



LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Debate ético y jurídico

Alba Bueno Álvarez

Tutora: Dra. María del Carmen Vázquez Rojas

Universidad de Girona. Facultad de Derecho.

Trabajo final de Grado

Curso 2017/18

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	2
2. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	4
2.1. ¿En qué consiste la gestación por sustitución?.....	4
2.2. El turismo reproductivo y la gestación por sustitución internacional	6
3. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA ...	9
3.1. La determinación de la filiación.....	10
3.2. El interés del menor.....	11
4. DEBATE ÉTICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	14
4.1. El escenario previo y su regulación.....	15
4.1.1. Derecho a procrear	15
4.1.2. El concepto tradicional de madre	16
4.1.3. Los derechos humanos vs la gestación por sustitución	16
4.1.4. Explotación, cosificación, vulnerabilidad y dignidad de la mujer	18
4.1.5. ¿Acto altruista? Compensación o retribución	19
4.2. Escenario post gestación por sustitución.....	22
4.2.1. Mercantilización del menor.....	22
4.2.2. El interés superior del niño.....	22
4.2.3. La filiación	24
4.3. Casos complejos que se pueden dar	25
4.4. ¿Se debe regular la gestación por sustitución? ¿Cómo?.....	28
5. REFLEXIONES FINALES	31
6. BIBLIOGRAFÍA	33

1. INTRODUCCIÓN

Todo empezó cuando hace un tiempo leí por primera vez una noticia cuyo titular me despertó curiosidad. Trataba sobre los “vientres de alquiler”. Desde entonces empecé a visualizar documentales sobre maternidad subrogada y, especialmente, me llamó la atención un caso en que una pareja deseaba tener un bebé (con su material genético). Intentaron de manera natural tenerlo, no pudieron. Acudieron a las técnicas de reproducción asistida legales en España, las cuales tampoco dieron su fruto. El problema era que la mujer tenía una enfermedad en el útero que le imposibilitaba gestar a un bebé. Así, con la desesperación de la pareja de no poder procrear y no querer acudir a la vía de la adopción, decidieron optar por la única posible vía que les quedaba que era la gestación por sustitución.

Como veremos más adelante, en España está prohibida dicha técnica. Así pues, la pareja decidió acudir a California, donde está legalizado y realizaron un contrato de gestación por sustitución. La pareja aportaría material genético y, a través de una de las técnicas de reproducción asistida (normalmente mediante fecundación in vitro), una mujer gestaría a su bebé. Por lo que, en este caso, se podría decir que la madre (que aporta el material genético) no daría a luz a su hijo/a, pero sí podrá ser madre a través de la gestación por sustitución. Hubo un agradable final en el cual la pareja pudo cumplir su deseo de ser padres.

Sin embargo, el problema no acaba con el nacimiento y entrega del bebé, sino que en muchos casos es cuando empieza la verdadera “guerra” para que se reconozca la relación paterno-filial en nuestro país y el menor pueda ser inscrito en el Registro Civil.

Fueron este tipo de situaciones, cada vez más comunes en nuestra sociedad, en donde escuchamos más asiduamente casos sobre maternidad subrogada, las que conformaron el contexto de descubrimiento del desarrollo de este trabajo. Así pues, abordaré los diversos problemas que conlleva esta práctica a la hora de reconocer en España como padres al bebé nacido en un tercer país (donde es legal este tipo de contrato) a través de la gestación por sustitución. Y el debate ético que genera una posible regulación de dicha técnica de reproducción asistida en nuestro país.

Por lo tanto, la estructura del trabajo consistirá en primer lugar, una explicación de la gestación por sustitución (es decir su concepto y terminología), así como un estudio del escenario mundial en el que nos encontramos ante dicha Técnica de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA). También, se analizarán diferentes ejemplos de la regulación de dicha práctica en los diferentes países del mundo, observando los casos de gestación subrogada altruista, comercial o su prohibición.

En segundo lugar, haré un análisis de la regulación en España, donde trataré diversos conceptos. Entre dichos conceptos abordaré el de filiación, refiriéndome a la inscripción del menor en el Registro Civil Español y el reconocimiento de la relación paterno-filial. Para ello, tendré en cuenta y analizaré la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo, los cuales dieron lugar al concepto sobre el interés superior del menor, que, obviamente, también será abordado. Además, también se tendrá en cuenta lo establecido por la Dirección General de Registros y Notariados.

Finalmente, se abordará el debate ético que genera la práctica de la gestación por sustitución, es decir, dar una visión de la gestación por sustitución a partir de diferentes ópticas. Para realizarlo dividiré la discusión asumiendo dos escenarios: el escenario previo y el escenario post a la gestación por sustitución. Así, por un lado, en el escenario previo, me centraré en la mujer gestante y los padres comitentes, tratando el derecho a procrear, el concepto tradicional de madre, el choque entre los derechos humanos y la gestación por sustitución, la explotación de la mujer y los casos complejos que se puedan llegar a dar. Por otro lado, se analizará el escenario posterior a la gestación subrogada, donde se pondrá énfasis en los niños que han nacido mediante dicha técnica, la mercantilización del menor, el interés superior del niño y su protección, la filiación y los conflictos que se puedan dar entre las partes que intervienen en la gestación por sustitución.

Por último, y a manera de conclusión a partir de lo analizado en los puntos anteriores, plantaré la cuestión de si se debe regular la gestación por sustitución y cómo se podría hacer.

2. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

2.1. ¿En qué consiste la gestación por sustitución?

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida, permitida por los avances de la medicina, a la cual recurren las personas que no pueden gestar a sus hijos, ya sea pareja heterosexual, pareja homosexual o personas solteras, las cuales padecen alguna causa de infertilidad o esterilidad, o falta de capacidad gestacional¹ y que consecuentemente les impide tener hijos propios de forma natural o mediante otras TRHA, como podría ser la fecundación in vitro (en adelante, FIV). Así pues, en este caso, la pareja o persona soltera aporta su propio material genético o recurre a la donación de gametos y, mediante las TRHA (normalmente a través de FIV, dado que el material genético no lo aporta la gestante), se realiza la fecundación del óvulo y la consiguiente formación de un embrión, donde será implantado a una tercera persona llamada “gestante” hasta el nacimiento del bebé.

Dicha técnica es popularmente conocida como “vientre de alquiler”, aunque existe diferente terminología para denominarla, las más usuales son: maternidad subrogada, gestación subrogada, gestación por sustitución, madre de alquiler, alquiler de úteros, entre otras. Sin embargo, no me referiré a ella como “vientre de alquiler” o “alquiler de útero”, dado que considero que no es la terminología más adecuada. Tal como argumenta LAMM, la denominación más correcta para referirnos a dicha técnica es la expresión “gestación por sustitución²”, dado que la mujer que actúa como gestante, gesta un hijo para otro/a que no puede hacerlo. No se trata de una maternidad subrogada, puesto que la gestante no será la encargada de desempeñar las funciones de madre del bebé que nacerá, sino que únicamente aporta la capacidad de gestar que no disponen las personas que recurren a ella, y menos, tal como expresa la citada autora, denominarlo vientres de alquiler, puesto que tras esta terminología se intuye un lucro que no siempre existe³ y ha adquirido un matiz peyorativo. Muchos autores coinciden en que el término “vientre de alquiler” no es el adecuado y tiene un carácter vulgar y despectivo debido a que afecta a la dignidad de las personas involucradas en la gestación por sustitución (madre gestante, padres intencionales e hijo/s nacido/s)⁴.

¹ VILA CORO, A. (2015). *Hacia una regulación de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Asistida*. Coord. Por FARNÓS AMORÓS, E., BENAVENTE MOREDA, P. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. Boletín del Ministerio de Justicia. ISSN: 1989-4767. p. 285

² LAMM, E. (2012). *Gestación por sustitución. Realidad y derecho*. InDret 3/2012. p. 3.

³ LAMM, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona, Publicacions i edicions. p. 26.

⁴ DELCLÓS, T. (2014). “¿Puede alquilarse un vientre?” *El País*, 27.07.2014. (Consultado por última vez el 08.05.2018). Disponible en: https://elpais.com/elpais/2014/07/25/opinion/1406307767_057258.html donde uno de los testigos dice: «[...]Nosotros no alquilamos nada, las personas no se alquilan, hay

Así, el concepto de gestación por sustitución se entenderá, tal como establece LAMM, como una forma de reproducción asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes (o padres intencionales), gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente. Dicho contrato podrá ser oneroso o gratuito⁵.

Cabe mencionar la definición que establece el Comité de Bioética de España por gestación por sustitución, ya que podemos apreciar, de forma clara, la postura que adopta dicho Comité en contra de la gestación por sustitución. Así el Comité entiende que la gestación por sustitución se da cuando una mujer se presta a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad. Hay varias modalidades para llevarla a cabo, pero lo que tienen en común todas estas modalidades *es la voluntad de privar de la condición de madre a quien ha dado a luz a un niño y atribuírsela a otra u otras personas*⁶.

La gestación por sustitución, tal como establece FARNÓS AMORÓS, presenta dos modalidades⁷:

1. **La tradicional, plena o total (traditional surrogacy)**: Se caracteriza porque la gestante será la madre genética, es decir, no solamente aporta su gestación, sino que también sus gametos. En este caso, sus óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante, a través normalmente de inseminación artificial⁸ (en adelante, IA).
2. **La parcial o gestacional (gestational surrogacy)**: En este caso la gestante únicamente aporta la gestación, pero no sus gametos. En este tipo de gestación por sustitución, normalmente, el espermatozoides y/o los óvulos proceden de los padres comitentes o también pueden ser aportados por donantes. Esta maternidad disocia la maternidad genética y la gestacional⁹, dado que requiere que la fecundación del óvulo con espermatozoides del padre comitente o de donante se lleve a cabo en el laboratorio, a partir del recurso de la FIV. Este tipo de maternidad permite establecer un vínculo genético entre el nacido y los

muchas palabras para las distintas posibilidades de relacionarse una personas con otras, pero la de alquiler no es una de ellas».

⁵ DURÁN AYAGO, A. (2012). *El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*. Anuario español de derecho internacional privado. Tomo XII. Iprolex 2012. p. 270.

⁶ Comité de Bioética de España. (2017). *Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. p. 6. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

⁷ FARNOS AMOROS, E. (2010): *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*. InDret 1/2010. p. 5. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf

⁸ LAMM, E. (2013). *Op. Cit.* p. 27.

⁹ FARNOS AMOROS, E. (2010). *Op. Cit.* p.6.

padres comitentes, por lo que actualmente es el más usado en los diferentes países donde la gestación por sustitución es legal.

Por consiguiente, después del nacimiento se deberá reconocer la verdadera identidad y filiación del bebé. En el caso de la gestación por sustitución gestacional, donde los comitentes aportan el material genético en su totalidad o el material genético lo aporta el hombre (o uno de los hombres en caso de pareja homosexual), la mujer que lo gestó no tendrá vínculos genéticos con el bebé gestado en su interior. Y en este caso el padre portador del material genético podrá ser reconocido como padre biológico.

La problemática que se genera en los diferentes países, es a la hora de determinar la filiación de ese hijo concebido mediante dicha técnica, dado que no podemos olvidar la figura de la mujer gestante, ya que en muchos ordenamientos jurídicos se hace uso de la máxima del Derecho Romano “*mater semper certa est*”, es decir, madre es aquella «que pare» y no la que tiene la voluntad de procrear¹⁰. En consecuencia, en estos países, los contratos de gestación subrogada serán declarados nulos porque la mujer gestante será la madre legal del bebé que nazca por medio de esta técnica. Sin embargo, en otros países hay una disociación de maternidades, es decir, se separa entre la madre gestante y la madre biológica¹¹.

2.2. El turismo reproductivo y la gestación por sustitución internacional

Tal como se afirma en El País, “se estima que cada año nacen en todo el mundo al menos 20.000 niños mediante el método de gestación subrogada, según la ONG suiza International Social Security. La legislación es permisiva en algunos países y muy restrictiva en otros”¹².

En diversos países dicha técnica está prohibida, como en el caso de España, y tal hecho ha producido que muchas parejas crucen fronteras en busca de ordenamientos jurídicos que tengan legalizada la gestación por sustitución, esto es lo que se conoce como “turismo reproductivo”. Aunque se le denomina con ese término, la European Society Human Reproduction and Embryology (ESHRE) considera que el término “turismo” es peyorativo y se debería usar una expresión más neutra, como la que ella misma sugiere “Cross-border reproductive care”¹³.

Son muchos los países que permiten la gestación por sustitución, algunos altruistamente, otros con fines de lucro. Por el contrario, otros muchos países prohíben dicha técnica en sus

¹⁰ LAMM, E. (2013). *Op. Cit.* p. 38.

¹¹ GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016). *¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?* Aranzadi Civil-Mercantil nº5/2016. BIB 2016/21188. p.3.

¹² “La situación de la gestación subrogada en el mundo”. El País, 27.06.17. (Consultado por última vez el 08.05.18. Disponible en:

https://elpais.com/internacional/2017/06/27/actualidad/1498555779_269973.html

¹³ LAMM, E. (2013). *Op. Cit.* p. 193.

ordenamientos jurídicos. Así pues, la situación legal mundial que actualmente se observa en el derecho comparado está dividida en cuatro grandes posturas¹⁴ :

1. Se permite la gestación por sustitución comercial o con fines de lucro, en donde se encuentran algunos estados de los Estados Unidos, Ucrania, Rusia, entre otros. A modo de ejemplo, en California o Ucrania es legal donde una mujer presta su capacidad de gestar a cambio de una contraprestación.
2. Se permite la gestación por sustitución altruista y/o indemnizatorio de los gastos necesarios y con determinadas condiciones. Por ejemplo: Canadá, Brasil, Reino Unido, Grecia, etc.
3. Se prohíbe la gestación por sustitución, entre los que se encuentra España, Francia, Alemania, Italia, entre otros.
4. Países que ni la prohíben ni la permiten, entre los que se encuentra Argentina.

Actualmente, como afirma LAMM, la tendencia en el derecho comparado es hacia la regulación y la flexibilización. Muchos son los ordenamientos que están regulando esta figura para dar respuestas y soluciones a una práctica cada vez más frecuente y, consecuentemente, el número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo¹⁵. Aún y así, el tratamiento de dicha técnica es muy pluriforme en los países de nuestro entorno¹⁶.

En Grecia, a partir de 2002 se admite la gestación por sustitución gestacional, es decir, los óvulos no los aporta la gestante, sino que el material genético proviene de los padres comitentes o de donante. Su Código Civil establece que dicho contrato de gestación por sustitución es gratuito y los tribunales tendrán que revisar el contenido del contrato. Respecto la filiación del nacido, se establece una presunción *iuris tantum* de maternidad de la comitente; la gestante sólo podrá impugnar la filiación demostrando que ella es la madre genética¹⁷.

En Reino Unido se admite la maternidad subrogada justificada por motivos médicos. A diferencia de Grecia, la filiación será respecto de la madre que da a luz, es decir, la gestante. En este caso se transfiere la filiación una vez haya nacido el bebé y haya pasado un período de reflexión¹⁸. Hay pues una gran inseguridad jurídica respecto de los padres comitentes, dado que no tendrán la certeza de que den la filiación a los padres comitentes, ya que ésta primeramente

¹⁴ LAMM, E. Vídeo de la Conferencia “*Gestación por sustitución. Realidad y legalidad en España y el mundo*”. Se puede visualizar en: <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/conferencia-gestacion-por-sustitucion-realidad-y-legalidad-en-espana-y-el-mundo>

¹⁵ LAMM, E. (2012). *Op. Cit.* p. 18.

¹⁶ DURÁN AYAGO, A. (2012). *Op. Cit.* p.277.

¹⁷ DURÁN AYAGO, A. (2012). *Op. Cit.* p.278.

¹⁸ LAMM, E. (2013). *Op. Cit.* p. 291.

queda establecida a la madre gestante. En este país el contrato también ha de ser a título gratuito.

En Francia, la gestación por sustitución está prohibida, igual que en España, aunque como veremos más adelante, en el apartado tercero, ha habido sentencias donde se ha conseguido admitir la inscripción de filiación de un niño nacido a través de gestación por sustitución, aún y considerándolo contrario al orden público.

Entre otros países, ya no de nuestro entorno, cabría señalar, California, donde se admite que el contrato de gestación por sustitución sea oneroso, es decir, se pague una retribución a la madre gestante por haber gestado al bebé durante 9 meses. Los tribunales han admitido que los padres comitentes puedan, si son los padres genéticos del menor, obtener una resolución judicial, antes del nacimiento del bebé, donde conste que ellos son los padres legales del niño y especifican que la madre gestante no tiene derecho ni responsabilidad sobre la guarda del menor¹⁹.

También, mencionar que la India era un país donde el contrato por gestación subrogada era oneroso y podían acudir ciudadanos extranjeros, además de los nacionales, para realizar un contrato de gestación por sustitución. Sin embargo, ahora ya no es posible dado que en 2015 se produjo un cambio en la ley²⁰. El proyecto de ley prohíbe el acceso a los ciudadanos extranjeros, y solo pueden acudir sus residentes con problemas de fertilidad²¹. Tailandia, Nepal y México también han asumido esta posición prohibitiva de la gestación comercial y/o de la gestación subrogada internacional²².

¹⁹ DURÁN AYAGO, A. (2012). *Op. Cit.* p.279.

²⁰ LAMM.E. (2016). *Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos.* Ars Iuris Salmanticensis ESTUDIOS. Vol. 4, 61-107. Junio 2016 eISSN: 2340-5155. p. 66.

²¹ ORTIZ FERNÁNDEZ, J. (2016). “*La industria de los vientres de alquiler se traslada a Camboya por las trabas legales en India*” Periódico on line Actual. 30.06.2016. (Consultado por última vez el 08.05.2018). Véase en: <http://www.actuall.com/vida/la-industria-de-los-vientres-de-alquiler-se-traslada-a-camboya-por-las-trabas-legales-en-india/>

²² PRIETO, M. (2015). “*Tailandia dejará de ser el útero de alquiler del mundo*”. El Mundo. 20.02.2015. (Consultado por última vez el 08.05.2018). Disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2015/02/20/54e71ac722601d981f8b456c.html>

3. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

La legislación española prohíbe expresamente la gestación por sustitución desde la aprobación, en 1988, de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, y dicha prohibición no ha sido modificada por ninguna de las reformas posteriores. Actualmente, la ley aplicable es la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA) modificada en 2015, aunque el artículo que prohíbe la gestación por sustitución no fue modificado por varios motivos, entre ellos, por considerar que la técnica es contraria al orden público internacional español²³; es contraria al principio de indisponibilidad del estado civil de la persona; y la filiación queda determinada por el parto²⁴. Así pues, el artículo 10 de la LTRHA establece que será «nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero».

Si, a pesar de todo, ese contrato se celebra, el artículo prevé un apartado segundo en el que establece que si se genera ese contrato, la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Así, establece que la madre es la gestante, la que da a luz, no la que aporte el material genético y tenga la voluntad de procrear. Sin embargo, hay una tercera cláusula (art. 10.3 LTRHA) que establece la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. De esta forma, aunque se prohíba la gestación por sustitución, el padre biológico podrá reclamar que se declare su relación paterno-filial.

Según, LAMM esto es una gran hipocresía por parte del sistema español, dado que primeramente prohíbe la gestación por sustitución, sin embargo, permite la filiación respecto de aquel que aportó el material biológico.

Así pues, la situación típica que se da es la de un señor que cede su material biológico para que se le implante a una señora con la finalidad de gestar al bebé y, una vez nacido, se lo entregue a sus padres intencionales. En este caso, según el artículo 10 LTRHA, la madre biológica será la gestante y el padre será el que haya prestado su material genético que tendría el derecho de actuar, acudir a los tribunales y pedir que se declare que él es el padre. Por lo tanto, la mujer que

²³ El Tribunal Supremo en la STS de 6 de febrero de 2014 usa el concepto de orden público internacional español y lo prioriza sobre la determinación de la filiación a los padres que habían optado por la gestación por sustitución como medio para procrear, estableciendo que es contraria al orden público internacional español. GARCÍA ALGUACIL, M.J. entiende dicho concepto por el conjunto de principios jurídicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y en una época determinada. Y este cúmulo de principios y valores son los que habrán de considerarse en el momento en el que se cuestione la decisión extranjera en nuestro país.

²⁴ GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016). *¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?* Aranzadi Civil-Mercantil nº5/2016. BIB 2016/21188. p.9.

dio a luz podrá renunciar a su maternidad y el/la pareja del padre biológico podrá adoptar al bebé.

Por lo tanto, como veremos a continuación, dado que si bien la gestación por sustitución se encuentra prohibida en España, nuestros tribunales disponen de diferentes mecanismos para que se pueda reconocer la filiación derivada de dicho contrato llevado a cabo en el extranjero. Un posible mecanismo es, como hemos establecido anteriormente, reconocer la paternidad al padre biológico y el instrumento legal de la adopción por parte de la pareja.

3.1. La determinación de la filiación

Por filiación me refiero a la inscripción del bebé nacido a través de gestación por sustitución en el Registro Civil Español a efectos de que se reconozca su filiación.

Hemos pasado por varias fases hasta llegar a la que nos encontramos actualmente en donde los altos tribunales están decidiendo y están sentando doctrina en casos de reconocimiento de la filiación de un recién nacido que ha nacido fruto de un contrato de gestación por sustitución en un país extranjero donde está permitida dicha técnica. Sin embargo, aunque éstos le reconozcan la filiación, también declaran que dicha técnica va en contra del orden público, estando prohibida en España.

Hay que mencionar además, que todo este entramado comenzó cuando dos varones valencianos acudieron a California para el nacimiento de su hijo a través de un contrato de gestación por sustitución. Una vez el bebé nació, estos señores fueron al Consulado de España en los Ángeles para inscribir el nacimiento de los dos niños como hijos de ambos aportando el certificado de nacimiento expedido por el Estado de California donde constaban que ellos eran los padres legales del menor, sin embargo, el encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción solicitada, invocando la prohibición de la gestación por sustitución establecida en el artículo 10 de la LTRHA.

A partir de entonces hay una serie de sentencias que vincularán el caso y servirán como ejemplo para otros casos en los que exista el mismo problema sobre gestación por sustitución, incluso para pedir la prestación de maternidad a la Seguridad Social.

En primer lugar, tenemos que referirnos a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de Registros y Notariados (en adelante DGRN), la cual pretendía regular el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante la gestación por sustitución dando normas sobre cómo proceder a inscribir en el registro civil español a los hijos nacidos mediante estas técnicas. Dicha instrucción pretendía «dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor»,

facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por un Tribunal Extranjero²⁵, siempre que tal resolución sea reconocida en España. Así pues, lo único que pide la DGRN es aportar una resolución extranjera.

Sin embargo, en el año 2014 nos encontramos con la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014²⁶ que se opone a la Instrucción de 5 de octubre de la DGRN. Por un lado, se niega el reconocimiento de la certificación registral extranjera, por entender, como ya lo hicieron los anteriores tribunales que resolvieron en primera instancia y el recurso de apelación, que ésta es contraria al orden público español contenido en el artículo 10 de la LTRHA. Establece que no se pueda inscribir en el Registro Civil Español al niño recién nacido dado que el artículo 10 de la LTRHA establece la nulidad de pleno derecho de cualquier contrato de gestación por sustitución. Por otro lado, el tribunal precisa que los menores no pueden quedar sin filiación, por lo que se tiene que tener en cuenta el interés superior del menor y se le tiene que proteger, pero no por cualquier medio y, por ende, lo que tienen que hacer es que el padre biológico determine su filiación iniciando acción de reclamación de la paternidad y la pareja tendrá que recurrir al instituto de la adopción, con base en el artículo 10.3 de la LTRHA.

No obstante, tenemos que tener especialmente en cuenta las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) que resuelve el asunto *Mennesson* contra Francia (nº 65192/11) y el caso *Labassee* contra Francia (nº 65941/11) de 20 de junio de 2014²⁷.

3.2. El interés del menor

Como veremos a continuación, dichas sentencias del TEDH establecen que el interés superior del menor ha de prevalecer en todo caso.

En los casos *Mennesson* y *Labassee* se plantean dos litigios de dos parejas heterosexuales que acuden a California para gestar a un bebé a través de la gestación por sustitución. De acuerdo con las sentencias dictadas en California, cada una de las parejas son los padres legales de los nacidos. Aún y así, el Tribunal Supremo francés denegó las inscripciones de filiación y no pudieron registrar a los hijos dado que no hay manera humana de sanar lo que tenga que ver de modo directo o indirecto con un contrato de gestación por sustitución, pues en Francia dicha práctica se considera contraria al orden público y está prohibida. Así pues, con base en ello, el TEDH condena a Francia porque el interés superior del menor exige que se pueda sanar la

²⁵ 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. p.84804.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil), de 6 de febrero de 2014. Recurso 245/2012. ROJ: STS 247/2014.

²⁷ Se explicará únicamente la conclusión a la que llega el Tribunal de Estrasburgo dado que el trabajo no profundiza sobre dichas resoluciones.

posición en la que se encuentran estos menores, no se les puede dejar desamparados porque en este caso, no serían hijos de la gestante ni de los comitentes. El TEDH considera que denegar la inscripción en el Registro Civil Francés de estos niños vulnera el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Y establece lo siguiente: «la ausencia de reconocimiento, por parte del Derecho de un Estado, del vínculo de filiación con los padres de intención, puede tener como consecuencia la destrucción de su vida familiar creando una situación jurídica de incertidumbre que atenta a su derecho de identidad». Así, el TEDH consideró que Francia tenía que dejar sin efecto sus anteriores resoluciones y proceder a la inscripción solicitada²⁸.

Con esta sentencia el TEDH pone de manifiesto la gran relevancia del interés superior del menor y establece que se den soluciones para proteger dicho interés consagrado en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. Así, en este caso, podríamos poner como ejemplo al estado Español, en el que pese a prohibirse esta práctica, sí que se le reconocen determinados efectos una vez realizada (recordar el reconocimiento paterno filial y la adopción).

Dicha sentencia ha tenido trascendencia en España, sin embargo, nuestro Tribunal Supremo se reafirma en el fallo de la sentencia 6 de febrero 2014, comentada anteriormente, porque considera que el TS no deja desamparado al hijo de los varones valencianos porque les ofrece la posibilidad de que el padre biológico pueda reclamar la filiación en base al artículo 10.3 de la LTRHA. Establece que esto es lo que no permite el sistema francés y es lo que acaba condenando el TEDH²⁹.

Finalmente, encontramos la Sentencia núm. 953/16 del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 16 de noviembre de 2016 donde el Tribunal Supremo equipara la gestación por sustitución a la adopción y acogimiento a los efectos de reconocer la prestación por maternidad³⁰, si existe un vínculo familiar y si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con sus padres. El razonamiento del Tribunal Supremo, en consonancia con la doctrina del TEDH, establece que la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución establecida en nuestro ordenamiento jurídico no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le prive de determinados derechos, y que debe protegerse el vínculo familiar que tiene dicho menor con sus padres. En el caso que no se otorgara esa protección al menor, se produciría una discriminación por razón de su filiación.

²⁸ GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016). *Op. Cit.* p.25.

²⁹ GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016). *Op. Cit.* p.27.

³⁰ “El TS equipara la gestación por subrogación a la adopción y acogimiento a los efectos de reconocer la prestación por maternidad”. *IUSTEL* (05.04.2017). (Consultado por última vez el 08.05.2018). Véase en: http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1164426

Así pues, este principio lo que defiende es que la filiación del niño quede determinada y éste no se encuentre sin un reconocimiento paterno-filial, sino que se le pueda garantizar unos derechos que no podría disponer si no tuviera acreditada una filiación³¹. Según DURAN AYAGO, «la filiación se trata de elegir en cada caso el criterio en que mejor encaje el interés superior del niño, no se decanta ni por la mujer gestante, ni por el criterio genético, sino que al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, su precisión debe realizarse siempre en atención al caso concreto».

En conclusión, serán nuestros tribunales los que deban enfrentarse a cada caso en concreto y decidir, con base en la ley, la doctrina del TEDH y lo dispuesto por la DGRN si deciden inscribir en el Registro Civil a los niños nacidos a través de contratos de gestación por sustitución.

³¹ DURÁN AYAGO. A. (2012). *Op. Cit.* p. 275.

4. DEBATE ÉTICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Esta figura de la gestación por sustitución y su posible regulación plantea actualmente un grande debate ético y moral, poderosos conflictos a los cuales prestaré atención seguidamente.

En este caso, encontramos una dualidad de posiciones: respecto los que consideran que dicha técnica vulnera la dignidad de las mujeres gestantes y los que protegen el derecho a procrear y la nueva categoría de filiación derivada de dicha técnica. Tal es el punto que en nuestro ámbito nacional, encontramos diversas plataformas que apoyan a uno y otro sector. A modo de ejemplo, algunas de las plataformas que respaldan una posible regulación de la gestación por sustitución serían la Asociación por la Gestación Subrogada en España³², Son Nuestros Hijos³³, entre otras. Respecto de las plataformas que están en contra de dicha técnica encontraríamos el colectivo de No Somos Vasijas³⁴, la Fundació de les Dones per la Igualtat, el Comité de Bioética de España, entre otras.

Esta dualidad la pudimos presenciar claramente en la feria que se realizó en Madrid el pasado 6 y 7 de mayo de 2017³⁵. En el Surrofair lo que se pretendía era informar a las personas interesadas en la gestación por sustitución sobre cómo es llevada a cabo esta técnica en otros países donde existe una regulación legal. Ante esta feria, se reivindicaron las personas que forman parte, sobre todo, de la plataforma “No somos vasijas”, en donde uno de sus muchos argumentos en contra de este tipo de técnica reproductiva fue que «las mujeres no se pueden alquilar o comprar de manera total ni parcial». El choque argumental es poderoso y ambas partes esgrimen grandes razones para persistir en su defensa³⁶.

A la hora de valorar éticamente la gestación por sustitución, se han de tomar en consideración las partes afectadas por dicha técnica. Así, por un lado, se analizará un escenario previo, centrándonos en la mujer gestante y los padres comitentes; y por otro lado, se analizará la óptica del menor y los casos complejos que se puedan dar.

³² <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/>

³³ <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/>

³⁴ <http://nosomosvasijas.eu/>

³⁵ MONTERO, M. (2017). “Un centenar de personas protesta en Madrid contra la feria de gestación subrogada”. *El País*. 06.05.2017. (Consultado por última vez el 01/05/2018). Disponible en: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2017/05/06/madrid/1494080523_936896.html

³⁶ Els Matins de Tv3 (04/05/2017). “La gestació subrogada està prohibida a Espanya, però a Madrid se’n fa una fira”. (Consultado por última vez el 09.05.2018). Disponible en: <http://www.ccma.cat/tv3/alcanta/els-matins/la-gestacio-subrogada-esta-prohibida-a-espanya-pero-a-madrid-sen-fa-una-fira/video/5665368/>

4.1. El escenario previo y su regulación

4.1.1. Derecho a procrear

En nuestra Constitución Española, no encontramos expresamente reconocido dicho derecho como tal, sin embargo, algunos autores sostienen que el derecho a procrear se concibe como un derecho del individuo, que éste se puede relacionar con el derecho a fundar una familia³⁷, dado que hay una libertad reproductiva, es decir, hay un derecho humano básico a decidir libre y responsablemente tener hijos³⁸, contando con los medios adecuados para ello. Esto es, no sólo tiene derecho a reproducirse de forma natural, sino también mediante las nuevas técnicas de reproducción asistida si se precisan³⁹.

Hay que mencionar, además, que la gestación por sustitución es la única vía que tienen las parejas homosexuales de dos varones de tener un hijo en común que tenga un vínculo biológico con uno de ellos⁴⁰.

Así, una parte de la doctrina establece que hay una libertad de decisión del hombre y de la mujer de aceptar o rechazar la procreación, además de la libertad de cada persona sobre su cuerpo, pero ésta, como el resto de derechos, encuentra su límite en el orden público⁴¹. Por tanto, dicho derecho, entra en conflicto con otro sector doctrinal, donde consideran que tener hijos no es un derecho⁴², que el derecho a la libertad no legitima cualquier uso o destino que la persona quiera hacer de su cuerpo. Y que, además, el “alquiler del útero” vulnera la dignidad de la mujer gestante y del hijo nacido⁴³. Por un lado, se vulnera la dignidad de la mujer porque, como veremos más adelante, esta práctica implica verla como una “incubadora viviente”, es decir, que sea apreciada únicamente por su capacidad gestante⁴⁴, y así mismo, se vulnera porque se hace una cosificación del cuerpo de la mujer, ya que ésta deja de ser un sujeto para ser tratada como

³⁷ SOUTO GALVÁN, B. (2005). *Aproximación al estudio de la Gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho*. Foro, Nueva ÉPOCA. Nº 1/2005. ISSN: 1698-5583. p. 286

³⁸ ALKORTA IDIAKEZ, I. (2006). *Nuevos límites del derecho a procrear*. Derecho Privado y Constitución. ISSN: 1133-8768. Nº20. Enero- Diciembre 2006. p.14. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2513404>

³⁹ LAMM, E. (2013). *Op. Cit.* p. 233.

⁴⁰ FARNOS AMOROS, E. (2015). *La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología*. ADC, tomo LXVIII, 2015, Fasc. I. p. 49. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2015-10000500061_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_filiaci%F3n_derivada_de_reproducci%F3n_asistida:_v oluntad_y_biolog%EDa

⁴¹ SOUTO GALVÁN, B. (2005). *Op. Cit.* p.287

⁴² BORONAT TORMO, M. (2017). “Tener hijos no es un derecho”. *El País*. 06.03.2017. (Consultado por última vez el 08.05.18). Disponible en: https://elpais.com/elpais/2017/03/01/opinion/1488376776_471436.html

⁴³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Editorial Marcial Pons, p. 142.

⁴⁴ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). *Ibid. Cit.* p. 142.

objeto⁴⁵. Por otro lado, la dignidad del niño se vulnera porque es tratado como mercancía y es contrario a su dignidad⁴⁶.

Habría que decir también, que los detractores a la gestación por sustitución consideran que la cuestión de si se tiene el derecho de concebir, es decir, de crear un hijo para abandonarlo posteriormente⁴⁷ es objetable, habida cuenta que los hijos deben ser queridos por sí mismos y no abandonarlos al nacer, MARTÍN CAMACHO considera que este argumento no es válido dado que la madre gestante tiene en cuenta el futuro y el bienestar de ese niño⁴⁸, porque los padres comitentes desean ese niño que vendrá al mundo, y este deseo es la mejor garantía de que el nacido será querido y cuidado, sino no hubieran acudido a dicha técnica, si bien, teniendo en cuenta que no todas las personas que acuden a la gestación por sustitución tienen las mismas actitudes, sin embargo, cuando acuden a esta técnica es porque tienen el deseo de ser padres al no haberlo conseguido de manera natural o a través de las diferentes TRHA.

4.1.2. El concepto tradicional de madre

Uno de los problemas que se plantea en la gestación por sustitución es que desafía el concepto tradicional de madre⁴⁹. Un sector doctrinal defiende el principio “*mater Semper certa est*”, es decir, madre es la que da a luz y que según el Comité de Bioética de España, es uno de los principios más fundamentales de la organización social⁵⁰. En cambio, otro sector doctrinal establece que ser madre va más allá de gestar. Así, tal como dice VILA-CORO, las personas que están en contra de la gestación por sustitución no consiguen disociar la gestación de la maternidad. Es decir, no consiguen entender que madre es la que desea ser madre, la que tiene la intención⁵¹, con el propósito de criar al niño, independientemente de que lo gesticione otra mujer. En cambio, las personas a favor de la gestación subrogada entienden que la gestación y la maternidad son cosas distintas, madre es la que se comporta como tal⁵².

4.1.3. Los derechos humanos vs la gestación por sustitución

Los opositores a la gestación por sustitución consideran que dicha técnica atenta contra la salud de la gestante, que es invasiva para el cuerpo humano. A pesar de ello, como bien dice DEBRA

⁴⁵ SOUTO GALVÁN, B. (2005). *Op. Cit.* p. 289.

⁴⁶ SOUTO GALVÁN, B. (2005). *Op. Cit.* p. 291.

⁴⁷ LLEDÓ YAGUE, F. (1988). *El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo*. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco. En: La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Ed. Trivium Madrid. p. 330.

⁴⁸ MARTÍN CAMACHO, J. (2009). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. Fundación Foro. p. 11. Disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

⁴⁹ VILA CORO, A. (2015). *Op. Cit.* p. 285.

⁵⁰ Comité de Bioética de España. (2017). *Op. Cit.* p. 21.

⁵¹ LAMM, E. (2013). *Op. Cit.* p. 43.

⁵² LLEDÓ YAGUE, F. (1988). *Op. Cit.* p. 327.

SATZ, hay trabajos no reproductivos que también son perjudiciales para el cuerpo humano⁵³ y aun así se permite su realización. A modo de ejemplo, los atletas que firman contratos donde se concede al entrenador un control importante sobre la dieta y el comportamiento que deben tener, además de la posibilidad de realizarles análisis para saber si han consumido drogas. Si esto es así, entonces este argumento no sería del todo válido.

Otro de los argumentos es que durante el embarazo se producen cambios psíquicos en la mujer gestante, su cuerpo y cerebro cambian durante la gestación⁵⁴. Es más, dice que la mujer guarda en su cuerpo memoria de cada embarazo, por lo que se estaría atentando contra su salud psíquica⁵⁵. En este caso, las gestantes no pueden predecir cuáles serán sus actitudes hacia los niños que van a dar a luz y si la entrega del bebé les causará algún daño a causa del vínculo creado entre ambos⁵⁶. Sin embargo, LAMM establece que este hecho dependerá de cada mujer y que «el embarazo no hace a la madre, el desprenderse del niño que han gestado no implica necesariamente un daño⁵⁷». En Estados Unidos, las gestantes suelen ser personas de buen nivel socioeconómico con una vida familiar estable, que han tenido sus propios hijos con anterioridad, prestan su ayuda de manera voluntaria⁵⁸ y dan su consentimiento estando bien informadas. Además, muchas tienen claro que el bebé no hubiera llegado a nacer si no fuera por el deseo de los padres intencionales de tenerlo. Así mismo, la autora establece que en varios estudios realizados no han encontrado ningún tipo de trastorno en las mujeres que han actuado como gestantes, y sostiene que es muy difícil construir una teoría sólida sobre la influencia y la naturaleza del intercambio prenatal, ya que depende de cada mujer y aparenta ser totalmente singular⁵⁹.

Algunos críticos sostienen que en la gestación por sustitución, la relación entre la madre y el feto no es simplemente una relación bioquímica, sino que los meses de embarazo y la experiencia de dar a luz crean un vínculo con el niño⁶⁰ y que dicho contrato distorsiona el vínculo creado entre ambos. Sin embargo, como considera DEBRA SATZ, este argumento se puede rebatir, porque no todas las mujeres tienen una unión con sus fetos, algunas incluso deciden abortar. Es decir, cuando una mujer queda embarazada puede abortar y, cuando se elige esta opción, parece no haberse creado ningún vínculo entre madre/feto. Algunas mujeres nunca llegan a tener una unión con sus fetos.

⁵³ SATZ, D. (2012). *Por qué ciertas cosas no deberían estar a la venta: Los límites morales de los mercados*. Revista Argentina de Teoría Jurídica. Volumen 13, agosto de 2012. p. 4.

⁵⁴ Comité de Bioética de España. (2017). *Op. Cit.* p. 13.

⁵⁵ Argumento planteado por el Comité de Bioética en su Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

⁵⁶ LAMM, E. (2013) *Op. Cit.* p. 243.

⁵⁷ LAMM, E. (2012). *Op. Cit.* p. 9.

⁵⁸ LAMM, E. (2016). *Op. Cit.* p. 82.

⁵⁹ LAMM, E. (2012). *Op. Cit.* p. 9.

⁶⁰ SATZ, D. (2012). *Op. Cit.* p.6.

4.1.4. *Explotación, cosificación, vulnerabilidad y dignidad de la mujer*

Uno de los argumentos de oposición que más retumban en las plataformas en contra de la gestación subrogada es que «las mujeres se pueden alquilar o comprar de manera total o parcial⁶¹», dado que consideran que esta práctica comporta una cosificación de la mujer. Muchos de sus detractores afirman que la gestante se convierte en una “incubadora humana” y que considerar a la mujer gestante como objeto contractual atenta contra su dignidad.

Según VILA-CORO, las posturas contrarias son las que consideran el cuerpo de la mujer como algo sagrado, piensan que dicha técnica atenta contra la dignidad de la mujer. En este caso, no importa que la mujer consienta libremente, sabiendo y conociendo cada uno de los riesgos que conlleva dicha técnica, consideran que éstas en realidad no consienten de forma libre. En cambio, a favor, encontramos a los que consideran que no se está corrompiendo una “entidad sagrada”⁶², sino que se está donando una capacidad de llevar a cabo la gestación para otra persona y que esas mujeres son capaces de tomar sus propias decisiones. Se ha de tener en cuenta que en los países en que dicha práctica está regulada, las madres gestantes son mujeres que prestan su ayuda de manera voluntaria y que ya han tenido sus propios hijos⁶³. Así pues, se ha de poner énfasis en la idea de que no se está explotando el cuerpo de la mujer porque su decisión es libre y consciente, sin que nadie la obligue a hacerlo⁶⁴, como lo hace un donante de órganos. VILA CORO defiende en un artículo que hay una frase que se repite con frecuencia: cuando a las gestantes se les empieza a notar la barriga y la gente les da la enhorabuena por la calle, ellas contestan con naturalidad "gracias, pero no es mío", así, el autor se cuestiona cómo se puede considerar explotación algo que se lleva con tanto orgullo⁶⁵.

Si bien es cierto que en muchos casos el consentimiento de la madre gestante del contrato de gestación por sustitución no está marcado por su extrema necesidad de obtener dinero⁶⁶, a veces, y según el contexto y el lugar donde se lleva a cabo la técnica, puede haber explotación de la mujer si ésta tiene una debilidad económica, sobre todo sucede en los países en vía de desarrollo. Como, por ejemplo, el Comité de Derechos del Niño consideraba que estaba sucediendo en la India, país que posteriormente modificó su regulación prohibiendo la

⁶¹ Establecido por la plataforma “No somos Vasijas”. Disponible en: <http://nosomosvasijas.eu/>

⁶² VILA CORO, A. (2015). *Op. Cit.* p. 289.

⁶³ LAMM, E. (2013). *Op cit.* p. 239.

⁶⁴ LAMM, E. (2012). *Op. Cit.* p. 7.

⁶⁵ VILA CORO, A. (2010). *Argumentario en defensa de la gestación subrogada*. Asociación de Familias por Gestación Subrogada. Disponible en: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/2010/11/argumentario-en-defensa-de-la-gestacion.html>

⁶⁶ HEVIA, M. (2017). “*The legal status of surrogacy agreements and the American Convention on Human Rights*”, p. 12. Seminario del Dr. Martín Hevia al cual acudí en la Universidad Pompeu Fabra el día 5 de mayo de 2017.

maternidad subrogada internacional⁶⁷. Así pues, en este caso, su decisión no es libre, sino que está motivada por una necesidad económica y estas mujeres pueden ser explotadas⁶⁸ aprovechándose, entonces las mujeres ricas de las pobres.

Según MARTIN HEVIA, en todos los contratos hay aprovechamiento, es decir, cada una de las partes del contrato obtiene algo a cambio, pero se ha de ver qué tipo de aprovechamientos son aceptables⁶⁹. En este caso, los estados partes deberían tomar las medidas apropiadas para suprimir todas las formas de tráfico de mujeres. A modo de ejemplo, el Parlamento Europeo en el párrafo 115 de la Resolución 17 de Diciembre de 2015 condena la práctica de la gestación por sustitución porque considera que «es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima⁷⁰». Se ha de tener en cuenta, en este caso, que el objeto del contrato de la gestación subrogada no puede ser un “*res extra commercium*” y muchos de los opositores, consideran que el útero de la mujer puede ser considerado como objeto ilícito, por lo que se estaría cosificando la figura de la mujer gestante⁷¹.

Otro de los argumentos que defienden la no regulación de la gestación por sustitución es porque consideran que aumenta la desigualdad de género, dado que refuerza los estereotipos negativos sobre las mujeres al ser vistas como “máquinas de producir bebés”⁷². Desde hace años, la lucha de la mujer por no ser valorada exclusivamente por su capacidad de gestar ha sido larga y difícil⁷³ y con esta técnica, se dan pasos atrás porque refuerza un estatus desigual de las mujeres, convirtiendo el trabajo de las mujeres en algo usado y controlado por otros⁷⁴.

4.1.5. ¿Acto altruista? Compensación o retribución

Uno de los debates más ruidosos sobre la gestación subrogada es si todo lo que queremos y podemos pagar se ha de poder comprar. En este caso, el debate radica en si es correcto otorgar una retribución a la madre gestante, una compensación económica por los gastos médicos y molestias generadas o simplemente no dar nada. La cuestión se centra en si dicha retribución puede llevar a una posible comercialización del cuerpo.

Muchas personas a favor de la gestación por sustitución consideran que a las madres gestantes se les tiene que dar una compensación por los gastos médicos y molestias generadas, pero no

⁶⁷ Comité de Bioética de España. (2017). *Op. Cit.* p. 31

⁶⁸ MARTÍN CAMACHO, J. (2009). *Op. Cit.* p. 8

⁶⁹ HEVIA, M. *Op. Cit.* p. 11.

⁷⁰ Resolución 17 de Diciembre de 2015 del Parlamento Europeo. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+XML+V0//ES>

⁷¹ GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016). *Op. Cit.* p. 12

⁷² SATZ, D. (2012). *Op. Cit.* p. 14

⁷³ LAMM, E. (2012). *Op. Cit.* p. 6.

⁷⁴ SATZ, D. (2012). *Op. Cit.* p. 12

retribuir las. Consideran que la gestación por sustitución altruista no vulneraría la dignidad de la mujer gestante, pero que en muchos casos, cuando la gestación por sustitución supone un precio, sí que habría una vulneración dado que podría implicar utilizar a mujeres necesitadas como reproductoras de hijos⁷⁵.

Este caso podría darse en Ucrania, donde el salario medio al mes es de 144 euros y la compensación económica para la madre gestante por dicho contrato sería de 8.000 euros. Es decir, sería como si a un español mileurista le ofrecieran 150.000 euros de golpe⁷⁶. Así, encontramos a mujeres ucranianas dispuestas a ser madres gestantes, que en el Reportaje emitido en la Cuatro “Vientres de alquiler en Ucrania”, cuando se les pregunta por qué han decidido hacerlo, afirman que ha sido por razones económicas, para sacar a su familia adelante, aunque, también para ayudar a las personas que no pueden tener hijos.



En lo explicado en el punto 2.2. sobre el turismo reproductivo se ha podido observar que hay países en donde se gratifica a la mujer que se ofrece a gestar el bebé de los padres comitentes a través de una compensación. Es decir, dicho contrato es gratuito, pero se pagan los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, en definitiva, aquellos gastos derivados de dicha técnica⁷⁷. Por otro lado, hay otros países en los que se permite que dicho contrato sea oneroso en donde se pagará una retribución a la mujer gestante. A modo de ejemplo, en Ucrania al no haber una buena regulación de la gestación por sustitución parecería que hay una cosificación de las mujeres gestantes, en cambio, en California, donde el contrato es oneroso y sí tienen una regulación legal clara para dicha práctica, parecería que no hay explotación de las mujeres gestantes.

Así pues, si se regulara de forma correcta no habría este problema. Se podría establecer que las mujeres estuvieran bien informadas antes de someterse a la gestación por sustitución, que haya un consentimiento libre, que no puedan acudir a dicha técnica de gestación más de 2 o 3 veces para no convertirla en su modo de adquirir riqueza, que hayan pasado por un embarazo para saber lo que conlleva, etc.

En este caso, y conforme a lo argumentado por LAMM, se podría ofrecer una compensación que no actúe como motivación ni tampoco enriquezca a la gestante, así se podrían evitar

⁷⁵ LAMM, E. (2013). *Op. cit.* p. 237.

⁷⁶ Reportaje En el punto de mira (Cuatro): “Vientres del alquiler en Ucrania”. Fecha emisión: 17/01/2017. https://www.cuatro.com/enelpuntodemira/a-carta/punto-mira-completo-carta_2_2310030003.html

⁷⁷ LAMM, E. (2013). *Op. cit.* p. 285.

posibles abusos que pueden surgir con la retribución económica. Tal como afirma la autora, «no se debe pagar un precio por esta tarea, pero tampoco se debe invisibilizar lo que ésta implica⁷⁸».

Hay que mencionar además que en el reportaje citado de la Cuatro se puede ver cómo comparan la donación de órganos con gestar a un bebé (donación de capacidad de gestar). Así pues, escuchamos a una madre que ha tenido a su bebé gracias a la gestación por sustitución que reflexiona: «Si te donan un órgano está bien visto. Sin embargo, que una señora tenga la generosidad de llevar nuestros bebés durante 9 meses... ¿Por qué tenemos que tacharla y tenemos que verla mal?». También, Lamm se pregunta «¿Por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados, que lo haga recurriendo a la donación de la “capacidad de gestación?”⁷⁹».

A raíz de este argumento, encontramos una noticia en el diario.es donde establece que España es, desde hace 24 años, líder mundial de trasplantes de órganos y que la Organización Nacional de Trasplantes garantiza que no se genere un mercado sobre un bien ligado íntimamente al cuerpo y la vida de las personas, como son los órganos. Además, elimina el riesgo del mercado negro, garantiza el acceso en plena igualdad a la recepción de los órganos, sin que pueda primar ventaja alguna por nivel de renta. Por ello, termina preguntándose: «¿Por qué no sería posible extender este modelo de éxito a la gestación por subrogación, una forma de donación, en este caso, de capacidad gestante⁸⁰?». Es decir, crear un mismo sistema para la gestación por sustitución, totalmente altruista, como se ha hecho para la donación de órganos.

Así pues, se ha podido observar los diferentes argumentos que los opositores a esta técnica objetan en torno a la figura de la mujer para que la misma no sea legal y siga prohibiéndose en nuestro país. En conclusión, las mujeres que desean gestar para terceros no obligan a quienes no quieren a hacerlo. En cambio, las personas que pretenden censurar el derecho a decidir de las mujeres sí bloquean la libertad de las otras para decidir qué hacer con su útero y con su cuerpo⁸¹.

⁷⁸ LAMM, E. (2013). *Op. Cit.* p. 285.

⁷⁹ LAMM, E. (2012). *Op. Cit.* p. 9.

⁸⁰ PAREDERO HUERTA, I. (2016). “Gestación Subrogada: un modelo español”. *El Diario*. 03.05.2016. (Consultado por última vez el 08/05/2018). Disponible en:

http://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-Subrogada-modelo-espanol_6_512058806.html

⁸¹ “15 cosas que deberías saber antes de estar en contra de la Gestación Subrogada”. *Tribus Ocultas*. Disponible en: http://www.lasexta.com/tribus-ocultas/artes/cosas-que-deberias-saber-antes-estar-gestacion-subrogada_20170704595c101a0cf26ceda48b9d1.html

4.2. Escenario post gestación por sustitución

4.2.1. Mercantilización del menor

Uno de los puntos que genera más escozor respecto la gestación por sustitución es la mercantilización de los menores recién nacidos. Un sector de la población considera que los bebés nacidos por gestación por sustitución son tratados como una mercancía. Como se ha especificado anteriormente, los seres humanos están fuera del comercio de los hombres por considerarse “*res extra commercium*”. Así pues, si el objeto del contrato de gestación subrogada fuere el niño, se estaría mercantilizando dicha figura⁸².

El artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño establece qué se entiende por venta de niños, esto es, todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución. Así, los opositores a dicha práctica consideran que la gestación por sustitución se puede incluir en este supuesto⁸³. Sin embargo, quienes refutan esta idea argumentan que cuando el niño haya nacido mediante gestación gestacional, donde los padres comitentes aportan material genético, dicho niño no sería objeto de compraventa dado que al menos uno de sus padres es su padre biológico.

Según el Comité de Bioética de España, para evitar la mercantilización del niño, habría que optar por el hecho de que la madre gestante tenga la filiación del niño hasta después del parto (como sucede en el Reino Unido) y así, si una vez nacido, la gestante lo consiente, se procederá a asignar la filiación a los comitentes. Con esta opción no se estaría comercializando con el cuerpo de la mujer ni con el niño, dado que no se estaría tratando al nacido como “cosa”. Sin embargo, esto genera una inseguridad jurídica enorme en relación al bebé nacido y a los padres comitentes.

De todas maneras, los padres intencionales no pueden hacer lo que quieran con el menor, sino que tienen obligaciones como padres y los niños tienen una serie de derechos.

4.2.2. El interés superior del niño

Así, tal como establece el art. 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, todas las medidas respecto de éste deben estar basadas en la consideración del interés superior del menor, es decir, este principio lo que defiende es que la filiación del niño quede

⁸² GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016). *Op. cit.* p. 12.

⁸³ Comité de Bioética de España. (2017). *Op. cit.* p. 30.

determinada, sin embargo, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, se deberá apreciar en atención al caso concreto⁸⁴

Con base en el interés superior del niño, los opositores a la gestación subrogada, alegan que los niños nacidos mediante esta técnica sufrirían consecuencias psicológicas y sociales a causa de la ruptura entre el vínculo materno-filial que se establece entre la madre gestante y el feto⁸⁵.

El Comité de Bioética de España considera que la ruptura del vínculo materno-filial es la ruptura más fuerte que pueda existir⁸⁶, dado que al romper este vínculo tras el parto, lo expone a un riesgo frecuente y grave de cosificación. Sin embargo, no todas las mujeres tienen un vínculo con sus fetos, dado que algunas deciden abortar⁸⁷. Además, como afirma MARTÍN CAMACHO, las investigaciones muestran que no existen dificultades o complicaciones psicológicas ni en los niños ni en las gestantes⁸⁸.

Otro argumento para refutar esta idea es haciendo una comparativa con la figura de la adopción, en la que este vínculo materno-filial no existe, y los estudios muestran que la adopción no genera consecuencias dañinas para los menores sino que para su desarrollo emocional y psicosocial lo más importante es el amor que reciben por parte de los padres adoptivos, pudiendo ocurrir lo mismo en la gestación por sustitución con los padres intencionales⁸⁹. Así, estando de acuerdo con lo que establece MARTÍN CAMACHO, «el vínculo biológico es importante, pero no determinante⁹⁰». A favor de este argumento, podemos considerar lo que opina SATZ sobre, que «no es seguro que los intereses más básicos o fundamentales siempre sea el de permanecer con sus padres biológicos, dado que algunos de esos niños están mejor sin sus padres biológicos cuando éstos son abusivos»⁹¹.

Desde mi punto de vista, los argumentos que sostienen los opositores de la gestación subrogada al basarse en la ruptura del vínculo materno-filial y no lo cuestionan en la adopción me parecen incoherentes, dado que si realmente hubiera esa ruptura y se está en contra de la gestación subrogada por esto, se debería estar en contra de la adopción por el mismo motivo.

Así, en conformidad con DURAN AYAGO y con LAMM, lo más conveniente para el nacido mediante la gestación por sustitución sería establecer la filiación a favor del padre/madre que ha

⁸⁴ DURÁN AYAGO, A. (2012). *Op. Cit.* p. 275.

⁸⁵ MARTÍN CAMACHO, J. (2009). *Op. Cit.* p. 12

⁸⁶ Comité de Bioética de España. (2017). *Op. Cit.* p. 81

⁸⁷ Tal como hemos comentado anteriormente en el apartado 4.1.3. del trabajo donde Debra Satz refuta dicho argumento.

⁸⁸ MARTÍN CAMACHO, J. (2009). *Op. Cit.* p. 12.

⁸⁹ MARTÍN CAMACHO, J. (2009). *Op. Cit.* p. 12.

⁹⁰ MARTÍN CAMACHO, J. (2009). *Op. Cit.* p. 13.

⁹¹ SATZ, D. (2012). *Op. Cit.* p. 10.

querido traer al mundo al niño, independientemente de que éstos hayan aportado su material genético⁹².

4.2.3. La filiación

Una de las cuestiones que también genera polémica es el momento a partir del cual se establece la filiación, es decir, cuándo se entiende que el menor nacido es hijo de los padres intencionales⁹³, si ésta se determina antes o después del parto. Se pueden diferenciar dos posturas: la primera, como sucede en el Reino Unido⁹⁴, donde consideran que la filiación se determinará después del parto⁹⁵, en el cual se conserva el principio romano de “*mater semper certa est*”, garantizando, así, la libertad de la gestante ante la posibilidad de cambiar de parecer y quedarse con el nacido⁹⁶. En el caso que ésta no se arrepienta del acuerdo adoptado en el contrato, se podrá establecer la filiación a favor de los padres intencionales.

En la segunda postura, la filiación se formaliza desde la firma del contrato y la autorización por parte de un organismo, sea un juez, tribunal, notario o comité⁹⁷. Esta postura ofrece una protección frente a las incertidumbres jurídicas que se pueden generar ante la transferencia de filiación postparto. Este tipo de postura se da, por ejemplo, en Grecia⁹⁸, donde la gestante pierde su derecho a cambiar de opinión después del nacimiento del bebé y estará obligada a cumplir con los términos del acuerdo adoptado y sólo podrá impugnar la filiación demostrando que ella es la madre genética. Esta postura también obliga a los padres intencionales, los cuales deberán hacerse cargo del menor⁹⁹.

Una solución al problema de la determinación de la filiación la podemos encontrar en LAMM¹⁰⁰, quien defiende que al tratarse de un acuerdo voluntario y tras haber ofrecido a la gestante un asesoramiento médico y psicológico adecuado y ésta haber prestado su consentimiento libremente, lo más adecuado para que haya una seguridad jurídica sería que la gestante y los padres comitentes no puedan cambiar de opinión una vez se haya autorizado el acuerdo entre ambos y se haya producido el nacimiento¹⁰¹.

⁹² LAMM, E. (2013). *Op cit.* p. 286.

⁹³ Comité de Bioética de España. (2017). *Op. Cit.* p. 68.

⁹⁴ Tal como explica LAMM, E. (2012). En *Realidad y derecho* «el Reino Unido le garantiza a la gestante un periodo de reflexión de 6 semanas, dentro de las cuales puede decidir quedarse con el niño. Sólo se transfiere a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales». p. 15

⁹⁵ LAMM, E. (2016). *Op. Cit.* p. 95.

⁹⁶ LAMM, E. (2012). *Op. Cit.* p. 16.

⁹⁷ LAMM, E. (2013). *Op. Cit.* p. 95.

⁹⁸ LAMM, E. (2012). *Op. Cit.* p. 14 donde explica que «los comitentes se convierten en padres legales del niño inmediatamente después del nacimiento, de la misma forma que los padres biológicos».

⁹⁹ LAMM, E. (2013). *Op. Cit.* p. 291.

¹⁰⁰ LAMM, E. (2016). *Op. Cit.* p. 82

¹⁰¹ LAMM, E. (2013). *Op. Cit.* p. 293.

4.3. Casos complejos que se pueden dar

La práctica de la gestación por sustitución puede generar una serie de problemas y conflictos¹⁰² entre las partes que intervienen y se han de considerar. Así, una serie de conflictos que podemos encontrar son los siguientes:

a) La mujer gestante solicita la interrupción del embarazo.

En este caso, tal como establece el artículo 3 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y el artículo 212-7 del Código Civil Catalán (en adelante, CCCat) todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su dignidad, integridad y bienestar físico y mental y, en particular, en cuanto al propio cuerpo y a la salud reproductiva y sexual. Por tanto, la libertad de la gestante durante el embarazo no se puede limitar¹⁰³ y el acuerdo de gestación subrogada no podrá contener cláusulas que restrinjan su libertad. Sin embargo, a través de la buena voluntad de la gestante y la confianza entre ambas partes, ésta podrá abstenerse de fumar, tomar alcohol o drogas, pero no de menoscabar su libertad de decisión¹⁰⁴, es por este motivo que si existe una ley que regule la gestación por sustitución, debería incluir el derecho de la gestante a decidir interrumpir el embarazo¹⁰⁵.

Otra solución planteada para este conflicto sería la posibilidad de establecer un acuerdo en cuanto al modo de proceder en materia de aborto.

b) La mujer gestante contrae una enfermedad grave a causa del embarazo que pueda afectar a su vida.

En este caso se pueden dar dos situaciones, por un lado que la gestante y comitente estén de acuerdo en practicar la interrupción del embarazo, o bien, que la gestante decida abortar pero los comitentes no quieran que esto suceda.

¹⁰² SOUTO GALVÁN, B. (2005). *Op. Cit.* p. 281

¹⁰³ LAMM, E. (2013). *Op cit.* p. 267

¹⁰⁴ El artículo 5 apartado 3º de la propuesta de ley de la Asociación para la legalización y regulación de la Gestación Subrogada en España establece lo siguiente: «Si durante la gestación subrogada se produjesen algunas de las circunstancias previstas para la interrupción del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la mujer gestante por subrogación podrá libremente adoptar la decisión que estime oportuna en el marco de la Ley. Disponible en: <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley>

¹⁰⁵ LAMM, E. (2013). *Op cit.* p. 269.

En el caso que la gestante y comitentes estén de acuerdo en practicar la interrupción del embarazo, no habría mayor conflicto y se practicaría el aborto. Sin embargo, la gestante tendría derecho a que se le paguen los gastos y las compensaciones devengadas hasta ese momento¹⁰⁶.

En cambio, el conflicto nos lo podríamos encontrar en el supuesto que la gestante decida abortar y los comitentes no quieran hacerlo. En este caso, tal como se ha comentado anteriormente, no se puede limitar la libertad de la gestante, en tanto que no se la puede obligar a continuar con el embarazo por atentar contra la libertad, la privacidad, la integridad física, la seguridad y la autonomía de la mujer¹⁰⁷. Sin embargo, al no estar de acuerdo los padres intencionales en que se practique el aborto, la gestante deberá devolver cualquier cantidad que hubiese recibido, a excepción de los gastos médicos, de los gastos de traslados y todos aquellos gastos que deriven directamente del proceso¹⁰⁸, tal como propone el Comité de Bioética de España.

En el caso que la gestante tome la decisión de abortar sin tener una causa grave y justificada de salud, ocasionará, probablemente, un daño moral a los padres intencionales, así pues, éstos podrán reclamar por daños y perjuicios.

También se ha de tener en cuenta la situación en que la mujer gestante fallezca en el proceso de gestación y, por obvias razones, se extinguiría el contrato. Sin embargo, los herederos de la fallecida podrán reclamar las cantidades estipuladas, a no ser que ésta se suicidara en donde en principio no cabría reclamación monetaria.

c) La mujer gestante contrae una enfermedad que pueda o haya producido graves anomalías al feto o éste padece problemas de salud y la pareja comitente solicite la interrupción del embarazo

Como en el caso anterior, se podrían dar dos situaciones: por un lado, que la gestante y comitente estén de acuerdo en practicar la interrupción del embarazo, donde no habría conflicto porque se interrumpiría el embarazo, o bien, por otro lado, que la gestante no quiera abortar.

En este último caso, como anteriormente hemos mencionado, los comitentes no podrán obligar a la gestante a interrumpir el embarazo. Además, éstos son los que desde un principio tenían la intención de traer al mundo a un bebé a través de la gestación por sustitución, por lo que son los responsables de que nazca. En el caso que tratamos, al presentar anomalías en el feto, los comitentes deben aceptar los riesgos de enfermedades o cualquier otra anomalía, como veremos más adelante. Sin embargo, sería conveniente que en dicho contrato se regulara y se acordara la forma y las posibles situaciones que se pueden dar para poder interrumpir el embarazo.

¹⁰⁶ LAMM, E. (2013). *Op cit.* p.270

¹⁰⁷ LAMM, E. (2013). *Op cit.* p. 271

¹⁰⁸ Tal como propone el Comité de Bioética de España. (2017). *Op. Cit.* p. 76

En el caso que la mujer embarazada dañe al feto intencionalmente, se podría autorizar a los comitentes a no asumir la responsabilidad de criar a un niño que sufre de una anomalía¹⁰⁹.

d) El hijo nace con malformaciones o anomalías y los padres comitentes no lo aceptan.

En este supuesto, haciendo referencia a lo que considera LAMM, el sistema propuesto para evitar estos problemas sería que los padres intencionales aceptaran los riesgos que puede haber de que el bebé nazca con anomalías, sin perjuicio de lo que se pudiera acordar respecto de la posibilidad de practicar un aborto en caso de malformación o enfermedad del feto. Se debería aceptar los riesgos dado que de un embarazo y parto natural puede nacer un hijo con anomalías o enfermedades, también en las TRHA ese riesgo se ha de asumir¹¹⁰ y los padres intencionales deberían estar obligados a hacerse cargo del nacido, a pesar de su estado de salud.

Este conflicto está regulado en varios estados de forma correcta, sin embargo, podemos ver, a través del reportaje mencionado anteriormente¹¹¹, que en Ucrania si el bebé nace “defectuoso”, los padres comitentes pueden revocar el contrato y rechazar al bebé al nacer. Según la ley ucraniana la gestante no es la madre biológica y no tiene ningún derecho sobre el bebé. Así, si los padres (que acuden a dicha técnica) rechazan al bebé recién nacido, éste sería llevado a un orfanato. Por lo tanto, en los países donde esté regulada la técnica, urge una regulación sobre el plazo de arrepentimiento de la pareja ante el proceso de gestación por sustitución, para que no se encuentren niños en esta situación y así garantizar los derechos del menor.

e) La pareja comitente se divorcia, o muere uno de los miembros durante el embarazo.

En el supuesto del fallecimiento de alguno de los padres intencionales, debemos diferenciar si ambos comitentes fallecen o únicamente uno de ellos muere. En el caso que muera uno de ellos, el nacido se quedaría a cargo del otro comitente. Sin embargo, en el caso que ambos comitentes mueran, una vez el contrato de gestación se haya llevado a cabo y la mujer gestante esté embarazada, el bebé que nazca tendrá la filiación de los padres comitentes, y será el juez el que deberá proceder a nombrarle un tutor¹¹², en este caso se le debería permitir a la mujer gestante optar por la tutoría del menor. Así que, para evitar dicha situación, se debería incluir una cláusula en dicho contrato donde se nombrara a un posible tutor en caso de fallecimiento de ambos padres intencionales antes del nacimiento.

¹⁰⁹ LAMM, E. (2013). *Op cit.* p. 267.

¹¹⁰ LAMM, E. (2013). *Op cit.* p. 267.

¹¹¹ Reportaje En el punto de mira (Cuatro): “Vientres del alquiler en Ucrania”. Fecha emisión: 17/01/2017. https://www.cuatro.com/enelpuntodemira/a-carta/punto-mira-completo-carta_2_2310030003.html

¹¹² LAMM, E. (2013). *Op cit.* p. 289.

En el supuesto de que la pareja comitente se divorcie, como consecuencia de la obligatoriedad del contrato, las partes estarán obligadas a su cumplimiento. De igual modo, el deber de las madres/padres es hacerse cargo del hijo nacido, según lo que establece el artículo 92.1 del Código Civil y el artículo 233-8 y 236-17.1 del CCCat y la nulidad, la separación y el divorcio no eximen a los padres de las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos. Por tanto, éstos, aún y divorciarse, se harán cargo del menor de acuerdo a las normas establecidas por la legislación competente.

f) Si la mujer gestante no renuncia a la filiación.

En este caso, como hemos comentado anteriormente en el apartado 4.2.3. respecto del momento en que se determina la filiación, la solución a este problema es la que defiende LAMM: lo más adecuado para que haya una seguridad jurídica sería que la gestante y los padres comitentes no puedan cambiar de opinión una vez se haya autorizado el acuerdo entre ambos y se haya producido el nacimiento. Así, desde un principio quedará determinada la filiación y el niño al nacer tendrá reconocida una filiación.

4.4. ¿Se debe regular la gestación por sustitución? ¿Cómo?

En definitiva, muchos conflictos jurídicos, éticos y morales están en juego en la regulación de la gestación por sustitución, pero se ha de actuar, urge una regulación ante esta técnica, habida cuenta que la situación no cambiará y seguirá habiendo niños nacidos por contratos de gestación por sustitución. Es por esto que considero que prohibirla de forma absoluta no es la solución, sino que se ha de legislar para evitar riesgos que existen actualmente, como son el tráfico de menores, la comercialización del cuerpo, la vulneración de la dignidad de la mujer gestante y la situación jurídica de los nacidos mediante dicha técnica, entre otras.

Esta regulación abarcaría diferentes ramas del derecho, como sería el derecho civil en materia de contratos y obligaciones, dado que se debería respetar la ley en cuanto al contrato creado entre la mujer gestante y la parte/s solicitante/s, primando siempre la libertad contractual¹¹³; también el derecho de familia estaría directamente afectado, en vista de que el Estado debería establecer la filiación del menor nacido. Y además, se tendrían que respetar los derechos fundamentales constitucionales. También, debería implicarse el Ministerio de Salud, habida cuenta que esta TRHA implica un procedimiento médico y se debería proteger el bienestar físico y mental de las partes, sobre todo, de la gestante.

Muchos son los que proponen una ley para la regulación de la gestación subrogada en España, por ejemplo, el 8 de septiembre de 2017 el Grupo parlamentario Ciudadanos presentó una

¹¹³ COSSIO DÍAZ, J.R; OROZCO Y VILLA, L.H (2018). “La gestación subrogada”. *Nexos*. Abril 2018. Disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=36935>

proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación¹¹⁴, la Asociación por la Gestación subrogada en España también presentó una proposición de ley para regular dicha técnica¹¹⁵, y Eleonora Lamm, en su libro “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*” también presenta una propuesta de ley sobre gestación por sustitución. Ante las grandes similitudes entre todas ellas, destacaré los puntos clave que considero que habrían de establecerse.

En primer lugar, en cuanto a la determinación legal de la filiación, se determinará cuando se formalice desde la firma del contrato y la autorización por parte de un organismo, sea un juez, tribunal, notario o comité. La Asociación por la Gestación Subrogada en España considera que la autorización del notario es suficiente para ello; en cambio, E. LAMM considera que la autorización la debería dar el juez, actuando acompañado y asesorado por un equipo multidisciplinario (abogado, médico clínico, psicólogo y un trabajador social)¹¹⁶, así, sea por uno u otro organismo, una vez formalizado el contrato de gestación por subrogación y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación, no podrán impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de tal gestación.

En segundo lugar, el material aportado para la gestación por sustitución no podrá proceder de la gestante, sino que deberá ser material genético de los padres intencionales o de donantes. Así pues, el embarazo deberá ser realizado por un médico a través de FIV.

En tercer lugar, en cuanto al contrato, éste deberá ser gratuito, no podrá tener carácter lucrativo o comercial. Sin embargo, se dará a la gestante una compensación por los gastos médicos, de desplazamiento, y aquellos gastos directos que procedan de la gestación por sustitución. Esta compensación no debe ser una motivación para enriquecer a la gestante, evitando así la profesionalización de la práctica y sus posibles abusos¹¹⁷, como se ha comentado anteriormente en el trabajo.

En cuarto lugar, en cuanto a los requisitos de la gestante, ésta deberá:

- Prestar su consentimiento libre, pleno e informado para someterse a la gestación subrogada. Este consentimiento debe ser informado, es decir, entender bien todos los riesgos relacionados con el procedimiento, como puede ser la sobreestimulación ovárica, la utilización de la anestesia, la punción ovárica, etc. Y deberá tener un asesoramiento psicológico adecuado.

¹¹⁴ http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF

¹¹⁵ <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley>

¹¹⁶ LAMM, E. (2013). *Op cit.* p. 253.

¹¹⁷ LAMM, E. (2016). *Op. Cit.* 83.

- La gestante deberá tener plena capacidad y buena salud física. Así, es importante destacar la autonomía de las personas, es decir, todo individuo tiene el derecho a elegir libremente su proyecto de vida.
- La gestación será gestacional, es decir, la madre gestante sólo podrá aportar la capacidad de gestar, pero no su material genético.
- La gestante no podrá someterse a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces, para evitar así posibles abusos y que sea una manera de ganar su sueldo.
- La gestante deberá tener, al menos, un hijo propio, para saber lo que implica estar embarazada y dar a luz.

En quinto lugar, en cuanto a los requisitos de los comitentes, éstos deberán ser:

- Se permitirá la gestación subrogada tanto a las parejas casadas como a las no casadas, heterosexuales y homosexuales, y también a personas solteras.
- El material genético deberá ser aportado de los comitentes. En el caso de parejas, al menos uno de ellos deberá aportar su gameto.
- El o los comitentes deben tener alguna imposibilidad de concebir o de llevar a cabo un embarazo sin riesgo para la salud de la mujer o del niño por nacer. Evitando así, que las mujeres aprovechen dicha técnica con finalidades estéticas.

Para concluir, como se ha ido comentado a lo largo del trabajo, no podrán establecerse cláusulas que limiten los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo. Y también, será necesario que las partes estén de acuerdo en cuanto al modo de proceder en materia de aborto¹¹⁸.

¹¹⁸ LAMM, E. (2013). *Op cit.* p.269.

5. REFLEXIONES FINALES

Con lo dicho hasta aquí se puede decir que la gestación por sustitución es la única vía para personas con problemas de infertilidad o enfermedades uterinas que no permiten gestar a un bebé en su interior y que no desean recurrir a las vías de acogimiento y adopción. La finalidad de dicha técnica es que éstos puedan y consigan llegar a tener un hijo con su material genético o donado. Conviene subrayar que los contratos por sustitución están en auge y más personas son las que acuden a países donde está regulado para poder tener un bebé mediante esta técnica de reproducción asistida, aun estando prohibida en nuestro país.

Es por esto que tras haber realizado el presente trabajo considero que hay una necesidad de regular la gestación por sustitución de manera internacional. Ya que, como hemos dicho, evitaríamos los riesgos que existen actualmente, como el tráfico de menores, la comercialización del cuerpo de la mujer, la vulneración de la dignidad de la mujer gestante y la situación jurídica de los nacidos mediante dicha técnica.

A mi modo de ver, dicha técnica debería estar limitada y ser usada única y exclusivamente por aquellas personas o parejas que no puedan tener hijos de manera natural ni tampoco acudiendo a otras técnicas de reproducción asistidas, es decir, que no puedan gestar, concebir o llevar a cabo un embarazo. Por el contrario, no debería ser usada por aquellas mujeres que lo hagan con la finalidad de evitar los cambios físicos producidos en el cuerpo, los cambios hormonales que se generen y demás. No es una técnica cuya finalidad es la estética y comodidad, sino que realmente el fin ha de ser ayudar a las personas que tienen infertilidad.

Hay que mencionar, además, una frase que dijo Eleonora Lamm, gran especialista en el tema de la gestación por sustitución: *«¿Por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados, a que lo haga recurriendo a la donación de la capacidad de gestación?»¹¹⁹*. Con esto quiero decir que debería ser tratado del mismo modo la donación de óvulos que la donación de la capacidad de gestación. Debería ser un hecho altruista por parte de una persona hacia otra. Sin embargo, en lo que me gustaría incidir es en el hecho de que las madres gestantes no reciban una gran retribución, para no convertirse, así en su fuente de ingresos, sino que sean recompensadas por los gastos directos generados por el embarazo y una pequeña cantidad de dinero por la gran ayuda prestada y felicidad que reciben muchas personas gracias a dicha técnica.

Así pues, considero que las personas deberían poder elegir la forma de ser padres libremente, siempre y cuando sea de manera responsable. En el caso de la gestación por sustitución el Estado debería proteger la pluralidad que existe en nuestra sociedad, ayudando a sus ciudadanos

¹¹⁹ LAMM, E. (2012). *Op. Cit.* p. 9.

y no poniéndoles trabas ante la paternidad/maternidad y, sobre todo, no dejando desamparados a esos bebés traídos de países donde se permite dicha técnica.

No hemos de cerrar los ojos ante la realidad, sino que debemos luchar por una regulación de algo que está sucediendo actualmente y que por más que se prohíba no dejará de ocurrir. Tenemos que ser conscientes de las grandes ventajas que pueden ofrecernos las TRHA y que igual que avanzan los tratamientos médicos, el derecho también ha de progresar, no nos podemos anclar en una sociedad donde únicamente se podía tener hijos de forma natural.

Es por esto que finalizo el trabajo con la siguiente reflexión y es que a mi parecer, habitualmente, las personas nos intimidamos ante la complejidad de la vida. A modo de ejemplo, cuando se tuvo que regular el aborto se generaron dilemas éticos y jurídicos. Sin embargo, aun y haber personas que no lo aceptaron, se reguló de forma prudente y correcta. Así, de igual modo puede regularse la gestación por sustitución, incluso habiendo conflictos entre diferentes sectores se ha de proporcionar una solución a los problemas a los cuales los tribunales se están enfrentando actualmente.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I. (2006). *Nuevos límites del derecho a procrear*. Derecho Privado y Constitución. ISSN: 1133-8768. N°20. Enero-Diciembre 2006. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2513404>

BORONAT TORMO, M. (2017). “Tener hijos no es un derecho”. El País. 06.03.2017. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2017/03/01/opinion/1488376776_471436.html

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. (2017). *Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

COSSIO DÍAZ, J.R; OROZCO Y VILLA, L.H (2018). “La gestación subrogada”. *Nexos*. Abril 2018. Disponible en: <https://www.nexos.com.mx/?p=36935>.

DELCLÓS, T. (2014). “¿Puede alquilarse un vientre?” *El País*, 27.07.2014. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2014/07/25/opinion/1406307767_057258.html

DURÁN AYAGO. A. (2012). *El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*. Anuario español de derecho internacional privado. Tomo XII. Iprolex 2012.

FARNOS AMOROS. E. (2015). *La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología*. ADC, tomo LXVIII, 2015, Fasc. I. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2015-10000500061_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_filiaci%F3n_derivada_de_reproducci%F3n_asistida:_voluntad_y_biolog%EDa

FARNOS AMOROS. E. (2010): *Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*. InDret 1/2010. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf

GARCÍA ALGUACIL, M.J. (2016). *¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?* Aranzadi Civil-Mercantil nº5/2016. BIB 2016/21188.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*. Editorial Marcial Pons.

HEVIA, M. (2017). “*The legal status of surrogacy agreements and the American Convention on Human Rights*”. Seminario del Dr. Martín Hevia al cual acudí en la Universidad Pompeu Fabra el día 5 de mayo de 2017.

LAMM.E. (2016). *Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos*. Ars Iuris Salmanticensis ESTUDIOS. Vol. 4, 61-107. Junio 2016. eISSN: 2340-5155.

LAMM, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona, Publicacions i edicions.

LAMM, E. (2012). *Gestación por sustitución. Realidad y derecho*. InDret 3/2012.

LAMM, E. Vídeo de la Conferencia “*Gestación por sustitución. Realidad y legalidad en España y el mundo*”. Se puede visualizar en: <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/conferencia-gestacion-por-sustitucion-realidad-y-legalidad-en-espana-y-el-mundo>

LLEDÓ YAGUE, F. (1988). *El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo*. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco. En: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Ed. Trivium Madrid.

MARTÍN CAMACHO, J. (2009). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*. Fundación Foro. Disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

MONTERO, M. (2017). “Un centenar de personas protesta en Madrid contra la feria de gestación subrogada”. *El País*. 06.05.2017. Disponible en: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2017/05/06/madrid/1494080523_936896.html

ORTIZ FERNÁNDEZ, J. (2016). “*La industria de los vientres de alquiler se traslada a Camboya por las trabas legales en India*” Periódico on line Actual. 30.06.2016. Véase en: <http://www.actuall.com/vida/la-industria-de-los-vientres-de-alquiler-se-traslada-a-camboya-por-las-trabas-legales-en-india/>

PAREDERO HUERTA, I. (2016). “*Gestación Subrogada: un modelo español*”. *El Diario*. 03.05.2016. Disponible en: http://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-Subrogada-modelo-espanol_6_512058806.html

PRIETO, M. (2015). “Tailandia dejará de ser el útero de alquiler del mundo”. El Mundo. 20.02.2015. Disponible en:

<http://www.elmundo.es/internacional/2015/02/20/54e71ac722601d981f8b456c.html>

SATZ, D. (2012). *Por qué ciertas cosas no deberían estar a la venta: Los límites morales de los mercados*. Revista Argentina de Teoría Jurídica. Volumen 13, agosto de 2012.

SOUTO GALVÁN, B. (2005). *Aproximación al estudio de la Gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho*. Foro, Nueva ÉPOCA. Nº 1/2005. ISSN: 1698-5583.

VILA CORO, A. (2015). *Hacia una regulación de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Asistida*. Coord. Por FARNÓS AMORÓS, E., BENAVENTE MOREDA, P. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. Boletín del Ministerio de Justicia. ISSN: 1989-4767.

VILA CORO, A. (2010). *Argumentario en defensa de la gestación subrogada*. Asociación de Familias por Gestación Subrogada. Disponible en: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/2010/11/argumentario-en-defensa-de-la-gestacion.html>

Els Matins de Tv3 (04/05/2017). “La gestació subrogada està prohibida a Espanya, però a Madrid se’n fa una fira”. Disponible en: <http://www.ccma.cat/tv3/alacarta/els-matins/la-gestacio-subrogada-esta-prohibida-a-espanya-pero-a-madrid-sen-fa-una-fira/video/5665368/>

“El TS equipara la gestación por subrogación a la adopción y acogimiento a los efectos de reconocer la prestación por maternidad”. *IUSTEL* (05.04.2017).

Véase en: http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1164426

“La situación de la gestación subrogada en el mundo”. El País, 27.06.17. Disponible en:

https://elpais.com/internacional/2017/06/27/actualidad/1498555779_269973.html