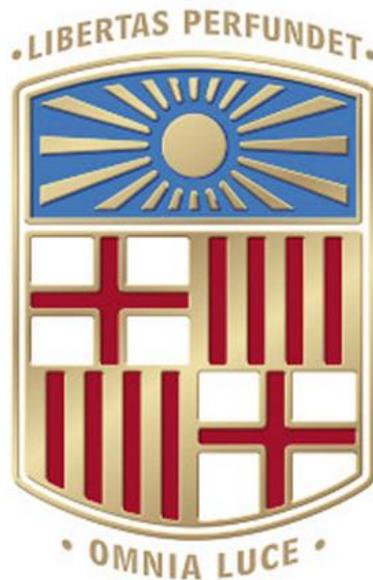


UNIVERSIDAD DE BARCELONA
FACULTAD DE DERECHO

Doble Grado en Derecho y Gestión y Administración
Pública



TRABAJO DE FINAL DE GRADO
LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.
PATRIARCADO CAMUFLADO DE
AUTONOMÍA DE LA MUJER.

Autora:

RAQUEL CAMACHO AGÜERA

NIUB: 20069954

Bajo la dirección de la tutora:

MÓNICA NAVARRO – MICHEL

Barcelona, 30 de mayo de 2022

RESUMEN

Para una parte de la población la gestación por sustitución, posible gracias a los avances en las técnicas de reproducción asistida, supone una nueva posibilidad de tener hijos biológicos sin la necesidad de soportar un embarazo; sin embargo, para otra parte de la sociedad llevar a cabo dicha técnica no es más que un nuevo tipo de explotación de la mujer, que la instrumentaliza con el objeto de lucrarse económicamente satisfaciendo el deseo de terceras personas de ser padres. En el presente trabajo podremos observar la regulación existente en España de esta práctica, así como la forma de actuación de nuestras instituciones frente a estos casos, que llegan a nuestro país a través del llamado turismo reproductivo, además de hacer un recorrido por la regulación de los diversos países, tanto aquellos que la permiten como los que no, y de analizar los aspectos éticos y morales que genera la gestación por sustitución, tanto en relación con el menor concebido como a la madre gestante, comparando las diversas formas de explotación sexual de la mujer que aún existen en nuestra sociedad con dicha técnica.

Palabras clave: gestación por sustitución, explotación reproductiva, turismo reproductivo, reconocimiento y filiación del menor.

ABSTRACT

For a part of the population, gestation surrogacy, represents a new opportunity of having biological children without needing to be pregnant. This might be influenced by the advancements on assisted reproduction technology. For the other part of the society, doing that procedure is nothing more than a new type of women exploitation. Where women become a tool with the objective of getting money satisfying the wish of other people to be parents. In this project, the current regulation of this practice in Spain is studied. As well as, the actions done by the Spanish institutions in front of the cases that arrive to this country through the so-called reproductive tourism. In addition, the regulations of various countries on this matter are revised. Those that allow it and those that do not allow it. Also, an analysis of the ethical and moral aspects that surrogacy generates is carried out, both in relation to the minor conceived and to the surrogate mother. Comparing the different ways of sexual exploitation to women that still exist in our society with this technique.

Keywords: gestation by substitution, reproductive exploitation, reproductive tourism, recognition, and affiliation of the minor.

ÍNDICE

1. ABREVIATURAS Y GLOSARIO	5
1.1. Abreviaturas.....	5
1.2. Glosario.....	5
2. INTRODUCCIÓN	6
3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	8
3.1. Terminología y delimitación conceptual. ¿Qué es la gestación por sustitución?..	8
3.2. Modalidades de gestación por sustitución	10
4. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL	12
4.1. Organismos intergubernamentales.....	14
4.2. Prohibición expresa de la gestación por sustitución	16
4.2.1. Francia.....	16
4.2.2. Italia.....	20
4.2.3. Orden público internacional e interés superior del menor	24
4.3. Admisión amplia de la gestación por sustitución	25
4.3.1 Ucrania	25
4.3.2. Méjico.....	28
4.4. Admisión de la gestación por sustitución por motivos altruistas.....	30
4.4.1. Reino Unido	31
4.4.2. Grecia	33
4.4.3. India.....	34
4.5. El turismo reproductivo	36
5. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN NUESTRO PAÍS	38
5.1. Evolución legislativa de la reproducción humana asistida en España.....	40
5.1.1. El artículo 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	41
5.2. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.....	43
5.3. La filiación de los nacidos por gestación por sustitución en nuestro país	45
5.3.1. La adopción y el acogimiento	47
5.4. El papel del Tribunal Supremo	50
5.4.1. Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014	50
5.4.2. Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022, de 31 de marzo de 2022.....	52
6. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO 54	
6.1. Donación de óvulos, prostitución y gestación por sustitución.....	55

6.2. Dignidad humana, autonomía reproductiva, cosificación y mercantilización de las mujeres gestantes	59
6.3. La madre gestante y el menor, derechos morales y legales. El arrepentimiento y la rescisión del contrato	63
7. CONCLUSIONES	67
8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70
8.1. Bibliografía y webgrafía	70
8.2. Legislación.....	74
8.3. Jurisprudencia	74

1. ABREVIATURAS Y GLOSARIO

En el presente apartado podremos ver todas las abreviaturas que encontraremos a lo largo del trabajo, con su correspondiente significado, así como un pequeño glosario de todas aquellas palabras o expresiones que precisen de una explicación para poder entender su significado en el presente trabajo.

1.1. Abreviaturas

Las abreviaturas que nos podremos encontrar a lo largo del presente estudio son:

- CC – Código Civil.
- CEDDHH – Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- CP – Código Penal.
- DGRN – Dirección General del Registro y del Notariado
- FIV – Fertilización in vitro.
- ICAA – Instituto Catalán de la Acogida y la Adopción.
- IIU – Inseminación Intrauterina.
- ONU – Organización de las Naciones Unidas.
- RCC – Registro Civil Central.
- RCE – Registro Civil Español.
- TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TRA – Técnica de Reproducción Asistida.

1.2. Glosario

Según la RAE, un glosario es un “*catálogo de palabras de una misma disciplina, de un mismo campo de estudio, de una misma obra, etc., definidas o comentadas*”. Pues atendiendo al citado significado, a continuación, observaremos un pequeño glosario con las palabras más relevantes para la comprensión del presente trabajo.

- **Altruismo** – Fenómeno por el que algunos individuos de la misma especie benefician a otros a costa de sí mismos, sin esperar nada a cambio.
- **Comitente** – Padre o madre que tiene el deseo de tener un hijo, y decide iniciar el proceso de la gestación por sustitución.
- **Explotación reproductiva** – Mercantilización de la capacidad reproductiva de las mujeres.
- **Fertilización in vitro** – Fecundación realizada en un laboratorio para implantar posteriormente el embrión en la gestante.
- **Inseminación artificial** – Fecundación realizada de forma intrauterina, directamente en el cuerpo de la gestante.
- **Machismo** – Conjunto de actitudes y normas que le dan prevalencia y dominio al género masculino. Es una forma de sexismo caracterizada por el hombre.
- **Mujer gestante** – Mujer que lleva en su vientre al futuro bebé.
- **Patriarcado** - Sistema de dominio institucionalizado que mantiene la subordinación e invisibilización de las mujeres con respecto a los varones,

creando así una situación de desigualdad estructural basada en la superioridad del género masculino.

- **Técnica de reproducción asistida** – Aplicación de una serie procedimientos de manipulación controlada de gametos (óvulos y espermatozoides) y/o embriones necesarios para llevar a cabo la inseminación artificial y la fertilización in vitro.
- **Turismo reproductivo** – Viajar a un país extranjero, con el objetivo de conseguir un hijo.
- **Vínculo genético** – Existencia de relación biológica entre dos o más personas.

2. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de la elaboración de este Trabajo de Final de Grado, es hacer reflexionar al lector sobre la figura de la gestación por sustitución en nuestro país y los problemas que se plantean, tanto de derechos de las mujeres y los niños, como de filiación de los menores que nacen por esta práctica.

La gestación por sustitución es un tema de actualidad en nuestro territorio, en todas las esferas mediáticas existentes; por un lado, encontramos la publicación del borrador de la nueva Ley del Aborto, el cual contempla algunas medidas de persecución de dicha práctica; la justicia también se ha pronunciado en los últimos meses sobre la gestación por sustitución, al dictar sentencia el Tribunal Supremo el pasado mes de abril donde calificaba la gestación por sustitución como una forma de vulneración sistemática de los derechos de la gestante y de los menores concebidos. Por otro lado, no ha pasado desapercibido para ninguno de nosotros la Guerra de Ucrania, donde encontramos cientos de madres gestantes y de comitentes que no pueden ir a recoger a los menores nacidos bajo esta técnica por encontrarse el país en guerra.

Además de ser una cuestión de actualidad por todos los ámbitos en los que está teniendo una gran influencia en los últimos meses, cabe decir que personalmente es un tema que siempre me ha interesado en especial, puesto que en los últimos años he pasado de estar completamente a favor de que las mujeres puedan acceder a dicha práctica, siendo libres de vender su cuerpo gestando para otras personas, a estar totalmente en contra de la regularización de la misma, al tratarse de una práctica que atenta contra los derechos de las mujeres que se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Por lo tanto, considero que el hecho de haberme encontrado en los dos extremos me da la capacidad de entender mejor la cuestión planteada, y de poder darle otro punto de vista al trabajo que estamos a punto de ver.

Partimos de la base de que vivimos en unos tiempos de cambios rápidos y profundos, y si hay alguna esfera en lo que se nota de forma intensa esta transformación es el ámbito de las relaciones familiares, tanto por la proliferación de formas distintas de familias existentes, ya sean monoparentales, nucleares, extensas, etc. como por los métodos diversos de filiación que nos ha permitido la ciencia en los últimos años.

Este cambio en la filiación se ha dado gracias al avance de las técnicas de reproducción asistida (desde ahora TRA), lo que ha permitido que cientos de familias puedan tener

hijos de formas diferentes a las tradicionales, separando la reproducción humana de la sexualidad, ya que estas técnicas permiten que pueda darse la reproducción sin la necesidad de acudir al sexo. Como veremos a lo largo del trabajo, el hecho de que la ciencia nos permita acudir a ciertos métodos de reproducción, no quiere decir que todos estos deban ser aceptados por la población ni puestos en práctica, como es el caso de la gestación por sustitución, por sus consecuencias trascendentales tanto para la madre gestante como para el menor nacido a través de dicha técnica.

La gestación por sustitución nos plantea multitud de cuestiones y planteamientos sobre legalidad, moralidad y ética de su práctica, ya que son muchas las personas que intervienen en el proceso y detrás de esta práctica se mueven fuertes incentivos económicos que hacen que la mujer gestante sea explotada reproductivamente, lo que ha hecho que muchos países regulen de forma estricta esta práctica y la prohíban dentro de sus ordenamientos jurídicos, al considerar que la misma va en contra del orden público.

La infinidad de cuestiones que surgen de esta figura hace imposible que puedan abordarse todas en un único trabajo del modo en el que a mí me gustaría, por lo que el presente estudio va a girar en torno a la siguiente hipótesis, *“la gestación por sustitución representa una forma más de explotación reproductiva contra las mujeres y, su regulación en nuestro territorio implicará años de retroceso en los derechos de la mujer y en la lucha feminista”*.

Para ello, haremos un primer acercamiento a la gestación por sustitución, explicando lo que es y las diversas modalidades, analizaremos la regulación de aquellos países que prohíben la práctica de forma estricta, los que la permiten ampliamente y aquellos que únicamente permiten que se celebre cuando se hace por motivos altruistas.

Uno de los apartados más importante de dicho trabajo, es saber cuál es la situación actual de la gestación por sustitución en España y cual es el marco de actuación de las instituciones de nuestro país frente a esta técnica, teniendo en cuenta tanto la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, para así poder resolver la hipótesis planteada sobre si es cierto que una posible regulación representaría una vulneración y un retroceso en los derechos de las mujeres.

Según el art. 10.1 de la ley 14/2006, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en nuestro territorio, por lo que una pareja que acude a esta técnica en el extranjero y después intenta volver a España con el menor, se va a encontrar con problemas en el momento de inscribir al menor en el Registro Civil como hijo suyo. Para ello, la Instrucción antes mencionada del 2010, abre un abanico de posibilidades para que los menores puedan ser inscritos en el Registro Civil, siempre y cuando cumplan una serie de requisitos, pensando siempre en dar una mayor protección al menor y salvaguardar sus intereses.

Es tan importante tener en cuenta los derechos del menor, como los de la madre gestante, por lo que se hará un análisis sobre los diversos métodos de explotación de la

mujer, yendo desde una simple donación de óvulos hasta la prostitución, pudiendo analizar como a pesar de que ambas situaciones parecen muy distintas y distantes entre sí, el fondo del asunto y la forma de reclutar a las mujeres es la misma, y se centra siempre en mujeres jóvenes y en una situación de precariedad económica, por lo que también se acaba relacionando con la gestación por sustitución, y por ende, con las madres gestantes que acuden a este método con la certeza de que se trata de un método fácil y rápido de conseguir ingresos, sin ser conscientes de que están siendo víctimas de explotación reproductiva y trata de mujeres.

Para poder llevar a cabo todo este trabajo de investigación y poder acabar confirmando o desmintiendo la hipótesis antes expuesta, utilizaremos abundante criterio doctrinal y jurisprudencial, puesto que no existe legislación alguna que vislumbre las dudas planteadas sobre dicha práctica. También utilizaremos muchas monografías y libros de autores reputados en la materia, como de profesores de esta misma casa, como es el caso de mi tutora de TFG, Mónica Navarro-Michel, la cual cuenta con varias publicaciones sobre la gestación por sustitución, las cuales han sido utilizadas para poder redactar gran parte del presente estudio.

Finalmente, mi propósito es transmitir mi inquietud y preocupación con el auge de la mercantilización del cuerpo humano, tan presente en nuestro sistema capitalista, en el cual se cree que todo tiene un precio y es susceptible de tener un valor en el mercado, siendo siempre las personas perjudicadas de este sistema aquellas que son más débiles económicamente hablando, principalmente mujeres y niñas, las cuales se encuentran en una precaria situación y sin posibilidad de acceder a otros medios para satisfacer sus necesidades básicas.

3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

3.1. Terminología y delimitación conceptual. ¿Qué es la gestación por sustitución?

En la actualidad nos encontramos con un amplio abanico de expresiones para referirnos a esta realidad que es la gestación por sustitución como bien pueden ser, alquiler de útero, madres suplentes, madres de alquiler, gestación por cuenta ajena, maternidad sustituta, etc. A pesar del gran número de versiones, las más significativas y recurrentes en nuestro país oscilan entre la peyorativa de *vientres de alquiler*, a una forma más emocional, llamándolo *maternidad subrogada*, o de un modo más moderado, el cual utilizaremos en este estudio, referido a la *gestación por sustitución*.

La gran variedad de formas existentes para referirnos a la gestación por sustitución es debida a que ni el propio sistema ha sido capaz de ponerse de acuerdo en la denominación de dicha práctica. Este no es un problema únicamente de España, ya que, en el derecho comparado, tampoco contamos con una uniformidad terminológica. Por ejemplo, entre los anglosajones se suele utilizar de forma generalizada el término *surrogate mother* o *surrogacy*; en Italia predomina el término *affitto di útero* o la expresión *locazione di útero*. Viajando a otro continente, en el propio país de Méjico encontramos códigos civiles con diversas terminologías, como es el caso del Código

Civil de Coahuila (Méjico) el cual nos habla de maternidad subrogada, y el Código Civil de Tabasco (Méjico), hace una distinción entre la maternidad subrogada y la maternidad gestante sustituta, dependiendo de si se utiliza material genético de la madre gestante o no.

Independientemente de cuál sea la terminología que utilicemos, en la doctrina actual existen numerosas definiciones de lo que hay que entender por gestación por sustitución. Además, podemos observar la gran evolución conceptual que se ha dado a lo largo de los años, tal y como recoge la Doctora Eleonora Lamm, en su libro “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”¹.

Independientemente del modo que utilicemos para referirnos a esta técnica, nos encontramos frente a un supuesto donde hay una mujer que engendra a un hijo, mediante el encargo de otras personas, y después del parto lo entrega a cambio de un precio o de forma gratuita.

Las personas que realizan el encargo del menor son denominadas comitentes, y únicamente buscan que la persona gestante les engendre un bebé, con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente, utilizando a la madre gestante únicamente para la creación de este y desvinculándola por completo de cualquier tipo de vínculo jurídico que pueda llegar a existir.

En la actualidad observamos como este encargo puede producirse por una persona individual o por una pareja, ya sea formada por personas homosexuales o heterosexuales, así como también cabe la posibilidad de utilizar el propio material genético de la madre gestante, como otro diferente; sin embargo, las primeras definiciones que salieron a la luz, como es la del psicólogo británico P. Coleman, concluía que, para estar frente a un supuesto de gestación por sustitución, deberíamos encontrarnos frente a una pareja heterosexual casada, donde la mujer fuese infértil, y así el marido podía inseminar de forma artificial a la madre gestante, la cual, una vez nacido el menor, renunciaría a todos los derechos de filiación sobre él, se lo entregaría al padre, y entonces sería la esposa quien tendría el deber de adoptar al recién nacido.

Como vemos a lo largo de los años esta definición ha sufrido una gran evolución conceptual, la más importante centrada en que en la actualidad una persona por si sola también puede recurrir a este método, además de que no es necesario que la pareja sea heterosexual, ni que haya formalizado su relación mediante matrimonio, pudiendo recurrir a esta práctica, como es lo más habitual en nuestro territorio, parejas heterosexuales. Algunos de los casos más conocidos en nuestro territorio son el del cantante Miguel Bosé, el cual ha recurrido a este método en 4 ocasiones, Jaime Cantizano o Tamara Gorro, entre muchos otros casos.

¹ Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona (pp. 22-24).

3.2. Modalidades de gestación por sustitución

Tal y como ya se ha mencionado, a lo largo de este estudio utilizaremos el concepto de **gestación por sustitución** para referirnos al objeto del trabajo, ya que, bajo mi punto de vista, y por los motivos que ya se han expuesto, es el término más adecuado y que más encaja en la definición del mismo; sin embargo, que únicamente utilice un término para referirme a la gestación por sustitución, no quiere decir que esta práctica solo pueda llevarse a cabo de una forma determinada, ya que como vamos a ver seguidamente, existen diferentes modos de recurrir a esta técnica, dependiendo de que tipo de comitentes nos encontremos, así como de la situación y motivos que empujen a cada persona a recurrir a este método.

El informe realizado por el Comité de Bioética de España, sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada² en el 2019, recoge diversas formas de llevar a cabo la gestación por sustitución. Dicho informe diferencia hasta 11 tipologías diferentes de realización de esta técnica, dependiendo de cuál sea la finalidad de la gestante, la localización geográfica de los comitentes y de la gestante o el nivel de conocimiento y libertad de la gestante, entre otras muchas tipologías.

Después de valorar todas las tipologías recogidas en el informe, así como realizar un pequeño análisis de estas, he decidido decantarme por las modalidades y variantes que recoge la Doctora Eleonora Lamm en su libro³ mencionado con anterioridad, el cual se basa en recoger dos grandes bloques, con posibles variantes en cada uno de ellos.

Podemos diferenciar la gestación por sustitución en dos grandes bloques, por un lado, aquellos supuestos en los que se utiliza únicamente la carga genética de los comitentes o de donantes, o bien, aquellos casos donde la madre gestante también aporta a la gestación su material genético. Bajo estas dos premisas podrían englobarse las dos modalidades básicas de gestación por sustitución; sin embargo, dentro de cada uno de estos grupos, existen un gran número de variantes, donde pueden llegar a intervenir hasta 6 personas diferentes, tal y como veremos a continuación.

El supuesto más común de gestación por sustitución es el denominado por la doctrina como **gestación por sustitución gestacional**. Este método es aquel en el que no se utiliza carga genética de la gestante, y el embrión de una pareja es implantado en el útero de la persona que llevará a cabo la gestación y que, tras dar a luz, se obliga a entregar al niño a sus padres genéticos o biológicos. Como vemos, en este proceso no se utiliza la carga genética de la gestante, y la misma solo es utilizada como recipiente.

Estos supuestos son realizados comúnmente por parejas heterosexuales, las cuales pueden aportar su propia carga genética o la de un donante. Se caracteriza por ser supuestos donde ninguno de los dos miembros tiene problemas de infertilidad, pero por

² Comité de Bioética en España. (2019). Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada.

³ Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona (pp. 27-30).

cualquier motivo, la mujer no puede gestar, ya sea por algún problema de salud, o bien por motivos estéticos de no querer sufrir daños en el físico o en la figura de la mujer.

Como hemos mencionado, este tipo de gestación por sustitución se caracteriza por el hecho de que la gestante únicamente se dedica a gestar el embrión, sin aportar su material o carga genética en ningún momento.

Como bien he dicho, dentro de cada bloque podemos hacer subdivisiones, debidas al número de variantes posibles, entre las cuales, destacamos las siguientes posibilidades:

- a. Ambos comitentes aportan su carga genética. Frecuente en parejas heterosexuales, donde ninguno de los dos presenta problemas de fertilidad, pero por cualquier motivo no pueden (imposibilidad médica) o no quieren gestar al bebé (motivos estéticos).
- b. Únicamente uno de los dos comitentes aporta su carga genética.
 - a. Semen del comitente y óvulo donado por una tercera persona. Común en parejas homosexuales donde uno de los dos miembros de la pareja aporta el semen.
 - b. Semen donado por una tercera persona y óvulo de la comitente. Común en parejas homosexuales donde una de las dos miembros aporta el óvulo.
 - c. Donación de semen y óvulo, ambos por una tercera persona.

En todas estas variantes es necesario que se recurra a técnicas de fecundación o fertilización in vitro; y en el último de los supuestos mencionados, donde tanto el óvulo como el semen son donados, encontramos como pueden llegar a intervenir hasta 6 personas distintas, los comitentes, las personas donantes, la gestante y la pareja de ésta.

El segundo gran bloque que encontramos, ha sido denominado por la doctrina como **gestación por sustitución tradicional**, y es aquel en el que la gestante aporta su material genético, es decir, el óvulo, que será fecundado por el semen del hombre de la pareja comitente o por semen de un donante. Este supuesto suele llevarse a cabo por aquellas parejas de hombres homosexuales, por motivos obvios, o bien por parejas heterosexuales donde la mujer no puede aportar su material genético, por cualquier motivo.

En el caso de que el semen sea donado, podemos ver como los comitentes no aportarían ningún tipo de material genético. Es más frecuente en parejas de hombres homosexuales, pero también puede darse en una mujer sola, que no pueda aportar su material genético, o bien en una pareja de mujeres homosexuales, que tampoco podrían aportar sus gametos y tendrían imposibilidad para gestar, por ejemplo, porque ambas han pasado por un cáncer de útero o de mama muy grave y bien no tiene útero, o pondrían en grave riesgo su salud si se someten a un embarazo.

A diferencia del caso anterior donde era necesario acudir a métodos de fertilidad in vitro, en este último supuesto no siempre es necesario recurrir a la inseminación

artificial, ya que el embarazo puede producirse por métodos menos informales, a través del sexo, con nula participación de los centros de salud⁴.

En conclusión, vemos como existen 2 grandes grupos con 5 variantes posibles:

- A. **GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN GESTACIONAL.** Material genético de los comitentes.
 - a. Ambos comitentes aportan el material genético en su totalidad, fecundado in vitro e implantando el óvulo a la gestante posteriormente. Es uno de los supuestos más sencillos para la posterior filiación del menor en nuestro país, tal y como veremos en siguientes apartados.
 - b. Únicamente un comitente aporta el material genético.
 - i. Óvulo aportado por la comitente y semen donado.
 - ii. Óvulo donado y semen aportado por el comitente.
 - c. Todo el material genético es donado por terceras personas, no hay material genético de los comitentes. Es uno de los supuestos más complejos que encontramos para la posterior filiación del menor en nuestro territorio, por los motivos explicados en un momento más avanzado del estudio.
- B. **GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRADICIONAL.** Material genético de la gestante.
 - a. Óvulo de la gestante y semen del comitente.
 - b. Óvulo de la gestante y semen de un donante.

Introduciendo un apartado posterior, entre todos los supuestos existentes y siempre que sea posible, se opta por el sistema de gestación por sustitución gestacional, ya que es mucho más sencillo filiar después al menor en otro país, como puede ser el nuestro, ya que al tener material genético de uno ambos o de uno de los comitentes, es mucho más sencillo realizar los siguientes trámites de filiación y adopción, si fuese necesario, y los ordenamientos de los estados donde esta práctica no se permite, suelen verlo con mejores ojos.

4. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Llegados a este punto y antes de indagar sobre cuál es la situación existente en nuestro país sobre la gestación por sustitución, es muy importante saber que pronunciamientos han hecho los diversos organismos intergubernamentales, así como el derecho comparado existente en esta materia.

Atendiendo estrictamente al derecho comparado, en la actualidad la regulación de la maternidad subrogada en el mundo está caracterizada por su diversidad, complejidad, variabilidad y consiguiente inseguridad. Encontramos como hay países que solo

⁴ Acudir al apartado primero sobre el glosario, para observar la diferencia entre inseminación artificial y fertilización in vitro.

permiten acudir a esta técnica a personas heterosexuales, otros que únicamente se lo permiten a individuos solos o a parejas homosexuales; también existe el caso de aquellos países que solo permiten uno de los dos tipos de gestación por sustitución mencionados con anterioridad, es decir, algunos solo permiten la gestación por sustitución tradicional, y otros únicamente la gestacional, hasta existen algunos países que la prohíben rotundamente, y otros que son más permisivos con su práctica, y así con un sinnúmero de excepciones dependiendo de la regulación que existe en este territorio.

Es por eso por lo que podemos afirmar que el derecho comparado no nos ofrece una respuesta única a la gestación por sustitución, ya que actualmente aún existen varios países que carecen de regulación, pero entre los que sí que han regulado esta materia, diferenciamos entre tres grandes posturas que detallaremos en un momento posterior del estudio; una prohibición absoluta, la admisión siempre que realice de forma altruista y que se den una serie de requisitos, y la admisión amplia.

En los últimos años son numerosos los países de todos los continentes que han venido debatiendo una posible regulación de la gestación por sustitución, y es por ello por lo que les han encargado a sus comités nacionales de bioética, como es el caso de España, la elaboración de un informe para abordar el incipiente tema y saber si sería posible una regulación de la práctica, y en el caso de que así lo fuese, como debería ser la futura regulación.

Junto con la diversidad de criterios reguladores y de condiciones de acceso, también encontramos condiciones económicas y sociales muy diversas, que dependen únicamente del país al que se esté acudiendo. Como en todos los supuestos de nuestro mundo capitalista, el usuario (comitente) siempre busca el menor precio por las mayores garantías y seguridades; en nuestro caso, se trataría de acudir a aquellos países que les ofreciese el marco jurídico más seguro y protección a sus intereses, junto con los mejores servicios médicos y de mayor calidad, por el menor precio posible.

Uno de los países que más se ajustaba a la mentalidad capitalista del “más por menos” era India, pero a raíz de unos escándalos mediáticos de gran calibre, así como de la gran comercialización de las gestantes indias, han restringido drásticamente sus servicios, permitiendo la práctica únicamente para los nacionales de su país que lo realicen de forma altruista⁵.

El nivel de protección de las partes viene condicionado por la regulación de los países, y es debido a que algunos imponen regulaciones más laxas para favorecer el llamado “turismo reproductivo”, dejan a las madres gestantes totalmente desprotegidas en la mayoría de los casos. Esta gran diferenciación entre países ha provocado efectos indeseables y difíciles de combatir, como son el tráfico de niños y la explotación de

⁵ Rollano Vega, L. *India pretende cerrar la puerta a la maternidad subrogada a gais y extranjeros*. El País. 27 de septiembre de 2017. https://elpais.com/internacional/2017/09/27/actualidad/1506529140_757638.html (consultado el 27 de marzo de 2022).

mujeres, a pesar de que se ha intentado evitar a toda costa como veremos a continuación con la intervención de algunos organismos intergubernamentales, pero a pesar del esfuerzo, no existe en la actualidad ningún mecanismo eficaz para acabar con el problema.

Posteriormente entraremos a detallar la postura de algunos países frente a la gestación por sustitución, pero antes, es conveniente saber cómo se han pronunciado los diversos organismos intergubernamentales sobre la cuestión planteada. Hoy en día son numerosos los organismos intergubernamentales que se han pronunciado al respecto, como la ONU o la Unión Europea, entre otros que a continuación podremos ver de forma más detallada.

4.1. Organismos intergubernamentales

La ONU aprobó en 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño, en la cual se consagró el principio del interés superior del menor. El art. 3.1 de dicha Convención, regula que *“todas las medidas que conciernan a los niños y que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, [...] deberán tener siempre en cuenta el interés superior del niño”*. Este artículo se refiere a todos los niños en su conjunto, desde una perspectiva general, y es por ello que la aprobación de cualquier ley o reglamento que les afecte, deberá regirse por el interés superior del niño.

España fue uno de los países que ratificó esta convención, y es por ello por lo que tiene el deber de proteger al niño y a las relaciones familiares éste, dando por hecho que de este principio se desprende la prohibición del tráfico de niños.

Posteriormente y para intentar perseguir de una forma más eficaz el tráfico de infantes, la ONU aprobó nuevamente en 2000 el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Sin embargo y a pesar de sus numerosos intentos para frenar esta horrible práctica, en los últimos años el tráfico de niños ha seguido creciendo de forma exponencial en los últimos años, y no se puede negar que la compraventa de niños y la gestación por sustitución presentan un punto en común, que es que ambas prácticas le dan un niño a la persona que lo desea. La única diferencia que encontramos entre ambos supuestos es que la compraventa de niños es contraria a la dignidad del menor y esta perseguida como un delito, y la gestación por sustitución es una práctica lícita en algunos países.

La gestación por sustitución en la mayoría de los casos, tiene un carácter comercial e intervienen mujeres que están en una situación económica y social de vulnerabilidad, por lo tanto, en la mayoría de los casos nos encontramos con tráfico de niños y explotación de mujeres, independientemente de que exista regulación en algunos países.

Además del mencionado artículo, la Convención recoge en otros preceptos legales que tienen directa relación con la gestación por sustitución. El art.7, por ejemplo, nos habla de la filiación del menor, diciendo que, en la medida de lo posible, tendrá derecho a

conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Con esto podemos afirmar que, si un país como el nuestro, que determina que la filiación se establece por el parto, deberá intentar evitar a toda costa que los niños sean separados de sus madres (entendiendo el concepto como la mujer que lo ha parido), intentando que sean estas las que se hagan cargo de su cuidado.

Por otro lado, el art. 8 nos habla del compromiso de los Estados para velar por las relaciones familiares de estos niños, sin injerencias ilícitas; por lo tanto, España no debería permitir alteraciones en las relaciones familiares como consecuencias de actos ilícitos, como serían los contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero.

También es preciso mencionar el art. 24 recoge la importancia de la lactancia materna, entendida como un principio básico de salud y de nutrición de los niños al tener numerosas ventajas para su salud y desarrollo. También lo deberemos tener en cuenta ya que, si el menor es separado de su madre gestante al nacer, difícilmente podrá tomar lactancia.

Finalmente nos remitimos a la Convención de 1979 sobre la eliminación de todas sus formas de discriminación contra la mujer, donde su art. 6 recoge que los Estados deberán hacer todo lo que esté en su mano para suprimir todas las formas de trata de mujeres. Bajo mi punto de vista esta premisa va directamente relacionada con la gestación por sustitución, ya que esta práctica supone una forma de trata de mujeres ya que supone su instrumentalización para darle un hijo a otra persona.

Otra de los organismos intergubernamentales que se ha interesado por la gestación por sustitución es la **Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado**. Su interés empezó a ser notorio a partir del 2012, y es por ello por lo que desde la fecha el grupo de expertos que conforma el organismo ha realizado diversos informes sobre los problemas relativos a la filiación de los menores que nacen por esta práctica.

En 2015 el comité de expertos publicó un informe donde alertaba de las graves amenazas a los derechos humanos que se daban con la práctica de la gestación por sustitución, como viene siendo el abandono de los menores por parte de los comitentes, el riesgo de tráfico de menores del que ya hemos hablado, la imposibilidad de que el consentimiento de la gestante sea totalmente libre, y la inadecuación de los comitentes para ser padres, entre otros.

Desde que el grupo de expertos empezó a reunirse para avanzar en materia regulativa de la gestación por sustitución, concretamente sobre la filiación legal y sobre la redacción de un protocolo separado que verse sobre la paternidad legal establecida como resultado de acuerdos internacionales de subrogación, de forma anual se han ido redactando pequeños informes⁶ dando avances sobre la futura regulación; pero a causa de la

⁶ The Hague Conference on Private International Law. *Parentage and surrogacy*. <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

variedad de legislaciones y posturas de cada uno de los estados, el informe final no estará disponible hasta 2023.

Finalmente, la única institución de la UE que se ha pronunciado expresamente ha sido el **Parlamento Europeo**, a través de la resolución del 2015, sobre el informe anual de los DDHH y la democracia en el mundo (2014). En dicho informe la UE, cito textualmente se “*condena la práctica de la gestación por sustitución, al ser contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, al implicar la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo*”⁷. Podemos ver como el Parlamento fue directo y contundente con su rechazo a la práctica de la gestación por sustitución, pero es cierto que en el informe del siguiente año no se pronunció sobre el tema, bien porque consideró que no era necesario reiterarse nuevamente, o bien porque no se consiguió llegar al mismo acuerdo del año anterior.

4.2. Prohibición expresa de la gestación por sustitución

Como ya se ha adelantado en el inicio del capítulo, una de las posturas existentes en la actualidad en relación con la gestación por sustitución, es la prohibición expresa de dicha práctica.

Bajo mi punto de vista, la regulación existente en cada Estado sobre la gestación por sustitución depende de la relación existente entre los textos legales y la bioética, más que con las TRA existentes en cada país; con esto quiero decir que, la postura adoptada por cada Estado, depende de los límites que ponga cada legislador y de los valores de cada uno de los gobiernos en relación con la bioética y con los límites dispuestos a traspasar.

Es por ello por lo que la limitación de la gestación por sustitución busca ante todo prohibir o eliminar dicha práctica en los Estados que han regulado la materia y, por lo tanto, ahora estudiaremos las posturas que han tomado algunos países cercanos a nosotros al respecto.

4.2.1. Francia

En Francia la gestación por sustitución es una técnica ilegal con una regulación muy estricta en todas sus modalidades, ya sea de forma altruista o comercial. Primeramente, decir que, al igual que en España, la filiación en Francia es determinada por el parto, es decir, que será la madre biológica la persona que haya dado a luz al recién nacido.

El art. 16-7 del Código Civil Francés (desde ahora CCF), establece la nulidad de cualquier contrato que establezca la realización de la gestación por sustitución.

⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el informe anual de los DDHH y la democracia en el mundo (2014). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015IP0470&from=ES>.

Además de la nulidad contractual que establece en CCF, similar al español el cual veremos con más detenimiento en un momento posterior, el derecho francés no únicamente establece la nulidad de la gestación por sustitución en materia civil, sino que está prohibida de forma expresa y también penalizada en su Código Penal Francés (desde ahora CPF).

El art. 227-12 del CPF establece la pena de un año de prisión y una multa de 15.000 euros a todas aquellas personas que actúen como intermediarios entre la gestante y los comitentes. Este artículo nos habla claramente de las agencias y clínicas que se dedican a hacer de intermediarios entre las personas que tienen el deseo de tener un hijo, y la mujer que estaría dispuesta a gestarlo, ya que además dicho artículo menciona que las penas impuestas serán el doble siempre que la actuación llevada a cabo haya sido realizada con ánimo de lucro.

Por otro lado, en su art. 227-13 se contempla la pena de prisión de 3 años y la multa de 45.000 euros, a todas aquellas situaciones que impliquen la sustitución, simulación o engaño causado en la determinación el estado civil de un niño, así como su tentativa. Este artículo intenta desincentivar que la práctica sea realizada dentro de sus propias fronteras de forma ilegal y a las espaldas de las instituciones, haciendo una simulación de filiación de un niño que realmente no ha sido gestado por esa madre.

Técnicamente el artículo está castigando la ocultación del parto de la gestante, para fingir otro, que es el de la madre comitente. Tal y como se ha mencionado anteriormente, en Francia la filiación materna se determina por el parto, por eso no está permitido fingir que una madre ha dado a luz a un bebé que realmente no ha alumbrado.

Finalmente, el art. 511-24 establece que, *“el hecho de proceder a actividades de TRA con fines diferentes a los recogidos en el art. 152-2 del Código de Salud Pública, serán castigados con la pena de 5 años de prisión y 75.000 euros de multa”*. Con esta redacción el legislador francés busca limitar los métodos legalmente permitidos de TRA en su Estado, prohibiendo y penalizando todas aquellas que se alejen de lo legalmente previsto.

Como podemos ver, la legislación en materia de gestación por sustitución en nuestro país vecino es muy restrictiva, es por ello por lo que muchos franceses deciden acudir al extranjero para realizar esta práctica, bajo el concepto ya mencionado del turismo reproductivo. Frente al crecimiento exponencial de los casos de gestación por sustitución, la Corte de Casación Francesa⁸ se ha manifestado en varias ocasiones sobre este tema, determinando cual era la posición del derecho francés respecto al reconocimiento de los contratos de gestación subrogada realizados por franceses en el extranjero.

Dos de los casos más mediáticos que han sido sometidos a la Corte de Casación Francesa, y que después llegaron hasta el TEDH han sido los asuntos “Mennesson”⁹ y

⁸ La Corte de Casación Francesa es el más alto Tribunal del poder judicial de Francia.

⁹ STEDH, asunto Mennesson contra Francia, 26 de junio de 2014.

“Labassée¹⁰”. Estas dos sentencias del TEDH fueron dictadas en junio de 2014, y podemos decir que marcaron un antes y un después en la materia.

Los Mennessonn y los Labassée eran dos matrimonios franceses heterosexuales que se desplazaron a California y a Minnesota respectivamente, para celebrar con una norteamericana un contrato de gestación por sustitución, en los cuales fueron utilizados los gametos del comitente y un óvulo donado.

En ambos lados los padres solicitaron en el Consulado correspondiente de Francia en EE.UU la transcripción de las actas de nacimiento que habían sido otorgadas por la autoridad competente norteamericana, pero estas fueron denegadas al sospechar que los menores habían nacido por gestación por sustitución. Tras años de litigios internos, en 2010 la Corte de Casación Francesa estima que la transcripción de las actas de nacimiento viola de manera flagrante el orden público francés, por lo que ordena su anulación. Según este tribunal, será contrario al orden público internacional francés aquella decisión extranjera que comporte disposiciones que vayan en contra de los principios esenciales del derecho francés.

En los dos casos lo que juzgó la Corte era que el principio de indisponibilidad sobre el estado de las personas es un obstáculo para poder invocar la filiación en Francia, puesto que como bien sabemos, la madre es quien da a luz al bebé, y a raíz de este principio se determina la filiación en el país.

En ambos supuestos, las demandas de los comitentes invocaron que, al no permitir la filiación de los menores en Francia, no se estaba teniendo en cuenta el interés superior del menor ya que no permitía un correcto desarrollo del vínculo familiar, además de tener que ser tratados de manera diferente por haber nacido por gestación por sustitución, al privarles de la nacionalidad de sus padres. Frente a dichas alegaciones la Corte dijo que los menores no están siendo privados de la filiación que les reconoce el derecho extranjero ni impedidos de vivir con los comitentes, pudiendo así respetar la vida familiar y privada, recogida en el art. 8 de la CEDH.

Tras esta resolución los comitentes acudieron al TEDH el cual dictó sentencia en junio de 2014, resolviendo sobre la denegación de la filiación de los menores, pero sin entrar a valorar la licitud o ilicitud de la prohibición francesa. Dicha resolución marcó un antes y un después, puesto que nunca antes un tribunal supranacional había resuelto dicha cuestión, y mucho menos desde el punto de vista de la vulneración de los derechos humanos, además de que afirmó por unanimidad que, el principio del interés superior del menor y de sus derechos primaban por encima del derecho de los comitentes.

Atendiendo a la vulneración del art.8 CEDH que habían invocado los comitentes, el Tribunal estimó que debía hacerse una distinción entre el derecho al respeto de la vida privada de los menores, y el derecho al respeto a la vida familiar de los comitentes. Para ello el tribunal dijo que la vulneración de la vida privada de las personas solo fue violada por el estado francés hacia las menores, atendiendo a que, en ocasiones, el

¹⁰ STEDH, asunto Labassée contra Francia, 26 de junio de 2014.

derecho al respeto de la vida privada también integra aspectos sociales del individuo, además de establecer que la determinación de la filiación va directamente relacionada con la vida privada y la identidad de los menores que nacen por esta práctica.

Por otro lado, también se determina que únicamente se vulnera el derecho de las menores y no el derecho de los padres a la vida privada y su identidad, puesto que el hecho de que los menores no puedan tener su filiación en el ordenamiento francés vulnera el derecho a la identidad en la sociedad francesa y, en consecuencia, su derecho a la vida privada.

Finalmente, también dictaminó que no cabía la no filiación de las menores, puesto que en el presente caso los menores tenían la filiación genética de sus padres, siendo ambos los padres biológicos, excediéndose Francia de sus valoraciones, cuando lo que estaba en juego realmente era la existencia de la identidad e las personas, al margen de que un estado como es el francés restrinja de forma contundente dicha práctica.

Por lo tanto, podemos afirmar como tras la sentencia del TEDH se ha dejado claro que debe primar sobre el interés público y sobre la invocación de la excepción del orden público internacional el interés superior de los menores afectados, no pudiendo de ningún modo vulnerar el art. 8 y 14 del CEDH por la indeterminación de la identidad que conllevaría la no filiación de los menores, y más existiendo vínculos biológicos como es el caso que se nos presenta.

Como se ha avanzado anteriormente, dicha sentencia cuestionaba la filiación de los menores en el estado francés, no la ilicitud de su prohibición de la gestación por sustitución, es por ello por lo que una gran parte de la doctrina francesa continua defendiendo el mantenimiento de la prohibición de dichos contratos.

Antes de la sentencia del TEDH y debido a los casos mediáticos que se habían producido en Francia, el Ministerio de Justicia Francés en 2013 emitió una circular relativa a la expedición del certificado de nacionalidad francesa a los menores que hayan nacido por gestación por sustitución y sus progenitores fuesen franceses.

Dicha circular era necesaria ya que existían grandes inconvenientes y perjuicios sobre los menores nacidos por esta práctica, como consecuencia del limbo legal en el que se encuentran estos menores. A través de esta se ordenaba que los tribunales debían facilitar la nacionalidad francesa a los niños nacidos en el extranjero, cuando su padre genético fuese francés. Aunque se establezca que el menor sería francés, el otorgamiento de la nacionalidad no influye para nada en su filiación, permitiéndole únicamente obtener la nacionalidad francesa, sin causar ningún otro efecto.

Esta circular sigue la doctrina planteada por la Corte de Casación Francesa en sus resoluciones, creando una ficción legal al margen de la ley, pero que permita a estos menores llevar una vida familiar aparentemente normal, sin que se reconozca oficialmente la paternidad legal de los comitentes, y así evitar que éstos vayan en contra del orden público francés.

4.2.2. Italia

Al igual que en el caso anterior, en Italia, la gestación por sustitución es una técnica prohibida en todas sus modalidades.

El art. 4.3 de la Ley italiana 40 de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida, prohíbe el recurso a las técnicas de reproducción asistida heterólogas¹¹, además de multar en su art. 12.6 con la cantidad de 600.000 a 1 millón de euros y penas de 3 años de cárcel la utilización de gametos ajenos a la pareja, su comercialización o el uso de “madres de alquiler”.

No obstante, los ciudadanos italianos también recurren a la gestación por sustitución en el extranjero, y al igual que en el supuesto anterior, existen infinidad de problemas en el momento de filiar a los menores en el país de origen de los comitentes, obligando de este modo a la jurisprudencia a pronunciarse al respecto.

Una de las sentencias italianas más importantes sobre gestación por sustitución se dictó en 2019 por parte de la Corte de Casación Italiana¹². Dicha sentencia es la número 12193/2019, de las Secciones Unidas de la Corte de Casación Italiana, y fundamentalmente su resultado nos da un cierre contundente a la gestación por sustitución, al considerarla totalmente contraria a los principios de orden público internacional e incapaz de poder salvarse mediante la ponderación superior de tener en cuenta el interés del menor.

El art. 12 anteriormente mencionado, considera que la gestación por sustitución debe ser castigada de forma tan grave y contundente, debido a que con su práctica se estaría procediendo a una violación del orden público internacional, es por ello que con dicho fallo en la sentencia, la Corte de Casación Italiana considera que de ningún modo los menores nacidos por esta técnica deberían poder ser reconocidos en Italia, ya que dicho reconocimiento siempre iría en contra del orden público internacional. Bajo esta premisa, los únicos sujetos a los que se le puede reconocer la paternidad son la madre biológica y los padres genéticos, no pudiendo atribuir de este modo la paternidad a los comitentes o padres de intención.

A pesar de ser tan contundentes en su decisión y primando la estabilidad del orden público por encima del interés superior del menor, el alto tribunal no puede pasar por alto los intereses concretos del recién nacido, es por ello por lo que permite que el comitente que no haya aportado su material genético pueda solicitar la adopción especial del menor, atendiendo a la ley italiana 184/1983, ley que regula la adopción en Italia, en aquellos casos donde existan unos lazos familiares significativos entre el recién nacido y los comitentes. Por lo tanto, esta sentencia afirma que únicamente

¹¹ Tipo de fecundación in vitro donde solo se utilizan gametos donados, implica el uso de material genético de fuera de la pareja, tanto los femeninos como los masculinos.

¹² La Corte de Casación Italiana es el más alto Tribunal del poder judicial de Italia.

podrán ser considerados como padres genéticos¹³ aquellos que haya aportado gametos a la gestación, dejando abierta la posibilidad de que la otra parte de la pareja pueda adoptar al menor.

Esta delimitación encaja perfectamente en las parejas homosexuales, o en aquellas parejas donde uno de los dos miembros tiene problemas de infertilidad, lo que les obliga a recurrir a la donación de material genético. En las parejas homosexuales se ve mucho más claro, puesto que es totalmente imposible que pueda gestarse un niño con dos materiales genéticos masculinos o dos femeninos, siendo en ambos casos totalmente necesario que la parte de la pareja que no ha aportado material genético, realice la adopción del menor.

Con todo ello la Corte de Casación Italiana pensó que había conseguido, además de cerrar la posibilidad de acudir a esta técnica en territorio italiano, desalentar a los padres que desearan realizar este método, ya que no sería posible que la pareja pudiese realizar plenamente su proyecto de paternidad, por la necesidad de adopción anteriormente expuesta. Pero realmente, dejaron al país en una paradoja puesto que atendiendo al contenido literal de la sentencia, damos por hecho que en aquellos casos donde se da la gestación por sustitución pero con material genético de ambos comitentes de una pareja heterosexual, donde la mujer no quiere gestar al menor por razones triviales, como por ejemplo, no querer soportar la gestación por el sobreesfuerzo que ello conlleva o por motivos estéticos, nos podemos encontrar como ambos comitentes podrían ser reconocidos como padres, al aportar ambos su material genético, independientemente de la existencia de un contrato de gestación por sustitución existente.

Por lo tanto, nos encontramos frente a una vergonzosa situación donde los comitentes han explotado a la mujer que va a llevar a cabo el embarazo por razones triviales, y el ordenamiento jurídico italiano va a permitir que se filien esos menores como hijos de los comitentes, al haber aportado ambos su material genético, siendo así los padres genéticos del menor.

Finalmente, el tribunal italiano con esta sentencia lo que ha decidido no ha versado sobre la validez o no del contrato de gestación por sustitución, sino sobre la eficacia y el alcance que puede tener en Italia un certificado extranjero de nacimiento, sobre el menor que ha nacido por gestación por sustitución.

Con esta sentencia lo que ha logrado la Corte de Casación Italiana ha sido desincentivar, por los motivos ya expuestos, acudir a esta técnica además de afirmar que únicamente podrá establecerse la relación parental cuando exista vínculo genético entre los comitentes y el recién nacido, siendo posible únicamente la adopción especial fuera de todos los demás supuestos que no incluyan material genético.

¹³ Hacemos referencia al material genético, ya que siempre será considerada madre biológica la mujer que ha dado a luz, independientemente de que tenga el material genético de la comitente, atendiendo al principio regente en Europa de que la madre es la mujer que da a luz.

Al igual que en el supuesto francés, el TEDH también se ha pronunciado sobre un caso de gestación por sustitución en Italia. Dicha sentencia fue dictada por el tribunal el 24 de enero de 2017, y se conoce como el asunto “*Paradiso y Campinelli*”¹⁴, en el cual las autoridades italianas dieron al menor nacido por gestación por sustitución en acogida, en base a que los comitentes habían infringido de manera consciente el ordenamiento jurídico italiano.

Dicha sentencia es muy significativa en la materia, puesto que por primera vez llegó al alto tribunal un caso donde un menor nacido por gestación por sustitución había sido retirado del cuidado de sus progenitores comitentes, porque éstos habían vulnerado de forma sistemática y consciente el orden público internacional del estado de residencia del menor, en este caso, Italia.

A diferencia de los casos “*Menesson y Labassée*” mencionados con anterioridad, en el supuesto expuesto ninguno de los dos comitentes había aportado su material genético, habiendo nacido el menor de gametos de donantes desconocidos y, por lo tanto, la nacionalidad del menor era indeterminada, según las leyes de conflicto italianas. Esta indeterminación de la nacionalidad hizo que las autoridades italianas considerasen que el menor estaba en situación de abandono.

La gran Sala del TEDH consideró que el hecho de que los tribunales italianos aplicasen de manera estricta las leyes de conflicto para determinar la filiación del menor, ignorando el certificado de nacimiento ruso, fue aplicado de forma correcta y razonable, puesto que los padres comitentes habían vulnerado la ley de adopción internacional y la ley italiana de reproducción asistida, y en consecuencia, habían vulnerado de manera flagrante el orden público internacional, siendo de este modo razonable que el menor fuese dado en acogida y posteriormente en adopción, y por ende alejado de los comitentes infractores.

Si que es cierto que la Sala consideró que las medidas que se tomaron en primera instancia sobre la retirada del menor a los comitentes con solamente 8 meses de edad, supusieron una gran injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de los demandantes y del menor, ya que el Estado debería siempre tener en cuenta el interés superior del menor, independientemente del vínculo que tenga este menor con los comitentes, que como bien hecho dicho, en el caso planteado ambos gametos procedían de una donación anónima. Reiterada jurisprudencia del tribunal ha dictaminado que para separar a un menor de su entorno familiar, nos encontremos frente a una circunstancia especialmente grave y justificada, siendo ésta una medida extrema reservada únicamente para circunstancias muy excepcionales que justifiquen la ruptura de dicho vínculo, debiendo el Estado demostrar que las autoridades han evaluado exhaustivamente la situación, así como la repercusión de la medida y todas las demás posibles soluciones, antes de llevar a cabo la retirada del menor.

¹⁴ STEDH, asunto *Paradiso y Campinelli* contra Italia, 24 de enero de 2017.

A pesar de todo, y atendiendo a que en el momento de dictar sentencia el menor llevaba ya dos años en la misma familia de acogida, con los correspondientes vínculos que se generan y el entorno familiar creado, la Sala dictaminó que, el interés general que había en juego tenía mucho más peso que el interés particular de los comitentes que tenían el deseo de formar una familia y de realizar su desarrollo personal a través del menor comprado, y por ese mismo motivo, dejar al menor con los comitentes hubiese supuesto legalizar una situación ilegal creada por los propios comitentes, vulnerando importantes normas del derecho italiano y del orden público internacional.

Por lo tanto en el presente caso, el menor continuó con la familia de acogida y no fue devuelto a sus padres comitentes, teniendo presente siempre el interés superior del menor, siendo este mucho más importante que el deseo personal de los comitentes de formar una familia, y al llevar ya dos años el menor con la familia de acogida, carecía de total sentido arrebatarles ahora el menor a la familia de acogida, que había actuado durante todo ese tiempo como padres del menor nacido bajo esta técnica ilegal y duramente perseguida en la República Italiana. A pesar de la decisión tomada, si que es cierto que en una primera instancia las autoridades italianas deberían haber ponderado más al detalle si el menor de 8 meses debía ser separado de los comitentes o no, pero después de 2 años carecía de total sentido que el menor fuese arrebatado de los padres de acogida, primando siempre su interés superior por encima del deseo de los comitentes.

Dicha sentencia dictada por 17 Jueces Europeos es relevante en la materia puesto que a diferencia del caso francés analizado, en este supuesto ninguno de los dos comitentes aportó su material genético a la gestación, que conjuntamente con el poco tiempo de convivencia con el menor fueron hechos determinantes para considerar la inexistencia de una vida familiar entre las partes implicadas; por otro lado, la separación del menor de sus padres comitentes, no implicó la vulneración al derecho a la vida privada de ninguna de las partes, y finalmente, en este supuesto, prima el hecho de que los padres de intención hubiesen vulnerado la legislación y el orden público italiano, frente al interés superior del menor a continuar viviendo con los padres que lo compraron, y frente a esta dura situación el TEDH consideró pertinente la retirada del menor con la posterior puesta en acogimiento.

Dicha sentencia no es nada habitual en la materia, puesto que los comitentes que contrataron la gestación del menor se quedaron sin él no porque fuesen unos malos padres, sino porque la forma de maternidad que eligieron vulneraba el orden público internacional italiano y su ordenamiento interno, y por lo tanto, debieron de asumir que realizar prácticas ilegales, conlleva su posterior sanción, aunque jamás llegasen a imaginar que fuese de tal alcance.

Dicha sentencia bajo mi punto de vista es más que rotunda y contundente, y debería servir para desincentivar a cualquier persona que esté planteándose acudir a dicha práctica, vulnerando todos los principios del orden público internacional, así como los derechos de la mujer.

4.2.3. Orden público internacional e interés superior del menor

Como hemos podido observar en ambos casos los Estados acudieron al concepto de orden público internacional, para justificar sus acciones en contra de la gestación por sustitución, además de primar en ambos casos el orden público por encima del interés superior del menor; por lo tanto, podemos afirmar que el orden público es el mayor obstáculo que nos encontramos hoy en día para que la gestación subrogada que se lleva a cabo en el extranjero, tenga efectos en nuestro país.

Según las normas del derecho internacional privado, el orden público es el “*conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en el momento de ser apreciado*”¹⁵; en definitiva, lo podemos definir como aquellas situaciones que van en contra de los principios básicos del ordenamiento jurídico del estado y que, por ende, no se pueden permitir de ningún modo, dentro de ese estado.

No podemos confundir el orden público interno con el orden público internacional. El orden público interno se constituye como un límite a la autonomía privada, mientras que el orden público internacional se conforma como un límite al reconocimiento de actos y disciplinas legales extranjeras, que vayan en contra de los principios jurídicos de un Estado.

En ambos casos hemos visto como el TJUE ha tenido que intervenir para evitar que el Estado utilizase este concepto de forma muy restrictiva para no reconocer dentro de sus fronteras sentencias extranjeras, puesto que, si bien es cierto que no todo debe ser susceptible de reconocimiento, se deberá encontrar un punto medio para que dicho término no sea utilizado en vano y como un mero comodín sin fundamento.

Al leer las sentencias planteadas, encontramos como en ambos supuestos el Estado prima el orden público por encima del interés superior del menor, siendo utilizado este primero como un contra-límite del segundo precepto. De este modo, ambos Estados afirmaron en sus sentencias internas que, la gestación por sustitución es una práctica contraria al orden público internacional, además de que dicha circunstancia no puede ser superada en ningún caso invocando el interés superior del menor. Este hecho fue admitido por el TJUE en Italia, pero no en Francia, donde obligó al Estado a que rectificase sus sentencias anteriores y ordenó la filiación del menor.

En ambos casos se tuvo en cuenta el interés superior del menor por encima del orden público internacional, con la única diferencia que, en el caso italiano el tribunal concluyó que lo más conveniente para el menor era continuar con sus padres de acogida, no siendo éste devuelto a los comitentes, y en el caso francés se les dio la razón

¹⁵ *Orden público internacional*. (2020). Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española. <https://dpej.rae.es/lema/orden-p%C3%BAblicointernacional#:~:text=Int.,el%20momento%20de%20ser%20apreciado>.

a los padres comitentes, pudiendo filiar al menor, también atendiendo a su interés superior.

Por lo tanto, podemos concluir que no toda materia que sea contraria al orden público de un país debe ser motivo para no reconocer un acto extranjero, ya que siempre hay que ponderar otros derechos y circunstancias de cada caso particular, como viene siendo el interés superior del menor en el presente caso, siendo éste siempre superior y debiendo primar al orden público internacional.

4.3. Admisión amplia de la gestación por sustitución

Cuando hablamos de que existen países donde admiten la gestación por sustitución de forma amplia, nos referimos a Estados que toleran la gestación subrogada tanto económica como altruista, así como la tradicional y la gestacional.

Los países que permiten la gestación subrogada internacional suelen ser países pobres y en los que existen enormes desigualdades sociales y económicas, así como países en los que hay una cultura donde prácticamente todo es susceptible de compraventa, además de tener la mujer una consideración social inferior a la del varón. Esta norma no se cumple en los EE.UU, puesto que no encaja dentro de los parámetros de “país pobre” mencionado con anterioridad, pero sí que es cierto que hay grandes desigualdades económicas y sociales, sobre todo entre las personas blancas y las personas negras, al ser un país muy racista y discriminatorio con la inmigración que recibe.

Los EE.UU han legislado ampliamente sobre la gestación por sustitución, y en la actualidad existe numerosa jurisprudencia sobre la materia, puesto que se estima que casi el 80% de todos los menores que nacen por esta técnica anualmente en el mundo, proceden de los EE.UU. Cada uno de los Estados que conforman a los EE.UU tiene la potestad de regular a su antojo la gestación subrogada y la filiación de los menores que nacen por esta técnica, por lo que la legislación estatal que existe relativa a la gestación por sustitución es muy variable y diversa de un estado a otro, por lo que no entraremos a estudiar cada uno de los supuestos, ya que es un tema que daría para realizar un estudio entero.

4.3.1 Ucrania

Ucrania es uno de los países con un enfoque muy liberal de la gestación por sustitución, puesto que admite ampliamente que se practique esta técnica dentro de sus fronteras. Esto lo vemos plasmado en el art. 281 del Código Civil Ucrainiano (desde ahora CCU) sobre el derecho a la vida, el cual dice, cito textualmente que *“Una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de las técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas, en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley”*.

Además, el Ministerio de Salud Ucrainiano, dictó una Orden en 2009 donde admitía expresamente la gestación por sustitución, y el Código de Familia de Ucrania establece

en su art. 123.2 que *“si un embrión concebido por los cónyuges heterosexuales por medio de técnicas de reproducción asistida, se ha transferido a otra mujer, los padres del niño será el matrimonio”*; esto quiere decir que el material genético aportado por los comitentes hace que éstos sean los padres legales del menor, y por ende, es obligatorio que al menos uno de ellos aporte el material genético en la fecundación para que éstos puedan ser inscritos como padres legales en el Registro. De este precepto también podemos deducir que únicamente se permite a matrimonios heterosexuales, estando prohibido para parejas no casadas, personas solteras y para parejas homosexuales.

El art. 139 del Código de Familia Ucraniano, prohíbe que la madre gestante pueda reclamar la maternidad del menor, pero obliga a que dé su consentimiento ante notario para que los comitentes sean los padres legales del niño, por lo tanto, esta contradicción supone que en el caso de que la gestante se oponga a dar su consentimiento, los comitentes deberán acudir a los tribunales para que sean reconocidos como padres legales del menor, con el tiempo extra y dinero que esto supone para los comitentes.

Otro de los requisitos necesarios para que pueda celebrarse el contrato de gestación por sustitución en Ucrania, es que los comitentes tengan graves problemas de salud que les impidan tener por ellos mismos un bebé, ya sea por infertilidad de alguna de las partes, o porque si la madre lleva a cabo un embarazo su vida se vería en peligro, todo esto deberá quedar probado con los oportunos informes médicos, que deberán ser emitidos antes de la celebración del contrato de gestación por sustitución.

La madre gestante jamás podrá aportar su material genético, por lo que se prohíbe la gestación por sustitución tradicional, para así evitar que el menor que nazca de la gestación comparta material genético con la gestante, lo que evita problemas futuros en el caso de que la gestante se niegue a dar su consentimiento, entre otros. Además, la madre gestante deberá ser mayor de edad y tener una buena salud física como psíquica, lo que será evaluado por las clínicas comerciales dedicadas a esta actividad económica, y deberán haber tenido previamente un hijo sano, como mínimo. Estas exigencias van enfocadas a evitar que la madre gestante quiera quedarse después con el bebé que ha gestado y para que sepa lo que conlleva estar embarazada. Supuestamente estas exigencias intentan que la gestante sea consciente de lo que se vive durante un periodo de gestación, parto y postparto, pero realmente por muchos embarazos que se hayan tenido, cada uno de ellos es único y diferente, y lo que pudo ser muy sencillo en el primero de todos, puede complicarse de forma extrema en el segundo, así que el hecho de tener ya un hijo es ninguna garantía de que la gestante sepa a lo que se somete, ni mucho menos evitará que se formen vínculos emocionales con el nuevo bebé que va a gestar.

Por otro lado, y lo más importante, es que en Ucrania se permite la gestación por sustitución comercial, con unos precios medios de 45.000 euros por cada prestación del servicio. De esta cantidad total, se estima que únicamente 12.000 euros irán destinados a la remuneración de la gestante, siendo esto poco más de un 26% del total pagado por los comitentes. La cantidad restante va destinada a las agencias intermediarias, a las clínicas

reproductivas y a los abogados, viéndose claramente el gran ánimo de lucro que hay detrás del negocio reproductivo de la gestación subrogada, donde la mujer es claramente explotada reproductivamente, al ser la más expuesta a complicaciones de salud, tanto físicas como mentales, sin hablar de las secuelas que pueden producirse posteriormente a la entrega del bebé, tanto para la gestante como para el propio recién nacido.

Como tema de actualidad, y debido a la Guerra de Ucrania iniciada el pasado 24 de febrero de 2022, cientos de bebés nacidos por gestación subrogada se han quedado en un limbo legal, debido a que los comitentes españoles no han podido acudir al país a recoger a los recién nacidos.

Han sido numerosos los medios de comunicación que han mostrado la situación en la que se encuentran los comitentes españoles que tenían encargado un menor en Ucrania, así como la frialdad con la que han hablado estos comitentes en algunos programas de televisión, como es el caso de la entrevista realizada el 25 de febrero de 2022, por el programa de Telecinco “Ya son las 8¹⁶”. En dicha entrevista aparecen dos comitentes españoles que estaban a punto de acudir a Ucrania porque a la madre gestante le quedaban pocas semanas de embarazo y ya estaba previsto que la misma diese a luz en los próximos días. Este viaje se vio frustrado por el inicio de la guerra y al realizar la entrevista expusieron su situación, solicitando ayuda a cualquier ciudadano que pudiese socorrerles, puesto que denunciaron en diversas ocasiones que las autoridades españolas no se hacían cargo de la situación.

Una de las situaciones más escalofriantes que se producen, se da cuando la entrevistadora les pregunta, cito textualmente “*Vanesa una pregunta, ¿cómo contactáis con la madre de vuestro bebé?*”, a lo que la comitente responde de forma rápida y agresiva, “*no con la madre no, con la gestante, la madre soy yo*”. Frente a esta respuesta de la mujer la entrevistadora rectifica sus palabras y continua con la entrevista.

A lo largo de los escasos 5 minutos que dura la entrevista, podemos ver cómo ni por parte de los comitentes ni por parte de la entrevistadora se hace referencia en ningún momento a la situación de la madre gestante, únicamente se dedican a denunciar públicamente la supuesta situación de indefensión que están sufriendo por parte del estado, quejándose de que no pueden acudir al país a buscar a la menor, y que nadie les ofrece soluciones, siendo la única preocupación de estos comitentes poder recoger a la bebé. Como se ha expuesto, también hacen un llamamiento a la población para solicitar su ayuda, así como a algún abogado especializado en el tema, al quejarse de que el gobierno no les da ningún salvoconducto, solicitando que les faciliten tanto la entrada al país, como los papeles de la menor, reiterando en diversas ocasiones que la niña es ciudadana española, incluso antes de su nacimiento. En conclusión, observando la entrevista vemos a dos personas egoístas incapaces de entender la guerra que está

¹⁶ Ya son las ocho. Telecinco. 25 de febrero de 2022. Minuto 38 a 42. https://www.mitele.es/programas-tv/ya-son-las-ocho/2022/programa-73-40_1009391575037/player/ [consultado 24 de abril de 2022].

sufriendo el país, con la única preocupación de poder recoger la mercancía sin hacer ninguna mención a la madre gestante ni sintiendo la más mínima compasión por el drama humanitario que atraviesa el país.

Poco después de la emisión de la entrevista fueron numerosos los comentarios que se hicieron en la red social Twitter criticando la frialdad de los entrevistados. Frente a esto, encontramos la repuesta de la Diputada del PSOE¹⁷ Andrea Fernández, criticando la explotación reproductiva que llevaban años sufriendo las mujeres ucranianas, siendo utilizadas como meras vasijas, lo cual se extrae directamente de su tweet, siendo esta una situación de explotación reproductiva que se lleva dando desde que se inició dicha práctica en el país, pero que debido a la guerra se ha dejado ver de forma más directa en los últimos meses.

4.3.2. Méjico

Al igual que el caso de EE.UU mencionado en la introducción del presente apartado, en Méjico cada Estado tiene la libertad de legislar en materia de derecho civil y familiar, por lo tanto encontramos algunos territorios donde esta práctica está permitida ampliamente, como es el caso de Tabasco que ahora explicaremos, y otros donde se prohíbe de manera tajante, como son los Estados de Querétaro, Coahuila o San Luís Potosí¹⁸.

En Méjico únicamente los Estados de Tabasco y Sinaloa permiten de forma expresa la gestación por sustitución, limitada en principio a los mejicanos. El Estado de Sinaloa únicamente lo permite a matrimonios heterosexuales de mejicanos, y Tabasco tanto a matrimonios heterosexuales, como a uniones homosexuales y a personas sin pareja, siempre y cuando éstos sean nacionales de Méjico. A pesar de todo, a nivel Federal la reforma de la Ley General de Salud Mexicana realizada en 2019, permitió que los vientres de alquiler fuesen considerados como una TRA.

A pesar de existir legislación propia de la gestación por sustitución únicamente en dos Estados, se estima que unos 5.000 bebés naces anualmente en Méjico por este método, para ser vendidos posteriormente en el extranjero a través de empresas dedicadas a esta práctica. Es muy común que estas empresas firmen los contratos de gestación por sustitución en aquellos Estados donde sí que se permite la gestación, a pesar de que no se lleven a cabo realmente en ese lugar; por ejemplo, encontramos algunas empresas que utilizan el atractivo turístico de Méjico como reclamo, ofreciendo packs publicitarios basados en “sol, playa y bebé”, a pesar de que en el Estado no se regule dicha práctica, como es el caso de la empresa Gestación Sustituta México, la cual hizo

¹⁷ Fernández, Andrea (@afernb). “Ucrania ahora mismo está llena de mujeres que llevan años siendo usadas como vasijas. Cuando os digan que no, escuchad con atención a sádicos como esta individua”. 26 de febrero de 2022, 5:22 p.m. Tweet.

¹⁸ Morán Breña, C y Barragán, A. *La Suprema Corte abre la puerta a los Estados para que decidan si se ha de pagar o no por los vientres de alquiler*. El País. 5 de junio de 2021. <https://elpais.com/mexico/2021-06-05/la-suprema-corte-abre-la-puerta-a-los-estados-para-que-decidan-si-se-ha-de-pagar-o-no-por-los-vientres-de-alquiler.html>.

una campaña publicitaria con el eslogan de “*tienes la opción de llevar tu proceso de gestación subrogada en Cancún, mientras inicias tu proceso puedes relajarte en este hermoso lugar con clima tropical*”. Cancún se encuentra en Quintana Roo, que es un Estado que en la actualidad no regula la gestación por sustitución.

Estos paquetes turísticos, puesto que bajo mi vista parece que te estén vendiendo unas vacaciones de ensueño con las que conseguirás, además de volver relajada, un bebé, suelen oscilar entre los 25.000 y 35.000 euros, sin contar los gastos médicos que se deriven del embarazo, parto y postparto, siendo un precio mucho más accesible que el que nos encontramos en EE.UU que duplicaría su valor. De la cantidad total, la gestante, suele ser una mujer con problemas económicos y que vive en una situación precaria de entre 18 y 35 años, únicamente recibirá unos 5.000 euros, y el restante va dedicado a los beneficios económicos de la empresa de gestación. Al igual que en Ucrania, la cantidad que reciben las gestantes es ínfima, viendo de forma clara y directa el lucro y el ánimo económico de estas empresas.

Tabasco regula el contrato de gestación por sustitución desde hace más de 20 años, pero a partir del 2012, vio incrementar de forma exponencial las parejas extranjeras que acudían a su territorio a realizar esta práctica, a causa de la limitación que se produjo en la India, la cual se explica con más detalle en un momento posterior, y en Tailandia. Con el aumento de casos salieron a la luz muchos de los problemas de esta práctica, y es por ello, por lo que en 2016 se realizó una modificación del Código Civil Local de Tabasco, para intentar acabar con el turismo reproductivo, permitiendo acudir únicamente a ciudadanos mejicanos.

En el Estado de Sinaloa, en 2013 se publicó el Decreto 742 del Congreso de Estado, mediante el cual se expide el Código Familiar Local de Sinaloa; en el mismo se reguló de manera expresa la gestación por sustitución, incluyendo que la misma se realizase tanto de forma altruista como comercial.

El art. 283 de dicho código es el más controvertido pero el más directo, bajo mi punto de vista, de todos los que hemos mencionado hasta el momento, puesto que habla de forma directa del producto que se está adquiriendo con la formalización del contrato, al contener, lo que cito textualmente que “*una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer [...] para llevar a cabo la gestación en su útero, [...] y cualquier tipo de relación concluye con el nacimiento*”.

No considero que el término utilizado sea el más adecuado moralmente hablando, pero sí que es verdad que es el único que dice de forma clara y directa lo que se está realizando con la formalización del contrato, que es la compraventa de una mercancía, en este caso, el bebé que unos padres no pueden tener, por los motivos que sean, y que por ello acuden a un tercer lugar a conseguirlo, para así satisfacer sus necesidades a través del sistema capitalista en el que vivimos.

4.4. Admisión de la gestación por sustitución por motivos altruistas

Uno de los principales problemas que nos encontramos frente a la gestación por sustitución realizada por motivos altruistas¹⁹, es realmente saber si éste se está realizando de forma desinteresada o no, es decir, sin esperar nada a cambio.

Este concepto se pone en tela de juicio desde el primer momento en el que existe una compensación económica hacia la gestante, aunque sea en concepto de las molestas o inconvenientes que puedan generarse durante el embarazo. Esta compensación, aunque sea mínima o realmente vaya destinada a intentar compensar las molestias que se puedan causar, realmente observamos como siempre hay algún tipo de transacción económica, independientemente del concepto que ésta tenga y, por lo tanto, es totalmente imposible que se pueda hablar de un acto totalmente altruista cuando siempre encontramos el ámbito económico de fondo, por ínfima que sea la compensación.

No se puede confundir con la donación de gametos que se permite realizar en nuestro país, ya que estos supuestos se encuentran regulados por ley²⁰, donde es esta propia regulación la que permite que pueda existir una cierta compensación económica para los donantes, pero siempre siendo ésta razonable y coherente con la práctica que se está llevando a cabo. Esta compensación va pensada fundamentalmente para las mujeres que donan óvulos, ya que previamente a la donación deben someterse a un tratamiento hormonal con algunos efectos secundarios, así como el posterior reposo obligatorio de realizar posteriormente a la extracción de los gametos femeninos.

Como explicaré a continuación, en Reino Unido se permite que se lleve a cabo la gestación por sustitución, siempre y cuando la misma se realice por motivos altruistas; es por ello por lo que en dicho país, deberá realizarse una solicitud de gestación por sustitución, la cual puede ser rechazada por las autoridades competentes si la cantidad de compensación es demasiado elevada, considerándose una gestación por sustitución económica, y por lo tanto, no permitida por la ley británica, siendo la compensación media en ese país de unas 10.800 libras.

En la mayoría de los casos se utiliza el argumento de que, para estar realmente frente a un caso de gestación por sustitución altruista, es necesario que la misma se realice dentro del entorno familiar o de amigos muy próximos; es por ello por lo que en los países donde se permite este tipo de gestación, se contempla la posibilidad de que exista una relación familiar o amistosa entre la gestante y los comitentes, excluyendo por motivos obvios, que en los casos de gestación por sustitución altruista realizada por un familiar, se pueda utilizar el material genético del familiar, para evitar así el incesto y una combinación genética entre familiares.

¹⁹ Acudir al apartado primero sobre el glosario, para observar la definición dada por la RAE.

²⁰ España. Art.5. Ley 14/2006, de 28 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (BOE, núm. 126, 27-05-2006, pág. 19947-19956).

4.4.1. Reino Unido

La gestación por sustitución está regulada y permitida en Reino Unido desde 1985. En un primer momento esta legislación iba orientada a desincentivar la práctica y a proteger a los menores involucrados, pero tras años de experiencias positivas en el país, actualmente se encuentran en un debate legislativo y social para realizar una modificación de la normativa, atendiendo a que tras casi 40 años de práctica, pueden afirmar que existen unas satisfactorias relaciones paternofiliales y familiares, además de garantizar, a simple vista, que se cumplen todos los requisitos para afirmar que la gestación se lleva a cabo siempre de forma altruista.

Actualmente la discusión legal sobre la gestación por sustitución en Reino Unido se centra en la autonomía reproductiva de las personas, en conexión con el derecho a la integridad física y moral, así como con el desarrollo de la personalidad. El país permite tanto la gestación por sustitución sin material genético de la gestante, como con su propio material genético, pero en ambos casos, debe de haber siempre un gameto de los padres de intención, no puede ser todo donado.

Como ya se ha avanzado anteriormente, en Reino Unido la gestación por sustitución esta admitida, siempre y cuando se realice de forma altruista, ya que la propia legislación contempla como constitutiva de delito aquella que se realice de forma comercial. Para garantizar el carácter altruista, es un Juez quien se encarga de supervisar si realmente nos encontramos frente a una compensación económica y no de un pago, pudiendo impugnar el contrato cuando se realice un pago muy elevado, al sospecharse que no se trata de un caso altruista. Además, es importante destacar que los contratos no son ejecutables, lo que quiere decir que, si unas partes no cumple con lo pactado, será el juez quien decida una solución, atendiendo siempre al interés superior del menor.

También está prohibida la publicidad de la gestación por sustitución, así como las agencias comerciales para evitar cualquier acuerdo con ánimo de lucro, únicamente se permite la existencia de ONG especializadas en poner en contacto a los comitentes con las gestantes, acompañando a ambas partes durante todo el proceso.

Tanto la gestante como su pareja son los padres legales del menor, y una vez haya nacido el bebé, los comitentes pueden obtener una orden parental por parte del juez para que la paternidad legal pase de los gestantes a los comitentes. Esta orden parental podrá ser denegada por la autoridad competente, si se demuestra que la cantidad dada en concepto de compensación ha sido muy elevada, y si no se aporta material genético de ninguno de los comitentes, excluyendo totalmente de esta práctica a las parejas donde ambos miembros son infértiles. Hasta el 2018 no estaba permitido que pudiese acudir a esta práctica una persona soltera, pero tras una modificación por considerarse vulnerado el derecho a la intimidad y a la vida privada y familiar, se permitió que los solteros pudiesen acudir a la gestación por sustitución.

La solicitud de la orden parental debe realizarse desde las 6 semanas a los 6 meses del nacimiento del menor, además de convivir ya con los comitentes. Este hecho va en contra del interés superior del menor, ya que puede verse obligado a abandonar su hogar en el caso de que la orden sea denegada. Por otro lado, y para evitar el turismo reproductivo, los comitentes deben ser residentes legales o británicos en el momento de iniciar la gestación, además de estar domiciliados en Reino Unido, Islas del Canal o Isla de Man. Con estas exigencias se limita mucho, por no decir totalmente, que los extranjeros puedan acudir a dicho país a buscar a su bebé, a diferencia de lo que pasa con los países que admiten ampliamente esta práctica, ya mencionados con anterioridad.

Uno de los requisitos más controvertidos bajo mi punto de vista es el momento en el que la gestante y, su pareja si la tuviese, han de dar el consentimiento a la orden parental, ya que este consentimiento debe ser libre, informado e incondicional, pero se permite una dispensa del consentimiento, en aquellos casos en los que la gestante no se encuentre localizable o bien no disponga de capacidad legal para mostrarlo. El problema a mi parecer es el hecho de que pueda darse una dispensa en aquellos casos en los que no cuente con capacidad legal para demostrarlo, ya que si se da ese hecho, de que por cualquier circunstancia la gestante no pueda demostrar el consentimiento, carece de sentido que se pueda dispensar de ello, puesto que se está dejando en total indefensión a la gestante, pasando totalmente por alto sus deseos reales y necesidades, ya que podría darse el caso de que realmente la gestante no quisiera dar el bebé que ha gestado durante 9 meses, vulnerando de manera flagrante sus derechos y explotando reproductivamente su cuerpo, yendo totalmente en contra de los derechos de la mujer.

Actualmente se encuentra en el Parlamento Británico una reforma de ley, la cual va orientada principalmente en el bienestar de los niños y familias ya que, en los últimos años, la sociedad británica se ha mostrado favorable a dicha práctica, aceptando y generalizando la gestación por sustitución, ya que existen numerosos estudios británicos donde se hace referencia a que los menores y familias que acuden a esta técnica tienen resultados muy positivos y favorables. A pesar de no estar de acuerdo con esos informes, se afirma que no se dan consecuencias negativas en el desarrollo y bienestar de los menores nacidos por gestación por sustitución, así como con las posteriores relaciones paternofiliales entre los comitentes y el niño nacido por este método.

También se encuentran algunas investigaciones sobre las consecuencias en las madres gestantes, aunque menos numerosas, que también afirman que las gestantes no se arrepienten de hacer entrega del bebé a los comitentes, ni sufren depresiones y otros trastornos mentales tras la entrega. En estos informes se afirma que las madres gestantes prestan su cuerpo para gestar a un bebé para otras personas porque sienten una gran satisfacción al ver como otras parejas cumplen su sueño de la maternidad. A mi parecer, y a pesar de la existencia de estos informes, no creo que sea cierto que la gran mayoría de las madres gestantes siente placer y satisfacción al entregarles un bebé que han gestado durante 9 meses, al igual que no es cierto que estas no sufran consecuencias negativas tanto físicas como psíquicas, puesto que están demostradas científicamente las

consecuencias negativas que tiene tanto para el bebé como para la madre, desprenderse de una criatura que ha creado y llevado en su interior durante 9 meses, a pesar de que este es un punto en el que entraremos en mayor detalle en sucesivos apartados, es digno de mención en este momento, puesto que la reforma legal de Reino Unido se centra, principalmente en mejorar el bienestar de los niños y familias, dejando un poco de lado el bienestar de la mujer gestante, puesto que busca acortar los plazos de muestra del consentimiento de la madre, así como una separación más temprana, todos ellos actos que van orientados claramente a violar el derecho de las mujeres y a fomentar la explotación reproductiva que se viene sufriendo durante años.

4.4.2. Grecia

Grecia es uno de los Estados de la UE que permite la gestación por sustitución de forma altruista. En dicho país, la gestación subrogada está regulada por la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005, así como por el Código Civil Griego, el cual establece que *“la transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo, deberá ser permitida por la autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización judicial será expedida seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no solo que ella es medicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir”*.

Dicha práctica está permitida para los nacionales griegos desde 2002 y para cualquier ciudadano extranjero desde 2014. No está permitida para las parejas homosexuales ni a los hombres solteros, únicamente está abierta a parejas heterosexuales y a mujeres solteras, aunque en la actualidad se está debatiendo si es posible que los hombres solteros también puedan acudir, ya que se les está discriminando por el mero hecho de no tener pareja.

Por lo tanto, según el artículo expuesto podemos decir que la gestación por sustitución únicamente se permite cuando es de carácter altruista, después de una resolución judicial y la comitente debe ser incapaz de concebir un hijo; además, la implantación únicamente puede tener lugar después de la expedición de dicha autorización judicial. Como ya hemos mencionado con anterioridad, el hecho de que sea de carácter altruista quiere decir que la remuneración recibida por la gestante debe limitarse a cubrir las molestias que se hayan podido causar, además de indemnizar a la gestante por el salario que no ha podido percibir al no trabajar, en el caso que estamos tratando en estos momentos, debiendo oscilar la cantidad entre los 10.000 y 12.000 euros.

Para que el tribunal pueda autorizar la gestación por sustitución la ley griega contempla la obligatoriedad de demostrar que la comitente es incapaz de poder quedarse embarazada, los comitentes no deben tener más de 50 años, la compensación económica no puede excederse del resarcimiento de las molestias que puedan causarse así como del salario dejado de ganar, por otro lado, la gestante tiene que demostrar que está sana

física y mentalmente, además de presentar el acuerdo por escrito al tribunal. También es obligatorio que los comitentes y la gestante sean griegos o residentes legales en el país, para así evitar el turismo reproductivo, y en ningún caso podrá utilizarse material genético de la propia gestante, estando así prohibida la gestación subrogada tradicional. Finalmente, si la gestante estuviese casada también sería necesario el consentimiento del marido.

Como se ha dicho, la autorización judicial debe ser concedida antes de iniciar el procedimiento, y únicamente puede ser promovida por la comitente, ya que su pareja no tiene derecho a iniciar el proceso para obtener la autorización judicial, y su paternidad se determinará directamente sobre la base de que su pareja es la madre legal del niño. Puede entenderse como discriminatoria dicha prohibición, puesto que se está cerrando la puerta a que un hombre soltero pueda acceder a esta práctica.

Una vez autorizado el acuerdo y producida la implantación en la gestante, la misma pierde el derecho a cambiar de opinión y desde ese mismo instante tiene la obligación de cumplir con los términos del acuerdo y de darle el bebé justamente después del nacimiento a los comitentes, impidiendo así de forma rotunda que la gestante pueda cambiar de opinión y enmendar sus decisiones. Afirmamos que esta disposición va totalmente en contra de la autonomía de la voluntad y de los derechos de la mujer, puesto que se la está privando del derecho a decidir y de cambiar de opinión, hecho que como se mostrará más adelante es más frecuente de lo normal, ya que, independientemente de que no se compartan vínculos genéticos con el recién nacido, la gestante ha soportado un embarazo durante 9 meses, con los cambios hormonales y lazos que ello supone, y lo más lícito es que se produzcan cambios físicos y psíquicos que puedan alterar su decisión final; por lo tanto, lo más adecuado sería que la gestante prestase su consentimiento una vez haya dado a luz, y respetando siempre unas semanas posteriores, para intentar así que la decisión sea tomada de la forma más libre y lícita posible. Los comitentes también tienen la obligación de quedarse con el bebé justamente después de que se realice la implantación, sin embargo, esta obligatoriedad de quedarse con el recién nacido no conlleva el mismo peso que tiene que soportar la madre gestante, al renunciar por completo al bebé justamente cuando se da la implantación.

Inmediatamente después del parto, los comitentes se convierten en padres legales del menor, ahora bien, dentro de los 6 meses posteriores al nacimiento del menor, la madre gestante o la comitente pueden impugnar la filiación del menor si demuestran que se ha utilizado material genético de la gestante, convirtiéndose la gestante en madre legal del menor con efectos retroactivos al momento del parto.

4.4.3. India

Durante años, India fue uno de los países más visitados por aquellas personas que deseaban contratar el útero de una mujer para gestar a sus hijos, puesto que era uno de los países que más garantías le ofrecía a un menor precio, primeramente, con el vacío

legal existente, y con posterioridad con lo recogido en la ley de reproducción humana asistida India de 2010, la cual confería validez a los acuerdos de subrogación.

En 2012 se publicó un estudio por parte del “*Centre for Social Research*” de la India, en el que se afirmaba que las madres gestantes carecían totalmente de formación académica, por lo que muchas de ellas no sabían ni leer ni escribir, estando así calificadas como analfabetas, confiando de este modo de manera total a los contratos ofrecidos por las empresas dedicadas a la captación de madres gestantes. Esto hacía que muchas de ellas no supiesen realmente lo que estaban firmando y a lo que se exponían con la formalización de ese contrato, además de que como la empresa no era parte del contrato, en el caso de que hubiese cualquier problema o inconveniente las gestantes no sabían a quién debían dirigirse, quedando totalmente desprotegidas y expuestas al mercado reproductivo capitalista al que habían entrado sin tener certeza de lo que se estaban exponiendo.

El estudio también afirmó que la mayoría de las gestantes recurría a esta práctica debido a la pobreza por la que estaban pasando, ya que se trata de una forma fácil de conseguir dinero, además de afirmar que un gran número de las gestantes sufría depresión postparto, y no acababan de recibir todo el dinero, a causa de la falta de transparencia en los pagos efectuados.

Como conclusión, el informe dictaminó que la gestación subrogada era una forma de degradar el embarazo, convirtiéndolo en un servicio y al menor en una mercancía, favoreciendo e incentivando la trata de mujeres y el tráfico de niños, por lo que era aconsejable prohibir la comercialización de la subrogación e impedir que se convirtiese en un sustento para las mujeres de la india, que no encontraban otra manera de conseguir recursos económicos que no fuese prostituyendo su útero.

A raíz de este informe tan contundente y condenador de dicha práctica, las autoridades indias empezaron a limitar los supuestos en los que los europeos que deseaban acudir al país por su laxa legislación para conseguir un menor podían acudir a él. Primeramente, exigió la necesidad de tener un visado médico para todas aquellas personas que desearan contratar en el país una gestación o bien recoger al menor, además de exigir un documento donde constase que la práctica era legal en el país de origen de los comitentes, y que el menor no tendría ningún problema posterior para ser filiado en el país de residencia de los padres de intención.

Con estas limitaciones el país vio descender en picado los casos de turismo reproductivo, pero no se limitó a esas exigencias, y en 2015 se emitió una circular con el objeto de prohibir la subrogación comercial, prohibiendo los visados para realizar este tipo de contratos, así como la entrada de gametos congelados para ese fin.

Finalmente, en 2016 se prohibió taxativamente la celebración de contratos de gestación por sustitución que se realizasen en India por extranjeros, independientemente de que en

el país de origen de los comitentes dicha práctica fuese legal o no, y limitó los casos en los que los nacionales indios podían acudir.

En la actualidad la India únicamente permite esta práctica de forma altruista, a los nacionales indios que sean matrimonios heterosexuales de más de 5 años, que presenten problemas de fertilidad, además de que la gestante deberá ser una familiar cercana de la pareja, para así darle más peso al hecho de ser altruista. Con ello se pretende evitar la producción de niños para la venta, prostitución o explotación, además de intentar proteger a las mujeres gestantes, evitando la explotación de estas y la vulneración de sus derechos.

4.5. El turismo reproductivo

Como podemos observar en el glosario del presente trabajo, el turismo reproductivo no es más que el hecho de viajar a un país extranjero, con el objetivo de conseguir un hijo. Este turismo nace como consecuencia a las respuestas de los diversos ordenamientos, y principalmente, el motivo de desplazamiento a otros países es la evasión de la ley cuando esta técnica no se permite en el país de origen, o se permite únicamente para un colectivo de la población.

El turismo reproductivo es en la actualidad una práctica preocupante, puesto que es imposible realizar un control absoluto de la calidad y de la seguridad de los servicios ofrecidos, que pueden implicar riesgos para ambas partes contractuales, sobre todo para las madres gestantes, ya que como hemos podido ver, normalmente los países que permiten esta práctica se encuentran en vías de desarrollo, y hay riesgo de que las mujeres sean explotadas reproductivamente por aquellos comitentes que provienen de países más ricos. Además, también hay que tener en cuenta que las prohibiciones legales son un reflejo del consenso social, por lo que es preocupante que algunos individuos intenten eludir las leyes de su país acudiendo a otro para conseguir el servicio que desean, y además posteriormente pretendan que se legalice en su país de origen un acto ilegal.

Por otro lado, y lo más preocupante bajo mi punto de vista, es que con el término de turismo reproductivo, lo que realmente se está haciendo es participar en el comercio de bebés, dando a entender que la reproducción humana es objeto del mercado, pudiendo comercializar tanto a los bebés como a las gestantes, para satisfacer los deseos de unos comitentes que en vez de acudir a otros métodos para conseguir ser padres, como viene siendo la adopción o el acogimiento, deciden adentrarse en la industria reproductiva para obtener un producto, en este caso, el bebé.

Al ser una práctica ilegal en los países de origen de los comitentes, éstos cuando ya tienen al bebé pueden encontrarse dos problemas diferentes:

A. No poder sacar al bebé del país donde ha nacido.

El menor no puede abandonar el país de nacimiento, puesto que no cuenta con la documentación adecuada para poder viajar de residencia de sus padres comitentes.

El principal problema que nos encontramos es que para el país de origen de los comitentes los padres legales son la gestante y el marido de ésta, en su caso, por lo tanto, los comitentes no pueden pasarle su nacionalidad por descendencia y, por ende, no se le puede expedir el pasaporte del país de origen de los comitentes. Como consecuencia de esto, el menor es apátrida y con filiación incierta, encontrándose en un limbo jurídico.

B. No poder regularizar la situación del menor en el país de origen de los comitentes.

También podemos encontrarnos en la situación de que el menor pueda viajar al país de origen de los comitentes, pero una vez allí éste no logre regularizar su situación, ya que las instituciones propias del país lo entienden como una práctica contraria a su ordenamiento jurídico y al orden público y, por lo tanto, no es susceptible de regularizar. La principal consecuencia de esta situación es que el menor se encuentra en un Estado en situación irregular, donde no se reconoce a los comitentes como sus padres legales, y que por lo tanto les afectan a sus derechos de conseguir una filiación y una nacionalidad, entre otros.

Como bien sabemos a estas alturas del estudio, en nuestro país no está permitido practicar la gestación por sustitución, lo que hace que los menores que consiguen llegar a España queden en situación irregular y de desamparo, puesto que al no presentar constancia de la inscripción registral, los comitentes no pueden acceder a la prestación de paternidad y maternidad dada por el INSS, ni ser los menores incluidos como beneficiarios de la Seguridad Social de sus padres comitentes, entre muchas otras²¹.

Para evitar esta situación y velando siempre por los derechos del niño y el interés superior del menor, los Estados han puesto solución de diversas formas a estas problemáticas como, por ejemplo, modificando los certificados de nacimiento del menor, reconocer la validez del certificado de nacimiento únicamente de uno de los comitentes para que así el otro pueda recurrir a la adopción, o bien simplemente permitir a ambos comitentes que acudan al procedimiento de adopción.

Vemos como los Estados han encontrado formas de solucionar este problema siempre velando por el interés superior del menor pero, considero que si en un Estado hay una práctica que no está permitida, como viene siendo la gestación por sustitución, no debería permitirse que estos padres comitentes accedan a la filiación del menor y se les establezca como padres del mismo, puesto que, a pesar de que sea un proceso lento y

²¹ Son nuestros hijos. *¿Qué es la subrogación gestacional?* (soporte en línea, blog). Publicado 13 de mayo de 2016. (consulta 14 de mayo de 2022). <http://sonnuestroshijos.blogspot.com/>

complejo, al fin y al cabo acaban consiguiendo su objetivo inicial que es el detener un hijo biológico, saltándose todas las leyes de su ordenamiento interno y de la moral.

5. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN NUESTRO PAÍS

Es por todos conocido que, hoy en día, la gestación por sustitución es una práctica que no está permitida en el ordenamiento jurídico español, determinando la nulidad de los contratos de gestación por sustitución. Es por este motivo por lo que las personas y parejas españolas que desean realizar esta técnica viajan al extranjero para poder satisfacer sus deseos de ser padres, fomentando de este modo, la práctica del turismo reproductivo, ya explicado en el apartado anterior.

Una vez estas parejas regresan a territorio español, se encuentran con numerosos problemas legales sobre la inscripción del menor en el Registro Civil, sobre la determinación de la filiación del niño y sobre su nacionalidad, ya que como bien sabemos, en España la determinación de la filiación del menor se da en el momento del parto, por lo que, en base a esta premisa, los comitentes no son considerados como padres del recién nacido.

Más allá de los problemas de legislación que se presentan, actualmente existe una fuerte división social y doctrinal sobre si es necesaria una regulación de la gestación por sustitución en España. Cabe recordar que, en julio de 2019, el Grupo Parlamentario de Ciudadanos presentó un proyecto de ley de regulación de la gestación por sustitución²², el cual se caracterizaba por ser altruista y garantista, muy similar al modelo de Canadá, que finalmente fue rechazado de forma unánime por todos los grupos parlamentarios del momento al estar en contra de dicha práctica²³. En el mismo año, la asociación española de gestación por sustitución “Son Nuestros Hijos²⁴”, también presentó una iniciativa legislativa popular²⁵, la cual tampoco tuvo un resultado positivo. Es por estas negativas por lo que opino que, por suerte, en nuestro territorio hay una fuerte oposición a la regulación de la gestación por sustitución, y más después de la aprobación del borrador de la nueva ley del aborto, el cual contiene ciertas disposiciones enfocadas a la negativa de esta práctica, como viene a ser la prohibición de la publicidad en nuestro país de las Agencias de Reproducción por Sustitución y la declaración de esta práctica como violencia reproductiva contra las mujeres²⁶. También se intentó que los padres

²² Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIII Legislatura, Serie B. Propositiones de ley, nº46-1, de 16 de julio de 2019. https://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-46-1.PDF

²³ Sánchez, J. *Ciudadanos presenta una nueva propuesta de ley sobre gestación subrogada*. Confilegal. 4 de julio de 2019. <https://confilegal.com/20190704-ciudadanos-presenta-una-nueva-propuesta-de-ley-sobre-gestacion-subrogada-como-apuesta-por-la-igualdad-y-la-libertad/>

²⁴ Asociación Son Nuestros Hijos. *¿Quiénes somos?* Consultado 19 de mayo de 2022. <http://www.sonnuestroshijos.com/quienes-somos/>

²⁵ Disponible en: <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley> (consultado el 19 de mayo de 2022).

²⁶ Martínez Vélez, A. *La Ley del aborto no perseguirá a parejas que recurran a gestación subrogada, pero declara esta práctica como violencia*. Europapress. 17 de mayo de 2022. <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-ley-aborto-no-perseguira-parejas-recurran-gestacion-subrogada-declara-practica-violencia-20220517110841.html>

comitentes residentes en el Estado Español que recurriesen a esta técnica en el extranjero fuesen perseguidos por el ordenamiento jurídico, pero finalmente esta medida no ha salido adelante, atendiendo a que no es posible perseguir en el extranjero actividades delictivas, cumpliendo con el principio de territorialidad.

Tal y como nos muestra la autora Noelia Igreda²⁷, el debate actual muestra una fuerte relación con la definición de los derechos fundamentales y de los valores superiores del ordenamiento jurídico español, como vienen siendo la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, los cuales se analizaran detalladamente en un momento posterior, así como el derecho a la igualdad (art.14 CE) tan importante hoy en día, como el derecho a la intimidad personal y familiar, ya mencionado en la mayor parte de las sentencias del TEDH vistas, así como el derecho a la integridad física y moral. El hecho de que una posible regulación de la gestación por sustitución afecte a tantos derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, hace que sea difícil legislar sobre la materia sin que ninguno de ellos se vea afectado o vulnerado, tanto por el lado de la mujer gestante como del menor concebido.

Hemos podido ver que el TEDH no se ha pronunciado directamente sobre la legitimidad o no de dicho acto pero, sí que es cierto que, en aquellos países como España cuyas legislaciones no admiten la gestación por sustitución, se ha considerado que la negativa al reconocimiento de la filiación y nacionalidad de los menores, supone una vulneración del derecho al respeto a la vida familiar y privada, así como una discriminación del menor, no de los padres, en consonancia con lo recogido en el art. 8 y art. 14, sucesivamente, de la CEDDHH.

Una vez hecha esta pequeña introducción, nos queda claro que, por un lado nos encontramos con unas personas que obtienen un resultado, el hijo, mediante un procedimiento que en España no se considera lícito; y por otro, tenemos una nueva vida humana cuyos intereses se deben proteger, teniendo derecho a una identidad, a unos padres y a una nacionalidad, entrando así en un conflicto de intereses entre castigar la acción contraria a derecho realizada por los comitentes, pero sin que este correctivo suponga un perjuicio alguno para el menor.

Para intentar darle una respuesta a todas estas situaciones, en el presente capítulo pasaremos a analizar detalladamente la regulación vigente en la actualidad en España sobre la gestación por sustitución, el procedimiento que deben seguir los padres comitentes para determinar la filiación de su menor hijo, así como la tan importante doctrina creada por el Tribunal Supremo, la cual nos ha ayudado a determinar de forma más o menos clara cual es la postura de España frente a esta violencia sexual contra las mujeres.

²⁷ Igreda González, N. *La gestación por sustitución en Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España*. Ediciones Complutense. Madrid (2020). ISSN: 1130-800.

5.1. Evolución legislativa de la reproducción humana asistida en España

La primera ley que se aprobó en nuestro país sobre técnicas de reproducción humana asistida fue en el año 1988, por el gobierno de Felipe González²⁸. Esta ley fue necesaria tras el nacimiento del primer “bebé probeta”, que nació en Reino Unido, e hizo que España se situase en primera posición en cuanto al desarrollo de la reproducción humana asistida, ya que estaba más avanzada que la demanda social existente en la época, regulando la reproducción asistida con donante de gametos o incluso la reproducción asistida *post-mortem*.

Esta primera ley ya contempla en su art. 10 la nulidad del contrato de gestación por sustitución, así como que la determinación de la filiación se haría por el parto, como bien se ha mencionado anteriormente.

Con el paso de los años se fueron haciendo más avances científicos que permitieron utilizar otros métodos de reproducción humana asistida, por lo que la ley fue quedándose desfasada y, por lo tanto, no tenía la capacidad de albergar todas las situaciones que podían darse, surgiendo de este modo, una situación de inseguridad jurídica. Es por este motivo, por lo que en 2003 se aprobó una nueva ley de reproducción humana asistida, con el objetivo de acabar con los problemas que no tenían solución con la anterior legislación.

Estos avances científicos que obligaron a innovar en materia legislativa, dieron pie a la entrada en vigor de la ley 45/2003, de 21 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida²⁹. Esta ley fue aprobada por el gobierno de Zapatero y, entre algunos de los aspectos que fueron reformados con esta nueva ley, encontramos la imposición de un límite máximo de preembriones que podrían ser transferidos a la mujer en cada ciclo, con el objetivo de reducir los partos múltiples, no con la intención de reducir la natalidad, sino con el objeto de proteger la salud de la madre y de los hijos.

Esta ley no modificó el mencionado art. 10, por lo que cualquier contrato por el que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncie a la filiación, será considerado nulo de pleno derecho, y por lo tanto afirmamos que la gestación por sustitución continúa siendo una práctica prohibida en nuestro territorio.

Finalmente, encontramos la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida³⁰, la actual ley que regula estos métodos reproductivos. A diferencia de la primera modificación realizada, esta ley entró en vigor 2 años y medio después de haber sido publicada la primera modificación de la ley; esto es debido a que, tal y como manifestó la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida,

²⁸ España. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. (BOE, núm. 282, 24-11-1988, pág. 33373 a 33378). Derogada.

²⁹ España. Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE, núm. 280, 22-11-2003, pág. 41458 a 41463). Derogada.

³⁰ España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (BOE, núm. 126, 27-5-2006, pág. 19947 a 19956).

con la modificación no se daba solución a los problemas reales existentes, y era necesario realizar una reforma legislativa integral que se adaptase a la realidad de los hechos del momento.

Con esta ley se amplía el listado de TRA que pueden practicarse en nuestro país, que son la inseminación artificial, la fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides y la transferencia intratubárica de gametos.

Podemos observar como el art. 10 no ha sufrido ninguna modificación desde su redacción inicial de 1988, lo que es alentador para el feminismo y los derechos de las mujeres ya que parece ser que no hay intención de regularizar esta técnica en nuestro territorio, ya sea porque no hay una postura firme sobre el tema, o bien porque los legisladores no tienen la suficiente determinación como para adoptar una postura firme que la prohíba de forma rotunda, lo que nos lleva a tener que acudir a otras fuentes para saber cuál es la línea de actuación de nuestras instituciones frente a estos casos.

5.1.1. El artículo 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Como ya se ha mencionado, el art. 10 de la ley TRHA declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución en España, independientemente de quien aporte el material genético en cada caso o de si media precio o no en el contrato, se prohíbe en todos los supuestos.

Tal y como hemos podido ver en diversas ocasiones del presente estudio, en nuestro país la filiación del menor es determinada por el parto, por lo tanto, la gestación por sustitución estaría implicando que la madre gestante renunciase a la filiación materna del menor, a favor de la comitente, haciendo que para que el contrato sea cumplido en su integridad, se deba tanto entregar al bebé como renunciar a la filiación, que es lo que está declarando nulo en el precepto de la propia ley.

Esta nulidad va relacionada con lo contenido en el Título XII del Código Penal (desde ahora CP), concretamente en el Capítulo II³¹ del mismo, donde se recogen aquellos delitos contra la suposición del parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Como tal este artículo no castiga de forma directa la gestación por sustitución, pero sí que es cierto que sanciona aquellas actuaciones que vayan orientadas a la suposición del parto, al ocultamiento o entrega a una tercera persona un menor de edad con la intención de alterar o modificar su filiación, así como aquellas que, a través de una compensación económica, entreguen a otra persona un hijo aunque no concurra filiación o parentesco; por lo tanto, vemos que aunque no lo nombre directamente, hace referencia directa a aquellas situaciones que dan pie a la gestación por sustitución. Retomando el concepto del principio de territorialidad antes mencionado, estos delitos únicamente pueden ser castigados cuando se lleven a cabo dentro del territorio español,

³¹ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE, núm. 281, 24-11-1995, pág. 33987 a 34058).

pero jamás cuando se produzcan en el extranjero; es por este motivo por lo que solo podrán ser castigados con las penas que se recogen en los art. 220 y 221 del CP cuando el hecho se produzca dentro de nuestras fronteras.

Volviendo ahora al artículo de estudio, de su redacción afirmamos que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto, siendo en cualquier caso la mujer que da a luz la madre legal a todos los efectos, aunque biológicamente no haya aportado sus propios genes. También se recoge la posibilidad de que el padre reclame la paternidad por los medios habituales, pero nada nos dice de la madre³².

Tal y como está redactado el art. 10 de la ley TRHA podemos entender el contrato de gestación por sustitución tanto como un contrato de obra, donde se pacta la entrega de un bebé, como un contrato de servicios, donde se pacta la gestación del bebé. Independientemente del tipo contractual que sea, siempre estaremos frente a un contrato nulo de pleno derecho, así que nunca tendrá ninguna consecuencia jurídica. Visto esto, también hay que añadir que, además de la nulidad contractual que comporta la renuncia de la filiación, también encontramos la nulidad por tratarse de un contrato que está redactado bajo un objeto contractual ilícito en si mismo, por ir en contra de las leyes y de la moral, además de ser un objeto que se encuentra fuera del comercio de los hombres³³.

Siguiendo la postura mencionada con los artículos del CP, que el contrato sea considerado nulo de pleno derecho, no quiere decir que la gestación por sustitución sea considerada como un delito en nuestro país, puesto que no existe, una sanción como tal al respecto, y por ende, no encontramos expresamente su prohibición en ninguna parte de nuestro ordenamiento, lo que nos lleva a pensar que, los legisladores que hemos tenido hasta la fecha, no cuentan con la determinación ni el apoyo suficiente para legislar al respecto.

Frente a la negativa de poder realizar dicha técnica en nuestro territorio, nos encontramos que muchas parejas deciden acudir al extranjero para poder satisfacer sus deseos de tener un hijo, recurriendo al turismo reproductivo ya mencionado; es por ello por lo que encontramos una serie de problemas que exceden del debate de la legalidad o no de dicha práctica, como es el caso de la filiación, la determinación de los padres legales y derechos parentales, y la nacionalidad del menor, por lo que para ello, en 2010 se dictó una Instrucción, que intentaba dar respuesta a estas situaciones, dejando muchas lagunas, como podremos ver a continuación.

³² Esto se da, aunque ambos comitentes hayan aportado su material genético, puesto que se da preferencia a la maternidad de gestación por encima de la maternidad biológica, no teniendo la comitente la posibilidad de reclamar la maternidad biológica.

³³ Desde el Derecho Romano, el cuerpo humano esta considerado como “*res extra commercium*”.

5.2. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado

La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁴ (desde ahora DGRN), surgió casi por obligación, por la necesidad existente de resolver los problemas reales que se estaban dando en nuestra sociedad.

Todo empezó cuando en 2008 unos varones casados en España desde el 2005, solicitaron la inscripción en el Registro Civil de sus dos hijos nacidos a través de la gestación por sustitución en California. Estos padres solicitaron ante el encargado del Registro Civil consular de California la inscripción de los menores, la cual fue denegada mediante auto. Esta resolución fue recurrida ante la DGRN, y finalmente estimada en febrero de 2009, dando la orden de inscribir a dichos menores en el Registro Civil Consular.

La decisión tomada por la DGRN se basó en la aplicación del art. 81³⁵, del Reglamento de Registro Civil (desde ahora RRC), considerando que, aunque en España sea nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y la filiación del menor sea determinada por el parto, lo que realmente se estaba discutiendo era la validez de una inscripción en el Registro Civil Español (desde ahora RC) de una certificación registral extranjera, lo cual consideraron que sí que era válido.

Esta Instrucción fue dictada con la intención de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, no dejando que estos niños queden desprotegidos ante la ley por culpa de las actuaciones de los padres comitentes. La instrucción permite que se inscriba en el RCE el nacimiento de un menor que ha nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución, siempre y cuando se adjunte con la solicitud de inscripción, una resolución judicial por el Tribunal competente del país de nacimiento del menor donde se determine la filiación del menor de forma clara y precisa. Al adjuntar la resolución judicial se pretende poder controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato, en relación con el marco legal del país donde se ha llevado a cabo la gestación, así como proteger el interés superior del menor, verificando que el contrato no encubre el tráfico internacional de menores, y de la madre gestante, velando porque no se haya formalizado el contrato con vicios en el consentimiento, y revisando que la gestante en todo momento ha contado con plena capacidad jurídica y de obrar, disipando todas las dudas que puedan haber sobre un posible error, engaño, violencia o intimidación hacia la madre gestante, y siempre teniendo en cuenta la imposibilidad de revocación del consentimiento prestado. Por lo tanto, para admitir en nuestro RC la inscripción de un nacimiento por gestación por sustitución no es

³⁴ España. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (BOE, núm. 243, 7-10-2010, pág. 84803 a 84805).

³⁵ El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales.

suficiente con una mera certificación registral extranjera o la simple declaración de los comitentes, sino que es necesario que un Tribunal extranjero haya determinado así la filiación.

Además de ser obligatorio que exista una resolución judicial extranjera que determine la filiación del menor, es necesario que, previamente a esta inscripción en el RC dicha sentencia haya sido objeto de reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico. Este precepto lo encontramos recogido en la Instrucción, la cual dice, cito textualmente que, *“será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el art. 955 de la LEC”*.

La mencionada Instrucción fue dictada en 2010, cuando aún no había entrado en vigor la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. La regla general nos dice que la resolución judicial deberá ser objeto de exequátur, según lo contenido en el art. 94 de la LEC, a excepción de que esta tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria que, en este caso, será el encargado del RC quien deberá realizar un control incidental, para saber si la resolución puede ser reconocida en España, antes de realizar la inscripción.

Conforme al contenido estricto de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, cuando el encargado estime que estamos frente a un procedimiento de jurisdicción voluntaria, el control incidental que debe realizar comprenderá de:

- Regularidad y autenticidad formal de la resolución extranjera.
- Competencia judicial internacional del tribunal de origen.
- Derechos procesales de las partes, en particular de la madre gestante.
- Vulneración de los derechos de la madre gestante y del interés superior del menor.
- Resolución firme y consentimientos irrevocables.

El hecho de que el consentimiento ya no pueda ser revocado en el momento en que se está solicitando la inscripción, va relacionado con lo contenido en el art. 26 de la ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopciones Internacionales, puesto que no es posible que coexistan dos relaciones de filiación distintas en relación con una misma persona.

Bajo mi punto de vista considero que, dentro de este control incidental que deben realizar los encargados del RC en los casos en los que la resolución judicial tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, se encuentra incompleto, puesto que no se contempla el concepto de orden público internacional, lo cual debería ser digno de mención, al tratarse de un procedimiento que esta dando validez en nuestro territorio, a una sentencia extranjera que va en contra de las leyes de nuestro ordenamiento jurídico, al estar considerando como madre legal a una mujer que no ha dado a luz al menor que se está filiando, yendo en contra del ya mencionado principio, que nos dice que la madre legal del menor, es aquella que da a luz.

Por otro lado, y tras el análisis de dicha Instrucción, cabe concluir que la misma va en contra del art. 10 de la TRHA, puesto que éste artículo declara la nulidad del contrato, mientras que la Instrucción brinda soluciones a las personas que llevan a cabo dicho contrato en el extranjero, para que puedan filiar a los menores en nuestro territorio, dándole validez a un acto que va en contra del ordenamiento jurídico, y perdiendo de este modo el sentido al artículo 10, ya que, a pesar de que se contemple su prohibición en territorio español, se le esta dando validez al acto jurídico, y por lo tanto, permitiendo que esta práctica se lleve a cabo en nuestro país; siendo lo más lógico y práctico reformar la ley para que puedan contemplarse la gestación por sustitución como un negocio jurídico válido, o bien aceptar la nulidad total de dicho contrato, sin posibilidad de reconocimiento alguno.

5.3. La filiación de los nacidos por gestación por sustitución en nuestro país

La situación actual sobre la inscripción de la filiación de los menores nacidos a través de gestación por sustitución es sumamente incierta, tanto en España como en los países vecinos. El problema principal, tal y como se ha visto en las situaciones europeas estudiadas, viene a ser la poca claridad que hay entre si debe prevalecer el interés superior del menor, por encima del orden público internacional, como ha venido diciendo el TEDH, o bien, si deben de prevalecer las normas de los Estados que legítimamente prohíben dicha práctica.

Como vimos, hay supuestos de gestación por sustitución donde pueden llegar a intervenir hasta 6 personas distintas durante todo el proceso, la madre gestante y su cónyuge, los comitentes y los donantes de material genético.

De acuerdo con lo visto hasta el momento, con la legislación española actual, la determinación de la filiación materna se determina de forma exclusiva por el parto, siguiendo el principio de *mater semper certa est*³⁶, por lo que la madre gestante, será declarada madre legal del menor.

Atendiendo al padre, las posibles opciones para determinar la filiación del menor son más amplias. En el caso de que el comitente aporte el material genético, podrá seguir el procedimiento recogido en el art. 10.3 TRHA, según el cual se permite que ejerza la acción de reclamación de la paternidad conforme él es el padre biológico del menor, atendiendo a las reglas generales. Una vez en este punto, el cónyuge o pareja podrá iniciar los trámites pertinentes para adoptar al menor, siendo de este modo el padre o madre adoptivo.

El hecho de que se permita ejercer la acción de reclamación de la paternidad cuando haya vínculo genético con el padre comitente, permite establecer un vínculo de filiación con los padres de intención, siendo éste un proceso largo y gravoso pero posible.

³⁶ Navarro-Michel, M. (2018). *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*. Capítulo 11. La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo? Barcelona. Thomson Reuters (pp. 241-245).

Cuando los comitentes no aporten los gametos masculinos, no podrá determinarse el padre biológico, encontrándonos en este punto con el problema de determinación de la filiación. Nos encontramos en un punto donde ninguno de los dos comitentes puede ser considerado como padre legal del menor, la madre comitente por no haber dado a luz al menor, independientemente de que haya aportado su material genético o no, y el padre comitente por no haber aportado material genético.

En estos casos, podría intentarse acceder a la filiación del menor a través de la llamada posesión de estado. Este tipo de filiación se incorporó con la redacción original del CC, y estaba pensada para aquellos supuestos donde era relativamente fácil perder los datos del Registro Civil de la época, por incendios o desastres naturales, así que hoy en día no se suele aplicar. La encontramos recogida en el art. 113 del CC³⁷, y se trata de establecer la filiación del menor por una situación de hecho probada, de que los que dicen ser sus padres, se han comportado como tal, atendiendo al principio de *nomen, tractus y fama*". El problema de estos casos es que, para poder determinar la filiación a través de la posesión de estado, no debe existir la filiación del menor con ninguna otra persona, hecho que ya no es posible en los casos de gestación por sustitución, puesto que, en la sentencia del país de origen debe constar el nombre de la madre gestante, para garantizar así el derecho a conocer el propio origen.

Por lo tanto, cuando ninguno de los dos comitentes aporta el material genético, la única opción posible es solicitar el acogimiento del menor, con la posterior adopción de éste, de la cual hablaremos en un apartado posterior, analizando el certificado de idoneidad necesario para poder acceder a dicha situación.

Los defensores de la gestación por sustitución alegan que, de igual modo que se permite que el padre comitente pueda ejercer la acción de reclamación de la filiación en aquellos supuestos en los que aporta su material genético, también debería permitirse cuando la madre comitente es la que aporta los gametos femeninos, puesto que, a pesar de que no ha dado a luz al menor, éste lleva sus genes. Estas personas consideran que, el hecho de no permitir que la madre comitente ejerza la acción de reclamación de la maternidad, constituye un caso de discriminación injustificada, y va en contra de las exigencias del TEDH de que al menos uno de los comitentes haya aportado el material genético para poder ejercitar la mencionada acción, y que así con posterioridad, la pareja inicie los trámites para ser considerado como padre adoptivo del menor.

Si que es cierto que atendiendo al contenido literal de lo expuesto, la medida puede parecer discriminatoria, pero la verdad es que si se permite que la madre comitente también pueda ejercer la acción de reclamación de la filiación cuando aporte su material genético, además de ir en contra de la legislación española actual, que dice que la

³⁷ La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.

filiación materna se determina por el parto, se produciría una situación de inseguridad jurídica hacia aquellas personas que acuden al método de la fecundación in vitro a través de la donación de óvulos, puesto que, permitir que la madre comitente inicie la acción de reclamación de la filiación para filiar a un hijo que no ha parido pero que tiene su material genético, abre la puerta a que las donantes de óvulos puedan iniciar la misma acción para impugnar y determinar la filiación los menores que han nacido con el material genético que ellas han donado, dándole así una gran inseguridad jurídica a todas aquellas personas que acuden a este método, y yendo en contra de la propia ley de TRHA y del CC. También se deberá tener en consideración que, si se modifica el precepto legal de filiación materna por nacimiento, deberían tenerse en cuenta muchas otras variables, entre ellas los derechos de las mujeres y su dignidad, de los cuales hablaremos en un momento posterior.

Por otro lado, también se ha hablado de la posibilidad de dejar de darle tanta importancia a la conexión genética, y determinar la filiación atendiendo a la voluntad de los padres comitentes, como ya se da en los supuestos de filiación adoptiva o en el reconocimiento de complacencia, entre otros. En estos casos se permite hacer este tipo de filiación, atendiendo siempre al interés superior del menor, que si bien es cierto que siempre es beneficioso para él poder tener una filiación determinada, de igual modo que en aquellos casos de adopción y acogimiento se debe conseguir un certificado de idoneidad positivo para poder acceder al trámite, sería conveniente que se implementase este certificado también para los padres comitentes, que obviamente debería ser expedido antes de iniciar el proceso de gestación.

Esta medida puede ser discriminatoria en contraposición a las personas que tienen hijos biológicos por los medios tradicionales, pero sería totalmente imposible obligar a todas las parejas a tener este certificado antes de tener hijos, por lo que, no veo ningún tipo de inconveniente en solicitar este certificado para aquellas personas que quieren tener un hijo por otros medios, para garantizar así que el menor va a estar bien cuidado, viviendo en unas condiciones dignas y sanas para su correcto desarrollo, además de garantizar que los padres comitentes tienen las aptitudes necesarias para ser unos buenos padres.

5.3.1. La adopción y el acogimiento

El acogimiento familiar es una forma de ayudar y proteger a los menores que se encuentran en una situación familiar complicada, que hace que tengan que vivir fuera de su familia de origen. Tiene carácter temporal, y ofrece a los menores el mejor entorno posible para crecer y llevar una vida estable y adecuada para su desarrollo³⁸.

Nuestra legislación prevé diversos tipos de acogimiento dependiendo de las circunstancias y de la duración prevista. De todos los tipos posibles, para aquellos casos

³⁸ *Acogimiento familiar*. (2022, marzo 17). gencat.cat. Recuperado 28 de mayo de 2022, de <https://web.gencat.cat/es/tramits/que-cal-fer-si/adopto-i-o-acullo-un-infant/acolliment-familiar/#:%7E:text=S%C3%B3lo%20se%20admite%20el%20acogimiento,de%20origen%20durante%20un%20tiempo.>

de gestación por sustitución el supuesto más adecuado es el acogimiento preadoptivo. La figura del acogimiento preadoptivo nació tras la entrada en vigor de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor³⁹, y como su nombre indica, es una medida previa a la adopción. La doctrina la ha calificado como el periodo de adaptación necesario entre los futuros adoptantes y el adoptado, antes de constituirse la adopción por parte del Juez. La idea radica en que, si el acogimiento es satisfactorio, podrá procederse a la adopción del menor, que supondrá el despliegue de vínculos jurídicos congruentes con la relación de filiación que se pretende crear⁴⁰.

La característica principal de este tipo de acogimiento es que el retorno a la familia de origen es prácticamente imposible, lo que cuadra perfectamente con el concepto de gestación por sustitución, puesto que, el menor no puede volver con la madre gestante, puesto que, atendiendo de forma literal al contrato firmado, ésta no puede reclamar la filiación del menor. Como se trata de un paso previo a la adopción, los padres gozan de un estatus jurídico reforzado con respecto a los demás acogedores, ya que tienen la intención de convertirse en padres del menor, jurídicamente hablando.

Otra de las diferencias que existen en relación con los otros tipos de acogimiento, es que una vez se ha declarado firme la medida del acogimiento preadoptivo, se suspenden todas las visitas y relaciones con la familia biológica. Sabemos que es prácticamente imposible mantener la relación con la madre gestante, pero es una de las diferencias que se debe destacar.

Por otro lado, encontramos la adopción, que no es más que el procedimiento legal, psicológico y social de integración plena y definitiva de un menor, en el sí de una familia en la que no ha nacido⁴¹. Al igual que en el acogimiento, la adopción es una medida de protección al menor y a la infancia, con la diferencia de que ésta proporciona una relación paternofamiliar con los mismos efectos legales que la paternidad biológica, que al fin y al cabo es lo que busca cualquier comitente cuando recurre a la gestación por sustitución.

Tanto la adopción como el acogimiento cuentan con elementos variados del derecho, ya que la protección de los menores debe ser entendida desde la vertiente del derecho administrativo, y la determinación de la filiación desde el derecho civil. En la medida de lo posible la administración intenta mantener al menor en su familia de origen, pero cuando la situación familiar conlleva un gran riesgo para el menor, la entidad protectora intenta separar al menor de su familia de origen, con la intención de protegerlo.

³⁹ España. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (BOE, núm. 15, 17-01-1996, pág. 1225 a 1238).

⁴⁰ Aznar Domingo, A. y Ruano Martín, C. (2019, 4 enero). *El acogimiento familiar en España. Especial consideración: El acogimiento preadoptivo*. El Derecho. Noticias Jurídicas y Actualidad. Recuperado 28 de mayo de 2022, de <https://elderecho.com/el-acogimiento-familiar-en-espana-especial-consideracion-el-acogimiento-preadoptivo>

⁴¹ *Adoptar un infant*. (2021, 16 abril). Departament de Drets Socials. Recuperado el 28 de mayo de 2022, de https://dretssocials.gencat.cat/ca/ambits_tematicos/acolliments_i_adopcions/adopcions/adoptar_infant/

El hecho de que la administración se haya visto obligada a intervenir para garantizar la seguridad del menor, nos lleva a que deba evaluar de forma impecable la idoneidad de los posibles padres de acogida o de adopción, para evitar así que el menor vuelva a una situación de riesgo.

A continuación, mostraremos los requisitos que valoran las Administraciones Públicas Catalanas, atendiendo a responsabilidad atribuida por el art. 172.1 CC, para determinar la idoneidad de las personas que quieren realizar un acogimiento o una adopción.

En primer lugar, la persona o familia que esté interesada en realizar un acogimiento, deberá dirigir su solicitud al Instituto Catalán de la Acogida y de la Adopción⁴² (desde ahora ICAA). Una vez el centro haya recibido la solicitud, se inicia el proceso de valoración, que está formado de dos entrevistas individuales, y una en el domicilio de la persona, como mínimo, además de tener que asistir a unas sesiones formativas específicas para las familias acogedoras. Una vez haya finalizado el proceso de valoración, se emitirá un informe psicosocial de la unidad familiar, donde se dirá si la persona o familia es apta para poder realizar el acogimiento, además de determinar el tipo de acogimiento más idóneo.

Con todo este proceso se valoran tanto las características personales como socioeconómicas de la familia que quiere acoger a un menor, con la intención de evitar, como se ha dicho antes, que el niño acabe en una familia donde no es atendido de la manera adecuada.

Una vez los padres comitentes hayan conseguido el acogimiento preadoptivo, deberán solicitar la adopción del menor, donde deberán solicitar nuevamente la expedición del certificado de idoneidad, puesto que se considera un poco más estricto que el que se emite para el acogimiento, ya que, jurídicamente hablando, los padres adoptivos van a ser los padres legales del menor que adopten.

De igual modo que para el acogimiento, deberán presentar una solicitud al ICAA, como solicitantes de una adopción. Durante el proceso de formación y valoración, se deberán realizar sesiones informativas y formativas, además de un mínimo de 2 entrevistas individuales, realizadas por un profesional en trabajo social y un psicólogo, y una entrevista en el domicilio de los candidatos. Durante todo el proceso se valorarán las circunstancias personales, familiares, sociales, socioeconómicas, la aptitud educadora y las expectativas que tienen en relación con el menor. Este último punto no será valorado cuando exista un acogimiento preadoptivo, ya que ya se cuenta con el menor.

Finalmente, en función de la valoración del estudio psicosocial realizado, se emite una resolución administrativa, donde se establece la idoneidad o no para adoptar un menor por parte de las personas solicitantes, y la filiación del menor, será determinada mediante la emisión de la sentencia judicial de adopción correspondiente.

⁴² Organismes. Generalitat de Catalunya. (2022, 11 mayo). *Institut Català de l'Acolliment i de l'Adopció*. http://sac.gencat.cat/sacgencat/AppJava/organisme_fitxa.jsp?codi=8908

Finalmente destacamos la importancia de la emisión de este certificado de idoneidad por parte de las administraciones públicas, puesto que es su deber velar por la seguridad del menor, y es por ello por lo que no pueden separar al menor de sus padres biológicos y dárselos a cualquier otra persona sin asegurarse previamente de que este menor no se esta quedando en buenas manos. Durante todo el proceso lo más importante es el interés superior del menor, en ningún caso se pone por encima el interés de la familia acogedora o adoptiva, por lo que si las autoridades públicas competentes consideran que los comitentes no cumplen con los requisitos necesarios para ser unos buenos padres, la autoridad encargada de la protección del menor tiene la obligación de emitir un certificado negativo de idoneidad, independientemente de que estos padres hayan gastado una cantidad importante de dinero en poder conseguir a ese menor. Esto se pudo observar en el caso italiano explicado con anterioridad de *Paradiso y Campinelli*, donde las autoridades italianas consideraron que los comitentes no cumplían con los requisitos necesarios para ser determinados como padres y, por lo tanto, no obtuvieron ni la filiación ni la custodia del menor, el cual se quedó con la familia de acogida.

5.4. El papel del Tribunal Supremo

La jurisprudencia es la doctrina jurídica que fijan los organismos judiciales de un Estado, a través de las resoluciones a lo largo del tiempo, y tiene un valor muy importante en el mundo del derecho puesto que gracias a ella se crea la interpretación de las leyes, para así dar lógica y coherencia al sistema jurídico como un todo, unificando criterios de interpretación para aplicar la ley de la mejor forma posible.

Si de por si la jurisprudencia tiene un valor muy importante en el mundo del derecho, aquella que emana del TS es de especial relevancia puesto que dará las directrices de actuación a las instancias inferiores y ayuda a interpretar la normativa vigente. Las dos sentencias existentes dictadas por el TS a día de hoy sobre la gestación por sustitución han sido de vital importancia puesto que, como hemos podido ver, no hay una legislación extensa sobre la materia, por lo que la interpretación realizada por el Tribunal determina de forma clara y concisa como deben actuar las instituciones frente a estos casos, además de dar una visión muy clara, en el caso de la última sentencia de este mes de marzo, sobre la explotación reproductiva y violación sistemática de los derechos de la mujer que ello conlleva, desalentando de este modo a una posible regulación de la materia.

5.4.1. Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, de 6 de febrero de 2014

La sentencia que vamos a analizar en el presente apartado fue la primera que dictó el TS de nuestro país sobre un caso de maternidad subrogada internacional⁴³. Fue una sentencia muy discutida, puesto que cuenta con un voto particular firmado por 4 miembros, frente a los 5 que han respaldado la sentencia, pero en gran medida comparte las argumentaciones que se habían ido formulando en las instancias anteriores.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013 (Sala de lo Civil), de 6 de febrero de 2014 (recurso 245/2012).

Como antecedentes de hecho cabe destacar que se trata de un caso de dos varones casados entre sí en territorio español, los cuales acudieron al método de la gestación por sustitución en California en el año 2008. En el consulado fue denegada la inscripción en el RC de los menores, en base a que iba en contra del art. 10 de la LTRHA. Los interesados interpusieron recurso contra dicha denegación, el cual les fue estimado, y posteriormente el Ministerio Fiscal presentó demanda impugnando dicha resolución, quedando así una situación poco corriente, ya que quedaron procesalmente enfrentados dos órganos del Estado, por un lado, la Fiscalía y por el otro la DGRN. Finalmente, llegando a última instancia, los padres comitentes interpusieron recurso de casación ante el TS, el cual fue desestimado con la sentencia objeto ahora de estudio.

Principalmente, las tres argumentaciones en las que se basa la desestimación de la sentencia son las siguientes:

I. Imposibilidad de que la certificación registral californiana acceda al RC.

Esta imposibilidad se basa en que la certificación registral es contraria al orden público español, además de no ser una sentencia firme, requisito necesario para poder inscribir la filiación en el RC, tal y como ya se ha mencionado anteriormente. El Tribunal nos habla del art. 23 de la Ley del Registro Civil (desde ahora LRC), el cual nos dice que no puede haber duda sobre la legalidad del hecho inscrito y su legalidad conforme a la ley española, por lo que esta certificación registral californiana no nos disipa estas dudas.

El Tribunal también considera que el concepto de orden público internacional no puede ser atenuado por la vinculación estrecha del caso con nuestro país, ya que es más importante respetar la dignidad de la mujer gestante y del menor recién nacido, alegando que se está dando la mercantilización de la gestación y la filiación, tal y como se muestra en el fundamento jurídico sexto⁴⁴.

II. No hay discriminación por orientación sexual.

Este fue uno de los argumentos de la parte recurrente, ya que como hemos dicho se trataba de una pareja homosexual. Frente a esta alegación, todas las instancias a las que se ha recurrido han descartado esta opción, puesto que lo que se está prohibiendo es el contrato de gestación por sustitución, independientemente de quienes hayan sido los comitentes y de la relación que los una, ya que, si se tratase de una pareja heterosexual, la prohibición sería la misma.

⁴⁴ No se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

III. Interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado.

La sentencia explica que, la concreción del interés superior del menor debe hacerse tomando como referencia los valores asumidos por la sociedad como propios, los cuales se encuentran contenidos en las reglas legales y en aquellos principios que inspiran la legislación nacional. En nuestro territorio, entre estos valores, también opera la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, por lo que es obligación del Estado evitar la explotación sexual y reproductiva de mujeres que se encuentran en situación de pobreza, para así impedir la mercantilización de la gestación y la filiación. Es por esto por lo que consideró que determinar la filiación a favor de quienes realizan un encargo mediante un contrato de gestación, supone un atentado contra la dignidad del menor ya que se convierte en un objeto del tráfico mercantil, y al impedir su inscripción, se esta protegiendo su dignidad.

Como hemos dicho anteriormente, esta sentencia fue especialmente controvertida al contar con un voto particular, el cual apelaba a que debía reconocerse la filiación acreditada en el extranjero, atendiendo al interés superior del menor, ya que, de lo contrario, los menores quedarían en una situación de limbo jurídico, nada beneficiosa para su vida y desarrollo personal.

5.4.2. Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022, de 31 de marzo de 2022

El pasado 31 de marzo el TS dictó la sentencia objeto ahora de estudio, siendo esta la segunda en España que trata la gestación por sustitución⁴⁵. Considero que uno de los hechos que hacen que esta sentencia sea realmente importante para la jurisprudencia de nuestro país, es el hecho de que contiene de forma explícita las cláusulas contractuales que se firmaron en el contrato de gestación por sustitución, lo que hace que podamos ver de forma clara a que nos estamos enfrentando, y la degradación a la que se somete la mujer gestante que firma estos contratos.

En enero de 2018 el abuelo del menor nacido por gestación por sustitución interpuso demanda, por la cual se solicitaba que se declarase a la madre comitente como madre menor (destacar que ésta no es la madre biológica), solicitando así su inscripción en el RC correspondiente, respetando los apellidos que al menor le fueron inscritos al nacer. El Juzgado de Primera Instancia no aceptó la declaración de filiación, pero dejó las puertas abiertas a que se determinase la filiación a través de un procedimiento de acogimiento previo a la adopción del menor. En segunda instancia se declaró que debía ser inscrito el menor según lo pretendido por la parte actora, y el Ministerio Fiscal recurrió dicha resolución frente al TS, dando paso a la sentencia ahora estudiada.

El contrato de gestación por sustitución se realizó en México, y algunas de las cláusulas que más me impactaron fueron la quinta, la cual dice que el menor será entregado justamente después del parto, con el correspondiente estrés tanto para el menor como

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022 (Sala de lo Civil, sección 991), de 31 de marzo de 2022 (recurso 907/2021).

para la gestante que ello conlleva, la octava, donde la madre gestante se compromete a no tener ni intentar tener relación alguna con el menor, la décima, donde se dice que la madre gestante renuncia a todos sus derechos de confidencialidad médica y psicológica, además de estar de acuerdo a someterse a pruebas aleatorias de control de alcohol, droga y tabaco, y donde permite que los comitentes puedan mantener su cuerpo con vida hasta que el menor pueda nacer, en el caso de que la madre gestante sufra algún tipo de accidente muy grave, como viene siendo, la muerte cerebral. Con todo esto podemos afirmar que, con la formalización de este contrato lo que se impone a la gestante son unas limitaciones a su autonomía personal y de su integridad física y moral totalmente incompatibles con la dignidad humana.

En la sentencia el TS mantiene que se está vulnerando el art. 10 de la LTRHA, además de afirmar que mediante esta práctica se vulneran gravemente tanto los derechos reconocidos en la CE, como aquellos recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño. En esta sentencia el Tribunal se muestra mucho más tajante que no en la sentencia anteriormente comentada, puesto que, en el fundamento jurídico 3.7⁴⁶ reconoce de forma clara que la gestación por sustitución es un método de explotación inaceptable, tanto para el niño como para la madre, siendo ambos tratados como objetos, vulnerando así su dignidad y los derechos que tienen como seres humanos.

Durante toda la sentencia podemos observar numerosos fundamentos que nos hablan de la situación de vulnerabilidad de las mujeres que se ven obligadas a acudir a esta técnica de explotación reproductiva, además comparar la gestación por sustitución con la venta de niños, prohibida por el art. 35 de la Convención de los Derechos del Niño.

Siendo esta una sentencia muy clara y directa, afirma con total rotundidad la violación de derechos hacia la mujer y al menor que comportan este tipo de contratos, renunciando totalmente a la autonomía de la mujer, vendiendo su cuerpo para poder sobrevivir, ya que, tal y como dice la propia sentencia, *“no hay que hacer un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra la mujer, que acepta someterse a este trato inhumano y degradante”*.

Finalmente, la sentencia del TS insiste en que, en todo caso, ha de buscarse el interés superior del menor, por lo que deberá estudiarse siempre la existencia de un núcleo familiar previo, permitiendo el desarrollo y la protección de dichos vínculos, según la jurisprudencia del TEDH. El tribunal admite que en nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de esta relación puede darse, respecto al padre biológico, pero que en aquellos casos en los que quien solicita el reconocimiento de la relación es la madre

⁴⁶ Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual.

comitente, la única vía posible por la que puede obtenerse la determinación de la filiación, es a través de la adopción, a través de los medios ya mencionados en apartados anteriores.

Esta solución satisface el interés superior del menor, según la doctrina del TEDH, además de intentar salvaguardar los derechos de las madres gestantes y los niños, los cuales resultarían gravemente lesionados si fuese sencillo filiar a los menores que nacen tras la formalización del contrato de gestación por sustitución, a pesar de la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios menores, tratados como simples mercancías, sin comprobarse ni si quiera la idoneidad de los comitentes.

6. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

La gestación por sustitución busca modificar la norma parental tradicional, para adaptarla al tráfico comercial de nuestros días, ya que, en vez de desmercantilizar y de someter la lógica productiva a la reproductiva, lo que hace es someter la reproducción a las dinámicas productivas capitalistas de nuestra era. Como bien sabemos, la gestación siempre ha sido creadora de lazos afectivos muy significativos, sobre todo para las mujeres, lazos que empezaron a disiparse en nuestra sociedad, si mercantilizamos algo tan básico y elemental para el ser humano como viene a ser el embarazo y la reproducción.

En la gran mayoría de los casos, las personas favorables a que se regularice en sus países la gestación por sustitución, lo que buscan es poder satisfacer su deseo de tener hijos biológicos sin la necesidad de pasar por un embarazo, o bien acabar con su sufrimiento personal al no poder tener hijos genéticos propios. Está claro que el hecho de tener hijos biológicamente propios no constituye un derecho de la persona, por lo tanto, no existe la obligación del Estado de satisfacer los deseos caprichosos del ser humano, cuando existen otras formas de tener un hijo si es realmente lo que se quiere, ya sea a través de la adopción o el acogimiento.

Otra parte de la población defiende el derecho a decidir de la gestante, alegando que en cualquier caso es la mujer quien tiene la decisión final sobre su cuerpo siendo la única soberana de éste. Es totalmente cierto que solo la mujer puede decidir sobre su cuerpo, pero llevando esta libertad de decisión al mundo de la gestación subrogada, debemos afirmar que los defensores de esta postura no tienen en cuenta cual es el motivo real por el que la mujer decide someterse a dicha práctica, ignorando los motivos económicos que empujan a cientos de mujeres en situaciones económicas desfavorables, a mercantilizar su cuerpo y su maternidad con el único objetivo de disponer de medios económicos para sustentar su vida.

Es llegados a este punto donde entraremos a analizar si realmente la mujer tiene libertad real sobre su cuerpo, y si toma las decisiones siendo realmente libre para decidir sobre su reproducción, sin existencia de factores externos que puedan condicionar su decisión final, así como saber cuáles son los motivos económicos que anualmente hacen que

muchas mujeres en todo el mundo se conviertan en gestantes forzosas, atraídas por la agresiva publicidad engañosa de las agencias de gestación por sustitución, entrando finalmente en el mundo de la explotación reproductiva, creada por esta sociedad de ideología machista dominante y patriarcal que únicamente ve a las mujeres como un medio más de producción, fomentando así cada vez más la desigualdad de género en la sociedad, la cual es totalmente necesario combatir.

6.1. Donación de óvulos, prostitución y gestación por sustitución

Es sabido por todos nosotros que en los últimos años ha habido un auge significativo del movimiento feminista, gracias a que sus reivindicaciones han conseguido entrar tanto en la agenda mediática como en la política, haciendo que un problema, como viene a ser la violencia de género, haya pasado de tratarse en la esfera privada y familiar, a poder hablarse de él públicamente, haciéndolo un problema social y poniendo el foco en políticas encaminadas a erradicar esta lacra social.

El hecho de que una reivindicación consiga entrar en los medios de comunicación es la única forma real existente en la actualidad para que el Estado atienda las reivindicaciones reales de la sociedad, y la forma más efectiva de alcanzar esa posición, es teniendo voz dentro de los medios de comunicación. Esto quedó claro en la entrevista mencionada con anterioridad de Telecinco a unos padres comitentes, los cuales únicamente hicieron pública su situación, buscando una respuesta por parte del Estado, o de la sociedad, al problema por el que estaban pasando a causa de la guerra de Ucrania.

Este auge del movimiento feminista se ha visto reflejado en las instituciones de nuestro país, teniendo actualmente un Ministerio propio, el Ministerio de Igualdad⁴⁷, y un gran número de leyes y políticas públicas enfocadas a mejorar la vida de las mujeres y a erradicar el machismo, el patriarcado institucional y la violencia de género, actualmente el problema más visible en nuestra sociedad, pero no el más importante.

Cuando digo que la violencia de género y los asesinatos a las mujeres no son el problema más importante actualmente, no quiero decir en ningún momento que éste no sea significativo para nuestra sociedad, sino que únicamente es la punta del iceberg de años de supremacía del hombre por encima de la mujer, así como violaciones a los derechos de las mujeres, habiendo creado una sociedad pensada por y para el hombre, infravalorando constantemente al género femenino.

Pues bien, esta gran visibilidad del movimiento feminista de los últimos años ha hecho que muchas de nosotras nos planteemos el verdadero significado de pequeñas acciones diarias que, a pesar de que a simple vista parezca que las mismas van cargadas de igualdad, el verdadero trasfondo de dichas prácticas ha sido creado con machismo y patriarcado, como es el caso de la segregación de género en los juguetes, o la frase

⁴⁷ Ministerio de Igualdad. *Bienvenida al Ministerio de Igualdad.* <https://www.igualdad.gob.es/Paginas/index.aspx> (consultado 30/04/2022).

típica de mujer casada que todas hemos escuchado alguna vez de *“no, es que mi marido me ayuda en las tareas del hogar”*, cuando realmente la palabra adecuada no sería ayudar, sino realizar conjuntamente, puesto que si estamos dando por hecho que tenemos la obligación de recibir ayuda para realizar una tarea, es porque la misma ha sido encomendada para nosotras, teniendo la obligación de realizarla de forma autónoma, así como un sinfín más de ejemplos latentes en nuestro día a día.

Otro de los supuestos que gracias al feminismo me he podido plantear, ha sido el de la donación de óvulos. Particularmente siempre he estado a favor de dicha práctica e incluso en unos años de mi vida me planteé donar óvulos, ya que lo consideré una forma fácil de conseguir dinero que no comportaría mucho esfuerzo, justamente lo que las clínicas de reproducción venden con su publicidad engañosa. La donación de óvulos va orientada a chicas jóvenes que necesiten conseguir dinero de una manera rápida y relativamente fácil, es más, en nuestra propia Universidad hay carteles de clínicas que buscan donantes de óvulos, ofreciendo una importante cantidad de dinero por un proceso que apenas durará un par de semanas, una gran “oferta” para una estudiante universitaria sin apenas tiempo para trabajar y que necesita dinero para cubrir sus necesidades y pagar los estudios.

La realidad de las donantes de óvulos es que muchas de las mujeres que se someten a dicha técnica lo hacen por necesidad y por la remuneración económica que se ofrece, oscilando el pago entre los 1.000 y los 1.500 euros por cada donación. El tratamiento dura unas dos semanas aproximadamente, periodo durante el cual la donante debe inyectarse de forma autónoma medicación que favorezca a la ovulación, además de visitar la clínica de forma periódica para realizar diversos controles hormonales y vaginales. Después del proceso hormonal, la donante se deberá someter a una punción folicular con anestesia, para extraer los óvulos que se han generado con el tratamiento hormonal, y podrá marcharse a su casa, reposando un par de días.

Es un proceso que parece sencillo, pero en ningún momento se están teniendo en cuenta las repercusiones en la salud de la donante, los cambios hormonales que se sufren durante esas tres semanas, así como los daños irreparables que pueden quedar en la donante, ya que durante el periodo de tiempo que dura el tratamiento previo a la extracción, la donante sufre grandes cambios hormonales y todo ello sin tener en cuenta que la cantidad de óvulos de las mujeres es limitada, a diferencia del espermatozoide de los hombres, lo que puede provocar menopausias tempranas, con todos los problemas de médicos que ello conlleva.

Si realmente en la publicidad se explicase de forma clara todas las desventajas que tiene someterse a la extracción folicular, tanto con el tratamiento hormonal previo, como con el posterior reposo, estoy segura de que una gran parte de las mujeres no se sometería a dicha intervención si no fuese por el interés económico que hay detrás de ésta práctica, la cual no se puede comparar de ninguna manera con la donación de espermatozoides que pueden realizar los hombres, puesto que su proceso se limita en no eyacular durante los 4 días previos a la donación, y en recibir de 50 a 70 euros por la donación. Queda

más que probado que su proceso no conlleva ningún esfuerzo ni riesgo para la salud, además de no ser entendido, por la cantidad que se percibe, como una forma fácil y rápida de conseguir dinero.

La prostitución es una forma de explotación femenina que todos conocemos muy bien y de la que no entraré demasiado en detalles. Con la prostitución se mezclan factores como la moral y la economía, puesto que en el sexo no debería mediar jamás un intercambio económico, para no mermar ni coartar la libertad de las mujeres. También es la más clara escenificación del mandato de dominio del hombre sobre el cuerpo de la mujer, siendo el claro ejemplo del machismo y del patriarcado.

En los últimos años ha crecido exponencialmente el debate sobre si la prostitución debe abolirse o regularizarse, siendo tal el confrontamiento entre feministas que, en la última manifestación del 8M de Madrid hicieron dos marchas diferentes para reivindicar el Día de la Mujer, acabando éstas en reproches y confrontaciones entre ambas manifestaciones. Bajo mi punto de vista no es bueno que haya una diferenciación en el movimiento feminista, puesto que al dividirse⁴⁸ no se tiene tanta fuerza de actuación y, por lo tanto, resulta más complicado conseguir los objetivos fijados.

Esta diferenciación ha dejado ver que, la mayor parte de las personas que están a favor de regularizar la prostitución, al entenderla como un trabajo sexual, están a favor de que se regule la gestación por sustitución, y viceversa.

Las personas que están a favor de regularizar la prostitución sostienen su fundamento en el hecho de que es una práctica que ya existe, y que siempre ha existido, y que, por lo tanto, sería totalmente imposible impedir dicha práctica sin empeorar las condiciones de vida que tienen las mujeres que están siendo prostituidas. Podemos ver que esta afirmación no es cierta, ya que teniendo en cuenta lo alegado, la población jamás evolucionaría. Poniendo de ejemplo la esclavitud, y utilizando la misma lógica, esta práctica jamás debería haber dejado de existir, ya que los esclavos no tenían otra cosa a la que dedicarse y, por lo tanto, vieron empeorada su calidad de vida. Igual que lo que acabo de decir carece totalmente de fundamento, no tiene ninguna lógica pensar que las mujeres que están siendo prostituidas, y repito, son mujeres prostituidas, no prostitutas, no podrán mejorar sus condiciones de vida si dejan de dedicarse a la prostitución, ya que es el Estado el que deberá de acompañar esta prohibición con medidas que favorezcan a la reinserción de estas mujeres, empezando por garantizarles el acceso a cobrar la prestación por desempleo, y fomentando su reinserción en el mercado laboral.

Para acabar de ver la realidad sobre la prostitución mencionaremos la entrevista que realizó Gabriel Rufián en su programa de YouTube “La Fábrica de Rufián” a la activista

⁴⁸ Siendo comúnmente conocido el dicho de “divide y vencerás” que tanto se ha dado a lo largo de los siglos. Siempre ha sido una tendencia de los movimientos de izquierdas de hacer pequeños subgrupos dependiendo de algunos matices, a pesar de que se tenga un pensamiento común, lo que ha hecho a lo largo de los siglos que sea más complicado conseguir los objetivos fijados, no consiguiendo nunca lo que realmente se busca.

feminista e “*influencer*”⁴⁹ Sindy Takanashi⁵⁰. Esta *influencer* de Madrid llamada Cintia, es una chica de 28 años, la cual fue prostituida de los 17 a los 25 años. Cintia es la única *influencer* que sigo en mis redes sociales, la persona que más me ha hecho plantearme cuestiones sobre el feminismo, y gracias a la cual estoy realizando mi TFG de sesgo feminista. En el mencionado video nos habla abiertamente sobre su experiencia en la prostitución, en la cual estuvo metida durante más de 8 años, y los traumas que le han quedado por formar parte del sistema prostitucional, el cual rompe completamente a las mujeres.

Como toda mujer que es explotada sexual y reproductivamente fue captada de joven, siendo atraída por la gran cantidad de dinero que iba a ganar por unos pocos días de trabajo al mes, haciéndole creer que estaba entrando voluntariamente cuando en realidad estaba siendo captada por una red dedicada a la prostitución de jóvenes. Cintia se encontró el anuncio en el limpiaparabrisas de un coche, y en su momento lo encontró una forma fácil y rápida para ganar dinero, como una vía de escape al conseguir por una felación 250 euros. En un primer momento solo quería trabajar durante un par de meses para poder irse a vivir sola, pero la realidad fue que cuando se dio cuenta ya llevaba 8 años siendo explotada sexualmente y sin encontrar la forma de poder salir.

En este punto podemos afirmar que tanto la donación de óvulos, como la prostitución y la gestación por sustitución, analizada durante todo este trabajo, son técnicas que comportan tanto la explotación sexual como reproductiva de la mujer, en diferentes grados, pero todas ellas atentando contra la integridad moral y física del género femenino.

En todos los casos las empresas y multinacionales buscan el mismo perfil de mujer joven, sana y con la necesidad de conseguir una gran cantidad de dinero en poco tiempo, y utilizan el mismo método para captarlas, a través de publicidad en aquellas zonas donde transitan mujeres con necesidades económicas y con pocos recursos. Esto lo vemos en los carteles de nuestra universidad, donde buscan a chicas con pocos recursos y con poco tiempo al ser estudiantes y necesitadas de dinero, del mismo modo que Cintia se encontró un cartel en el limpiaparabrisas del coche, de igual tipología serían los carteles para captar a madres gestantes si esta práctica estuviese permitida en nuestro país.

Es por ello por lo que puedo afirmar que todas estas prácticas son formas de explotación femenina y van en contra de los derechos de las mujeres, y por lo tanto, el feminismo debe intentar erradicarlos, mostrando la verdad que hay detrás de la prostitución y de la donación de óvulos, además de evitar que la gestación por sustitución se introduzca en nuestro país de forma normalizada, ya que con ella únicamente se consigue favorecer al mercado capitalista antes mencionado, que busca satisfacer las necesidades de las

⁴⁹ Persona que destaca en una red social u otro canal de comunicación y expresa opiniones sobre un tema concreto que ejercen una gran influencia sobre muchas personas que la conocen.

⁵⁰ Rufián, G. (13 de febrero de 2022). La Fábrica de Rufián con Sindy Takanashi. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=TuUF2aYXE-w&ab_channel=LaF%C3%A1brica1931

parejas que se piensan que tener un hijo biológico es un derecho, que pueden conseguir vulnerando de forma sistemática los derechos de las mujeres, por el mero hecho de tener una capacidad económica más favorable.

6.2. Dignidad humana, autonomía reproductiva, cosificación y mercantilización de las mujeres gestantes

Tal y como nos muestra la autora Noelia Igareda, en el debate acerca de la gestación por sustitución, aparecen con frecuencia los conceptos de dignidad humana y de autonomía reproductiva, relacionado este último precepto con el libre desarrollo de la persona⁵¹.

Nuestra Constitución recoge el derecho a la dignidad humana en su art. 10.1⁵², en el Título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales de los españoles; es por ello por lo que encontramos numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el concepto de la dignidad humana, para finalmente interpretar dicho precepto diciendo que, “*la dignidad humana incluye el respeto al propio proyecto de vida como un derecho de cada cual a determinar libremente su vida de forma consciente y responsable*”, lo cual recoge la doctora Igareda en el capítulo ya citado.

Durante todo el trabajo hemos podido ver la colisión existente entre los intereses de un mercado que pretende que absolutamente todo sea objeto de mercantilización, y los de un Estado social, cuyo fin es promover un marco de convivencia que garantice la dignidad e igualdad de todas las personas, impidiendo mercantilizar los sujetos⁵³. Es por ello por lo que vemos que la gestación por sustitución va íntegramente ligada con el concepto de dignidad humana y de autonomía reproductiva, por lo que, al ser este primer concepto un bien jurídico protegido constitucionalmente por los poderes públicos, regular cualquier materia que pueda afectarle no puede dirimirse en el ámbito del derecho privado, debiendo necesariamente regularse bajo las premisas constitucionales.

Como bien se ha dicho, de la dignidad humana se deriva el concepto de libre desarrollo de la personalidad y, por ende, de la autonomía reproductiva, tema de especial trascendencia en este apartado. Para el filósofo J.S Mill, la autonomía debe ser entendida como la libertad, un derecho humano que permite a cada individuo escoger y hacer lo que quiera, pero con el único límite de no traspasar los derechos básicos de terceras personas. Considero que la teoría de libertad y autonomía que nos da este autor, es la más adecuada para explicar el presente apartado ya que, podemos reducirlo al concepto de que “mi libertad acaba cuando empieza la tuya” y, por lo tanto, afirmar que, la libertad que tienen los comitentes de querer tener a un hijo biológico acaba cuando

⁵¹ Igareda González, N. (2018). *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*. Capítulo 10. La gestación por sustitución: género, derecho y autonomía reproductiva. Barcelona. Thomson Reuters (pp. 230-232).

⁵² La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

⁵³ Balaguer, M.L (2017). *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social*. Madrid. Cátedra.

empiezan a invadir los derechos de las mujeres, las cuales no deben ser explotadas reproductivamente únicamente para satisfacer los deseos de terceras personas.

La autonomía de la madre gestante es uno de los argumentos que más se utilizan para defender la gestación por sustitución, alegando que la mujer es libre en todo momento para decidir lo que hacer con su cuerpo, y dentro de su campo de decisión, se encuentra la posibilidad de gestar para otros, si así lo desea. Si bien es cierto que cualquier persona debe tener la libertad de hacer con su cuerpo lo que quiera, no podemos tolerar socialmente todas las conductas individuales, ni todos los avances científicos o tecnológicos, ya que, relacionando ésta limitación con la definición antes dada por J.S Mill, si se permite que la persona pueda hacer cualquier cosa con su cuerpo, puede llegar a pasar que terceras personas en situaciones económicas más favorables se aprovechen de aquellos individuos más desfavorecidos, poniendo su libertad por encima de los de otros sujetos, atentando así contra la libertad y los derechos de los otros seres humanos.

Las personas que se encuentran a favor de la gestación por sustitución suelen decir que la madre gestante lo hace por voluntad propia, sin tener en cuenta si realmente la madre gestante está siendo libre cuando toma la decisión de vender su cuerpo, puesto que no consideran que la gestante tome esta decisión movida por una necesidad económica, ni que, si no fuese por la necesidad que tiene de tener ingresos para poder subsistir, no se sometería a dicha práctica que vulnera y atenta contra todos los derechos de las mujeres.

Es por este motivo que el Estado tiene el deber de intervenir y limitar según que actuaciones para defender los bienes jurídicos protegidos, a pesar de que en un primer momento sea una decisión que va en contra de la voluntad de las personas individuales. Todo esto lo hace para preservar los derechos incluidos en la carta magna, como viene siendo el de la dignidad humana y, sobre todo, en el de la dignidad de la mujer, objeto de estudio en el presente apartado.

Por lo tanto, podemos afirmar que, el Estado puede, en ciertas situaciones, limitar los derechos de algunas personas para evitar así que éstas limiten y vulneren los derechos de las demás, ejerciendo una función protectora de aquellas personas que se encuentran en una situación menos ventajosa.

Otro de los principales argumentos que utilizan los comitentes para justificar la compraventa de bebés en terceros países y para promover que esta práctica se regule en territorio español, es el de tener derecho a reproducirse y a tener hijos biológicos. Realmente este derecho que suelen invocar las personas favorables a la gestación por sustitución no existe, puesto que tener un derecho supone que una persona puede exigirle algo a alguien, y si este sujeto obligado no cumple voluntariamente la prestación debida, el acreedor puede demandarle judicialmente para exigir el

cumplimiento forzoso de la prestación⁵⁴. De igual modo que carece totalmente de sentido encontrarnos una demanda en un Juzgado de unos padres que le exigen a una mujer que geste un hijo para ellos al tener el derecho a ser padres biológicos, no tiene lógica pensar que existe el derecho a reproducirse biológicamente. Por lo tanto, solo hablaremos de la existencia de un derecho, cuando tengamos la posibilidad de imposición coactiva de la prestación, todo lo que no se pueda recoger dentro de esa imposición, no debe entenderse como un derecho.

En estos casos solo nos cabe hablar de autonomía reproductiva, entendida como la libertad que permite a las personas planificar su vida reproductiva sin que externalidades interfieran en la misma, por encima de la supuesta invocación de un derecho. Los derechos reproductivos incluyen la libertad de cada persona en diseñar y ejecutar su proyecto de vida, pudiendo estar en desacuerdo con aquellas legislaciones del estado que afecten de manera injustificada a la planificación familiar de cada individuo como, por ejemplo, las esterilizaciones forzosas que impusieron los Nazis durante la II Guerra Mundial.

El TEDH ha destacado la importancia del derecho a la reproducción, siendo este un derecho que debe ser respetado, según el art. 8 del CEDDHH, relativo al respeto de la vida privada y familiar, y no según el art. 12, que nos habla del derecho a casarse y a fundar una familia. Por lo tanto vemos como el Tribunal defiende que la autonomía reproductiva que tenemos todos los seres humanos no ampara cualquier demanda de aquellas personas que deseen ser padres o madres, puesto que las TRA no son un medio alternativo de procreación, al existir otras muchas opciones para satisfacer el deseo de ser padres, como viene siendo la adopción o el acogimiento de menores, sino que el Estado puede imponer limitaciones de forma justificada al acceso a las mismas, entendiendo que, no todo lo que es posible técnicamente pueda ser aceptado legalmente por el hecho de que algunas personas lo deseen, y por lo tanto, la regulación de la gestación subrogada en los países para que cualquier persona pueda tener un hijo biológico no es un derecho que el Estado debe satisfacer a aquellos padres caprichosos, sino que cualquier legislación que la limite o la prohíba esta suficientemente fundamentada y no atenta contra los derechos reproductivos de los seres humanos.

Llegados a este punto podemos afirmar que la gestación por sustitución va en contra de la dignidad y de la autonomía de la mujer, por lo que, con su práctica, se produce una cosificación y mercantilización de las mujeres gestantes, reduciéndolas a una mera incubadora, y por eso los poderes públicos tienen el deber de poner límites a la autonomía reproductiva de las personas, con el objeto de preservar el derecho fundamental de la dignidad humana, en concreto de la dignidad de la mujer, y no por ello vulnera de manera sistemática el derecho de los comitentes a tener hijos biológicos,

⁵⁴ Navarro-Michel, M. (2018). *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*. Capítulo 11. La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo? Barcelona. Thomson Reuters (pp. 241-245).

puesto que, como hemos podido ver, este derecho que invocan las personas favorables a la gestación por sustitución no existe.

Como se mostró en la primera parte de este trabajo, una de las maneras de referirnos a la gestación por sustitución, era llamar a dicha práctica “vientre de alquiler”, siendo este el método más conocido por la población para hacer referencia a esta práctica. Con esta terminología lo que se consigue es reducir a la mujer a un recipiente reproductor, instrumentalizándolas como un elemento más de consumo, haciendo que vendan su cuerpo para así poder hacerle frente a sus necesidades, prevaleciendo por encima de los derechos de las mujeres el deseo personal de aquellas personas que compran la libertad personal de estas gestantes.

La cosificación del cuerpo femenino para hacer negocio con él, supone un atentado contra la dignidad humana. La intervención de una mujer que gesta para otras personas supone la prestación de un servicio, asimilándolo claramente al contrato de obra, que excede notablemente de cualquier otra colaboración, como podría ser la donación de un órgano, lo cual suele hacerse por solidaridad o por amor hacia otras personas, pero jamás se nos ocurriría hablar de alquiler de órganos, lo cual si que se permite hacer con los vientres de las madres gestantes, tratándolo como un objeto que puede disociarse del resto del cuerpo de la mujer, como una vasija que nada tuviese que ver con el resto de su biología, ignorando por completo el proceso fisiológico y emocional que comporta un embarazo y reduciendo el proceso de gestación a un mero alojamiento.

Como hemos podido observar la gestación por sustitución se lleva a cabo mediante la formalización de un contrato que en España se ha calificado de abusivo, y si bien es cierto que siempre han existido contratos con cláusulas abusivas, ninguno lo es tanto como el contrato de gestación por sustitución, puesto que el objeto del contrato es el propio cuerpo y la salud de la gestante; no existe fuerza de trabajo, sino que es el propio cuerpo el que se expone para gestar a un bebé y entregarlo posteriormente a los comitentes, que verán sus deseos satisfechos. Con la formalización de este contrato, la gestante se compromete a llevar a cabo un determinado estilo de vida durante el embarazo, no puede salir de su ciudad sin el consentimiento de los comitentes y suele añadirse una cláusula en la que los comitentes tienen la opción de mantener con vida el cuerpo de la madre gestante hasta que el bebé pueda sobrevivir fuera del cuerpo materno, en el caso de que sufra un accidente muy grave, como podría ser la muerte cerebral.

A diferencia de la donación, no se trata de ceder el propio cuerpo para salvar una vida o para mejorar la vida de otra persona, sino que se mercantiliza el propio cuerpo de la mujer para satisfacer los deseos de otra persona, formalizándose un contrato que obliga a la gestante a realizar una prestación personal que la vincula durante 9 meses, las 24h del día, los 7 días de la semana, quedando esta definición encuadrada perfectamente como una forma de esclavitud.

Es por ello por lo que no podemos dejar de lado el estudio principal de este apartado que viene siendo la dignidad de la mujer, ya que, aunque parezca un concepto inútil por ser bastante impreciso, y más hoy en día donde parece ser que todos los derechos son susceptibles de entrar en el mercado y donde todo tiene un precio, sigue siendo un derecho muy útil e importante, para así evitar la instrumentalización de las personas.

6.3. La madre gestante y el menor, derechos morales y legales. El arrepentimiento y la rescisión del contrato

Los motivos que pueden llevar a una pareja a acudir al método de la gestación por sustitución son muy diversos, pero todos ellos nacen de querer satisfacer el deseo de ser padres. Hablando de la legitimidad moral de llevar a cabo dichas intenciones, el debate ético está abierto, pero, este problema moral no nace de la intención de querer ser padres, sino de los medios que se utilizan para alcanzar el fin, puesto que no es lo mismo querer satisfacer este deseo adoptando a un menor, que acudiendo a la gestación por sustitución.

Para ponernos en situación, hablaremos de la distinción que ha hecho la filosofía entre derechos morales y derechos legales. Los derechos legales son aquellos que han sido creados mediante una ley por el ser humano, y del mismo modo que se han hecho, pueden también deshacerse. Estos derechos no tienen porque ser iguales en todos los países, y pueden variar a lo largo del tiempo.

Los derechos morales, en cambio, son un poco más complejos de definir. Los derechos morales del individuo establecen un límite a lo que el grupo puede hacerle a una persona en individual, y a diferencia de los derechos legales, como norma general, son universales, no varían con el transcurso de los años y con ellos se intenta que ningún ser humano sea discriminado ni se atente contra su dignidad, ni integridad física o moral.

Como se ha mencionado, es cierto que en los últimos años ha habido grandes avances científicos y tecnológicos que han afectado de forma directa a nuestro día a día, haciendo accesibles métodos que antes el ser humano ni siquiera podría haber imaginado; sin embargo, el hecho de que esta tecnología esté a nuestro alcance, no quiere decir que todas ellas deban ser utilizadas. Las nuevas tecnologías en materia reproductiva plantean conflictos éticos que deben ser resueltos atendiendo siempre al máximo respeto y seguridad de las partes implicadas, y en este sentido la gestación por sustitución es una de las prácticas que mayor dilema ético plantea, puesto que de las tres partes que pueden intervenir, la madre gestante y el bebé son los más perjudicados y vulnerables durante todo el proceso.

El menor nacido es una de las partes más vulnerables en el contrato de gestación por sustitución, puesto que, a pesar de ser el protagonista de todo el proceso, acaba siendo considerado como objeto de compraventa y sufriendo graves perjuicios durante todo el proceso. Concebir a un ser humano en el contexto del comercio, siendo éste considerado como un producto o un servicio, es una violación constata a la dignidad humana ya

mencionada anteriormente, ya que, es más que lógico que un niño no es un producto ni un servicio del mercado, es un ser humano que tiene derecho desde el momento de su concepción a ser considerado como tal.

Son numerosos los estudios que apelan a los traumas que le generan al recién nacido ser desprendido de su madre gestante después de haber estado 9 meses en su vientre, sobre todo en el momento de la adolescencia, puesto que es el momento en el que se forma la identidad de la persona y cuando se necesita conocer la verdad de los propios padres y los orígenes. En este sentido vengo a hacer una comparación con los animales domésticos. La mayor parte de las adopciones de animales de compañía, no pueden llevarse a cabo hasta pasados 3 meses desde el nacimiento del cachorro, ya que tanto la madre como las crías pueden sufrir estrés y depresión, que pueden acabar con la muerte de los recién nacidos; por lo tanto, si la separación prematura de la madre no está permitida con los animales, ¿Por qué la tendríamos que permitir con el ser humano? Esta puede ser una comparación bastante exagerada, pero nos sirve para poder afirmar el escarnio que representa separar a un recién nacido de su madre, arrebatándole la mayor parte de los derechos fundamentales que tiene el ser humano, justamente después del nacimiento.

Desde otro punto de vista, y dejando de lado los traumas que se le pueden generar al recién nacido al ser separado de su madre gestante, existen otros problemas que nada tienen que ver con el desarrollo emocional y psicológico del menor, como viene siendo el arrepentimiento de los comitentes. Cuando los comitentes pagan una cantidad de dinero por tener un hijo, lo que realmente están haciendo es “encargar un producto” para poder tenerlo en unos meses, y en muchos casos, quieren que este “producto” que han encargado cubra todas sus expectativas, corriendo el riesgo de rechazar al menor si éste no cumple todas las ideas que se habían creado.

Durante el embarazo existen cientos de factores que afectan a que el menor pueda nacer con algunos problemas de salud o malformaciones y, siendo realistas, cuidar a un recién nacido siempre es una ardua tarea, que se vuelve todavía más difícil si éste nace con algún problema o enfermedad. También encontramos otras situaciones que no dependen de la salud del bebé, como es el caso de que los comitentes se arrepientan de su decisión, se separen o mueran. En estos casos, y al no existir un marco legal claro, puede darse la situación de que el bebé que habían encargado para gestar se encuentre destinado a ser huérfano desde el momento de su nacimiento.

En el caso de que los comitentes decidan no cumplir lo pactado, deberán indemnizar a la madre gestante por incumplimiento contractual, pero, independientemente del valor monetario, nos encontramos con un menor totalmente desamparado por la ley.

Es lógico que el bebé no tenga capacidad de decisión sobre su futuro, ya que es un recién nacido y todavía no tiene la capacidad de pensar ni de valerse por sí mismo, pero ¿qué pasa con la madre gestante? ¿tiene ésta la capacidad de arrepentirse de la decisión

que ha tomado pudiendo así rescindir del contrato, o bien pierde toda capacidad de voluntad sobre su cuerpo y su futuro únicamente por haber firmado un papel?

Tal y como afirma la jurista María Regalado⁵⁵, el contrato de gestación por sustitución es el elemento que da eficacia al acuerdo de voluntades realizado por las partes intervinientes en este tipo de práctica reproductiva. La calificación jurídica de este tipo de contratos es muy diversa, puesto que hay algunos autores que lo consideran como un negocio jurídico atípico de derecho de familia o como un contrato de obra o servicio, ya que uno de los contratantes (la madre gestante), *se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por un precio cierto*⁵⁶. Independientemente de la calificación que le demos, no cabe duda de que con la formalización de dicho contrato lo que se está haciendo es una compraventa de niños, ya que *uno de los contratantes, se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto*⁵⁷.

Atendiendo a los dos artículos mencionados, cabría también relacionar estos con lo dispuesto en el art. 1271 del CC, el cual dice que únicamente podrán ser objeto de contrato, todas aquellas cosas que no estén fuera del comercio de los hombres; por lo tanto, un ser humano no puede estar dentro del comercio de los hombres, siendo entonces nulo de pleno derecho, al estar expresamente prohibido por la ley.

Durante la redacción de estos contratos, se deja ver de forma clara que los comitentes son la parte más beneficiada del cumplimiento del contrato, así como los que tienen la capacidad de imponer las cláusulas más abusivas hacia la madre gestante, como es el caso de controlar su dieta, sus hábitos, la vivienda, los lugares a los que puede viajar, y una de las cláusulas más escalofriantes bajo mi punto de vista, es que tienen la capacidad de decidir si mantener con vida a la gestante, en el caso de que ésta sufra un accidente grave, única y exclusivamente para conseguir que pueda nacer el menor que está engendrando.

Con todas estas limitaciones y prohibiciones que condicionan la vida de la gestante durante más de 9 meses (considerando el periodo previo a la concepción), las 24 horas del día, durante los 7 días de la semana, puede pasar que muchas de las gestantes tengan la imperiosa necesidad de querer renunciar a lo pactado, tanto durante el parto como después de él, al arrepentirse de tener que dar al menor que han llevado durante 9 meses en su interior, el cual es un hijo para ellas, de igual modo que para el recién nacido la gestante es su única madre.

Las personas favorables a esta práctica, en muchas ocasiones, intentan negar la existencia de estos vínculos alegando que los padres reales son ellos y que el menor no sufre ningún tipo de estrés al ser separado de la gestante; pero lo cierto es que un recién

⁵⁵ Regalado Torres, M. D. (2017). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, 2(2), 10-34. <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756>

⁵⁶ Art. 1544 del Código Civil.

⁵⁷ Art. 1445 del Código Civil.

nacido únicamente concibe como madre a la mujer que lo ha llevado dentro durante un embarazo entero, y no a aquellas personas que pagaron un precio por él desde la otra punta del mundo.

Pues, sin tener en cuenta todas las posible situaciones que pueden darse durante y después del embarazo, en la mayor parte de los contratos, por no decir todos, la madre gestante no tiene la oportunidad de rescindir el contrato por ninguna circunstancia, independientemente de que se arrepienta de la decisión que ha tomado, de que el feto sufra alguna enfermedad o malformación, o de que desee abortar por cualquier otro motivo, ya que son los comitentes los que tienen el derecho total de decisión de la madre gestante durante el periodo del embarazo, para velar para que tanto el embarazo como el bebé sean lo más satisfactorio posible.

En España este tipo de contratos no son considerados como válidos, pero como hemos visto, hay algunos países que sí que le dan validez jurídica a este tipo de actuaciones. Sin embargo, la eficacia de este elemento jurídico puede verse frustrada, o bien porque el bebé nazca con algún problema que hace que la criatura no sea satisfactoria para los comitentes, o bien porque la madre gestante decide no entregar al recién nacido. Como consecuencia de este incumplimiento contractual, se abre un largo proceso judicial para determinar el destino del bebé, lo que puede hacer que la madre gestante se acabe quedando con la custodia del recién nacido, ya que es fácil que, tras 9 meses de embarazo, la gestante cambie de opinión y se arrepienta de tener que entregar al niño conforme a lo pactado. Estas situaciones no son muy comunes, puesto que recordemos que este contrato no ha sido firmado en igualdad de condiciones y la madre gestante se encuentra en situación de precariedad económica y social en comparación con los comitentes, y que en la mayor parte de los supuestos necesita el dinero para poder subsistir. Si no existiesen todos estos factores que obligan a la gestante a tener que prescindir de su voluntad y libertad, los supuestos de renuncia y rescisión de contrato serías más numerosos.

A pesar de todo, hay algunas madres que se han atrevido a dar el paso y a acudir a los tribunales para luchar por la custodia del bebé que acaban de tener. En estos procesos judiciales los comitentes pueden reclamar una indemnización por daños y perjuicios, al considerar que la madre gestante está incumpliendo el contrato que habían firmado entre ambas partes. Esta indemnización que se reclama suele ser de cantidades grandiosas tanto por el objeto del contrato, como por la cantidad que ya se han comprometido a pagar los comitentes a la madre gestante, y es por la precariedad de las gestantes que en la mayor parte de los supuestos se vuelve totalmente imposible que éstas puedan hacer ni si quiera el amago de rescindir del contrato, ya que no tienen la capacidad económica suficiente para hacerles frente a las indemnizaciones que reclaman los comitentes.

Por lo tanto, con todo esto entramos a valorar si realmente este contrato se ha creado en igualdad de condiciones, y si la gestante ha actuado libremente, tal y como suelen defender las personas favorables a la regulación de dicha práctica, puesto que, podemos afirmar que, la madre gestante no tiene ningún tipo de libertad en el transcurso del

proceso, puesto que previamente se ve obligada a recurrir a él por falta de medios económicos y, tanto durante el embarazo como después el parto, no tiene la capacidad de rescindir del contrato, a causa de las grandes indemnizaciones a las que debería hacer frente por incumplimiento contractual, viéndose así obligada a actuar en contra de su voluntad durante todo el proceso, siéndole arrebatada la oportunidad de arrepentirse y de rescindir de dicho contrato.

Finalmente, hablando de un hipotético caso de validez de este tipo contractual, no debería existir la obligación de que la madre gestante indemnice a los comitentes en el caso de arrepentimiento o rescisión del contrato, puesto que, partiendo de la base de que éste no debe ser considerado como un contrato normal, regido por las normas de los contratos, el hecho de que exista la obligación de indemnizar a los comitentes determina que la madre gestante no pueda rescindir de estos contratos por las elevadas cantidades económicas que conlleva este incumplimiento, por lo que se ve obligada a no poder renunciar lo pactado, por las consecuencias económicas que ello conllevaría; por lo que lo más correcto e igualitario, para así garantizar la libertad y capacidad de decisión de la mujer, sería que las gestantes pudiesen rescindir del contrato en cualquier momento, sin la obligación de tener que indemnizar a los comitentes.

7. CONCLUSIONES

El principal objetivo del presente estudio era poder analizar si la hipótesis planteada en un primer momento era cierta o no, además de estudiar la gestación por sustitución tanto en nuestro territorio, como en los países vecinos, teniendo siempre presentes los derechos de la mujer gestante y del menor objeto del contrato.

Llegados a este punto podemos afirmar que la gestación por sustitución es un claro ejemplo de controversia bioética, ya que con su realización entran en conflicto los intereses y derechos de todas aquellas personas que se encuentran afectadas, tanto de los padres comitentes que desean con todas sus fuerzas tener un hijo, como de la madre gestante, que se somete a situaciones inhumanas y vejatorias bajo la premisa de derechos de la mujer y autonomía reproductiva.

Tras la realización de este trabajo ha quedado más que probada la existencia de amplias y sólidas razones por las cuales se debe rechazar la gestación por sustitución, teniendo en cuenta que, por muy fuerte que sea el deseo de una persona de tener un hijo, no puede verse satisfecho a costa de los derechos de otras personas, en este caso, a costa de los derechos de la madre gestante. Es por este motivo por el cual considero que la hipótesis planteada en un primer momento, en la cual se afirma que la gestación por sustitución representa una forma más de explotación reproductiva contra las mujeres, además de retroceder años en la lucha feminista con su posible regulación en nuestro territorio, ha resultado ser cierta en base a todos los argumentos expuestos en este trabajo.

Cabe destacar que la mayor parte de los países en los que se permite esta técnica son países tercermundistas o que se encuentran en vías de desarrollo, como es el caso de la India. No me imagino a un país como Finlandia o Noruega, por poner dos ejemplos de países que se consideran ampliamente desarrollados, permitiendo esta técnica entre las mujeres de su territorio. Volviendo ahora a la India, es importante destacar que, tal y como hemos visto, en los últimos años se ha prohibido que acudan al país familias extranjeras, permitiendo esta práctica únicamente a los nacionales de su territorio y si se realiza de forma altruista, ya que el propio país se dio cuenta de la situación deplorable y de explotación que sufrían las mujeres indias, por lo que decidió limitar esta práctica.

Otro de los conceptos que es digno de mención de este estudio, es la similitud de los patrones utilizados para captar a las mujeres que van a ser explotadas reproductivamente durante los años de su juventud, tanto en el mencionado caso de la donación de óvulos, como con la prostitución y con la gestación por sustitución. A pesar de que son situaciones muy diferentes entre sí, en todos los supuestos se utiliza el mismo método de reclutamiento de mujeres; son anuncios dirigidos a mujeres jóvenes, que necesitan conseguir dinero de una forma relativamente rápida y sencilla, y que se encuentran en una situación económica desfavorable, por lo que no disponen de otro medio para obtener ingresos. En el caso de la donación de óvulos es muy fácil de ver el engaño, puesto que te permite obtener una media de 1.500 euros por dos semanas de trabajo, o así quieren que lo creas las agencias que están detrás del márketing de estas empresas, ya que, en el fondo, no te muestran la realidad de todos los cambios que deberás hacer en tu vida diaria para poder donar esos óvulos, ni se habla de los desajustes hormonales sufridos, ni mucho menos de los riesgos para la salud que eso conlleva.

Son tres situaciones que no pueden compararse entre sí puesto que la dedicación temporal que conlleva no es la misma, ya que en el caso de la gestación por sustitución conlleva llevar en tu interior a un bebé durante 9 meses, debiendo cumplir durante todos los días de la semana las 24 horas del día lo que estipula un contrato, pero lo cierto es que en todos los supuestos de explotación femenina, las agencias captadoras tienen la misma forma de operar, manteniendo de este modo la desigualdad de la mujer en el tiempo y retroalimentando la sociedad patriarcal en la que nos ha tocado vivir.

Como se ha dejado claro durante todo el estudio, el art. 10 de la LTRHA establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, pero en ningún caso sanciona a aquellas personas que intenten llevar a cabo esta práctica. Como se ha mencionado, en el borrador de la ley del aborto se intentó que los padres comitentes que recurriesen a esta técnica en el extranjero fueran perseguidos en nuestro territorio, pero finalmente, esta medida no ha salido adelante, quedando fuera del borrador de la nueva ley. Lo ideal en este punto sería intentar que la nulidad de estos contratos también sea aplicable para aquellos que son celebrados en el extranjero, pero con la normativa actual, y atendiendo al principio de territorialidad, no se permite expandir esta prohibición fuera de nuestras fronteras.

Lo que sí que se incluye en el borrador de la nueva ley es la posibilidad de castigar y sancionar a las agencias que hagan publicidad de esta práctica en nuestro país, para así contribuir a la efectividad de la nulidad de estos contratos que contempla nuestra normativa. No considero que sea una medida lo suficientemente potente como para desincentivar que los comitentes españoles recurran al extranjero para satisfacer sus deseos, pero sí que es cierto que es un paso para empezar a regular esta materia en nuestro territorio, que tantos déficits legales muestra tal y como nos encontramos ahora mismo.

Otra de las faltas de regulación que encontramos actualmente es el método de determinar la filiación de los menores que nacen por esta vía, ya que ellos, juntamente con las madres gestantes, son los grandes perjudicados con esta práctica, los cuales sufren grandes perjuicios por culpa de la inconsciencia y falta de diligencia de sus padres comitentes. Como hemos podido ver para poder llevar a cabo la filiación de estos menores en nuestro territorio actualmente se sigue una instrucción del 2010, la cual tiene más de 12 años y podríamos decir que se encuentra un tanto desactualizada, y que ya va siendo hora de que nuestros políticos sean un poco más determinantes en la regulación de la materia.

Como se vio, se permite reclamar la filiación de la paternidad en aquellos casos en los que el padre comitente haya aportado su material genético, y posteriormente la pareja del padre comitente podrá iniciar la adopción del menor, siendo declarado padre adoptivo del menor. Menos fácil lo tienen las madres comitentes puesto que, a pesar de haber aportado el material genético, como en el caso de nuestro país la filiación de la maternidad se determina únicamente por el parto, independientemente del vínculo genético que pueda existir, únicamente les queda acceder a la filiación mediante adopción, teniendo que realizar un acogimiento preadoptivo previamente a este paso, lo que hace que el proceso se dilate más de lo necesario y que sea realmente complicado poder acceder a una filiación rápida del menor.

Estas trabas que se encuentran los comitentes, por llamarlas de alguna manera, no son más que formas de intentar desincentivar que las parejas españolas viajen al extranjero para formalizar este tipo de contratos, ya que, si fuese más sencillo determinar la filiación de estos niños en nuestro territorio, muchas más parejas se atreverían a saltarse la ley con tal de ver satisfechos sus deseos. No todo va a ser culpa de los padres comitentes que ven la gestación subrogada como la última opción para satisfacer sus deseos, ya que hay que admitir que, si el Estado fomentase agilizar el acogimiento y la adopción para que no conllevase tantos años de espera poder tener un hijo por este método, muchos de los comitentes no acudirían a la práctica, bajando así los casos de gestación subrogada.

Finalmente hay que afirmar que, existe un mercado muy lucrativo en torno a la gestación por sustitución, lo que obliga a que los países tomen medidas urgentes para evitar que algunos aspectos de la vida del ser humano se organicen en torno a las relaciones y exigencias del mercado, siendo la explotación una de las mayores

consecuencias del capitalismo en el que vivimos. Para ello, como ya se ha mencionado, las fuerzas políticas de nuestro deberían ser más determinantes en la regulación de esta técnica, la falta de determinación al respecto, porque de nada sirve que sea declarado nulo el contrato de gestación por sustitución, si luego nada les impide que puedan filiar a los niños en nuestro territorio, es cierto que van a tener ciertos problemas, pero al fin y al cabo, lo van a acabar consiguiendo, saliéndose finalmente con su objetivo principal, que es el hecho de tener un hijo. Esta determinación puede venir dada por cualquiera de las dos posibilidades, ya sea la permisividad o prohibición de la misma, pero no podemos alargar más esta situación de incertidumbre legal, que únicamente perjudica a los menores que nacen por esta técnica.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

8.1. Bibliografía y webgrafía

- *Acogimiento familiar*. (2022, 17 marzo). gencat.cat. <https://web.gencat.cat/es/tramits/que-cal-fer-si/adopto-i-o-acullo-un-infant/acolliment-familiar/#:%7E:text=S%C3%B3lo%20se%20admite%20el%20acogimiento,de%20origen%20durante%20un%20tiempo.>
- *Adoptar un infant*. (2021, 16 abril). Departament de Drets Socials. https://dretssocials.gencat.cat/ca/ambits_tematicos/acolliments_i_adopcions/adopcions/adoptar_infant/
- Albert, M (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII (2), páginas 177-197. ISSN: 1132-1989. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87551223004>.
- Álvarez González, S. (2013). Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución. *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado* (pp. 77-90). Marcial Pons.
- Álvarez, N. (2019, 30 agosto). *Gestación subrogada en Francia, ¿Qué restricciones impone la ley?* Babygest. <https://babygest.com/es/francia/#penas-previstas-por-la-ley>
- Ardanuy, J., Chavarria, M., Fontboté, H., & Morante, M. (2017). Documentació: Localització i gestió de fonts d'informació. *Tècniques de treball i de comunicació* (3 (aumentada y corregida) ed., pp. 183–214). Huygens Editorial.

- Balaguer, M.L (2017). Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un estado social. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Páginas 243-245. ISSN: 1699-1524.
- Aznar Domingo, A y Ruano Martín, C. (2019, 4 enero). *El acogimiento familiar en España. Especial consideración: El acogimiento preadoptivo*. El Derecho. Noticias Jurídicas y Actualidad. <https://elderecho.com/el-acogimiento-familiar-en-espana-especial-consideracion-el-acogimiento-preadoptivo>
- Basterra, F. G. (1987, 19 enero). *El dilema de «Baby M»*. El País. https://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html
- Barba, V. (2020). Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión de pleno de la corte de casación y sus consecuencias. *Revista de derecho civil. Notarios y registradores* (Vol. VII, núm.1). Páginas. 66-101. ISSN: 2341-2216.
- Casado, M., & Navarro-Michel, M. (2019). *Documentos sobre la gestación por sustitución* (1.a ed.). Observatori de Bioètica i Dret de la Universitat de Barcelona.
- Cervantes, I. H. (2013). La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución. *Anuario de derecho civil*, 66(2), páginas 687-715.
- Comité de Bioética de España. (2017). *Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf.
- Díaz Fraile, J. M. (2019). La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea. *Revista de derecho civil*, 6(1), páginas 53-131. ISSN: 2341-2216.
- *Diccionarios*. (s. f.). Real Academia Española. <https://www.rae.es/>
- Dorado, R. F., Ferradas, E. R., de Segura, R. G., & Salvador, Z. (2020, 29 julio). *¿Cómo se hace la donación de óvulos paso a paso?* Reproducción Asistida ORG. <https://www.reproduccionasistida.org/proceso-de-donacion-de-ovulos/>
- Duran Ayago, A. (2014). *Interés superior del menor y gestación por sustitución*. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio

- de 2014. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca. Páginas 280-282. ISSN: 2340-5155.
- Durán Ayago, A. (2014). Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014): *Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España*.
 - Fernández Echegaray, L (2020). Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania. *Revista de Derecho UNED* (nº 26). ISSN: 4-6-2020.
 - *Formación y valoración de la idoneidad*. (2020, 19 febrero). gencat.cat. <https://web.gencat.cat/es/tramits/que-cal-fer-si/adopto-i-o-acullo-un-infant/formacio-valoracio/>
 - García Manrique, R. (2018). *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*. Thomson Reuters.
 - Heredia Cervantes, I. (2013). La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución. *Anuario de derecho civil*, 66(2), 687-715.
 - Igareda González, N. (2018). La gestación por sustitución: género, derecho y autonomía reproductiva, en *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, García Manrique, R. Barcelona. Thomson Reuters (pp. 230-232).
 - Igareda González, N. *La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España*. Madrid. Ediciones Complutense, 2020. ISSN: 1130-800.
 - Igareda, N. (2018). La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana. *Revista de bioética y derecho*, (44), páginas 57-72. ISSN: 1886-5887.
 - *Igualdad. Bienvenida al Ministerio de Igualdad*. (s. f.). Ministerio de Igualdad. <https://www.igualdad.gob.es/Paginas/index.aspx>
 - *Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y política de la UE al respecto*. (2015, 17 diciembre). Diario Oficial de la Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015IP0470&from=ES>

- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Martínez Vélez, A. (2022, 17 mayo). *La Ley del aborto no perseguirá a parejas que recurran a gestación subrogada, pero declara esta práctica como violencia*. europapress.es. <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-ley-aborto-no-perseguira-parejas-recurran-gestacion-subrogada-declara-practica-violencia-20220517110841.html>
- Navarro-Michel, M. (2018). *La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo?*, en *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, García Manrique, R. Madrid. Thomson Reuters (pp.237-258).
- Muñiz, P. I. F. (2018). Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos? *Dilemata*, (26), páginas 27-37. ISSN: 1989-7022.
- *Nuestra Proposición de Ley* (2013, 16 octubre). Asociación por la Gestación Subrogada en España. <http://xn--gestacionsubrogadaenespaawoc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley>
- Otaegui Aizpurua, I (2018). Gestación por sustitución: un nuevo reto para el legislador español. *Revista internacional de éticas aplicadas* (28), páginas 87-108. ISSN: 1989-7022.
- ¿Quiénes somos? Asociación Son Nuestros Hijos. <http://www.sonnuestroshijos.com/quienes-somos/>
- Regalado Torres, M. D. (2017). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *FEMERIS: Revista Multidisciplinar De Estudios De Género*, 2(2), páginas 10-34. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756>.
- Sánchez, L. J. (2019, 4 julio). *Ciudadanos presenta una nueva propuesta de ley sobre gestación subrogada*. ConfiLegal. <https://confilegal.com/20190704-ciudadanos-presenta-una-nueva-propuesta-de-ley-sobre-gestacion-subrogada-como-apuesta-por-la-igualdad-y-la-libertad/>
- Silva Sánchez, A., & Perkumiene, D. (2021). Aspectos relevantes de la regulación jurídica de la gestación subrogada en el marco del derecho comparado. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 7(19), páginas 143-165. ISSN: 2448-5128.

- Vega, L. R. (2017, 27 septiembre). *India pretende cerrar la puerta a la maternidad subrogada a gais y extranjeros*. El País. https://elpais.com/internacional/2017/09/27/actualidad/1506529140_757638.htm

8.2. Legislación

- España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE, núm. 281, 24-11-1995, pág. 33987 a 34058).
- España. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. (BOE, núm. 282, 24-11-1988, pág. 33373 a 33378).
- España. Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE, núm. 280, 22-11-2003, pág. 41458 a 41463).
- España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (BOE, núm. 126, 27-5-2006, pág. 19947 a 19956).
- España. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE, núm. 175, 22-07-2011, pág. 81468 a 81502).
- España. Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. (BOE, núm. 206, 25-07-2010, pág. 249-259).
- España. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (BOE, núm. 243, 7-10-2010, pág. 84803 a 84805).
- Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIII Legislatura, Serie B. Propositiones de ley, nº46-1, de 16 de julio de 2019. https://www.congreso.es/public_oficiales/L13/CONG/BOCG/B/BOCG-13-B-46-1.PDF

8.3. Jurisprudencia

- Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013 (Sala de lo Civil, sección 991), de 6 de febrero de 2014 (recurso 245/2012).
- Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022 (Sala de lo Civil, sección 991), de 31 de marzo de 2022 (recurso 907/2021).