



ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE VIENTRES DE ALQUILER A LA VISTA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE ADOPCIÓN

SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE CONTRACT OF SURROGATE MOTHER IN VIEW OF THE SPANISH LEGISLATION ON ADOPTION

JOSÉ EUGENIO AZPIROZ VILLAR

Abogado

Doctor en Derecho

Profesor Filosofía del Derecho IEB

Plaza Ignacio Mercader nº 2-5º A

20.010-San Sebastián

Teléfono 660520537; eugenio.azpiroz@gmail.com

RESUMEN:

Palabras clave:

Consentimiento.
Adopción neonatos.
Vientres de alquiler.
Nulidad contractual.
Dignidad humana.

Recibido: 02/04/2018

Aceptado: 11/09/2018

El derecho español, artículo 177 del Código Civil, y el Convenio Europeo de adopción de menores requieren para la validez del consentimiento de la madre el transcurso, tras el parto, de seis semanas, en garantía de su libertad, consciencia y adecuada información. En contraste en los contratos de vientres de alquiler la mujer contratada en la gestación debe dar su consentimiento irrevocable de entrega del niño al nacer, ex ante del proceso, desprotegiéndola: impidiendo la revocación de su (aparente) voluntad inicial al concluir la gestación y conocer a su hijo ya nacido.

Además de la ilicitud del objeto de este contrato, pese a la existencia de derecho que lo positivice, debe considerarse el consentimiento prestado nulo de pleno derecho.

ABSTRACT:

Keywords:

Consent. Adoption neonatos. Contracts of surrogate mother.
Contractual nullity.
Human dignity.

Spanish law, article 177 of the Civil Code, and the European Convention on the minors' adoption require for the validity of the mother's consent, the passing of six weeks after the birth, as a guarantee of her freedom, consciousness and adequate information. In contrast, in the agreements of surrogate mother, the woman contracted for the pregnancy must give her irrevocable consent to give the child at birth, ex ante the process, leaving her unprotected: preventing the revocation of her (apparent) initial choice at the end of the pregnancy and knowing her child already born.

In addition to the illegality of the object of this contract, despite the existence of a law that makes it positive, the consent given must be considered null and void.

1. Introducción

En los últimos tiempos viene produciéndose un intenso debate social, político y jurídico en relación a legalización de los llamados contratos de vientres de alquiler o de maternidad/gestación subrogada, de su conveniencia o improcedencia a la luz de consideraciones éticas y sobre el respeto a la dignidad humana de la mujer contratada como gestante -en ocasiones también aportante de sus gametos femeninos- y del hijo a entregar tras el parto a cambio del precio previamente convenido por las partes contratantes. Como es sabido en España esta práctica contractual es declarada nula de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico como establece el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹ (LTRHA), cuyo antecedente legislativo, de idéntica literalidad al vigente, lo constituyó el también artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida², donde mediando precio o no se declara su nulidad. La pretensión legalizadora de estos contratos en nuestro país -puesto que en algunos otros ya son legales- es fundamentalmente impulsada por colectivos homosexuales, las agencias intermediarias de este negocio contractual, aunque no faltan tampoco algunas parejas heterosexuales estériles o personas solas. En el lado de quienes apoyamos la legislación actual se considera que la contratación de una mujer para que se geste a un niño ajeno, o incluso propio, constituye un manifiesto atentado de la dignidad de la madre, sea “solamente” gestante, o también biológica, y del hijo que debe ser entregado tras su nacimiento como consecuencia de esa relación mercantil y cosificadora de la vida humana que se degrada al nivel de auténtica *res in commercio*.

Numerosas voces provenientes del feminismo militante se han alzado contra este contrato, aunque su argumentación difiere de la expuesta, en cuanto se oponen al considerarlo, básicamente, una afrenta a la dignidad de la mujer en tanto es titular plena de su cuerpo y este no es susceptible de explotación. Lo cierto es que, tras muchas dudas y vacilaciones, los partidos

políticos comienzan a tomar posición en relación a este importantísimo tema. Según, se pudo escuchar en mesa redonda celebrada en el Club Siglo XXI el pasado 19 de febrero de 2018, recogida en la Gaceta³, con la participación e intervención de representantes de las cuatro principales fuerzas políticas de nuestro país, Podemos ha decidido finalmente posicionarse en contra, al igual que el PSOE, mientras Ciudadanos -que ha presentado una Proposición de Ley en el Congreso⁴- pretende la legalización de éste contrato con carácter altruista, aunque en su artículo 5.2 desarrolla una compensación económica resarcitoria que se llega a extender al lucro cesante, mientras que el PP parece que todavía no ha adoptado una posición definitiva.

Nuestro Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este contrato nulo de pleno derecho según nuestra legislación, pero como ya señalábamos antes resulta legal en determinados países, estableciendo el equilibrio preciso para preservar el interés superior del menor (acceso a la filiación) junto al debido respeto a nuestro ordenamiento jurídico; lo que ha resuelto por la vía del acceso a la filiación/paternidad por los cauces de la filiación biológica o, en su caso, adoptiva cuando tales causas concurrieran. Igualmente, el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH) ha conocido y se ha pronunciado sobre diversos conflictos especialmente en las demandas contra el estado francés a quien condenó (en base al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), en los casos Labasse y Menesson, a la inscripción de la filiación ya que los tribunales franceses extendían la nulidad contractual al extremo de negar la concurrente paternidad biológica actuando, con ello, en contra del interés del menor y de los derechos filiatorios del padre real. En el caso Paradiso-Campanelli contra Italia el TEDH ha dado la razón al estado italiano y reconocido la vigencia de su legislación filiatoria.

Ya hemos analizado anteriormente este importante debate jurídico, me remito a lo expuesto en artículo

1 Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, BOE número 126, Madrid, 27/05/ 2006

2 Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, BOE número 282, Madrid, 24/11/1988

3 La Gaceta Disponible en: <https://gaceta.es/civilización/pp-afiliados-vientres-de-alquiler-20180221-1410/> [Fecha de consulta: 15 marzo 2018].

4 Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, BOCG número 154-1, serie B, Congreso de los Diputados, Madrid, 8 de septiembre de 2017

publicado en *Actualidad Civil*⁵. Simplemente considero necesaria esta introducción que nos permite acceder a otras cuestiones, si se quiere más concretas, pero que contribuyen a resaltar la cosificación y mercantilización de la vida humana que se produce con estos contratos y su diverso tratamiento jurídico en relación a la adopción. Para ello vamos a considerar que las legislaciones que regulan este contrato lo hacen desde un afán garantista del cumplimiento de los extremos pactados en el mismo a efectos de dotarles de seguridad jurídica. Queremos valorar -para el supuesto que tal legalización alcanzara a España- que diferencias, si las hay, se producen con otras formas de adquirir la paternidad/maternidad como lo es con el caso de la adopción. Tendremos presente que a fin de este año conmemoraremos el 70 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶ (DUDH), del mismo modo tendremos presente la necesaria protección jurídica del menor y de sus padres, especialmente la madre en los procesos de adopción versus las mujeres gestantes en el contrato de alquiler de su vientre, centrándonos fundamentalmente en el consentimiento y en algunos aspectos médico-gestacionales.

2. Análisis legislación

Nuestra legislación requiere para la dación en adopción del niño que su madre preste su asentimiento transcurrido un período de tiempo desde el parto. Parece obvio el objetivo de evitar que se pueda dar en adopción un hijo sin permitir a la mujer su consideración o rectificación como madre del niño ya nacido. Con la exigible prudencia la legislación no permite la adopción "in utero"; en todo caso, de producirse esa declaración de voluntad queda condicionada a su posterior asentimiento, ratificación o rectificación, transcurrido un determinado plazo. No obstante, hay que decir que no siempre ha estado autorizada esta

adopción del niño y consecuentemente este período de tiempo no siempre ha existido; sin embargo, cuando se ha establecido, la Ley no siempre le ha dispensado la misma duración.

En consecuencia, vamos a ver el iter que se ha producido desde el Código Civil de 1889 hasta la actualidad y que sentido le podemos atribuir.

Antecedentes legislativos:

El Código Civil de 1889⁷ no prevé que la mujer tras el parto pueda dar en adopción a su bebé.

- La ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil⁸ no prevé el requerimiento del asentimiento, incluso su artículo 178, párrafo segundo, establece lo siguiente:

"Únicamente podrán ser adoptados (plenamente) los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres años en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueran prohijados antes de esa por los adoptantes."

- La Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción⁹ dispone en su modificación del artículo 173 del Cc quienes deben presentar consentimiento y quienes deben ser simplemente oídos en el proceso de adopción, pero no establece ningún plazo post-parto para el asentimiento en la adopción.

Por su parte la ley 11/1981 de 13 de mayo (BOE 119 de 19/05/1981) trata de la modificación del código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio sin afectar a la materia que ahora nos ocupa.

⁵ Azpiroz J. E., "El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del TS y de la UE, las posiciones parlamentarias" (La mercantilización y cosificación de la vida humana)", *Actualidad Civil*, número 2 (2017), páginas 72-81

⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, "*Los principales Tratados de los Derechos Humanos*", Edita Naciones Unidas, Ginebra, mayo de 2006

⁷ Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889, BOE, número 206, Madrid, 25/07/1889

⁸ Ley de modificación de determinados artículos del Código Civil de 24 de abril de 1958, BOE, número 99, Madrid, 25/04/1958

⁹ Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, BOE, número 161, Madrid, 7/7/1970

- La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción¹⁰ establece en el artículo 177.2. 2º, párrafo tercero, que:

“El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”

Conviene recordar en este punto que tal disposición quedó así redactada tras su paso por el Congreso de los Diputados ya que inicialmente el Proyecto de Ley del gobierno socialista¹¹ preveía *quince días desde el parto*. En efecto ello se produjo como consecuencia de la enmienda parcial número 41 del propio grupo parlamentario socialista¹², admitida en la ponencia, cuya justificación fue:

“El plazo propuesto de quince días parece demasiado corto. Es conveniente alargarlo a fin de que la madre, recuperada del puerperio, esté en plena libertad y consciencia para calibrar la gravedad del acto de asentimiento a la adopción de su hijo.”

Es decir, se deduce claramente que la ratio legis descansa en la acertada consideración de que en los días inmediatamente posteriores al parto la madre puede carecer de la plena libertad y precisa consciencia para otorgar su asentimiento a un hecho de la relevancia como lo es el dar a su hijo en adopción a terceros con la inmediata consecuencia de la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su madre, entre el adoptado y su familia anterior, además de los afectivos y psicológicos.

¹⁰ Ley 21/1987 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, BOE, número 275, Madrid, 27/11/1987

¹¹ Proyecto de ley de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, Congreso de los Diputados, boletín número 22-1, serie A, Madrid, 04/02/1987

¹² Congreso de los Diputados, Boletín Oficial número 22-4, Madrid, 13/03/1987, página 25

Podríamos aquí hacer otras consideraciones ante esta reforma del código civil de 1987 y a la persistente distinción entre el consentimiento, que se requiere a adoptante/s y adoptando, y el asentimiento. Sin embargo, ni a efectos de la RAE suponen conceptos esencialmente diferentes ni tampoco una ruptura terminológica con lo que ya señalaba en su preámbulo la Ley 7/1970 sobre adopción, ni con lo actualmente dispuesto en los artículos 781 LEC y 37 de la Ley 15/2015 de la ley de la jurisdicción voluntaria. Debemos hacer constar, no obstante, que esta distinción -que de profundizar en ella nos alejaría de nuestras pretensiones- fue objeto de serio debate en la comisión de justicia del Congreso¹³ entre los representantes del grupo popular, como enmendante, y del grupo socialista, como valedor del texto del gobierno, quien llegó a afirmar que el debate era casi de “tesis doctoral”. Sin entrar en mayores honduras, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, hemos de reconocer que el término consentimiento parece más acorde, incluso más sólido y adecuado a derecho, jurídicamente hablando, que al del asentimiento por el que optó el legislador.

Lo que nos resulta más relevante de esta reforma es el reconocimiento de la necesidad del transcurso de un tiempo suficiente, en este caso de 30 días, para emitir una declaración de voluntad libre y conscientemente: asentir en la adopción. Exigencia, por tanto, precisa para no emitir un consentimiento viciado.

- Ley 26/2015 de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁴ en cuyo preámbulo expone que:

“En relación con el procedimiento de adopción, el artículo 177 añade.... Igualmente, se establece, en este artículo, que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 6 semanas, en lugar de los 30 días ahora vigentes, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Adop-

¹³ Congreso de los Diputados, Diario Oficial Comisiones, número 143, Madrid, 15/06/1987, páginas 5286-5290

¹⁴ Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE, número 190, Madrid, 29/07/2015

ción hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España.”

Consecuencia de ello resulta la ampliación del plazo del asentimiento con la modificación que se hace del artículo 177.2 C.c a través del artículo 2.22 de esta Ley 26/2015.

Efectivamente el Convenio Europeo en materia de adopción de menores¹⁵ de 27 de noviembre de 2008 ha sido ratificado por España y pasa a formar parte de nuestro derecho interno con lo que el plazo previsto en el artículo 177 Cc queda ampliado a 6 semanas, es decir a 42 días, tal y como establece el artículo 5.5 del Convenio en cuanto manifiesta:

“El consentimiento de la madre para la adopción de su hijo sólo será válido cuando se preste después del nacimiento del mismo, al expirar el plazo previsto por la ley, que no deberá ser inferior a seis semanas o cuando no se hubiere especificado un plazo, en el momento en que, según la autoridad competente, la madre podría reestablecerse adecuadamente de las consecuencias del alumbramiento.”

El punto 2 de dicho artículo 5 realiza una importante precisión:

“Las personas cuyo consentimiento se requiere para la adopción deberán proveerse de los asesoramientos necesarios y estar debidamente informadas acerca de las consecuencias de su consentimiento, en especial acerca del mantenimiento o la ruptura, a causa de una adopción, de los vínculos legales entre el menor y su familia de origen...”

Dejando al margen el debate terminológico sobre el asentimiento o el consentimiento sobre el que, como ya

hemos dicho, nos parece más razonable el uso de este último término máxime cuando proviene de la literalidad del Convenio que ratificamos, queremos hacer las siguientes observaciones:

1.- Establecimiento de plazo de seis semanas tras el parto para consentir la madre válidamente.

2.- Cuando no exista plazo legal al respecto será la autoridad competente, judicial o administrativa, quien fije el momento en el que la madre se haya reestablecido adecuadamente del alumbramiento. De modo que no se puede consentir sin más inmediatamente después del parto, aunque la legislación que resulte aplicable no prevea plazo alguno.

3.- La madre debe estar adecuadamente asesorada e informada acerca de las consecuencias de su consentimiento, especialmente en la ruptura de vínculos legales con el menor. Debe tener un adecuado conocimiento de causa.

En el establecimiento de dichos derechos y limitaciones al consentimiento el propio convenio reconoce, en su preámbulo, la importancia de lo previsto en el artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989¹⁶:

“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán..... que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.”

4.- La misma exigencia de consentimiento informado, asesorado y libre de la madre la establece el artículo 4, c) del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993

¹⁵ Convenio Europeo en materia de adopción de menores, BOE, número 167, Madrid, 13/07/2011, páginas 77735-77743

¹⁶ Convención de los Derechos del Niño, ONU, 1989, “Los principales Tratados internacionales de derechos humanos”, Edita Naciones Unidas, Ginebra, 2006

relativo a la protección del Niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional¹⁷.

Por lo tanto, habida cuenta de la importancia y trascendencia del proceso de adopción se subraya la necesidad de que las personas en él interesadas lo hagan con el adecuado conocimiento de causa.

Centrado ya el tema de nuestro análisis pasamos a efectuar una valoración de la adopción post-natal y del contrato de alquiler de vientre.

3. "Empieza, niño pequeño, a conocer con la risa a la madre"

La bucólica cuarta de Virgilio (70-19 a. C.) es para Francisca Moya "una de las piezas de la literatura clásica que mayor atención ha suscitado, habiendo sido objeto de innumerables y variados comentarios y de toda suerte de interpretaciones." No entraremos en tal valoración, pero si fijaremos nuestra atención en concreto en su célebre verso 62:

"Incipe, parve puer, risu cognoscerem matrem"

En traducción de María José Echarte Cossío¹⁸, que utilizamos en el epígrafe, "*Empieza, niño pequeño, a conocer con la risa a la madre.*" Como acabamos de afirmar en esta cuarta égloga, en el verso que citamos, Virgilio ha sido objeto de variadas interpretaciones y diferentes traducciones en donde se ha discutido si "risu" se refiere a la sonrisa del niño o a la de la madre, pero con una aparente conformidad a que tal hecho se producía ex útero, una vez nacido. No obstante, pese al espacio limitado de que disponemos, queremos traer a colación algunos datos de orden médico y biológico que tal vez

permitan considerar hoy las palabras del poeta con el siguiente sentido: "Empieza el niño (no nacido) a conocer a su madre por la risa"; significado más que posible a la vista de los avances de la ciencia que nos descubre cada día la maravillosa complejidad del hecho gestacional y la vinculación mutua entre la madre y su criatura a nivel químico, hormonal, psicológico y emocional. Parece que a la vista de las palabras de Natalia López Moratalla¹⁹ cuando aborda el vínculo de apego filial, no estamos tan equivocados; "Más aún si recién nacidos oyen la voz de su madre la seguirán con la mirada: la reconocen precisamente porque su voz le es familiar. Se alegran, en la edad en que aún apenas gatea, cuando oye la música que su madre escuchaba, o las canciones que cantaba cuando le llevaba en su seno. Gira hacia donde suena y presta especial atención. Se siente bien porque forma parte de la impronta que ha recibido durante su desarrollo fetal. En esa música, y no en otra cualquiera, percibe "su música". Los sonidos de su mundo familiar."

Antonio Casciano²⁰ nos sitúa la cuestión en los siguientes términos: "una mirada integral a la condición ontológica de la mujer, nos introduce en el misterio de una unidad profunda entre su corporeidad, su sexualidad, su capacidad generativa. El intento de separar estas dimensiones, favoreciendo la absolutización de una sobre las otras, sería causa de instrumentalización de la dignidad de la mujer."

Para Angela Aparisi Miralles²¹ "La madre portadora pone a disposición de la pareja interesada sus funciones reproductivas, pero esta fuerte implicación corporal no se traduce en un empeño de todo su ser: la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la

19 López Moratalla N., "*Mater Semper Certa Est. El vínculo madre-hijo durante la Gestación*", en la Maternidad Subrogada, Jouve de la Barreda y varios autores, Editorial Sekotia, Madrid, 2018, páginas 77-78

20 Casciano A., "La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora", *Cuadernos de Bioética*, volumen XXIX, número 95 (2018), páginas 39-56

21 Aparisi A., "Maternidad subrogada y dignidad de la mujer", *Cuadernos de Bioética*, número XXVIII (2017), páginas 163-176

"En consecuencia la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. (Citando a Wilkinson) Tiene prohibida, psíquica y contractualmente, la formación de cualquier vínculo sentimental con el niño que porta en ella. En más de un 10% de los casos necesitan terapia intensa para superarlo."

17 Convenio de la Haya relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, BOE número 182, Madrid, 01/08/1995, páginas 23447-23454

Así, en el punto 1 del artículo 4, c) requiere que el consentimiento lo sea con el debido asesoramiento e información sobre las consecuencias del mismo; el punto 2, que se otorgue el consentimiento libremente y por escrito; el 3, sin mediar pago; y, el 4, que sea dado únicamente después del nacimiento del niño.

18 Echarte M. J., "Sobre el Misterio de la Egloga IV de Virgilio", *Publicaciones Didácticas*, número 57, abril de 2015, páginas 174-182

perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. De ahí la ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y espíritu”, añadiendo en su acertada consideración que: “De manera especial, hay que destacar los riesgos en la salud psíquica de la madre gestante, especialmente en la fase de post-parto, cuando tendrá que separarse del recién nacido.”

Por su parte, Natalia López Moratalla²² nos introduce en el muy interesante e importante tema de la comunicación materno-filial en el embarazo al que nos hemos referido antes al plantear si no existía ya desde la gestación una comunicación entre el niño y la madre a través del suave y alegre sonido de la risa de esta. En este sentido añade lo siguiente: “La gestación pone al hijo en relación con el mundo interno de su cuerpo y con el mundo exterior que es su hábitat humano, con sus sonidos y olores. Son los lazos naturales.” Resaltando este hecho de la comunicabilidad previamente ya había expresado nuestra autora que “Los diálogos del proceso biológico primordial, siendo en primer término moleculares, predisponen al hijo para el primer encuentro personal materno-familiar tras nacer.”

En este apego-materno-filial, al que nos referimos en la anterior nota a pie de página, Justo Aznar Lucea y Julio Tudela Cuenca²³ coincidentemente manifiestan:

22 López Moratalla N., “Comunicación materno-filial en el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*, volumen XX, número 70, (2009), páginas 303-316

“Las hormonas producidas en la gestación inducen en la mujer un intenso proceso neurobiológico natural que configura el que se pueda llamar *cerebro materno*. Es obvio que los vínculos que ligan a los progenitores con sus crías es condición de supervivencia de las especies. Las estructuras del cerebro animal, que procesan las emociones básicas -el sistema límbico- operan de forma rápida y automática, sobre todo, cuando implican respuestas decisivas para la supervivencia de mamíferos. Las hembras preñadas emplean para el proceso de vinculación maternal la vía específica de los sistemas de premio-recompensa. Sin el vínculo de apego maternal, con que la naturaleza les prepara para cuidar la prole, gracias a la plasticidad cerebral, no habrían subsistido muchas especies. En la conducta y en los sentimientos humanos la inclinación de la madre a cuidar y proteger a los hijos ocupa una posición única y privilegiada. Con el embarazo el cerebro de la mujer cambia, estructural y funcionalmente, al responder a las consignas básicas que recibe del feto. Este vínculo se refuerza con el parto y la lactancia porque el contacto cuerpo a cuerpo potencian los circuitos neuronales más fuertes de la naturaleza. El conocido como *vínculo de apego* afectivo y emocional forma parte del proceso biológico natural del embarazo.”

23 Aznar J. y Tudela J., “Maternidad subrogada. Aspectos Éticos”, en la *Maternidad Subrogada*, Jouve de la Barreda y varios autores, Editorial Sekotia, Madrid, 2018, página 91

“La maternidad subrogada rompe lo que se ha venido a denominar “apego materno filial”, que se puede definir como la relación afectiva y biológica que la madre experimenta hacia su hijo. Esta relación emocional entre madre e hijo comienza pronto, en la décima semana de gestación, aumentando a lo largo del embarazo, siendo importante para el normal desarrollo del hijo.”

Nicolás Jouve de la Barreda²⁴ nos dice que: “Durante el embarazo se establece una relación íntima y de simbiosis entre el bebé y la madre gestante que quedará interrumpida tras el nacimiento. La dependencia tiene su reflejo en la fisiología del cerebro de la madre durante el embarazo en íntima relación con los patrones de desarrollo del niño. De acuerdo con estudios sobre fisiología del cerebro materno durante un embarazo se produce una adaptación múltiple de la fisiología de la madre para optimizar el crecimiento y el desarrollo fetal, con el fin de proteger al feto, preparar el parto y asegurar un cuidado maternal adecuado después del parto... Se ha demostrado que hay una sincronía que coordina los patrones de cuidado maternal, mediado por la presencia de oxitocina (se trata de un neuropéptido cuyos efectos son de bienestar, confianza y efectos sobre la disposición ante los demás) y otros neuropéptidos que influyen en el estado de stress y tensión psicológica de la madre, como respuesta a las señales procedentes del feto durante el embarazo.”

Tras diversas consideraciones científicas adicionales indica que: “Esto unido a los efectos del desarrollo del cerebro refuerza la afirmación de la *relación psicológica imborrable* que se establece entre la madre gestante y el niño.”

Concluimos estas aportaciones científicas con acertadas palabras de Luis Miguel Pastor²⁵ “En síntesis, por un lado, un útero no es subrogable porque la maternidad está indisolublemente unida a la mujer que nunca puede ser objeto de transacción, y por otro, la dignidad del concebido, exige que las condiciones de la concepción,

24 Jouve de la Barreda N., “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, número XXVIII (2017), páginas 153-162

25 Pastor L. M., Nota del editor: “La maternidad, su valor y sentido como núcleo del debate bioético sobre la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, volumen XXVIII, número 93 (2017), página 152.

favorezcan la continuidad entre su origen, gestación, crianza y educación, siendo estas respetadas y no drásticamente alteradas.”

4. Sobre el consentimiento

Al valorar el contrato que nos ocupa, bajo el título de “embarazos de pago”, Michael Sandel²⁶ nos trae a colación el famoso caso ocurrido en New Jersey (llamado Mary B) entre William Stern contra Mary Beth Whitehead en el que en febrero de 1985 ambos firmaron un contrato en el que esta aceptaba una inseminación artificial con el esperma de Stern, proseguir el embarazo y entregarle el niño una vez hubiese nacido a cambio del pago de 10.000 dólares, más los gastos médicos, a desembolsar en el momento de la entrega del niño.

Muy resumidamente: Mary tuvo una niña y fue incapaz de separarse de ella con la que huyó a Florida. Detenida por la policía la polémica acabó en los juzgados de New Jersey donde en primera instancia el juez declaró la validez del contrato y la consecuente obligación de cumplirlo. Sin embargo, Mary Beth apeló ante el Tribunal Supremo de ese Estado que, por unanimidad, revocó la sentencia recurrida declarando que el contrato de subrogación era inválido, devolviendo la condición de madre a Beth aunque concediendo la custodia al padre biológico William Stern y su mujer por estimar que era lo mejor para la educación y crianza de la menor. A nuestros efectos dos grandes cuestiones se plantearon:

- Si el contrato de subrogación equivale a la venta del niño.
- Si la información y capacidad de consentir de la mujer era voluntaria o si estaba viciada, al desconocer el efecto de ser madre hasta tener a la niña.

En estas líneas vamos a detenernos en este segundo aspecto que nos parece nuclear en el análisis que realizamos, en definitiva, si el consentimiento prestado por la madre gestante es libre, voluntario, válido y capaz a los efectos contractuales donde la legislación permita esta práctica. A primera vista resulta obvia la diferencia

²⁶ Sandel M. J., “Justicia” (¿Hacemos lo que debemos?), Editorial Debolsillo, Barcelona, 2012, páginas 108-120

de trato jurídico entre la mujer que tras el embarazo -o habiendo mostrado su voluntad previamente- decide dar a su hijo en adopción: seis semanas tras el parto para prestar su asentimiento en contraste con quien resulta contratada para gestar a un niño quien presta su consentimiento, previo al propio embarazo, aun desconociendo los efectos que le puede producir el hecho de ser madre y los vínculos afectivos y emotivos generados por la propia gestación; es decir, sin nula posibilidad de revocar su inicial consentimiento. En este sentido ya hemos expuesto la razón legislativa que exige un período de tiempo para que la mujer sea capaz de asentir: en la reforma del Código civil de 1987 fue que la madre este *en plena libertad y consciencia para calibrar la gravedad del acto de asentimiento en la adopción del hijo*; en su ampliación a seis semanas en el Convenio Europeo de adopción de menores sobre la base de que el consentimiento para la adopción *deberá proveerse de los asesoramiento necesarios y estar debidamente informadas acerca de las consecuencias de su consentimiento*, siendo inválido el consentimiento prestado antes del transcurso de las seis semanas desde el nacimiento.

Dicho con otras palabras la mujer no está en condiciones de adoptar una decisión tan importante para su vida como para la de su hijo como es darlo en adopción en los momentos posteriores al alumbramiento ya que se producen situaciones de crisis postparto, dudas existenciales en relación a poder ejercer la maternidad adecuadamente o tener capacidad económica y material para ello, por lo que además desde el profundo vínculo generado entre ellos es preciso el transcurso de un tiempo suficiente que impida una decisión equivocada o un consentimiento viciado y, además, de carácter irrevocable.

Molly J. Walker²⁷ analiza el objeto de nuestro estudio en cuanto se refiere a las similitudes con la adopción en su parte II y, en cuanto al compromiso previo que implica la maternidad subrogada en su parte III. Afirma que muchas madres sustitutas sobreestiman su propia voluntad de separarse del niño al final del embarazo y que las

²⁷ Walker M.J., “Precommitment in Free-Market Procreation: Surrogacy, Commissioned Adoption, and Limits on human Decision Making Capacity”, *Journal of Legislation*, volumen 31, número 2 (2005), páginas 329-350.

legislaciones deberían, en primer lugar, impedir la subrogación. Sin embargo, dado que pueden darse tales contratos sin la autorización del estado, la legislación debe estar preparada para ello elaborando leyes sobre la responsabilidad de los adultos participantes en el contrato y ordenando acuerdos de custodia cuando sean necesarios. A su vez cita a la autora Friedlander M. ("A Maternalistic Approach to Surrogacy: Comment on Richard Epstein, *Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*") confirmando nuestra posición la madre sustituta "no puede haber predicho con precisión los efectos a largo plazo de lo que prometió antes de la concepción", por lo que considera el contrato de subrogación inapropiado.

Barbara Stark²⁸ en posición más matizada expone que en EE.UU. "varios estados han decidido que los contratos tradicionales de subrogación no son exigibles. Más bien no se les puede exigir a la madre sustituta que entregue un bebé porque ella aceptó hacerlo antes de que naciera." Aunque añade: "Cuando el bebé no es descendiente biológico de la madre sustituta, sino biológicamente de un donante de ovulos los argumentos cambian, los legisladores han dejado estos delicados asuntos a los tribunales."

Consideramos que esta enorme diferencia de trato jurídico -consentimiento "ex ante" en un caso y "ex post" en el otro se traduce lisa y llanamente en la plena indefensión de la madre contratada como gestante a quien se obliga a un acto irrevocable cuando carece de conocimiento y eventual capacidad de consentimiento en lo que implica la entrega de su hijo cuando siguiendo el viejo principio de nuestro derecho *mater semper certa est*, y en virtud de él²⁹, es ella y no otra la madre; colocándola en una posición rayana en lo que constituye un auténtico abuso de derecho.

En este sentido María José Guerra-Palmero³⁰ afirma "una paradoja: un supuesto libre consentimiento, vía

contrato o acuerdo, que anula, con respecto al futuro inmediato, la misma autonomía reproductiva de la mujer. Invocar la autonomía para luego, acto seguido, suspenderla, es lógicamente contradictorio, y desde el punto de vista de la ética, simplemente aberrante, pues liquida la propia autonomía como principio." Y, añade: "La autonomía no puede cancelarse temporalmente: debe actualizarse en cada momento porque el consentimiento informado es un proceso y no un mero resultado."

Sin embargo los legisladores sobre los procesos de adopción si han tenido presente la necesidad de un consentimiento informado, claro y maduro cuyo reverso lo constituye la legislación permisiva de los contratos de alquiler donde la necesidad de la pervivencia contractual, ante la evitación de los naturales litigios que se producen cuando la madre al dar a luz no quiere hacer la entrega del hijo a que indebidamente se había obligado, se basa en un garantismo en favor de la parte fuerte de la relación -los demandantes de la gestación y entrega- obligando a la mujer subrogada a otorgar un consentimiento previo incluso al embarazo y la gestación, previo a cuando, en su caso, realmente podría prestarlo.

Tanto el legislador español como el europeo, en la Convención Europea sobre adopción de menores, han tenido en consideración lo que la Declaración Universal de derechos Humanos de 1948 establece en su artículo 25.2 cuando reconoce: "La maternidad y la infancia tienen el derecho a cuidados especiales" lo que, sin duda, debió inspirar la necesidad de *conocimiento de causa* que requiere el artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, así como el consentimiento libre, informado y gratuito que se requiere el artículo 4 de la Convención de la Haya de 1993 antes citado.

Como expresa Anne Cadoret³¹ "Esta separación de los dos universos (se refiere al del individuo único y singular que no puede ser vendido o intercambiado, por un lado, y a los objetos que pueden ser vendidos o

28 Stark B., "Transnational Surrogacy and International Human Rights Law", *ILSA Journal of International and Comparative Law* 369", (2011-2012), páginas 369-386

29 Aunque, obviamente, en términos genéticos la madre pudiera ser otra diferente de la madre gestante.

30 Guerra-Palmero M. J., "Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal", *Gaceta Sanitaria*, número 31-6 (2017), páginas 535-538.

31 Cadoret A., "Peut-on rapprocher la gestation pour autrui de l'adoption?", *Recherches Sociologiques et Anthropologiques*, número 41-2 (2010), páginas 5-23

intercambiados, por el otro) se respetaría respecto a la adopción: el Convenio de la Haya hace un llamamiento a los países de origen de los adoptados para garantizar que <<no se haya obtenido el consentimiento a cambio de un pago o compensación de cualquier tipo>> (Capítulo II, artículo 4).”

5. Conclusiones

Primera: Se produce un intenso contraste, auténtica contradicción, en el trato jurídico y exigencia legal en cuanto a la adquisición filiativa mediante la adopción post-parto en relación al contrato de vientres de alquiler. Hay que considerar de partida que la Ley europea, señaladamente la española, basa la regulación del asentimiento de la madre tras el nacimiento de su hijo para su adopción en varios factores: primero, en base a la necesaria plena libertad y consciencia de la madre para calibrar la gravedad de su acto puesta de manifiesto en la enmienda que amplió a 30 días el plazo establecido en el Proyecto de Ley de modificación del Código Civil, de 1987, en su artículo 177.2 ; segundo, en el asesoramiento necesario y estar debidamente informada acerca de las consecuencias de su consentimiento (artículo 5.5 Convenio Europeo de adopción de menores); tercero, a prestar su consentimiento con conocimiento de causa (artículo 21 Convención NU sobre los derechos del niño); cuarto, ello dentro de un contexto del derecho a cuidados especiales de la maternidad y la infancia (artículo 25.2 DUDH), y, en consecuencia actualmente establece dicho artículo 177.2 C.c. que para que el consentimiento materno sea válido deben transcurrir seis semanas desde el parto.

Las regulaciones del contrato de alquiler de vientres, donde éste es legal, requieren el consentimiento de la mujer contratada como gestante con carácter previo a su inseminación o transferencia de embriones, gestación y parto debiendo entregar al hijo tras el nacimiento: es la garantía de cumplimiento del contrato, dota de seguridad jurídica a las pretensiones del contratante/s de recibir al niño nacido. Contrato que, en España, como en la mayoría de los principales países de la UE, es nulo de pleno derecho.

Las numerosas y justificadas razones legales sobre el plazo de consentimiento de la adopción plantea un asentimiento ex post a la existencia del niño que se ve, igualmente, avalado por la ciencia que se basa en múltiples razones: la relación de apego materno-filial, los vínculos mutuos de todo tipo que se generan entre la madre y el hijo desde la gestación, los factores bioquímicos y psicológicos entre ambos, a los que aun brevemente nos hemos referido. En el contrato de alquiler hay un obligado consentimiento ex ante y no se tiene, por tanto, en consideración ni la dignidad, ni la capacidad, ni los efectos, afectos y emociones o derechos fundamentales de la mujer y del niño.

Segunda: Existe una cierta corriente que considera se debería restringir la legalidad del contrato limitándola en los países donde la mujer se pueda encontrar en un estado de necesidad insuperable, pobreza manifiesta, como circunstancia que pudiera considerarse un vicio del consentimiento -falta real de capacidad para decidir-, por constituir una explotación de la misma.

Nuestra posición va más allá. Consideramos que deben ser tratados dichos contratos como nulos de pleno derecho no sólo por la situación económica de la mujer sino porque carece del conocimiento y la libertad de lo que otorga: el hijo al nacer cuya entrega se obliga antes de su propia existencia, es decir el poder incurrir en un error manifiesto. A este argumento se le debe añadir el hecho de que la vida y dignidad humanas no son cosas “in comercio” -no todo se compra y se vende-. Exaltados los derechos humanos fundamentales vemos como, paradójicamente, hoy día, en muchos lugares, la consideración de la vida y dignidad humana quedan supeditadas a su transacción, cosificación, mercantilización, a través de su arrendamiento o venta.

Transformar la vida y dignidad humanas e incluirlas como “res in comercio” conlleva necesariamente efectos negativos: como el no derecho del menor a su identidad; conflictos de los contratantes gestantes cuando el embarazo es múltiple o cuando el feto tiene malformaciones; la no “perfección” del contrato cuando la mujer no queda embarazada o no da a luz con los requisitos establecidos por los contratantes; problemas

de filiación del menor en países donde esta práctica es ilegal; consecuencias biológicas y psicológicas en la madre y el hijo,... Sobre algunas de ellas nos parece conveniente profundizar en futuras ocasiones. Nuestra conclusión hoy es que no existe causa legal ni humana que justifique estos contratos (por más que entendamos el ansia de paternidad), especialmente, cuando obligan al otorgamiento de un consentimiento ex ante situando en este particular y nuclear punto jurídico en una clara indefensión a la futura gestante. Nuestro ordenamiento jurídico, en protección de la mujer, si le exige en caso de la adopción no consienta hasta transcurridas seis semanas desde el nacimiento.

En esta convicción sobre la invalidez del consentimiento en la gestación subrogada, más allá de los matices jurídico civiles, desde una perspectiva ética y filosófica no se puede aceptar que en el supuesto de que la mujer gestante antes ya haya sido madre se entienda que tiene una plena capacidad de consentir. No, cada hijo es único, personal y diferente y el vínculo que con él se tiene no se puede conocer antes de gestarlo y conocerlo; es decir, no se puede tener capacidad libre y válida a la hora de firmar el contrato. No se puede aceptar la validez de un consentimiento irrevocable sobre algo que aún no ha sucedido -el hijo- y cuyo efecto en cada caso concreto desconocemos, pero nos impide en el futuro cambiar nuestro supuesto "consentimiento" y voluntad inicial. En todo caso -aun admitiendo dialécticamente la autonomía y consciencia de la mujer a prestar libremente su consentimiento- éste no puede tener por objeto la mercantilización de la vida y dignidad humanas ni impedir a la madre gestante la revocación de su voluntad inicial a la hora del nacimiento de su hijo.

Tercera: A la vista de lo expuesto mi personal convicción es que jurídica y éticamente los contratos de gestación sustituta, con independencia de que lo permitan determinadas legislaciones positivas, no son asimilables a la adopción de neonatos y deben considerarse -tanto por su objeto, como por sus eventuales efectos sobre la gestante y el niño, como por la incapacidad o error que se pueda producir en el consentimiento de la mujer contratada- nulos de pleno derecho.

Referencias

- Aparisi A., "Maternidad subrogada y dignidad de la mujer", *Cuadernos de Bioética*, 2017; 28(93): 163-175.
- Aznar J. y Tudela J., "*Maternidad subrogada. Aspectos Éticos*", en la Maternidad Subrogada, Jouve de la Barreda y varios autores, Editorial Sekotia, Madrid, 2018, página 91
- Azpiroz J.E., "El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del TS y de la UE, las posiciones parlamentarias" (La mercantilización y cosificación de la vida humana)", *Actualidad Civil*, número 2 (2017), páginas 72-81
- Cadoret A., "Peut-on rapprocher la gestation pour autrui de l'adoption", *Recherches Sociologiques et Anthropologiques*", número 41-2 (2010), páginas 5-23
- Casciano A., "La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora", *Cuadernos de Bioética*, 2018; 29(95): 39-56
- Congreso de los Diputados. "Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución", BOCG número 154-1, serie B, Madrid, 8 de septiembre de 2017
- Congreso de los Diputados, Boletín Oficial número 22-4, Madrid, 13/03/1987, página 25
- Congreso de los Diputados, Diario Oficial Comisiones, número 143, Madrid, 5/06/1987, páginas 5286-5290
- Convención de los Derechos del Niño, ONU, 1989, "Los principales Tratados Internacionales de derechos humanos", Edita Naciones Unidas, Ginebra, 2006
- Convenio Europeo en materia de adopción de menores, BOE, número 167, Madrid, 13/07/2011, páginas 77735-77743
- Convenio de la Haya relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, BOE, número 182, Madrid, 01/08/1995, páginas 23447-23454
- Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889, BOE, número 206, Madrid, 25/07/1889
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, "Los principales Tratados de los Derechos Humanos", edita Naciones Unidas, Ginebra, mayo de 2006

- Echarte M.J., "Sobre el Misterio de la Egloga IV de Virgilio", *Publicaciones Didácticas*, número 57 (2015), páginas 174-182
- Guerra-Palmero M.J., "Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal", *Gaceta Sanitaria*, número 31-6 (2017), página 535-538
- Jouve de la Barreda N., "Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, 2017; 28(93): 153-162
- Gaceta La (Publicación en línea) Disponible en: <https://gaceta.es/civilización/pp-afiliados-vientres-de-alquiler-20180221-1410/> [Fecha de consulta: 15 marzo 2018]
- Ley de modificación de determinados artículos del Código Civil de 24 de abril de 1958, BOE, número 99, Madrid, 25/04/1958
- Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, BOE, número 161, Madrid, 7/7/1970
- Ley 21/1987 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, BOE, número 275, Madrid, 27/11/1987
- Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, BOE número 282, Madrid, 24/11/1988
- Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, BOE número 126, Madrid, 27/05/ 2006
- Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE, número 190, Madrid, 29/07/2015
- López Moratalla N., "Mater Semper Certa Est. El vínculo madre-hijo durante la Gestación", en la Maternidad Subrogada, Jouve de la Barreda y varios autores, Editorial Sekotia, Madrid, 2018, páginas 77-78
- López Moratalla N., "Comunicación materno-filial en el embarazo", *Cuadernos de Bioética*, 2009; 20(70): 303-315
- Pastor L.M., Nota del editor: "La maternidad, su valor y sentido como núcleo del debate bioético sobre la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, 2017; 28(93): 151-152.
- Sandel M. J., "Justicia" (*¿Hacemos lo que debemos?*), Editorial Debolsillo, Barcelona, 2012, páginas 108-120
- Stark B., "Transnational Surrogacy and International Human Rights Law", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 369, (2011-2012), páginas 369-386
- Walker M.J., "Precommitment in Free-Market Procreation: Surrogacy, Commissioned Adoption, and Limits on Human Decision Making Capacity", *Journal of Legislation*, volumen 31, número 2 (2005), páginas 329-350