

Estellés Peralta, P. M.<sup>a</sup> (dir.): *Maternidad subrogada: la nueva esclavitud del siglo XXI. Un análisis ético y jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 480 pp.



Este libro aborda la problemática de la gestación subrogada desde diferentes perspectivas, como la bioética, la sociológica, la jurídica y la antropológica. Por ello, se trata de una obra colectiva que reúne en 15 capítulos a 16 expertos de distintas disciplinas y que pretende ofrecer una visión global y multidisciplinar de este tema.

La obra ha sido dirigida por la Dra. Pilar María Estellés Peralta, coordinada por la Dra. María José Salar y prologado por la Dra. María Dolores Cervilla Garzón.

El libro comienza con una parte más antropológica que desarrollan las profesoras Teresa Cid y Gloria Casanova.

La profesora Teresa Cid en su capítulo "Maternidad subrogada y genealogía de la persona" reflexiona sobre la maternidad subrogada y la genealogía de la persona. La relación está inscrita en lo más radical de nuestra identidad, la de ser hijos. Esta primera relación tiene un valor incondicional, es fuente de identidad. La persona humana nace arraigándose en una genealogía que ha de ser *personal*, por eso la relación materna es un *bien relacional insustituible*. Para desarrollarse y alcanzar su plenitud, el hombre no solo necesita un útero físico, sino también un

útero espiritual, constituido por el amor de sus padres que lo esperan como un *don*. Por eso el hijo no puede concebirse como un producto o una mercancía. En el caso de la maternidad subrogada, no se trata de las condiciones bajo las cuales se hace el contrato (condiciones de desigualdad) sino de la *naturaleza del bien* que se compra y se vende. Lo que hace esta práctica censurable no es que sea coactiva sino que es *corruptora*. La capacidad procreadora está fuera del tráfico jurídico y mercantil porque es inalienable, un don o un atributo que ha de ejercerse conforme a normas de responsabilidad y protección, no según la demanda del mercado. Sin embargo, las investigaciones sociológicas dicen que de forma creciente las personas engendran hijos para la propia autorrealización individual. La procreación se convierte en *autorreferencial*, las personas engendran hijos por motivos principalmente intrínsecos al hecho mismo de engendrar, no por un propósito que lo trascienda. La dificultad está precisamente aquí: en la *pérdida del sentido trascendente* de la generatividad humana.

La doctora Casanova pertenece al Observatorio de Bioética de la UCV y en su capítulo reflexiona sobre la MS desde la antropología. La profesora Casanova sustituye el término MS por la expresión *maternidad gestante indebida o ilícita*, expresión que sitúa la gestación en el ámbito semántico de la maternidad y recalca la ilicitud de separar gestación y filiación, una calificación ética que se funda, más allá de cualquier ordenamiento jurídico positivo, en el reconocimiento de los DDFF del ser humano.

El Dr. Enrique Burguete, en el capítulo 4, enjuicia la maternidad subrogada desde el paradigma de la bioética principialista, preguntándose si esta transacción respeta los principios de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia en relación con la madre gestante y el bebé gestado. La apelación a los "principios éticos" y no a las normativas jurídicas que regulan la vida social, se justifica en el primer párrafo, donde el autor sostiene que las leyes que rigen nuestro comportamiento tienen su asiento en un a priori ético, en un sistema de valores compartidos por los miembros de la comunidad. En definitiva, en unos principios.

Ahora bien: para el autor, estos principios morales no son meros universales culturales que se desgastan con el tiempo, ni hipótesis disponibles para una negociación estratégica. Antes bien, son universales empíricos que permiten enjuiciar la conducta humana en todo contexto. Y en este sentido, la «producción» de bebés para su transacción a terceros y la «instrumentalización» del cuerpo de la mujer para paliar frustraciones y/o satisfacer anhelos de éstos vulnera el más elemental principio moral: el que nos conmina a buscar el bien y a evitar el mal; a perseguir, a través de nuestros actos y elecciones, nuestra perfección y plenitud. Porque esa plenitud y perfección no es, en un ser racional, satisfacción de la apetencia expresada en el instinto ni de la conveniencia que se deriva del

egocentrismo natural, sino realización de lo que es bueno para el agente moral y para los afectados por su acción, o lo que es lo mismo, de lo que es «bueno por sí mismo» siempre y para todos.

Tras el desarrollo de estas ideas, el autor muestra que la maternidad subrogada vulnera los principios de autonomía, beneficencia y no maleficencia referidos a la madre gestante y al bebé gestado, desgranando pormenorizadamente sus argumentos e ilustrándolos con ejemplos de la vida real, facilitando y amenizando de este modo la comprensión y lectura del capítulo. En su último epígrafe se presentan unas breves conclusiones, de las que se extrae el carácter reprochable de esta práctica desde una perspectiva moral.

El Dr. Julio Tudela Cuenca, Director del Observatorio de Bioética de la UCV aborda el análisis de los aspectos biomédicos relacionados con los procesos de gestación subrogada, y su correspondiente valoración bioética, constituye el contenido de este capítulo del libro. Las cuestiones derivadas de la identidad genética del hijo gestado, con sus múltiples posibilidades, plantea el primer dilema. Otros aspectos biomédicos que implican a los padres comitentes, la mujer gestante, los donantes de gametos o el hijo gestado son también objeto de valoración bioética, poniendo de manifiesto numerosos conflictos de difícil solución asociados al proceso.

Carla Pla, en su capítulo trata de abordar la problemática que produce la práctica de la gestación subrogada a día de hoy, así como las consecuencias que se generan al respecto. En España, el art. 10 Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida declara la nulidad de pleno derecho de los contratos por medio de los cuales se estipula la gestación subrogada, sin embargo, no ofrece soluciones a la problemática que sigue produciendo dicha práctica en la actualidad. Por todo ello, debido a la insuficiente regulación de la gestación por sustitución, los tribunales y la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —denominada anteriormente Dirección General de los Registros y del Notariado— se han visto obligados a ofrecer soluciones al respecto casuísticamente, generándose así soluciones dispares y controvertidas.

Pilar María Estellés Peralta, directora de esta obra, en su capítulo sobre la “Maternidad subrogada: de los derechos de libertad a los derechos de esclavitud” señala que la maternidad subrogada altera y supedita el bienestar del niño y su salud física y psíquica a los deseos de los padres/abuelos de intención; se atenta contra el interés superior del niño al romper su vínculo materno tras el parto, ya pactado en el contrato de gestación ab initio. En opinión de la autora, ciertamente es estupendo el nacimiento de nuevos hijos; una alegre noticia para la familia y para una sociedad envejecida como la española, dados los desastrosos índices de natalidad de nuestro país. Por ello, el deseo de tener un hijo/nieto nos parece a

todos, en principio, algo humano y comprensible. Y así es. Lo que no es humano y comprensible sino ética y jurídicamente reprochable es anteponer ese deseo de maternidad/paternidad/abuelidad al respeto de los derechos y dignidad de los perjudicados en esta empresa: la mujer gestante y el hijo gestado a través de la técnica de maternidad subrogada.

Siguiendo con la parte jurídica, el investigador Ángel Corredor realiza una serie de matizaciones y controversias respecto a la maternidad subrogada. Corredor es Contratado predoctoral del Departamento de Filosofía de Derecho y Política de la Universidad de Valencia (España). Graduado en Administración y Dirección de Empresas y también graduado en Derecho por la Universidad de Valencia y Máster en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible también por la Universidad de Valencia. En el 7º capítulo de la obra, realiza un análisis crítico sobre algunos argumentos doctrinales que se han propuesto respecto de la maternidad subrogada como son la terminología (alquiler de vientre, gestación por cuenta ajena, maternidad sustitutiva, maternidad por encargo, etc), su condición o no de técnica de reproducción humana asistida y la prohibición de la MS en el ordenamiento jurídico español.

La profesora de Derecho Civil del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Europea de Madrid, Elena Goñi, analiza en su capítulo el contrato de gestación por sustitución. Goñi pretende reflexionar sobre la maternidad subrogada y su significado: ¿esta técnica supone una patrimonialización de la gestación, una patrimonialización de los hijos y su filiación, o una patrimonialización de todas estas cuestiones?

El estudio se aborda tomando como referencia la última propuesta de regulación en España de 2019 y la regulación de la materia en Portugal (Ley nº 32/2006, de 26 de julio).

Tras este capítulo, la profesora Cristina Mosquera, analiza la nulidad de pleno derecho de la gestación por sustitución comercial afirmando rotundamente que mientras no se proceda a reformar la ley vigente para lograr que la nulidad de los contratos de gestación por subrogación sea aplicable a aquellos celebrados en el extranjero y se considere además la posibilidad de sancionar, en España, a las agencias que se dedican a esta práctica, la maternidad subrogada comercial, en particular la de alcance internacional, continuará como práctica ilícita de explotación habitual de las mujeres que se someten a ella y el fraude al sistema jurídico de la adopción que estos convenios provocan, al huir del ordenamiento jurídico español, porque no podemos eludir que esta habilidad es un fraude de ley, recogido en el artículo 6.4 CC, utilizando la adopción para conseguir los efectos que se persiguen mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución.

El Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Juan Francisco Rodríguez Ayuso, que es además Coordinador Académico del Grado en Ciencias Jurídicas de las Administraciones Públicas, trata de los dilemas éticos y jurídicos y la perspectiva de la gestación por sustitución desde el papel de las Administraciones Públicas. En su investigación pretende explicar el marco normativo que regula esta práctica, aclarar cómo se puede delimitar el momento del nacimiento del vínculo de parentesco y sus implicaciones en cuanto a la atribución de la maternidad y la paternidad e identificar los mecanismos de protección de los derechos humanos y presentar la situación del contrato de maternidad subrogada en España.

El capítulo II es fruto de la colaboración de las profas. María Salar y Marta Albert, Prof<sup>a</sup>. Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos. En se analizan las consecuencias ético-jurídicas derivadas del intercambio de embriones, planteando la pregunta sobre si el conocido principio de *¿mater Semper certa est?* es decir, «La madre es siempre conocida», es aplicable o no en este ámbito. Para ello, confrontamos dos casos de intercambios de embriones en dos hospitales distintos (Nueva York y Roma) con dos soluciones distintas: en un caso el bebé se atribuyó a la madre gestante, siguiendo el ppio mencionado, y en el otro el juez de NY falló a favor de los padres genéticos señalando que “El ADN es ADN y la genética juega un papel importante en todo”, truncando ese principio.

En el caso de la MS, aunque trate de presentarse como una técnica más de reproducción humana asistida, su introducción implicaría la excepción al principio de atribución de la maternidad a la gestante, en el que la regulación de las técnicas de reproducción asistida se fundamenta.

El capítulo del profesor de Verda, analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo, poniéndola en relación con los más recientes casos decididos por el Tribunal Europeo de Derechos humanos, ofreciendo una visión coherente del sistema español en la materia a la luz del principio constitucionalidad de la dignidad de la persona.

El profesor de Ciencias jurídico-políticas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Joao Carlos Loureiro, nos cuenta en su capítulo “La (in) experiencia portuguesa” entorno a la maternidad subrogada. El profesor Loureiro magistrado del Tribunal Constitucional portugués presenta en su capítulo “Gestación subrogada y dignidad(es): la (in)experiencia portuguesa”, una breve síntesis del panorama portugués en torno al problema de la tradicionalmente llamada “maternidad subrogada” (“gestación subrogada” o “gestación por sustitución” – *gestação de substituição*, en el actual marco legal).

Para entender la cuestión de la llamada maternidad subrogada se mira al “horizonte” o a la circunstancia, considerándose brevemente el “triunfo de la voluntad”, la “ultravictimización”, un llamado “derecho a felicidad”, la afirmación de la tecnociencia y la “alter-uterinidad.

Inicialmente, la Ley de la Procreación Médicamente Asistida (LPMA – Ley n. 32/2006, de 26 de julio) prohibía expresamente esta práctica. Sin embargo, la Ley n. 25/2016, de 22 de agosto, alteró la referida Ley, permitiéndola en condiciones muy estrictas (entre otras, excepcionalidad – solo “en los casos de ausencia de útero, de lesión o de enfermedad de este órgano que impidan de forma absoluta y definitiva el embarazo de la mujer o en situaciones clínicas que lo justifiquen”; gratuidad; conexión genética del embrión al menos a una persona beneficiaria; la gestante no puede ser, en ningún caso, la madre genética, es decir, no puede contribuir con el ovocito). Se asistió entonces a una saga jurisprudencial y legislativa: primero, la Sentencia del Tribunal Constitucional (*Acórdão* TC n.º 225/2018) que entendió que la Constitución de la República Portuguesa (CRP) no rechaza la “gestación subrogada” como tal, pero esta solo sería admisible cuando se respetara un conjunto muy estricto de condiciones; después el Parlamento aprobó un nuevo diploma, que el Tribunal Constitucional también censuró (*Acórdão* TC n.º 465/2019); finalmente, fue aprobada la Ley n. 90/2021, de 16 de diciembre, que estableció el actual marco normativo, sucintamente analizado en este capítulo, introduciendo algunas precisiones (v.g., en la formulación de la excepcionalidad) y desarrollando algunas soluciones.

Emilio J. Belencoso, ha contribuido a esta obra con un capítulo en el que relaciona la maternidad subrogada con la prestación por maternidad.

Por último, el capítulo que cierra esta obra colectiva es el de la profesora de la UCV, Mar Aranda, en el que trata de aproximarse a aquellos conflictos que pueden derivarse de un contrato de maternidad subrogada y, una vez identificados, analizar si la mediación, como método alternativo de solución de conflictos, puede desplegar sus efectos beneficiosos para las partes como: a) alcanzar el acuerdo más beneficioso para todos los implicados en el conflicto; b) evitar acudir a los tribunales de justicia para litigar; c) Cuidar por el interés superior del menor; d) rapidez y efectividad en el tiempo de resolución; e) flexibilidad del procedimiento de mediación; o f) el estar asistidos por un tercero imparcial y neutral, denominado mediador.

En definitiva, *Maternidad subrogada. La nueva esclavitud del siglo XXI* es un libro que ofrece una visión amplia y diversa de una práctica controvertida y compleja, analizando sus diferentes dimensiones desde distintos enfoques disciplinarios. Se trata de una obra que invita a reflexionar y a debatir sobre los retos éticos, sociales

y jurídicos que plantea la gestación subrogada, y que busca aportar herramientas para un análisis crítico y riguroso de esta cuestión.

**Pedro Chaparro Matamoros**

Prof. Contratado Dr. de Derecho Civil

Universitat de València