

DILEMAS ÉTICOS SOBRE LA REPRODUCCIÓN HUMANA. LA GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN¹

BEATRIZ SOUTO GALVÁN
Universidad de Alicante

El 10 de julio de 2006 el diario *El País* publicó un artículo titulado «Decenas de mujeres se ofrecen en España como madres de alquiler». El subtítulo es todavía más elocuente: «La mayoría de ellas son extranjeras, se anuncian por Internet y ceden su útero por 15.000 euros». No se trata, sin embargo, de una noticia aislada acerca de un tema obsoleto. A mediados de los años 70 del siglo pasado se comenzó a efectuar una técnica reproductiva denominada vulgarmente «alquiler de útero», que, pese a la general reprobación jurídica a la que se ha visto sometida, sigue practicándose con relativa frecuencia. El conflicto ético-jurídico que genera esta práctica no ha sido resuelto definitivamente ni en el ámbito estrictamente ético ni en el legislativo, por lo que la problemática que de ella se deriva continúa plenamente vigente.

1. ALGUNAS PRECISIONES PREVIAS

Debemos detenernos, antes de centrar nuestro análisis en las implicaciones éticas derivadas de esta práctica, en diversas cuestiones terminológicas y conceptuales no resueltas definitivamente por la doctrina que, desde diversas áreas de conocimiento, ha tratado esta cuestión.

La terminología utilizada² para referirse a este tipo de técnica reproductiva presenta numerosas variantes, siendo las más usuales: «maternidad subrogada», «gestación de sustitución», «alquiler de útero» o «maternidad portadora»³. Aun-

1. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de investigación «Bioética y Derechos humanos», dirigido por el Profesor J. A. Souto Paz (Universidad Complutense de Madrid).

2. Sobre esta cuestión vid. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y MASSIGOGUE BENEGIU, J.M.: *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 19.

3. Esta última denominación fue la utilizada por el «Comité of Experts on Genetic Engineering», creado por el Consejo de Europa en 1982, para referirse a la «técnica que consiste en que una mujer lleva en su cuerpo implantado un embrión hasta el nacimiento para beneficio de otra mujer o pareja».

que mayoritariamente se ha optado por el término «maternidad subrogada», esta denominación no está exenta de críticas⁴; por una parte, el término «subrogada» resulta inadecuado para incluir los supuestos en los que hay aportación genética de la madre portadora, y, por otro, se ha indicado también que el vocablo «maternidad» engloba una realidad mucho más extensa que la referida a la gestación. Respecto a otra de las denominaciones más usuales: «alquiler de útero», también encuentra detractores debido a que, evidentemente, no se aporta únicamente el útero en el proceso gestacional⁵.

En mi opinión, la denominación más correcta es la que se utilizó por la Comisión especial de estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas (Comisión Palacios): «gestación de sustitución», puesto que se trata de un término que se adecua en mayor grado a la realidad que comprende que cualquier otro de los términos a los que hemos hecho referencia. Sin embargo, podrían plantearse también algunas objeciones en el caso de que la mujer que va a llevar a cabo la gestación aporte su material genético, ya que en este supuesto la gestante asume también la maternidad biológica.

Los problemas no se agotan, no obstante, en el ámbito terminológico puesto que se plantean también dudas acerca de la propia noción de «gestación de sustitución». Se ha definido la gestación de sustitución como la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño mediando un pacto o compromiso por el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra persona o personas que asumirán la paternidad o maternidad del mismo⁶.

El caso más frecuente de gestación de sustitución es aquel en el que el embrión de una pareja es implantado en el útero de una mujer que llevará a cabo la gestación y posteriormente dará a luz, obligándose a entregar el niño a sus padres biológicos. Pero, por otra parte, es posible que la madre portadora aporte también su óvulo que será fecundado con el semen del varón de la pareja, que tiene la intención de asumir la patria potestad. Siendo éstas dos las modalidades más frecuentes, hay que advertir, no obstante, que bajo el término maternidad subrogada se incluyen otras variantes, como por ejemplo, que la pareja que tiene intención de asumir la patria potestad del hijo gestado por sustitución no

4. Entre otros, FERNÁNDEZ-PACHECO, entiende que «esta denominación de «madre subrogada» es una expresión poco precisa y más bien periodística» («La maternidad subrogada en Norteamérica: la Sentencia de Baby M», *RGLJ*, 5 (mayo 1988), pp. 647-683, p. 649).

5. En este sentido M. PÉREZ MONGE: «me parece que la denominación «alquiler de útero» ha de ser criticada por su incorrección y falta de precisión, ya que la gestación es un concepto mucho más amplio, y supone la puesta a disposición de todo el ser de la gestante para atender su embarazo» (*La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 331).

6. Esta noción es la utilizada por Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, aunque la autora reduce el sujeto receptor de los derechos sobre el recién nacido a la madre que asumirá la maternidad legal del mismo (*El Derecho a la Reproducción Humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 136).

aporte su material genético, o que no se trate de una pareja sino de un hombre o una mujer que quieren asumir la paternidad o maternidad en solitario⁷.

Dada la diversidad de modalidades que podemos encontrar en la práctica, la definición más acertada me parece la propuesta por Pérez Monge: «podría definirse el contrato de maternidad subrogada, en sentido amplio, como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes —una persona o pareja, casada o no—, que podrán aportar o no sus gametos».⁸

2. LA GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La legislación española prohíbe expresamente la gestación por sustitución desde la aprobación, en 1988, de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida⁹, y ninguna de las reformas posteriores ha modificado dicha prohibición¹⁰.

7. Algunos autores, no obstante, reducen el concepto de gestación por sustitución al supuesto de la mujer que «acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y, además, renuncia a sus derechos materno filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo» (VIDAL MARTÍNEZ, J.: *Las nuevas formas de reproducción humana*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1988, p. 180).

8. PÉREZ MONGE, M.: *La filiación...*, op.cit., p. 329.

9. El artículo décimo de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida disponía al respecto: «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales». Este artículo ha sido integrado sin modificación alguna en la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Las Declaraciones internacionales sobre derechos humanos no se pronuncian generalmente sobre la gestación de sustitución. En el ámbito de la Unión Europea debemos tener en cuenta que el Parlamento Europeo en su Resolución (A 2-372/88), aprobada el 16 de marzo de 1989 mantuvo que toda forma de maternidad bajo comisión fuese prohibida y se declarase punible la mediación comercial, debiendo prohibirse asimismo los impresos anunciadores de tal actividad y el comercio de embriones o gametos (MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y MASSIGOGUE BENEGIU, J. M.: *La maternidad portadora...*, op.cit., p. 71). También debemos tener presente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (incorporada recientemente a la Constitución Europea) que, aunque no la rechaza expresamente, prohíbe que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro (art.3). Nos parece también relevante destacar la solución adoptada en torno a esta materia en la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Fecundación In Vitro y el Trasplante de Embriones (Madrid 1987): «En el caso de una mujer adulta que no tiene útero, el recurso al método de maternidad substituta es posible mientras este método no esté prohibido por las leyes vigentes o las normas éticas de la asociación médica nacional, o de otros organismos médicos apropiados. Se debe obtener el consentimiento libre y claro de las partes que participan de cualquier forma en este método de maternidad substituta. El uso de este método presenta repercusiones legales, éticas y morales, y el médico debe conocerlas y tenerlas en cuenta en toda decisión de recurrir a dicho método. El párrafo anterior no pretende apoyar el llamado acuerdo de los padres substitutos, mediante el cual una mujer acepta, por una determinada cantidad de dinero, ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre con el fin de concebir una criatura que será adoptada por tal hombre y su esposa».

10. La Ley de reproducción asistida de 1988 fue modificada por Ley 45/2003.

Es interesante resaltar que, durante la tramitación parlamentaria de la actual Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 26 de mayo, ningún Grupo Parlamentario ha presentado enmiendas que trataran de modificar la legislación vigente, otorgando la posibilidad de legalizar este tipo de práctica en nuestro país.

Antes de entrar en el análisis de la normativa vigente conviene tener presente que el legislador español a la hora de regular el campo abierto por las nuevas técnicas de reproducción humana, decidió recurrir a la creación de una Comisión especial de estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas (Comisión Palacios), a la que fueron convocados un grupo de expertos relacionados con estas cuestiones (biólogos, ginecólogos, juristas, filósofos y moralistas) que pudieron asesorar al cuerpo legislativo acerca de los problemas genéticos, biológicos y éticos que planteaba la reproducción asistida¹¹.

El Informe elaborado por esta Comisión (aprobado en 1986)¹² adoptó una serie de criterios que fueron determinantes en la regulación de la gestación de sustitución, contenida en la ya derogada Ley de 1988. Antes de analizar los supuestos concretos que iban a ser abordados por el legislador, la Comisión especial sintió la necesidad de determinar que ética debía utilizarse para delimitar las entonces recientes innovaciones sobre reproducción asistida¹³. La respuesta que la Comisión aportó a este interrogante podemos encontrarla en la propia Exposición de Motivos la legislación precedente: «Desde una perspectiva ética, el pluralismo social y la divergencia en las opiniones se expresan frecuentemente sobre los distintos usos que se dan a las técnicas de reproducción asistida. Su aceptación o su rechazo habrían de ser argumentados desde el supuesto de una correcta información, y producirse sin motivaciones interesadas ni presio-

11. SOUTO, J.A.: *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 317. Hacemos una referencia a todo este proceso legislativo debido a que la actual legislación no ha modificado nada de lo dispuesto en la primera, por lo que todavía nos sirve como criterio orientativo el primer contacto que el legislador español tuvo con la problemática que ahora tratamos.

12. Sobre esta cuestión vid. SOUTO, J.A.: «El Informe Palacios y la Ley de Reproducción asistida», en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 187-196.

13. *Ibid.*, p. 190. El debate abierto acerca de la posibilidad de utilizar una ética común como límite a determinados avances de la biomedicina continúa sin encontrar una respuesta unánime. En este sentido, H. TRISTRAM ENGELHARDT afirma: «Junto a la preocupación actual por establecer unos fundamentos, se ha intentado derivar del discurso o de la idea de una democracia constitucional y liberal, la autoridad racional para imponer una interpretación común del bien. La dificultad de este proyecto radica en el hecho de que para derivar dicha autoridad de una normativa sobre cómo debe comportarse el ser humano, o de una interpretación común de una forma de gobierno correcta, tiene que existir previamente un fondo moral, un concepto de racionalidad moral común, o una interpretación común sobre la propiedad de un género particular de gobierno constitucional, democrático y liberal. Sin embargo, este proyecto fracasará si hay diferencias básicas sobre cómo evaluar los valores básicos del ser humano, sobre cómo participar del discurso, o sobre cómo interpretar una democracia liberal constitucional» («Salud, Medicina y Libertad: una evaluación crítica», *Libertad y Salud*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, 1 (1999), pp.11-28, pp.22-23, www.fundaciogrifols.org)

nes ideológicas, confesionales o partidistas, sustentándose únicamente en una ética de carácter cívico o civil, no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radique en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general; una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría y a los contenidos constitucionales, pueda ser asumida sin tensiones sociales y sea útil al legislador para adoptar posiciones o normativa».

Partiendo de estas premisas éticas, la Comisión, cumpliendo con la tarea encomendada, abordó el estudio de aquellos aspectos más conflictivos de la futura normativa; y, entre otros, el conflicto relativo a la posibilidad o no de admitir en nuestro ordenamiento la técnica reproductiva denominada «gestación de sustitución».

Realmente, al afrontar esta problemática, la Comisión contaba ya con variada documentación, si bien destaca –por sus semejanzas con las conclusiones finales emitidas en el Informe Palacios– el Informe Warnock elaborado en Reino Unido en 1984¹⁴, que emitió las siguientes Recomendaciones:

- a) Debe introducirse una legislación que convierta en delictiva la creación o funcionamiento en el Reino Unido de agencias entre cuyos fines esté el reclutamiento de mujeres para embarazos subrogados o la realización de gestiones a favor de individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una mujer portadora; semejante legislación debe ser lo suficientemente amplia como para incluir organización lucrativa y no lucrativa.
- b) La legislación debe ser lo suficientemente amplia como para hacer penalmente responsables a los profesionales y otras personas que ayuden a sabiendas a establecer un embarazo subrogado.
- c) Debe establecerse por ley que todos los acuerdos que tengan como objeto la subrogación sean contratos ilegales y, por tanto, no podrán hacerse valer ante los tribunales.

La Comisión pudo contar también con otro tipo de reflexiones, gracias a los informes elaborados por diversos organismos, que tuvieron interés en aportar su opinión al respecto, entre otros, con el elaborado por el Instituto de la Mujer (1985). Éste parte de una valoración positiva de las nuevas técnicas de reproducción asistida, como ayuda para superar la infertilidad. Pero, además, plantea ya la posibilidad de que, mediante estas nuevas técnicas, puedan las mujeres optar por la maternidad, sin tener que someterse al previo proceso gestacional. Posibilidad que, sin duda, –afirman– «representaría un paso más en el dominio de la naturaleza por el ser humano y propiciaría un cambio cultural de singular relevancia en relación con los roles tradicionales, al cuestionar quién debe asumir la responsabilidad del cuidado de los hijos, tarea encomendada con exclusividad a las mujeres durante siglos en todas partes del mundo y que ha sido, sin duda, el motivo fundamental de que la población femenina haya participado siempre

14. Recomendaciones contenidas en el «Informe de la Comisión de Investigación sobre fecundación y embriología humana» (Londres, julio 1984).

en el resto de las actividades sociales en situación de inferioridad respecto al hombre»¹⁵.

La opinión del Instituto de la Mujer es clara, como vemos, respecto a la eventual disgregación entre reproducción y sexualidad, no incluyendo, no obstante, dentro de esta afirmación el supuesto de gestación de sustitución, puesto que plantea serias dudas respecto a la utilización de esta técnica.

Tal técnica, afirma, debe utilizarse en forma muy limitada, recomendándose, en consecuencia, que sólo puedan recurrir a ella aquellas personas que tengan problemas de infertilidad. En tales casos cabe admitir la existencia de acuerdos entre los padres genéticos y la futura «madre portadora» con el objeto de fijar las condiciones en que se realizará la gestación por sustitución; tales acuerdos habrán de basarse en la más absoluta gratuidad y si bien en ellos prevalecerá en principio la voluntad de la persona o pareja de la que proceden los gametos (admite sólo el supuesto de la función gestante en la madre portadora, sin aportación genética), la madre gestante tendrá, en todo caso, la posibilidad de impugnar lo acordado¹⁶.

El Informe elaborado por la Comisión Palacios¹⁷ rechazó finalmente la gestación de sustitución en base a «razones éticas al considerarse que hay una unidad de valor en la maternidad que en ella no se respeta, y que crea una distorsión deshumanizadora. También, porque puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo puede contribuir), inadmisibles en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles, pero no por ello de larvada realización».

«Hay en la gestación de sustitución –afirman– cuestiones de gran trascendencia a considerar, que pueden ser fuente de conflictos de intereses y desencadenantes de graves problemas entre la pareja estéril solicitante, la mujer sustituta o portadora, y el hijo, que en algunos casos pueden repugnar a su aceptación ética y en otros derivarían en interrogantes de carácter legal sin duda de difícil interpretación:

- 1) Si la mujer portadora está casada o forma pareja estable, debiendo contar con el consentimiento del varón;
- 2) Si la mujer gestante contrae una grave enfermedad por efectos del embarazo, de carácter crónico, que pueda afectarla toda su vida;
- 3) Si la mujer gestante contrae una enfermedad que puede producir graves anomalías al feto, por ejemplo de tipo vírico, y la pareja estéril solicitante pide la interrupción del embarazo;
- 4) Si se invierte el caso anterior, y es la mujer estéril quien realiza o pretende realizar el aborto;
- 5) Si la pareja solicitante se divorcia, o muere uno de los miembros o los dos, durante el embarazo;

15. Opinión del Instituto de la Mujer sobre la utilización, desarrollo y regulación de las diversas técnicas de gametización instrumental (Madrid, 10 de mayo de 1985)

16. *Ibid.*

17. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la fecundación «in vitro», cit.

Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución

- 6) Si el hijo nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja estéril;
- 7) Si la mujer embarazada no renuncia a la maternidad y desea que el hijo sea plena y legalmente suyo;
- 8) Si existieran conflictos derivados de una comercialización descubierta por la crisis originada;
- 9) Si la mujer gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia;
- 10) Si hubiere otras personas (la donante de óvulos, por ejemplo), con intenciones pleitistas, etc.
- 11) Si el hijo reivindica su origen genético y obstétrico».

Con la previsión de resolver los conflictos que pudiera plantear en el futuro la práctica de la gestación de sustitución, los Parlamentarios de la Comisión especial reflexionan sobre el valor biológico de dos aspectos presentes en la maternidad subrogada: los aspectos genéticos de la maternidad y la gestación. Concluyen en este punto que «ni por razones biológicas ni por razones humanas tienen el mismo valor, y que de ambos, es más importante el componente de gestación que el genético pues la gestante lleva en su vientre al fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre a favor de la mujer portadora, y en contra de la gestación de sustitución a favor de otros. Por este motivo recomiendan que se admita la preponderancia biológica de la maternidad de gestación sobre la genética y que la madre legal lo sea siempre la madre gestante aunque en el origen del hijo hayan intervenido donantes».

En coherencia con las anteriores argumentaciones la «Comisión Palacios» adopta las siguientes Recomendaciones¹⁸, respecto a la gestación de sustitución:

- a) Deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia.
- b) Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, y los equipos médicos que las realicen.
- c) Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizaran las técnicas para la gestación de sustitución.

Como ya adelantábamos, la Ley sobre técnicas de reproducción asistida asume, casi en su totalidad, las Recomendaciones del Informe elaborado por la «Comisión Palacios». En consecuencia, se declaran nulos los contratos de gestación de sustitución, nulidad que quedará reforzada al declarar que, en todo caso, la mujer gestante será la madre legal del niño nacido mediante esta práctica. Desde esta perspectiva, resulta inevitable que se deniegue cualquier derecho a reclamar la maternidad legal a la madre de «deseo», aunque haya aportado

18. Recomendaciones de la Comisión Palacios. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación «in vitro» y la inseminación artificial humana (aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión el día 10 de abril de 1986).

su material genético. Sí se otorga, sin embargo, al donante de esperma o padre biológico la posibilidad de reclamar la paternidad legal del recién nacido. A la madre «de deseo» –haya contribuido o no genéticamente a la gestación– sólo le queda la vía de la adopción¹⁹. Nuestro ordenamiento facilita la adopción en el supuesto de que se trate de una pareja, en la que el consorte varón sea el padre genético del adoptado. Sin embargo, en el caso de que la aportación genética sea de la madre «de deseo» el procedimiento de adopción requiere la propuesta previa de la Entidad pública correspondiente²⁰.

La solución legal a la situación creada por la práctica de la gestación de sustitución ha sido criticada por diversos autores, que entienden debía haberse atribuido mayor relevancia a la maternidad genética, no contemplada por nuestro ordenamiento al determinar la filiación por el parto²¹. En este sentido, comparto la opinión de Peña Bernaldo de Quirós, cuando afirma que la «solución legal (madre es la que pare) no es siempre, a nuestro entender, la que mejor decide el conflicto de intereses. Ciertamente la gestación y parto es un hecho importante. Pero no debe olvidarse que muy frecuentemente es otra la mujer de quien procede la voluntad de que el hijo venga al mundo, que de ésta otra es de quien procede, también, el óvulo y que, además, ésta otra está casada con el padre. ¿Por qué imponer rígidamente que madre legalmente es la que pare incluso en el caso de que, después del parto, sea otra la voluntad de las personas implicadas?»²².

19. «Tal adopción –afirma VIDAL MARTÍNEZ– debiera favorecerse en la generalidad de los casos, en tanto la madre legal consienta o dé pie para ello en base a su conducta, y en tanto también, lógicamente, persista el «deseo» de la madre adoptante, máxime si su maternidad es también genética» (*Las nuevas formas de reproducción humana*, op.cit., p. 194). Acerca de la problemática derivada de la práctica de esta técnica en torno a la determinación de la filiación vid. LLEDÓ YAGÜE, F.: «Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada», en *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España*, Madrid, Dykinson, 2006, pp.155-176.

20. La Ley 21/1987, de modificación de determinados artículos del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción establece, a este respecto, en su artículo 176. 1. «La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando. 2. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de Entidad pública. No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1ª. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2ª Ser hijo del consorte del adoptante. 3ª Llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo. 4ª Ser mayor de edad o menor emancipado».

21. Acerca de las diferentes posturas doctrinales en torno a la determinación de la filiación en los supuestos derivados de la práctica de la gestación de sustitución vid. PÉREZ MONGE, M.: *La filiación...*, op. cit., pp. 322 y ss.

22. *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, p. 492.

3. IMPLICACIONES ÉTICO-JURÍDICAS

La gestación de sustitución ha suscitado un intenso debate en el ámbito social, ético y jurídico, desde mediados de la década de los 70 del siglo pasado hasta la actualidad²³.

23. El debate continúa vigente porque en la práctica seguimos encontrando casos de gestación de sustitución que generan conflictos, en muchos casos, de difícil solución, y que revelan, sin duda, la complejidad de este fenómeno. Casos como los que relatamos a continuación:

El primero de ellos tuvo lugar en Italia, en el año 2000, cuando una jueza del Tribunal de Instancia de Roma decidió autorizar un procedimiento de fecundación asistida con el uso de un embrión congelado, mediante gestación de sustitución. Se trataba de una paciente afectada por una patología que afecta al aparato genital femenino, determinando una malformación que imposibilita el embarazo. En 1995, los ovocitos fueron fecundados en una probeta, y tras una donación, los embriones fueron también congelados. En el año 99, y gracias a la disponibilidad de una amiga de la paciente para llevar a cabo la gestación, se solicitó la implantación del embrión crio-conservado. Sin embargo, el ginecólogo que la atiende se niega a realizar la implantación puesto que el Código Deontológico italiano se opone a la práctica de la gestación de sustitución. Ante esta decisión la pareja acude a la autoridad judicial con el fin de solicitar la autorización al ginecólogo para realizar la transferencia del embrión al útero de la amiga de la paciente. La decisión judicial es favorable a las pretensiones de la autora y, por tanto, autoriza el procedimiento.

En primer lugar, en esta Resolución judicial se recuerda que el caso implica una temática de absoluta relevancia médica, ética, filosófica, religiosa y jurídica. Y, en lo que concierne al ámbito jurídico, manifiesta el vacío legal existente en torno a esta cuestión, debido a una legislación inadecuada y superada. Respecto al caso concreto la Sentencia parte del presupuesto de la imposibilidad de tener hijos. Y puesto que el derecho italiano permite la intervención artificial cuando existe patología natural, la implantación del embrión congelado en el útero de la amiga de la pareja se revela como el medio adecuado al fin perseguido. Se afirma, en consecuencia, que aunque es cierto que la coincidencia en la maternidad del embarazo y el parto es una construcción fundamental de nuestra psicología, considera necesario redefinir el fenómeno de la maternidad, puesto que el abandono de la ley natural en el ámbito de la reproducción permite la posibilidad de reconocer a la mujer el derecho a ser madre sin embarazo, cuando puede representar un peligro para su salud.

La reciente Ley italiana sobre Procreación Asistida, de 19 de febrero de 2004, prohíbe la gestación de sustitución, llenando el vacío legislativo previo. Sin embargo, este mismo mes ha surgido de nuevo la polémica en torno a la práctica de la gestación de sustitución, debido a que una pareja italiana ha contratado a una madre de alquiler en Estados Unidos, tras haber enviado por correo embriones producidos con el material genético de la pareja. El ministro de salud italiano, ha encargado a las oficinas de su ministerio el estudio urgente del tema para tratar de cerrar estas vías de huida. En Italia – declaró el Ministro de Sanidad– no puede haber alquiler de úteros y para evitar que se haga en el exterior pienso firmar una ordenanza que prohíba, o por lo menos deba someter a autorización ministerial, la exportación de embriones, de modo que las autoridades fronterizas puedan bloquear toda posible iniciativa de este tipo.

El segundo caso, más complejo que el anterior, tuvo lugar en Estados Unidos. Helen Beasley, británica, de 26 años, acordó con una pareja americana llevar a cabo una gestación, tras haberle implantado un óvulo fecundado con el esperma del varón de la pareja, con la finalidad de ceder a ésta todos los derechos sobre el niño nacido de esta técnica. La pareja estadounidense acordó pagarle 19.000 dólares. Pero en el contrato incorporan una cláusula que estipulaba que se realizara una «reducción selectiva» en caso de producirse un embarazo múltiple. La mujer portadora quedó embarazada de gemelos. Se lo comunica a la pareja, y ésta solicita que se deshaga de uno de los fetos al final de la decimotercera semana. Sin embargo, ella se niega, alegando que peligraba su vida y la de los niños. La pareja, entonces, amenaza con no cumplir con sus obligaciones financieras. Finalmente, da a luz a los niños y, decide no entregarlos a la pareja

Conviene tener presente, antes de entrar a analizar la problemática surgida en torno a la gestación de sustitución, que, realmente, para tratar adecuadamente las implicaciones ético-jurídicas de esta técnica reproductiva, debemos partir de la protección de los derechos humanos²⁴.

En relación a esta cuestión se han invocado diversos derechos que previsiblemente entrarían en conflicto: de una parte, la libertad individual y, desde la oposición a esta técnica de reproducción, la protección de la familia y de la infancia, la dignidad e identidad genética del hijo nacido mediante gestación de sustitución y la dignidad de la mujer gestante.

La libertad individual²⁵, no obstante, en el ámbito de las nuevas técnicas de reproducción humana, y, en concreto, ante el supuesto de la gestación de sustitución nos plantea el siguiente interrogante: ¿Existe un derecho a procrear?, y, si realmente existe, ¿dónde encuentra sus límites?²⁶.

Se trata de un supuesto derecho no reconocido expresamente en nuestra Constitución. Tampoco encontramos un reconocimiento explícito del mismo en declaraciones internacionales sobre derechos humanos²⁷. Pese a ello es inte-

estadounidense. Los Tribunales Californianos otorgan la custodia a la pareja comitente. El Tribunal Supremo inglés concluye que el matrimonio tenía la custodia según las leyes californianas pero la gestante tiene responsabilidad legal bajo las leyes inglesas, puesto que éstas prohíben la gestación de sustitución. Se apela finalmente a los Convenios internacionales sobre secuestro de niños, determinando que podrían volver a EEUU solo si habitualmente residieran allí. Dado que el juez consideró que no tenían lugar de residencia habitual, el matrimonio estadounidense perdió la apelación y los mellizos, de momento, podrán quedarse en Inglaterra (<http://www.bioeticaweb.com>). Se trata, como vemos, de un caso que genera innumerables problemas legales, pero que además muestra las diferentes implicaciones éticas que pueden conllevar los contratos de gestación de sustitución.

24. CASADO, M.: «Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho», *Papers*, 53 (1997), pp. 37-44, <http://www.bib.uab.es/pub/papers/021002862n53p37.pdf>, p. 38. «Los Derechos Humanos –concluye la misma autora– están llamados a ser el criterio regulador de las nuevas formas de control y de las posibilidades científicas y tecnológicas emergentes, propugnando, propiciando y garantizando el respeto a la libertad, a la igualdad y a la dignidad de todos y cada uno de los seres humanos. Por ello, los Derechos Humanos constituyen el primer criterio inspirador y el límite estricto de cualquier normativa, tanto jurídica como ética» (CASADO, M.: «Los derechos humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética», en C.M. Romeo Casabona (coord.): *Derecho biomédico y bioética*, Granada, Comares, 1998, p. 118).
25. Libertad expresada en este ámbito a través del principio de autonomía, esto es, el derecho a decidir sobre todo aquello que afecta a la vida privada y al propio cuerpo (CASADO, M.: «Los derechos humanos...», op.cit., p. 130). Sobre esta cuestión vid. TARODO SORIA, S.: *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Bilbao, Marcial Pons, 2005.
26. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.: *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, Madrid, Edersa, 1997, p. 190.
27. En la *Conferencia internacional sobre la población y el desarrollo*, celebrada en el Cairo en 1994, únicamente se hace referencia a determinados derechos reproductivos, «derechos que se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. Se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a la satisfacción de las necesidades adicionales y de

resante comprobar que el legislador español se ha planteado, con ocasión de la aprobación de la Ley de Reproducción asistida de 1988, la existencia del derecho a procrear. Así, en su Exposición de Motivos, indica que «en esta Ley se hace referencia a dos posibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes considerables insalvables, de extracción ética, o que chocan contra el bien común que el estado debe proteger. Son, sin duda, dos aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa...».

Como ya adelantábamos, nuestra Constitución no reconoce expresamente el derecho a procrear, si bien algunos autores sostienen su inclusión implícita en la misma en base al reconocimiento de la libertad, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad²⁸ o el derecho a fundar una familia²⁹. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse tangencialmente sobre esta cuestión al resolver un supuesto de embarazo no deseado, como consecuencia de una fallida operación de vasectomía. Afirma el Alto Tribunal que en este caso se ha producido una lesión del poder de la persona de autodeterminarse, derivada del libre desarrollo de la personalidad, «al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al *minimum* ético constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (art.16 de la Constitución)»³⁰.

La formulación previa, que postula el reconocimiento constitucional implícito del derecho a la reproducción humana, dista de ser compartida mayoritariamente por la doctrina. En este sentido, se ha sostenido que, realmente, la garantía constitucional de la intimidad personal y familiar, que sin duda ampara el derecho de toda persona a planificar su reproducción de ninguna manera

servicios de los adolescentes con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable». Si se ha reconocido, sin embargo, un derecho directamente conectado con el derecho a la reproducción humana: el derecho a fundar una familia. El Convenio de Roma en su artículo 12 dispone: «A partir de edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho de casarse y de fundar una familia según las leyes nacionales que rigen el ejercicio de este derecho».

28. GÓMEZ SÁNCHEZ afirma en este sentido: «Esta interpretación me permite afirmar que en el Ordenamiento jurídico español existe un derecho a la reproducción, integrado, por una parte, en el derecho fundamental a la libertad, con fundamento, además, en el valor libertad, en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad (...), y, por otra parte, protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente; por último, el derecho a la reproducción encuentra una manifestación de rango legal en el reconocimiento del derecho a fundar una familia recogido en los textos internacionales de derechos incorporados a nuestro Ordenamiento jurídico» (*El derecho a la reproducción humana*, op.cit., pp. 39 y ss). Algunos autores derivan este derecho del propio derecho a la vida y del derecho a la intimidad (ROCA I TRÍAS, E.: «Derechos de reproducción y eugenesia», en *Biotecnología y Derecho. Perspectivas en Derecho Comparado*, Bilbao-Granada, Comares, 1998, p. 127).

29. MARÍN GÁMEZ, J. A.: *Aborto y Constitución*, Jaén, Universidad de Jaén, 1996.

30. STS de 3 de octubre de 2000, FJ. 5°.

impone el reconocimiento de un derecho fundamental de todos a procrear, por medio de técnicas de reproducción asistida, que vincule al legislador ordinario³¹.

Es evidente que la ausencia de una regulación expresa de este derecho, no excluye la posibilidad de una progresiva configuración del mismo; ¿cuál ha de ser entonces su contenido? Desde la doctrina se afirma que en todo caso, se referirá a «la libertad de decisión del hombre y de la mujer de aceptar o rechazar la procreación, poniendo los medios necesarios orientados a posibilitar la procreación o a evitarla. El contenido de este derecho no podrá ser la procreación efectiva, sino la libertad de disposición de las potencialidades propias ordenadas a la procreación, independientemente de su resultado final. En sentido positivo, el ejercicio de este derecho supondrá la ordenación de la actividad sexual a la reproducción de acuerdo con las pautas de la naturaleza o *bien acudir al recurso de las técnicas de reproducción humana asistida*; en sentido negativo, el ejercicio de este derecho abarcará desde la abstinencia sexual hasta la limitación reproductiva de la actividad sexual mediante el uso de los procedimientos preventivos de la natalidad legalmente admitidos»³².

Si, por otro lado, entendemos que el derecho a la reproducción humana se encuentra reconocido de forma implícita por nuestra Constitución, la pregunta que surge a continuación es la siguiente: ¿es ilimitado el derecho a la reproducción humana? La respuesta es aparentemente sencilla: los derechos no son absolutos³³ y como el resto de derechos, el derecho a la reproducción

31. PANTALEÓN, F.: «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», *RCEC*, 15 (mayo-agosto, 1993), pp. 129-160, pp. 130-131.

32. SOUTO, J. A.: *Comunidad política y libertad de creencias...*, op.cit., p. 340. Profundizando en la cuestión SALAS DARROCHA sostiene que el derecho a la reproducción humana comprendería los siguientes derechos: 1. Derecho a tener el número de hijos libremente elegido, en el momento libremente decidido, de sexo biológicamente determinado y con dotación genética doble, propia e inalterada salvo terapia génica en casos patológicos; 2. Derecho a la reproducción tanto natural o asistida (mediante técnicas de reproducción asistida precisas para la fecundación en los términos legalmente autorizados) y en todo caso, consentida; 3. Derecho a no tener hijos y a utilizar las medidas contraceptivas legalmente autorizadas; 4. Derecho a la vida, intangibilidad genética e integridad y salud física y psíquica del feto; 5. Derecho al aborto terapéutico, ético y embriopático y derivado de ello, al diagnóstico prenatal (*Derecho a la reproducción humana*, en «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional», T. II, mayo-agosto, 2002, pp. 1301-1333, pp. 1321-1332). Algún autor, no obstante, restringe este derecho al ámbito de las relaciones de pareja. «El derecho a la procreación –afirma Domínguez Rodrigo– vendría reconocido a cada persona precisamente en razón de sus relaciones de pareja en la medida en que se le reconozca el derecho a fundar una familia, medio natural y jurídicamente habilitado (art.12 del Convenio de Roma)». Sentadas estas premisas, se sostiene que el libre desarrollo de la personalidad incide sobre el mismo, «dotando de una específica dimensión institucional a las relaciones de pareja instrumentadas a la fundación familiar, y sancionando la autonomía de la decisión personal y familiar acerca del ejercicio de tales derechos a la procreación» (DOMÍNGUEZ RODRIGO, L. M.: «Derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las uniones familiares no matrimoniales», en *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989, pp. 358-359).

33. Entre otras: SS.R.C. 11/1981, F.J. 7º; 2/1982, F.J. 5º; 91/1983, F.J. 1º; 159/1986, F.J. 6º; 196/1987, F.J. 6º; 20/1990, F.J. 4º; 57/1994, F.J. 6º; 58/1998, F.J. 3º; y, 157/2002, F.J. 8º.

humana encuentra sus límites en el orden público y los derechos y libertades fundamentales de terceros. Incluye, por tanto, nos preguntamos, el contenido de este derecho el ejercicio de la gestación de sustitución o quedaría excluido por vulnerar los límites propios del mismo.

Un amplio sector de la doctrina se decanta claramente por la segunda opción. Se sostiene, en este sentido, «que el derecho a la libertad, no legitima cualquier uso o destino que la persona quiera hacer de su cuerpo. El alquiler de útero vulnera la dignidad de la mujer gestante y del hijo nacido»³⁴. La dignidad de la persona –del hijo y de la madre gestante– se alza así como argumento principal para rechazar la práctica de la gestación de sustitución³⁵.

La dignidad se ha configurado como un valor superior del ordenamiento jurídico, correspondiéndole la función de inspirar las normas básicas del Derecho³⁶, se trata, no obstante, de un concepto jurídico indeterminado. Pese a ello, el Tribunal Constitucional ha aportado algunos datos relevantes para una interpretación correcta de su contenido esencial: «Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art.10.1 C.E. implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona», la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona. Pero sólo en la medida en que tales derechos sean tutelares en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente»³⁷.

Desde la doctrina, se ha definido la dignidad como «el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto

34. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, op.cit., p. 142.

35. Así lo afirma, entre otros, VIDAL MARTÍNEZ: «Entendemos que el art.10.1 de nuestra Constitución desautoriza cualquier práctica genética que no tenga en cuenta la dignidad de la persona como centro de gravedad, veda cualquier comercio que pudiera establecerse en la materia que aquí nos ocupa (caso de las llamadas «madres sustitutas...»)» (*Las nuevas formas de reproducción humana*, op.cit., p. 26). En el ámbito de la Bioética «la referencia a la dignidad ha ido asumiendo una relevancia cada vez más marcada, hasta el punto que se ha hablado incluso de un «descubrimiento» de la dignidad de la persona» (RODOTÀ, S.: «Libertad y salud», en *Libertad y Salud*, op.cit., pp. 29-48, p. 40).

36. GARCÍA GARCÍA, C.: *El derecho a la intimidad y la dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad de Murcia, 2003, p. 30. También en este sentido, GONZÁLEZ PÉREZ: «si pudiera establecerse un orden de prioridad entre los valores, ocuparía el primer lugar la dignidad de la persona», (*La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, p. 82). Algunos autores, no obstante, otorgan a la dignidad no sólo el rango de valor superior de nuestro ordenamiento jurídico: «La legitimidad del Estado se funda en el reconocimiento de una prevalente dignidad humana, no sólo valor superior y supremo, sino también derecho subjetivo, auténtico derecho subjetivo, el derecho a la conformación de la propia personalidad en su esfera más íntima de privacidad» (DOMÍNGUEZ RODRIGO, L.M.: *Derechos procreativos...*, op.cit, p. 350).

37. STC 120/1990, de 27 de junio de 1990, F. J.4º.

y superior a todo lo creado³⁸. La dignidad exige, pues, dar a todo ser humano lo que es adecuado a su naturaleza misma de hombre, distinto de los demás seres vivos debido a que posee razón y libertad³⁹. Siguiendo este criterio, y acercándonos al ámbito que nos ocupa, se ha afirmado que «lo que está en juego en los nuevos dilemas bioéticos, es la esencia misma del hombre como sujeto, que se resiste a la cosificación hacia la cual parece ser empujado (...) el ser humano comienza a ser visto según las únicas categorías tecnocientíficas, siendo así reducido al status de cosa, que se puede modelar a imagen de los objetos técnicos. Es entonces cuando deja de ser sujeto para volverse objeto»⁴⁰.

En el conflicto planteado por la práctica de la gestación de sustitución si se alega, casi unánimemente, la efectiva vulneración de la dignidad, tanto de la madre como del hijo así gestado, es como consecuencia de la tendencia que muestra este procedimiento a la cosificación de ambas partes.

En este sentido Andorno sostiene que en la gestación de sustitución «cabe hablar de un doble fenómeno de reificación de la persona, uno que concierne a la madre sustituta y otro al niño»⁴¹. Respecto a la madre, el autor se pregunta: ¿No se rebaja entonces a cumplir el papel de simple «herramienta de producción», de una suerte de incubadora viviente», puesto que pone a disposición de terceras personas lo más íntimo de su ser, lo que, en el fondo, la distingue como mujer: su capacidad gestacional? Por este medio ¿no se niega ella misma como *persona*?». No es tan contundente, sin embargo, a la hora de sostener la reificación de hijo, alegando únicamente el posible atentado que puede generar esta práctica en su identidad⁴².

Desde este punto de vista, por tanto, y respecto a la madre gestante la libertad de la persona queda limitada por su propia dignidad, por su propia condición de persona. Y, es que la dignidad se ha configurado desde ciertas posiciones como algo ajeno a la propia voluntad de la persona afectada. En consecuencia, «aunque exista una aceptación libre por parte de la persona, ello no desvirtúa la calificación del acto atentatorio de la dignidad. En cuanto valor

38. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, op.cit., p. 112.

39. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico», en A. López Moreno (dir.): *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*, Madrid, 1999, p. 48.

40. ANDORNO, R.: *Bioética y dignidad de la persona*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 52-53. La preocupación manifestada por ANDORNO, está presente también en el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina (Oviedo, 4 de abril de 1997) que ya en su Preámbulo manifiesta: «Conscientes de los rápidos avances de la biología y la medicina, convencidos de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad; Conscientes de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina», y, respondiendo a esta preocupación, el artículo 1 del Convenio dispone: «Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina».

41. *Ibíd.*, p. 141.

42. *Ibíd.*, pp. 142-144.

superior informante del Ordenamiento se impone indudablemente cualquiera que fuera la actitud del sujeto»⁴³.

En cuanto a la posible vulneración de la dignidad del hijo nacido mediante gestación de sustitución comparto la opinión de Pantaleón, que pone en duda su supuesta reificación: «El argumento de que se trata al niño como una mercancía, lo que es contrario a su dignidad como persona, es discutible: puede contestarse que no se comercializa al niño, sino simplemente la capacidad generativa de una mujer (que tiene el derecho a disponer libremente de su cuerpo), a fin de satisfacer el legítimo deseo de tener un hijo de la pareja comitente»⁴⁴.

Expuestos los términos del conflicto planteado por la gestación de sustitución, cabe concluir que, en todo caso, el derecho a procrear de la pareja o persona comitente podría quedar limitado por la protección de la dignidad de la mujer gestante, dignidad que sí sería vulnerada en los casos en los que la gestación se comercialice. En mi opinión, la libertad de disposición del cuerpo no puede incluir la comercialización del proceso generativo, sometiendo la voluntad de la mujer a cláusulas limitativas de su libertad respecto al desarrollo del proceso gestacional y de las decisiones que deba tomar respecto al feto mientras dure la gestación⁴⁵. En caso contrario, cuando la gestación no posee finalidad lucrativa la respuesta al conflicto difiere, porque, la gratuidad de la prestación y la libertad de la mujer en el proceso gestación –que debe quedar libre de interferencias– impediría su cosificación, y, por tanto, la vulneración de su dignidad, dejando, por tanto, de suponer un límite para el ejercicio de la libertad de autodeterminación de la gestante.

43. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, op.cit., pp. 113-114.

44. PANTALEÓN, F.: *Técnicas de Reproducción asistida...*, op.cit., p. 133.

45. En el estudio sobre la maternidad subrogada en Norteamérica realizado por FERNÁNDEZ-PACHECO encontramos referencias acerca de las cláusulas que suelen incorporar en este país los contratos de maternidad subrogada: a) obligación por parte de la madre subrogada y su marido de abstenerse de mantener relaciones sexuales en determinados períodos previos a cada inseminación; b) las precauciones que la madre subrogada debe tomar durante el embarazo y la obligación de no beber, no fumar, no consumir drogas ni ninguna sustancia que pueda poner en peligro la vida del feto; c) exámenes médicos a los que se someterá durante el embarazo y diversas pruebas para determinar si el feto sufre alguna deficiencia o anomalía. Incorporando, en ocasiones, la exigencia de que la madre subrogada aborte a solicitud del padre biológico si de los análisis médicos se deduce que el feto sufre alguna anomalía genética (*La maternidad subrogada en Norteamérica...*, op.cit, p. 657).