

Beatriz Souto Galván. Profesora titular de la Universidad de Alicante



DERECHO DE LIBERTAD DE CREENCIAS

## TEMA V. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y OBJECIÓN DE CONCIENCIA

### I. OBJECIONES DE CONCIENCIA

#### 1. Introducción

A diferencia de los textos internacionales de derechos humanos que hemos analizado previamente nuestra Constitución no reconoce de forma expresa la libertad de conciencia. Esta ausencia ha sido suplida por el Tribunal Constitucional al manifestar que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica reconocida en el art.16 CE.

La libertad de conciencia puede definirse como la libertad de actuar de acuerdo con las propias creencias o convicciones, es decir, “la libertad de conciencia tendría por objeto la decisión moral acerca de las acciones concretas, normalmente basada en el código moral al que la persona se adhiere como consecuencia de su sistema de pensamiento o de su opción religiosa”<sup>1</sup>. Como el resto de libertades fundamentales la libertad de conciencia, en cuanto conlleva de manifestación, está sujeta a los límites generales: el orden público y los derechos y libertades de terceros.

En principio, mientras no se conculquen los límites generales propios de los derechos fundamentales se debe garantizar la facultad del individuo de actuar según los parámetros que le impone su conciencia. Sin embargo, ocasionalmente, el ordenamiento jurídico introduce deberes jurídicos que chocan con las convicciones del sujeto individual. Nos encontramos, en este caso, con los supuestos denominados “objeciones de conciencia”, esto es, la negativa, por razones axiológicas, a someterse a una conducta que en principio le sería jurídicamente exigible.

El Tribunal Supremo, en su interpretación de la naturaleza y alcance de libertad de conciencia, ha asentado las siguientes premisas:

---

<sup>1</sup> A. Garay, “Libertad de conciencia y Tratamiento médico: el caso del consentimiento a la transfusión sanguínea”, *Rev.Latinoam.Der.Méd. Medic. Leg.* 5 (1): 25-31, Jun. 2000.

1) La objeción de conciencia sólo es predicable, en su caso, frente a deberes jurídicos válidos, de tal suerte que si la norma que impone un deber es inconstitucional (o tratándose de un reglamento, ilegal), la respuesta no puede ser la objeción de conciencia sino la activación de los procedimientos previstos para su anulación.

2) Niega que, con base en el art. 16.1 CE, pueda deducirse un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, pues de otro modo la eficacia de las normas jurídicas vendría a depender de cada conciencia individual, con el consiguiente riesgo para los propios fundamentos del Estado de derecho. Sobre este particular Ruiz Miguel afirma que la vía judicial sería la más idónea para “excluir o atenuar la sanción en los deberes legales en los que es palmaria la escasa entidad del daño social producido en relación con el mayor beneficio de extender la libertad de conciencia de los ciudadanos”<sup>2</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ofrece diversas interpretaciones sobre la naturaleza de la objeción de conciencia, resultando su doctrina claramente contradictoria:

- SSTC 15/1982 y 53/1985: La objeción de conciencia existe y puede ser ejercida con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. Forma parte del contenido del derecho a la libertad ideológica y religiosa del art.16 CE y, por ello, se trata de un derecho fundamental de aplicación directa.
- SSTC 160, 161/1987, 321/1994, AUTO 270/1999: La objeción de conciencia al servicio militar *“constituye una excepción al cumplimiento de un deber general, solamente permitida por el artículo 30.2º en cuanto que sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo de la libertad ideológica o de conciencia...”*. Es decir, desde el punto de vista del TC, se trata de un derecho constitucional autónomo, cuya relación con el artículo 16 no permite calificarlo de fundamental: *“La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento*

---

<sup>2</sup> A. Ruiz Miguel, “La objeción de conciencia a deberes cívicos”, Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año nº 16, Nº 47, 1996, págs. 101-124.

*de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significa la negación misma de la idea del Estado”.*

## **2. Objeciones de conciencia**

### **2.1. Objeción de conciencia a la IVE**

Implica la negativa de personal sanitario a participar de modo directo o indirecto en la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos despenalizados. En estos casos existe la obligación de prestar asistencia sanitaria a las pacientes que soliciten la IVE y puede, por tanto, esta obligación generar un conflicto ético –profesional o personal- que provoque la negativa del personal sanitario a intervenir en el mismo. Se ha puesto de relieve que en estos casos se trata, en realidad, de una objeción técnica o profesional, debido a que el propio Código de Deontología Médica (2011) establece como deberes esenciales del médico “respetar la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad”.

Aunque este tipo de objeción fue reconocida por el Tribunal Constitucional en STC 53/1985, de 11 de abril y el Tribunal Supremo (Sentencias de 16 y 23 de enero de 1998) no será hasta la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo cuando se regule de forma expresa. Su artículo 19 dispone: “los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o negativa a realizar la intervención de IVE por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la IVE, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una IVE”.

## **2.2. Objeción de conciencia farmacéutica**

La Ley del Medicamento (Ley 29/2006, de 26 de julio) establece la obligación de suministro y dispensación de los fármacos incluidos en el catálogo de prestaciones farmacéuticas, sancionando como infracción grave «la negativa a dispensar medicamentos sin causa justificada» (artículo 101.15). Como causas justificadas se incluyen:

- a) Medicamentos sujetos a prescripción médica: se refiere a los supuestos en los que falten las condiciones de regularidad de la receta médica en cuyo caso la negativa a dispensar está plenamente justificada.
- b) Supuestos de fuerza mayor.

La objeción de conciencia farmacéutica se ha planteado generalmente en relación con la dispensación de productos farmacéuticos anticonceptivos y, con mayor intensidad, desde que en marzo de 2001 la Agencia Española del Medicamento autorizó la comercialización en España de la píldora para la anticoncepción postcoital. Ese mismo año la Comunidad Autónoma de Andalucía incluyó en una Orden que establecía el régimen de existencias mínimas la píldora del día después, obligando a los farmacéuticos a dispensarla. La negativa a dispensarla provocó la presentación de dos recursos judiciales alegando el derecho de objeción de conciencia frente a este deber legal impuesto por la Junta

Algunas Comunidades Autónomas han reconocido expresamente el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico (Cantabria, La Rioja, Galicia, etc.) pero no regulan su ejercicio. Tangencialmente, también Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia de Andalucía han reconocido esta objeción.

## **2.3. Objeción de conciencia fiscal**

Se trataría de la negativa al pago de aquella parte de los tributos destinada a sufragar actividades contrarias a la propia conciencia. Respecto a este tipo de objeción el Tribunal Constitucional (Auto 71/1993, de 1 de marzo) consideró que no cabía invocar la objeción de conciencia como excepción al deber general previsto en el art. 31 CE, por carecer tal pretensión de fundamento constitucional y no estar, además, prevista en el ordenamiento

tributario. En este caso el recurrente de amparo interpuso recurso alegando en apoyo de su pretensión objeción de conciencia, entendiendo deducible la parte proporcional correspondiente a los gastos de armamento previsto en los Presupuestos Generales del Estado para 1986. El Tribunal Constitucional concluye, como decía, desestimando el recurso al considerar que:

“no cabe ampararse en la libertad ideológica del art. 16 CE para pretender de este Tribunal, con base en este derecho, ni que se reconozca una excepción, al cumplimiento del deber general de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE), ni la adopción de formas alternativas de este deber, como parece haber sostenido el recurrente ante la Administración Tributaria. Estas últimas, es obvio, entrañarían el riesgo de una relativización de los mandatos jurídicos, como se ha dicho en la citada STC 160/1987 (fundamento jurídico 3.º), atribuyendo a cada contribuyente la facultad de autodisponer de una porción de su deuda tributaria por razón de su ideología. Facultad individual que no es compatible con el Estado social y democrático de Derecho que configura la Constitución Española, en el que la interacción entre Estado y sociedad (STC 18/1984 [RTC 1984\18]) se traduce, entre otros, en dos aspectos relevantes en esta materia, en primer lugar, en la atribución a las Cortes Generales, que representan al pueblo español, de la competencia para el examen, enmienda y aprobación de los Presupuestos Generales del Estado (art. 134.1 CE). Y en segundo término, en el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos eligiendo a sus representantes a través de elecciones periódicas, en las que podrán censurar o dar su aprobación, mediante su voto, a la actuación llevada a cabo en las Cortes Generales por los partidos políticos en relación con la concreta determinación en los Presupuestos Generales del Estado de las previsiones de ingreso y las autorizaciones de gastos para cada ejercicio económico”.

Gran parte de la doctrina sitúa además este supuesto, no en el ámbito de las objeciones de conciencia, sino en el de la desobediencia civil esgrimiendo la siguiente argumentación –que, por cierto, no comparto–: “la objeción de conciencia debe definirse jurídicamente como una desobediencia que se enlaza con los derechos fundamentales de libertad religiosa, de creencias, de conciencia, con un contenido estrictamente ético, y no de manifestación política. La desobediencia civil se dirige a modificar una norma jurídica y una decisión política; la objeción de conciencia, en cambio, tiene una naturaleza estrictamente ética y/o religiosa, y está dirigida a incumplir una norma jurídica para salvaguardar la integridad moral del objetor, y la sintonía entre sus principios éticos (ámbito interno) y su

comportamiento práctico (aspecto externo), (sintonía que el cumplimiento de la norma objetada no le permitiría mantener)”<sup>3</sup>.

## II. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y BIOÉTICA

### 1. BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS

#### 1.1. *Concepto y principios*

La Bioética ha sido definida por la UNESCO como “el estudio sistemático, pluralista e interdisciplinario y la solución de los problemas éticos planteados por la medicina, las ciencias de la vida y las ciencias sociales aplicadas a los seres humanos y a su relación con la biosfera, comprendidas las cuestiones relativas a la disponibilidad y accesibilidad de los adelantos científicos y tecnológicos y sus aplicaciones”<sup>4</sup>.

Sobre el origen de esta disciplina Lorda y Barrio, sin excluir otros, destacan dos factores esenciales en su gestación. En primer lugar, el progreso médico que en los años setenta del siglo pasado permitió fraguar el actual modelo médico-tecnológico. El segundo sería “el amplio movimiento de toma de conciencia de las sociedades frente a la capacidad de injerencia de las instituciones en la vida de las personas. Son los años del movimiento de reivindicación de los derechos civiles: derechos de las personas de raza negra, derechos de la mujer, movimientos estudiantiles, movimientos pacifistas, etc., y también, claro está, derechos de los pacientes. La introducción de la noción «derechos de los pacientes» va a traer como consecuencia una profunda modificación de los modos tradicionales de relación médico-enfermo que tendrá su máxima expresión en la teoría del consentimiento informado”<sup>5</sup>.

La “Bioética” introduce, en consecuencia, modificaciones sustanciales en la concepción previa regida esencialmente por el llamado “paternalismo médico”. La UNESCO mediante la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005) ha proporcionado un marco universal de principios y procedimientos que sintetizan y desarrollan las propuestas previas

---

3 José Luis Pérez de Ayala y López de Ayala, “Objeciones de conciencia y Derecho tributario”, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/objeciones-derecho-tributario-352881058>.

<sup>4</sup> Segunda sesión de la Reunión intergubernamental de expertos para la preparación de un proyecto de Declaración relativa a las normas universales sobre la bioética Sede de la UNESCO, 20-24 de junio de 2005.

<sup>5</sup> Pablo Simón Lorda/Inés M. Barrio Cantalejo, Un marco histórico para una nueva disciplina: la bioética, *Medicina Clínica*, vol. 105. NÚM. 15. 1995.

elaboradas en el seno de esta disciplina. En primer lugar, destaca la apelación a la dignidad del ser humano y los derechos fundamentales como principio rector de las políticas dirigidas a gestionar los avances científico-tecnológicos en el ámbito biomédico. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad (art.3).

A continuación, se contemplan y definen los siguientes principios:

- a) Principio de autonomía: Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses (art.5)
- b) Principio de beneficencia y no maleficencia: Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se deberían potenciar al máximo los beneficios directos e indirectos para los pacientes, los participantes en las actividades de investigación y otras personas concernidas, y se deberían reducir al máximo los posibles efectos nocivos para dichas personas (art.4)
- c) Consentimiento informado: Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno (art.6)
- d) Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal: Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos.
- e) Privacidad y confidencialidad: La privacidad de las personas interesadas y la confidencialidad de la información que les atañe deberían respetarse. En la mayor medida posible, esa información no debería utilizarse o revelarse para fines distintos de los que determinaron su acopio o para los que se obtuvo el consentimiento, de conformidad con el derecho internacional, en particular el relativo a los derechos humanos.

- f) Igualdad, justicia y equidad: Se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, de tal modo que sean tratados con justicia y equidad.
- g) No discriminación y no estigmatización: Ningún individuo o grupo debería ser sometido por ningún motivo, en violación de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, a discriminación o estigmatización alguna.
- h) Respeto de la diversidad cultural y del pluralismo: Se debería tener debidamente en cuenta la importancia de la diversidad cultural y del pluralismo. No obstante, estas consideraciones no habrán de invocarse para atentar contra la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales o los principios enunciados en la presente Declaración, ni tampoco para limitar su alcance.
- i) Solidaridad y cooperación: Se habrá de fomentar la solidaridad entre los seres humanos y la cooperación internacional a este efecto.
- j) Responsabilidad social y salud: 1. La promoción de la salud y el desarrollo social para sus pueblos es un cometido esencial de los gobiernos, que comparten todos los sectores de la sociedad. 2. Teniendo en cuenta que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, los progresos de la ciencia y la tecnología deberían fomentar:
  - a) el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano;
  - b) el acceso a una alimentación y un agua adecuadas;
  - c) la mejora de las condiciones de vida y del medio ambiente;
  - d) la supresión de la marginación y exclusión de personas por cualquier motivo;
  - e) la reducción de la pobreza y el analfabetismo.
- K) Aprovechamiento compartido de los beneficios: Los beneficios resultantes de toda investigación científica y sus aplicaciones deberían compartirse con la sociedad en su conjunto y en el seno de la comunidad internacional, en particular con los países en desarrollo.



l) Protección de las generaciones futuras: se deberían tener debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética.

m) Protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad: se habrán de tener debidamente en cuenta la interconexión entre los seres humanos y las demás formas de vida, la importancia de un acceso apropiado a los recursos biológicos y genéticos y su utilización, el respeto del saber tradicional y el papel de los seres humanos en la protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad.

## ***1.2. El consentimiento informado en el ordenamiento jurídico español***

En España el consentimiento informado se introduce a través de la Ley General de Sanidad de 1986. Su redacción inicial ha sufrido, no obstante, modificaciones importantes tras la aprobación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El consentimiento informado se configura en la normativa mencionada como el derecho del enfermo a, en primer lugar, ser informado sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento y, en segundo lugar, el derecho a elegir libremente entre las opciones que le presente el responsable médico, precisando su consentimiento para cualquier intervención.

Las excepciones que contempla la legislación vigente al ejercicio de este derecho se basan en razones de orden público –salud pública- o de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo en los casos en que no sea posible conseguir su autorización, consultando cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

En todas aquellas ocasiones en los que el enfermo no puede prestar su consentimiento –falta de capacidad o estado físico o psíquico que le impida decidir por sí mismo- actuarán por sustitución el representante legal o las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

En el caso de los menores no emancipados o de edad inferior a los 16 años cumplidos y siempre que no sean capaces de comprender el alcance de la intervención el consentimiento

lo dará el representante legal, después de haber oído su opinión si tiene doce años cumplidos. En los supuestos referidos a menores emancipados o con 16 años cumplidos no cabe representación pero en las intervenciones de grave riesgo los padres han de ser informados y su opinión se tendrá en cuenta para adoptar la decisión correspondiente. Se exceptúa, no obstante, de este régimen general que garantiza a los menores emancipados y con 16 años cumplidos el consentimiento informado directo, la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida. En 2010, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo modificó la Ley de autonomía del paciente para poder excluir la IVE de los supuestos mencionados, permitiendo a las menores de 16 años y 17 años prestar su consentimiento pleno en supuestos de IVE. El Partido Popular ha manifestado su intención de derogar la reforma del año 2010.

## **2. EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN HUMANA: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA GESTACIÓN DE SUSTITUCIÓN<sup>6</sup>**

### **2.1. Introducción**

El descubrimiento de la posibilidad de transferencia de embriones genéticamente ajenos, sin que se produjera rechazo, fue el punto de partida de la gestación por sustitución. A mediados de los años 70 del siglo pasado se comenzó a efectuar este medio de reproducción, denominado vulgarmente “alquiler de útero”, y, pese a la inicial reprobación jurídica que generó, actualmente se permite su práctica en algunos Estados Norteamericanos y en varios países europeos –aunque con mayores restricciones en estos últimos-.

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 mismo<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Beatriz Souto Galván, “Nuevas reflexiones sobre la gestación de sustitución”, *Bioteología y bioderecho* / coord. por Salvador Tarodo Soria, Paulino César Pardo Prieto, 2011, ISBN 978-84-938666-2-4, págs. 127-138.

<sup>7</sup> 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).

El caso más frecuente de gestación de sustitución es aquél 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 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 solitario<sup>8</sup>.

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”.<sup>9</sup>

## **2.2. La gestación de sustitución en la legislación española**

La legislación española ha optado por no reconocer efectos al contrato de gestación por sustitución desde la aprobación, en 1988, de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida<sup>10</sup>. Es interesante resaltar que, durante la tramitación parlamentaria de la actual Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 26 de mayo de 2006, ningún Grupo Parlamentario ha presentado enmiendas que trataran de modificar este aspecto, otorgando la posibilidad de realizar con plena validez este tipo de práctica en nuestro país.

---

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> PÉREZ MONGE, M., *La filiación...*, op.cit., p.329

<sup>10</sup> 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 razones por las que el legislador español se decantó inicialmente por esta opción se encuentran en el Informe Palacios, elaborado por la Comisión especial de estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas<sup>11</sup>. Las razones que se esgrimieron en este Informe fueron de carácter ético, “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”. Es decir, se entendió que esta práctica podía tender a la cosificación de la gestante, y, por tanto, a vulnerar su dignidad.

La Ley sobre técnicas de reproducción asistida de 1988 asumió, casi en su totalidad, las Recomendaciones del Informe elaborado por la “Comisión Palacios”, opción en la que persiste el legislador español, aunque parece que ya no basándose en razones de índole ético si no de conveniencia, para evitar las dificultades que estos contratos pueden generar<sup>12</sup>.

La legislación vigente, por tanto, dispone: 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.

Los contratos de gestación de sustitución son, en nuestro país, nulos de pleno derecho. Y esta nulidad se refuerza, además, 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 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

---

<sup>11</sup> 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 asistida.

<sup>12</sup> Atienza, M., “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El Notario del Siglo XXI*, septiembre-octubre 2009, nº 27, p.3

la adopción<sup>13</sup>. 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 correspondiente<sup>14</sup>.

La solución legal dada 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 parto<sup>15</sup>. 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?”<sup>16</sup>.

Esta opción legislativa no sólo ha generado críticas doctrinales, si no también que los ciudadanos españoles que desean recurrir a esta práctica reproductiva acudan a otros países en los que sí está permitida. Los problemas entonces se plantean posteriormente, en relación con la determinación de la filiación. Sin entrar de lleno en esta problemática, es interesante

---

<sup>13</sup> “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, 2006, pp.155-176

<sup>14</sup> 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”.

<sup>15</sup> 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... asistida*, op. cit., pp.322 y ss.

<sup>16</sup> *Derecho de Familia*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid , 1989, p.492.

hacer referencia a una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009.

Los hechos que dieron lugar a la citada Resolución son los siguientes: un matrimonio español realizó un contrato de gestación de sustitución en California, del que nacen dos gemelos, tras ser inseminada la mujer gestante con el semen de los dos varones que forman el matrimonio y con óvulos donados por otra mujer. La Dirección Registral Californiana inscribe el nacimiento y la filiación de los hijos nacidos en California a favor del matrimonio español. Cuando solicitan su inscripción en el Registro Civil Consular éste la deniega, invocando la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, que en su opinión, establece una categórica prohibición de la denominada “gestación de sustitución”. Notificada a los interesados, éstos interponen recurso ante la DGRN.

La DGRN resolvió estimando la pretensión de los recurrentes en base a los siguientes fundamentos:

1. La inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido debe valorarse no a través del Derecho sustantivo español, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso a las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español (art.81 RRC). El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que las normas de conflicto españolas pudieran conducir, en este caso, la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida.
2. Con arreglo al art.81 del RRC, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. Deben superar únicamente un control de legalidad: a) que sea un documento público; que se trate de una certificación elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas; que se trate de un documento en el que consta un acto presumiblemente válido, es decir, que no produzca efectos contrarios al orden público internacional español, cuestión en la que se extiende ampliamente, puesto que los anteriores requisitos no plantean ninguna controversia.
3. La DGRN afirma tajantemente que la certificación registral californiana no vulnera el orden público internacional español, ya que, en su opinión, no lesiona los

principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española. Esta decisión se sustenta en varias razones. En primer lugar, porque en España se permite la filiación a favor de dos varones en caso de adopción. Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida a favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de hijos naturales. En segundo lugar, porque el Derecho español permite la filiación de un hijo a favor de dos mujeres, por eso, no permitir la filiación de los nacidos a favor de dos varones resultaría discriminatorio por razón de sexo, vulnerando el artículo 14 de la CE. En tercer lugar, el interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción, en aras de proteger su derecho a una identidad única, es decir, que puedan disponer de una filiación única válida en varios países.

Como ha puesto de relieve Manuel Atienza<sup>17</sup>, la DGRN opta por proteger el interés del menor –solución que estima acertada- pero utilizando una argumentación un tanto artificiosa, al eludir entrar a valorar si realmente la gestación de sustitución vulnera el orden público español, cuestión en la que nos detendremos en el apartado siguiente.

El Ministerio Fiscal interpuso una demanda solicitando la nulidad de la inscripción, y, tanto en primera instancia como en segunda instancia, se han estimado sus pretensiones, dejando sin efecto la inscripción ordenada por la DGRyN. La Audiencia Provincial de Valencia sostuvo al respecto que "la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción".

También asegura que hay "indicios consistentes" para pensar que el matrimonio "huyó de la ley imperativa española" y rechaza que la sentencia recurrida infrinja "el principio de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo". Argumenta que sí se permite la inscripción a favor de dos mujeres porque "las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación". Avala la defensa del principio del interés del mejor pero recuerda que "la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley". "La prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, pues pretende impedir que la vida humana sea objeto del comercio"<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Atienza, M., "De nuevo sobre las madres de alquiler", *El Notario del Siglo XXI*, o.c., p.3.

<sup>18</sup> Sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 23 Nov. 2011, rec. 949/20.

### **2.3. Debate ético-jurídico sobre la gestación de sustitución**

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 del análisis de los derechos fundamentales implicados<sup>19</sup>.

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, fundamentalmente la dignidad de la gestante y del hijo nacido mediante esta práctica.

La libertad individual<sup>20</sup>, no obstante, en el ámbito de las nuevas técnicas de reproducción humana, y, en concreto, ante el supuesto de la gestación de sustitución se concretaría en un derecho de reciente configuración, el derecho a la reproducción humana, y, por supuesto, en la libertad de conciencia.

El derecho a la reproducción humana no encuentra reconocimiento expreso en nuestra norma constitucional, si bien algunos autores sostienen su inclusión implícita en la misma en base al reconocimiento de la libertad, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad<sup>21</sup> o el derecho a fundar una familia<sup>22</sup>. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de

---

<sup>19</sup> 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 *Derecho biomédico y bioética*, coord. C.M. ROMEO CASABONA, Granada, 1998, p.118).

<sup>20</sup> 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

<sup>21</sup> 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



pronunciarse tangencialmente sobre esta cuestión al resolver un supuesto de procreación no deseada, 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 *mínimum ético* constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (art.16 de la Constitución)”<sup>23</sup>.

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 impone el reconocimiento de un derecho fundamental de todos a procrear, por medio de técnicas de reproducción asistida, que vincule al legislador ordinario<sup>24</sup>.

Pese a las objeciones previas, la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (2010)<sup>25</sup> ha tratado de suplir este vacío normativo. Su artículo tercero dispone a este respecto que “en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes”.

Este derecho garantizaría, en consecuencia, “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 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*

---

(ROCA I TRÍAS, E., “Derechos de reproducción y eugenesia”, en *Bioteología y Derecho. Perspectivas en Derecho Comparado*, Bilbao-Granada, 1998, p.127).

<sup>22</sup> MARÍN GÁMEZ, J. A., *Aborto y Constitución*, Jaén, Universidad de Jaén, 1996

<sup>23</sup> STS de 3 de octubre de 2000, F.J. 5º.

<sup>24</sup> PANTALEÓN, F., “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *RCEC*, 15, mayo-agosto, 1993, pp.129-160, pp.130-131.

<sup>25</sup> Ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo (BOE de 4 de marzo de 2010)

*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”<sup>26</sup>.

Al igual que el resto de los derechos fundamentales, el derecho a la reproducción humana encuentra sus límites en el orden público y los derechos y libertades fundamentales de terceros. Debemos preguntarnos entonces si la gestación por sustitución podría considerarse como una facultad derivada del contenido positivo del derecho a procrear o si se trataría de una extralimitación en el ejercicio del mismo, al vulnerar el orden público o los derechos de los demás.

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”<sup>27</sup>. La dignidad de la persona -elemento integrante del orden público-, se alza como argumento principal para rechazar la práctica de la gestación de sustitución”<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> 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.1301-1338, 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, 1989, pp.358-359)

<sup>27</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, op.cit., p.142.

<sup>28</sup> 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

La dignidad se ha configurado como un valor superior del ordenamiento jurídico, correspondiéndole la función de inspirar las normas básicas del Derecho<sup>29</sup>, pero plantea dificultades en su aplicación, al hallarse dentro de la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados. 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 *mínimum 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”<sup>30</sup>.

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”<sup>31</sup>. La dignidad exige, pues, dar a todo ser humano lo que es adecuado a su naturaleza misma de hombre<sup>32</sup>. 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

---

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)

<sup>29</sup> 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)

<sup>30</sup> STC 120/1990, de 27 de junio de 1990, F. J.4º.

<sup>31</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, op.cit., p. 112.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”, en *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho* (dir. A. LÓPEZ MORENO), Madrid, 1999, p.48.

a imagen de los objetos técnicos. Es entonces cuando deja de ser sujeto para volverse objeto”<sup>33</sup>.

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 supuestamente 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”<sup>34</sup>. 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 identidad<sup>35</sup>.

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 superior informante del Ordenamiento se impone indudablemente cualquiera que fuera la actitud del sujeto”<sup>36</sup>.

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

---

<sup>33</sup> 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”.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, p.141

<sup>35</sup> *Ibíd.*, pp.142-144

<sup>36</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad de la persona*, op.cit., pp.113-114

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”<sup>37</sup>.

Expuestos los términos del conflicto, cabe concluir, en mi opinión 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 únicamente en los casos en los que se impusiera coactivamente su implicación en la reproducción pero, desde luego, entiendo que no procede cuando la mujer decide libremente intervenir en el proceso generativo, puesto que, desde mi punto de vista, la libertad, la autonomía personal, constituye el ingrediente esencial de la dignidad.

---

<sup>37</sup> PANTALEÓN, F., *Técnicas de Reproducción asistida...*, op.cit., p.133.