

**LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
DESDE UNA PERSPECTIVA
JURÍDICA: ALGUNAS REFLEXIONES
SOBRE EL CONFLICTO ENTRE
DESEOS Y DERECHOS**

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: LAS CLAVES DEL DEBATE. 2. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: 3.1 La nulidad de los contratos de gestación por sustitución. 3.2 Análisis crítico de la STS de 6 de febrero de 2014. 3.3 La gestación por sustitución y la prestación por maternidad. 4. EL IMPACTO DE GÉNERO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. 5. UNA PROPUESTA GARANTISTA, Y POCO PROBABLE, DE REGULACIÓN. 6. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 9.01.2017
Fecha aceptación: 25.04.2017

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CONFLICTO ENTRE DESEOS Y DERECHOS

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ¹

«Cedo mi cuerpo libremente para que lo usen los demás. Pueden hacer conmigo lo que quieran. Soy un objeto. Por primera vez siento el poder que ellos tienen»

MARGARET ATWOOD,
El cuento de la criada

1. INTRODUCCIÓN: LAS CLAVES DEL DEBATE

La denominada «maternidad subrogada» o «gestación por sustitución» (en adelante, GS)², también conocida como «vientres» o «úteros de alquiler», está

¹ Profesor Titular, Acreditado como Catedrático, de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba. ID: 0000-0002-1294-8662. Departamento de Derecho Público y Económico. Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales Puerta Nueva, S/N. 14071-Córdoba. Email: dp1sabeo@uco.es

² El debate parte de los mismos términos utilizados para calificar esta realidad, ya que en muchos casos se considera que «gestación por sustitución» o «maternidad subrogada» son eufemismos que pretenden ocultar el hecho de la explotación de la mujer gestante y la transacción comercial que se realiza con su capacidad reproductora. Con respecto a la terminología, se ha señalado que «según el diccionario de la Real Academia Española (2001) la palabra «subrogado»

generando en los últimos años un intenso debate político, jurídico y ético³. Un debate que nos remite a cuestiones esenciales desde el punto de vista de los derechos fundamentales —el contenido esencial y los límites del derecho a la vida, la integridad física y moral, la autonomía, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad— y que finalmente nos plantea el interrogante de si existe o no el que podríamos llamar «derecho a la procreación». O, expresado de otra manera, si podemos entender que la paternidad o la maternidad, más allá de una opción personal o un proyecto de vida, constituirían una aspiración que los poderes

significa «sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona», sin embargo esta definición no alcanza a cubrir el horizonte que se abre con las prácticas de reproducción asistida. En el ámbito jurídico, el término «subrogación» evoca la idea de sustitución, ya sea de una cosa o persona por otra. En nuestro caso, sería la sustitución de una mujer por otra. Sin embargo, la subrogación es también una forma de transmisión de las obligaciones, como cuando se sustituye un acreedor por otro, algo que no puede adjudicarse a la maternidad subrogada ya que la mujer que contrata no puede ser sustituida por otra mujer contratante. En consecuencia, la idea que se debe aplicar a la subrogación es la de sustitución o cambio de la ubicación de la gestación. Una denominación más apropiada para hacer referencia a esta práctica, parecería ser la de «persona gestante», dado que «gestar» significa el «llevar o sustentar sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto». (RAE, 2001). Haciendo la salvedad que en ocasiones esta mujer puede o no tener vínculo biológico con el feto». MIR CANDAL, L. (2010), «La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada», *Revista Redbioética/UNESCO*, vol 1.º, n.º 1, julio, p. 5. En este texto opto el término «gestación por sustitución», que ha sido el usado tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que «la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto atento a que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra “sustitución” específica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo. La palabra “subrogada”, por su significado, se asocia con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: gestación y material genético». LAMM, E. (2012), «Gestación por sustitución: realidad y derecho», *Indret: revista para el análisis del Derecho*, n.º 3, p. 4.

³ El debate fue alentado por la intención del gobierno del PP de avalar este tipo de contratos a través de la reforma de Ley del Registro Civil que más adelante comentaremos. En la campaña electoral de 2016 el tema volvió a plantearse ya que Ciudadanos lo incluyó en su programa. De hecho, su Grupo Parlamentario presentó a finales de 2016 una proposición no de ley mediante la que pedía al Gobierno que garantice las prestaciones por maternidad/paternidad a las madres y padres que lo sean a través de la GS (http://www.eldiario.es/sociedad/Ciudadanos-subrogada-disfruten-paternidad-maternidad_0_594940619.html, consultada: 26/12/15). Por otra parte, la Asociación por la Gestación Subrogada en España ha preparado una iniciativa legislativa popular (en adelante, ILP) cuyo texto puede consultarse en: <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp> (15/12/16). Además, el gobierno ha anunciado la intención de abordar la cuestión en la presente legislatura: <http://www.lavanguardia.com/vida/20161214/412602666192/espana-prepara-ley-vientres-alquiler.html>, consultada: 29/12/16. Sobre las posiciones de los distintos partidos en torno a esta cuestión véase el debate organizado por el periódico EL PAÍS con representantes del PSOE, PP, Ciudadanos y Podemos: http://elpais.com/elpais/2017/02/20/videos/1487611171_423460.html (consultada: 8/2/17)

públicos deben garantizar⁴. A su vez estos interrogantes se sitúan en el contexto más amplio de revisión de un Derecho de Familia que continúa lastrado por dos elementos propios del patriarcado: la heteronormatividad y la concepción biologicista de los vínculos paterno-filiales⁵. Todas estas cuestiones no pueden ser abordadas de manera adecuada sin tener presente no solo el «interés superior» de los menores, sino también una perspectiva de género, en cuanto que son las mujeres quienes se ven interpeladas por una técnica que plantea muchas dudas en cuanto a su legitimidad desde la consideración de las gestantes como sujetos autónomos.

La «perversidad» del debate en torno a la GS radica precisamente en que quienes se posicionan a favor lo hacen apoyándose en la defensa de la autonomía de las mujeres⁶. Defender lo contrario, entienden, supondría un paternalismo que lleva a considerarlas como menores de edad a las que cabría limitar el derecho a disponer de su propio cuerpo y de su capacidad reproductora. A estos argumentos habría que sumar los que, de manera más endeble sobre todo desde el punto de vista jurídico, se centran en la idoneidad de esta vía para permitir tener hijos/as a quienes no pueden concebirlos de manera natural. Desde este punto de vista, la GS vendría a garantizar en última instancia lo que algunos califican como «derecho a procrear», implícito en los derechos al libre desarrollo

⁴ ZAMORA BONILLA, J. (1998), «Úteros en alquiler», *Isegoría*, 18, (http://www.uned.es/dpto_log/jpzb/docs/UTEROS%20EN%20ALQUILER.pdf, consultada: 23/12/17)

⁵ En este sentido incluso se habla del «carácter subversivo de la subrogación» ya que la misma «amenaza dos conceptos tradicionales que han resultado tranquilizadores durante largo tiempo para el mundo occidental: la familia y la maternidad». GUERRA-DÍAZ, D. (2010), «Aspectos psicosociológicos de la subrogación uterina», en VV. AA., *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*, Fundació Víctor Grifols i Lucas, Barcelona, p. 30. Sobre el cambio que han supuesto las técnicas de reproducción humana asistida en la determinación de la filiación jurídica, véase VELA SÁNCHEZ, A. J. (2015), *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Madrid, Reus, pp. 30 ss. Sobre los argumentos y las razones a favor de la regulación legal véanse LAMM, E. (2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universidad de Barcelona; y DURÁN AYAGO, A. (2017), «Premisas para el debate en una necesaria regulación de la gestación por sustitución», <http://diarium.usal.es/clinicajuridica/2017/01/31/premisas-para-el-debate-en-una-necesaria-regulacion-de-la-gestacion-por-sustitucion/> (consultada: 31/01/17).

⁶ En este sentido, se ha defendido que es precisamente la disciplina de tipo contractual con respecto a la maternidad la que garantiza finalmente la autonomía de las mujeres. SHALEV, K. (1992), *Nascere per contratto*, Milano, Giuffrè. De manera más matizada T. Pitch apuesta por un «consenso» entre las madres, que debería darse antes y después del parto. PITCH, T. (2003), *Un derecho para dos*, Madrid, Trotta. Sobre la propuesta de «desbiologizar» la filiación véase BORRILLO, D. (2011), «Por una teoría queer del Derecho de las personas y las familias», *Direito, Estado e Sociedade*, n.º 39, pp. 27-51.

de la personalidad (art. 10.1 CE) y a crear una familia (art. 39 CE). En este sentido, incluso se alega el principio de igualdad y no discriminación para defender el derecho de una pareja de hombres homosexuales a tener un hijo genéticamente propio⁷.

Frente a otras opciones existentes para aquellas parejas que no pueden gestar, se recuerdan las dificultades que conllevan los largos procesos de adopción, más evidentes en el caso de parejas homosexuales ya que en muchos países lo tienen prohibido. Además, se plantea que «no es justo ni moral establecer un doble estándar para las personas que no tienen problemas para concebir y otro para las que sí los tienen: deber moral de adoptar para unos y exclusión del mismo para otros» y se valora que en la GS al menos un comitente puede aportar su material genético⁸. A estos argumentos se suman aquellos que insisten en que la GS no atenta contra la salud física y psíquica de la gestante ni produce efectos negativos en los hijos así gestados⁹.

Desde un punto de vista más sociológico, la Asociación por la Gestación Subrogada en España parte de la consideración de que la GS es ya una realidad que se ve con la misma naturalidad que otros cambios que en los últimos años se han producido en el ámbito del Derecho de Familia. En este sentido, usa como referente la «interpretación evolutiva» de la Constitución propuesta por la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, que avaló la legitimidad constitucional del matrimonio igualitario¹⁰.

⁷ VELA SÁNCHEZ, A. J., (2015), cit., p. 140.

⁸ LAMM, E., (2012), cit., p. 9. También se han usado a favor de la GS argumentos de carácter utilitarista, según los cuales «la operación de «alquiler del útero» es un ejemplo típico de «mejora paretiana»: todas las partes involucradas en la transacción están mejor después de realizarla que antes (en términos económicos: aumenta su «bienestar» o «utilidad»), o al menos eso esperan...» ZAMORA BONILLA, J. (1998), cit., pp. 3-4. Ahora bien, como señala L. NUÑO, «no es cierto que solo comporte beneficios para todas las partes. El perjuicio más evidente es el que se deriva de los riesgos que conlleva un embarazo, un parto y un posparto, que afecta a la integridad física y moral de la gestante y que pueden tener implicaciones negativas no solo en su calidad de vida sino en la de su familia», «Una nueva cláusula del contrato social: vientres de alquiler», *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, n.º 55, p. 689.

⁹ Incluso se llega a afirmar que «en la salvaguarda de la dignidad humana —la de la mujer gestante o la del hijo así concebido— no se encuentra en absoluto el único valor fundamental que debe asegurarse frente al convenio de gestación por encargo, pues hay que pensar también en la protección del matrimonio o de la familia, defensa garantizada también constitucionalmente respecto de esta última en el artículo 39 CE». VELA SÁNCHEZ, A. J., (2015), cit., p. 211.

¹⁰ En este sentido, merecen destacarse las reflexiones que realiza el magistrado Luis Fernando de Castro Fernández, y al que adhieren María Milagros Calvo Ibarlucea y Jesús Souto Prieto, a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016 que más adelante comentaremos: «De otra parte no parece del todo ajena a la solución debida el elemento

En la posición contraria a la GS coinciden, evidentemente con argumentos distintos, posiciones religiosas y feministas¹¹. Desde las segundas, la crítica se centra en lo que de mercantilización del cuerpo y de la capacidad reproductora de las mujeres supone la GS¹². Se mantiene que este tipo de gestación es una expresión más de la alianza entre patriarcado y capitalismo que lleva a que la mujer sea considerada como un medio y no como un fin, lo cual supone un atentado contra su dignidad. Se insiste además en la escasa, o nula en muchos casos, garantía de los derechos de las mujeres gestantes y se critica el negocio que implica esta técnica, lo que, a su vez, da lugar a una especie de «ciudadanía censitaria» ya que solo los ciudadanos y las ciudadanas con un alto nivel de recursos pueden acceder a ella¹³. En este sentido, por ejemplo, Luisa Muraro advierte del riesgo que supone que el dinero no solo realice los deseos sino que también pueda acabar instituyendo una

interpretativo de la «realidad social», pues si bien es notoria la existencia de un colectivo que defiende e incluso acomete tal actuación —«maternidad subrogada»— en el extranjero, pese a estar —o precisamente por estar— prohibida en nuestro país, con lo que no puede negarse una cierta conciencia social favorable a tal tipo de prácticas, no lo es menos que hay una colectividad no menos amplia que con toda energía la rechaza, por considerar —como señala la doctrina— que comporta la «comercialización del embarazo» e implica la consideración del recién nacido como «algo cercano a un objeto, que además estaría dentro del comercio, conclusión que es absolutamente atentatoria y contraria al respeto a la dignidad humana, como lo es igualmente permitir el alquiler del cuerpo humano, el de la madre gestante». Es más, en ese mismo tratamiento del componente sociológico como elemento hermenéutico (art. 3.1 CC), entiendo que tampoco pueden ser de inocua consideración —por ser de común dominio— tanto los elevados costes económicos de la «maternidad subrogada» cuanto los habituales importes que corresponden a las gestantes, así como la procedencia geográfica de éstas y de los comitentes, hasta el punto de que ello ha llevado a algunos autores a sostener que con la admisión del fenómeno se permite la instrumentalización de los más débiles en favor de los económicamente poderosos. Y para mí este dato, en ausencia de específica prescripción legal sobre el derecho reclamado (prestaciones por «gestación por encargo»), no solamente no es neutro, sino que ofrece relevante trascendencia que también me induce a la negación del derecho que se reclama».

¹¹ Entre las primeras basta con recordar lo mantenido por la Congregación para la Doctrina de la Fe en su «Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación» de 22 de febrero de 2007: «La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen» (http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html, consultada: 8/01/17).

¹² Como ejemplo de posición doctrinal contra la regulación de la GS, véase NUÑO, L. (2016), cit., pp. 683-700. En cuanto a los argumentos jurídicos en contra, véase GONZÁLEZ GRANADO, J. (2017), «La nulidad del contrato de gestación subrogada. Razones jurídicas», *Taller de derechos*, <http://tallerdederechos.com/contrato-de-gestacion-subrogada/> (consultada: 18/4/17).

¹³ NUÑO, L., (2016), cit., p. 684.

legalidad¹⁴. En esta posición crítica hay que situar el Manifiesto *No somos vasijas*, en el que se parte de dos presupuestos¹⁵: a) el deseo de paternidad/maternidad nunca puede sustituir o violar los derechos que asisten a las mujeres y a los y las menores; b) el deseo de ser padres-madres y el ejercicio de la libertad no implica ningún derecho a tener hijos. Además, el manifiesto incide en la negación que dicha práctica supone de los derechos sexuales y reproductivos, así como de la debida protección de la integridad física y moral de las mujeres. Entienden las firmantes que la GS conlleva un condenable control sexual sobre ellas, equiparable a la prohibición del aborto o a la regulación de la prostitución. Además se alerta del inevitable riesgo de mercantilización y tráfico, y de como la legitimación de esta tipo de gestación subrayaría la desigualdad estructural existente entre hombres y mujeres¹⁶. En un sentido similar se ha pronunciado la Asociación de Profesionales por la Ética en su informe de abril de 2015¹⁷, o el mismo Parlamento Europeo que, en su Resolución de 13 de diciembre de 2015 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, «condena cualquier forma de gestación por sustitución de carácter comercial»¹⁸.

¹⁴ MURARO, L. (2016) *L'anima del corpo. Contro l'utero in affitto*. Brescia, La Scuola, p. 15.

¹⁵ <http://nosotrasdecidimos.org/nosomosvasijas/> (consultada: 22/12/16) En abril de 2017 se ha creado una Red estatal contra el alquiler de vientres: <http://www.noalquilesvientres.com/> (consultada: 17/4/17) En otros países se han sucedido en los últimos años diversos pronunciamientos colectivos y públicos contra la GS. Así, por ejemplo, el 2 de febrero de 2016 se reunieron en la Asamblea Nacional francesa un grupo de investigadores, parlamentarios franceses y europeos y asociaciones feministas, y promovieron una «Carta para la abolición universal de la maternidad subrogada»: <http://www.abolition-gpa.org/> (consultada: 20/01/17). Con anterioridad, en concreto en 2009, el Consejo de Estado Francés se había pronunciado en contra de esta técnica: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/094000288.pdf> (consultada: 01/02/17)

¹⁶ Frente a estos argumentos, hay juristas que mantienen que la adopción ha podido, y puede de hecho todavía, generar un tráfico ilegal similar al que puede provocar la GS, pero ello no ha llevado a que nuestro legislador la considere contraria al orden público español. VELA SÁNCHEZ, A. J., (2015), cit., p. 92.

¹⁷ «La maternidad de alquiler supone, a todas luces, explotación y cosificación de seres humanos. El niño se convierte en un producto de mercado que se encarga, se compra y se vende, e incluso se devuelve o se cambia si no satisface al cliente. Y la mujer que alquila su cuerpo convertido en un mero envase, un “horno gestacional”. Todo ello da pie a un sinfín de formas de explotación, presión, comercialización y tráfico de seres humanos que se ceba especialmente en las mujeres de países pobres o menos desarrollados que, junto con los niños fruto de la subrogación, son una vez más, privadas de su dignidad y víctimas de situaciones injustas y de flagrante violación de los más básicos derechos humanos» <http://www.profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2015/06/V-aquiler-web.pdf> (consultada: 22/12/16). Más recientemente, en concreto en mayo de 2017, el Comité de Bioética de España se ha pronunciado en un Informe en el que opta por mantener la nulidad de estos contratos (www.comitedebioetica.es, consultado 06/06/2017)

¹⁸ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0485+0+DOC+XML+V0//ES> (consultada: 19/12/16). Por su parte, la Asamblea Parla-

2. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Antes de analizar cómo se contempla la GS en nuestro ordenamiento, es preciso recordar la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre esta materia. En todo caso, hay que tener presente que el TEDH no se ha pronunciado directamente sobre la legitimidad de estos contratos, sino sobre el reconocimiento de las relaciones de filiación surgidas a partir de esa técnica reproductiva llevada a cabo en países donde está permitida. La clave jurídica de sus resoluciones ha sido el respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). En estos casos el principio esencial ha sido el de protección del interés superior del menor y, en consecuencia, la necesidad de reconocer y mantener unos vínculos familiares generados a partir de un convenio de GS. La posición del TEDH nos lleva finalmente a plantearnos si, en virtud del artículo 8 CEDH, existe o no un derecho ilimitado a crear una familia y, por lo tanto, a cuestionar qué elementos habrá que ponderar cuando entren en conflicto «orden público» e «intereses del menor».

En la resolución de los casos *Menesson c. Francia y Labassee c. Francia* (26 de junio 2014), el TEDH constata que los comitentes se ocupan de las hijas concebidas mediante un convenio de GS desde su nacimiento y viven juntos de una manera que no se distingue de la «vida de familia» en su sentido usual. El Tribunal reconoce un «derecho a la identidad», que considera parte integral del concepto de intimidad, y la relación existente entre la vida privada de los niños nacidos de GS y la determinación legal de su filiación. En consecuencia, el rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por gestación por sustitución vulneraría el derecho a la vida privada de las menores (art. 8 CEDH). Aunque el TEDH reconoce la falta de consenso sobre estos asuntos en Europa, entiende que el margen de apreciación nacional se reduce si está en juego la filiación, ya que en este caso estamos ante un aspecto esencial de la identidad de los individuos¹⁹.

mentaria del Consejo de Europa votó el 11 de octubre de 2016 contra la adopción de una recomendación sobre los «derechos del niño vinculados a la maternidad por sustitución»: <http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-FR.asp?VoteID=36189&DocID=16001&MemberID=>(consultada: 20/01/17)

¹⁹ Esta es la perspectiva que, como veremos más adelante, no tiene presente el TS en su sentencia de 2014, de manera que los hijos nacidos de una GS y considerados, de acuerdo con el Derecho californiano, hijos de los padres intencionales, no son reconocidos como tales por el Derecho español. Ello supone para el TEDH una infracción del derecho a la identidad que tiene importantes consecuencias jurídicas, como por ejemplo en materia de nacionalidad o de

El mismo argumento de la protección de los intereses del menor fue determinante en la resolución del caso Paradiso y Campanelli contra Italia en la sentencia de 27 de enero de 2015, en la que el TEDH también considera violado el artículo 8 CEDH. Entiende el Tribunal que *de facto* ha existido una «vida de familia» entre la pareja y el niño, aunque solo fuera durante el período de 6 meses. En este tiempo, Paradiso y Campanelli actuaron como «padres». Sostiene el TEDH que el concepto de «orden público», alegado por las autoridades y tribunales italianos, no puede considerarse como una especie «de carta en blanco» y que en cualquier caso el Estado ha de tener en cuenta la protección de los mejores intereses del menor, con independencia de que la relación paternofamiliar sea genética o de otro tipo.

Dos magistrados formulan un voto particular en el que estiman que no se puede prescindir de la ilegalidad presente en el origen del establecimiento de una vida familiar a la hora de analizar la proporcionalidad que exige la aplicación del artículo 8 CEDH. En el caso controvertido, los jueces nacionales habían examinado el argumento del demandante según el cual hubo un error en la clínica rusa y no se usó su líquido seminal. Sin embargo, entienden los magistrados, «la buena fe del interesado no puede crear el vínculo biológico que no existía». En consecuencia, consideran que «las autoridades italianas han actuado respetando la ley, de acuerdo con la defensa del orden y con el fin de proteger los derechos y la salud del niño, y han preservado un justo equilibrio entre los intereses en juego».

derechos sucesorios: «Es cierto que en los casos *Menesson* y *Labassee* concurre la circunstancia de que uno de los padres intencionales es, además, padre biológico, lo que acentúa la vulneración del derecho a la identidad de los menores si se rechaza el reconocimiento del vínculo jurídico de la filiación. Ahora bien, tal circunstancia no justifica una lectura reduccionista de esta nueva jurisprudencia, que limite su alcance a un mero refrendo de la filiación por gestación por sustitución cuando esta tiene un origen biológico. Debe hacerse y está justificada una lectura más ambiciosa de estas Sentencias, dado que el criterio sentado del derecho a la identidad única se establece como categoría general y con manifestaciones concretas, por ejemplo para el ámbito de los derechos sucesorios de los menores, al margen de la existencia o no de vínculo biológico con los menores». PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P., (2014), «Libertad, igualdad y ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 51, p. 35.

3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

3.1 *La nulidad de los contratos de gestación por sustitución*

El artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) considera 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». Por lo tanto, «en cuanto a los efectos de un posible convenio de gestación por sustitución o encargo en España, la madre gestante será siempre la madre biológica (ex art. 10.2 LTRHA: «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto») —en base al antiguo axioma romano *mater semper certa est*— y el hijo se inscribirá en el Registro Civil como suyo sin que pueda manifestar la identidad del otro progenitor (ex art. 122 CC). La madre siempre estará determinada y sólo habrá que atender al hecho cierto del alumbramiento —aunque, en principio, se le haya implantado un embrión en el que no se hayan utilizado sus propios óvulos— y a la identidad del hijo. Además, por su manifiesta ilicitud e ineficacia, de realizarse por españoles el convenio de gestación por sustitución, la mujer gestante, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, no asumiría ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar a la otra parte en caso de incumplimiento de dicho deber contractualmente establecido, aunque se le hubieran entregado determinadas cantidades por razón de la gestación, y, por supuesto, podría reclamar al hijo en caso de haberlo entregado ya a los padres o madres comitentes (ex arts. 1305 o 1306 CC)»²⁰.

²⁰ VELA SÁNCHEZ, A. J. «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014», *Diario La Ley*, N.º 8309, Sección Doctrina, 13 de Mayo de 2014, pp. 3-4. A nivel comparado nos encontramos, con carácter general, tres situaciones distintas. Junto a los países que como España prohíben la GS —Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria—, encontramos otros en los que se permite bajo ciertas condiciones (Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México DF, Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda). En este conjunto de países se pueden diferenciar dos opciones distintas: El primer grupo regula un proceso de «pre-aprobación» de los acuerdos de gestación por sustitución, mediante el cual los comitentes y la gestante deberán presentar su arreglo ante un organismo (ya sea un juez, tribunal o comité) para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico. Estos organismos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación. Sería el caso de Grecia, Israel o Sudáfrica. En el segundo grupo, la regulación se refiere a poner en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución *ex post facto*. Aquí la atención se

Pese a esta tajante previsión, la realidad ha desbordado en los últimos años los márgenes jurídicos y ha tensado la ley hasta el punto de llegar al reconocimiento de lo que la misma no permite²¹. En concreto, la Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN) dictó una Resolución el 18 de febrero de 2009 mediante la que se permitía la inscripción de una filiación derivada de un convenio de GS, siempre que existiera una certificación registral extranjera que determinase dicha filiación respecto a un progenitor español²². Esta Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal y la sentencia del Juzgado de Instrucción n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, rechazó la resolución de la DGRN, basándose en la nulidad de dicha práctica en nuestro ordenamiento jurídico.

Posteriormente, la DGRN dictó una nueva instrucción, con fecha de 5 de octubre de 2010, mediante la cual se permite la inscripción de la filiación derivada de un convenio de GS, basándose en la plena protección del interés superior del menor²³. Se establecen como condiciones que la madre gestante haya consentido libremente, con plena capacidad y conocimiento de causa, y respetando sus derechos procesales, así como la firmeza de la decisión y la irrevocabilidad de

centra en la transferencia de la filiación post-parto. LAMM, E., (2012), cit., pp. 11-21. Un análisis esquemático de Derecho comparado puede verse en el Informe sobre «El régimen de subrogación en los Estados miembros de la Unión Europea» ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf), consultado 28/12/16). Un estudio más detallado puede verse en LAMM, E. (2013), cit., pp. 71-192.

²¹ A este complejo panorama normativa habría que añadir las novedades que introduce la Ley de Registro Civil, la 20/2011, de 21 de junio, cuya entrada en vigor ha sido pospuesta en varias ocasiones. En el momento de cerrar estas páginas, el horizonte marcado por el legislador para su entrada en vigor era el 30 de junio de 2017 (Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil). En concreto, esta reforma legislativa introduce una normativa novedosa en cuanto a la inscripción registral de los nacimientos. En concreto, el artículo 45 dispone que «en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación, que será asumida por la Entidad Pública correspondiente». Además, la reforma introduce novedades significativas en lo relativo al acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro civil. Sobre esta cuestión véase el completo análisis que realiza DURÁN AYAGO, A. (2012), cit., pp. 296-305.

²² La Resolución fue dictada ante la reclamación presentada por dos varones valencianos casados entre sí a los que se denegó en virtud del artículo 10.1 LTRHA la inscripción de la filiación de dos menores nacidos a través de una GS en Los Ángeles.

²³ Tras la Instrucción DGRN de 2010 han sido bastantes las resoluciones recaídas admitiendo la inscripción de la filiación jurídica derivada de un CS. El 15 de abril de 2013 la DGRN emitió una Resolución que pareció dar un giro a la doctrina anterior al negar a una pareja la inscripción de dos gemelas nacidas en California. Ahora bien, no se trata de un cambio doctrinal sino de que en este caso no se cumplían los requisitos establecidos por la Instrucción de 2010 para dar fe de la filiación de la inscrita. VELA SÁNCHEZ, A. J., (2015), cit., pp. 50-53.

los consentimientos. La exigencia de una resolución judicial de origen pretende establecer una garantía mínima en torno a la validez del contrato en el Estado de origen.

El «voluntarismo» de la Instrucción es evidente desde el análisis del control de competencia del tribunal de origen: «detrás del control de la competencia judicial internacional del tribunal subyace la idea de evitar el *forum shopping*; es decir, la búsqueda (con una intencionalidad más o menos fraudulenta) de un tribunal con el que no exista una verdadera vinculación con la única intención de obtener un resultado no previsto (o incluso ilegal) en los propios tribunales. De hecho, una aplicación correcta de tal control debería haber impedido las inscripciones en el Registro civil español de la mayoría de las filiaciones habidas mediante contratos de gestación por sustitución, en la medida que la mayor parte de los supuestos se trataba de nacionales españoles, residentes en España, que acudieron a países donde estas prácticas son legales...» Es decir, la Instrucción se caracteriza por una actitud favorable al reconocimiento de estas filiaciones, olvidando incluso el control de legalidad al que obliga el artículo 23 de la Ley de Registro Civil y dando cobertura en consecuencia al turismo gestacional ²⁴.

Posteriormente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 negó que el principio fundamental de interés superior del menor pueda servir de coartada para dar cabida en nuestro ordenamiento jurídico a una filiación derivada de un convenido de GS dado que el mismo es nulo. Defiende esta sentencia que la ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores: la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico (art. 10.3 LTRHA) y la adopción (arts. 175 ss. Código Civil).

3.2 *Análisis crítico de la STS de 6 de febrero de 2014*

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (recurso 245/2012) mantuvo una firme posición contraria al reconocimiento de la GS, ya que «la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución ... es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales

²⁴ PRESNO LINERO, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P. (2014), cit., p. 20.

de la dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia»²⁵.

El TS considera que dicho contrato ha de entenderse nulo por dos motivos: 1.º) Por «respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante», lo cual plantea la necesidad además de «evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situaciones de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación»; 2.º) Porque «la celebración de

²⁵ En los últimos años han sido muy habituales los pronunciamientos judiciales sobre esta materia, los cuales se han enfrentado a dos tipos de problemas: 1.º) El primer escenario es un país en el que se prohíbe la subrogación o donde no existen previsiones expresas para ello. Cuando un menor nace tras un acuerdo de subrogación, se aplican las reglas generales de atribución de la paternidad legal y, con frecuencia, el menor termina siendo cuidado por alguien con el que no tienen ningún vínculo jurídico. Esto puede dar lugar a una serie de dificultades, sobre todo en relación con la adquisición y el ejercicio de la responsabilidad parental, la manutención y la ley de sucesiones. Debe tener lugar una adopción formal, si lo permiten las circunstancias, o los tribunales deben confiar, en caso de existir, en otras medidas de Derecho de familia menos permanentes a fin de garantizar cierta seguridad jurídica para el menor y el/los padre(s). Mientras los tribunales de algunos Estados miembros se han mostrado dispuestos a hacer referencia a la adopción u otras medidas del Derecho de familia tras a un acuerdo de subrogación (Por ejemplo Austria, Bélgica, Dinamarca, Italia, Irlanda, los Países Bajos, Suecia y Reino Unido), otros se han negado a hacerlo, basándose en las políticas públicas (por ejemplo, Francia). 2.º) El segundo escenario, y posiblemente el más complicado, implica el reconocimiento formal tras una subrogación transfronteriza. Aquí, el (los) padre previsto(s) viaja/n a otro país donde los acuerdos de subrogación se producen más fácilmente y/o están disponibles a menor costo, ya sea porque el tratamiento de fertilidad (es decir, una FIV para subrogación gestacional) es más barato o porque la cuota pagada a la madre de alquiler es inferior. Aunque hay dificultades similares en relación con la paternidad legal, la situación puede agravarse aún más cuando las normas sobre la paternidad legal en los dos países no coinciden. Por ejemplo, de conformidad con la legislación ucraniana, rusa y californiana, la madre futura puede considerarse automáticamente la madre legal, mientras que para la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea la maternidad jurídica se atribuye sobre la base del parto, independientemente del lugar donde tenga lugar el nacimiento (Ejemplo tomado de la Ley de Fertilización Humana y Embriología del Reino Unido). Pueden surgir dificultades similares en relación con la paternidad legal, así como con el reconocimiento de dos padres del mismo sexo. Potencialmente, esto puede dejar a un menor no sólo sin padres desde el punto de vista jurídico, sino también sin Estado y sin ciudadanía ya que su documentación de registro de nacimiento no se reconoce fuera del país de nacimiento. Esta situación resulta especialmente problemática cuando el niño no solo necesita documentación de estado civil para viajar (por ejemplo, un pasaporte), sino también un visado para poder entrar en el país de origen del/de los padre(s) futuro(s). Mientras que algunos Estados miembros han trabajado para adaptar las complejas consecuencias de estas situaciones, ya sea a través de deliberaciones judiciales y/o mediante la publicación de consejos gubernamentales preventivos (Bélgica, Irlanda, Reino Unido), otros se han negado a hacerlo, una vez más sobre la base de las políticas públicas (por ejemplo, Francia). Sigo el análisis realizado en el Informe sobre *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la Unión Europea*, cit.

un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil»²⁶.

Con respecto al primer argumento, se ha criticado que el Supremo atiende a una contextualización «sesgada» de la GS:

«La GS no solo es un fenómeno vinculado a países de economías en desarrollo o emergentes, tales como la India, sino que el modelo está extendido en Estados con sustrato económico diverso. La falta de precisión de las apreciaciones del Tribunal se demuestra en el propio supuesto de base que dio lugar al recurso (un contrato celebrado en California) cuyos parámetros para nada son coincidentes con lo expuesto en la Sentencia, tal y como se destaca en el Voto Particular. No son comparables ni las intenciones de política legislativa presentes en las regulaciones de lugares tan diversos como California o India, ni los perfiles de las mujeres que puedan aceptar ser gestantes, ni las condiciones o garantías que rodeen todo el proceso en el Estado de origen»²⁷.

A este tipo de argumentación cabría oponer que la clave no son solo las condiciones económicas que pueden empujar a determinadas mujeres a acudir a este tipo de contratos, sino la misma consideración que de ellas subyace en un acuerdo que supone poner precio a su capacidad reproductora. Esta sería la clave en la que la sentencia del Supremo no profundiza, aunque sí la apunta al referirse reiteradamente a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y a la necesidad de evitar su explotación.

Igualmente se ha cuestionado que la concepción de la dignidad de las mujeres gestantes y de los niños nacidos de una GS sea la que cabe derivar de la CE²⁸, la cual persigue evitar «que se coloque a personas concretas o a grupos de personas, en una posición de desigualdad e injusticia respecto a otras personas, bien sea en su condición individual o en cuanto integrantes de un determinado grupo social». Sostienen Miguel Presno y Pilar Jiménez que esa posición de desigualdad e injusticia sería la que sufriría el menor al no ubicarlo «jurídicamente en una familia que lo quiere», que es la posición que mantiene el voto particular formulado a la sentencia. En este voto se reflejan buena parte de los argumentos que en los últimos años se han usado para defender la legitimidad de la GS: la protección de los intereses de los menores afectados y la autonomía de la mujer gestante. Sin embargo, ni los autores citados ni el voto particular valoran hasta

²⁶ Hay autores que, sin embargo, entienden que esta misma «cosificación» se produce en la adopción y sin embargo se permite. VELA SÁNCHEZ, A. J. (2015), cit., p. 70.

²⁷ PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P. (2014), cit., p. 21.

²⁸ PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P. (2014), cit., p. 10.

qué punto puede quedar afectada la dignidad de la mujer gestante, en la medida en que la GS puede colocarla en una situación injusta o discriminatoria²⁹.

Entiendo que este posicionamiento prescinde de un análisis de género y, por tanto, de todos los factores sociales, culturales y económicos que de hecho condicionan la autonomía de los individuos, y en el caso que nos ocupa, de las mujeres. Es decir, el punto de mira habría que situarlo no tanto en el concepto de «dignidad colectiva» sino en la superación de una concepción instrumental del cuerpo y de la capacidad reproductora de la mujer que la cosifica y que, por tanto, le niega su capacidad de sujeto³⁰.

Desde esta perspectiva, tampoco creo que la apelación al «libre desarrollo de la personalidad» pueda servirnos para avalar la legitimidad de la GS. Al contrario, es justo el «libre desarrollo de la personalidad» de la mujer gestante —entendida como «una dimensión externa del *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones mantenerlas frente a terceros» (SSTC 19/1985, de 13 de febrero de 1985, FJ 2; STC 120/90, de 27 de junio de 1990, FJ 10; y 137/1990, de 19 de julio de 1990, FJ 8)— el que debería servirnos para, como mínimo, discutir la GS. Porque la misma definición de este tipo de contratos, que acaba poniendo precio a la función reproductora de la mujer, pone en cuestión no ya lo que ésta quiera o pueda hacer en su ámbito vital, sino su consideración en un marco relacional que permite usarla como instrumento para satisfacer las «necesidades» o «deseos» de otros. En este sentido, los argumentos que cuestionan la GS vienen a coincidir en gran medida con los que sostienen el reconocimiento del aborto como un derecho de las mujeres, es decir, como un ámbito de libertad en el que ellas pueden decidir cuándo y cómo ser madres, o bien no serlo. Pero insisto: ellas en cuanto sujetos autónomos que diseñan, dirigen y protagonizan su plan de vida, entendidas como «fines» en sí mismas no como «medios». En definitiva, no creo que pueda desligarse la dimensión ética de este debate de la configuración social de la

²⁹ En el mismo sentido que el voto particular, M. PRESNO y P. JIMÉNEZ —*op. cit.*, p. 12 — sostienen que en el pronunciamiento del TS «parece latir más que una defensa de la dignidad constitucionalmente protegida, una suerte de «paternalismo estatal» o, si se trata de proteger una supuesta dignidad colectiva o moral social dominante, un puro «moralismo legal» que sacrifica, sin fundamento constitucional, la libertad personal como precio a pagar por la garantía de la «dignidad colectiva»».

³⁰ De ahí que me parezca poco acertada la referencia que estos autores realizan a la STEDH en el caso J. A. y A. D. c. Bélgica, de 7 de febrero de 2005, en la que se señaló que «el derecho a mantener relaciones sexuales deriva del derecho a disponer de su cuerpo, parte integrante de la noción de la autonomía personal... De ello resulta que el derecho penal no puede intervenir, en principio, en el ámbito de las prácticas sexuales consentidas que dependen del libre arbitrio de los individuos».

maternidad y del papel atribuido históricamente a las mujeres en unas relaciones marcadas por el sistema sexo/género. Un sistema que alcanza toda su crudeza en aquellos contextos en los que una mujer necesita acceder a este tipo de contratos como una vía de supervivencia³¹. Pero es que incluso en el caso de mujeres que accedan a estos contratos sin necesidades económicas, las cuales son obviamente una minoría, sería cuestionable sino jurídica sí al menos éticamente el uso instrumental que se hace de ellas. En ambos casos estaríamos ante lo que Carole Pateman denominó «una nueva forma de contrato sexual»³².

De ahí que tampoco sean trasladables a la GS los argumentos relacionados con el consentimiento del paciente ante cualquier intervención sobre su cuerpo o tratamiento que pueda afectar a su integridad³³. No son equiparables ya que en la GS es el cuerpo de las mujeres y su capacidad reproductora la que se pone en juego, y siempre en relación a terceros que son los que se «benefician». No estamos por tanto ante el supuesto de una enfermedad donde es directamente el paciente, y solo él, el que se ve inmerso en la situación. Por otra parte, esta misma argumentación nos llevaría a un argumento que avalaría la oposición a la GS. Me refiero a la valoración de las consecuencias que la maternidad produce no solo en el estado físico sino también psicológico de la mujer gestante y que son obviados en el marco de un contrato en el que ella es una mera herramienta para satisfacer a otros.

Por todo ello no comparto la valoración que Miguel Presno y Pilar Jiménez realizan sobre la dignidad de la mujer gestante: «No parece que el Tribunal Supremo se encuentre en mejores condiciones que los tribunales del Estado de California para presumir que debe «evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza»³⁴. No se trata de que el TS se encuentre en mejores o en peores condiciones que otros tribunales, sino de que en su sentencia se limita a hacer una valoración, que puede ser discutible, pero que es legítima, sobre como la GS incide en la dignidad de las mujeres gestantes. Es evidente que «el orden público español protege las decisiones libres de la persona capaz sobre la procreación y sobre prácticas propias de la gestación». Pero esas «decisiones libres» deben ser contextualizadas y analizadas en función de la mayor o menor vulnerabilidad de quien las adopta. De lo contrario, y en nombre de la «libertad de elección», podríamos justificar fácilmente actuaciones injustas, discriminatorias o que, en general, pusieran en

³¹ Sobre estas cuestiones véase DE MIGUEL, A. (2015), *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Madrid, Cátedra.

³² PATEMAN, C. (1995), *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, p. 295.

³³ PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P. (2014), cit., p. 14.

³⁴ PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P. (2014), cit., p. 16.

peligro la integridad física o moral de determinados sujetos. No se trata, como sostienen los autores citados, de que la moral se convierta en un límite de los derechos fundamentales, sino de interpretar desde una perspectiva de género la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral y, en general, todos los derechos fundamentales de las mujeres.

Cuestión distinta es la resolución del problema que con respecto a la filiación de los hijos se plantea ante el Supremo. La mayoría del Tribunal aplica tajantemente la nulidad de pleno derecho del artículo 10 LTRHA, cuando el eje del conflicto, tal y como apunta el voto particular, habría que situarlo en la determinación de la filiación. En este caso, no hay que olvidar que los comitentes acordaron con la mujer gestante un acuerdo que era legal en el lugar donde se celebró, el Estado de California. Por lo tanto, la cuestión jurídica a resolver sería si esa decisión es contraria o no al orden público internacional. Justo aquí es donde entra en juego la protección de los intereses del menor. Es decir, y así lo sostiene el voto particular, «ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, ..., y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE, de 2 de octubre de 2003 —caso García Avello, y 14 de octubre de 2008— caso Grunkin Paul)».

El Tribunal Supremo, sin embargo, hace prevalecer el «orden público» (y el rechazo a la GS tal y como establece el legislador español) sobre el interés del menor, plasmado en lo que sería su derecho a una identidad única y a mantener la relación familiar ya creada en California, que es el argumento en que se apoya, como ya hemos analizado, el TEDH.

En cuanto a la situación futura de los menores, el Supremo plantea diversas vías para que queden protegidos: la reclamación de la paternidad biológica de uno de los padres, si uno de ellos hubiera aportado material genético, con base en el artículo 10.3 LTRHA; la adopción o el acogimiento familiar (FJ 11.º). La sentencia insta al Ministerio Fiscal para que determine la correcta filiación de los menores y tome en consideración «la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar *de facto*» (FJ 12.º).

El Supremo tuvo que volver a pronunciarse sobre la cuestión al resolver el incidente de nulidad de actuaciones planteado en el marco del proceso anterior³⁵.

³⁵ En este Auto, el TS insistió en las diferencias existentes entre el caso planteado en nuestro país y los franceses que dieron lugar al pronunciamiento del TEDH antes comentado: «Las similitudes entre la sentencia del Tribunal de Casación francés y la sentencia de esta Sala cuya nulidad se solicita se circunscriben a que ambas deniegan la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de gestación por sustitución. Pero a partir de ahí, las diferencias son importantes. (i) Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (*fraus omnia corrumpit*, el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013 sobre esta misma cuestión, citadas por el Tribunal de Estrasburgo en sus sentencias de los casos Labassee y Mennesson), por el contrario, el ordenamiento jurídico español, y así lo afirmó nuestra sentencia, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar *de facto* (...) (ii) En Francia, las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas. En España, la sentencia de esta Sala acordó que solo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar *de facto* (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que, una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos (iii) El Tribunal de Casación francés afirma que ante la existencia de fraude, no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo. Nuestra sentencia, por el contrario, afirma que debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español (art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), y evitando en todo caso su desprotección, para lo que se instó al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar *de facto*; (iv) En los asuntos franceses, los comitentes habían solicitado que se determinara la filiación de las niñas no solo con base en las actas de nacimiento expedidas en Norteamérica (determinadas por la existencia de sendos contratos de gestación por sustitución que, una vez homologados judicialmente sus efectos, dieron lugar a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil con determinación de la filiación respecto de los padres comitentes): en ambos casos se pidió, de modo alternativo o subsidiario, que se determinara la filiación paterna biológica respecto del marido, pues constaba que tanto el Sr. Labassee como el Sr. Mennesson eran los padres biológicos de las respectivas niñas. Y en el caso del matrimonio Labassee, se solicitó también que se realizara la inscripción de la filiación con base en un acta de notoriedad de posesión de estado civil puesto que constaba que el matrimonio Labassee había criado y educado a la niña desde su nacimiento. El Tribunal de Estrasburgo hace constar que en ambos casos está constatado que los matrimonios demandantes y las niñas fruto de la gestación por sustitución por ellos contratada formaban sendos núcleos familiares *de facto*. El litigio que dio lugar al recurso resuelto por nuestra sentencia es distinto. Consistió en una impugnación por parte

En concreto, su auto de 2 de febrero de 2015, además de negar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, mantiene que «la alegación de los promotores de que se les discrimina frente a parejas heterosexuales u homosexuales femeninas carece de fundamento, puesto que la razón de la decisión adoptada nada tiene que ver con el sexo u orientación sexual de los integrantes de la pareja, sino con las circunstancias de la gestación de los menores, con base en un contrato de gestación por sustitución». Además, se insiste en que «el derecho a crear una familia no es ilimitado» y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico³⁶.

del Ministerio Fiscal de la inscripción en el Registro Civil con base en las actas de nacimiento de California. En este litigio, los demandados han sostenido la regularidad del reconocimiento en el Registro Civil español de la inscripción extranjera, alegando que el hecho de que los niños hayan sido fruto de un contrato de gestación por sustitución no impide que se reconozca en España la relación de filiación reconocida a los comitentes en el ordenamiento de California». Concluye pues el Auto que: Nuestra sentencia permite que la identidad de los menores quede debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar *de facto* entre los comitentes y los niños, como parece que existe. Y no solo lo permite, sino que acuerda instar al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas pertinentes en ese sentido para la protección de los menores. El Tribunal de Estrasburgo, en las sentencias Labassee y Mennesson, no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como lo son en el ordenamiento jurídico español. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor. Las molestias e inconvenientes que para los recurrentes (y en menor medida para los niños, que por su corta edad no serán conscientes siquiera de la situación) puede suponer la situación provisional que se produzca por la sustitución de la filiación resultante de la transcripción de las actas de nacimiento de California por la filiación que resulte de la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico español, no alcanzan una entidad suficiente como para considerar que se produce el desequilibrio vulnerador del derecho a la vida privada de los niños, en su aspecto de fijación de una identidad determinada. Se trata de una situación temporal que puede tener una duración razonablemente breve (determinación de la filiación paterna respecto del progenitor biológico y adopción por el cónyuge), y el Estado de Derecho provee de suficientes medios para evitar perjuicios a los menores durante esta interinidad, siguiendo el criterio de protección del núcleo familiar *de facto* afirmado en la sentencia».

³⁶ El auto del Supremo vuelve a tener un voto particular en el que se defiende que no hay justificación alguna para el tratamiento distinto que a situaciones similares se da entre las sentencias del TEDH y la del órgano judicial español. Entiende este voto que la solución alcanzada por

3.3 *La gestación por sustitución y la prestación por maternidad.*

El TS también se ha pronunciado recientemente sobre si la filiación concedida gracias a una GS puede dar lugar al disfrute de la prestación por maternidad³⁷. La Sala de lo Social del TS ha unificado la doctrina tras estimar dos recursos en los que se planteaba esta cuestión. En ambos casos la Seguridad Social

la mayoría no ha realizado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto que tome en consideración primordial no solo el interés superior de los menores. Además llama la atención sobre «la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se dé respuesta a su solicitud de inscripción, y, en definitiva, el modelo de protección que resulta de todas ellas desde la óptica actual de los derechos humanos y de una legislación desbordada por una realidad que deja sin contenido las estructuras lógicas y formales del derecho, con el grave efecto de retrasar una filiación que podía haber sido ya fijada definitivamente y sin inconveniente alguno para nuestro ordenamiento jurídico que, de una forma o de otra, lo está admitiendo a través de vías verdaderamente singulares como son las circulares o las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que han terminado por convertir la excepción de orden público en una cuestión meramente formal».

³⁷ Con anterioridad a dichos pronunciamientos, varias resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid, Cataluña y Asturias llevaron a cabo una equiparación de los supuestos ya legalmente previstos, tales como la adopción y el acogimiento familiar, y extendieron los permisos de maternidad a las filiaciones obtenidas por GS (Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2, de Oviedo, n.º 212, 2012, de 9 de abril; Sta. TSJ de Madrid (Sala de lo Social), n.º 668/2012, de 18 de octubre; STSJ de Madrid n.º 216/2013, de 13 de marzo; STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), n.º 7985/2012, de 23 de noviembre; STSJ de Asturias (Sala de lo Social), n.º 2320/2012, de 20 de septiembre. Esta cuestión ha sido abordada también por el TJUE en las sentencias de 18 de marzo de 2014 que respondieron a dos cuestiones prejudiciales que plantearon el alcance de las Directivas 92/85/CEE, 2006/54/CE y 2000/78/CE, en relación a los permisos de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución. El TJUE estimó que de las citadas Directivas no se deriva ninguna obligación para los Estados miembros en relación con los permisos de maternidad en los supuestos de GS. En ningún caso la denegación del permiso supondría una discriminación por razón de sexo prohibida por la Directiva 2006/54/CE, ya que la misma se produce al margen del sexo del solicitante y, por tanto, pueden verse perjudicados tanto hombres como mujeres. Tampoco se respalda la invocación de la Directiva 2000/78/CE, ya que la incapacidad para procrear no tiene repercusión alguna en la relación laboral ni genera una especial situación de vulnerabilidad. Mucho más discutible es el análisis que el TJUE realiza en torno a la aplicación a estos supuestos de la Directiva 92/85/CE. Entiendo que la finalidad de la misma es proteger la especial relación entre madre e hijo durante el período que sigue al parto, y en este sentido debería ser indiferente el tipo de gestación. El TJUE se mantiene en una concepción biologicista de la maternidad, perdiendo la ocasión por tanto de construir un paradigma distinto de la misma en función de los distintos métodos de acceso a ella. En todo caso, hay que tener presente que las Directivas citadas, y muy especialmente la 92/85/CEE, son Directivas de mínimos. Por lo tanto, nada impide que los Estados puedan ampliar la cobertura, lo cual tendría toda su lógica en aquellos cuyos ordenamientos regulan expresamente la GS. PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P. (2014), cit., p. 32.

había denegado las prestaciones³⁸. En la primera de las sentencias dictadas por la Sala de lo Social, con fecha de 25 de octubre de 2016³⁹, el TS recuerda no solo la jurisprudencia del TEDH sino también la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y concluye que:

«una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos (...) El artículo 39.3 CE obliga a los padres a prestar asistencia a los hijos habidos “dentro o fuera del matrimonio”. En el supuesto que abordamos no cabe duda de que quien solicita las prestaciones es el padre (biológico, pero también registral) de las dos menores nacidas en La India y que resulta más acorde con ello permitirle la atención que las prestaciones económicas persiguen. De igual modo, la “protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” artículo 39.2 CE, aconseja no adicionar causas de exclusión ignoradas por la LGSS al establecer sus prestaciones.»

El TS lleva a cabo una interpretación analógica partiendo de lo previsto en el artículo 3.2 del RD 295/2009, el cual, ante el fallecimiento de la madre biológica y la supervivencia del menor, opta por transferir al padre (siendo compatible con el subsidio por paternidad) la prestación económica por maternidad. En el caso que analiza, la renuncia que en su día realizó la madre biológica a ejercer la

³⁸ Posteriormente, la página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social en la que se detallan las condiciones y requisitos de la prestación por maternidad ha reconocido expresamente la GS entre las «situaciones protegidas»: http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/Pres-tacionesPension10935/Maternidad/RegimenGeneral/Situacionesprotegid28301/index.htm?ssUserText=230018#6191 (consultada: 19/4/17)

³⁹ En este primer caso el demandante era un varón cuyas dos hijas, que habían nacido en Nueva Delhi mediante la técnica de reproducción humana asistida, en la que el demandante fue el padre genético y los óvulos fueron de una donante que gestó por subrogación a favor del demandante, fueron inscritas en el Registro del Consulado español en Nueva Delhi. En fecha 31 de octubre de 2013, el demandante reclamó al INSS prestación por maternidad por el nacimiento de sus dos hijas y en relación con el descanso por maternidad con fecha de inicio idéntica a la del nacimiento que fue denegada en resolución de fecha 6 de noviembre de 2013 por no encontrarse en ninguno de los supuestos previstos en las situaciones protegidas en el artículo 133 bis de la LGSS, por lo que fue desestimada la reclamación administrativa previa presentada en resolución del INSS de fecha 9 de mayo de 2014. Interpuesto recurso de suplicación contra dicha resolución, el cual fue estimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia de 15 de septiembre de 2015. Contra la sentencia dictada en suplicación, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante escrito de 30 de octubre de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina.

patria potestad, ha conducido a que sea el padre quien esté en condiciones de disfrutar el permiso por maternidad. La misma solución se aplica al caso en que la madre sea trabajadora por cuenta propia y no tuviese derecho a prestaciones, por no hallarse incluida en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos ni en una mutualidad de previsión social alternativa. Por lo tanto, nada impide que en el caso discutido se reconozca al padre la prestación, ya que no se aprecia conducta fraudulenta alguna⁴⁰.

En una segunda sentencia, de fecha 16 de noviembre de 2016, la Sala de lo Social del TS casa y anula la sentencia recurrida y estima la demanda formulada por la actora⁴¹. Considera la sentencia que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, «si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares *de facto* con los recurrentes, la solución que haya de

⁴⁰ La sentencia se acompaña de dos votos particulares que discrepan de la decisión mayoritaria del TS. En el primero de ellos se sostiene que «pese a lo que se señala en la sentencia de la mayoría, entiendo que en el caso presente no cabe hablar de subrogación en la maternidad —sustitución de una madre biológica por otra comitente—, sino de atribución exclusiva de la patria potestad al padre por renuncia expresa de la madre. Por otra parte, si bien en ambos casos hay inscripción en el Registro Civil, es evidente que sólo en el caso de la sentencia de contraste se da la circunstancia de que quien aparece como madre no es la mujer que ha dado a luz (gestante subrogante), sino la madre subrogada». En consecuencia, «de lo que se trataba ahora era de determinar si en tal situación, de dejación o abandono, en que es el varón el que se queda en solitario con la asunción de todas las obligaciones paterno-filiales, cabe entender que se produce una circunstancia análoga a la de muerte de la madre o ésta carezca del derecho a prestaciones (arts. 48.4 ET y 3 del RD 295/2009)». Entiende pues la magistrada discrepante que «el recurso debía de haberse inadmitido el recurso por falta de contradicción pues entrar en el debate de fondo nos obligaba a construir una doctrina específica para este tipo de situaciones, ajenas al debate sobre la cuestión de la maternidad subrogada y su tratamiento en la legislación y jurisprudencia civilista española. En mi opinión al demandante debía reconocérsele el derecho a la prestación, tal y como ya hace la sentencia recurrida, precisamente por los argumentos que acabo de indicar: se trata del progenitor, cuya filiación legal es indiscutida, que aparece como único sustento y custodio de las niñas, en la misma situación que se daría en caso de fallecimiento de la madre y, en todo caso, no existiendo la figura de una madre que asuma sus obligaciones como tal». El segundo voto particular tiene carácter concurrente y en él los dos magistrados firmantes mantienen que «si bien procede el reconocimiento de las prestaciones de maternidad al reclamante, sin embargo ello no puede basarse en el título expresamente invocado (el contrato de “maternidad subrogada” y la renuncia de la madre a la patria potestad), sino que exclusivamente ha de derivarse de su cualidad biológica de padre y de la situación fáctica en la que se encuentran las menores».

⁴¹ En este caso, la demandante es una trabajadora que solicita prestaciones por maternidad, tras haber tenido un hijo en virtud de un contrato de GS, hijo que consta inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la actora como madre y su pareja varón como padre. El INSS había denegado la inscripción. La sentencia de instancia desestimó la demanda y la Sala de lo Social del TSJ de Madrid desestimaron el recurso fundamentándolo en las dos sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014, asuntos C-167/12 y C-363/12.

buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervingan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos». En el asunto examinado el menor, nacido tras la gestación por sustitución, forma un núcleo familiar con los padres comitentes, que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares *de facto*, por lo que debe protegerse este vínculo, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad». De no otorgarse esta protección, entiende el TS, se produciría una discriminación en el trato contraria a los artículos 14 y 39.2 CE.

Dos votos particulares consideran que debería haberse desestimado el recurso. Entienden los firmantes del primero que no puede aplicarse al caso español lo previsto por el TEDH en torno al «interés del menor» ya que en los supuestos planteados ante dicho órgano judicial, se hace prevalecer aquél «para condenar la imposibilidad —tanto en la legislación francesa como en la italiana— del reconocimiento de paternidad biológica o del establecimiento de vínculo de filiación por adopción o acogimiento, incluso para el padre biológico que lo haya sido a través de “maternidad subrogada”. Porque tanto Francia como Italia no sólo prohíben la “gestación por encargo”, sino que llegando más lejos impiden también —por considerarlos un fraude— que pueda burlarse la prohibición a través de la adopción o incluso el reconocimiento de paternidad biológica; que es precisamente lo que provoca la censura del TEDH». Sin embargo, en España no sucede algo similar, «pues conforme a criterio de la Sala 1.^a TS [Sentencia —Pleno— de 06/02/14 rec. 245/12; y Auto —Pleno— de 021/02/15 rec. 245/12], cuya doctrina hemos de seguir en tanto que genuina intérprete en la materia [estado civil de las personas], es precisamente la existencia de tal posibilidad en la legislación española [reconocimiento de filiación biológica; adopción; acogimiento], la que le lleva excluir —a su juicio— que se utilice como argumento el “interés del menor”; si los “padres por subrogación” desean protegerlo —sostiene la Sala— que lo hagan a través de los accesibles cauces que la Ley ofrece [reconocimiento de filiación; adopción; y acogimiento]; y no, violentando la Ley y el orden público español». Porque —dice— la «aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el artículo 117.1 de la Constitución».

Tampoco cabría según estos magistrados una aplicación analógica de lo previsto por la legislación de la Seguridad Social en cuanto a los permisos de mater-

nidad, ni existiría una laguna legal⁴², ni cabría considerar «armónica interpretación de las leyes el dar protección prestacional a una situación a la que el legislador niega validez jurídica y para la que —en obligada consecuencia— la jurisprudencia rechaza su acceso al Registro Civil por ser contraria al orden público».

El segundo voto particular, además de sumarse a los argumentos anteriores, añade que la decisión adoptada en la sentencia equivale a no aplicar, sin fundamentar esa decisión, el artículo 10 LTRHA. Además, los magistrados firmantes discuten que se pretenda reconocer la filiación por el hecho de que el menor figure inscrito en el Consulado General de España en Los Ángeles. Se recuerda que «la sentencia del Tribunal de California carece de valor a estos efectos por no poder obtener el exequátur, conforme al artículo 523 de la ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 654 de la LEC de 1881 por ser contraria al orden público español (por mucho que pretendiera “atenuarse” el concepto de orden público), preceptos hoy sustituidos por los artículos 14 y 46-1 de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional, que igualmente prohíben la ejecución en España de las resoluciones de Tribunales de otros países que sean contrarias al orden público nacional (...)».

Finalmente, los magistrados discrepantes consideran que de hecho se ha producido un fraude de ley y, por lo tanto, «la prestación de maternidad no se puede reconocer a la madre que no tiene esa condición con arreglo a la ley española, so pretexto de proteger al menor, argumento recurrente que serviría para reconocer todo tipo de prestaciones que responden a la necesidad de proteger diferentes situaciones de necesidad: como la orfandad, la viudedad, la incapacidad, la jubilación etc... Con ello se quiere decir que proteger una situación de necesidad no justifica, sin más, el reconocimiento de una prestación».

⁴² «La analogía de que trata el artículo 4 CC presupone la existencia de una laguna —de Ley o de Derecho— y ésta en sentido propio solamente “se produce por la ausencia de reglas jurídicas directamente aplicables al caso en una estructura jurídica que, sin embargo, considera relevante este caso y debe darle respuesta adecuada”; o lo que es igual, comporta “una patología por deficiencia” de la Ley. Imperfección ésta que en el caso de la “gestación de sustitución” no existe, porque no es sólo que el legislador no la hubiese considerado “relevante” a los efectos de su protección jurídica, sino que incluso la ha situado fuera de la legalidad y no acreedora de amparo normativo alguno (...)». La nulidad de los contratos de GS en nuestro ordenamiento debería llevarnos a rechazar que «del acto ilegal pueda derivarse el nacimiento de derechos anudados a situaciones legítimas, sin que la pretensión pueda pretender amparo en los superiores intereses del menor».

4. EL IMPACTO DE GÉNERO EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La contradictoria normativa y jurisprudencia analizadas nos muestran cómo el debate en torno a la GS constituye uno de los más complejos en el contexto de un Derecho de Familia abierto a una progresiva democratización y en el que no es tarea fácil ponderar los principios de igualdad, no discriminación y autonomía. Una ponderación en la que no debería perderse de vista la consideración de la «dignidad» y del «libre desarrollo de la personalidad» como fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). Dicho de otra manera, cualquier equilibrio habrá de tener en cuenta la consideración del individuo, con independencia de su sexo, identidad de género u orientación sexual, como sujeto autónomo, con capacidad de autodeterminación consciente y responsable y en ningún caso como «objeto» de las transacciones, comerciales o afectivas, de otros. Esta consideración de la autonomía como ingrediente esencial de la dignidad ha de tener siempre presente su dimensión relacional⁴³ y, en consecuencia, su inserción en un contexto que, a su vez, condiciona o puede hacerlo el margen de libertad de los sujetos. Un contexto social, político, cultural o económico que puede generar servidumbres, dependencias u opresiones, y que por tanto deberá valorarse en el ajuste jurídico de las relaciones afectivas, sexuales y de cuidado que supone una familia. A ello obliga la necesaria y prioritaria perspectiva de género que ha de ubicarnos en el contexto relacional, en muchos casos desigual y jerárquico, en el que se encuentran hombres y mujeres. De no mediar esta perspectiva, y sobre todo si se obvian las evidentes, y en ocasiones no tanto, «relaciones de poder» que implica el género, difícilmente podremos llegar a respuestas que respeten a las partes más débiles del «contrato», es decir, los menores de edad y sobre todo las mujeres.

Por lo tanto, ante la perspectiva de una probable regulación de la GS en nuestro país el informe de «impacto de género» (art. 26.1.f Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno) no debería olvidar lo que dicha técnica supone desde el punto de vista de la «mercantilización» del cuerpo y de la capacidad reproductiva de las mujeres. Es decir, habría que insertarlo en un contexto social y político en el que siguen dominando determinadas relaciones de poder que se articulan sobre los privilegios masculinos y la subordinación femenina, traducida esta última en el sufrimiento de todo tipo de «violencias» que restan auto-

⁴³ RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2013), «¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 17, pp. 75-104.

mía y dignidad a las mujeres. Entre ellas todas las que, mediante un intercambio comercial (o sea, de dinero), ponen a disposición del varón su cuerpo (pornografía, prostitución, úteros de alquiler).

Por lo tanto, no podría sostenerse la GS desde lo que algunos pretenden reivindicar como un derecho a tener una familia, entendida en el sentido más clásico de progenitores y descendencia, ni mucho menos como un ilimitado derecho a procrear. Como en cualquier ámbito en el que entran en juego derechos fundamentales, es necesario realizar el adecuado ejercicio de ponderación y tener en cuenta la vigencia de principios que deberíamos considerar irrenunciables en un Estado social y democrático de Derecho, partiendo obviamente de la no consideración de ningún ser humano como medio. Porque realmente lo que se está planteando con la GS es, una vez más, la negación de las mujeres como sujetos⁴⁴. y la prórroga de su dependencia de unas estructuras —políticas, económicas, culturales— que la convierten en un medio —en este caso para la procreación— y que la sitúan en una posición devaluada por todo lo que este tipo de contrato puede afectar a su integridad física y moral (art. 15 CE). La misma proliferación de empresas dedicadas a gestionar este tipo de gestaciones, y las elevadas cantidades de dinero que se manejan en este tipo de contratos, es la expresión más contundente de cómo estamos esquivando la lógica de los derechos a favor de la del mercado, usando como territorio de actuación el cuerpo de las mujeres. La posición de subordinación que la GS contribuye a mantener se multiplica, lógicamente, en aquellos contextos en los que las mujeres se vean obligadas a recurrir a ella como medio de supervivencia económica⁴⁵. En todos los casos se está prorrogando un modelo de relaciones de género en el que ellas continúan supeditadas a unas estructuras que se apoyan en el uso de su función reproductora⁴⁶: «La

⁴⁴ «Se dovessi definirla, direi che la libertà è un godere di essere secondo la misura delle proprie possibilità, quelle che una (o uno) va scoprendo in sé e cerca di realizzare. La possibilità di diventare madre è una di queste ed è una prerogativa che in antiche culture perdute ha ispirato un rispetto sacro per il corpo femminile. Soltanto, lo stato di necessità può giustificare, ai miei occhi, che una si privi delle sue prerogative senza con ciò sminuirsi. Ma non giustifica, al contrario, il contratto di surrogazione né il regime sociale che ha messo lei nella necessità di sottoscriverlo». MURARO, L., (2016), cit., p. 37.

⁴⁵ En este sentido, estamos ante una cuestión que necesariamente ha de ser abordada teniendo en cuenta los «factores interseccionales» que inciden la situación de las mujeres. GUERRA PALMERO, M. J. (2016), «La mercantilización del cuerpo de las mujeres. La gestación subrogada como nuevo negocio transnacional» (<http://femicidio.net>, consultada: 28/12/16)

⁴⁶ «Se diamo altro posto ancora alla tecnica e al mercato in ciò che riguarda la riproduzione degli esseri umani, mettiamo a rischio la relazione materna, da una parte, e dall'altra la ricerca di un nuovo e più ricco senso della paternità, che è iniziata con la fine del patriarcato». MURARO, L., (2016), cit., p. 31.

madre portadora se disocia de sus sentimientos y de su propio cuerpo al que reduce a un medio que deviene en una máquina. La mujer que ofrece su cuerpo y está obligada a negociar una parte de sí misma queda disociada y reducida a lo manipulable. Tiene que deshacerse de algo de cuerpo que “por contrato” no le pertenece: el/la hijo/a; y todo ello como si no tuviera consecuencias, ni se movilizaran conflictos psicológicos»⁴⁷. De ahí que por tanto no quepa esgrimir en defensa de la GS los mismos argumentos que servirían para defender el aborto⁴⁸.

De hecho, como hemos apuntado con anterioridad, ésta fue la argumentación mantenida por el Parlamento Europeo en su Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia y sobre la política comunitaria en esta materia, adoptado el 17 de diciembre de 2015. En este informe se condenó «la práctica de la gestación por sustitución por atentar contra la dignidad de la mujer, cuyo cuerpo y función reproductiva son utilizadas como mercancías»⁴⁹. Es decir, la GS se basa en una relación contractual, entre la madre portadora y la pareja comitente, que puede llevar a situaciones de explotación y/o coerción imposibilitando la autonomía de la mujer, todo ello al tiempo que se transforma en un comercio con amplias ganancias de lucro para clínicas e intermediarios⁵⁰.

⁴⁷ MIR CANDAL, L., (2010), cit., p. 11. Incluso podríamos pensar en un futuro no tan lejano en el que determinadas mujeres, imaginamos que pudientes desde el punto de vista económico, puedan acudir a esta técnica para evitar las consecuencias negativas que podrían tener para ellas un embarazo. Es lo que se ha denominado «subrogación social».

⁴⁸ Es lo que hace por ejemplo A. J. VELA cuando discute el argumento de la mercantilización o cosificación señalado que «no se comercializa el niño así engendrado y nacido, sino simplemente la capacidad generativa de una mujer —que tiene derecho a disponer libremente de su cuerpo en ocasiones tasadas por el Derecho (recuérdese el aborto)...». VELA, A. J., (2015), cit., p. 85. Como bien explica L. MURARO —*op. cit.*, p. 328— el eslogan «el útero es mío» sirvió en el segundo caso para reivindicar una maternidad libremente deseada. En el caso de la GS, «se trata de subordinar la fecundidad personal a un proyecto de otros, que serán los titulares de su fruto y que marcan las condiciones de su desarrollo».

⁴⁹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0344+0+DOC+XML+V0//ES> (consultado: 28/12/16)

⁵⁰ «Si la subrogación se convierte para la madre subrogante en una opción laboral y una oportunidad para lograr una estabilidad económica para ellas y sus familias, la libertad reproductiva pensada como un derecho a la autodeterminación es nula. En tanto las mujeres deban ofrecer sus cuerpos y su útero, y sean empujadas a convertirse en “fabricantes de bebés” para paliar sus necesidades básicas, la libertad reproductiva estará viciada desde sus inicios», al margen de que de esta forma estamos avalando la creación de un «mercado». MIR CANDAL, L., (2010), cit., p. 12.

5. UNA PROPUESTA GARANTISTA, Y POR TANTO POCO PROBABLE, DE REGULACIÓN

Entre las dos posiciones que podríamos considerar más extremas —la prohibición o la regulación sin ningún tipo de restricción—, se sitúan aquellas que plantean la necesidad de una regulación que someta la GS a determinados límites para de esa manera satisfacer de manera equilibrada los derechos e intereses que pueden entrar en conflicto⁵¹. Partiendo del «impacto de género» que, como he señalado, es tan evidente en este tipo de gestación, planteo una propuesta de regulación, la cual parte de su carácter necesariamente excepcional así como de su no consideración como una técnica reproductiva⁵². Ante la imposibilidad de que la comunidad internacional llegue de momento a un acuerdo por el que se declare la nulidad de este tipo de contratos, y para procurar garantizar debidamente sobre todo los derechos e intereses de las partes más «débiles», la solución más realista, e insisto, garantista, pasa por una regulación que evite los abusos y la instrumentalización de las mujeres (al tiempo que evitaría los fraudes de ley que de hecho se están produciendo en nuestro país). Esta regulación solo ampararía aquellos supuestos, por mucho que podamos entender que son minoritarios, en los que la mujer que actúa como gestante lo haga desde la generosidad⁵³. Esta regulación prácticamente reduciría esta práctica a algo anecdótico y posibilitaría salir del «laberinto» en el que ahora mismo se encuentra la GS en nuestro ordenamiento.

⁵¹ Por ejemplo, M. ATIENZA considera necesaria su regulación ya que no atenta contra los derechos ni contra la autonomía de nadie. (2008), «Sobre la nueva ley de reproducción humana asistida», *Revista Bioética y Derecho*, n.º 14, p. 8. Sobre la necesidad de la intervención del legislador para superar el «laberinto jurídico» en que se halla la cuestión en nuestro ordenamiento, bien mediante la modificación del Derecho sustantivo o bien mediante la introducción de un precepto especial en la Ley del Registro Civil, véase DURÁN AYAGO, A. (2012), cit.

⁵² En este sentido coincido con el punto de partida de la «Propuesta de bases para la regulación en España de la gestación por sustitución» del Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, hecha pública el 15 de diciembre de 2015 (<http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>, consultada: 29/12/16) (en adelante será citada como Propuesta SEF).

⁵³ «A mí personalmente, me parece aceptable siempre que fuera por amor; es decir sin precio estipulado, sin contrato y dentro de los lazos familiares y de amistad muy íntima que lleva a una mujer a gestar un bebé para otra mujer porque ésta no puede hacerlo por impedimentos fisiológicos o salud». MARRADES, A. «La maternidad subrogada y los derechos de las mujeres», *YO TENGO UN SUEÑO. Blog de la Oficina de Igualdad de la UNED* (<http://igualdad-uned.blogspot.com.es/2016/12/la-maternidad-subrogada-y-los-derechos.html>, consultada: 26/12/16).

Desde mi punto de vista, una propuesta garantista de regulación de la GS debería tener presentes los siguientes extremos⁵⁴:

1.º) La inexistencia de contraprestación económica, salvo los gastos derivados del embarazo⁵⁵. Lo contrario supondría avalar la conversión de la capacidad reproductora de las mujeres en un objeto de mercado —lo cual, en un perversa «pendiente deslizante», podría llevarnos a legitimar por ejemplo la venta de órganos o incluso la de bebés—, además de multiplicar los efectos negativos que la práctica podría tener en aquellas mujeres que se hallen en una situación de mayor vulnerabilidad. En cuanto los límites de la compensación de gastos deberían fijarse anualmente por el Ministerio correspondiente⁵⁶, con la previsión de las correspondientes sanciones para el caso de que se sobrepase dicho límite. De manera paralela deberían prohibirse las agencias intermediarias para evitar que la práctica acabe degenerando en un negocio. No obstante, debemos ser conscientes que la posibilidad de cubrir simplemente los «gastos» que supone el embarazo puede abrir la puerta a que de manera fraudulenta se lleve a cabo algún

⁵⁴ Sigo las propuestas que realizan R. MARTÍNEZ en «¿Qué hacemos con la gestación subrogada?», *Cáscara amarga*, 7 de febrero de 2015 (<http://www.cascaraamarga.es/opinion/68-opinion/10752-que-hacemos-con-la-gestacion-subrogada.html>, 30/12/15) y E. LAMM (2013), cit., pp. 250-310.

⁵⁵ El artículo 3.2 de la ILP deja claro que: «La gestación subrogada nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento, y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pre-gestacional, la gestación y el post-parto. La compensación económica será con cargo a los progenitores subrogantes y a beneficio de la mujer gestante». Ahora bien, el artículo 3.5 prevé que la mujer gestante por subrogación sea «beneficiaria de un seguro —que deberán tomar a su cargo los progenitores o el progenitor subrogante— que cubra, con hasta 1 millón de euros, las contingencias que puedan derivarse como consecuencia de la aplicación de la técnica de reproducción asistida y posterior gestación, y en especial, en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas». Tal y como está redactado este artículo, cabe plantear si no habría que incluir en la cobertura del seguro las que podrían considerarse «secuelas psíquicas», al margen de que la previsión del mismo plantea la duda de que pueda convertirse en una «puerta abierta» mediante la que burlar el carácter altruista del contrato. También la Propuesta SEF insiste en la necesidad de que exista un seguro en previsión de cualquier complicación durante la gestación.

⁵⁶ Esta previsión plantea en todo caso muchas dudas, como bien apunta la Propuesta SEF (punto 7), ya que habría que «dilucidar cuándo se está en presencia de una compensación resarcitoria y cuándo el pago se transforma en una verdadera retribución; o, en otras palabras, cuándo se sobrepasa la línea roja entre lo admisible y lo inadmisibles ético y legalmente».

tipo de compensación, por lo que en este extremos los controles, y sanciones en su caso, deberían ser muy rigurosos⁵⁷.

2.º) El carácter anónimo o, en todo caso, intrafamiliar del proceso⁵⁸. Es decir, a los solicitantes les sería asignada una mujer gestante, previamente inscrita como voluntaria y en ningún momento se informaría a ninguna de las partes de los datos de la otra. Solo en el caso de que la gestante pertenezca a la misma familia de alguna de las solicitantes del procedimiento podría evitarse el anonimato. En cualquier caso, para suscribir en calidad de mujer gestante por subrogación un contrato de gestación subrogada sería condición la inscripción en un Registro en el que constasen las mujeres que deseen ser gestantes y en el que, en una sección específica, deberían también registrarse los contratos de GS que se otorguen⁵⁹.

3.º) Un proceso judicial que garantice la protección de los derechos de todas las partes, especialmente de las más débiles⁶⁰. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución, debería ajustarse a lo previsto por la ley. Si se cumplen los requisitos previstos legalmente, el juez procedería a la homologación y podrá procederse a la implantación en la gestante. Este consentimiento debidamente homologado, junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes debería presentarse al registro civil para la correspondiente inscripción del nacido. Si el juez no homologa (y a pesar de esto las partes continúan con el proceso de gestación por sustitución), o las partes no solicitan la autorización judicial, la madre legal sería la mujer que dé a luz.

⁵⁷ En todo caso, no podemos obviar que «incluso el altruismo y la generosidad de unas pocas no evitaría la mercantilización, el tráfico y las granjas de mujeres comparándose embarazos a la carta». MARRADES, A., *op. cit.* De ahí que me plantee muchas dudas la Propuesta SEF en cuanto a la existencia de agencias intermediarias pero que obligatoriamente habrán de ser sin ánimo de lucro (asociaciones de pacientes, fundaciones, ONG y similares), por más que se prevean garantías como las restricciones en materia de publicidad o la necesidad de una acreditación pública que debería ser renovada periódicamente (punto 13).

⁵⁸ La ILP no contempla este requisito. Al contrario, el artículo 3.4 dispone que «La mujer gestante por subrogación podrá tener o no cualquier clase de vínculo con los progenitores por subrogación». Por su parte, el artículo 11.2 prevé que «Las personas que quieran ser progenitores subrogantes y no conozcan directamente una mujer inscrita en el Registro con la que suscribir el contrato de gestación subrogada, podrán dirigirse al Registro para que éste les facilite la identidad de una persona idónea que desee ser mujer gestante por subrogación, previa autorización expresa de ésta». La Propuesta SEF lo deja en manos de las partes afectadas, si bien reconoce que la última palabra en este aspecto debería corresponder a la gestante (punto 10).

⁵⁹ Así lo prevé el artículo 11 ILP y también el punto 12 de la Propuesta SEF.

⁶⁰ El artículo 6.1 ILP solo prevé que el contrato de gestación subrogada se formalice ante un notario. La Propuesta SEF sí que habla de una «aprobación judicial previa».

4.º) El acceso a la GS tanto de las parejas casadas como no casadas, heterosexuales y homosexuales, además de las personas solas.

5.º) La prohibición a solicitantes internacionales para impedir que se genere el denominado «turismo gestacional»⁶¹. Por lo tanto, debería ser obligatorio que al menos una de las personas solicitantes tuviera la nacionalidad española, o en su caso haya tenido permiso de residencia durante un tiempo prolongado. Igualmente la mujer gestante debería ajustarse a esos mismos requisitos y el menos el bebé nacido mediante esta técnica debería permanecer en el territorio nacional durante los primeros años de su vida.

6.º) Al menos uno de los comitentes debería aportar su material genético, en la medida en que la GS se entiende como un remedio para quienes no pueden llegar a concebir un embarazo, pero no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio. De no ser así, los comitentes podrían acudir a la adopción. De esta manera se evitaría, por ejemplo, que determinadas mujeres pudieran delegar en otras las barreras o incomodidades del embarazo⁶².

7.º) Su práctica a través de la Sanidad Pública, para garantizar de manera correcta los derechos de todos los intervinientes en el procedimiento y evitar el lucro de empresas privadas⁶³.

8.º) Un previo procedimiento de idoneidad de la mujer gestante y de las personas solicitantes⁶⁴. Con respecto a la primera, deberían exigirse: a) pruebas médicas y psíquicas que justifiquen que el embarazo no ha de suponerle ningún

⁶¹ El artículo 4 ILP dispone que «El progenitor o progenitores subrogantes deberán ser españoles o haber residido en España durante los dos años anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación. En caso de parejas progenitoras subrogantes bastará que uno de sus miembros cumpla la condición».

⁶² La Propuesta SEF añade que «no debe admitirse que la mujer que va a ser gestante aporte el óvulo, con el fin de salvaguardar el principio de anonimato del donante de gametos que rige en España y con el fin de evitar la vinculación genética de la gestante con el futuro hijo».

⁶³ El artículo 2.3 ILP se limita a decir que «La utilización auxiliar de las técnicas de fecundación in vitro o afines que sean necesarias para la gestación por subrogación será llevada a cabo de acuerdo y en los centros habilitados para ello según lo dispuesto al respecto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida u otra normativa que resulte de aplicación».

⁶⁴ Con respecto a la mujer gestante, el artículo 3 ILP es mucho más explícito: «La mujer gestante por subrogación deberá tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias fijadas para los donantes en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Deberá haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad, que éste esté vivo, disponer de una situación socio-económica estable y haber residido en España durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación». Con respecto a las personas solicitantes, solo se les exige que hayan agotado o ser incompatibles con otras técnicas de repro-

menoscabo a su salud, así como el control de que no acude a esta práctica por motivos económicos⁶⁵; b) la superación de al menos un embarazo, para que fuera plenamente consciente del proceso de gestación al que se compromete y para evitar que, debido a cualquier problema, pudiese verse afectada su capacidad de gestación⁶⁶. En cuanto a las solicitantes, debería realizarse un control de idoneidad, tal y como se exige en la adopción internacional y en la acogida, para así salvaguardar en la medida de lo posible el interés superior de los menores⁶⁷. Además debería constatar, tal y como exige la Propuesta SEF: a) que se trate de un supuesto de esterilidad constitucional (un hombre solo, una pareja masculina) o bien contrastada médicamente; b) el agotamiento en el segundo supuesto de los tratamientos de fertilidad que estén indicados en cada caso.

9.º) La exigencia de un consentimiento informado preconcepción y parto⁶⁸, siendo incluso conveniente un período tras el parto en el que la madre pueda revisar el acuerdo⁶⁹. No creo que sea paternalista o sobreprotector permitirle a la gestante que pueda revisar su consentimiento, porque, como he apuntado con anterioridad, la vivencia del embarazo es un proceso complejo que efectivamente puede incidir en su propia concepción del mismo, por lo que habría que garantizar un período tras el parto en el que ella tuviera la posibilidad de, sin ningún tipo de presión, confirmar su voluntad. Lo contrario supondría negarle precisamente su libertad de agencia y entender que lo que vive la gestante es una especie de proceso médico y no un proceso vital con implicaciones que van más allá de la mera gestación de un ser humano⁷⁰. Habría que aplicar por analogía lo que el Código Civil prevé para el caso de la adopción, en la que

ducción humana asistida (art. 2). De manera mucho más detallada, la Propuesta SEF incluye criterios de inclusión y de exclusión de la gestante (punto 2).

⁶⁵ La Propuesta SEF plantea que «en aras de salvaguardar todo lo posible la salud de los futuros hijos y de la gestante, el número de embriones a transferir a esta última será de un máximo de dos».

⁶⁶ La Propuesta SEF añade que «si está cansada o convive con una pareja de hecho ha de contarse con la aceptación de su compañero o compañera».

⁶⁷ La Propuesta SEF plantea el informe favorable previo de un Comité ético. La propuesta detalla cuáles serían los aspectos a valorar por el mismo (punto 8).

⁶⁸ El artículo 6 ILP solo contempla el carácter previo del contrato.

⁶⁹ En el ordenamiento británico se prevé un período de seis semanas.

⁷⁰ Debemos tener en cuenta que en nuestro país, al igual que sucede en el resto de Europa, no es posible la renuncia judicial a sus derechos por la madre gestante antes del parto: artículos 177.3 y 180.5 CC, redactado por la DA 1.ª de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Esta renuncia la prohíbe el artículo 7.1 del Convenio de derechos del niño de 1989, el artículo 8 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 25 de enero de 1996, los artículos 4.c.3 y 4 del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 para la protección del niño y cooperación en materia de Adopción Internacional.

la madre no puede dar su asentimiento hasta que hayan transcurrido 30 días desde el parto (art. 177.2, apartado 3.º). Dado que pueden plantearse situaciones conflictivas, en el contrato debería preverse previamente la forma de proceder en dichos casos, tal y como lo plantea la Propuesta SEF (punto 11)⁷¹.

10.º) Las personas demandantes deberían ostentar la patria potestad desde el primer momento de cuantos sean los nacidos en el parto y cualesquiera sea su estado de salud⁷². Ahora bien, también cabría una opción similar a la que encontramos en algún ordenamiento europeo: «Manteniendo la redacción actual del artículo 10 de la Ley 14/2006, que reconoce la maternidad legal de la mujer que da a luz, podría articularse un mecanismo, análogo al de la ley británica, por el que, tras la inscripción del nacido como hijo de la madre gestante, se admita la adopción por parte de la pareja comitente. Dicha solución requeriría ampliar los supuestos de adopción nominativa para dar cabida a la pareja biológica comitente. Este *iter* legal permitiría, además, asegurar el derecho del nacido de conocer la identidad de la madre gestante, cuyos datos constantes en el Registro Civil deberían ser accesibles de manera restringida, en forma parecida a los de la adopción»⁷³.

11.º) La plena vigencia de los derechos de la mujer gestante sobre su propio cuerpo, incluido también por tanto el de interrumpir voluntariamente el embarazo⁷⁴. En el mismo sentido deberían estar prohibidas expresamente todas

⁷¹ En todo caso, como la misma Propuesta SEF plantea, no debería olvidarse que «la gestante no es una proveedora de servicios a cambio de un precio (no es un útero de alquiler), sino una persona cuya salud física o psíquica puede verse afectada durante el embarazo, o a consecuencia de él, y cuyas circunstancias personales y familiares pueden tornarse muy complicadas en un momento dado para cumplir su compromiso».

⁷² El artículo 8 ILP se limita a prever que: «1. La persona o personas progenitores subrogantes, cuando hayan 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. 2. A los efectos previstos en el artículo 43 de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, serán los progenitores o progenitor subrogantes los obligados a promover la inscripción correspondiente, debiendo aportar copia autenticada del contrato de gestación por subrogación debidamente registrado». Por otra parte, el artículo 5.2 dispone que: «Los progenitores subrogantes se harán cargo, a todos los efectos, del niño o niños nacidos inmediatamente después del parto».

⁷³ ALKORTA IDIAKEZ, I. «La regulación jurídica de la maternidad subrogada», en VV. AA. *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*, cit., pp. 78-79.

⁷⁴ El artículo 5.3 ILP contempla que: «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». Ahora bien, «si la mujer gestante por subrogación se acoge a la interrupción del

las cláusulas que establezcan algún tipo de limitación sobre su cuerpo, su libertad personal, privacidad o autonomía⁷⁵. Es decir, de ninguna manera podrían obligársele por ejemplo a que dejase determinados hábitos —fumar, beber alcohol, consumir drogas— ni establecer limitaciones a su libertad de movimientos —prohibición de viajar o de practicar determinadas actividades de riesgo.

12.º) El derecho de los hijos así concebidos a conocer su origen, el cual se garantizará mediante su posible acceso a los datos que consten en el correspondiente Registro una vez que alcance la mayoría de edad, tal y como se garantiza en la adopción (art. 180.5 CC) y se deduce del artículo 5 LTRHA.

13.º) La previsión de sanciones en caso de incumplimiento de los requisitos legales⁷⁶, pudiendo incluso preverse una sanción penal equivalente a la prevista para el delito de trata de personas y menores (art. 221.1 y 2 CP)

6. CONCLUSIONES

1.ª) Parece evidente que un procedimiento que atendiese a todas las exigencias detalladas en el apartado anterior, que es el único que puede salvaguardar efectivamente los derechos de las mujeres gestantes y evitar que la GS acabe convertida en un negocio, reduciría al mínimo ese tipo de contratos⁷⁷. Dicha regulación, además, debería ir acompañada de la prohibición de la inscripción en nuestro país los menores nacidos en el extranjero mediante este procedimiento, que ya sería lícito en España con unos mínimos que garantizaran los derechos de las partes intervinientes, o como mínimo solo deberían reconocerse los convenios de GS realizados con garantías similares a las de nuestro ordenamiento. En caso contrario, no cabría en ese caso reconocer la filiación a favor de las comitentes y el niño o la niña deberían quedar bajo la tutela estatal. Solo así podría evitarse el «fraude de ley» que se da con la normativa actual.

2.ª) Cualquier regulación que pretenda hacerse de esta práctica habrá de tener en cuenta que la libertad de consentimiento no es tal si existe una desigualdad estructural que coloca a las mujeres en una posición de máxima vulnerabilidad. En este sentido, deberíamos realizar una lectura desde la perspectiva de

embarazo por las causas previstas en el artículo 14 de la referida Ley Orgánica 2/2010, deberá devolver cualquier cantidad que hubiese recibido de los progenitores subrogantes e indemnizarles por los daños y perjuicios causados; esta decisión de la mujer gestante por subrogación supondrá su exclusión del Registro nacional de gestación por subrogación» (art. 5.4).

⁷⁵ LAMM, E. (2013), cit., p. 267

⁷⁶ La ILP no contempla ningún régimen específico de sanciones.

⁷⁷ Al margen de que, me temo, no es el modelo que pueda satisfacer los intereses de buena parte de los actores implicados en la actualidad en el negocio de la GS.

género de dos artículos de nuestro Código Civil que son esenciales en cuanto la legitimidad de los contratos. De una parte, el artículo 1275 CC dispone que «los contratos sin causa, o con causa lícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». En este caso, el ambiguo y plural límite de la «moral» no puede sino entenderse como el que nos remite a los principios básicos de una ética democrática entre los que sin duda se encuentran la autonomía y dignidad de las mujeres, su integridad física o moral o, en general, la prohibición de la instrumentalización de los individuos —incluidos sus cuerpos— para la satisfacción de los intereses y deseos de otros. En este sentido hay que tener presente como el artículo 1271 CC establece que «podrán ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres». Cualquier práctica que por tanto pueda poner en peligro estos presupuestos básicos, que no son otros que los que derivan de las exigencias del artículo 10.1 CE, no ha tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico⁷⁸.

Por otra parte, el artículo 1265 CE dispone que «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo». En la cuestión que nos ocupa parece más que evidente que muchas mujeres están sujetas a todo tipo de violencias —estructurales, económicas, sexuales, simbólicas— que les impiden actuar de manera autónoma⁷⁹. Partimos pues de una asimetría evidente entre las partes del contrato que incide en el habitual contexto de discriminaciones interseccionales que sufren las mujeres que participan en estos contratos por necesidades económicas. Ello no implica adoptar una posición paternalista por parte de los poderes públicos con respecto a ellas sino más bien garantizar la debida protección de sus derechos fundamentales. Una protección que solo será eficaz si partimos de la concepción de la subjetividad humana desde la perspectiva de una autonomía de tipo relacional que nos exige tener presente la perspectiva material de la igualdad (art. 9.2 CE), la debida contextualización de los posibles conflictos de derechos y la existencia o no de desigualdad en cuanto al acceso a bienes y recursos.

3.^a) Este posicionamiento se contrapone a la concepción de la subjetividad que deriva de un entendimiento «neoliberal» de la autonomía basada en el individualismo egoísta y posesivo, en la supremacía de la igualdad formal y en la capacidad reguladora del mercado. Desde esta posición ética resulta fácil concluir

⁷⁸ En este sentido, habría que recordar que el artículo 21 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, ratificado por España en 1999, establece que el cuerpo humano y sus partes no deberán ser objeto de lucro.

⁷⁹ Sobre las razones por las que no podría considerarse en este caso que el consentimiento es libre e informado, véase NUÑO, L. (2016), cit., p. 690.

que los deseos, como el de ser padres o madres, acaben convertidos en derechos siempre que el dinero lo permita⁸⁰. Legitimar este tipo de prácticas podría llevarnos, en consecuencia, a validar la venta de órganos si con ello, además, garantizamos que se salva una vida, e incluso a validar la posibilidad de vender un bebé⁸¹.

Ello supondría lógicamente introducir un criterio ético totalmente diverso al que entendemos que debe presidir la donación de un órgano, entendida ésta como un acto altruista y generoso que se dirige a salvar vidas no a satisfacer demandas o deseos particulares. Estos interrogantes nos ponen de manifiesto cómo el debate sobre la GS nos lleva finalmente, o mejor dicho, nos debería llevar al de la definición de la ética pública que debe regir un espacio democrático⁸². Y en este sentido no cabe oponer el argumento de que también otro tipo de prácticas, o incluso trabajos, legitimados por el sistema, también suponen o pueden suponer un atentado contra la dignidad humana. En este caso el argumento no haría sino avalar la urgencia de seguir trabajando en todos aquellos frentes que en pleno siglo XXI impiden la plena garantía de los derechos fundamentales, pero de ninguna manera serviría para legitimar una práctica que ofrece tantos resquicios que pueden poner en riesgo la integridad física y moral de las mujeres más vulnerables⁸³. De ahí, como antes señalaba, la necesidad de analizar este modelo de gestación teniendo en cuenta los factores interseccionales que inciden en la subordinación femenina.

⁸⁰ «No debe confundirse el deseo de ser padre con el derecho a elegir e imponer al Estado la vía por la que se quiere serlo. Ciertamente, como principio general, el Estado no puede negar la libertad reproductiva ni negar eficacia jurídica a la relación derivada de la relación biológica pero la determinación de las restantes formas de filiación, en cuanto estado civil, compete al Estado, no a los participantes por vía de contrato y la única vía legalmente equiparada a la filiación biológica (y las especialidades derivadas de las técnicas de reproducción asistida) es la adopción», GONZÁLEZ GRANADO, J., (2017), cit. cit., p. 4

⁸¹ «El calificativo “subrogada” indica que el fin del contrato es hacer irrelevante la maternidad y negar que la “subrogada” es una madre. Una mujer que entra en un contrato de subrogación no es pagada por (tener) el niño, hacer un contrato de este tipo sería equivalente a vender un bebé. La madre subrogada recibe pago a cambio de firmar un contrato que permite al varón hacer uso de sus servicios. En este caso, el contrato es para el uso de la propiedad que la mujer posee: su útero». PATEMAN, C., *op. cit.*, p. 292.

⁸² En este sentido, debemos recordar como «la bioética feminista... lleva décadas objetando los recursos hegemónicos de la bioética liberal y su estrecha visión de la autonomía que se muestra ciega a los determinantes del género». GUERRA PALMERO, M. J., *op. cit.*, p. 3.

⁸³ En definitiva el debate sobre a GS nos sitúa frente a uno de los grandes retos para el constitucionalismo del siglo XXI que no es otro que el tránsito al que estamos asistiendo «desde la política de los derechos al primado de la economía financiera». MURARO, L., *op. cit.*, p. 11.

A todo ello habría que sumar los riesgos y peligros para la salud que siempre representa un embarazo. Todos estos factores hacen imposible, desde mi punto de vista, que dicho proceso puede medirse en términos económicos, pueda convertirse en un instrumento para satisfacer los deseos de otros y pueda ser abordado desde una la pretendida asepsia que puede conllevar un tratamiento médico. Por lo tanto, el eje para la reflexión no es tanto que la gestante obtenga un beneficio económico como que el ordenamiento jurídico avale que se pueda poner precio la instrumentalización de un ser humano y que se someta la capacidad creativa, y por tanto transformadora, de un embarazo al sueño, que no derecho, de ser padres. Incluso simplemente hablar de gastos supone introducir un elemento de cuantificación económica que hace que dudemos de lo que hasta ahora al menos hemos considerado como dignidad indisponible e inalienable del ser humano. En este sentido, no podemos olvidar que cuando se argumenta a favor de la GS con carácter altruista no deja de haber en los discursos que se divulgan en medios de comunicación y en redes sociales una concepción ciertamente «patriarcal» de lo que supone para una mujer la maternidad: la posibilidad de que su cuerpo y su capacidad reproductora sean usados para satisfacer los deseos de otros no solo incide en su instrumentalización sino que subraya la visión de la maternidad como destino femenino y el rol de las mujeres como seres que viven para otros.

4.^a) En todo caso, y al margen de que pudiera llegarse a algún tipo de regulación garantista, no podemos olvidar que estamos ante una cuestión que debería ser objeto de una regulación a nivel internacional para evitar el fomento del turismo reproductivo y con él de las agencias intermediarias que obtienen grandes beneficios a costa en muchos casos de la necesidad de las mujeres que acceden a esta práctica en muchos países como un método de supervivencia o de superación de la pobreza. Es decir, la GS nos plantea el dilema de la ineficacia, o relativa eficacia, de los ordenamientos estatales desconectados del marco jurídico internacional. Tal y como de hecho está sucediendo en nuestro país, por más que nuestro ordenamiento jurídico considere nulo el contrato de GS, nada impedirá que ciudadanos españoles puedan acudir a otros países donde esté permitida. El problema en este caso se plantea con la situación jurídica de los hijos o hijas que llegan a nuestro país habiendo sido gestados en un útero de alquiler. En estos casos, como hemos visto por ejemplo en la jurisprudencia del TEDH, se prioriza el interés de los menores a tener una vida familiar. De ahí la urgencia de que se aprueba una normativa internacional que establezca unas reglas comunes y

clarifique el «laberinto» jurídico que en la actualidad genera la diversidad de regulaciones existentes⁸⁴.

5.^a) En virtud de todo lo dicho, concluyo que lo deseable sería pues facilitar el acceso a la paternidad y la maternidad a través de vías como la adopción⁸⁵, haciéndola mucho más asequible y reduciendo los factores que hoy la convierten en una fórmula compleja y en algunos casos imposible, y no abrir la vía de un contrato que conlleva siempre el riesgo de incidir en la feminización de la pobreza⁸⁶, que instrumentaliza tanto a la madre gestante como al hijo o la hija y que fomenta o puede hacerlo la creación de un mercado cuyas reglas difícilmente encajan con las de una ética democrática. Porque, ante todo, no deberíamos olvidar que «el contrato de subrogación es otro medio a través del cual se asegura la subordinación patriarcal»⁸⁷. A través de él, e incluso en el supuesto de que no medie compensación económica, la mujer acaba siendo una vasija vacía que ampara y prorroga la subordinación femenina frente a la creatividad y el poder del varón. Todo ello para hacer posible la efectividad de un derecho «inexistente» —el de ser padre o madre⁸⁸— frente a otro que es fundamental —la integridad física y moral de las mujeres⁸⁹.

Es decir, lo que la GS vuelve a plantear es la consideración del cuerpo, la sexualidad, y en este caso la capacidad reproductora de las mujeres, como objeto

⁸⁴ Como freno de la GS, la Asociación de Profesionales por la Ética (2015, 14) propone «la negativa a permitir el registro de la filiación de los niños nacidos de vientres de alquiler a nombre de los compradores, ya que funcionaría de manera eficaz con carácter disuasorio y reduciría radicalmente el negocio y la explotación que supone la maternidad subrogada». Frente a esta posición, encontramos la de quienes apuestan por la regulación de una nueva filiación, la intencional, y a partir de ahí que el Derecho internacional privado resuelva todos los problemas jurídicos que se deriven de los acuerdos internacionales de gestación por sustitución. DURÁN AYAGO, A. (2012), cit., p. 308.

⁸⁵ Como bien pone de manifiesto la SEF, «debería enfatizarse la fuerza de la maternidad como crianza, reforzando la adopción como mejor opción para situaciones en las que no sea posible concebir un hijo. Las dificultades del proceso de adopción —que deberían ser revisadas y resueltas— no deben ser razón para justificar la utilización de una técnica excepcional y no exenta de riesgos como ésta».

⁸⁶ En este sentido, la generosidad de los padres en un proceso de adopción es mucho mayor que la de los padres subrogantes, ya que estos realizan su deseo mediante las condiciones que ellos mismos han creado y a través de las exigentes impuestas a otros seres humanos. MURARO, L. (2016), cit., p. 70.

⁸⁷ PATEMAN, C. (1995), cit., p. 295.

⁸⁸ Aunque haya juristas que defiendan la existencia de un «derecho fundamental a la procreación» basado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). A. J. VELA SÁNCHEZ, *Gestación por encargo...*, cit., p. 23.

⁸⁹ NUÑO, L., *op. cit.*, p. 694.

de transacciones comerciales y, a su vez, de debates en los que ellas continúan contemplándose desde la perspectiva del «sujeto masculino» de referencia y por lo tanto situadas como «otro subordinado». En este sentido, vuelven a ponerse en acción todas las herramientas propias de un «derecho de matriz y carácter machista» que parte de mayores condicionamientos para las mujeres que para los varones «por el no pleno dominio de su cuerpo». De tal manera que cuando planteamos la libertad de la mujeres haya que pensar en ella como «inmunidad del cuerpo frente a constricciones, vejaciones y discriminaciones». Es decir, «la ausencia de un específico derecho exclusivo de la mujer sobre el propio cuerpo» es «lo que hace que se considere una mera libertad, siempre susceptible de ser limitada por el legislador sobre la base de los derechos o incluso de los intereses de otros sujetos. Al contrario, sólo la consagración de tal libertad como un derecho fundamental (...) permite protegerla de posibles supresiones, limitaciones o condiciones heterónomas»⁹⁰. Este debería ser justamente el centro de la reflexión jurídica en torno a la GS: si efectivamente estamos ante un modelo de contrato que garantiza el derecho fundamental de las mujeres a disponer de propio cuerpo y de sus capacidades o si, por el contrario, es una práctica que lo somete a condiciones heterónomas. En consecuencia, éste debería convertirse en el eje ético y jurídico desde el que plantearnos si es aconsejable, o incluso si es posible, una regulación de la GS que efectivamente garantice lo primero y evite en cualquier caso lo segundo.

Title:

The surrogate motherhood from a legal perspective. Some reflections on the conflict between desires and rights.

Summary:

1. Introduction: The keys to the debate. 2. The surrogate motherhood in the jurisprudence of european court of human rights. 3. The surrogate motherhood in spanish law: 3.1 The nullity of contracts of surrogate motherhood; 3.2 Critical analyse of sentence of Supreme Court February,6, 2014; 3.3 The surrogate motherhood and the maternity benefit. 4. The «gender impact» in the surrogate motherhood. 5. A guarantee, and unlikely, regulation proposal. 6. Conclusions.

⁹⁰ FERRAJOLI, L. «Prólogo» de PITCH, T. (2003), cit., pp. 11 y 16.

Resumen:

La denominada maternidad subrogada o gestación por sustitución está generando en los últimos años un intenso debate político, jurídico y moral (es incluso posible que en la presente legislatura llegue a presentarse un proyecto de ley sobre esta materia). Un perverso debate en el que la autonomía de las mujeres sirve para mantener posiciones opuestas. Este trabajo trata de analizar la cuestión desde la perspectiva del feminismo jurídico y teniendo presente la perspectiva de género. De momento, el ordenamiento jurídico español considera nulos dichos contratos (artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, jurisprudencia del Tribunal Supremo), si bien la inscripción de filiaciones de menores concebidos por esta técnica en el extranjero ha planteado si sería o no conveniente su regulación para evitar lo que de hecho está provocando un fraude de ley. Esta cuestión ya sido ya abordada en varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se han basado en la protección del interés superior del menor. En este trabajo se plantea una propuesta de regulación que tenga en cuenta de manera singular la adecuada protección de los derechos de la mujer gestante y que evite la creación de un mercado de niños/as y la instrumentalización de las mujeres más vulnerables. Ello requiere tener presente la perspectiva de género que permita ponderar adecuadamente los derechos en conflicto. El resultado sería un contrato de carácter altruista y sometido a las debidas garantías judiciales. En todo caso, no podemos olvidar que estamos ante una cuestión que debería ser objeto de una regulación a nivel internacional para evitar el fomento del turismo reproductivo. No obstante, lo deseable sería facilitar el acceso a la paternidad y la maternidad a través de la adopción y no abrir la vía de una técnica que conlleva siempre el riesgo de incidir en la feminización de la pobreza, en la instrumentalización tanto a la madre gestante como del hijo o la hija y en la creación de un mercado. Finalmente, esta reflexión nos permitirá responder si existe o no un derecho a procreación o si solo podemos hablar de un deseo de ser padre o madre. Las conclusiones nos permitirán reflexionar sobre cómo la ética neoliberal está incidiendo en la misma definición de los derechos humanos, además de sobre el sentido que darle a valores constitucionales como el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) o la protección de la familia (art. 39). Todo ello en un contexto de radical transformación del tradicional Derecho de Familia basada en dos presupuestos: la primacía de la voluntad y la superación de la heteronormatividad.

Abstract:

The surrogate motherhood is generating in the last years an intense political, juridical and moral debate (It is even possible that in the present legislature a bill on the subject will be presented), a perverse debate that uses the autonomy of women to maintain opposing positions. This paper tries to analyze the issue from the perspective of legal feminism and taking into account the gender perspective. At the moment, Spanish law considers this contract as null (art. 10 of the Law 14/2006 of assisted human reproduction; case law of Supreme Court), but the inscription of minors' filiations conceived abroad by this technology has questioned whether it is convenient its regulation to avoid a fraud of law. This question has been analyzed in several judgments of the European Court of Human Rights. These judgements have been based on the protection of the best interests of the child. This paper proposes a regulation that guarantees the rights of pregnant women and which prevent the creation of a «babies market» and the instrumentalization of the most vulnerable women. This requires taking into account the gender perspective to weigh rights in conflict. The result will be a contract of an altruistic nature and that it has the appropriate judicial guarantees. In any case, we musn't forget that we are dealing with an issue that should be subject to international regulation to avoid the promotion of reproductive tourism. However, it would be desirable to facilitate access to paternity and motherhood through adoption and not to open the way of a technique that always carries the risk of influencing the poverty feminization, of the instrumentalization of the mother Pregnant as the son or the daughter and the creation of a market. Finally, this reflection will allow us to question whether there is a right to procreation or we can only talk about a desire to be father or mother. The conclusions will allow us to reflect on how neoliberal ethics is influencing the definition of human rights. Additionally, this paper try to show the sense of the guarantee of constitutional values as the free personality development (art. 10.1 CE), the equality and non-discrimination (art. 14 CE) and the family protection (art. 39 CE). All in a context of transformation of the traditional family law base on two principles: the primacy of the will and the overcoming of heteronomativity.

Palabras clave:

Gestación subrogada, género, autonomía, derechos de las mujeres, familia, procreación

Key words:

Surrogate motherhood, gender, autonomy, women rights, family, procreation.