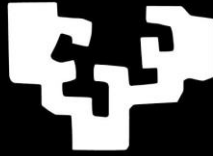


eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

ZUZENBIDE
FAKULTATEA
FACULTAD
DE DERECHO

Grado en Derecho

Año académico 2019-2020

EL “DERECHO” A LA MATERNIDAD

Trabajo realizado por: Maialen Domínguez Ezcurra

Dirigido por: Juana Goizueta Vértiz

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. LA MATERNIDAD SUBROGADA: BREVES APUNTES SOBRE EL DERECHO COMPARADO	7
2.1. Modalidad comercial	8
2.2. Modalidad altruista	8
2.3. Modalidad de prohibición	10
3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	10
3.1. Acercamiento conceptual a la maternidad subrogada	10
3.2. Diversas posturas sobre la maternidad subrogada en España	11
3.3. Tratamiento jurídico de la maternidad subrogada	13
3.4. Tratamiento jurisprudencial	14
4. EL “DERECHO” A LA REPRODUCCIÓN Y LA AUTONOMÍA DE LA MUJER GESTANTE DENTRO DEL MARCO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	15
4.1. El derecho a la reproducción	15
4.2. La dignidad y el derecho al libre desarrollo de la mujer gestante	16
4.3. La integridad física y moral de la madre gestante	18
4.4. La autonomía de la madre gestante y la mercantilización del cuerpo de la mujer	19
4.5. La mercantilización que esconde la modalidad altruista	21
5. INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	22
5.1. El interés superior del menor: un elemento clave en materia de maternidad subrogada	22
5.2. Legislación y jurisprudencia sobre la inscripción en el Registro Civil español de niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero	23
5.2.1. Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009	23

5.2.2. Sentencia Núm. 193/2010 de 15 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia Núm. 15 de Valencia	24
5.2.3. Instrucción, de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General del Registro y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución	25
5.3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	25
5.3.1. Mennesson y Labasse contra Francia	26
5.3.2. Paradiso y Campanelli contra Italia	27
6. CONCLUSIONES	28
7. BIBLIOGRAFÍA	33
I. Doctrina	33
II. Normativa	35
III. Jurisprudencia	36
IV. Páginas web	36

1. INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada, más conocida como “vientres de alquiler”, es uno de los temas más polémicos desde que salió a la luz y a día de hoy en todo el mundo. Ha sido en los últimos años cuando se ha creado el mayor debate en torno a esta práctica y ha pasado a tener un primer plano en la esfera pública debido al incremento de personas que optan por la gestación subrogada para crear una familia.

En lo que concierne a España es un tema bastante debatido ya que la ley española declara nulos los contratos de gestación subrogada y esto implica que se recurra a irse a países extranjeros donde sí está permitido.

La sociedad de hoy en día se divide sobre todo en dos tendencias bastante encontradas. Por un lado, se encuentran los que defienden la maternidad subrogada y piden que se regule y se pueda convenir libremente mediante contrato y por el otro lado se encuentran los que consideran que la gestación subrogada no debería permitirse por ser una práctica que vulnera los derechos fundamentales de las mujeres y convierte a los bebés en simples mercancías.

La maternidad subrogada tiene muchas aristas¹ que podrían ser estudiadas, pero por razones de tiempo y extensión quedan al margen del alcance de este trabajo. De entre todos los temas que abarca esta práctica este trabajo se divide en dos grandes partes.

En primer lugar, se encuentra la problemática que gira en torno a los derechos fundamentales de la madre gestante.

La maternidad subrogada engloba la cosificación y mercantilización de la mujer, la consideración de la mujer gestante como un simple objeto, la pérdida de su dignidad y la despersonalización. A lo largo de este trabajo se valoran muchos de los derechos fundamentales de la madre gestante que han sido vulnerados por el simple hecho de satisfacer las necesidades o deseos de otros, vistos desde la perspectiva de un “derecho” a la reproducción y la autonomía de la gestante.

Cuando hablamos de maternidad subrogada hablamos de los derechos de la mujer gestante, pero también hablamos de los derechos de las mujeres, ya que es un tema que afecta a todo un género. La mujer ha sido considerada desde hace muchos años como una “máquina” para crear bebés. Se ha formalizado su función reproductora como un deber. ¿Hablamos realmente de libertad o es un deber social que nos han inculcado desde siempre?

En toda esta polémica subyace el carácter estructural de la discriminación y la atribución a la mujer de un papel eminentemente reproductor y de cuidadora. Después de tantos años y después de tanta evolución se sigue poniendo en la balanza la dignidad de la mujer frente a los deseos de algunos. En vez de avanzar y llevar el derecho a la reproducción a lo que realmente es, un derecho al que se puede acceder libremente, se ha llegado a su

¹ Las prestaciones por maternidad y paternidad, por ejemplo.

mercantilización poniéndose la necesidad de procrear por encima de la dignidad de la mujer como persona.

El segundo tema problemático que se trata en este trabajo habla sobre los niños y niñas que nacen mediante la gestación subrogada.

Como ya se profundizará más adelante, uno de los grandes problemas que surge a causa de la maternidad subrogada respecto a los niños es la problemática acerca de las filiaciones de estos en los países en los que legalmente está prohibida la gestación.

A lo largo de este trabajo podremos observar que, aunque muchos piensen que el problema de la gestación está solucionado en los países que esta está prohibida todo cambia cuando se pone en la mesa el principio del interés superior del menor, lo cual conlleva a que las inscripciones de estos niños y niñas se admitan en el Registro Civil de países que prohíben la gestación subrogada. En este trabajo se tratarán las diferentes posturas que han tenido algunos Tribunales, entre ellos el Supremo de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tal y como hemos comentado acerca de la cosificación y la mercantilización de la mujer, esto también afecta a los niños nacidos mediante esta práctica. Al aprobar tanto la maternidad subrogada como las inscripciones de filiaciones estamos aprobando que un recién nacido pueda ser objeto de un contrato y que tenga un precio.

Se defienden estas inscripciones alegando la excusa de que hay que defender el interés superior del niño, pero, al parecer, la cosificación y la mercantilización y que en varios países se permita proteger el anonimato de los progenitores, vulnerando así el derecho de los niños a conocer su origen biológico, no tienen cabida dentro de la protección del interés del menor.

Es por ello que en este trabajo se analizarán algunos temas clave de la maternidad subrogada, tales como las modalidades existentes que hay en diferentes países y su regulación actual en España. Este trabajo tiene como fin aclarar la realidad que se esconde tras la maternidad subrogada, los derechos que les son vulnerados a las mujeres gestantes escondidos tras los deseos de las personas que llevan a cabo esta práctica.

2. LA MATERNIDAD SUBROGADA: BREVES APUNTES SOBRE EL DERECHO COMPARADO

En este apartado se analizarán las diversas posturas acerca de la regulación de la maternidad subrogada. El Derecho comparado abarca la situación internacional de esta práctica dando a entender que no existe una sola regulación. Las tres grandes modalidades acerca de la gestación son: la modalidad comercial, la modalidad altruista y la modalidad de prohibición.

2.1. Modalidad comercial

Algunos de los países más importantes donde es legal la gestación subrogada a cambio de una contraprestación económica son Rusia, India, Ucrania y algunos estados de Estados Unidos.

En el caso de Rusia la regulación de la gestación subrogada se encuentra en el Código de Familia de la Federación de Rusia y en la Ley Federal sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia de 2012.

Los comitentes en este caso pueden ser las parejas heterosexuales y las mujeres solteras. Estas últimas deben aportar sus propios óvulos². Esta regulación prohíbe la gestación a las parejas homosexuales. En lo que respecta a las madres gestantes, para formar parte de este proceso deben cumplir ciertos requisitos entre ellos: “tener entre 20 y 35 años, ser madre de un hijo propio previamente y que esté sano y tener una buena salud física y mental”³.

En lo que a la filiación se refiere para que los padres comitentes aparezcan como padres del bebé es necesario el consentimiento de la madre gestante la cual renuncia a esa relación de filiación. Una vez que los comitentes figuren en el certificado de nacimiento los derechos y los deberes paternos pasan de ser de la madre “portadora” a ellos.

En el caso de Estados Unidos al ser un estado federal es cada Estado el que regula sus propias normas lo cual conlleva que varios países la permitan libremente y otros la prohíban. Entre los que la permiten California es uno de los Estados más famosos a día de hoy. Entre los beneficios que ofrece este Estado se encuentra el acceso a todo tipo de modelos de familia independientemente de su estado civil, orientación sexual o procedencia.

Respecto a la filiación esta se establece mediante una sentencia judicial nombrada como “*pre birth order*”, la cual asigna la paternidad de los comitentes antes del nacimiento del bebé y les garantiza que serán los padres legales⁴.

2.2. Modalidad altruista

La modalidad altruista abarca la legalización de la maternidad subrogada dentro del cumplimiento de ciertos requisitos y limitaciones. Dentro de esta postura como marca Eleonora Lamm⁵, se distinguen dos grupos de legislaciones.

El primero trata de un procedimiento de “preaprobación” de los acuerdos de maternidad subrogada, estos los deben presentar los padres comitentes y la madre gestante ante una institución, como un juez o un tribunal, el cual se encargará de comprobar si se cumplen

² Recuperado de: [Gestación subrogada en Rusia: legislación, precio y filiación](#)

³ LAMM, Eleonora., «Gestación por sustitución», *Revista para el análisis del Derecho*, julio, 2012, p. 17.

⁴ Recuperado de: [What is a Pre-Birth Order?](#)

⁵ LAMM, Eleonora., «Gestación por sustitución», op. cit., p. 12-16.

las condiciones legales para aprobar ese acuerdo antes de iniciar el tratamiento. Grecia se encuentra dentro de este grupo.

En Grecia la maternidad subrogada se regula mediante dos leyes las cuales someten los contratos de gestación a una serie de condiciones. La Ley 3089/2002 establece que: “La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas”. La autorización legal para someterse al proceso de gestación subrogada se expedirá con arreglo a las siguientes condiciones⁶: a) La madre intencional debe aportar un certificado médico de la Seguridad Social que pruebe su incapacidad para llevar un embarazo a término o riesgo durante el mismo. b) La madre intencional no tendrá más de 50 años. c) La gestante no será quien aporte los óvulos. d) El proceso de maternidad es altruista. Ello no quiere decir que la madre gestante sólo vaya a cobrar los gastos médicos, y que no puede percibir cantidad alguna adicional. La ley prevé que se le pague una indemnización por las molestias, y por los meses no trabajados. e) La madre subrogada no puede retractarse, dado que ha renunciado antes de hacer la implantación, y todos los derechos recaen sobre los padres de intención, los cuales se convierten en padres legales del bebé después del nacimiento.

El segundo grupo trata de regular la maternidad subrogada “ex post facto”, esto quiere decir que el proceso se centra en la transferencia de la filiación post parto, es decir, trata de que los comitentes obtengan la paternidad legal del bebé como consecuencia del acuerdo de gestación. Entre ellos cabe destacar el Reino Unido.

La legislación del Reino Unido prohíbe anunciar que se busca una madre gestante o que una mujer está dispuesta a someterse al proceso de gestación. También quedan prohibidas las agencias comerciales con ánimo de lucro. Al ser una modalidad altruista la madre no puede recibir ningún tipo de contraprestación económica pero sí puede recibir una cantidad de dinero por los gastos derivados del embarazo. En cuanto a la filiación en este caso cuando la madre gestante da a luz ella se convierte en la madre legal. Los padres comitentes deberán presentar una solicitud ante el tribunal de familia para convertirse en los padres legales. A la madre gestante se le conceden 6 semanas de reflexión. Pasado ese tiempo y una vez presentada la solicitud el juez transmite la filiación a los padres comitentes.

En esta modalidad altruista merece una atención especial el caso brasileño al que dedicaré las siguientes reflexiones. Tal y como cita Carlos Javier Ávila, “pese a no existir una ley específica, el Consejo Federal de Medicina ha regulado la materia en base a resoluciones”⁷. Se permite ser padre comitente a cualquier persona independientemente de su estado civil u orientación sexual. Dada su modalidad altruista Brasil prohíbe el carácter lucrativo y para asegurarse de su pleno cumplimiento y no crear dudas sobre su gratuidad, ya que sería posible que se establecieran retribuciones encubiertas, el requisito

⁶ Recuperado de: <https://gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-grecia-de-la-gestacion-subrogada/>

⁷ HERNÁNDEZ ÁVILA, Carlos Javier., «La maternidad subrogada en el Derecho comparado», *Cadernos de Dereito Actual*, nº 6, 2017, p. 332.

indispensable es que la madre gestante pertenezca a la familia de uno de los padres comitentes, en relación de parentesco hasta el cuarto grado con un límite de 50 años de edad.

2.3. Modalidad de prohibición

Diferentes ordenamientos prohíben la maternidad subrogada tanto la comercial como la altruista. Gran parte de los países europeos como Francia, Alemania, Suecia o Italia regulan la nulidad de los contratos que hacen efectiva la gestación subrogada.

Francia posee la regulación más restrictiva de la Unión Europea. El Comité Consultivo Nacional de Ética francés compadece en contra de esta práctica argumentando que la gestación subrogada sirve para intereses comerciales y esto provoca una explotación material como psicológica de las mujeres gestantes.

En lo que respecta a la regulación jurídica el Código Penal francés contempla como delito con penas de prisión y multa la acción de intermediarios entre la gestante y los padres comitentes⁸.

En el caso de Italia la Ley establece la nulidad de dichos contratos y sanciona con multas de 600.000 a un millón de euros y penas de cárcel de tres meses a tres años tanto para los que recurren a esta práctica como para los que la organicen o comercialicen⁹.

Para finalizar con este breve estudio cabe citar que España también entra dentro de los países que poseen la modalidad de prohibición. Nuestro ordenamiento jurídico declara nulos todos los contratos de gestación subrogada, pero existen varias dudas sobre su total prohibición.

En cuanto a ello en este trabajo se explicará cual es la situación jurídica actual de la maternidad subrogada en España y todas aquellas dudas que crean incertidumbre acerca de su “prohibición”.

3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

3.1. Acercamiento conceptual a la maternidad subrogada

En lo que respecta al nombre del tema principal de este trabajo, este ha sido denominado de diversas maneras como gestación subrogada, vientres de alquiler, maternidad subrogada, gestación por sustitución...

Como apunta Emakunde, el Instituto Vasco de la Mujer, en su informe sobre la gestación subrogada todos estos términos que hemos nombrado hacen referencia al acto al que se somete una mujer con la intención de gestar un bebé y entregárselo, una vez haya nacido,

⁸ HERNÁNDEZ ÁVILA, Carlos Javier., «La maternidad subrogada en el...», op. cit., p. 328.

⁹ LAMM, Eleonora., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 127.

a la persona o personas que lo hayan encargado, los cuales asumirán su maternidad y/o paternidad.

Según el informe la gestación subrogada “trata de un contrato que suele contemplar el compromiso de una mujer (conocida como mujer o madre gestante, portadora, madre por sustitución o gestante de alquiler) a través del cual acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja comitente, a quien o quienes se compromete a entregar la niña, el niño o las y los niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con quienes son subrogantes”¹⁰.

La maternidad subrogada por tanto significa que la mujer que da a luz no es la madre del bebé que nace ya que renuncia a esos derechos y se los otorga a otra persona con la que ha firmado un contrato antes.

En lo que respecta al concepto de la maternidad subrogada la doctrina es bastante diversa y se pueden encontrar diferentes definiciones.

Por un lado, Antonio José Vela lo denomina como “fenómeno social por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no”¹¹.

La autora Eleonora Lamm lo define como “una forma de reproducción asistida, por medio del cual una persona, denominada gestante acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”¹².

Teniendo en cuenta lo que se acaba de comentar, además de lo mencionado en el punto anterior sobre las modalidades existentes, se puede decir que el contrato de la maternidad subrogada puede ser comercial o altruista. En los contratos altruistas la madre gestante no recibe ninguna contraprestación económica y en caso de recibirla suelen ser por los gastos que ella tenga que deriven del embarazo. En los contratos comerciales la madre sí que recibe una remuneración a cambio de cumplir las obligaciones que derivan del contrato.

3.2. Diversas posturas sobre la maternidad subrogada en España

La gestación subrogada viene siendo un tema de controversia desde ya hace varios años en España. A pesar de que esta práctica está prohibida legalmente, es un tema que abre debate entre aquellos que defienden los vientres de alquiler y aquellos que están a favor de que esta siga su línea de prohibición. Dentro de este debate se encuentran las ideas

¹⁰ EMAKUNDE. (2018). «¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?», p. 8. Recuperado de: [Emakunde reflexiona sobre la gestación subrogada y su impacto de género en los Cursos de Verano de la EHU-UPV - Revista Emakunde Aldizkaria](#).

¹¹ VELA SÁNCHEZ, Antonio José., «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011.

¹² LAMM, Eleonora., *Gestación por sustitución. Ni maternidad...*, op. cit., p. 24.

confrontadas de diferentes asociaciones o movimientos, así como de distintos partidos políticos.

Tal y como afirma Beatriz Gimeno¹³, fue en 2015 cuando se creó dentro del movimiento feminista la asociación “No somos vasijas” que se muestra contraria a la gestación subrogada.

Esta misma asociación redactó un manifiesto mostrando su absoluto rechazo a la maternidad subrogada. Fundamentan su posición en diferentes razones como por ejemplo: “alquilar el vientre de una mujer no se puede catalogar como ‘técnica de reproducción asistida’”; “las mujeres no son máquinas reproductoras que fabrican hijos en interés de los criadores” “porque cuando la maternidad subrogada ‘altruista’ se legaliza se incrementa también la comercial” y “la pretendida ‘relación colaborativa’ esconde el ‘consumo patriarcal’ por el cual las mujeres se pueden alquilar o comprar de manera total o parcial”¹⁴.

En 2017 se fundó la asociación “Stop vientres de alquiler” que se define como “un proyecto de divulgación feminista que tiene como objetivo impulsar el conocimiento y crear conciencia social sobre la maternidad subrogada, que no es más que explotación reproductiva de mujeres y mercado de bebés”¹⁵.

En contra de los anteriores argumentos se encuentra la “Asociación por la Gestación Subrogada en España” creada en 2013, que publicó su manifiesto a favor de la legalización y regulación de la gestación subrogada en España. En el manifiestan que “la ley choca contra la realidad y la necesidad de la sociedad: se está negando a determinadas personas que ansían ser padres y/o madres, y no pueden serlo de manera natural, la posibilidad de tener hijos”¹⁶.

Por otro lado, la maternidad subrogada es un tema de debate entre los diferentes partidos políticos de España.

Cabe destacar el partido de Ciudadanos¹⁷ quienes han propuesto una ley reguladora del derecho a la gestación subrogada. La presente Ley se estructura en siete Capítulos, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. El mismo partido justifica la regulación de la práctica en su propuesta de Ley defendiendo que la mejor solución ante la nueva realidad es la regulación no la prohibición.

¹³ GIMENO, Beatriz., «El debate sobre los vientres de alquiler y la ley presentada por el partido político Ciudadanos en España», en *Feminismos y Derecho. Un diálogo interdisciplinario en torno a los debates contemporáneos*, Ana MICHAELA ALTERIO y Alejandra MARTÍNEZ VERÁSTEGUI (coord.), Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2020, p. 275.

¹⁴ NO SOMOS VASIJAS. (2015). «Las mujeres no se pueden alquilar o comprar de manera total o parcial». Recuperado de: https://nosomosvasijas.eu/?page_id=1153.

¹⁵ Stop vientres de alquiler. (2017). Recuperado de: [Sobre Stop Vientres de Alquiler](#).

¹⁶ Asociación por la Gestación Subrogada en España (AGSE). (2013). «Manifiesto a favor de la legalización y regulación de la gestación subrogada en España». Recuperado de: [Manifiesto](#)

¹⁷ [122/000015 Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución](#).

Los partidos políticos de Unidas Podemos y PSOE se han situado en contra de la propuesta de Ciudadanos. El actual Gobierno de España muestra su postura acerca de la gestación subrogada en el punto 7.7 de su programa de “Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España”. Defienden que los vientres de alquiler “socavan los derechos de las mujeres, especialmente de las más vulnerables, mercantilizando sus cuerpos y sus funciones reproductivas”¹⁸.

3.3. Tratamiento jurídico de la maternidad subrogada

En lo que respecta a la regulación jurídica de la gestación subrogada, como ya se ha citado anteriormente, es una práctica prohibida legalmente en España.

Tal y como indica María Alejandra Pastrana, el uso de las técnicas de reproducción asistida en España empezó a generalizarse durante la década de los ochenta, lo cual obligó a dictar una primera ley que regulase el tema. En 1988 se promulgó la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. La vigencia de esta Ley duró hasta el año 2006 donde fue derogada por la Ley actualmente vigente¹⁹.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida dedica su artículo 10 a la “gestación por sustitución”. Se declara en el artículo que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”²⁰. También dicta que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”²¹.

De acuerdo con la opinión de Fernando Abellán-García²², dicha ley no habla de una “prohibición taxativa” de la gestación subrogada pero sí cabe entender que el contrato o acuerdo de la maternidad subrogada conlleva una causa ilícita ya que estos son declarados nulos por el artículo 10.1 de la Ley.

Respecto al derecho penal, tal y como vuelve a citar el autor Fernando Abellán-García, ciertos casos de gestación subrogada, acordados en España, en los que existe una contraprestación pueden llegar a ser penados con el tipo penal de las adopciones ilegales. El artículo 221.1 del Código Penal castiga con penas de prisión de uno a cinco años a quienes “mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la

¹⁸ [Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España](#)

¹⁹ PASTRANA SÁNCHEZ, María Alejandra., «Algunos problemas derivados de la aplicación de la ley española de técnicas de reproducción asistida», *Revista Via Iuris*, noviembre, Num. 16, 2014, p. 179.

²⁰ Art. 10.1, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE nº. 126, de 27 de mayo de 2006).

²¹ Art. 10.2, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE nº. 126, de 27 de mayo de 2006).

²² ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, Fernando., «Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, octubre, Núm. 9, 2016, p. 62-63.

finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”²³. El segundo apartado de este artículo castiga también con la misma pena a “la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”²⁴.

3.4. Tratamiento jurisprudencial

En lo que a la jurisprudencia española se refiere cabe destacar la sentencia 247/2014 del Tribunal Supremo del 6 de febrero de 2014.

Respecto a los antecedentes de esta sentencia el asunto trata del rechazo de una inscripción en el Registro Civil español por un acta registral expedida por el Registro Civil norteamericano en el que consta el nacimiento en California de dos menores tras un contrato de gestación por sustitución entre dos varones comitentes españoles y una mujer norteamericana.

La Sala de lo Civil de este Tribunal se mantiene en una posición contraria a la gestación subrogada considerando 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 valores constitucionales de la dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”²⁵.

El TS considera que dicho contrato debe entenderse como nulo por dos motivos principales. Por un lado porque “no se acepta que se vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza”²⁶; y por otro porque “la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto de tráfico mercantil”²⁷.

Tal y como afirman Miguel Presno y Pilar Jiménez sobre dicha sentencia, “el orden público español protege las decisiones libres de la persona capaz sobre la procreación y sobre prácticas propias de la gestación”²⁸. Sin embargo, Octavio Salazar²⁹ especifica que

²³ Art. 221.1, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995).

²⁴ Art. 221.1, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995).

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 247/2014, F.J. 3.10.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 247/2014, F.J. 3.6.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 247/2014, F.J. 5.8.

²⁸ PRESNO LINERA, Miguel Ángel. y JIMÉNEZ BLANCO, Pilar., «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 51, 2014, p. 16.

²⁹ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio., «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos», *Revista de Derecho Político*, abril, Núm. 99, 2017, p. 95.

esas decisiones libres se deben analizar en cuestión del nivel de vulnerabilidad de quien las toma.

Es el mismo autor quien sostiene que no se trata de una cuestión que debe ser analizada mediante el moralismo, lo que es correcto y lo que es incorrecto, sino que “la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral y, en general todos los derechos fundamentales de las mujeres”³⁰ se deben interpretar desde una perspectiva de género.

De acuerdo con la opinión de Octavio Salazar, en este trabajo se irán analizando los motivos principales que considera el Supremo y los derechos mencionados desde una perspectiva de género.

4. EL “DERECHO” A LA REPRODUCCIÓN Y LA AUTONOMÍA DE LA MUJER GESTANTE DENTRO DEL MARCO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

4.1. El derecho a la reproducción

De acuerdo a lo que opina Ana Valero, entre las diversas opiniones que genera la maternidad subrogada se encuentran los que defienden esta práctica alegando la existencia de un derecho a la reproducción, entre ellas las parejas infértiles, ya que la gestación subrogada hace efectivo que ellos puedan tener hijos. También se habla dentro de las parejas de hombres homosexuales los principios de igualdad y no discriminación reproductiva³¹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos el derecho a la reproducción. La Gran Sala afirma en varias ocasiones como es en el caso de *Dickson contra Reino Unido del 4 de diciembre de 2007*, que este artículo incluye también el adoptar medidas para que este derecho sea efectivo entre las que caben el permitir el acceso a ciertas técnicas médicas para tener un hijo, como pueden ser la inseminación artificial o la fecundación in vitro.

Una de las grandes polémicas que engloba este tema se encuentra justo aquí, en saber si realmente la gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida como otra cualquiera. La gran diferencia está en la involucración del propio cuerpo. Las técnicas de reproducción asistida permitidas como las que hemos nombrado antes involucran el propio cuerpo de la persona que quiere ser madre o padre, tanto de la mujer como del hombre. En cambio, no se debería tomar la maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida en su totalidad ya que para que esta práctica sea totalmente efectiva es necesario la involucración del cuerpo de “una tercera”. Esto conlleva a considerar a una tercera mujer como un instrumento necesario para la efectividad de esta práctica, por tanto, si consideramos la maternidad subrogada como una técnica de reproducción

³⁰ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio., «La gestación por sustitución desde...», op. cit., p. 96.

³¹ VALERO HEREDIA, Ana., «La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, p. 425.

asistida en su totalidad estaríamos atacando directamente la dignidad de ella como persona, reduciéndola a un simple objeto para satisfacer el deseo de otros.

Entre los argumentos utilizados para defender el derecho a la reproducción, así como hace referencia Noelia Igareda, se encuentra la existencia de un deseo o de una necesidad³². En varias ocasiones se intenta justificar que este deseo de tener hijos/as es una necesidad básica de todas las mujeres. Se debe tener en cuenta que la necesidad o deseo de tener hijos/as es un fenómeno cultural que existe desde hace muchísimos años y no un fenómeno biológico, la necesidad de ser padres que pensamos que tenemos, es simplemente un deseo impuesto por la presión social, como si el ser madres fuese una función obligatoria de las mujeres. Como dice Mariana Winocur, las mujeres cuentan con órganos reproductivos aptos para el embarazo, pero no se ha encontrado nada sobre “el instinto maternal” que no sea una construcción cultural³³. Hay que tener claro que no todo deseo tiene que ser un derecho y que mucho menos un deseo puede ir por encima de un derecho, como es en este caso la dignidad de la mujer gestante, entre otros.

De acuerdo con lo que dice Miguel Ángel Alegre, la dignidad de la persona presenta un triple carácter:

Principalmente cabe decir que la dignidad es la base y la razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona. Es decir, es imprescindible el reconocimiento y el respeto de todos esos derechos para que la persona se desarrolle conforme a su dignidad.

En segunda parte la dignidad funciona como un fin, el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades hace posible el desarrollo integral de una persona exigido por su dignidad.

Por último, es importante aclarar que la dignidad se convierte en un límite. En concordancia con lo anterior, el libre desarrollo de una persona y el ejercicio de sus propios derechos y libertades tienen como límite el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

Teniendo en cuenta todo esto no se puede considerar que la dignidad de las mujeres que ofrecen su cuerpo para gestar un bebé y luego entregarlo a otros a cambio de una remuneración no se ve afectada, por lo cual es un límite para su realización y nuestro ordenamiento jurídico no podría protegerlo³⁴.

4.2. La dignidad y el derecho al libre desarrollo de la mujer gestante

El concepto de la dignidad tiene su propio Capítulo dentro de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea el cual declara que “la dignidad humana será

³² IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia., «El hipotético derecho a la reproducción», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, junio, núm 23, 2011, p. 258.

³³ WINOCUR, Mariana., «El mandato cultural de la maternidad. El cuerpo y el deseo frente a la imposibilidad de embarazarse», en *Reproducción asistida*, Ingrid BRENA SESMA (edit.), UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, p. 46.

³⁴ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1996, p. 62.

respetada y protegida”. Dentro del ordenamiento jurídico español también tiene cabida, es mencionado en el artículo 10.1 de nuestra Constitución declarando que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Hablar del principio de la dignidad humana nos lleva a distinguir entre las personas y los objetos. De acuerdo a la opinión de Ricardo García la regulación jurídica de estas dos es muy diferente debido a que a los seres humanos les es propia la dignidad y el respeto y a los objetos se les otorga un valor económico³⁵. Por lo cual las cosas tienen un precio y pueden ser objetos de comercio, en cambio, las personas merecen ser respetadas y tratadas de manera diferente a un objeto. Centrándonos en el ámbito de la maternidad subrogada se debe señalar que la función reproductora de la mujer es algo “extra commercium” como el cuerpo humano en su totalidad porque estos pertenecen a las personas no a los objetos. Los contratos por los cuales se hace efectiva esta práctica tienen como objeto las funciones reproductivas de la mujer gestante, denominada “portadora” en dichos contratos. Por tanto, validar este tipo de contratos nos llevaría a considerar a la mujer como una cosa u objeto.

Siguiendo esta línea cabe destacar la idea de la dignidad humana que presenta Immanuel Kant. El filósofo alemán señaló en su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* que los seres humanos, como hemos dicho antes, merecen ser tratados de una forma especial lo cual facilite su desarrollo personal. Kant afirma que el ser humano es un fin en sí mismo y no un medio para los usos de otras personas, porque debido a esto el ser humano se convertiría en un objeto, lo cual atentaría directamente contra su dignidad como persona³⁶.

Una mujer que gesta un hijo para otras personas por encargo de ellas se convierte en un simple medio para satisfacer los deseos de estos, es decir, en un instrumento. Esta práctica conlleva la despersonalización de la madre gestante por producirse una instrumentalización y cosificación de su cuerpo para la satisfacción del deseo de otros. Por tanto, parece bastante difícil decir que no nos encontramos frente a una mercantilización de la mujer.

En relación con la dignidad humana cabe destacar que el Parlamento Europeo “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima;

³⁵ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo., «Sobre la propiedad privada de los biomateriales humanos», en *El cuerpo diseminado: Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Ricardo GARCÍA MANRIQUE (edit.), editorial Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 126.

³⁶ KANT, Immanuel., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, 8ª edición, p. 83.

estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo...³⁷.

Por otra parte, se debe mencionar también el derecho al libre desarrollo personal. Este derecho se proyecta sobre todos los derechos fundamentales inherentes del ser humano, le proporciona el derecho de libertad para decidir si quiere o no hacer algo.

En concordancia con el derecho a la reproducción, el ordenamiento jurídico español admite jurisprudencialmente en la sentencia 215/1994³⁸ del 14 de julio del Tribunal Constitucional que la libertad de procreación entra dentro del libre desarrollo personal. Por lo cual no se puede decir que el derecho a la reproducción no forma parte del libre desarrollo personal, ya que es un derecho del que disponemos en nuestra libertad. Pero tampoco se puede decir que el derecho a procrear, en su propia libertad individual, sea igual que un derecho a la reproducción que incluye que la mujer gestante se limite a aceptar los términos que se le imponen en un contrato. Se debería plantear si en esta técnica la mujer gestante está actuando dentro de su libertad individual o si simplemente está actuando bajo unas condiciones impuestas por otros.

Es decir, “el derecho a la maternidad implica la libertad de procrear y de adoptar. El derecho a procrear protege, a su vez, la decisión de concebir, gestar y parir un hijo, pero no reconoce en su ámbito de protección el derecho a «encargarlo» por parte de los padres intencionales, ni gestarlo para terceros”³⁹.

4.3. La integridad física y moral de la madre gestante

En relación con el concepto de la dignidad humana cabe hablar de la integridad física y moral de la madre gestante, otros de los derechos que le son vulnerados mediante esta práctica.

Los contratos de maternidad subrogada son llevados a cabo por unas agencias especializadas. Estas agencias ofrecen una gran gama de posibilidades de elección a las personas contratantes. Les permiten poder elegir las características de la mujer gestante, llevar el seguimiento del embarazo, la modalidad del parto...

En lo que respecta a la integridad física cada vez que se realiza una implantación es necesario que la madre gestante se someta a una estimulación hormonal que puede causar consecuencias negativas para su salud. A raíz de este proceso las mujeres que consiguen unas mejores tasas de implantación están más cotizadas mientras que las que obtienen tasas más bajas suelen quedarse al margen del mercado. Todo esto acaba convirtiéndose en una granja de mujeres donde los contratantes pueden elegir como si estas fueran simples productos del mercado.

³⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el Mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229 (INI)). Número 115.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio 215/1994, F.J. 4.

³⁹ VALERO HEREDIA, Ana., «La maternidad subrogada: un asunto...», *op. cit.*, p. 426.

En cuanto a la integridad moral y psicológica, los contratantes tienen el derecho a decidir si quieren seguir manteniendo el contacto después del parto o si prefieren ocultar los orígenes de la gestación. Por tanto, ya no hablamos solo de un factor físico, sino que entra en juego un componente emocional. Las madres gestantes deben deshacerse de cualquier vínculo emocional con el hijo que gestan, ya que esto deja de ser elección suya una vez firmado el contrato, por el cual no podrán arrepentirse y no podrán negarse a entregar el bebé.

Esto nos lleva a que es muy difícil pensar que, aunque se firme un contrato siendo “consciente” de que al final entregará su hijo a otros, no vaya a crear ningún vínculo con su hijo. En relación con esto, en Estados Unidos y India varias clínicas especializadas obligan a la madre a recibir instrucciones para que aprenda a separarse del bebé, lo cual implica una deshumanización del proceso.

En relación con todo lo mencionado es evidente que la gestación subrogada afecta tanto a la integridad física como moral de la madre gestante y por ello esto afecta a su dignidad ya que varios derechos que le son propios resultan vulnerados en la medida en la que se instrumentaliza a la mujer “para satisfacer deseos al servicio de una estructura patriarcal que se manifiesta en la presión tanto de ser madre a toda costa, como en la necesidad de buscar descendencia con características genéticas propias”⁴⁰.

4.4. La autonomía de la madre gestante y la mercantilización del cuerpo de la mujer

Al lado del derecho a la reproducción otro de los derechos que alegan los defensores de la maternidad subrogada es la autonomía de la mujer gestante. Defienden que la madre acepta el contrato de gestación subrogada conscientemente y voluntariamente. Afirman que prohibir la maternidad subrogada es igual a restringir la libertad que tienen las mujeres para tomar sus propias decisiones.

Cuando se habla de maternidad subrogada se destaca el deseo y la libertad personal de formar una familia, pero se ignora completamente todo el proceso al cual se someten las madres gestantes como hemos dicho antes y la mercantilización de las mujeres en claras situaciones de pobreza. Otro de los temas que genera polémica respecto a la gestación subrogada es la explotación de mujeres con grandes necesidades económicas.

Esto lleva a destacar el dato sobre varios países donde la gestación subrogada es legal pero sus ciudadanos en mayor parte deciden realizar esta práctica en países menos desarrollados donde las condiciones son más laxas y los precios mucho más baratos.

La autonomía de la mujer gestante debe ser analizada desde la presunción de la racionalidad y la madurez de estas para tomar sus propias decisiones. Sin embargo, carece de claridad el nivel de conciencia que tienen las mujeres que aceptan el proceso las cuales se encuentran en situaciones de poca educación y sus condiciones de vida precarias hacen que se planteen ser madres “portadoras” para solucionar sus grandes dificultades

⁴⁰ MARRADES PUIG, Ana., «La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: Una cuestión de derechos», *Estudios de Deusto*, junio, Vol. 65, Núm. 1, 2017, p. 229.

económicas. Un informe elaborado en 2012 por el Centro de Investigación Social de India⁴¹ indica que muchas de las mujeres gestantes carecían de formación y quedaban en manos de lo que las clínicas o agencias les dijese acerca de los riesgos que puede suponer el proceso. También resaltaba que muchas de las madres declararon haber aceptado la práctica por su situación de pobreza.

La maternidad subrogada ha sido desde siempre un negocio y evidentemente funciona en base a compensaciones económicas. Lo más común es que esta práctica se elabore mediante agencias especializadas que se encargan de encontrar y seleccionar a las mujeres más “idóneas” para que esta práctica sea efectiva. Los precios de la gestación varían según el país donde se haga. En Estados Unidos muchas de las agencias ofrecen sus servicios por una cantidad de 50.000 y 100.000 dólares y se le entrega a la mujer gestante una cantidad entre 27.000 y 37.000 dólares.

En países con ingresos altos caben menos posibilidades de que se cree una desigualdad económica entre los comitentes y la madre gestante. Sin embargo, en países mucho menos desarrollados, como India, “la maternidad subrogada es un negocio del que se esperan ganancias de 2.3 billones de dólares al año para el país y lo ofrecen una media de 200.000 clínicas privadas. Un país donde alrededor de 540 mil personas se encuentran por debajo de la línea de pobreza, de las cuales el 73% de las mujeres son analfabetas. En India la madre gestante recibe entre 5.000 y 7.000 dólares por alquilar su vientre, lo cual se convierte en una gran suma de dinero teniendo en cuenta que en este país una persona de bajos recursos gana unos 2 dólares por día”⁴².

En relación con todo esto se debe poner en duda la auténtica autonomía de estas mujeres. No se puede hablar de autonomía cuando estas mujeres toman la decisión de ser madres gestantes por su situación de vulnerabilidad. Se debe distinguir entre la autonomía en su totalidad y las necesidades, condicionadas por una situación económica, cultural y psicológica. Cabría preguntarse de qué libertad se habla cuando una persona se ve obligada a vender su cuerpo para sobrevivir.

Se debe destacar el caso de *Paradiso y Campanelli contra Italia* donde el juez Dedov de la Gran Sala del TEDH afirmó que la maternidad subrogada “está ligada a un problema global de discriminación social y de desigualdad pues tiene lugar mayoritariamente en países pobres, empleando como gestantes a mujeres pobres” y esto “implica optar entre permitir o no que las mujeres vulnerables y sin formación opten por la explotación de sus cuerpos”.

Por tanto, se debe tener en cuenta que si la gestación supone para la madre un trabajo con el cual lograr una estabilidad económica la libertad de reproducción como un derecho a

⁴¹ CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH (CSR), *Surrogacy Motherhood: Ethical or Commercial?* CSR, India. Recuperado de: <https://www.csrindia.org/research-studies/>.

⁴² AMADOR JIMÉNEZ, Mónica., «Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India», *Revista CS (Cali)*, noviembre, Núm. 6, 2010.

la autodeterminación es nula. Porque no se puede considerar una elección libre elegir entre pobreza y un embarazo subrogado.

4.5. La mercantilización que esconde la modalidad altruista

Otros de los temas a hablar dentro de la mercantilización es el concepto del altruismo. La modalidad del altruismo en su sentido conceptual abarca a esas mujeres que se prestan voluntariamente a gestar un hijo para entregárselo a otros sin dinero de por medio, pero la realidad es bastante diferente.

El alquiler de vientres se ha convertido en una industria multimillonaria a nivel mundial la cual se aprovecha de mujeres con bajos recursos económicos. Las agencias especializadas en llevar a cabo este tipo de contratos pretenden hacer creer a los comitentes que están colaborando en la vida precaria de una mujer.

Así como afirma Marta Albert, “la legalización y la mercantilización van de la mano”⁴³. Cuando los comitentes contactan con una agencia para elaborar la práctica estos pagan por el producto final que viene siendo un bebé al que pueden inscribir como suyo. El efecto de que algo esté legalizado es que ese algo se convierta en una conducta normal. Por tanto, al asumir que es algo normal el alquiler del vientre de la mujer gratis se normaliza la mercantilización de la gestación. Es decir, si algo puede llegar a contratarse entra dentro del mercado, sea la modalidad que sea.

La misma autora opina que parte de la doctrina cree que no hay motivos para no legalizar la modalidad altruista de la gestación subrogada, ya que la calificación moral de gestar un hijo para otros debe depender de el motivo que mueva a la madre gestante a hacer esto, es decir, si se actúa de una manera solidaria, libre y altruista los términos son moralmente aceptables y se consigue acabar con la explotación de las mujeres. Pero al normalizar toda esta práctica ocurre totalmente lo contrario ya que se propaga la idea de que los cuerpos de las mujeres que están en una situación económica baja pueden ser utilizados como un servicio.

En relación con las mujeres que prestan su cuerpo es una clara realidad que apenas hay madres gestantes disponibles. Como hemos dicho antes el proceso al que se someten las madres puede llegar a producir graves consecuencias en la salud, por tanto, muy pocas personas se ofrecen voluntarias a alquilar su vientre si no hay una contraprestación económica. Nadie pondría su vida y su cuerpo en peligro de una manera gratuita para satisfacer el deseo de unos desconocidos.

Grecia es uno de los países que admite la gestación altruista y teniendo en cuenta lo anterior lo normal sería que habiendo pocas mujeres dispuestas a ofrecer su cuerpo la demanda de la maternidad subrogada bajase, pero en la realidad esto no ocurre. Cuando se da esta situación se buscan mujeres en una situación mucho más vulnerable en otros

⁴³ ALBERT MÁRQUEZ, Marta., «La maternidad altruista y la maternidad subrogada», en *La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias*, Nicolás JOUVE DE LA BARREDA (edit.), editorial Sekotia, Madrid, 2018. p. 142.

países. Otro de los países que admite esta práctica en su forma altruista es el Reino Unido. Se encuentra entre los primeros países que contratan mujeres para tal fin en el extranjero, principalmente en India, Tailandia...

Todo esto nos lleva a la conclusión de que la maternidad altruista es un mito que esconde tras sí la mercantilización de las mujeres que se encuentran en una clara situación de necesidad económica.

5. INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

5.1. El interés superior del menor: un elemento clave en materia de maternidad subrogada

La actual idea de los derechos humanos se construye, tal y como cita la Doctora Caridad del Carmen Valdés, “sobre la idea central de considerar que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria”⁴⁴.

Cuando se habla del interés superior del menor, se habla de un concepto jurídico indeterminado que trae dificultades en el momento de determinar su propio concepto o su contenido en los casos particulares. Como apunta Ana Paz Garibo, el principio del interés superior del menor se ha desarrollado de una gran manera durante el siglo XX en lo que sin duda ha ayudado “el reconocimiento jurídico y político de los derechos humanos de los niños en el ámbito internacional”⁴⁵ de donde se pueden destacar dos documentos de las Naciones Unidas: la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de diciembre de 1959 y la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

La Declaración hace referencia al interés superior del niño en el principio 2 declarando que: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”⁴⁶.

La Convención por su parte declara el interés superior del niño como uno de sus principios rectores en el artículo 3.1 que dice que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”⁴⁷.

⁴⁴ VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen., «La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXXI, 2014, p. 479.

⁴⁵ GARIBO PEYRÓ, Ana Paz., «El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, abril, Vol. XXVIII, 2017, p. 246.

⁴⁶ Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de diciembre de 1959 de las Naciones Unidas.

⁴⁷ Art. 3.1. de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 de las Naciones Unidas.

En lo que a legislación interna se refiere cabe destacar en España la Ley Orgánica 1/1996 de la Protección jurídica del menor, en concreto los artículos 2 y 11.2.

El artículo 2 establece que “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”⁴⁸. También indica que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”⁴⁹.

Por otro lado, el artículo 11.2 declara que “serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) la supremacía de su interés superior”⁵⁰.

El interés superior del menor es un principio con gran importancia a la hora de hablar de maternidad subrogada. Tal y como afirma Ana Valero, es un principio que apelan los padres comitentes “cuando se solicita la inscripción de su filiación en los registros civiles de los países de los que son originarios. Países, en la mayoría de los cuales, esta práctica está expresamente prohibida o no se le reconoce efectos jurídicos”⁵¹.

España entra dentro de esos países, ya que como se ha dicho antes, es un país que prohíbe la práctica de la maternidad subrogada porque es contraria al orden público y todos los contratos con este fin se declaran nulos de pleno derecho. Es por ello que muchos ciudadanos españoles viajan al extranjero para poder realizar la gestación subrogada y al volver a España solicitan la inscripción de la filiación apelando la protección del interés superior de los menores.

Es el tema de la inscripción de la filiación la que ha generado una interesante casuística en materia de maternidad subrogada en España. Es por ello que en las siguientes páginas analizaremos más de cerca esta cuestión.

5.2. Legislación y jurisprudencia sobre la inscripción en el Registro Civil español de niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero

5.2.1. Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009

Así como opina Esther Farnós⁵², la Resolución del 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) supuso abrir un debate sobre la legalización de la gestación subrogada en España.

⁴⁸ Art. 2.1, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor (BOE nº 15, de 17 de enero de 1996).

⁴⁹ Art. 2.1, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor (BOE nº 15, de 17 de enero de 1996).

⁵⁰ Art. 11.2, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor (BOE nº 15, de 17 de enero de 1996).

⁵¹ VALERO HEREDIA, Ana., «La maternidad subrogada: un asunto...», op. cit., p. 433.

⁵² FARNÓS AMORÓS, Esther., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, enero, 2010, p. 2.

La DGRN abordó el caso valenciano de dos hombres españoles casados en España que fueron a California para contratar a una madre gestante que después de una inseminación artificial dio a luz a dos gemelos. El Registro Civil californiano declaró que los gemelos debían ser considerados como “hijos” de los dos hombres españoles. A la hora de instar la inscripción del nacimiento en el Registro Civil Consular español de Los Ángeles este rechazó la inscripción invocando los artículos 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Los comitentes españoles recurrieron el Auto a la DGRN. La DGRN les dio la razón y ordenó que se procediera a la inscripción registral del nacimiento de los gemelos con idéntica filiación a la que constaba en el Registro Civil californiano⁵³. La DGRN defendió su decisión con un conjunto de fundamentos jurídicos.

Así como cita Mireia Àngulo, la DGRN declaró que “nada impide en la legislación registral llevar a cabo la inscripción, de acuerdo con el precepto 81 RRC. Así, consideró que el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al RC español no requiere que estas sean ‘idénticas’ a las que se adoptarían en el Estado español, sino lo que exige es que sean documentos públicos adoptados por una autoridad competente que desempeñe ‘funciones equivalentes’ a las autoridades registrales españolas”⁵⁴.

También defendió que “denegar la inscripción en el RC español de la certificación registral extranjera vulnera ... el interés superior de los menores, recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño”⁵⁵.

Cabe señalar que la Fiscalía de Valencia recurrió dicha resolución y el recurso fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia.

5.2.2. Sentencia Núm. 193/2010 de 15 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia Núm. 15 de Valencia

El Juzgado de Primera Instancia de Valencia alegó en la sentencia que el contrato se había celebrado bajo un supuesto de fraude de ley.

Así como se ha dicho antes, la DGRN declaraba que el Registro Civil consular debía seguir los pasos que le marcaba el artículo 81 del RRC y permitir así la inscripción en el Registro español. El Juzgado de Valencia declara que la DGRN olvida que ese reglamento desarrolla y completa una norma con mayor valor normativo que es la Ley del Registro Civil. El artículo 23 de dicha ley establece que “las inscripciones podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros

⁵³ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, julio, Vol. 1, nº 2, 2009, p. 295.

⁵⁴ ÀNGULO COLOM, Mireia., «La realidad de la maternidad subrogada ¿Es necesaria su admisión en España?», *Depósito Digital de Documento de la UAB*, Trabajo de Fin de Grado, mayo 2016, p. 22.

⁵⁵ Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, F.J. 5. Recuperado de: [Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009](#)

extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”⁵⁶.

Es por ello que la sentencia habla de establecer un control de la realidad del hecho inscrito en el Registro extranjero y de su legalidad, es decir, se le exige al encargado del Registro que se asegure de que si el hecho hubiese ocurrido en España este sería legal conforme al artículo 10 de la LTRHA.

Por otro lado, respecto a la referencia que hace la DGRN sobre proteger el interés superior del menor, el juez hace referencia a la adopción dictando que “el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia entre los dos registros y que los menores consten a nombre de los dos hombres casados ... el resultado debe conseguirse a través de las vías que el derecho español establece”⁵⁷.

Es por ello que el fallo de la sentencia dictó que “estimando íntegramente la demanda interpuesta por el M.F. contra la resolución de la DGRN, debo dejar sin efecto la inscripción de nacimiento y proceder a su cancelación”.

5.2.3. Instrucción, de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General del Registro y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

Después de la sentencia emitida por el Juzgado de Valencia fueron muchos los casos a los que se les denegaba la inscripción de nacimiento de niños nacidos mediante gestación en otro país. Fue este el motivo el que llevó a la DGRN a dictar la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Esta fijó los requisitos necesarios para que los niños nacidos en el extranjero mediante gestación pudiesen acceder al RC español.

Así como afirma Ana Valero los requisitos son: “presentar ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acredite dicha filiación y que se compruebe que la mujer gestante renunció, mediante su libre consentimiento, a su patria potestad, y que quede claro que el menor no había sido objeto de comercio”⁵⁸.

Respecto a esto se puede decir que la Instrucción contradice la ley vigente en España sobre las técnicas de reproducción humana asistida y también la anteriormente citada sentencia del Tribunal Supremo del 6 de febrero de 2014. A esto se le añade que también contradice la doctrina del TEDH, en la que se profundizará más adelante.

5.3. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se define como el Tribunal que “se pronuncia sobre las solicitudes individuales o estatales que alegan violaciones de los

⁵⁶ Art. 23, de la Ley 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (BOE nº. 151, de 10 de junio de 1957).

⁵⁷ Sentencia 193/2010 del Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia de 15 de septiembre, F.J. 3.

⁵⁸ VALERO HEREDIA, Ana., «La maternidad subrogada: un asunto...», op. cit., p. 434.

derechos civiles y políticos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”⁵⁹.

En lo que respecta al tema de la gestación subrogada las sentencias emitidas por este Tribunal versan sobre los problemas de cuando una persona originaria de un país donde esta práctica está prohibida viaja a un país extranjero, donde si es legal, con la intención de que al volver a su país de origen este le admita la inscripción de filiación de un hijo nacido mediante maternidad subrogada.

Las sentencias con más reconocimiento e impacto en lo que respecta a la maternidad subrogada son los casos de *Menesson y Labasse contra Francia* y *Paradiso y Campanelli contra Italia*.

5.3.1. *Menesson y Labasse contra Francia*

El 26 de junio de 2014 dictó sentencia el TEDH sobre los casos de *Menesson*⁶⁰ y *Labasse*⁶¹ contra Francia.

Ambos casos tratan de dos matrimonios franceses que viajaron a Estados Unidos, concretamente a California y Minnesota, en busca de una mujer gestante, debido a que la maternidad subrogada está prohibida en Francia. Los hombres cedieron sus gametos y los óvulos se consiguieron mediante donantes y de dicho proceso nacieron las gemelas *Menesson* y la hija de los *Labasse*. Los tribunales de dichos Estados reconocieron a los padres de intención como los padres legales de las niñas recién nacidas.

El problema que hizo que el TEDH tomase medidas fue que al llegar a su país de origen a los dos matrimonios se les rechazó la inscripción de filiación de las niñas debido a que los Tribunales franceses lo consideraron contrario al orden público francés. Los dos matrimonios acudieron al TEDH alegando que se había vulnerado el artículo 8 del CEDH, que habla sobre el derecho a la vida privada y familiar.

El TEDH falló a favor de las niñas, no a favor de los padres intencionales, consideró que se les estaba privando del derecho a tener una identidad y una filiación determinada. Tal y como afirma Antonia Durán, “el TEDH reconoce, como no podía ser de otro modo, el derecho que tienen todos los Estados a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitiéndola, prohibiéndola, ignorándola), pero también incide en que en este caso rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas”⁶².

⁵⁹ T.E.D.H., «The Court in brief». Recuperado de: [The Court - Presentation, information, videos](#)

⁶⁰ Sentencia 65192/11 del TEDH de 26 de junio de 2014, caso *Menesson* contra Francia.

⁶¹ Sentencia 65941/11 del TEDH de 26 de junio de 2014, caso *Labasse* contra Francia.

⁶² DURÁN AYAGO, Antonia., «Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Menesson* c. France (núm 65192/11) y caso *Labasse* c. France (núm 65941/11), de 26 de junio de 2014», *Ars Iuris Salmanticensis*, diciembre, Núm. 2, 2014, p. 281.

En lo que respecta a este caso, cabe hablar de un reciente dictamen emitido por el TEDH el 10 de abril de 2019. El Tribunal de Casación de Francia pidió una opinión al TEDH sobre el problema de reconocer a la madre intencional en los casos en el que el padre sí que mantenga un vínculo genético con el niño y la madre no.

En consecuencia, el TEDH considera que “la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre un niño nacido por medio de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero y la madre comitente es incompatible con el interés superior del niño”⁶³.

Sin embargo, declara que “el interés superior del niño no puede interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial entre el niño y la madre comitente necesario para garantizar el artículo 8 del Convenio, implique la obligación de que los Estados registren los detalles del certificado de nacimiento extranjero en la medida en que se designe a la madre comitente como madre legítima”⁶⁴. El TEDH considera que existen otros medios por los cuales se pueden garantizar esos intereses, como puede ser la adopción, y que ello dependerá de los medios que garantice cada Estado.

5.3.2. Paradiso y Campanelli contra Italia

Otra de las sentencias más relevantes sobre este tema fue la que dictó el mismo Tribunal el 27 de enero de 2015 sobre el caso Paradiso y Campanelli⁶⁵.

El caso trata de un matrimonio italiano que viaja a Rusia donde firman un contrato de gestación subrogada para tener un hijo. El recién nacido fue inscrito como hijo de los comitentes en el Registro de Moscú. El problema surge a raíz de que en el certificado de nacimiento no aparece ninguna mención sobre la técnica usada por lo que el Registro Italiano lo deniega y da pie a unos procedimientos legales en contra de los padres comitentes alegando una violación de las leyes italianas respecto a la adopción y a las técnicas de reproducción asistida.

Tal y como afirma Carlos Martínez de Aguirre, “en 2011, por decisión de los tribunales italianos, se realizaron test de ADN al esposo y al niño, cuyo resultado fue que no existía vínculo genético entre ambos, de forma que el marido no era realmente el padre biológico del niño. El 20 de octubre de 2011 se dictó una orden de retirada inmediata del niño, que fue puesto al cuidado de los servicios sociales, y cuyo procedimiento de adopción se abrió poco después ... Los tribunales italianos rechazaron todos los intentos del matrimonio Paradiso-Campanelli de recuperar al niño, por lo que estos recurrieron ante el TEDH”⁶⁶.

⁶³ Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019, (Demanda nº P 16-2018-001), p. 11. Recuperado de: [El TEDH determina que los Estados no están obligados a registrar en el acta de nacimiento de un menor nacido por maternidad subrogada a la madre no biológica \(Dictamen TEDH 10 abril 2019\)](#)

⁶⁴ Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019, (Demanda nº P 16-2018-001), op. cit., p. 13.

⁶⁵ Sentencia 25358/12 del TEDH de 27 de enero de 2015, caso Paradiso y Campanelli contra Italia.

⁶⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada», 2017. Recuperado de: [El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada](#).

El TEDH falló a favor de los padres y “sostuvo que el hecho de que el matrimonio hubiese pasado seis meses de convivencia con el menor, creaba unos vínculos familiares cuya ruptura producía una clara vulneración de su interés superior. Y aunque no existiera vínculo genético entre los demandantes y el hijo, según el Tribunal, el artículo 8 del Convenio protege no sólo la ‘vida familiar’, sino también la ‘vida privada’”⁶⁷.

En el año 2017 el Tribunal volvió a revisar el caso y esta vez dio la razón a los Tribunales italianos. De acuerdo a la opinión de Octavio Salazar, “los tribunales internos (italianos) había tenido como objetivo principal poner fin a una situación ilegal (...) Las leyes que habían sido transgredidas por los demandantes y las medidas que se adoptaron en respuesta a su conducta habían tenido la vocación de proteger intereses generales importantes”⁶⁸.

Es decir, el Tribunal afirma, tal y como cuenta Ana Valero, “que no puede establecerse la existencia de unos lazos familiares que deban ser protegidos por el Derecho cuando esos lazos se han constituido en violación de la ley. Por todo ello el TEDH concluye que debe prevalecer el orden público y la necesidad de garantizar el derecho de los menores a conocer su origen biológico sobre el deseo de ser padre/madre”⁶⁹.

Después de todo lo visto, es evidente que, aunque la maternidad subrogada este prohibida legalmente en algunos países, ciertos ciudadanos mantienen una posición bastante egoísta y siguen viajando al extranjero en busca de un niño a sabiendas que existen otras alternativas, como la adopción.

El egoísmo se basa en este caso en querer tener un hijo con las características que ellos elijan, lo cual pone en duda si de verdad quieren ser padres. Dado que, si de verdad existiese un deseo de maternidad o paternidad daría igual las características del bebé puesto que lo importante sería formar una familia normal, no una familia de catálogo.

Esto sería la definición de la gestación subrogada, una práctica que genera una granja de mujeres y una fábrica de bebés a la que pueden acceder gente con recursos económicos y poner sus deseos por encima de los derechos de otras personas.

6. CONCLUSIONES

Después de haber analizado la maternidad subrogada tanto desde una perspectiva jurídica como desde una perspectiva social-ética, es evidente que nos encontramos ante un debate en el que aún no se ha llegado a un consenso claro. No obstante, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Tras el análisis realizado podemos evidenciar que una de las cuestiones problemáticas en torno al tema objeto de estudio deriva de la libertad regulatoria que deja el TEDH a los Estados. Esto conlleva a que exista un amplio abanico de regulaciones y

⁶⁷ VALERO HEREDIA, Ana., «La maternidad subrogada: un asunto...», op. cit., p. 437.

⁶⁸ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio., *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018, p. 134.

⁶⁹ VALERO HEREDIA, Ana., «La maternidad subrogada: un asunto...», op. cit., p. 438.

ello desemboque en un turismo reproductivo, es decir, que los ciudadanos que tienen prohibido la gestación en su país acuden a otros países donde sí está permitido. Estos mismos ciudadanos luego vuelven a su país de origen donde, alegando el principio del interés superior del menor, se les concede la inscripción de filiación.

SEGUNDA. Después de haber estudiado tanto la normativa como el tratamiento jurisprudencial de este tema en lo que respecta a España, podemos evidenciar que presenta una postura que podría considerarse un tanto hipócrita. Teniendo en cuenta que dicha práctica está prohibida dentro del país, pero luego se aceptan las inscripciones de filiación de los ciudadanos que la han efectuado fuera. Es decir, parece ser que España sí que “permite” la gestación subrogada siempre que se realice en el extranjero. Además, esto lleva a preguntarse de qué sirve que se mantenga una ley que prohíbe la gestación con el fin de proteger a la mujer y evitar su mercantilización y cosificación, si luego se realiza en otros países y esta tiene efectos en España.

TERCERA. Por otra parte, cabe mencionar que, mayoritariamente, las personas que acuden a esta práctica suelen ser parejas con problemas de fertilidad o parejas homosexuales, que no pueden gestar un hijo por ellas mismas. Y son también estas, las que argumentan, como ya hemos visto en este trabajo, la existencia de un deseo o una necesidad.

En referencia a esa “necesidad”, se podría llegar a afirmar que es un fenómeno cultural que lleva presente desde hace años y no un fenómeno biológico, ya que tradicionalmente las familias con hijos han sido socialmente mejor aceptadas que las que no los tenían. Por tanto, se puede llegar a pensar que este deseo de querer ser padres o madres viene inducido por cierta presión social. Y en lo que respecta a ese “deseo”, cabe tener en cuenta que un deseo no es un derecho y mucho menos puede ir por encima de uno. Es decir, no puede dar preferencia a los deseos frente a los derechos fundamentales de una mujer.

En relación con estos dos últimos conceptos, se podría hablar de la existencia de una postura que podría considerarse un tanto egoísta por parte de dichos comitentes. A pesar de que existen otros medios para satisfacer el deseo de formar una familia, como es la adopción, estos deciden acudir a la gestación subrogada, donde pueden elegir las características de la mujer gestante para que así el bebé que nazca sea lo más perfecto posible. Esto puede generar ciertas dudas en torno a si los comitentes tienen el real deseo de ser padres, o el de formar una familia a la carta.

CUARTA. Si se analiza detenidamente, la maternidad subrogada, a fin de cuentas, es un negocio mundial de donde se pueden ganar millones al año. En los países donde sí está permitido, el requisito principal para que pueda hacerse efectiva es que exista una mujer que decida gestar un hijo para unos desconocidos. Para empezar la gestación subrogada se lleva a cabo mediante un contrato lo cual conlleva que la gestante acepte unos términos sin poder negociarlos y sean los comitentes y/o las agencias quienes decidan cómo usar su cuerpo en todo momento. Es por ello que por mucho que la gestante decida acceder a la gestación, deja de tener la libertad de tomar sus propias decisiones sobre su cuerpo una

vez firmado el contrato. Lo cual se podría interpretar como un atentado contra la dignidad de la mujer, a la que se acaba cosificando.

QUINTA. Como ya se ha visto antes, existen agencias, como en el caso de Estados Unidos, que exigen condiciones bastantes duras, como las de obligar a las madres gestantes a que aprendan a deshacerse de cualquier vínculo emocional. Debido a esto, no es difícil afirmar que la gestación subrogada puede afectar directamente a la integridad moral y psicológica de estas mujeres.

Por tanto, se está defendiendo la existencia de un derecho a la reproducción y que las mujeres son libres para decidir, pero a ese derecho se le pone un precio y a esa libertad unas condiciones que entran en grave conflicto con la dignidad de la mujer, exponiéndolas así a su mercantilización.

SEXTA. Por otro lado, cabe hablar sobre la explotación de mujeres con grandes necesidades económicas que se da a causa de la práctica de la maternidad subrogada. Tal y como se ha visto en este estudio, en países subdesarrollados como la India, donde gran parte de la población vive por debajo de la línea de la pobreza, el negocio de la gestación se vuelve muchísimo más grande.

Frente a esto, es inevitable pensar en dónde queda la autonomía y la libertad de estas mujeres que deciden aceptar un contrato donde van a ganar más dinero de lo que pueden ganar en años trabajando. No es difícil llegar a la conclusión de que su decisión no es libre, sino que está condicionada por su precaria situación económica. Y a pesar de que se intenta ocultar esta situación con la excusa de que es un acto de caridad, no deja de ser una explotación de estas mujeres, en la cual se aprovechan de sus necesidades para crear un negocio a su costa.

SÉPTIMA. En relación con lo anterior, cabe mencionar la mercantilización que se esconde detrás del altruismo de algunos países. La gestación subrogada no trata solo de firmar un contrato, conlleva un embarazo, un parto y muchos otros tratamientos o problemas que pueden causar consecuencias negativas para la salud. Conociendo todo esto, es difícil pensar que una mujer se arriesgue gratuitamente a perjudicarse para satisfacer a unos desconocidos. Y es por ello que, en países como Grecia o Reino Unido, que admiten la gestación en su forma altruista, carecen de mujeres que se ofrezcan gratuitamente, lo que lleva al contrato de mujeres en países subdesarrollados.

OCTAVA. En lo que respecta a los niños y niñas nacidos mediante la gestación subrogada, el tema más polémico se centra en las inscripciones de estos y en su cosificación y mercantilización. La finalidad de la maternidad subrogada es que después de todo el proceso se obtenga un niño. Lo cual lleva a la mercantilización y cosificación de los mismos, ya que el bebé pasa a ser un objeto de un contrato con un precio determinado. También es destacable que incluso el propio TEDH haya afirmado que la maternidad subrogada vulnera también los derechos fundamentales de los niños como el de conocer su origen biológico.

NOVENA. En conclusión, pese al intento de evolucionar e intentar crear una sociedad que se base en las ideas del feminismo, de la igualdad y de la no discriminación, se siguen permitiendo este tipo de prácticas, así como la inscripción de los niños y niñas nacidos mediante ellas. De esta manera, se está dando lugar a que el deseo de ciertas personas pueda ponerse por encima de los derechos fundamentales de otras. Además, cabe destacar que la maternidad subrogada es muy costosa, por lo que solo la gente con mayor poder adquisitivo puede permitírsela, dando a entender que el poder adquisitivo puede proporcionar la capacidad de vulnerar los derechos de los menos pudientes.

7. BIBLIOGRAFÍA

I. Doctrina

ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, Fernando., «Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, octubre, Núm. 9, 2016, pp. 60-77.

ALBERT MÁRQUEZ, Marta., «La maternidad altruista y la maternidad subrogada», en *La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias*, Nicolás JOUVE DE LA BARREDA (edit.), editorial Sekotia, Madrid, 2018.

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1996.

AMADOR JIMÉNEZ, Mónica., «Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India», *Revista CS (Cali)*, noviembre, Núm. 6, 2010, pp. 193-217.

ÁNGULO COLOM, Mireia., «La realidad de la maternidad subrogada ¿Es necesaria su admisión en España?», *Depósito Digital de Documento de la UAB*, Trabajo de Fin de Grado, mayo 2016.

Asociación por la Gestación Subrogada en España (AGSE). (2013). «Manifiesto a favor de la legalización y regulación de la gestación subrogada en España». Recuperado de: [Manifiesto](#).

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier., «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, julio, Vol. 1, nº 2, 2009, pp. 294-319.

CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH (CSR), *Surrogacy Motherhood: Ethical or Commercial?* CSR, India. Recuperado de: <https://www.csrindia.org/research-studies/>.

DURÁN AYAGO, Antonia., «Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (nºm 65192/11) y caso Labasse c. France (nºm 65941/11), de 26 de junio de 2014», *Ars Iuris Salmanticensis*, diciembre, Núm. 2, 2014, pp. 277-282.

EMAKUNDE. (2018). «¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?». Recuperado de: [Emakunde reflexiona sobre la gestación subrogada y su impacto de género en los Cursos de Verano de la EHU-UPV - Revista Emakunde Aldizkaria](#).

FARNÓS AMORÓS, Esther., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, enero, 2010, pp. 1-25.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo., «Sobre la propiedad privada de los biomateriales humanos», en *El cuerpo diseminado: Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Ricardo GARCÍA MANRIQUE (edit.), editorial Aranzadi, Pamplona, 2018.

GARIBO PEYRÓ, Ana Paz., «El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, abril, Vol. XXVIII, 2017, pp. 245-259.

GIMENO, Beatriz., «El debate sobre los vientres de alquiler y la ley presentada por el partido político Ciudadanos en España», en *Feminismos y Derecho. Un diálogo interdisciplinario en torno a los debates contemporáneos*, Ana MICAELA ALTERIO y Alejandra MARTÍNEZ VERÁSTEGUI (coord.), Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2020.

HERNÁNDEZ ÁVILA, Carlos Javier., «La maternidad subrogada en el Derecho comparado», *Cadernos de Dereito Actual*, nº 6, 2017, pp. 313-344.

IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia., «El hipotético derecho a la reproducción», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, junio, núm 23, 2011, pp. 252-271.

KANT, Immanuel., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, 8ª edición.

LAMM, Eleonora., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.

LAMM, Eleonora., «Gestación por sustitución», *Revista para el análisis del Derecho*, julio, 2012, pp. 1-49.

MARRADES PUIG, Ana., «La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: Una cuestión de derechos», *Estudios de Deusto*, junio, Vol. 65, Núm. 1, 2017, pp. 219-241.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada», 2017. Recuperado de: [El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada](#).

NO SOMOS VASIJAS. (2015). «Las mujeres no se pueden alquilar o comprar de manera total o parcial». Recuperado de: https://nosomosvasijas.eu/?page_id=1153.

PASTRANA SÁNCHEZ, María Alejandra., «Algunos problemas derivados de la aplicación de la ley española de técnicas de reproducción asistida», *Revista Via Iuris*, noviembre, Núm. 16, 2014, pp. 177-186.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel. y JIMÉNEZ BLANCO, Pilar., «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 51, 2014, pp. 9-44.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio., *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio., «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos», *Revista de Derecho Político*, abril, Núm. 99, 2017, pp. 79-120.

Stop vientres de alquiler. (2017). Recuperado de: [Sobre Stop Vientres de Alquiler](#).

T.E.D.H., «The Court in brief». Recuperado de: [The Court - Presentation, information, videos](#).

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen., «La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXXI, 2014, pp. 459-482.

VALERO HEREDIA, Ana., «La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, 2019, pp. 421-440.

VELA SÁNCHEZ, Antonio Jose., «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler», *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011.

WINOCUR, Mariana., «El mandato cultural de la maternidad. El cuerpo y el deseo frente a la imposibilidad de embarazarse», en *Reproducción asistida*, Ingrid BRENA SESMA (edit.), UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012.

II. Normativa

[122/000015 Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución.](#)

[Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España.](#)

Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 de las Naciones Unidas.

Declaración de los Derechos del Niño de 20 de diciembre de 1959 de las Naciones Unidas

Ley 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil (BOE nº. 151, de 10 de junio de 1957).

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE nº. 126, de 27 de mayo de 2006).

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor (BOE nº 15, de 17 de enero de 1996).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995).

III. Jurisprudencia

Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019, (Demanda nº P 16-2018-001).

Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. (BOE nº. 60, de 10 de marzo de 2008).

Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el Mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229 (INI)). Número 115.

Sentencia 193/2010 del Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia de 15 de septiembre.

Sentencia 25358/12 del TEDH de 27 de enero de 2015, caso Paradiso y Campanelli contra Italia.

Sentencia 65192/11 del TEDH de 26 de junio de 2014, caso Mennesson contra Francia.

Sentencia 65941/11 del TEDH de 26 de junio de 2014, caso Labasse contra Francia.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio 215/1994.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 247/2014.

IV. Páginas web

[Gestación subrogada en Rusia: legislación, precio y filiación.](#)

[https://gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-grecia-de-la-gestacion-subrogada/.](https://gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-grecia-de-la-gestacion-subrogada/)

[What is a Pre-Birth Order?](#)