

# LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS

Ana Marrades Puig

doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp219-241](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp219-241)

---

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DIGNIDAD Y SUS DERECHOS INHERENTES. 2.1. *Dignidad e instrumentalización de las mujeres*. 2.2. *Maternidad y filiación*. 2.3. *El derecho a la integridad física y moral de las mujeres gestantes*. 2.4. *El derecho a la reproducción v. el derecho a la maternidad*. 2.5. *La opción de gestar para otros: ¿una cuestión de libertad?* 3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 3.1. *La Ley y otras fuentes del derecho: la importancia de la jurisprudencia*. 4. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA NUEVA REALIDAD: ¿DÓNDE ESTAMOS? Y ¿QUÉ HACEMOS?

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución, gestación subrogada, maternidad subrogada, vientres o úteros de alquiler, según la perspectiva de quien la mencione, está convirtiéndose en un tema cada vez más polémico especialmente en España, porque aquí no está permitida pero hay personas, solas o en pareja, que se están acogiendo a esta práctica<sup>1</sup> en otros países. Así la sociedad está polarizada en dos tendencias bastante encontradas: por un lado, quienes desean que

---

<sup>1</sup> La gestación subrogada no es una Técnica de Reproducción Asistida, sino una práctica mediante la cual una mujer, a través de una fecundación in vitro –generalmente con óvulo de donante (o de la comitente) y esperma del comitente– gesta un bebé para otra persona o para una pareja.

se regule y se pueda convenir libremente mediante contrato, y quienes consideren que no debe permitirse como práctica aceptable por vulnerar derechos fundamentales de las mujeres y convertir a los bebés en mercancías.

Estas dos posturas están representadas básicamente por: La *Asociación por la gestación subrogada en España*, la *Asociación padres por la gestación subrogada*, y la asociación *Son nuestros hijos*; y por otro lado, la *Plataforma «No somos vasijas»* y, recientemente la *Red Estatal contra el alquiler de vientres*<sup>2</sup>.

Los partidos políticos también están divididos, incluso entre sus militantes. Por ejemplo, la iniciativa de *Ciudadanos* es la más clara por la regulación de esta práctica. La postura del *Partido Popular* es confusa, ya que hay diversas opiniones a favor y en contra de su regulación dependiendo del sector del partido y del interés de quien plantea el problema. *Podemos* está muy dividido, encontramos argumentos muy claros a favor y en contra, entre los y las militantes. El *Partido Socialista* ha sido tal vez el que más claramente se ha posicionado en contra, a pesar de que algunos sectores, especialmente entre los jóvenes, siguen solicitando un debate abierto para tomar una postura, y finalmente parece ser que hay un acuerdo por postularse en contra<sup>3</sup>.

El tema que se nos plantea presenta numerosas posibilidades de intervención desde el punto de vista ético y jurídico. Son muchas las aristas que tiene el problema, pero me centraré solamente en aquéllas que considero más importantes para apoyar mi argumento contra la práctica de alquilar o utilizar los cuerpos de las mujeres para gestar hijos para otras personas que lo encarguen a través de un contrato: la afectación a la dignidad de las gestantes y a sus derechos inherentes, la renuncia de los derechos de filiación, y la supuesta libertad de las gestantes para aceptar las condiciones del contrato.

## 2. LA DIGNIDAD Y SUS DERECHOS INHERENTES

La dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes son el fundamento del orden político y de la paz social, y también de la totalidad del ordenamiento, incluido el artículo 1.1, que recoge el reconocimiento de unos valores que están al servicio de la dignidad. Por eso el

<sup>2</sup> <http://www.noalquilesvientres.com/>

<sup>3</sup> Amelia VALCÁRCEL, Ponencia al 39 Congreso del partidos socialista: «Todo lo que sea comercializar el cuerpo de las mujeres mediante trata, prostitución o vientres de alquiler no puede formar parte de las ideas que nos remiten a la tradición socialista», «son prácticas comerciales abusivas que obtienen de **la debilidad del otro** un sí forzado por la necesidad», «el psoe no debe “en modo alguno” apoyarla». [www.eldiario.es](http://www.eldiario.es), 24 marzo 2017.

concepto de dignidad debe adaptarse a unas circunstancias culturales concretas, a espacios y tiempos determinados<sup>4</sup>, y el marco de la constitución resulta el idóneo para facilitar la comprensión de un concepto que es complejo y tiene muchas connotaciones.

Respecto a la naturaleza jurídica de este valor, Alegre Martínez<sup>5</sup> considera que la dignidad de la persona presenta un triple carácter:

Primero, la dignidad es la base y la razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona. El reconocimiento y respeto de esos derechos es imprescindible para que la vida de la persona se desarrolle de modo conforme con su dignidad, o dicho de otra forma, el reconocimiento de los derechos fundamentales es la manifestación obligada de la primacía del valor de la dignidad<sup>6</sup>.

Segundo, la dignidad funciona como un fin, tanto del reconocimiento de los derechos, como de la previsión de garantías para la protección en el ejercicio de los mismos. El reconocimiento constitucional de unos determinados valores, y la materialización de estas opciones axiológicas en un determinado elenco de derechos y libertades, va encaminado a posibilitar el desarrollo integral de la persona, exigido por su propia dignidad.

Y por último, según se deduce de lo anterior, la dignidad se convierte en un límite. Si el ejercicio de las propias libertades y el desarrollo de la personalidad gracias al ejercicio de los propios derechos tienen sus límites en «el respeto a la ley y a los derechos de los demás»; y los derechos propios y ajenos son consecuencia de su dignidad y medio para que su vida se desarrolle de acuerdo con la misma, entonces, la dignidad de los demás (y también la propia en la medida en que los derechos inherentes a la misma son irrenunciables) actúa como límite de los derechos propios.

¿Sería posible considerar que en el caso de la gestación por sustitución la dignidad de las mujeres que ofrecen su cuerpo para gestar un ser humano para entregarlo después a otras personas a cambio de dinero no afecta a su dignidad? Si afecta a su dignidad, ésta sería un límite para la realización de esta práctica y por lo tanto no podría ampararse por nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>4</sup> Eugenio RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, (Turín: Giapichelli, 2014). En el primer capítulo «Sulla dignità umana», el autor hace un análisis sobre la «relatividad» del concepto de dignidad, incluso del recurso al concepto de dignidad de los clásicos de la filosofía.

<sup>5</sup> Miguel Ángel ALEGRE, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, (Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, 1996), 62.

<sup>6</sup> Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, (Madrid: Dykinson, 1992), 163.

María Luisa Balaguer<sup>7</sup> define la dignidad como la posibilidad que el Estado se reserva para intervenir desde el derecho, cuando se da la circunstancia de que una conducta atenta a la esfera del sujeto lesionando ese contenido de humanidad, que es considerado como intangible. En el caso de la maternidad subrogada se trataría de injerencias o actuaciones que contravengan el sentido de la dignidad. Cuando se habla de posibilidades científicas, surge la necesidad de intervenir en la garantía de la dignidad, porque no todo lo científicamente posible es jurídicamente lícito. Y por eso destaca la necesidad de incidir en el valor orientador e interpretativo de la dignidad en la Constitución, pues no constituye un bloque cerrado de posibilidades, sino que en los casos que ponen en relación el valor de la libertad con el del mercado, deben tener en cuenta los valores y bienes constitucionalmente protegidos.

El Tribunal Constitucional ha concretado el significado constitucional de la dignidad en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona que se proyecta sobre los derechos individuales» (STC 53/1985 de 11 de abril, Fto Jco 8.º, STC 120/1990, de 27 de junio, Fto Jco 4.º...). Como dice Yolanda Gómez<sup>8</sup>, la dignidad es un elemento constitutivo de un gran número de derechos que contribuye a la configuración del propio derecho y obliga a una interpretación y aplicación del mismo que deje incólume la dignidad. Se convierte así la dignidad en un concepto transversal tanto en los ordenamientos nacionales –en estricto sentido– como en el ordenamiento comunitario. En ocasiones, la dignidad humana se manifiesta como parte del contenido esencial de los diferentes derechos fundamentales, formando parte, como antes hemos señalado, de los mismos. Este carácter o dimensión relacional de la dignidad se proyecta también en la interpretación y aplicación de los derechos y sirve de criterio para los pronunciamientos jurisdiccionales. Es transversal porque fundamenta los derechos, en este caso de las mujeres gestantes a quienes, considero, se instrumentaliza y cuyos derechos a la integridad física y moral quedan vulnerados.

## 2.1. La dignidad y la instrumentalización de las mujeres

La dignidad puede ser descrita como un concepto normativo<sup>9</sup>, y como tal puede ser usado para justificar los derechos humanos. De las dos dimensio-

<sup>7</sup> María Luisa BALAGUER, *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, (Madrid: Tecnos, 2017), 14, en prensa.

<sup>8</sup> Yolanda GÓMEZ, «Dignidad y ordenamiento comunitario», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, (2005): 226.

<sup>9</sup> Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, «Sobre el concepto de dignidad humana», *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Casado, M. (coord.), (Civitas, 2009), 92.

nes que pueden distinguirse en la noción normativa de dignidad: una contempla la dignidad como fundamento último de los derechos; en este sentido la dignidad señala el límite de la moral y ordena no tratar a los demás exclusivamente como medios; la otra, es la que se traduce en derechos fundamentales concretos, que pueden ser ponderados con otros.

La primera dimensión se basa en la segunda formulación del imperativo categórico que prohíbe instrumentalizar al ser humano: «Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio»<sup>10</sup>. Manuel Atienza señala<sup>11</sup> la importancia del adverbio solamente: «Si la prohibición de instrumentalizar un ser humano, la obligación de respetar su dignidad se entiende como debe entenderse (no que esté prohibido tratar a otro o sí mismo como un medio, sino sólo como un medio), se comprende que la gestación por sustitución no supone por sí misma ningún atentado contra la dignidad»<sup>12</sup>. Sin embargo, me pregunto, como qué otra cosa se trata a una mujer que gesta para otra persona o personas sino como un medio para satisfacer los deseos de las personas que le hacen el encargo a la gestante, es decir, como un instrumento, y sólo como un instrumento.

Ana Rubio se refiere a esta práctica como «útero de alquiler» para evidenciar que la maternidad «comprada» reduce a la mujer a un recipiente reproductor y critica con acierto la instrumentalización de las mujeres sometidas a esta práctica: «llama la atención que siempre que se habla de esta práctica se exalta la maternidad biológica, el valor del deseo en quien compra y la libertad personal de quien ofrece su cuerpo, ignorándose el proceso fisiológico y emocional que encierra para toda madre gestante el embarazo, o la instrumentalización a que son sometidas las mujeres pobres, o necesitadas para satisfacer los deseos de otros. A todos estos hay que añadir el negocio...»<sup>13</sup> Se refiere a continuación a las Ferias que han

<sup>10</sup> Immanuel KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (trad García Morente, Espasa-Calpe (4.ª ed), 1973), 84.

<sup>11</sup> Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos», *El Notario del siglo XXI*, n.º 63, (2015); y en «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de bioética y derecho*, Barcelona, Universitat de Barcelona, (2015); con anterioridad en «Reproducción Humana Asistida: sobre la nueva ley» en el n.º 9 de la *Revista El notario del siglo XXI* (2006).

<sup>12</sup> Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, «El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias» en *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, ed. Por María CASADO (coord.) (México: Fontamara, 2016), 59.

<sup>13</sup> Ana RUBIO CASTRO, «Sujeto, Cuerpo y mercado», *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, ed. Por María CASADO (coord.), (México: Fontamara, 2016), 67, en nota a pie de página n.º 5.

comenzado a proliferar ya en nuestro país: hubo ya una en mayo de 2016 y otra «Surrofair»<sup>14</sup> programada para los días 6 y 7 de mayo de 2017, donde se exponen los distintos tipos de centros que gestionan estas prácticas y se explican los «mejores» destinos para los españoles: Estados Unidos y Ucrania; también se ofrece Rusia, Georgia, Grecia y Canadá. Aunque claro este último no ofrece tantas garantías porque al ser la gestión por sustitución «legal» pero «altruista» no hay madres gestantes disponibles. ¿Quién lo haría verdaderamente por motivos altruistas, sin que exista la contraprestación económica?: nadie. Nadie pondría en peligro su salud y su vida si no fuera por una urgencia económica. Por más que existan contratos «abusivos» ninguno lo es tanto como este en que el objeto del contrato es el propio cuerpo y su salud, no existe una fuerza de trabajo, es el propio cuerpo el que se expone solamente para gestar un bebé que será entregado a los comitentes que verán así colmados su deseos. No se trata de ceder el propio cuerpo o parte de él para salvar una vida o hacer posible el derecho a la vida o a la salud de otra persona, sino más bien de la «utilización» del cuerpo de una mujer para la satisfacción de un deseo –que aun así podría incluso ser lícito si no se pusiera en riesgo la salud y no se tratara sólo como medio a las mujeres–:

El deseo de ser madre a toda costa, porque la presión social es brutal sobre las mujeres para que sean madres; y además porque es lo que de ellas se espera. Es una función de las mujeres.

El deseo de ser padre con las propias características genéticas, como si la adopción fuese incompleta porque la persona adoptada no tendrá los mismos rasgos físicos o de carácter.

De todos modos la altruista «de verdad» sería un caso excepcional (y nunca podría justificar una regulación que facilitase el abuso de todos los casos en que se produce una total instrumentalización) porque la llamada «compensación» que acompaña a la gratuidad es sólo un eufemismo: nadie lo va a hacer sin dinero a cambio.

Por ejemplo pongamos el caso de Canadá donde es legal pero «altruista» –es decir que la Ley canadiense de reproducción asistida<sup>15</sup> prohíbe completamente el pago de cualquier retribución por la gestación subrogada– aun así se está pagando una cantidad nada desdeñable por «gastos derivados del embarazo»: alrededor de 22.000 dólares canadienses. Por tanto, a pesar de que los gastos hospitalarios están cubiertos, la «compensación» existe. En total todo el proceso cuesta entre 60.000 y 80.000 euros, a diferencia de Estados

<sup>14</sup> <https://www.surrofair.com/>

<sup>15</sup> <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-13.4.pdf>. Assisted Human Reproduction Act (section 6).

Unidos donde cuesta casi el doble o más, entre 120.000 y 150.000 euros<sup>16</sup> porque los gastos médicos no están cubiertos.

Y si comparamos con otros países donde existe una retribución «auténtica» (que no compensación) observaremos que el precio puede ser incluso mucho más bajo, por ejemplo Ucrania, donde cuesta entre 35.000 y 55.000 euros (más honorarios de las agencias)<sup>17</sup>. Nos sirve este caso para añadir otro problema que apoya el argumento de la instrumentalización: se paga de forma diferente el alquiler de un cuerpo de una mujer de un país más pobre donde se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad<sup>18</sup>. También en Rusia la retribución oscila entre las mismas cantidades pero la mujer gestante no está obligada a la renuncia del bebé. Pero es que ¿puede renunciarse a un hijo?, ¿se puede renunciar a la filiación?

## 2.2. Maternidad y filiación

El artículo 44.4 de la Ley 20/2011 de Registro civil, modificada por la Ley 19/2015 dispone que: «*La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*».

Y el Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida se refiere expresamente a la gestación por sustitución disponiendo que:

*«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. Y 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto».* Es decir que la madre es la que pare y por tanto a ella le corresponden los derechos derivados de la filiación.

Aun así, la ley 20/2011 (artículo 44.4) establece que el acceso a la filiación materna «*será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite, y siempre que renuncie a ejercer los derechos*

<sup>16</sup> <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-eeuu-y-canada>, recogido con fecha 5 de abril 2017.

<sup>17</sup> La diferencia de precios dependerá del programa de gestación subrogada escogido. Así, la opción más económica únicamente incluye un intento y el uso de óvulos propios. La opción de 40.000 euros hace referencia al programa «embarazo seguro», es decir, incluye la donación de óvulos, el DGP (diagnóstico genético preimplantacional) y el número de transferencias necesarias hasta conseguir el embarazo de la gestante. [www.babygest.es](http://www.babygest.es)

<sup>18</sup> Ana RUBIO, *Sujeto, cuerpo y mercado*, 90.

*derivados de dicha filiación*», entendiendo que se trata de supuestos de renuncia a los derechos como madre en favor de una adopción y trascurrido el plazo legal previsto.

Si seguimos avanzando por esta confusa reforma legislativa<sup>19</sup>, nos encontramos con el artículo 45 de la Ley 20/2011 que señala algo insólito: «la renuncia al hijo en el momento del parto». ¿Qué es eso?: primero, ¿se puede renunciar a un hijo?; segundo, ¿se puede renunciar en el momento del parto? O se renuncia antes (en el momento de la transferencia embrionaria para quienes piensan que debería legalizarse y regularse la gestación por sustitución en España), o se renuncia cuando la ley lo permite para la adopción, es decir seis semanas después del parto.

Por tanto, no se puede renunciar a la maternidad ni a la filiación en tanto que no se produzca la adopción. Luís Muñoz de Dios Sáez explica<sup>20</sup> con buen criterio que «la madre no renuncia a nada en el momento del parto: ni «al hijo» (redacción por parte del legislador poco precisa), ni a la maternidad, ni a la patria potestad. Tan solo anuncia que podría dar a su hijo en adopción». Lo único que hace la ley es eximir a la renunciante de promover la inscripción en el Registro –porque lo que dice la ley en su artículo 45 es que la madre que renuncie al hijo en el momento del parto no tiene la obligación de inscribir el nacimiento (o sea, puede no inscribirlo), que será asumida por la entidad pública correspondiente–; y por otro lado, constata que el dato de su domicilio en dicha inscripción será de publicidad restringida (art.49.4).

El mencionado autor se plantea que si la madre pudiera renunciar a la maternidad (aunque fuera solo al parir) estaríamos «ante una revolución del derecho de familia»: y ya puestos, ¿por qué sólo en el parto y no también unos meses o años después?, y más puestos ¿por qué no también el padre puede renunciar?

Además si la adopción es irrevocable (art.180.1 del Código Civil) ¿cómo va a ser revocable la filiación por naturaleza?, sería obviamente un caso de abandono de familia. El extraño precepto de la renuncia de la filiación en el momento del parto propugna una renuncia abdicativa sin sentido: Por un lado, no puede referirse a la adopción porque la parturienta tiene que esperar seis semanas para asentir, por lo que no tiene sentido que esta renuncia se resuelva en el parto; por otro, tampoco parece que se esté refiriendo (dando otro extraño rodeo) a la maternidad subrogada, donde hay una renuncia traslativa a favor de los comitentes, que es previa a la gestación y al parto, pero no en el momento del parto; y además no está permitida en nuestro

<sup>19</sup> Ley 20/2011, reformada por Ley 19/2015 (que no entrará en vigor de forma completa hasta el 30 de junio de 2017).

<sup>20</sup> Luís MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, «Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto», *El notario del siglo XXI*, n.º 65 (2016).

ordenamiento jurídico, ya que aunque no esté expresamente prohibida el contrato sería nulo y no produciría efecto alguno.

O tal vez sí que pueda estar refiriéndose el legislador, de forma velada, a una forma de amparar la maternidad subrogada porque su voluntad fuera esa. Hay que recordar que el Partido Popular en la tramitación parlamentaria de reforma de la Ley de Registro Civil, la mencionada ley 19/2015, intentó introducir una enmienda para que la doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado sobre la inscripción de los nacidos por gestación por sustitución en el extranjero –para que se haga a favor de los comitentes, como de hecho se viene haciendo desde 2010– fuese elevada a la categoría de ley.

El mencionado precepto, según el análisis que hace Mar Esquembre<sup>21</sup>, podría tener dos posibles intenciones: una, que sea una forma encubierta de permitirse la gestación por sustitución en España pudiendo pactar previamente el comitente –que supuestamente, y ésta es la hipótesis, ha aportado su material genético– y la gestante la renuncia de ésta en el momento del parto, y la reclamación judicial de la paternidad (obviamente en fraude de ley) por parte del comitente. La otra, una figura por la cual se estaría también de forma encubierta, proporcionando la posibilidad de no asumir la obligación del hijo no deseado sin abortar.

### 2.3. *El derecho a la integridad física y moral de las mujeres gestantes*

La cuestión de la renuncia de los derechos derivados de la filiación es muy importante para las mujeres: nos ha costado demasiado ir consiguiendo derechos como para empezar ahora a renunciar a ellos. La consecución de los derechos derivados de la maternidad constituyó un hito histórico, y no hace mucho tiempo que la renuncia a alguno de ellos fue objeto de polémica: algunas mujeres que ostentaban cargos públicos importantes renunciaron por ejemplo, al permiso de maternidad<sup>22</sup>.

El hecho de que la madre gestante tenga que renunciar a sus derechos desde el momento que asume la transferencia del embrión es en sí mismo un acto bastante agresivo. ¿Qué ocurre si la madre se arrepiente?, por más que se regule ninguna legislación podría resolver el problema del «arrepentimiento» de las mujeres, ¿cómo debería regularse una revocación del consentimiento de la mujer?, ¿estableciendo un plazo?, o ni siquiera eso, por ejemplo la propuesta

<sup>21</sup> Mar ESQUEMBRE CERDÁ, «¿Legalización encubierta del contrato de gestación por sustitución o maternidad no querida?». *Diario Información* de 9 de abril de 2017.

<sup>22</sup> Beatriz GONZÁLEZ, «Políticas y bajas de maternidad ¿predicar con el ejemplo?», *Mujer Hoy*, n.º 512 (2009): 14-15.

de la SEF<sup>23</sup> para su regulación consiste en que «en ningún caso podría la gestante negarse a entregar al recién nacido a la pareja subrogada». ¿No atentaría esta condición contra el derecho de la mujer gestante a su integridad moral?

El derecho a la integridad moral y física se ve seriamente comprometido en la gestación por sustitución. Los peligros físicos para la madre gestante son reales y contundentes como lo es cualquier embarazo, pero además está el componente emocional. Estamos hablando de un futuro bebé con quien –a pesar de que las «terapias psicológicas» (por llamarlas de alguna manera) que asisten a las gestantes son brutales– la mujer embarazada contrae un vínculo físico y emocional, especialmente ya en una fase de gestación avanzada. ¿En serio podemos creer que no ha de surgir vínculo alguno entre la mujer embarazada y el bebé que está gestando? Cuesta pensarlo por más que ella firme ese contrato «consciente» de que al fin del embarazo «cederá» su hijo/a a otra persona o personas. Parece ser que en la mayoría de las clínicas especializadas, en Estados Unidos y en la India por ejemplo, las mujeres reciben instrucciones para aprender a disociarse del bebé. Les enseñan a no decir nunca «te amo» sino «tus padres te aman», a no ponerle nombre y a no pensar que el hijo es suyo. Para no sufrir hay que disociarse y pensar en el útero como una fábrica<sup>24</sup>, es necesario deshumanizar el proceso para que sea más llevadero para la mujer que alquila su cuerpo.

Por otro lado, hay recientes estudios e investigaciones que muestran que a través del embarazo se transmite carga genética. Se ha identificado una molécula específica del líquido endometrial que es capaz de reprogramar genéticamente al embrión, entonces aunque no sea una madre «genética», pero sí biológica en el sentido de que gesta en su cuerpo el feto, puede entenderse que se podría transmitir carga genética al mismo. Por eso hay madres que no comparten ADN con su hijo/a (por ejemplo al gestar un embrión por donación) y sin embargo tienen rasgos físicos similares<sup>25</sup>. Eso significaría que aun con los argumentos de quienes presentan esta práctica como un «mero» proceso de gestación al final del cual se entrega al bebé sin ningún lazo físico ni emocional, sería muy difícil aceptar que no hay dificultad en disociarse del futuro bebé.

<sup>23</sup> Sociedad Española de Fertilidad, Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad (Coord. NÚÑEZ, FEITO y ABELLÁN), *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*, Abril 2016.

<sup>24</sup> En el artículo de Raquel PEREIRA MALAGÓN, «Mujer pobre, sana, se alquila», *El País* 7 de mayo de 2016. Y en Kajsa EKIS EKMAN, *El ser y la mercancía* (Barcelona: Belaterra, 2015), 214-215.

<sup>25</sup> VILELLE, MORENO-MOYA, BALAGUER, GRASSO, HERRERO, MARTÍNEZ, MARCILLA y SIMÓN, «Hsa-miR-30d, secreted by the human endometrium, is taken up by the implantation embryo and might modify its transcriptome», *The Company of Biologists Ltd, Development*, 142 (2015): 3210-3221.

Además es necesario valorar los riesgos físicos que conllevan para la salud el embarazo y el parto. No se trata sólo de «alquilar» un útero –por eso más que útero de alquiler creo que debería llamarse «cuerpo de alquiler»–. La mujer gestante por sustitución no sólo cede su útero sino que expone su cuerpo a todos los riesgos derivados del embarazo. Durante nueve meses el organismo de la mujer hace un esfuerzo extra por el que el feto extrae de su madre vitaminas, minerales, nutrientes y demás elementos que necesita para crecer sano. A través de la placenta se difunden desde la madre estos los nutrientes y hacia ésta los productos del metabolismo fetal durante todo el proceso de gestación que culmina con el parto. Hay por tanto un vínculo no sólo emocional sino también físico. A los riesgos<sup>26</sup> derivados de la gestación hay que añadir los eventuales riesgos del parto o cesárea, como cualquier otra intervención quirúrgica.

Por tanto, la gestación por sustitución afecta al derecho a la integridad física y moral de las mujeres gestantes y por eso afecta a su dignidad porque lesiona importantes derechos que le son inherentes y además, porque existe una clara instrumentalización de las mujeres para satisfacer deseos al servicio de una estructura patriarcal que se manifiesta en la presión tanto de ser madre a toda costa, como en la necesidad de buscar descendencia con características genéticas propias.

#### 2.4. *El derecho a la reproducción v. derecho a la maternidad*

La Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo celebrada en el Cairo en 1994 seguida de la IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijing, 1995<sup>27</sup>

<sup>26</sup> La OMS recoge los riesgos graves frecuentes en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/>, y en <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.STA.MMRT>, se muestra la tasa de mortalidad materna por cada 100.000 nacidos vivos. Entre los países que hemos tomado como ejemplo, Canadá 7 x 100.000, EEUU 14, Ucrania 24, India 174...

<sup>27</sup> Aunque existe un precedente que habla del derecho de los padres a determinar libremente y con responsabilidad el número y espaciamiento de sus hijos (la Proclamación de Derechos Humanos de Teherán de 1968), son estas dos Conferencias las que recogen el derecho expresamente. *«Teniendo en cuenta la definición que antecede (se refiere a Salud reproductiva), los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libremente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta*

reconocían la existencia de los derechos reproductivos que se concretaban en el derecho de las personas a decidir el número de hijos y el espaciamiento de sus nacimientos sin interferencias ni discriminación, teniendo en cuenta sus obligaciones con los hijos nacidos y futuros. Es decir, no se trata de un derecho a procrear a toda costa. En su día J. Robertson<sup>28</sup> como pionero entre la doctrina en Estados Unidos y Canadá, y Yolanda Gómez<sup>29</sup> en España reconocían la existencia de este derecho, pero como libertad procreativa, que implicaría la posibilidad de acceder a su desarrollo mediante técnicas de reproducción asistida si fuese necesario para procurar la reproducción. Pero ello no implica que todo sea posible, además aquí se está tratando sobre una práctica que necesita de la reproducción asistida, no de que sea una técnica de reproducción asistida.

Como explicaba Robertson a propósito del caso *Eisenstadt v. Baird* (405 U.S. 438-453, 1972), «a nadie debería serle negado el derecho simplemente por ser estéril, por lo que las técnicas de reproducción asistida entran dentro de las vías de ejercicio del derecho a la reproducción. Sólo una razón imperativa (*compelling interest*), que no pudiera ser protegida por medios menos restrictivos, justificaría restringir las acciones de una persona o de una pareja para formar una familia»<sup>30</sup>. En el caso de la gestación por sustitución creo que existe una razón importante que es la utilización del cuerpo de una mujer para su exposición a riesgos que uno no puede o no quiere correr<sup>31</sup>.

La Ley de Técnicas de Reproducción asistida permite a la mujer sola<sup>32</sup> acceder a las técnicas porque puede disponer de su útero y su cuerpo para

---

*las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia». Cfr.par.7.3, Cap.VII, ICPD (A/CONF.171/13, pp.41-42). Para un análisis de los contenidos de la Conferencia de Pekín y sus precedentes, ver Paloma DURÁN LALAGUNA, «La posición de las Naciones Unidas ante la igualdad varón/mujer», *Mujer y Derecho*, Ayto de Valencia, Valencia, 1998.*

<sup>28</sup> John. A. ROBERTSON, *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*, (New Jersey: Princen University Press, 1994), 22-23; y en ROBERTSON, «Reproduction and rights: a response to Dorothy Roberts», *Law and social inquiry: journal of the American Bar Foundation* (1996), 1025.

<sup>29</sup> Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana* (Madrid: Marcial Pons, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1994), 48.

<sup>30</sup> J.A. ROBERTSON, «Liberty and Assisted Reproduction», *Trial*, August (1994), 50.

<sup>31</sup> No solamente se acude a la gestación por sustitución por el deseo de tener un hijo con las características genéticas propias sino que también en algunos casos se recurre a ella por motivos de salud, incluso estéticos, para evitar la incomodidad y la transformación del cuerpo que el embarazo produce.

<sup>32</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, artículo 6:

gestar. La gestación por sustitución no es una técnica de reproducción, es una práctica que involucra a otra persona en el proceso, que debe aceptar las consecuencias que puede conllevar someter su cuerpo al mismo; eso excede del ámbito del derecho, y en definitiva y en última instancia compete solo a las mujeres que son las que tienen útero para gestar. Eleonora Lamm<sup>33</sup> dice que es discriminatorio con los hombres permitir el acceso a estas técnicas a la persona individualmente si es mujer, y que por tanto debería permitirse la gestación subrogada a los hombres (porque obviamente no hay otra forma de hacerlo). Pero es que hay cosas que no son posibles y el Derecho no existe para posibilitar lo imposible sino para solucionar problemas reales<sup>34</sup>. La maternidad o paternidad también puede realizarse por la vía de la adopción y el Derecho así lo establece para todas las personas, tanto para parejas homosexuales y heterosexuales como para una mujer o un hombre solo, porque además de ser posible no afecta la dignidad ni los derechos de nadie.

Hace tiempo me manifesté sobre el reconocimiento del derecho a la maternidad<sup>35</sup> por dos razones esencialmente, (además de por la cuestión demográfica obvia, o necesidad que tiene la sociedad del recambio generacional): la primera, por el coste que conlleva para las mujeres la realización de la maternidad en el ámbito laboral y profesional, que afecta al derecho a la igualdad porque la maternidad es un factor de discriminación; y la segunda, porque la libertad reproductiva constituye una proyección del desarrollo libre de la personalidad que implica tener o no tener descendencia en el ámbito de lo que es posible y la ciencia puede procurar. En este segundo aspecto están incluidas ambas decisiones tanto la de tener hijos/as como la de no tenerlos, que implica poder decidir sobre tu «propia» gestación.

En el ordenamiento español se ha admitido jurisprudencialmente que la libertad de procreación forma parte del libre desarrollo personal<sup>36</sup>, en ningún

---

1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

<sup>33</sup> Eleonora LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler* (Barcelona: Universitat de Barcelona, 2013), 67.

<sup>34</sup> Como decía M. L. BALAGUER, ob. cit., «No todo lo científicamente posible es jurídicamente lícito» (en nota a pie de página n.º 7 de este trabajo).

<sup>35</sup> Ana MARRADES PUIG, *Lucas y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, (Valencia: Universidad de Valencia, 2002).

<sup>36</sup> Miguel A. PRESNO LINERA, y Pilar JIMÉNEZ BLANCO, «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 51 (2014).

Se refieren los autores a que «se ha admitido que forman parte también del libre desarrollo personal la libertad de procreación y la decisión de continuar o no una relación

caso se habla de un derecho a la reproducción; en el caso que nos ocupa –la gestación por sustitución– ni para los comitentes, ni para la madre gestante porque ella sólo «acepta» las condiciones de un contrato de gestación para otros, no decide ejercer en su ámbito de libertad individual un derecho a procrear.

Ningún derecho es absoluto. Por tanto, no lo es el derecho a la maternidad, ni tampoco lo sería el derecho a la reproducción en caso de que se reconociese, porque su límite estaría en la dignidad y los derechos ajenos, en este caso de los derechos de las mujeres gestantes. El derecho a la maternidad no es el derecho a tener un hijo o hija, se trata más bien del derecho al respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, sin más limitaciones que las que se deriven de la dignidad y de los derechos de las demás personas, principalmente las hijas y los hijos que nazcan, que comportaría además la obligación de prestarles asistencia. Por tanto se proyecta no sólo en la decisión de tener hijos/as (naturales o por adopción) sino en la obligación de procurarles cuidados y atención, sin que el hecho de la maternidad menoscabe otras facetas que forman parte del libre desarrollo de la personalidad.

## 2.5. *La opción de gestar para otros: ¿una cuestión de libertad?*

El derecho a la maternidad implica en primer lugar, la libertad de procrear, o de adoptar; y en segundo lugar, la obligación de atender las necesidades de la descendencia. Y la libertad de procrear implica a su vez la decisión de concebir, gestar y parir un hijo/a (o no hacerlo), pero no implica ni «encargarlo», ni gestarlo para otra persona o personas porque eso es simplemente ceder temporalmente el propio cuerpo durante el tiempo que dure la gestación de un ser humano<sup>37</sup>. Pero además debemos detenernos en la cuestión de la libertad de gestar para otros y preguntarnos si es verdaderamente libre.

El hecho de que existan tantas diferencias –de todo tipo, pero especialmente económicas– en las posibilidades de llevar a cabo una gestación por sustitución en distintos países del mundo nos hace pensar en algo evidente: se trata de un negocio y como en todo negocio se comercia con objetos. El problema es que no estamos comerciando con objetos sino con personas, y

---

afectiva o de convivencia (SSTC 215/1994, de 14.6.1994, F. 4, y 60/2010, de 7.10.2010, F. 8.b) y se ha relacionado la libertad con el pluralismo (STC 47/1993, de 8.2.1993, F. 3).

<sup>37</sup> Presno y Jiménez (Ibidem) pretenden en el artículo anteriormente citado, evidenciar que la libertad de procrear justifica la gestación por sustitución porque ampara la libertad de la mujer que gesta para otros, que ellos la llaman también «libertad de procrear», pero eso no es libertad de procrear, sino de gestar, que no tiene nada que ver.

aun a pesar de que el argumento más socorrido para apoyar estas prácticas es el recurso a la libertad, al consentimiento libremente otorgado de las mujeres que se prestarán a ellas, no podemos desconsiderar las circunstancias en que estas mujeres prestan su consentimiento. Como explica Ana Rubio<sup>38</sup> «la libertad no es una cualidad natural, se desarrolla o se constriñe en el marco de las relaciones sociales que permiten las estructuras y las instituciones. No se nace libre, se hace libre el cuerpo-sujeto como un efecto colateral de su capacidad de pensamiento, elección y acción, en la interacción con los otros cuerpos-sujetos con los que convive y es. Minimizar las diferencias entre quienes son reconocidos por el mercado como sujetos, y quienes quedan reducidos a cuerpos estereotipados y ocupados, es ocultar que la verdadera igualdad solo es posible en la reciprocidad, en la equivalencia y en el reconocimiento mutuo de igual valor y dignidad, tanto en el derecho como en el mercado». El discurso de los derechos humanos se ve afectado de un proceso de deshumanización y mercantilización. La defensa de la libertad y de la autonomía individual no nos puede llevar a considerar que carece de relevancia moral y política la comercialización de los cuerpos. Como en toda práctica social es muy importante analizar el contexto.

Una elección entre pobreza y un embarazo subrogado no puede considerarse una libre elección<sup>39</sup>. Es difícil asumir la libre elección aun considerando que no haya una contraprestación económica por medio ya que el dinero no es la única moneda para comprar la voluntad de una persona.

María Luisa Balaguer hace referencia a la posición que cada cual ocupa en el mercado para calibrar la decisión con libertad. «Esta apariencia de libre autodeterminación está sin embargo contradicha por bastantes evidencias, que demuestran que es la posición que se ocupa en el mercado la que define la posibilidad de elección individual... Hay que dejar fuera del mercado, las cuestiones atinentes a la protección de ciertos derechos, si no se quiera incurrir en injusticias históricas irreparables desde las posiciones de la libertad individual como justificativa de todo tipo de conducta»<sup>40</sup>.

Si tenemos un consenso básico acerca de que no todos los derechos son susceptibles de entrar en el mercado, y por lo tanto, determinadas actividades no podrán ser susceptibles asimismo de tráfico comercial, entonces, estamos en condiciones de abordar en qué casos esa mercantilización es insostenible para la convivencia humana, por superar los límites de la tolerancia social.

<sup>38</sup> Ana RUBIO CASTRO, «Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja», 86-87 y 89.

<sup>39</sup> Entre tantas, en «El País Semanal» de 16 de abril de 2017, Almudena Grandes escribía exactamente en este sentido sobre «Últimas noticias del machismo: Legalizar la subrogación de la maternidad desembocará en la explotación de las mujeres pobres, que no podrán elegir con libertad».

<sup>40</sup> María Luisa BALAGUER, *Hij@s del mercado*, 96 (en prensa).

Como argumenta Laura Nuño<sup>41</sup> «hay bienes que no se pueden comercializar por mucho que haya quien pueda o desee comprarlos. No podemos subastar al mejor postor nuestros órganos (aunque salve una vida o dos) ni vendernos como esclavos si nos garantizan techo y comida de calidad que regalar a nuestros hijos/as en caso de necesidad».

El voluntarismo típico del liberalismo entiende que cada persona ocupa en la sociedad la posición que quiere, y a la larga, el mercado es capaz de redistribuir esas posiciones en función del esfuerzo que cada una quiera realizar. Pero la verdad no es esa, sino que son las posiciones de poder las que se desarrollan cada vez más en el incremento del poder, y la desigualdad la que crece cada vez más en las capas sociales más débiles. El hecho de que dos partes se reúnan para acordar mutuamente un intercambio no presupone una posición igualitaria, ya que la relación suele ser asimétrica, porque nos encontramos ante un contrato con una fuerte desigualdad<sup>42</sup>.

Puede decidir con libertad quien no está sometido a condiciones extremas, por eso las decisiones libres sobre acciones que comprometen la salud y la vida de las personas deberían tomarse sólo en condiciones de plena igualdad. Se nos puede argumentar que tantos otros «trabajos» y «contratos» son duros y a ellos se acogen las personas por necesidad que en otras circunstancias no lo harían, y ante ello caben una respuesta obvia: el embarazo por sustitución ni es un trabajo ni puede ser objeto de contrato. Sólo las cosas o los servicios pueden serlo pero no un embarazo ni el bebé que se está gestando. Además, no puede compararse un embarazo de sustitución con un contrato de trabajo. Ni siquiera extremando las precauciones para que las mujeres gestantes no sean víctimas de unas condiciones abusivas. No puede aceptarse igual que no puede aceptarse un contrato de prostitución o de esclavitud. Esta última se abolió hace mucho tiempo, y como argumentaba Rousseau la libertad individual no puede legitimar a nadie para justificar la aceptación de la propia esclavitud<sup>43</sup>. Según Rosa Cobo<sup>44</sup> a propósito de su análisis sobre la libertad y la igualdad en Rousseau: «el consentimiento no puede servir para que un individuo se convierta en esclavo de otro, pues nadie puede utilizar la libertad para decretar su propia esclavitud». La pretendida libertad de las mujeres que deciden aceptar las condiciones del contrato de gestación suele estar condicionada por circunstancias de necesidad, y el

<sup>41</sup> Laura NUÑO GÓMEZ, «Gestación comercial: deseos y derechos», *El notario del siglo XXI*, n.º 72, marzo-abril 2017.

<sup>42</sup> BALAGUER, *Hij@s del mercado*, 97.

<sup>43</sup> Jean JACQUES ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*, en *Escritos de combate*, (Madrid: Alfaguara, 1979), 191.

<sup>44</sup> Rosa COBO, «Las paradojas de la igualdad en Jean-Jacques Rousseau», en *Avances del Cesor*, Año IX, n.º 9 (2012): 109-121.

ejercicio de esa libertad las coloca además en una posición de tener que ceder parte de la misma.

Por eso, invocar la libertad de la mujer para «elegir» si quiere prestar su cuerpo para gestar un embarazo, es ignorar que precisamente el contrato de maternidad subrogada lesiona la libertad de la mujer porque al aceptar sus condiciones cede parte de aquélla. El Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo<sup>45</sup> ya en su día señaló que poner el cuerpo de las mujeres como cualquier otro producto a disposición del mercado afecta a los derechos humanos y lesiona la autonomía de las mujeres y la capacidad de control sobre su cuerpo y su derecho a la salud. Por eso dice la SEF<sup>46</sup> en su propuesta de regulación (en caso de que ello fuese a tener lugar) que «sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, en su caso, puedan originarse por el incumplimiento de las obligaciones contraídas, a la gestante debe reconocérsele su autonomía y plenitud de derechos desde el momento de la transferencia embrionaria hasta el instante del nacimiento, en el sentido de que podrá interrumpir la gestación o continuarla contra el criterio de la pareja subrogada». Pero a continuación añade que: NO podrá negarse a entregar el recién nacido a la pareja subrogada, en ningún caso. Por eso el contrato deberá establecer muy bien qué hacer en situaciones «conflictivas» y «el compromiso de la gestante de que se acogerá a un determinado «estilo de vida».

Existe pues una verdadera intromisión en el ámbito de la autonomía individual de la mujer que produce incluso una lesión en sus derechos. Quienes defienden la gestación por sustitución basada en la libertad de las mujeres de decidir someterse a esta práctica obvian que esa libertad se ve quebrada por el propio contrato por el que asume que cede parte de su libertad y queda presa de unas condiciones que la someten a una presión a veces insoportable.

### 3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla una ley que regule la gestación subrogada, pero se refiere a ella diciendo que «cualquier contrato que convenga la gestación por sustitución será nulo de pleno derecho», y que «la

<sup>45</sup> El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

<sup>46</sup> Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, (Coord. NÚÑEZ, FEITO y ABELLÁN), *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*, Abril 2016. Hay que tener en cuenta que la SEF no se muestra partidaria de la gestación subrogada y que solo la aceptaría como ultimísimo recurso, si bien ha elaborado un informe de propuesta para el caso de que se regulara.

filiación será determinada por el parto» en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, artículo 10).

Tal vez habría sido más ortodoxo comenzar el artículo con el marco normativo y jurisprudencial pero me ha parecido que debía mostrar primero la situación real de los derechos de las mujeres que pueden verse afectados, para mostrar después qué tratamiento ha estado dando nuestro ordenamiento jurídico ante una práctica no permitida por el derecho español en el sentido mencionado (nulidad de los contratos celebrados y filiación determinada por el parto) pero que se está llevando a cabo en el extranjero y que está produciendo unas consecuencias jurídicas a las que nuestros operadores jurídicos han tenido que dar una solución.

No contamos con una ley, aunque las propuestas para que se regule<sup>47</sup> y sea una práctica legal están sobre la mesa, pero también las que entienden que debería regularse para prohibirla expresamente<sup>48</sup> y tipificarla como delito. El tema es complejo. Lo que tenemos hasta ahora es jurisprudencia y una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN).

### 3.1. *La ley y otras fuentes del derecho: la importancia de la jurisprudencia*

La situación es anómala porque no hay una legislación que permita celebrar contratos de gestación subrogada en España pero éstos se están celebrando en el extranjero y los bebés nacidos por esta vía necesitan una cobertura legal. Ante esta situación se encuentran enfrentadas dos posturas opuestas: la de la DGRN y la del Tribunal Supremo que sentó su jurisprudencia en la ya conocida y estudiadísima Sentencia 247/2014, que resulta de suma importancia como fuente del derecho para resolver los problemas que aquí se plantean al no existir una ley reguladora de la gestación subrogada, ya que la única de la que disponemos no prohíbe expresamente esta práctica sino que dispone la nulidad de los contratos celebrados para convenir una gestación subrogada.

<sup>47</sup> Octavio SALAZAR BENÍTEZ, «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos», *Revista de Derecho Político*, (2017): 107. —Octavio Salazar plantea una propuesta, que destaca por ser conciliadora, tanto que él mismo la explica como «garantista», y por tanto «poco probable», y siempre altruista—: 108.

<sup>48</sup> Vicente BELLVER CAPELLA, «¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional». *SCIO Revista de Filosofía*, n.º 11 (Noviembre de 2015), 48. Vicente Bellver entiende que «se debería optar por una prohibición universal o, al menos, adoptar todas las medidas legales y políticas para evitar la proliferación de mercados de úteros en países donde la pobreza femenina puede abocar a muchas mujeres a ver esta práctica como la única salida».

El problema de origen que condujo al pronunciamiento del TS surge cuando dos varones españoles casados solicitaron la inscripción en el Registro Civil consular de Los Ángeles de sus dos hijos nacidos en dicho estado mediante gestación por sustitución, y el encargado del Registro Civil Consular denegó la inscripción invocando la «prohibición» de ésta práctica por la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (los contratos celebrados a su amparo son nulos).

Ante la negativa a la inscripción, los comitentes interpusieron recurso ante la DGRN solicitando la revocación de la decisión y la inscripción de los menores. La DGRN estimó el recurso y ordenó la inscripción considerando que no vulneraba el orden público internacional español, evitaba discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor. Posteriormente el Ministerio Fiscal presentó una demanda en la que impugnaba dicha resolución porque infringía el artículo 10 de la LTRHA que establecía la nulidad del contrato y la filiación por el parto.

Los comitentes contestaron a la demanda, oponiéndose a ella. El Juzgado de Primera Instancia estimó la impugnación de la Fiscalía, y la Audiencia Provincial a la que apelaron los solicitantes desestimó su recurso, por lo que interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo que también fue desestimado, ordenando al Ministerio Fiscal a que ejercitase las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores «en la medida de lo posible», y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los menores en un núcleo familiar «de facto».

De los fundamentos jurídicos nos interesa resaltar dos aspectos en relación con los problemas aquí planteados:

Primero: que el TS considera que el hecho controvertido contraviene el orden público porque resulta incompatible con las normas de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia (fo. tercero n.º 7 y 10) –normas que reconocen la filiación a favor de los comitentes, incluso tipifican como delito ciertos supuestos de entregas de menores, incluso en el extranjero (art. 221.2 del Código penal)–. En concreto, la mercantilización que supone la filiación de un menor a favor de quien lo encarga mediante contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto de tráfico mercantil.

Segundo: que existen en nuestro ordenamiento jurídico fórmulas para acceder a la filiación, en el caso que nos ocupa; en concreto dos: la paternidad biológica, que puede reclamar judicialmente el comitente que sea padre genético; y la adopción, que pueden intentar los demás comitentes.

«Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El artículo 10 de la LTRHA permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo

fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como la adopción o el acogimiento familiar permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar» (fto. quinto, n.º 11).

Este sería el motivo por el no resulta directamente aplicable al derecho español la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha declarado que los ordenamientos de otros países, por ejemplo Francia o Italia, han vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos –el derecho del hijo al respeto de la vida privada y familiar– al negar la inscripción, ya que estos países no disponían de otra opción.

En los casos *Labassee* y *Menesson* (de 26 de junio de 2014) el TEDH declaró que Francia contravenía el artículo 8 del CEDH al no permitir a los bebés nacidos por gestación por sustitución establecer la filiación por ningún medio. Una cuestión similar se planteó en el caso *Paradiso* y *Campanelli* (de 27 de enero de 2015) donde Italia privó de la custodia a la pareja comitente, declarando al bebé idóneo para la adopción, y el TEDH consideró también que Italia había actuado contra el CEDH.

Ahora bien, recientemente en sentencia del 24 de enero de 2017, la Gran Sala del TEDH dictó sentencia en esta causa (25358/12) y consideró que la decisión de los tribunales italianos no constituye una violación del art. 8 (respeto a la vida privada y familiar) de la Convención Europea de Derechos Humanos, revocando así la sentencia anterior de 27 de enero de 2015. El TEDH reconoce que si el Estado Italiano hubiera permitido a los solicitantes seguir con la custodia del menor, habría significado legalizar una situación creada por los comitentes vulnerando principios básicos del ordenamiento jurídico italiano. Lo que hace el estado italiano es ponderar de forma equilibrada que el menor no sufra daños.

Nuestro Tribunal Supremo, de acuerdo con el TEDH, reconoce que debería protegerse el vínculo si existen relaciones familiares «de facto», pero no a costa de hacer quebrar el ordenamiento jurídico. Por otro lado, se está hablando de que la filiación debe ser conforme a ley, no que el o la bebé nacidos no vayan a tener un nombre o no vayan a adquirir una nacionalidad. «A fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 7.1 de la Convención sobre los derechos del niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a un nombre y a una nacionalidad, la denegación de la certificación registral ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido» (fto. quinto, 11).

En el fallo de la sentencia, el TS insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar «de

facto». Persigue así alcanzar un equilibrio entre el bienestar de las partes implicadas y la preservación del ordenamiento jurídico.

#### 4. REFLEXIONES FINALES SOBRE LA NUEVA REALIDAD: ¿DÓNDE ESTAMOS? Y ¿QUÉ HACEMOS?

El fallo del Tribunal Supremo y su argumentación no ha convencido a algunos autores<sup>49</sup>. Manuel Atienza<sup>50</sup> considera que la gestación por sustitución ni está prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, ni es contraria al orden público, por lo que la decisión del TS (y de los órganos jurisdiccionales previos) de no admitir la inscripción de los menores estaría equivocada. Especialmente porque el TS sí que se planteó que su decisión podría tener consecuencias negativas (perjuicio a los niños), pero aun así éstas no eran tan graves y además quedaban compensadas por la importancia de ser fieles al ordenamiento jurídico; por eso, la decisión en cuestión constituiría un caso de formalismo jurídico, que ignora la existencia de una «nueva realidad».

El problema está en que esta «nueva realidad» se construye sobre intereses más bien egoístas de unos pocos en lugar de apostar por la adopción. Con tantos menores sin padres, ni hogar, encerrados en orfanatos o incluso en peores condiciones..., me resulta difícil comprender los argumentos que refieren que la gestación por sustitución es la única oportunidad real de tener un hijo para algunas personas<sup>51</sup>. Esto nos tendría que hacer reflexionar sobre qué nos está pasando. Me pregunto con Ana Rubio<sup>52</sup> «¿por qué vivir la paternidad o maternidad exige un hijo propio? ¿Qué no satisface la adopción? ¿Todos nuestros deseos son necesidades? Desde hace tiempo hemos luchado por poner en valor que lo importante eran los afectos y el cuidado y no el origen biológico de la paternidad o maternidad, pero todo esto parece haber perdido sentido ante el deseo de la descendencia propia, aunque sea a cualquier coste». Creo que las políticas públicas deberían concentrarse en el fomento de la adopción facilitando el acceso a la misma y eliminando las

<sup>49</sup> Como hemos visto en Presno Linera o Lamm, por ejemplo. También en el mismo sentido, el análisis en profundidad que hacen Alfonso Calvo y Javier Carrascosa sobre el fallo del TS en: Alfonso CALVO y Javier CARRASCOSA, «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015, vol. 2): 77-78.

<sup>50</sup> Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos», <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-63/5373-gestacion-por-sustitucion-y-prejuicios-ideologicos>

<sup>51</sup> Eleonora LAMM, «La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto» en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2 (Ediciones Universidad de Salamanca, 2014), 50.

<sup>52</sup> RUBIO, *Sujeto, cuerpo y mercado...*, 90.

trabas, a veces absurdas, que aparecen en el proceso que tiene que formalizarse, obviamente, de acuerdo con los controles necesarios para que ningún menor quede perjudicado.

Esta «nueva realidad» desconoce que las mujeres son utilizadas sólo como medios, para satisfacer los intereses y los deseos de unos pocos. La instrumentalización de las mujeres para estos fines resulta evidente, y las consecuencias de la regulación para permitir la gestación por sustitución podrían ser nefastas, por ejemplo como explica Laura Nuño: convertirse en el caldo de cultivo de la trata de personas. «Como ocurre con el mercado prostitucional, no se puede ignorar que habilitar canales lícitos o legales para el proxenetismo reproductivo, representa un reclamo para el ilegal. No en vano, la extensión de la gestación comercial ha provocado que las redes criminales dedicadas a trata de personas con fines de explotación sexual amplíen su negocio incorporando los beneficios que conlleva la reproductiva»<sup>53</sup>.

Esta «nueva realidad» desconoce que la presión social de la cultura patriarcal exige la maternidad a las mujeres y las que no pueden acceder a ella sufren lo indecible.

El derecho a la maternidad no es el derecho a tener un hijo/a, ni el derecho a un hijo, sería más bien el derecho al respeto a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer sin más límites que la dignidad y los derechos de las demás personas, con las garantías necesarias para que esa opción no repercuta negativamente en las otras proyecciones del libre desarrollo de la personalidad.

Y a la maternidad se puede acceder sin afectar derechos ni dignidad de otras personas tanto por la reproducción como por la adopción. El bienestar de unos pocos no puede construirse sobre el abuso de otras personas en condiciones inferiores de bienestar.

No me parece que regular sea la solución —o sí, tal vez mediante una regulación que no deje ningún resquicio por el cual se pueda seguir comprometiendo la vulnerabilidad de las mujeres— si no se revisan previamente los valores que consideramos esenciales para nuestra convivencia y se cambia la perspectiva con la que observamos la realidad.

*TITLE: Surrogate pregnancy within the framework of the Spanish Constitution: a matter of rights*

*RESUMEN: La gestación subrogada o gestación por sustitución es una práctica controvertida y de gran actualidad especialmente en España,*

<sup>53</sup> Laura NUÑO GÓMEZ, «Gestación comercial», y, en «La trata de seres humanos con fines de explotación sexual; propuestas para un cambio de paradigma en la orientación de las políticas públicas», *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 98 (2017): 159-187.

*porque sin estar permitida en nuestro ordenamiento jurídico algunas parejas están utilizándola ya en el extranjero. Este trabajo pretende desarrollar los aspectos que considero más importantes para apoyar mi argumento contra la práctica de alquilar los cuerpos de las mujeres para gestar hijos para otras personas a través de un contrato: la afectación a la dignidad de las gestantes y a sus derechos inherentes, la renuncia de los derechos de filiación, y la supuesta libertad de las gestantes para aceptar las condiciones del contrato.*

*La gestación por sustitución afecta al derecho a la integridad física y moral de las mujeres gestantes y por eso afecta a su dignidad porque lesiona importantes derechos que le son inherentes y además, porque existe una clara instrumentalización de las mujeres para satisfacer deseos al servicio de una estructura patriarcal que se manifiesta en la presión tanto de ser madre a toda costa, como en la necesidad de buscar descendencia con características genéticas propias. Pero también afecta a su libertad, ya que sólo puede decidir con libertad quien no está comprometido por la necesidad, por eso las decisiones libres sobre acciones que pueden dañar la salud y la vida de las personas deberían tomarse sólo en condiciones de plena igualdad.*

**PALABRAS CLAVE:** *Gestación subrogada, dignidad, derechos, filiación, libertad.*

**ABSTRACT:** *Surrogate pregnancy or gestation by substitution is a controversial and highly topical practice, especially in Spain, because, though not allowed in our legal system, some couples are already using it abroad. This work aims to develop the aspects that I consider more important to support my argument against the practice of renting women's bodies to gestate children for other people through a contract: undermining the dignity of the pregnant women and their inherent rights, the waiver of rights of filiation, and the so-called freedom of the pregnant women to accept the terms of the contract.*

*Surrogate pregnancy affects the right to physical and moral integrity of the pregnant women. It affects their dignity because it damages important inherent rights and also because there is a clear exploitation of women to fulfill desires in favour of a patriarchal structure manifested both in the pressure of being a mother at all costs and also in the need of searching children with their own genetic characteristics. Furthermore it also affects their freedom, since one can only decide freely if one is not compromised by economic needs, so free choice on actions that can harm the health and life of persons should only be taken under conditions of full equality.*

**KEY WORDS:** *Surrogate pregnancy, human dignity, rights, filiation, freedom.*

RECIBIDO: 28.04.2017

ACEPTADO: 30.05.2017