobre los hijos, no parece que sea ésta una situación dilemática real, o al menos no lo es como de condiciones excluyentes.

Para responder a esta pregunta debemos plantearnos directamente la cuestión ante los intereses del niño, así si desde este punto de vista no entendemos relevante vincular gestación y maternidad, sino que consideramos la gestación sólo como un instrumento necesario, llegaremos a la conclusión de que se puede reducir la función de la mujer gestante al de una incubadora humana, a cuidarse para no perjudicar al feto, y posteriormente separarse del niño tras el nacimiento y no interferir ni en su crianza, ni en su desarrollo como persona, ni en el discurrir de su vida en el resto de sus días, sin que se produzca un menoscabo ni en la dignidad de éste ni en su desarrollo. Si por el contrario, le damos a la relación existente entre la madre y el hijo durante el embarazo un valor para la dignidad, la identidad y el desarrollo del niño, será ésta una buena razón para no admitir que lo legal ampare la disociación de gestación y maternidad.

Por otro lado, atendiendo a las consecuencias de un eventual cambio legislativo permisivo debemos considerar ciertos riesgos reales, descritos y advertidos por instituciones de ámbito supranacional, como el riesgo de tráfico de niños. En el año 1989 la Organización de Naciones Unidas aprueba la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por todos los Estados del mundo, excepto Estados Unidos, y posteriormente, en el año 2000, se aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, ratificado por la inmensa mayoría de los países del mundo, incluido Estados Unidos. La definición de venta de niños que establece este documento debe hacernos reflexionar: “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. Se puede entender que la maternidad subrogada, cuando media retribución a la gestante, coincide bastante fielmente con lo expresado en esta definición. En este sentido, apreciando este riesgo real, el Comité de Derechos del Niño, órgano creado para velar por el cumplimiento de la Convención y los protocolos facultativos por parte de los Estados que los han ratificado, se ha referido a esta cuestión en las Observaciones finales realizadas en un Informe presentado en 2014, refiriéndose a la India y manifestando su preocupación por el hecho de que “no esté regulado adecuadamente y esté muy generalizado el uso comercial de la maternidad subrogada, lo que lleva a la venta de niños y a la violación de los derechos de los niños”. Para evitar esta situación observada, el Comité recomienda la aprobación de leyes que contengan disposiciones que “tipifiquen como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, incluido el uso indebido de la maternidad subrogada”. Posteriormente India modificó su legislación sobre esta materia prohibiendo la maternidad subrogada internacional. De modo similar, cuando el Comité de Derechos del Niño al examinar el grado de cumplimiento de Estados

Unidos sobre el protocolo facultativo relativo a la venta de niños, advierte también graves deficiencias relacionadas con la maternidad subrogada como “definiciones ambiguas y resquicios legales” o “el hecho de que se siga permitiendo efectuar pagos antes del nacimiento y otros gastos a las madres biológicas” que consideran que “impide la eliminación efectiva de la venta de niños con fines de adopción”.

Por otro lado, no debemos dejar de advertir otro riesgo inherente al proceso de la gestación por sustitución, el riesgo de cosificación del niño. Desde luego, el argumento de la existencia de una firme voluntad procreativa por parte de un individuo o una pareja no implica en ningún caso una garantía de que el interés superior del niño será la guía con que actúen los padres. El riesgo de que ese deseo pueda repercutir negativamente sobre el niño, por llevar a percibirlo como un objeto que ha de satisfacer unos estándares determinados por el deseo existe al igual que en toda relación paternofilial o maternofilial, si bien es cierto que este riesgo de cosificación del hijo puede verse incrementado ante la existencia de un deseo desmedido de tener un hijo a toda costa. Podríamos considerar como padres responsables no a quienes tienen un gran deseo de serlo, sino más bien a quienes orientan ese deseo al pleno desarrollo de sus hijos más que a su propia satisfacción. Pero, cuando se dan las circunstancias habituales de una gestación por sustitución hoy en día, en las que los comitentes pueden elegir características de los gametos o ciertas cualidades que se quiere que tenga el futuro hijo, su sexo, incluso pueden elegir a la mujer gestante según unas características deseadas, incluso las condiciones del contexto en que ha de transcurrir su embarazo, parece evidente que el riesgo del que hablamos es francamente mayor. Concebir al niño que se desea como un objeto de consumo es exactamente lo contrario de garantizar el mejor interés del menor y choca frontalmente con el concepto de dignidad, cuando incluso a las distintos niveles de posibilidades de mejora de ese producto le ponemos distintos precios.

Son muchas cuestiones legales las que se analizan y discuten alrededor del proceso de la gestación por sustitución. La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado se ha interesado particularmente por los problemas relativos a la filiación de los hijos habidos mediante gestación subrogada internacional, creando un grupo de expertos en la materia en cuyo último Informe, publicado en 2016, concluye que la dificultad de la cuestión y la variedad de perspectivas por parte de los Estados hacen inviable cualquier avance al respecto, siendo incapaz por el momento de aprobar una regulación mínima que tenga alcance internacional, aunque sin renunciar a seguir intentándolo por considerarlo necesario. Ya en un informe previo alertaba de graves amenazas sobre los derechos humanos, incluidos los del niño, en relación con los contratos de gestación por sustitución internacional, señalando las siguientes: abandono de niños por parte de los comitentes por razones de salud o de preferencia de sexo, inadecuación

de los comitentes para ser padres, riesgo de tráfico de niños, el derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos, los problemas relativos a la libertad del consentimiento de las gestantes, y las malas prácticas por parte de los agentes intermediarios de la subrogación.

Por otra parte, a nivel político, en octubre de 2016 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa rechaza una propuesta de Recomendación en la que se proponía adoptar directrices para garantizar los derechos de los niños con respecto a los acuerdos de subrogación por no considerar aceptables éstos, en la misma línea que la Unión Europea, cuando el Parlamento Europeo condena en 2015 la práctica de la gestación por sustitución por considerarla “contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima”, estimando que debe prohibirse esta práctica por implicar “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”, solicitando que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos.

En nuestro país, a pesar de que algunos piden que se regule la gestación subrogada, ésta ya lo está desde hace muchos años tal y como se ha explicado ya en sucesivas leyes con mayorías políticas de diferente orientación, y por si hubiera dudas de vacíos legales, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 estima que determinar la filiación a favor de quien realiza el encargo mediante un contrato de gestación es un atentado contra la dignidad del menor, reduciéndolo a objeto de tráfico mercantil, por lo que concluye que se debe impedir la inscripción de la filiación a favor de los padres de intención.

Tras estos análisis podemos concluir que tenemos argumentos de peso suficiente como para mantener el vínculo entre gestación y maternidad, lo cual el informe del Comité de Bioética de España mencionado al principio concluye considerando necesaria una reforma de la Ley vigente para que siga alcanzando el objetivo para el que fue creada, y que ésta debería estar orientada por tres criterios fundamentales:

- La reforma de la ley debería orientarse a lograr que la nulidad de los contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero. Para contribuir a la efectividad de la medida podría considerarse la posibilidad de sancionar a las agencias que se dedican a esta actividad.
- La explotación a la que son sometidas las mujeres gestantes es una razón fuerte para que España defienda, en el seno de la comunidad internacional, la adopción de medidas dirigidas a prohibir la celebración de contratos de gestación por sustitución a nivel internacional.
- Es importante que la transición a una regulación más efectiva no produzca el efecto colateral de dejar desprotegidos a los niños que nacen de los procesos que estén en curso.

Bibliografía

- Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, aprobadas por el Comité en su 66º período de sesiones (26 de mayo a 13 de junio de 2014)*, pp. 13-14.
- Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobadas por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013)*, p. 9.
- The Hague Conference on Private International Law, Report of the February 2016 Meeting Experts' Group on Parentage / Surrogacy, <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf> (consultado el 30 de septiembre de 2017).
- The Hague Conference on Private International Law, *The parentage/surrogacy project. Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference*, <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf> (consultado el 30 de septiembre de 2017).
- Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)); <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+PDF+V0//ES> (consultado el 30 de septiembre de 2017).