



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Centro de Estudios de Postgrado

Trabajo Fin de Máster

MADRES DE ALQUILER

Alumno/a: Gil Antón, Rosario

Tutora: Prof. D^a. Catalina Ruiz-Rico Ruiz
Dpto: Derecho Público

Junio, 2020

RESUMEN

El contrato de gestación por sustitución es cada vez es más popular en España,. Mi objetivo es realizar un estudio jurídico-constitucional con una perspectiva de género del contrato de gestación por sustitución. Se analiza la regulación española sobre la gestación por sustitución así como un estudio de derecho comparado del contrato de gestación por sustitución en distintos países. Se analizan los derechos que entran en conflicto al exigir la gestación por sustitución y sus efectos jurídicos. Se realiza un estudio de la jurisprudencia española así como de las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y se analizan diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: gestación por sustitución, mujer, menor, contrato y dignidad.

ABSTRACT

The contract of pregnancy by substitution is increasingly popular in Spain. My objective is to carry out a legal-constitutional study with a gender perspective of the aforementioned contract. The Spanish regulation on the pregnancy by substitution is analyzed as well as a study of comparative law of the contract of pregnancy by substitution in different countries. The rights that conflict when demanding pregnancy by substitution and their legal effects are analyzed. A study of the Spanish jurisprudence as well as the instructions of the General Directorate of Registries and Notaries is carried out and various judgments of the European Court of Human Rights are analyzed.

KEY WORDS: pregnancy by substitution, woman, minor, contract and dignity.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
1. CONTEXTO ACTUAL EN ESPAÑA, LA UNIÓN EUROPEA Y TERCEROS PAÍSES.....	6
1.1 Mujer y género.....	6
1.2 Situación legislativa de la gestación por sustitución en España.....	8
1.3 Normalización de la gestación por sustitución.....	14
1.4 Agencias de gestación por sustitución.....	15
1.5 El contrato de gestación por sustitución, diversidad de denominaciones y neovocabulario...16	
1.5.1. Donación de la capacidad reproductiva.....	18
1.6 Derecho comparado. La gestación por sustitución en la Unión Europea y otros países.....	20
1.6.1 Francia.....	21
1.6.2 Reino Unido.....	21
1.6.3 Portugal.....	24
1.6.4 Grecia.....	26
1.6.5 India.....	27
1.6.6 Rusia.....	27
1.6.7 Ucrania.....	28
1.6.8 Estados Unidos.....	29
2. SOLUCIONES APLICABLES Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA. ADMISIÓN VERSUS PROHIBICIÓN.....	31
2.1 Iniciativas políticas para la admisión de la gestación por sustitución.....	32
2.2 ¿Existe el derecho a procrear?.....	33
2.3. ¿Existe desigualdad en el acceso a las técnicas de reproducción asistida?.....	37
2.4. Autonomía reproductiva de las mujeres. El consentimiento en el contrato de gestación por sustitución.....	39
2.5. La situación que debería ser.....	51
3. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE CONFLICTOS DE DERECHOS.....	51
3.1. Conflictos de derechos.....	52
3.2. Orden público.....	54
3.3 Interés superior del menor.....	55
3.4. Igualdad de género.....	57
3.5. Dignidad de la mujer.....	59
4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	63
4.1. Análisis jurisprudencial y de instrucciones y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.....	64
4.2. Sentencia de 15 de septiembre de 2010.....	70
4.3 Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.....	71
4.4 Sentencia 23 de noviembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Valencia.....	75
4.5. Sentencia de 6 de febrero de 2014.....	76
4.6 La Dirección General de los Registros y del Notariado frente a la gestación por sustitución.....	81
4.6.1 La Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante la gestación por sustitución y sus escasos días de vida.....	81
4.7 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	83
4.7.1 Sentencia Menesson y Labassee.....	85
4.7.2 Sentencia Foulon y Bouvet.....	88
4.7. 3 Sentencia Paradiso Campanelli.....	89
CONCLUSIONES.....	91

BIBLIOGRAFÍA.....	94
1. Estudios.....	94
2. Legislación.....	96
Instrumento de Ratificación de España del Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961.....	97
3. Jurisprudencia.....	98
4. Páginas web de Administraciones públicas de otros países.....	98
5. Artículos periodísticos, páginas web y redes sociales.....	98

INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución está provocando en la sociedad e instituciones públicas un debate que divide a la sociedad ya que existen opiniones enfrentadas y propuestas de soluciones completamente opuestas. Están las personas que defienden la legalización de la gestación por sustitución porque exigen un supuesto derecho a procrear y alegan que es una manifestación de la libertad y autonomía que tiene la mujer para decidir sobre su cuerpo y existe otro sector de la sociedad que está en contra y que exige su prohibición ya que consideran que la mujer es utilizada como un medio para obtener, a demanda, un producto que sería el niño y que no existe tal libertad, autonomía ni consentimiento ya que la mujer no se encuentra en una situación de igualdad con la parte comitente.

El motivo de mi elección del tema es porque desde hace algunos años he observado que el sistema capitalista y globalizado en el que vivimos, a través de los medios de comunicación y con el lastre de la cultura patriarcal que arrastramos, está consiguiendo que la sociedad normalice esta práctica. Ofreciendo a la sociedad una información tergiversada y no veraz, una gran parte de la ciudadanía está aceptando la práctica de la gestación por sustitución sin cuestionarse la vulneración de derechos humanos ni siendo consciente del mercado que se ha generado alrededor de esta práctica.

En este trabajo quiero realizar un estudio de este contrato desde una perspectiva jurídica y constitucional para explicar que el contrato de gestación por sustitución es una nueva forma de esclavitud y mercantilización del cuerpo de la mujer en el que se vulneran derechos fundamentales de la mujer y del niño. Las personas que defienden la gestación por sustitución piensan que existe un derecho a procrear y además que existen los derechos absolutos. En este trabajo me centraré sobre todo en los derechos vulnerados de la mujer ya que pienso que la mujer es el sujeto principal de este contrato, sin ella no habría niño.

Con este trabajo quiero poner de manifiesto que la gestación por sustitución es una nueva forma de esclavitud y explotación del cuerpo de la mujer. La gestación por sustitución altruista o comercial es el reflejo de la sociedad machista globalizada en la que vivimos donde la mujer debe ser una persona abnegada, entregada a los demás y que se sacrifica para otros poniendo en peligro su propia vida para satisfacer el deseo de ser padres de esas parejas con problemas de fertilidad o de hombres que obviamente no pueden gestar, incluso de personas que no teniendo ningún problema de fertilidad y pudiendo ser padres o madres biológicas no quieren pasar por un embarazo y parto.

La realidad social muestra la desigualdad que sufre la mujer y la imposibilidad que tiene de disfrutar de esos derechos fundamentales que le son reconocidos legalmente de la misma manera que al varón. Por ello, para realizar este estudio considero imprescindible realizarlo desde una perspectiva de género, ya que como señala Marugán Pintos *“una investigación tiene perspectiva de género cuando se es capaz de percibir de qué modo el hecho de nacer con órganos sexuales de varones o de hembras condiciona nuestra vida desde la identidad, los derechos y las oportunidades que se nos ofrecen”*¹.

El análisis y estudio de la gestación por sustitución es imprescindible realizarlo desde una perspectiva jurídica-constitucional y de género. Es necesario un análisis jurídico, político y ético. Y es este último punto, el ético que va unido con la moral, al que los defensores de la gestación por sustitución atribuyen el germen de que determinado colectivo de la sociedad se posicione contra este contrato.

Los derechos constitucionales de la mujer que yo entiendo que se violan con este contrato deben ser estudiados e interpretados desde una perspectiva de género y centrándonos en los derechos de la mujer.

El tema que voy a estudiar es innegable que engloba cuestiones morales pero estas cuestiones morales y éticas, como indica Octavio Salazar, *“ No se trata de que la moral se convierta en un limite 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.”*² Por tanto, la moral no debe de ser un obstáculo para analizar el contrato de gestación por sustitución ya que debe someterse a esos derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución.

A lo largo de mi trabajo he hecho referencia a distintas noticias y reportajes aparecidos en periódicos y demás medios de comunicación ya que he considerado imprescindible hacer referencia a ellos para conocer la situación que existe actualmente y sobre la que las autoridades de los distintos países aún no han tomado cartas en el asunto para legislar de modo unánime a nivel internacional.

1 Marugán Pintos, B., (2020). Género. Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad. Madrid. ISSN 2253-6655. p. 210.

2 Salazar Benítez, O. (2018). La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos. Madrid, Dykinson. p. 167.

En primer lugar estudiaré el contexto actual de la gestación por sustitución en España, cómo nos hacen entender esta práctica y su situación legislativa. También estudiaré el contexto actual de la gestación por sustitución en algunos países de la Unión Europea así como en terceros países. Haré referencia a determinados países donde está permitido y prohibido haciendo referencia a sus características. También otros países donde existiendo un vacío legal y ante la pasividad de sus autoridades, se practica la gestación por sustitución.

En el segundo apartado estudiaré las posiciones opuestas respecto a la gestación por sustitución, analizaré los argumentos a favor y en contra de la gestación por sustitución y estudiaré las posibles soluciones teniendo como referencia los derechos fundamentales.

En el tercer apartado analizaré la problemática que ocasiona la gestación por sustitución en cuanto a los derechos enfrentados entre las distintas partes del contrato de gestación por sustitución.

En último lugar analizaré a través de la jurisprudencia nacional y europea los efectos jurídicos que provoca la gestación por sustitución cuando los niños ya han nacido y la parte comitente solicita su inscripción en el Registro civil español.

Quisiera agradecer a la profesora D^a. Catalina Ruiz-Rico Ruiz por su siempre disposición para ayudarme y por motivarme para continuar investigando sobre este tema tan relevante para el Derecho.

1. CONTEXTO ACTUAL EN ESPAÑA, LA UNIÓN EUROPEA Y TERCEROS PAÍSES

1.1 Mujer y género

El nacer con órganos sexuales de varón o de mujer condiciona nuestra existencia y se nos atribuyen unos determinados roles muy diferenciados según nuestro sexo. Como señala Marugán Pintos *“Se refiere a la gama de roles, actitudes, valores, estereotipos, poder de influencia... que la sociedad asigna a ambos sexos de manera diferenciada creando el género masculino y el femenino.”* Por tanto, *“el género es una atribución cultural de lo que se considera apropiado para cada sexo.”*³

³ Marugán Pintos, B., (2020). Género. Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad. Madrid. ISSN 2253-6655. p. 207.

Simone de Beauvoir en su libro “El segundo sexo, I” dijo “*No se nace mujer, se llega a serlo. Ningún destino biológico, físico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana; la civilización en conjunto es quien elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica como femenino.*”, con esta frase quiso explicar que el género es una construcción social. Indicando que se nace biológicamente hembra humana y la sociedad patriarcal las convierte en mujeres según los mandatos y roles que han impuesto a ese sexo. La mujer no ha participado en la construcción de su género, ha sido impuesto a través de los hombres que son los que hacían las leyes.

Como el concepto género ha sido creado por la sociedad patriarcal y es esta sociedad a través de las políticas y costumbres la que va definiendo qué se puede entender como género, qué conjunto de personas se pueden incluir en un género u otro, he observado en los últimos años como a través de la palabra género, que en sus inicios definía a la mujer, en la actualidad se están incluyendo dentro del concepto género femenino otro tipo de personas que están exigiendo eliminar cuestiones que han supuesto una lucha histórica por las mujeres con el consiguiente peligro de que se borre a la mujer como sujeto de derecho.

Pienso que la teoría queer, entre otros colectivos, está poniendo en peligro la lucha feminista. Esta teoría se basa en que no existe diferencia entre sexo y género y que el sexo no es una cuestión biológica sino “*una construcción sociocultural que define a los rasgos físicos, emocionales o comportamentales como genuinamente masculinos o femeninos*”⁴ La teoría queer manifiesta que el feminismo ha determinado a mujeres y hombres por su condición biológica, que el feminismo ha diferenciado y perpetuado la diferencia entre hombres y mujeres. Por tanto mediante esta teoría niegan a la mujer y al varón como sujetos sexuados. La teoría queer piensa que el motivo fundamental que provoca todos los problemas de discriminación y desigualdad en la mujer es la sexualidad del varón y de la mujer y por ello hay que ocultarla. Yo difiero de esta teoría ya que no se puede ocultar la sexualidad de las personas.

La principal característica que define a una mujer es que tiene la capacidad de gestar. Y aunque se oculte la sexualidad de los varones y las mujeres, las mujeres seguirán siendo las únicas en poder gestar y dar a luz. Y es por esta característica principal de la mujer que su cuerpo siempre ha sido una cuestión de Estado.

4 Mejías Sánchez, C.L., (2017). Bioética Queer. ISSN 1989-7022. ILEMATA. Revista internacional de técnicas aplicadas, n.º 26, 239-246. p. 239.

1.2 Situación legislativa de la gestación por sustitución en España

El primer fundamento jurídico de la Sentencia n.º 826/2011 de 23 de noviembre de 2011 dictada por la Audiencia Provincial de Valencia define la llamada gestación por sustitución como *“el contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre si o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos.”*

En España la gestación por sustitución está prohibida ya que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA) dispone en los puntos primero y segundo de su artículo 10 que el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho y que la filiación de los hijos nacidos por este contrato será determinada por el parto. Además, conforme el artículo 122 del Código civil *“Cuando un progenitor hiciera el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente”*. Por ello, la madre biológica siempre estará determinada por el parto, aunque el embrión implantado no hayan empleado sus óvulos.

La nulidad de pleno derecho que se recoge tiene como objetivo intentar que estos contratos no se celebren ya que siendo nulo de pleno derecho, la madre no estaría obligada a entregar al hijo ni a indemnizar a la parte comitente por esta decisión.

Sin embargo, el artículo 10.3 de la citada ley dispone que *“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”* No tiene ningún sentido que en el primer punto se disponga la nulidad del contrato de gestación por sustitución y que en el tercer punto el padre biológico pueda reclamar la paternidad en un supuesto de gestación por sustitución. Si España quisiera prohibir la gestación por sustitución no habría redactado el tercer punto. Este punto es “el coladero” de los niños fruto de la gestación por sustitución. Por este tercer punto del artículo 10 el reino de España sigue siendo cómplice de la explotación de mujeres en los países donde se practica la gestación por sustitución.

Para poder reclamar la paternidad conforme el artículo 10.3 existen los diversos mecanismos establecidos en la legislación así como las instrucciones de la DGRN.

La gestación por sustitución no es una técnica de reproducción asistida ya que conforme lo dispuesto en el artículo 2.1 de la LTRHA, las técnicas de reproducción humana asistida están relacionadas en el anexo de la ley donde no se encuentra la gestación por sustitución. Están

recogidas como técnicas de reproducción asistida la inseminación artificial, la fecundación in Vitro y la inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y transferencia intratubárica de gametos, pero para la propia mujer que desea ser madre y pueda tener libertad en desarrollar su personalidad y controlar su sexualidad y capacidad reproductiva.

Tampoco se encuentra la gestación por sustitución como servicio cubierto por la sanidad pública conforme lo dispuesto en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. La conclusión conforme lo dispuesto en la anterior legislación es que la gestación por sustitución no puede definirse como un TRHA.

El artículo 3.1 de la LTRHA dispone que *“las TRA se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.”* Aquí se observa que deberá existir un estudio previo, no sólo físico sino también psicológico así como un consentimiento informado por parte de la mujer. La mujer deberá ser consciente y debidamente informada conforme lo dispuesto en el anterior artículo. En los contratos de gestación por sustitución en países como Rusia o Ucrania se indica que a la mujer se le pueden implantar de uno a 4 embriones y no siempre se podría certificar el correcto consentimiento informado de las mujeres que se prestan a ello.

En la gestación por sustitución, lo que se pretende desde el primer momento es borrar la función de la mujer que gesta a su hijo y por ello, en la modalidad comercial, desde el primer momento en que se inician los tratamientos médicos la mujer no dispone capacidad de decisión sobre su cuerpo y ha firmado su compromiso de renunciar a sus derechos como madre sobre ese niño y entregarlo a otra persona a cambio de un determinado importe de dinero.

Por tanto, vista la actual regulación en la legislación española de la gestación por sustitución que está prohibida pero dejando esa posibilidad de la reclamación de paternidad del padre biológico, miles de ciudadanos de España acuden a los países donde sí está regulada y legalizada la gestación por sustitución para satisfacer su deseo de procrear. El tercer punto del artículo 10 debería de ser suprimido. Es una contradicción que se disponga la prohibición del contrato de gestación por

sustitución y deje la posibilidad de que el hombre pueda reclamar la paternidad de un niño nacido por gestación por sustitución.

La Dirección General de Registros y del Notariado en su resolución de fecha 18 de febrero de 2009 sobre inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero, dispone que *“es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).*

En la mayoría de países donde se practica la gestación por sustitución, el nombre de la madre, conforme lo dispuesto en el artículo 10.2 de la ley TRA, no figura en el certificado de nacimiento.

En España el contrato de gestación por sustitución es siempre internacional ya que la madre gestante se encuentra en un país donde sí está permitida y regularizada la gestación por sustitución. La gestación por sustitución es un contrato que se realiza entre la parte comitente que es la persona individual o pareja y la parte gestante que siempre será una mujer. La parte comitente, dependiendo del país en el que se realice el contrato, aceptarán un hombre o una mujer de forma individual o una pareja casada o no, heterosexual u homosexual. En este contrato se pacta la gestación por parte de la madre y posterior entrega de su hijo a la parte comitente.

Este contrato puede ser oneroso o gratuito, aunque aún siendo gratuito, siempre existe la entrega de un determinado importe a la madre como compensación económica por los gastos ocasionados por el embarazo.

El motivo de recurrir a la gestación por sustitución puede ser por cuestiones médicas, porque sea imposible biológicamente como en el caso de uno o dos varones o porque la mujer no quiere pasar por un embarazo por circunstancias ajenas a cuestiones médicas.

Pudiera existir algún vínculo familiar entre la madre gestante y la parte comitente. En cuanto a la dotación genética del niño, existen múltiples posibilidades. Puede que la madre gestante aporte su óvulo o puede que no. La parte comitente podría aportar el óvulo y esperma, sólo una de las células o ninguna.

A pesar de que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida determina que el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, cada año, cientos de personas españolas, recurren a este contrato en terceros países para conseguir un niño. Las agencias y asociaciones partidarias de estas prácticas calculan que cada año son entre ochocientos y

mil niños⁵. Esto es debido a que en la Unión Europea no existe una postura unánime en cuanto al contrato de gestación por sustitución y mucho menos en los países de fuera de la Unión Europea. Una vez que el niño ha nacido, en muchas ocasiones, la parte comitente se encuentra con la negación de los Consulados de España para realizar la inscripción de nacimiento. Estas personas que se marcharon a un tercer país para sortear la prohibición del contrato de gestación, cuando España les niega la inscripción de nacimiento, atacan al gobierno acusándole de abandonar a menores españoles y exigen la inscripción de estos niños en el Registro civil español. Finalmente, en la inmensa mayoría de ocasiones, estos niños son inscritos en el Registro civil como hijos de las personas que los encargaron y pagaron por ellos un precio determinado en el contrato.

La ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida modificada en parte por la ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, disponían la misma regulación sobre la gestación por sustitución que la actual.

El artículo 6.3 del Código Civil dispone que *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”* En el caso de realizar un acto prohibido en una norma, este acto será nulo. Visto lo dispuesto en los dos primeros puntos del artículo 10 de la LTRHA así como en el Código Civil no es congruente que el tercer punto disponga que *“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”* Yo entiendo que este punto entra en conflicto con el primer punto. Las personas que están a favor de la gestación por sustitución alegan de que no existe una sanción y también hacen referencia al tercer punto del artículo 10. Pero, si se dispone que el contrato de gestación es nulo de pleno derecho no tiene sentido que a continuación se disponga que el padre biológico podrá reclamar la paternidad. Ya que un contrato nulo de pleno derecho no provoca efecto alguno, no se puede reclamar ningún derecho de un contrato nulo. Y como manifiesta Díaz Fraile, la sanción determinada para los contratos de gestación por sustitución *“está prevista en la nulidad de pleno derecho del contrato que es inequívoca sanción de carácter civil.”*⁶ Díaz Fraile pone como ejemplo de sanción civil la recogida en la ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usuarios, que no los prohíbe expresa y formalmente pero el primer artículo dispone que *“será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero* El artículo

5 https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html Consultada el 13/05/2020

6 Díaz Fraile, J.M., (2019). La gestación por sustitución ante el Registro civil español. Evolución de la Doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea. *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019). Estudios pp. 53-131. p. 69.

10.1 de la LTRHA “*establece una norma prohibitiva cuya infracción genera como sanción su nulidad civil.*”⁷ Como manifiesta Velarde D’Amil “*el ordenamiento jurídico español sanciona expresamente la nulidad de los contratos suscritos entre partes que convengan la gestación por sustitución; por tanto, no es viable que las partes acuerden ningún tipo de relación contractual, ni siquiera amparándose en el principio de autonomía de la voluntad de las partes del artículo 1.255 del Código Civil*”⁸. Además, el artículo 1271 del Código civil dispone que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres y todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. El artículo 21 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa dispone que “*el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro*”. Por tanto, el contrato de gestación por sustitución comercial o altruista no ha lugar en nuestro ordenamiento jurídico.

Velarde D’Amil plantea la posibilidad de que el artículo 10 de la LTRHA actúe como una ley de policía “*en base a lo dispuesto en el artículo 9, apartado 1, del Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Por cuanto cumple la función de ser una norma esencial para la salvaguardia de los intereses públicos, como la organización política, social o económica del Estado español, pudiendo exigirse su aplicación para preservar la legalidad del sistema jurídico.*”⁹ En base a este artículo y al 12.4 del Código civil, cuando un ciudadano se marcha al extranjero para realizar un contrato de gestación por sustitución está incurriendo en un fraude de ley. Por ello, el artículo 10.3 no ha lugar en la citada ley ya que es un contrato nulo de pleno derecho porque vulnera los derechos fundamentales de la mujer y del niño. Estando en vigor el artículo 10.3 se está permitiendo que las mujeres sigan siendo objeto de explotación en terceros países y que los ciudadanos residentes en España puedan beneficiarse de esa explotación.

Según mi opinión, la gestación por sustitución podría ser un delito tipificado en el Código penal en los puntos primero y segundo del artículo 221; “*1. Los que, 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,*

7 Díaz Fraile, J.M., (2019). Gestación por sustitución: Evolución de la Doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea. *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019). Estudios pp. 53-131. p. 69.

8 Velarde D’Amil, Y., (2012). Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el Registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, 61- 70 - Septiembre 2012 ISSN 2174- 7210. p.62.

9 Velarde D’Amil, Y., (2012). Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el Registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, 61- 70 - Septiembre 2012 ISSN 2174- 7210. p.64.

con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.” En la gestación por sustitución siempre existe una compensación económica para la madre.

El artículo 220 del Código penal en los puntos primero y segundo dispone que *“La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años y “La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación”*. En la mayoría de países donde se practica la gestación por sustitución, el nombre de la madre, conforme lo dispuesto en el artículo 10.2 de la ley TRHA, no figura en el certificado de nacimiento, se oculta que el nacimiento se produjo por mediación de la gestación por sustitución. En la gestación por sustitución las madres son obligadas a renunciar a sus derechos de filiación y a cambio de un dinero entregan a sus hijos a otras personas. Los intermediarios serían las agencias de gestación por sustitución así como las clínicas de fertilidad, despachos de abogados, etc.

Es una incongruencia que en España se tipifiquen determinados supuestos de entregas de menores y alteraciones de la filiación como un delito y se esté legalizando la gestación por sustitución a través de las inscripciones de nacimiento en el registro civil español de los niños nacidos en el extranjero por gestación por sustitución.

Sin embargo, no parece que se estén aplicando estos artículos cuando la Administración de Justicia tiene conocimientos de actos que podrían ser calificados como este delito. El contrato de gestación por sustitución es un contrato internacional ya que la madre se encuentra en un país extranjero y es en el exterior donde se realiza la entrega del menor a cambio de una compensación económica. Existen contratos en los que no existe carga genética de ninguna de las partes comitentes, un ejemplo de ello es la sentencia n.º 209/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de marzo de 2017 que resuelve desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una pareja heterosexual que se le denegó la solicitud de la concesión de un salvoconducto para un niño que habían obtenido por contrato de gestación por sustitución en el Consulado de España en Moscú. Es el fundamento jurídico segundo el que informa de la inexistencia de vínculo biológico entre el niño y los demandantes.

1.3 Normalización de la gestación por sustitución

Desde hace ya algunos años, la sociedad española está recibiendo continuamente publicidad sobre la gestación por sustitución con la intención de manipular y adoctrinar a los ciudadanos sobre esta cuestión con el fin de que acepten este contrato como algo normal y conforme a Derecho.

Con publicidad me refiero a las noticias que aparecen en los medios de comunicación televisivos o escritos y que nos muestran que determinado personaje famoso ha sido padre o madre. Además, esta forma de “paternidad” siempre borra a la mujer y parece que los niños hayan aparecido en medio del campo como las setas.

Para que los lectores o televidentes asimilen la información de la gestación por sustitución como una práctica legal y que no vulnera ningún derecho fundamental, utilizan una información sesgada y dulcificada tanto en la forma de narrar la información como de mostrarla gráficamente.

Por ejemplo, un titular de un artículo de El País informa con el siguiente titular *“Miguel Bosé, padre de gemelos. Los niños Tadeo y Diego, nacieron el 26 de marzo y fueron gestados en un vientre de alquiler.”*¹⁰ El escribir que fueron gestados en un vientre de alquiler, tiene la intención de separar a la mujer, y en este caso a la madre de la maternidad. Se nos representa una imagen como si los niños se hubieran gestado en un horno y a los nueve meses, alguien abrió la puerta y aparecieron. El artículo, en ningún momento hace referencia alguna a la madre que los gestó y parió. Las fotos que aparecen siempre son de la parte comitente con el niño. Y para intentar manipular la información y que la gestación por sustitución fuera como apadrinar especies de animales en extinción en lugar de utilizar el cuerpo de las mujeres a cambio de dinero y tuviéramos que dar las gracias a Miguel Bosé por recurrir a este contrato, el último párrafo del artículo explica que *Miguel Bosé está comprometido con varias causas como la recuperación de Haití tras el terremoto, la inserción de enfermos de SIDA en la sociedad o la apertura del régimen cubano... y se ha ofrecido para ser mediador de las FARC”*.

Otro ejemplo de esta manipulación de la información y adoctrinamiento de la sociedad sería por ejemplo otro artículo de El País que informa que Jaime Cantizano es padre por gestación subrogada. En este artículo, Cantizano *“ reivindica el derecho de los hombres a recurrir a esta fórmula para ejercer la paternidad”*.¹¹ En esta declaración se comprueba la creencia de un derecho a procrear y del poder que piensan que tienen algunas personas, con dinero, sobre las mujeres para satisfacer sus deseos. Otra cuestión a resaltar del artículo es que en ningún momento de la entrevista, Cantizano hace referencia a la madre que gestó y parió a ese niño. Tampoco hace referencia a que tuvo que

10 https://elpais.com/elpais/2011/04/27/actualidad/1303886929_850215.html Consultada el 30/04/2020.

11 https://elpais.com/elpais/2016/08/29/estilo/1472479355_927002.html Consultada el 30/04/2020.

pagar muchos miles de euros para que le entregaran a ese niño que encargó. Para normalizar este contrato, el artículo hace referencia a otros famosos que “usaron este método”.

Son los medios de comunicación a través de las experiencias de cantantes, periodistas, actores, jugadores de fútbol con el contrato de gestación que se está manipulando y educando a la sociedad para que apruebe y normalice este mercado de mujeres y niños que genera millones de euros, dólares o la moneda que sea. Estos famosos muestran su felicidad por haber conseguido unos niños, promueven y publicitan una forma de vida en la que se les ve felices. Y es a través de esta información que los ciudadanos espectadores van interiorizando la gestación por sustitución como algo normal y que no plantea ninguna cuestión jurídica ni moral.

Es fácil encontrar las historias de personajes famosos, incluso de personas anónimas que cuentan sus maravillosas experiencias tras haber conseguido un niño con la gestación por sustitución pero rara vez encontramos información en los medios televisivos de las madres alquiladas. El único reportaje emitido en televisión que he encontrado centrándose en las madres gestantes, en este caso en Ucrania, es del programa “En el punto de mira” de Cuatro. En este reportaje muestran la opacidad de esos contratos, que estas madres viven en una especie de residencia y están muy controladas en sus movimientos, tanto que la periodista del programa le es imposible conseguir respuestas del precio que reciben las mujeres por permitir que les arrebaten a sus hijos ya que se ve claramente como las mujeres tienen miedo a responder a sus preguntas.

1.4 Agencias de gestación por sustitución

Estos ciudadanos residentes en España pueden conseguir un niño en terceros países gracias a las agencias de gestación por sustitución que se encuentran radicadas en España. Puesto que los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en España, estas empresas se registran en España ocultando la realidad de su objeto social.

Por ejemplo Interfertility SL (<https://interfertility.es/>) está inscrita como una empresa de construcción, instalaciones, mantenimiento, actividades inmobiliarias¹².

La agencia española de gestación subrogada (<https://aeges.es/>) está inscrita como una empresa de servicios financieros e inmobiliarios.¹³

A pesar de esta prohibición, las agencias de gestación por sustitución se anuncian en internet con absoluta libertad e incluso no publican una información veraz de la gestación por sustitución.

12 <https://www.einforma.com/informacion-empresa/interfertility> Consultada el 5/5/2020.

13 <https://www.einforma.com/informacion-empresa/agencia-espanola-gestacion-subrogada> Consultada el 05/05/2020.

La agencia española de gestación subrogada o babygest (<https://babygest.com/es/>) informan en su página web que la gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida y como he indicado en párrafos anteriores, esta información es falsa, conforme lo dispuesto en el artículo 2.1 de la LTRHA. También asegura que no existirán problemas legales con los trámites de la filiación y nacionalidad.

Este tipo de páginas (<https://aeges.es/>) es como entrar en una página web de una tienda de objetos ya que existe la opción de elegir el sexo del niño, si existe la posibilidad de la donación de óvulos, se puede elegir la raza.

Estas agencias también informan que todos los pagos se podrán realizar en cuentas bancarias españolas en euros. Es aquí cuando se puede comprobar que la gestación por sustitución es un negocio mundial que mueve millones de euros o la moneda que sea.

Si estas empresas están inscritas en España y perciben sus ganancias en España, pagarán unos impuestos. Es imposible que la Fiscalía, la AEAT no tenga conocimiento de ello. Y aún así permiten que unas empresas se registren para una actividad y estén realizando otra prohibida por la legislación española.

1.5 El contrato de gestación por sustitución, diversidad de denominaciones y neovocabulario

El contrato de gestación por sustitución ha supuesto el uso intencional de muchas palabras, por ello no es baladí el nombre que se le otorga a este contrato así como a las partes del mismo. Este tipo de contrato también se le denomina, entre otros, maternidad subrogada, gestación subrogada, vientres de alquiler, gestación para otros, donación de la capacidad de gestar. En general, tanto el término recogido en nuestra legislación como el utilizado por el colectivo de la sociedad que está a favor de la legalización, tienden a buscar palabras que infravaloren la función que realiza la mujer como ser humano sexuado, intentan borrarla y que desaparezca inmediatamente después de que el niño nace. Intentan evitar palabras como embarazo o parto. Algunas denominaciones que buscan lo citado son gestación por sustitución, maternidad subrogada, gestación subrogada entre otros.

Lo primero a indicar son las partes que forman este contrato; - La mujer que se presta a gestar, -Los comitentes que son la o las personas que encargan al niño. -Los intermediarios que son las personas o empresas que ponen en contacto a la mujer que gesta con la parte comitente y se encargan de los trámites jurídicos, médicos, etc. -Puede que existan los donantes de material genético. -Y el niño sería el objeto del contrato. La parte comitente es la que encarga el niño y puede ser una pareja

heterosexual, homosexual o una persona sola, hombre o mujer. La otra parte siempre será una mujer.

En este contrato la prestación consiste en la gestación por parte de una mujer de un niño al que deberá entregar a la parte comitente después del nacimiento.

El contrato de gestación podrá ser oneroso o gratuito. Es oneroso cuando existe un importe determinado fijado que se entrega a la madre por los servicios prestados que en este caso es gestar un hijo del que deberá renunciar a sus derechos de filiación y entregarlo a la parte comitente. Es gratuito cuando no recibe ninguna contraprestación, aunque siempre existe en este modo de contrato, una compensación económica por los gastos ocasionados durante el embarazo.

Una vez nazca el niño se tendrá que determinar su filiación que conforme el artículo 10.3 de la ley de TRHA, la filiación viene determinada por el parto.

En cuanto a la denominación de las partes del contrato. La mujer que se presta a gestar se le denomina por el sector que está a favor de la legalización, gestante o gestante subrogada y a la parte que encarga al niño, se les denomina padres comitentes o padres intencionales.

Como se observa, a la mujer que gesta se le niega el denominarla madre sustituta, madre de alquiler o madre suplente, ello es debido a la comercialización que conlleva este contrato del cuerpo de la mujer y la intencionalidad de querer despojar a la mujer de cualquier palabra que nos recuerde que es un ser humano con derechos fundamentales, intentan borrar el hecho de que la mujer que pare es la madre y no un cuerpo con útero del que pueden servirse las personas que dispongan del dinero suficiente para alquilarlo.

La denominación gestación por sustitución, pienso que no es correcta ya que sustituir significa poner a alguien en lugar de otra persona, en este caso una mujer (la que gesta) en lugar de otra mujer. Conforme lo dispuesto en el artículo 10.1 de la LTRHA, la parte comitente no tiene por qué ser una mujer. Además, el verbo sustituir no recoge a nivel jurídico todo lo que supone y conlleva el embarazo y posterior parto y postparto de la madre gestante así como sus derechos de filiación.

La gestación o maternidad subrogada, jurídicamente la subrogación, conforme los artículos 1209 a 1212 del Código civil hacen referencia a pagos, créditos y deudas, figuras que nada tienen que ver con la capacidad de gestar, renuncia de la madre a sus derechos y posterior entrega de un niño.

1.5.1. Donación de la capacidad reproductiva

En cuanto a la denominación de la donación de la capacidad reproductiva, el artículo 609 del Código civil dispone que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por donación. Y el artículo 618 define la donación como un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta.

Conforme lo dispuesto en los anteriores artículos, se observa que el objeto de la donación son las cosas y los derechos.

La cuestión es si está permitida la donación de una capacidad, en este caso, la de gestar. Si la capacidad es un derecho del que puede disponer una persona. Martín Ayala manifiesta que *“Las capacidades nos son atribuidas biológicamente, no pudiendo una mujer negociar sobre algo de su ser que es intangible, indeterminado e indisponible. No se puede renunciar a algo que no es concreto e individualizado, ni puede ser controlado por nuestra voluntad.”*¹⁴ La capacidad de gestar no puede separarse de la mujer, es propia de su organismo.

El artículo 21 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa dispone que *“el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”*. En la gestación por sustitución es todo el cuerpo de la mujer el que es necesario para la gestación de un niño.

La ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos disponen que la cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos humanos, sólo se permite para ser utilizados con fines terapéuticos y que no se podrá percibir compensación alguna por esta donación de órganos. El donante deberá ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y haber sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. El destino de ese órgano será mejorar la esperanza o condiciones de vida del receptor. (artículos 1, 2 y 4).

Yo pienso que no se puede equiparar la donación de órganos intervivos con la gestación por sustitución ya que la primera diferencia que existe es que el receptor de un órgano lo necesita para vivir, si esa donación no llega a tiempo, el receptor fallecerá o tendrá unas condiciones de vida muy complicadas. Siendo necesario ese órgano para vivir, el Estado pone todos los medios a su alcance para que pueda llevarse a cabo ese trasplante pero ningún ciudadano que se encuentre enfermo y en lista de espera para recibir un determinado órgano, puede exigir al Estado que esa donación se

14 Martín Ayala, M., (2019). La supuesta donación de la capacidad reproductiva en la gestación por sustitución. DS:Derecho y salud, ISSN 1133-7400, Vol. 29, N.º. Extra 1, 2019. p. 177.

haga efectiva en el momento oportuno. El Estado no puede obligar a ningún ciudadano a donar alguno de sus órganos a personas que lo necesiten. Por ello, no existe un derecho a tener hijos o a la reproducción. La gestación por sustitución no es vital para la supervivencia de un ser humano.

Como indica Bellver Capella, *“En un caso se cede un órgano que no afecta a la identidad personal y en otro una capacidad que afecta a la totalidad de la persona.”*¹⁵ Y es que, como indica el informe del Comité de Bioética español *“La gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes.”*. Y *“El profundo impacto del embarazo sobre la arquitectura cerebral es duradero y proporciona un apoyo preliminar para el proceso adaptativo que sirve la transición a la maternidad”*¹⁶

Estas denominaciones pretenden separar la gestación de la maternidad. Intentan invisibilizar a la madre gestante, su embarazo y su parto. Intentan convertir a la mujer en un objeto que sirve para fabricar un ser humano.

El contrato de gestación por sustitución exige separar la gestación de la maternidad. Para ello disponen que en la adopción ya existía la distinción entre la madre legal y la madre biológica. Pero la adopción es distinta a la gestación por sustitución. En la adopción ya existía un niño y ese niño no fue encargado por unas personas que deseaban ser padres y realizaron el contrato de gestación por sustitución para que una mujer satisficiera ese deseo.

El artículo 10.2 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida reproduce el principio de Derecho *“mater semper certa est”* al disponer que *“la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.”*

Yo pienso que la denominación correcta de este contrato sería madres de alquiler porque la capacidad de gestar no se puede desprender de la mujer como ser humano. Por tanto, no se alquila o hace uso de un determinado órgano de la mujer que funcione de manera independiente a su organismo, sino que la gestación necesita de todo su cuerpo para poder llevarla a cabo. Como dice el informe del Comité de bioética, *“ya que lo que se está haciendo es contratar a una persona en su integridad, no solo su vientre, para que lleve a cabo la gestación que los comitentes no pueden (o no desean) llevar a cabo”*¹⁷.

15 Bellver Capella, V., (2017). Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista. Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2ª. p. 235

16 López y López, de Montalvo Jääskeläinen, Alonso Bedate, Bellver Capella, Cadena Serrano, de los Reyes López, Fernández Muñiz, Jouve de la Barreda, López Moratalla, Nombela Cano, Romeo Casabona, Serrano Ruiz-Calderón (2017). Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Bilbao. p. 12-13.

17 López y López, de Montalvo Jääskeläinen, Alonso Bedate, Bellver Capella, Cadena Serrano, de los Reyes López, Fernández Muñiz, Jouve de la Barreda, López Moratalla, Nombela Cano, Romeo Casabona, Serrano Ruiz-Calderón

A lo largo de este trabajo me referiré a este contrato como gestación por sustitución (GS) ya que así lo dispone el artículo 10 de la ley Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

1.6 Derecho comparado. La gestación por sustitución en la Unión Europea y otros países

El Parlamento Europeo en el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto, en la observación 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, condena la práctica de la gestación por sustitución ya que manifiesta que “ *es contraria a la dignidad humana de la mujer; ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; 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, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos*”. Aquí la Unión Europea expone que el contrato de gestación por sustitución mercantiliza el cuerpo de las mujeres generando un mercado económico internacional que se alimenta de su explotación. Es muy importante esta manifestación ya que centra su preocupación en la mujer y no en el niño. A lo largo de este trabajo veremos como los distintos organismos centran la protección en el niño obviando, en ocasiones totalmente, a la mujer que es la parte más importante de este contrato, ya que sin mujer no hay niño.

Sin embargo esta prohibición y mandato del Parlamento europeo a los países miembros aún no se ha cumplido, incluso en algunos países miembros se ha regularizado. La gestación por sustitución no se permite en países como Francia, Alemania, Austria, China, Finlandia, Eslovenia, Estonia, Italia, Suecia, Suiza, Turquía. Otros países sí se han manifestado a favor de la gestación por sustitución como en Albania, Armenia, Australia, Bielorrusia, Brasil, Canadá (Ontario, Alberta o British Columbia), Chipre, Dinamarca, algunos Estados de Estados Unidos (Arkansas, California, Columbia, Connecticut, Dakota del Norte, Delaware, Florida, Illinois, Maine, Nevada, Nuevo Hampshire, Oregón, Texas, Utah, Virginia Occidental), Georgia, Grecia, India, Israel, México (algunos territorios, como Sinaloa o Tabasco), Portugal, Reino Unido, Rusia o Suráfrica.¹⁸

(2017). Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Bilbao. p. 9.

18 Lousada Arochena, Seren Novoa, Esquinas Valverde, Morales Hernández, Mercado Pacheco, Pérez Alonso, Espinosa Montalbán, Marín de Espinosa Ceballos, Villacampa Estiarte, Salmón Gárate, Garrido, Alemán Páez, Moreno Cáliz, Boix, Navarro Fernández, Torres Rosell, Casadei, de la VILLA GIL, Olarte Encabo, Martínez Cuevas, Carla Lerussi, Pomares Cintas, Lara Aguado, Böhm, Rivas Vallejo, RAMOS TAPIA, Ruiz Resa, Gallo (2020). Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas. Ángeles Lara Aguado. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. p. 335.

En Reino Unido y Grecia está permitida la gestación por sustitución altruista así como en Portugal que también se legalizó, aunque parte de ley que regula la gestación por sustitución ha sido declarada inconstitucional. Otros países cercanos donde se practica la gestación por sustitución comercial son Ucrania, Rusia y Georgia. En países como Francia, Alemania, Bélgica, Italia, donde este contrato está prohibido, debido a que no existe ninguna norma a nivel internacional que restrinja y prohíba la gestación por sustitución, las distintas Administraciones Públicas se encuentran con los mismos problemas de determinación de filiación y validez del contrato que en España.

1.6.1 Francia

En Francia se le denomina “gestación para otros” (gestation pour autrui) y fue prohibida por la Ley de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano que introdujo en el Código civil un nuevo artículo 16-7 según el cual “ todo contrato relacionado con la procreación o gestación para otros es nulo”. Desde 1989, la Corte de Casación afirmó la nulidad de los contratos de gestación para otros por aplicación del artículo 1128 del Código Civil según el cual “ sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de contratos, y la no conformidad de estos contratos con el principio de orden público y de la indisponibilidad del estado de las personas.¹⁹. La prohibición de este contrato en Francia está fundamentado en la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas.

Sin embargo, como en España, ciudadanos franceses acuden a los países donde sí está permitida la gestación por sustitución y ante la imposibilidad de inscribir el nacimiento del niño en el Registro civil francés, acusan a Francia de violar derechos fundamentales del niño y dejar desprotegidos a los bebés.

1.6.2 Reino Unido

En Reino Unido el contrato de gestación por sustitución está permitido y regularizado por la Surrogacy Arrangements Act 1985²⁰. Este contrato en Inglaterra se puede traducir por “acuerdo de subrogación”. Es interesante remarcar que a la madre se la denomina “surrogate” (sustituta). Es un contrato altruista. La negociación de contrato no puede tener una base comercial y por ello se le pagan a la madre sustituta los gastos razonables que le conllevará el embarazo y este importe será puesto en conocimiento del Tribunal de familia.

19 <https://www.vie-publique.fr/eclairage/18636-gestation-pour-autrui-queelles-sont-les-evolutions-du-droit> . Página del gobierno de Francia. Consultada el 15/05/2020

20 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> Página de legislación del gobierno del Reino Unido. Consultada el 13/05/2020

Este contrato está dirigido a parejas casadas o no, heterosexuales, del mismo sexo o personas individuales. Los motivos para optar a este contrato pueden ser razones médicas que imposibilitan el tener hijos por ellos mismos o los hombres porque biológicamente es imposible. Y “la gestante” podrá o no aportar el óvulo. Al menos una de las personas que conforma la parte comitente deberá estar domiciliada en el Reino Unido. Y es obligatorio que la parte comitente aporte su material genético. Si es una pareja, al menos uno de ellos y si es una persona individual, ésta, deberá aportar su material genético. Existen tres organizaciones de gestación por sustitución a las que aconsejan acudir para llevar a cabo este contrato.

La ley dispone que la madre sustituta será la mujer que lleva un hijo conforme a un acuerdo para que sea entregado a otra u otras personas. Deja claro que los acuerdos de subrogación no son exigibles por ley, no son documentos legalmente vinculantes es una declaración de intenciones. Por tanto, la madre sustituta no tiene la obligación de entregar a su hijo una vez ha nacido, podría quedarse con él.

Son las partes las que redactan un acuerdo recogiendo los puntos necesarios en este contrato como puede ser la aportación de material genético, elegir centros médicos, posibles abortos, nacimientos sin vida, partos múltiples, comunicación futura por los derechos del niño a conocer sus orígenes, los gastos que ocasionará tanto médicos como legales, etc. Existe un apartado en cuanto al pago de los gastos ocasionados y el Tribunal verificará esos importes pagados.

Aunque la parte comitente no adquiere de manera inmediata la condición de padres sí que se estima conveniente que la parte comitente realice testamento por si en el transcurso del embarazo falleciera algún miembro de la parte comitente.

En el Reino Unido es un delito anunciar que se está buscando “una sustituta” o anunciarse como “sustituta”. También es delito organizar o negociar un contrato de gestación subrogada como empresa comercial ya que se determinan unas organizaciones sin ánimo de lucro. Por ello es un delito que terceros negocien los términos de la gestación por subrogación para cualquier pago.

“La madre sustituta” y ,si está casada, su marido, serán los padres legales del niño al nacer. Después del nacimiento existe un proceso legal de orden parental para transferir la paternidad a la parte comitente. Si fuera una persona individual la parte comitente, deberá haber aportado su material genético. Y también dispone la legislación inglesa que la parte comitente deberá cumplir las condiciones de una orden parental antes de continuar con el contrato de subrogación.

Se hace referencia a los gastos médicos y judiciales que ocasiona este acuerdo. Se habla de clínicas de fertilidad como las encargadas de llevar a cabo las intervenciones médicas necesarias para que la madre sustituta quede embarazada. También establece que por lo general se implanta un sólo embrión aunque en ocasiones podrían implantarse como máximo dos. Si no tuviera éxito, la mujer

puede repetir después de dos ciclos menstruales. También se informa de que la madre gestante tomará medicamentos para estimular sus ovarios.

Cuando el niño nazca, la parte comitente deberá solicitar una orden parental al Tribunal de familia. Siempre será necesario el consentimiento de la madre gestante que no se realizará antes de seis semanas después del nacimiento. Será un juez del Tribunal Superior el que escuchará a la madre gestante. El niño puede ser entregado a la parte comitente en el propio hospital.

Los comitentes necesitan una orden parental que se considera una solución legal y psicológica para poder entregar un niño nacido por gestación subrogada. Esta orden la deberán solicitar ante un Tribunal. Esta solicitud se debe realizar en el plazo de 6 meses después del nacimiento del niño. Un trabajador social será el encargado de realizar un estudio para saber si la parte comitente es apta para ser los padres del niño. Y finalmente el Tribunal, a través de audiencias resolverá si entrega la orden parental. Si finalmente la resolución es positiva, el Tribunal enviará a la parte comitente una copia de la orden parental. Se agregará una nueva entrada en la inscripción de nacimiento del niño y la parte comitente podrá obtener un certificado de nacimiento del niño con los datos actualizados.²¹

En esta regulación, al contrario que en otras, se observa que la madre tiene libertad de elección durante el embarazo y hasta seis semanas después del nacimiento del niño, podrá decidir si lo entrega o no.

Aunque es un contrato de modalidad altruista y sólo se permite que la madre perciba un importe por los gastos derivados del embarazo, no se puede controlar que se le entregue a la madre un dinero a cambio de gestar y entregar al niño. De todas formas, que el contrato no se base en un importe dinerario no es lo más importante para evitar la explotación y mercantilización de la mujer y del niño.

Cuando se relacionan los motivos que justifican determinados gastos se observa que este contrato no es como cualquier otro. Se expone que un embarazo supone un riesgo para la vida de la mujer y que por ello es conveniente contratar un seguro de vida.

También supone un mayor riesgo para la vida de la madre sustituta el hecho de que le implanten dos embriones y que la mediquen para estimular sus ovarios.

En las distintas páginas web de agencias de gestación por sustitución he podido comprobar que no recomiendan el Reino Unido para llevar a cabo la gestación por sustitución. Explican que la

21 Información obtenida de la guía “ The surrogacy pathway: Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales. Health Ethics, Population Health, Global & Public Health, cost centre 10800. Health Ethics, Sixth Floor North, 39 Victoria Street, London SW1H 0EU steve.pugh@dh.gsi.gov.uk . Published to gov.uk, in PDF format only. Octubre 2019.

posterior transferencia de paternidad es un procedimiento difícil y al contrario que países como Ucrania o Rusia, con el Reino Unido no fijan un precio, lo estiman en unos 50.000 euros pero que podría ser más. El informe del Comité de Bioética de España informa que *“los ingleses, a pesar de tener legalizada la maternidad subrogada en su país, mayoritariamente han recurrido a India para llevarla a cabo”*.²²

1.6.3 Portugal

En Portugal, recientemente se ha producido una legalización de la gestación por sustitución. En el artículo 8 de la ley núm. 32/2006 de 26 de julio de procreación médicamente asistida, en su primera versión recogía la figura de la gestación por sustitución y establecía que los acuerdos jurídicos gratuitos u onerosos sobre la maternidad de sustitución son nulos y en su tercer punto disponía que a todos los efectos legales, la madre del niño será la mujer que soporta el embarazo de sustitución para otra persona.

La ley núm. 25/2006 de 22 de agosto regula el acceso a la gestación por sustitución y modifica el contenido del artículo citado en el párrafo anterior. Y el decreto reglamentario núm.6/2017 reglamenta el acceso a la gestación por sustitución.

El primer punto del artículo 8 de la ley núm. 32/2006 de 26 de julio define la gestación por sustitución como *“cualquier situación en que la mujer esté dispuesta a soportar un embarazo en nombre de otra persona y entregar al niño después del parto, renunciando a los poderes y deberes propios de la maternidad”*. Lo que significa que el niño que nazca no tendrá legalmente ningún vínculo de filiación con la madre.

Le ley dispone que podrán acceder a la gestación por sustitución a título excepcional y sin base comercial, será altruista, en caso de ausencia de útero, lesión o enfermedad de este órgano que impide a la mujer llevar a cabo un embarazo o por situaciones clínicas que lo justifiquen.

Será imprescindible que al menos una de las personas de la parte comitente aporte su material genético y la gestante de sustitución no podrá en ningún caso aportar su óvulo. Para llevar a cabo este contrato se requiere la previa autorización del Consejo Nacional para la procreación médica asistida, esta entidad supervisará todo el proceso.

Está prohibida cualquier donación o pago de cualquier bien o importe a la gestante de sustitución excepto el importe que corresponda a los gastos ocasionados por el embarazo y deberán ser

²² López y López et al. (2017). Informe Comité de Bioética de España. Bilbao.p. 41

recogidos en un documento. No está permitida la celebración del contrato de gestación por sustitución cuando exista una relación de subordinación económica, como por ejemplo de naturaleza laboral o de prestación de servicios entre las partes del contrato.

Portugal considera que el niño que nazca mediante la gestación por sustitución se considerará hija de la parte comitente que la legislación portuguesa los denomina “beneficiarios”.

Respecto al consentimiento, las partes deberán firmar un documento en el que se les informa, en este caso a la mujer gestante, de los riesgos que existe para su salud y el contrato no podrá imponer restricciones de comportamiento a la mujer embarazada sustituta ni imponer reglas que violen sus derechos, libertad y dignidad. Respecto a la parte comitente, tendrán derecho a revocar su consentimiento hasta el momento en el que empiecen los procesos médicos.

El artículo 3.1 dispone que las técnicas AMP que incluyen las realizadas durante el embarazo de gestación por sustitución deberán respetar la dignidad humana de todas las personas involucradas.

Por tanto la legislación portuguesa ha optado por un contrato de gestación por sustitución de carácter gratuito y excepcional. Este contrato limita el acceso a personas que tienen problemas médicos que impidan el embarazo de la mujer u otras causas médicas. El artículo 6 de la citada ley dispone que podrán acceder a este contrato las parejas de sexo diferente o las parejas de mujeres, casadas o que vivan en condiciones análogas a los cónyuges y también todas las mujeres independientemente de su estado civil u orientación sexual. Por tanto no pueden acceder a este contrato los hombres solteros o parejas de hombres. Ni la ley ni el reglamento disponen si el acceso a la gestación por sustitución está reservado a los ciudadanos o residentes portugueses.

El 7 de mayo de 2018 se publicó en el Diario de la República de Portugal la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 225/2018 que declara inconstitucional parte de la ley 32/2006. Uno de los puntos que declaró inconstitucional y que es conveniente resaltar es el punto 8 en relación con el párrafo 5 del artículo 14 de la citada ley ya que “ no admite la revocación del consentimiento de la mujer embarazada sustituta hasta la entrega del niño a los beneficiarios por violación de su derecho al desarrollo de la libre personalidad interpretado de acuerdo con el principio de dignidad humana y el derecho a fundar una familia”²³ La mujer podía revocar su consentimiento hasta el inicio de los tratamientos de fertilidad pero no hasta la entrega a los beneficiarios del niño gestado. El Tribunal

23 <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/125468550/details/maximized> Diario de la República electrónico de Portugal. 4.b) Consultada el 14/05/2020

entendió que lo dispuesto en la ley era contrario a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante ya que no podía revocar su consentimiento y por lo tanto no garantizaba su derecho a la interrupción del embarazo.

El 18 de octubre del 2019 se publicó en el Diario de la República de Portugal la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 465/2019 que declara la inconstitucionalidad del artículo 8.13º de la Ley 32/2006. En este artículo interpretado conjuntamente con el 14.5º de la citada ley no permitía a la madre revocar el consentimiento una vez iniciadas las técnicas de reproducción asistida. Como el artículo 14.5º no se modificó considera que el punto 13 del artículo 8 sigue siendo inconstitucional porque viola el derecho al desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada, interpretada conforme el principio de dignidad humana y del derecho a fundar una familia.

Por tanto, en Portugal la ley 32/2006 está paralizada y las agencias de gestación por sustitución que trabajan en España no lo recomiendan.

1.6.4 Grecia

En Grecia está permitida la gestación por sustitución y está regulada en las leyes 3089/2002 y 3305/2005. Grecia permite la gestación por sustitución altruista pero prevé el pago a la mujer gestante de los gastos médicos, días sin poder trabajar y demás. La gestante no puede aportar sus óvulos. La mujer de la parte comitente deberá tener menos de 50 años y aportar un certificado médico de infertilidad o cuestiones médicas que sean incompatibles con llevar a cabo un embarazo. Las parejas homosexuales y los hombres sin pareja no pueden acceder a la gestación por sustitución en Grecia. Las parejas heterosexuales y las mujeres solteras, que no puedan tener hijos de otra manera, sí que pueden acceder a ella. Antes de la transferencia embrionaria es necesaria una resolución judicial y la filiación se otorga mediante resolución judicial, ello significa que la autorización judicial provoca que la parte comitente se conviertan en padres legales del niño inmediatamente después del nacimiento. En la primera redacción de la ley exigía que tanto la gestante como la madre de intención fueran ciudadanas griegas o residentes permanentes en Grecia, en la actualidad es suficiente que sólo una de ellas sea residente permanente o temporal en Grecia.²⁴ El coste es de unos 75.000 a 85.000 euros. En la web de la agencia de gestación por sustitución babygest informa de que la madre gestante percibe unos 12.000 euros aproximadamente como

²⁴ López San Luis, R., (2019). La gestación por sustitución altruista no elimina el aspecto contractual de la gestación del así nacido. Rocío López San Luis. Revista Jurídica de Castilla y León. Nº49 Septiembre 2019. ISSN 2254-3805. p. 125.

gastos de compensación²⁵, por tanto, se observa que el negocio de las madres de alquiler es para los intermediarios.²⁶

En un artículo periodístico de 03 de marzo de 2020²⁷ informa que en Grecia se ha desmantelado una de las mayores redes internacionales de tráfico de óvulos, de vientres y de bebés. Este artículo informa de que en Grecia existen 60 clínicas de reproducción asistida para un país que tiene unos 11 millones de habitantes. Grecia sería un país que los ciudadanos de España así como sus representantes políticos deberían observar y estudiar para comprobar la realidad de la gestación por sustitución y el negocio de la explotación de mujeres y niños que conlleva el mercado de las madres de alquiler.

1.6.5 India

India era otro país donde la gestación por sustitución comercial estaba permitida desde el año 2005 para los ciudadanos extranjeros. En distintos medios de comunicación se le llegó a nombrar como “la fábrica de bebés del mundo”.

Un artículo periodístico informa que la gestación por sustitución en India supone más de 138 millones de dólares.²⁸

El gobierno de India informó a finales de octubre del 2015 que la gestación por sustitución se limitaría a matrimonios indios infértiles y no a extranjeros. Esta decisión la tomó el gobierno a raíz de una iniciativa legislativa popular presentada por la letrada Jayshree Wad que manifestaba que al introducirse en este contrato una base comercial, los intermediarios se benefician y las mujeres son explotadas. Anteriormente, aunque el coste rondaba los 30.000 euros, las mujeres gestantes sólo percibían unos 5.000 euros. Finalmente, el 21 de noviembre del 2016 se aprobó la citada ley y actualmente la gestación por sustitución es altruista y dirigida exclusivamente a matrimonios heterosexuales con problemas de fertilidad residentes en India.

1.6.6 Rusia

Otro de los países donde se realiza la gestación por sustitución comercial es en Rusia. Existe una ley que permite a “padres intencionales extranjeros” acceder a la gestación por sustitución. Rusia sólo permite acceder a este contrato a parejas heterosexuales casadas o no y a mujeres solteras que no

25 <https://babygest.com/es/grecia/> Consultada el 14/05/2020

26 EMAKUNDE. Instituto Vasco de la mujer. (2017) ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final. p.33

27 https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-03-03/grecia-gestacion-subrogada_2479332/ Consultada el 14/05/2020

28 <https://www.publico.es/sociedad/vientres-alquiler-india-abstenerse-extranjeros.html> Consultado el 15/05/2020.

pueden llevar un embarazo a término. La mujer comitente debe demostrar su imposibilidad de quedarse embarazada o hacerlo sin que entrañe riesgo para su vida o la del bebé.

La gestante nunca aportará su óvulo. “Las mujeres solteras deberán aportar su óvulo, no se admiten donantes. Es necesaria la renuncia de la madre gestante de todos sus derechos de filiación respecto al hijo, si no lo hiciera, la mujer gestante podrá quedarse con el niño.”²⁹ Tras el nacimiento del niño, la madre gestante otorgará su autorización para que los promotores se inscriban en el Registro civil como padres del nacido.

En el certificado de nacimiento aparecen “los padres de intención” como padres biológicos del niño, sin mención de la madre gestante.

Existe información en páginas web de agencias que trabajan en Rusia³⁰ y que recomiendan no transferir al útero más de tres embriones. Aquí comprobamos como intentan conseguir que se lleve a término un embarazo a costa de la salud de la madre, ya que un parto múltiple tiene más riesgos para su salud. La gestación por sustitución es un negocio económico y como tal, el empresario intenta obtener el producto a costa de la materia prima. En Rusia cuesta de 60.000 euros a 80.000 euros.

1.6.7 Ucrania

Habiendo cerrado India sus puertas a la gestación por sustitución comercial, se puede afirmar que Ucrania es la nueva fábrica de bebés de Europa y parte “del extranjero”. Además, observando los informativos y los periódicos se puede llegar a la conclusión de que Ucrania es uno de los países favoritos de España para hacer turismo reproductivo. En Ucrania se practica la gestación por sustitución comercial.

Actualmente en Ucrania para acceder a la gestación por sustitución se deben reunir una serie de requisitos; - Debe ser una pareja heterosexual casada. -Al menos el padre deberá aportar su material genético, siendo preferible que lo aporten los dos. -La madre de intención debe de aportar un certificado médico que acredite la imposibilidad de llevar a cabo un embarazo. En Ucrania existe la donación de óvulos y la donante será anónima. Permiten elegir el sexo del bebé sin que exista una razón médica para ello. Si utilizan material genético de donantes, la parte comitente serán los padres legales desde el momento en que el embrión es creado. Y también se considera que el niño es hijo de los padres biológicos desde que es concebido. Tras el nacimiento se entrega a la parte comitente un certificado de nacimiento a nombre del padre biológico y de la gestante y un documento donde

29 EMAKUNDE. Instituto vasco de la mujer. 2017. ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?. Informe final. p. 25.

30 <http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>

consta la renuncia de la gestante de los derechos que tiene como madre. En Ucrania la madre gestante tiene prohibido reclamar la maternidad. El precio está entre 26.000 euros y 60.000 euros aproximadamente.³¹

1.6.8 Estados Unidos

Habiendo leído la distinta información que ofrecen las agencias de gestación por sustitución he llegado a la conclusión que el país que se publicita como el más seguro para llevar a cabo este contrato es Estados Unidos. Estados Unidos es el país que tiene más experiencia con la gestación por sustitución. Existen determinados estados donde este contrato está permitido y cada Estado marca sus condiciones. El pasado mes de abril se legalizó la subrogación comercial reproductiva en Nueva York.³² Existen Estados donde no importa que la parte interesada en iniciar el contrato sea una pareja, una persona individual, ni su estado civil u orientación sexual. La madre gestante no puede aportar sus óvulos y es posible la donación de óvulos y espermatozoides. Se hace referencia a la privacidad de la sanidad y la obligación de contratar un seguro de vida para la gestante. Es posible seleccionar el sexo del bebé. Puesto que cada Estado tiene sus características particulares, por ejemplo en el Estado de California, la filiación se establece por una sentencia judicial que asigna la paternidad a “los padres intencionales”, antes del nacimiento, y existe la seguridad de que ni la gestante ni su marido tendrán ningún derecho sobre el niño. Es interesante remarcar que los niños que nacen en EE.UU. pueden optar a la nacionalidad estadounidense. El coste es de 100.000 a 160.000 euros.

Como se ha podido observar, la gestación por sustitución ha creado todo un mercado con múltiples intermediarios que se benefician gracias a esta práctica. Puesto que se ha creado un mercado ha entrado la ley de la oferta y la demanda y es por ello que, en el caso de España, la mayoría de las parejas que quieren conseguir un niño se decidan por Ucrania ya que es el país que ofrece este servicio con un coste más económico.

En cuanto a la modalidad altruista o comercial del contrato, siempre se fija una compensación económica por los gastos médicos y demás gastos que conlleva a la mujer llevar a cabo un embarazo. Por tanto, siempre resultará complicado el evitar que a través de esa compensación económica, la parte comitente aumente el importe de esa compensación para conseguir que mujeres que se encuentren en una situación económica difícil, acepten este tipo de contratos. Las personas

31 <https://babygest.com/es/ucrania/> Consultada el 04/05/2020

32 <https://tribunafeminista.elplural.com/2020/04/nueva-york-andrew-cuomo-usa-la-mortal-pandemia-como-excusa-para-legalizar-los-vientres-de-alquiler/> Consultada el 04/05/2020

que están a favor de la regulación del contrato de gestación subrogada dicen que así se evitarían casos de explotación, de existencia de granjas de mujeres, como estaba ocurriendo en India. Sin embargo, los países donde se practica la gestación por sustitución altruista, que está regulada y dispone de garantías para la madre se encuentran con el problema de la inexistencia de mujeres dispuestas a gestar para otras personas. Otro de los problemas que existen en estos países donde la gestación por sustitución está regulada es que existen criterios y requisitos tanto para la mujer como para la parte comitente. A la parte comitente se le realizan estudios similares a los solicitantes de adopción. La madre también tiene que cumplir unos requisitos más estrictos que en la gestación por sustitución comercial. También existe un motivo económico por el que estos ciudadanos se marchan a países donde la gestación por sustitución es comercial. A pesar de que en la modalidad altruista sólo existe la obligación al pago de una compensación económica, este importe puede ser mayor que el fijado en países como Ucrania que además las madres tienen la obligación dese que se inician los tratamientos médicos de renunciar a su hijo y no poder reclamarlo. Y es por ello que en estos países no existe prácticamente demanda nacional y sus ciudadanos se marchan a los países donde el contrato es oneroso.³³

Sin embargo, de lo citado anteriormente, llegamos a la conclusión que la gestación por sustitución es un contrato en el que se pacta la entrega de un producto final y ha generado un mercado que mueve millones de euros o dólares o la moneda que sea. Alrededor de la gestación por sustitución existen muchos intermediarios como farmacéuticas, personal sanitarios, personal jurídico y demás que se benefician de la explotación del cuerpo de las mujeres.

Este mercado se rige por la ley de la oferta y la demanda y el país más caro para adquirir un niño es Estados Unidos con un coste de 110.000 euros a 160.000 euros y los países más baratos son Ucrania y Georgia con un coste de 50.000 a 60.000 euros.

Desde hace unos años hemos podido tener conocimiento, a través de los medios de comunicación, que el país al que recurren los españoles es Ucrania. Por tanto, la regulación de la gestación por sustitución legitimaría un mercado de mujeres que estaría regido por la ley de la oferta y la

33 Vicandi Martínez, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ordás Alonso, Zoco Zabala, Cañizares Laso, OLIVA BLÁZQUEZ, Gómez Peral, Pérez Vallejo, Hermida Bellot, Domínguez Martínez, Castro Martín, Escobar Rivas, Varela Castro, Torres García, Senent Vidal, Cazorla González, TOLDRÁ, Cortada Cortijo, Sumoy Gete Alonso, García Rubio, Catalina Benavente, Sillero Crovetto, Farnós Amorós, Grau Pineda, GETE-ALONSO, Verdera Izquierdo, Rodríguez Marín, Obarrio Moreno, SOLÉ RESINA, Ammerman Yebra, García Goldar, Álvarez González, Sánchez Jordán, Pérez Rivas, Barrio Gallardo, Calzadilla Medina, Zubero Quintanilla, Martínez, Serna Meroño, Pizarro Moreno, Sánchez Hernández, Espiñeira Soto, Tamayo Haya, Padial Albás, MESA MARRERO, (2019). *Mujer, maternidad y Derecho*. Tirant Lo Blanch. Valencia. p. 619.

demanda. No importa que este contrato sea oneroso o gratuito. Como ya se está viendo, se produciría una mayor explotación de mujeres en los países con una situación económica desfavorable. Como manifiesta González Carrasco, *“la ausencia de precio no puede asegurar que la gestación por sustitución no acabe convirtiéndose en un negocio de mercantilización de los cuerpos de las mujeres”*³⁴

Debido a que la gestación por sustitución se ha convertido en un negocio multimillonario que mercantiliza el cuerpo de la mujer donde muchos intermediarios se están lucrando, no existe ninguna intención por parte de los poderes públicos en prohibir este negocio.

La gestación por sustitución no es una técnica de reproducción asistida ya que una mujer no es una técnica de reproducción asistida.

2. SOLUCIONES APLICABLES Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA. ADMISIÓN VERSUS PROHIBICIÓN

Uno de los problemas que dificulta detener el mercado que gira en torno a la gestación por sustitución es que no existe una prohibición internacional del citado contrato y existen países, como algunos de los citados anteriormente, en los que sí está permitido y por tanto regulado o sin regular, pero debido a las características del país, se permite la gestación por sustitución porque genera ingresos económicos al país en cuestión.

Otro problema en países como España donde este contrato está prohibido, es que siguen permitiendo que mediante las noticias de personajes famosos que han accedido a este contrato, se ofrezca una publicidad sobre un acto prohibido que ofrece una información sesgada, cuya intención es manipular y adoctrinar a la sociedad para que normalicen los contratos de gestación por sustitución y no sean capaces de identificar la violación de derechos humanos que están sufriendo tanto la madre como el niño. Este ejemplo lo podemos ver en la noticia que hace unos días apareció en distintos informativos donde informaban y emitían imágenes de una habitación de hotel en Ucrania con decenas de niños en sus cunas. Los distintos telediarios informaron que debido al cierre de fronteras por el Coronavirus, los padres de estos niños, todos ciudadanos extranjeros, no podían ir a recogerlos. En ningún momento los informativos dijeron que ese contrato está prohibido en España, tampoco hubo ninguna alusión a las madres de los niños que son las que los han parido. Los telediarios manipularon la información y en lugar de informar que esos ciudadanos extranjeros, que habían encargado un niño, habían realizado un acto prohibido en el ordenamiento jurídico

34 González Carrasco. M.C. (2017). Gestación por sustitución: ¿Regular o prohibir? Revista CESCO de Derecho de Consumo. N°22/2017. Estudios y Consultas. Publicaciones Jurídicas. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco> p. 121

español, les daban el papel de víctimas y como siempre señalando al gobierno de turno que les impide ir a por sus hijos o inscribirlos en el Registro civil español.³⁵

Como bien dispone la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la gestación por sustitución es un contrato donde una mujer se presta a gestar un bebé y entregar a su hijo a otras personas a cambio de un importe por ese servicio o de una compensación económica si el contrato no es oneroso. Y en España este contrato es nulo de pleno derecho conforme al artículo 10.1 de la citada ley.

Dado que vivimos en un mundo globalizado, la gestación por sustitución ha abierto un nuevo servicio con entrega de producto en el mercado y es muy común escuchar el término “turismo reproductivo”. Este turismo reproductivo es el que realizan los ciudadanos residentes en España para burlar la prohibición del citado contrato en nuestro ordenamiento jurídico y llevarlo a cabo en un país extranjero donde sí está permitido el contrato.

Aunque no se tienen datos de cuántos niños inscritos en el Registro civil de España han nacido por gestación por sustitución, en septiembre del 2016 el PSOE realizó esta consulta al gobierno y más de un año y pico más tarde, en 2017 el gobierno de España informó que entre los años 2010 y 2016 se habrían realizado 979 inscripciones de hijos nacidos por gestación por sustitución. El gobierno informó que los niños provienen de 12 países (Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, India, Nepal, México, Tailandia, Ucrania, Rusia, Grecia, Portugal y Sudáfrica) sin especificar cuántos son de cada país. Sin embargo esta cifra dista mucho de la proporcionada por las agencias de gestación por sustitución que la estiman en unos 800 a 1.000 niños cada año.³⁶

2.1 Iniciativas políticas para la admisión de la gestación por sustitución

El 17 de marzo de 2016, la cuestión sobre la gestión por sustitución se debatió por primera vez a nivel político en la Asamblea de Madrid donde se rechazó la proposición no de ley de Ciudadanos que pedía la regulación de la gestación por sustitución. En la votación PP y PSOE tuvieron discrepancias ya que tres diputados del PP votaron contra la posición de su partido que estaba a favor de la regulación, mientras que el PSOE que se posicionó contra la regulación al igual que Podemos, una de sus parlamentarias se abstuvo de votar.³⁷

35 Artículo periodístico que recoge la información sobre los niños nacidos por gestación subrogada en Ucrania y el cierre de fronteras debido al Coronavirus. <https://elpais.com/sociedad/2020-05-15/bebes-varados-en-ucrania-la-pandemia-pone-en-cuarentena-el-negocio-de-los-vientres-de-alquiler.html>

36 https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html Consultada el 07/05/2020.

37 <https://www.elmundo.es/madrid/2016/03/17/56ea940a46163f48278b4607.html> Consultada el 04/05/2020

El 8 de septiembre de 2017 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales una Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos.

Ciudadanos fundamentaba la legalización de la gestación por sustitución en la libertad y autonomía que tienen las personas para decidir sobre su capacidad reproductiva. Esta proposición de ley dispone el derecho de la parte comitente a gestar por intermediación de otra y también defienden la gestación por sustitución para garantizar que no se extinga la especie humana.

En el artículo 3 a) ya dispone que una mujer acepta ser la gestante y dar a luz a los hijos de otras personas. Aquí observamos como la mujer pasa de ser un ser humano a ser la gestante y se dispone que el hijo o hijos que de a luz no serán suyos.

El artículo 5.1 y 5.2 dispone que no tendrá carácter lucrativo o comercial sin embargo se recoge que la madre gestante podrá recibir una compensación económica para cubrir gastos. En el artículo 5.5 ponen de manifiesto que un embarazo pone en peligro la vida de la mujer y puede tener consecuencias médicas.

El artículo 7.4 dispone que serán centros públicos habilitados por las Comunidades autónomas quienes realizarán las averiguaciones médicas y triaje de la mujer gestante.

El artículo 11.2 dispone que no se establecerá vínculo de filiación entre la madre gestante y el niño y en el Registro civil no figurará que ese nacimiento fue por gestación por sustitución.

Los artículos 17 a 19 disponen las características de los centros sanitarios donde se llevarían a cabo la gestación por sustitución y en ningún momento dispone que será la sanidad pública la encargada.

Por tanto, esta ley utiliza a la mujer como un mero recipiente, un horno donde se gesta una vida.

Habría que pensar si la sanidad pública debería encargarse de este contrato.

A continuación analizaré los artículos citados anteriormente.

2.2 ¿Existe el derecho a procrear?

Esta proposición de ley indica que la persona tiene derecho a la reproducción y por ello existe el derecho a optar por la gestación por subrogación. Que las personas tienen el derecho de utilizar a la mujer para reproducirse a través de ella. Y lo fundamentan en que la gestación por sustitución en España se ve con normalidad y que es una práctica extendida en España y por ello no hay que prohibirla sino todo lo contrario, hay que admitirla y regularla. La define como una alternativa para acceder a la maternidad o paternidad. Y lo compara con el matrimonio entre personas del mismo sexo o incluso con una adopción internacional aludiendo a una interpretación evolutiva de la Constitución.

Las personas que defienden la legalización de la gestación por sustitución exponen que existen personas que desean ser padres y no pueden conseguirlo de manera natural y debido a los avances científicos conseguidos a nivel reproductivo exigen poder acceder a esos medios para cumplir su deseo.

Estas personas alegan que existe un derecho a la reproducción fundamentado en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este artículo dispone que “ *Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*” y el segundo punto dispone “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*”. También fundamentan su deseo a tener hijos en los artículos 8 y 12 en relación con la protección para evitar la violación de sus derechos fundamentales y la protección de la vida privada y familiar de las personas. Estos artículos los complementan con los artículos 1.1(igualdad y libertad) y 10.1 de la Constitución (libre desarrollo de la personalidad). Entienden que el derecho de tener hijos entra dentro del libre desarrollo de la personalidad. Además fundamentan en el artículo 17.1 de la Constitución la libertad de decisión que dispone una mujer de gestar para otros. La libertad que tiene la mujer para disponer de su cuerpo y de su capacidad reproductora. Estas personas defensoras de la gestación por sustitución manifiestan que las personas que están en contra de este contrato recortan la libertad de las mujeres y aumenta una excesiva protección hacia ellas privándolas de esa libertad.

Como indica Estellés Peralta, “*Este sector doctrinal mantiene que las personas tienen un verdadero derecho a la reproducción con fundamento constitucional, basado en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y en la dignidad de la persona – de los progenitores- como expresión del reconocimiento de sus derechos y del libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE).* Estas personas manifiestan que el derecho a la reproducción es la libertad que disponen para poder llevar a cabo su proyecto de vida y los poderes públicos no pueden imponer impedimento ni limitación alguna, cada persona decidirá si desea tener hijos o no. Como se observa de los anteriores artículos citados y como manifiesta Regalado Torres, el derecho a procrear “*tampoco está reconocido de forma expresa*”³⁸.

38 Regalado Torres, M.D., (2016). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. Femeris, Vol.2, No. 2, pp. 10-34. <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756> <http://www.uc3m.es/femeris> p. 14.

El Convenio europeo para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, en sus artículos 12 y 8 también se recoge el derecho a fundar una familia y la protección de su vida privada y familiar.

Lamm manifiesta que *“Este derecho a la reproducción estaría basado en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1.º CE) y en la dignidad de la persona —en este caso, del comitente— como expresión del reconocimiento de sus derechos y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1.º CE). Por tanto, el derecho a la reproducción, como derecho fundamental, es un derecho que posee la persona por el hecho mismo de ser persona, por su propia naturaleza y dignidad; derecho que le es inherente, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, ha de ser por ésta consagrado y garantizado”*³⁹.

En la Constitución no se recoge ese derecho a tener hijos o a ser padre o madre. En el artículo 39.2 de la Constitución se recoge un derecho a la protección integral de los hijos y en el 39.3 la obligación de los padres de prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio.

El artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio. Este artículo integra a las parejas homosexuales en el derecho a fundar una familia. Como Ortega Lozano manifiesta, *“ No existe un derecho legal ni moral a concebir un hijo”* y a continuación sigue *“en la medida que ciertos avances científicos lo permitan, asistir a personas que no pueden tener hijos”*⁴⁰ En cuanto a este último apunte, según mi opinión, no todo lo que permitan los avances científicos podrá llevarse a cabo. Y por ello en la legislación española está prohibido el contrato de gestación por sustitución igual que otras prácticas científicas, como la clonación de seres humanos, que atentan contra los derechos fundamentales.

Respecto a esta cuestión, estoy de acuerdo con lo manifestado por Godoy Vázquez *“no cabe entender que la regulación de las técnicas de reproducción asistida haya configurado un derecho a la procreación cuyo ejercicio pueda ser exigible a los Estados.”*⁴¹ Hay que diferenciar el derecho al acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA) con el derecho a la procreación.

39 Lamm, E. Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Publicacions i edicions. Universitat de Barcelona. ISBN 978-84-475-3773-o. p. 66.

40 Ortega Lozano, R., (2018). Gestación subrogada: aspectos éticos. ILEMATA, Revista internacional de Éticas Aplicadas, nº28, 63-74. ISSN 1989-7022. 21-07-2018 p. 71

41 Godoy González, M.O. (2018). La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo. M. Olaya Godoy Vázquez. Anuario de la Facultad de Derecho de la Uex, n.º 34. ISSN 0213-988X. p. 112.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo en su artículo segundo define la salud reproductiva como la libertad de tener hijos y de cuándo tenerlos. Esta libertad de decisión no significa que exista un derecho a exigir a los poderes públicos que pongan todos los medios necesarios para que se haga efectivo el deseo de reproducción ya que no es una necesidad vital para la persona y no pueden existir derechos absolutos. Si existiera un derecho a la reproducción y por ello un derecho a tener hijos, como indica Lamm, el Estado estaría obligado a proporcionarlos y para ello se debería obligar a las mujeres para que gestaran a demanda de los solicitantes. Y como indica el preámbulo de la citada ley orgánica *“para las mujeres, el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos. “*

Como indica Salazar Benítez *“aún cuando pudiéramos deducir un derecho a la procreación derivado del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en ningún caso habría que considerarlo como un derecho absoluto, sino que estaría sometido a los límites que justamente marca el mismo artículo, el 10.1 CE, como fundamentos éticos de nuestro sistema constitucional”*⁴². Las personas que piensan que existe el derecho a procrear no tienen en cuenta que los derechos tienen límites y estos límites se encuentran en la libertad y en el respeto de los derechos de las otras personas. Este contrato de gestación, además de violar los derechos fundamentales de las mujeres y de los niños está a disposición de cierto sector de la sociedad que tenga una determinada capacidad económica para hacer frente al pago de los miles de euros que tienen que pagar para que les sea entregado un niño.

Al igual que no se admite la comercialización de ciertos órganos ni la donación altruista aún existiendo una aceptación entre ambas partes, lo mismo debe de suceder en la gestación por sustitución. Se debe de abolir esta práctica y para ello es necesaria un acuerdo internacional para que prohíba esta explotación del cuerpo de la mujer. También debe de existir una educación hacia la ciudadanía, ya que actualmente se está produciendo una educación en sentido contrario, para que la sociedad acepte y admita la gestación por sustitución.

Como indica Marrades *“Y la libertad de procrear implica a su vez la decisión de concebir, gestar y parir un hijo/a (o no hacerlo), pero no implica ni «encargarlo», ni gestarlo para otra persona o*

⁴² Salazar Benítez, O. (2018). La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos. Madrid, Dykinson. p. 90

*personas porque eso es simplemente ceder temporalmente el propio cuerpo durante el tiempo que dure la gestación de un ser humano”.*⁴³

El Comité de Bioética de España en su informe de 19 de mayo de 2017 rechaza la gestación por sustitución ya que *“el deseo de tener un hijo no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas y el contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio”.*⁴⁴

Hay hechos que son muy importantes tenerlos en cuenta y nombrarlos para comprender el uso y explotación al que se somete el cuerpo de la mujer. *“La gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes. “La mujer gestante guarda en su cuerpo memoria de cada embarazo, especialmente porque incorpora células madre procedentes de la sangre de aquellos que ha gestado” “El profundo impacto del embarazo sobre la arquitectura cerebral es duradero y proporciona un apoyo preliminar para el proceso adaptativo que sirve la transición a la maternidad. “*⁴⁵ En la mayoría de países como Ucrania, que es el país que abastece a España de niños, la madre no puede estar ni un momento con su hijo, son inmediatamente separados.

Por tanto, sí existe la libertad de procreación que forma parte del desarrollo de la personalidad y es definida como la decisión de tener hijos o no y decidir entre la procreación biológica o la adopción dentro del marco legislativo y con respeto a los derechos y libertades fundamentales.

No existe un derecho a la procreación y hay que tener presente que los derechos no son ilimitados ni absolutos ya que si fueran absolutos no podríamos decir que forman parte de un Estado democrático y de Derecho, sino que sería un Estado dictatorial.

2.3. ¿Existe desigualdad en el acceso a las técnicas de reproducción asistida?

La ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida, como indica Tamayo Haya *“supuso un avance fundamental en la evolución de la posición jurídica de la mujer en el ámbito del Derecho de familia”* ya que *“los grupos de mujeres que tradicionalmente quedaban fuera del mandato maternal: infértiles, solteras y lesbianas, son ahora integradas en una lógica que*

43 Marrades Puig, A., (2017). La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: Una cuestión de derechos. Ana Marrades Puig. Estudios de Deusto. Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 65/1, Enero-Junio 2017, págs. 219-241. <http://www.revista-estudios.deusto.es/> p. 232-14.

44 López y López, et al (2017). Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Bilbao. Págs. 12-13 Informe del Comité de Bioética de España de 19 de mayo de 2017. p. 87.

45 López y López, et al (2017). Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Bilbao. Págs. 12-13 Informe del Comité de Bioética de España de 19 de mayo de 2017. pp. 12, 13 y 14.

igualda mujer y maternidad”⁴⁶. Que mujeres solteras, independientemente de su orientación sexual, pudieran acceder a las TRA fue debido a los avances científicos y el avance hacia una sociedad con menos perjuicios morales influenciados por creencias religiosas.

Godoy Vázquez indica que existe una desigualdad entre las personas que pueden procrear por vía natural con respecto a las que no pueden y por ello estas últimas tienen derecho a beneficiarse del acceso a las TRA.⁴⁷ Nuestra legislación así lo recoge y actúa, ya que en el artículo 2.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida se enumeran esas TRA.

Lam indica que la LTRHA recoge el derecho que toda mujer mayor de 18 años dispone de ser receptora y usuaria de las TRHA y que aunque no es lo mismo recurrir a la donación de semen para ser madre que a la gestación por sustitución, *“si se permite la maternidad de mujer sola, constituiría una discriminación para el varón no permitirle a él acceder a la paternidad en solitario, que, hasta el momento, sólo es posible a través de la adopción y de la figura de la gestación por sustitución.”* Y aunque sea por diferentes medios para llegar al resultado, el hombre debe de tener también ese derecho para ser padre aunque sea por gestación por sustitución.⁴⁸

No se puede alegar que existe discriminación y desigualdad entre hombres y mujeres en relación a su acceso a la reproducción debido a sus diferencias biológicas. Los hombres no pueden gestar ni parir y ello no es ninguna discriminación ni desigualdad, es una cuestión biológica.

Godoy González indica que *“el recurso a la gestación subrogada podría sustentarse sobre la base del derecho a beneficiarse de los avances científicos en materia reproductiva en términos de igualdad”* y que *“el ordenamiento jurídico español resulta contradictorio puesto que defiende el derecho de todas las mujeres a acceder a la maternidad en igualdad, admite la donación heteróloga de gametos y embriones pero rechaza la gestación por sustitución”*⁴⁹.

Godoy González se refiere a aquellas mujeres que no pueden gestar y la única opción que les queda es la gestación por sustitución. Yo pienso que no supone una discriminación el no tener acceso a la gestación por sustitución ya que conforme lo dispuesto en el artículo citado anteriormente, la gestación por sustitución no es una técnica de reproducción asistida porque en la gestación por sustitución se utiliza a la mujer como un recipiente para que gaste un niño y deba entregarlo a una tercera persona. Una mujer no puede ser una técnica de reproducción asistida. Además, en la

46 Vicandi Martínez et al. (2019) Mujer, maternidad y Derecho. Tirant Lo Blanch. 2019. Valencia. p. 338 y 342.

47 Godoy Vázquez, M.O., (2018). La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo. Anuario de la Facultad de Derecho de la Uex, n.º 34 (2018). ISSN 0213-988X. p. 112

48 Lamm, E., Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Publicacions i edicions. Universitat de Barcelona. ISBN 978-84-475-3773-o. p. 67.

49 Godoy Vázquez, M.O., (2018). La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo. Anuario de la Facultad de Derecho de la Uex, n.º 34 (2018). ISSN 0213-988X. p. 113.

gestación por sustitución, la mujer gestante no está ejerciendo su derecho al libre desarrollo de la personalidad ya que no está gestando para ella sino que debería renunciar a todos los derechos que le corresponden como madre respecto de su hijo para entregarlo a un tercero. No se puede defender que la mujer que gesta en este contrato está ejerciendo su derecho a decidir tener hijos ya que debe renunciar a sus derechos como progenitora. El derecho que tienen las personas para decidir sobre su capacidad reproductiva es en relación a su proyecto de vida. Una mujer tiene derecho a decidir si quiere ser madre o no. El contrato de gestación por sustitución arrebató los derechos de filiación a la madre conforme lo dispuesto en el artículo 11.2 de la proposición de ley.

Como hemos analizado anteriormente, el deseo de tener hijos y la libertad de tenerlos, no significa el derecho a tenerlos y a exigir a los poderes públicos que dispongan de todos los medios al alcance para llevarlo a cabo aún cuando se tengan que violar derechos fundamentales de otras personas para satisfacer ese deseo. El contrato de gestación por sustitución utiliza el cuerpo de la mujer, pone en peligro su vida por el simple hecho de satisfacer un deseo de determinadas personas que pueden pagar para verlo satisfecho.

El contrato de gestación por sustitución vulnera la dignidad de la mujer al convertirla en un mero instrumento para gestar un ser humano del que deberá renunciar a todos sus derechos de filiación. Ella no está llevando a cabo el desarrollo de su personalidad ni está ejerciendo su libertad ya que el hijo que gesta, cuando nazca, no tendrá ningún derecho de filiación con respecto a él.

2.4. Autonomía reproductiva de las mujeres. El consentimiento en el contrato de gestación por sustitución

El artículo 10.1 de la Constitución española dispone los fundamentos y límites de la libertad individual. Los fundamentos serían la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad. Los límites serían el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

La regulación del libre desarrollo de la sexualidad de la mujer y la libertad para controlar la capacidad reproductiva como recoge la ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, es para la propia mujer.

El artículo 16.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 dispone que “*Los Estados Partes*

adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, a la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.” Este artículo dispone que las personas podrán decidir si quieren tener hijos o no. Pero no significa que exista un derecho a tener hijos.

El Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas, celebrado en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995 define la salud reproductiva como *“la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”*. También indica que los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos como el derecho a reconocer a todas las personas el decidir el número de hijos que quieren tener así como el intervalo entre sus nacimientos teniendo en cuenta las obligaciones con respecto a esos hijos. Por tanto, no existe un derecho absoluto a procrear, significa que las personas necesitan acceder a una planificación familiar y una educación sexual. Se puede hablar de derecho a la salud sexual y para ello deben de ponerse las técnicas de reproducción asistida al servicio de las personas que tengan dificultad para poder tener hijos biológicos así como las técnicas y medicación para las personas que no quieran tenerlos, pero no existe un derecho a tener hijos y la gestación por sustitución no es una TRHA ya que un ser humano, en este caso, una mujer no puede ser una técnica de reproducción asistida.

En la gestación por sustitución, la mujer se queda embarazada no para crear un proyecto de vida propio sino para entregar a ese hijo a otras personas, en muchos países, como en la proposición de ley, no figurará el nombre de la madre en el certificado de nacimiento.

Las personas que están a favor de la legalización de la gestación por sustitución manifiestan que las personas que están en contra es por causas ideológicas relacionadas con creencias religiosas. Es cierto que ante este debate, la iglesia católica está en contra de este contrato pero también condena la interrupción del embarazo mientras que el movimiento feminista está a favor del aborto y en contra de la gestación por sustitución ya que defiende el desarrollo de la sexualidad y capacidad de procreación de las mujeres para poder realizar su proyecto de vida.

Es necesario remarcar que en la actualidad el movimiento feminista vive una situación complicada relacionada con la cuestión de género. Como ya indiqué al inicio de mi trabajo, el género es un

concepto creado y alimentado por la sociedad. Dentro de la cuestión de género, la sociedad, y en concreto, los poderes del Estado, determinan qué roles y características deben componer ese determinado concepto de género para que continúe beneficiando a la sociedad patriarcal.⁵⁰ Es por ello que la gestación por sustitución ha dividido a cierta parte de la sociedad y actualmente hay mujeres que se denominan feministas y piensan que la gestación por sustitución es un triunfo más para que la mujer disponga de más autonomía y libertad ya que piensan que la gestación por sustitución es una práctica donde la mujer ejerce su capacidad y libertad de decisión sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva.

En España existen varias asociaciones que defiende la legalización de la gestación por sustitución, una de ellas se llama “Son nuestros hijos”. Lo primero que se lee cuando se accede a su página web es la frase “Nosotras parimos, nosotras decidimos”⁵¹. Esta frase es uno de los lemas feministas para reivindicar el derecho al aborto. Hacen referencia al artículo 10.1 de la Constitución para manifestar que las mujeres son libres para decidir qué hacer con su cuerpo y así desarrollar libremente su personalidad.

Con esta declaración de que las mujeres que se prestan a gestar para otros están ejerciendo su derecho a decidir y poniendo de manifiesto su autonomía, en realidad lo que están defendiendo es el derecho a explotar el cuerpo de las mujeres, al igual que en la prostitución.

En el artículo 14 de la ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se reconoce el derecho de la mujer a interrumpir su embarazo dentro de las primeras catorce semanas. Es en este artículo donde se pone de manifiesto la lucha de las mujeres por conseguir el derecho a decidir, el derecho al desarrollo de la sexualidad y capacidad de procreación. En la gestación por sustitución, una vez que han iniciado los tratamientos médicos para que la madre gestante quede embarazada, desde ese momento ya no tiene la capacidad de decidir. Por ello, que estas personas que violan los derechos de las mujeres por satisfacer un deseo utilicen el lema principal del feminismo es indignante.

Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo no existió el derecho al aborto como derecho por el que la mujer podía controlar su capacidad reproductiva y desarrollar libremente su sexualidad ya que la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417

50 “l’action des femmes n’a jamais été qu’une agitation symbolique; elles n’ont gagné que ce que les hommes ont bien voulu leur concéder; elles n’ont rien pris: elles ont reçu”. Cf. deuxième partie, 5. Simone de Beauvoir. *Le deuxième sexe*, I. Gallimard. 2016. p. 21.

51 <http://www.sonnuestroshijos.com/> Consultada el 20/05/2020

bis del Código Penal introducía una reforma para despenalizar el aborto en determinados supuestos, pero estos supuestos no reconocían un derecho real de la mujer para dirigir su capacidad de procreación y desarrollo de la sexualidad. Era a través del supuesto de peligro para la salud psíquica de la mujer por donde se fundamentaban los abortos voluntarios.

En el año 2014, el entonces ministro de Justicia Ruiz Gallardón, presentó el anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada. Esta ley tenía la intención de volver a limitar la libertad y dignidad de la mujer pero prohibiéndolo totalmente ya que únicamente estaba permitido en el caso de que el feto tuviera anomalías incompatibles con la vida, si existía un riesgo vital para la mujer que fuera imposible de evitar y que el embarazo se hubiera producido por una violación. Es en este último punto donde se observa la ideología machista y contraria a los derechos fundamentales de la mujer de esta ley. Esta nueva redacción no está protegiendo al feto sino que está castigando y oponiéndose al libre desarrollo de la sexualidad de la mujer, al igual que la regulación anterior a la actual ley orgánica 2/2010 de 3 de marzo. Si una mujer ha sido violada, dentro de las doce primeras semanas de gestación puede abortar, pero si se ha quedado embarazada por desarrollar libremente su sexualidad no puede abortar. Gracias a la lucha de muchas mujeres y las manifestaciones llevadas a cabo durante muchos meses, este anteproyecto nunca se aprobó.

Otra parte de la sociedad está en contra de la legalización de la gestación por sustitución liderado por el movimiento feminista donde hay distintos grupos y movimientos muy comprometidos por la abolición de la gestación como la plataforma “no somos vasijas”⁵² y “la red estatal contra el alquiler de vientres”⁵³ a través de las redes y de los medios de comunicación, cuando lo permiten, intentan dar una información global y no sesgada y dulcificada de la gestación por sustitución.

Los partidos políticos también están divididos por su posicionamiento frente al contrato de gestación por sustitución. Ciudadanos presentó la proposición de ley, estudiada anteriormente. El Partido Popular tiene una postura no delimitada, ya que como se ha indicado en párrafos anteriores, tienen diversidad de opiniones así como en Podemos. El PSOE es el partido que ha demostrado más claridad en cuanto a su oposición desde que se iniciaron los debates respecto a la legalización de la gestación por sustitución. VOX se ha posicionado en contra fundamentando esta oposición en el rechazo a “los dictados de la ideología de género que propician el uso de las nuevas tecnologías

52 <https://www.nosomosvasijas.eu/>

53 <http://www.noalquilesvientres.com/>

reproductivas en el contexto de los llamados “derechos sexuales y reproductivos””.⁵⁴ Sin embargo VOX está contra el desarrollo de la sexualidad y capacidad de procreación de las mujeres para poder realizar su proyecto de vida ya que se declara contrario a la actual regulación de la interrupción del embarazo.

El movimiento feminista y los movimientos citados anteriormente formados por una parte de la sociedad entienden que la gestación por sustitución es una explotación de la mujer y la equiparan con la prostitución. Yo estoy de acuerdo con esta conclusión, ya que tanto en la prostitución como en la gestación por sustitución los individuos se benefician del cuerpo de la mujer, en la prostitución de su sexo y en la gestación por sustitución de su útero. También se comercializa el cuerpo de la mujer en ambos supuestos, en uno la sexualidad y en el otro la reproducción. Y en ambos casos existe un mercado internacional que mueve millones de euros, dólares... con muchos intermediarios que se benefician de la explotación de estas mujeres.

La actual regulación del aborto garantiza la autonomía reproductiva de las mujeres y el libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la Constitución reconoce el derecho a decidir siempre con respeto a la ley y a los derechos de los demás. Sin embargo, una mujer que consiente en gestar para otros está renunciando a esa autonomía en favor de otras personas. La mujer que gesta en estos contratos está prestando temporalmente su cuerpo y poniendo en riesgo su integridad física y psíquica para que unas personas vean satisfecho un deseo. Desde el momento que firma el contrato ella ya no decidirá sobre su embarazo ni su persona.

El artículo 6 de la proposición de ley para la legalización de la gestación por sustitución propuesta por Ciudadanos, indica que todas las mujeres mayores de 18 años y que reúnan los requisitos determinados tienen derecho a gestar, mediante el contrato de gestación por sustitución, hijos para otras personas. En el segundo punto indica que esa ley no deroga los derechos recogidos en la ley orgánica 2/2010 de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Y el artículo 11.2 de la proposición de ley dispone que no se establecerá vínculo de filiación entre la madre gestante y el niño y en el Registro civil no figurará que ese nacimiento fue por gestación por sustitución.

En esta proposición observamos que a la mujer que gesta se le denomina mujer gestante por subrogación. Anteriormente ya he argumentado el motivo de la inadecuación de denominar subrogación a esta práctica, incluida a la mujer. En ningún momento se relaciona la maternidad con

54 <https://www.facebook.com/vox.espana/photos/a.467633076675452/792929194145837/?type=3&theater> // https://www.youtube.com/watch?time_continue=3&v=CGRs3raT6iA&feature=emb_title Consultados el 4/6/2020.

la mujer que gesta. En esta proposición existe una voluntad expresa de convertir a la mujer en un artilugio para gestar niños. Se dispone que en ningún momento se establecerá vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño.

Este artículo es contrario al orden público ya que “mater certa est” . Por tanto este artículo es contrario a la legislación relativa a la filiación y por lo tanto al orden público. Además, se está vulnerando un derecho fundamental del menor a conocer sus orígenes conforme lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 *“los Estados partes se comprometen a preservar su identidad. El niño tiene derecho a conocer sus orígenes.”*

En 1989 el Comité de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas constituido en el seno del Consejo de Europa (CAHBI), publicó una serie de principios relativos a las madres de sustitución donde se prohibía utilizar las técnicas de reproducción asistida para concebir un niño a través de una madre de alquiler. También prohibía las actividades y publicidad realizadas por los intermediarios para llevar a cabo este contrato. Existía una excepción para llevar a cabo la gestación por sustitución y era que la madre no percibiera ninguna compensación económica y que cuando se producía el nacimiento, la madre podría decidir quedarse con el niño.⁵⁵

Y conforme lo dispuesto el artículo 8.1 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 *“los Estados partes se comprometen a preservar su identidad. El niño tiene derecho a conocer sus orígenes.”*. En muchos países, como por ejemplo Estados Unidos o Portugal, se borra la figura de la madre lo que atenta contra este derecho del niño a conocer de sus orígenes.

En esta proposición de ley al indicar que no se derogan ninguno de los derechos recogidos en la ley orgánica 2/2010, está dando a entender que la mujer tendrá derecho a interrumpir su embarazo en el plazo establecido. Este derecho que posee la madre provocará que la parte comitente prefiera acudir a países con la modalidad comercial para conseguir los niños. Por tanto, la regulación en nuestro país no reduciría la explotación de mujeres en el extranjero.

55 Affaire Mennesson c. Francia. Requête n.º 65192/11). 26/09/2014.“1. Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d’un enfant qui sera porté par une mère de substitution. 2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit. 3. Toute activité d’intermédiaire à l’intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative. 4. Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe, qu’un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d’une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition: a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l’opération; et b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l’enfant.» p. 16.

El artículo 5 recoge el carácter no lucrativo del contrato de gestación por sustitución e indica que existirá una compensación económica.

En cuanto al contrato de gestación por sustitución altruista, conviene remarcar que siempre existe una compensación económica que recibirá la madre por los distintos gastos ocasionados a causa del embarazo. En países como España, las personas que están a favor de la legalización de la gestación por sustitución reclaman un contrato altruista y manifiestan que de esta forma las mujeres no serán explotadas. Sin embargo este argumento no tiene sustento ya que se ha podido comprobar en los distintos países que las mujeres que se ofrecen para gestar se encuentran en peor situación económica que la parte comitente, que las mujeres que se ofrecen a gestar de manera altruista son muy pocas. Estoy de acuerdo con Lara Aguado cuando indica que a la mujer no se le explota por pagarle un determinado importe por los servicios prestado sino porque la inmensa mayoría de estas mujeres se encuentran en una situación de necesidad económica y se ven avocadas a alquilar su cuerpo y entregar a su hijo para poder cubrir sus necesidades vitales económicas. La compensación económica, aunque en determinados países como Inglaterra está fijada por ley, es complicado controlar cuánto dinero se le puede entregar a la mujer por prestarse a alquilar su cuerpo.

Si la gestación por sustitución altruista fuera la norma general en todos los países donde se practica este contrato, las redes de trata de personas obtendrían más beneficios así como sus intermediarios (abogados, sanitarios..)

Lo más importante no es la gratuidad u onerosidad del contrato. Que el contrato sea altruista no va a poner fin a la mercantilización del cuerpo de la mujer, en este caso, de las mujeres con malas situaciones económicas. Se puede observar la compensación económica que existe actualmente en las donaciones de óvulos y espermias para comprobar que son jóvenes con pocos recursos económicos los que se prestan a ello, sobre todo en la donación de óvulos. Con permitir la gestación por sustitución altruista estaríamos permitiendo que las mujeres jóvenes con una situación económica precaria, en los mejores años de su vida, estuvieran alquilando su cuerpo para recibir un importe mínimo de dinero y tener que conformarse a subsistir con ello.

Es cierto que pudieran existir mujeres que sí accedieran a gestar para otros. Se ha comprobado a través de la regulación de la gestación por sustitución altruista en determinados países, que estos casos son prácticamente inexistentes y que los ciudadanos de esos países donde la gestación para otros es altruista y está regulada, se marchan a países donde la modalidad es comercial para ver cumplido su deseo. Por ello no se puede regular y admitir una práctica que esclaviza a las mujeres que sufren situaciones económicas vulnerables y su única opción para salir de ellas es vender su cuerpo y someterse a otras personas para que la usen a cambio de un dinero.

Para comprobar que estas mujeres pierden su autonomía reproductiva es suficiente con conocer el contenido del contrato de gestación por sustitución que firman las partes.

Algunas cláusulas del contrato de gestación por sustitución en California son las siguientes;

“– Nunca se utilizará la palabra “madre” para referirse a la mujer gestante.

- La mujer deberá someterse a muchas pruebas médicas y test psicológicos.

- La parte comitente dirige casi todos los detalles de la mujer hasta el momento del nacimiento y entrega del niño.

- La mayoría de los contratos controlan explícitamente la alimentación, el ejercicio, las condiciones de vida, los desplazamientos y actividades de la mujer. Algunas personas que forman la parte comitente no permiten a la mujer que se tiña su cabello.

- Todos los datos médicos de la mujer están a disposición de la parte comitente. Para ello la mujer debe firmar un escrito renunciando al privilegio de la confidencialidad de sus datos médicos y también autoriza a la parte comitente para que en un futuro puedan acceder a sus informaciones sobre tratamientos psicológicos relativos a su salud mental y renuncia al secreto médico profesional para que la parte comitente pueda acceder a la información médica relativa a su embarazo.

- La mujer se compromete a no tener relaciones sexuales con otra persona que no sea su marido desde el inicio del tratamiento, sin perjuicio de un acuerdo de la mujer de abstenerse de tener relaciones sexuales en cualquier período anterior a la transferencia del embrión o durante el embarazo.

- Desde que la mujer queda embarazada, la parte comitente dispone “a su antojo” de un plazo de 18 semanas para poder ordenar la interrupción del embarazo. Si al feto le detectaran alguna anomalía médica, la parte comitente podrá solicitar la interrupción del embarazo sin necesidad de justificación o explicación.

- La parte comitente dispone hasta la semana 20 de gestación de la posibilidad de ordenar un aborto selectivo para reducir el número de fetos ya que la parte comitente tiene el derecho exclusivo de determinar el número de fetos a reducir.

- Si la mujer está en su segundo o tercer trimestre de embarazo y fuera necesario un equipo médico para mantener con vida a la mujer y si la parte comitente lo solicita, la mujer y el marido están de acuerdo para mantener con vida a la mujer el tiempo suficiente para asegurar la viabilidad del feto. Una vez nacido el niño, el marido o algún familiar cercano de la mujer, podrán decidir cuándo desconectar a la mujer”.⁵⁶

56 Información obtenida del artículo periodístico “La vérité des grossesses à contrat : Les contrats de maternité de substitution ne protègent ni les mères porteuses ni leurs enfants”. <https://collectif-corp.com/2018/09/25/la-verite-des-grossesses-a-contrat-les-contrats-de-maternite-de-substitution-ne-protagent-ni-les-meres-porteuses-ni-leurs->

Leyendo las cláusulas del contrato de gestación por sustitución se puede comprobar que la mujer una vez firma el contrato está poniéndose a la completa disposición y sometiéndose a la voluntad de la parte comitente. Estas cláusulas demuestran que la mujer pierde su autonomía y la capacidad de control sobre su cuerpo y su derecho a la salud. El someterse a gestar para otros hace que pierda su libertad, su dignidad, el libre desarrollo de su personalidad, así como sus derechos inviolables.

Como indica Lara Aguado, *“Desde que la Sociedad de Naciones aprobara la Convención sobre la Esclavitud el 25 de septiembre de 1926, la esclavitud quedó abolida, por lo que “el consentimiento no puede servir para que un individuo se convierta en esclavo de otro”⁵⁷*. Como se observa en los contratos de gestación por sustitución, una vez empieza la parte médica del programa, la mujer ya no tiene ningún control ni poder de decisión sobre su cuerpo. Una vez firmado el contrato la gestante no podrá cambiar de opinión, ni tomar decisiones como el derecho de interrupción del embarazo dentro de los plazos establecidos. Una vez firman el contrato de gestación por sustitución ya no son dueñas de su cuerpo.

El artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005 define la trata de seres humanos como *“el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos: b) El consentimiento de una víctima de la «trata de seres humanos» a la explotación pretendida, tal como se describe en la letra a) del presente artículo, será irrelevante cuando se utilice cualquiera de los medios a que hace referencia la misma letra a);”* El contrato de gestación por sustitución, reclutan a mujeres en situación de vulnerabilidad para que gesten niños que serán entregados nada más nacer a otras personas a cambio de un dinero. En la mayoría de ocasiones, pasan su embarazo en un edificio de la empresa que las recluta, para tenerlas controladas.

[enfants/](#) Consultado el 04/06/2020

57 Lousada Arochena et al. (2020). Formas Contemporáneas de Esclavitud y Derechos Humanos en clave de globalización, género y trata de personas. Tirant Lo Blanch. Valencia. p. 326

En ocasiones estas mujeres son analfabetas, ha habido contratos que han sido firmados con la huella digital, el lenguaje jurídico empleado es complejo y en ocasiones no conocen todos los riesgos de prestarse a gestar para otros.⁵⁸ En países como Estados Unidos, las mujeres que se prestan no tienen un puesto de trabajo de primer nivel con un sueldo acorde, y en un momento dado, cuando son jóvenes y pueden seguir escalando a nivel profesional y personal, sienten la irrefrenable necesidad de hacer el mayor favor de su vida a unos desconocidos poniendo en riesgo su vida y la continuidad de su carrera laboral por gestar un hijo y entregárselo a estos desconocidos a cambio de dinero.

En muchas ocasiones estas mujeres no saben todos los peligros que conlleva para su salud el alquilar su cuerpo para gestar ya que son medicadas para estimular sus ovarios, normalmente les implantan varios embriones para que existan menos probabilidades de fracaso y durante todo el embarazo están controladas a nivel personal y les limitan su libertad en cuanto a sus hábitos diarios. Como ya comenté, en España se han podido ver reportajes de como decenas de mujeres embarazadas por gestación por sustitución viven en un edificio y son controladas permanentemente.

Por ello la gestación por sustitución no supone para las mujeres el ejercicio de su libertad de disfrutar de su autonomía reproductiva ya que no tienen posibilidad alguna de decisión con respecto a su embarazo. Por tanto, en el contrato de gestación por sustitución la realidad es “nosotras parimos, nosotras NO decidimos”.

En 1989 el Comité de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas constituido en el seno del Consejo de Europa (CAHBI), publicó una serie de principios relativos a las madres de sustitución donde se prohibía utilizar las técnicas de reproducción asistida para concebir un niño a través de una madre de alquiler. También prohibía las actividades y publicidad realizadas por los intermediarios para llevar a cabo este contrato. Existía una excepción para llevar a cabo la gestación por sustitución y era que la madre no percibiera ninguna compensación económica y que cuando se producía el nacimiento, la madre podría decidir quedarse con el niño.⁵⁹

58 Lousada Arochena et al. (2020).Formas Contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas. Tirant lo Blanch. Valencia. p. 324

59 Affaire Mennesson c. Francia. Requête n.º 65192/11). 26/09/2014 “1. Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d’un enfant qui sera porté par une mère de substitution. 2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit. 3. Toute activité d’intermédiaire à l’intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative. 4. Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe, qu’un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d’une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition: a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l’opération; et b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l’enfant.» p. 16.

Y conforme lo dispuesto el artículo 8.1 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 *“los Estados partes se comprometen a preservar su identidad. El niño tiene derecho a conocer sus orígenes.”*. En muchos países, como por ejemplo Estados Unidos o Portugal, se borra la figura de la madre lo que atenta contra este derecho del niño a conocer de sus orígenes.

Es cierto que pudieran existir mujeres que sí accedieran a gestar para otros. Se ha comprobado a través de la regulación de la gestación por sustitución altruista en determinados países, que estos casos son prácticamente inexistentes y que los ciudadanos de esos países donde la gestación para otros es altruista y está regulada, se marchan a países donde la modalidad es comercial para ver cumplido su deseo. Por ello no se puede regular y admitir una práctica que esclaviza a las mujeres que sufren situaciones económicas vulnerables y su única opción para salir de ellas es vender su cuerpo y someterse a otras personas para que la usen a cambio de un dinero.

Como he indicado anteriormente, en el contrato de gestación por sustitución, aunque hay muchos intermediarios que se lucran de esta práctica, existen dos partes primordiales en el contrato, la parte comitente y la mujer gestante. Para que un contrato tenga efectos en esos países donde se practica la gestación por sustitución es necesario que ambas partes estén conformes con las condiciones del contrato y presten consentimiento.

Me voy a centrar en el consentimiento de la madre. La mujer consintiendo formar parte del contrato de gestación por sustitución está aceptando alquilar su cuerpo durante el tiempo necesario para que pueda quedar embarazada y gestar un niño al que posteriormente deberá renunciar a sus derechos como madre y deberá entregarlo a la parte comitente a cambio de un dinero por los servicios prestados.

No se puede hablar de libertad de decidir cuando existe una desigualdad entre ambas partes. Las mujeres que aceptan gestar pertenecen a países con una economía emergente o tienen problemas económicos. En Estados Unidos existe una gran diversidad de clases sociales y la sanidad y educación son privadas.

Generalmente son mujeres con dificultades económicas las que acceden a prostituirse y gestar para otras personas que disponen de un nivel económico mucho más elevado que estas mujeres mercantilizadas. Lo que significa que no existe libertad ni igualdad para la mujer sino relaciones de poder. Se reproduce la histórica situación de jerarquía entre hombres y mujeres.

En la gestación por sustitución la mujer no tiene derecho a decidir ya que esa decisión de someterse al contrato de gestación por sustitución que pone en riesgo su salud y su vida está viciado ya que las partes del contrato no se encuentran en igualdad de condiciones.

Como indica Lara Aguado, *“para que el consentimiento sea válido el que lo presta debe ser libre para consentir; pues sólo puede decidir con libertad quien no está sometido a condiciones extremas”* *“ No existe libertad cuando la mujer adopta la decisión obligada por la pobreza”* ⁶⁰. Los países donde se llevan a cabo las gestaciones por sustitución se encuentran con una economía emergente o necesitan dinero para cubrir ciertos gastos básicos como pueden ser la salud o la educación.

La mujer no se encuentra en igualdad de condiciones con la otra parte del contrato y desde el momento en que firma el contrato, su libertad de movimiento y de acción se encuentra limitado. Este contrato implica un control sexual y generalizado de su persona. Existen empresas que en esos terceros países tienen a las mujeres embarazadas viviendo en edificios, como si fueran granjas, criaderos de seres humanos.

En muchos de estos países donde se practica la gestación por sustitución la mujer necesita la autorización del marido para prestarse a gestar para otros y pudiera ser que estos maridos obligaran a sus mujeres a alquilar su cuerpo debido a la deficiente economía que padecen y a las relaciones conyugales heteropatriarcales.

No se puede hablar de consentimiento cuando estas mujeres firman cláusulas que disponen lo siguiente; *"La madre sustituta que resulte seleccionada por el Cliente, se comprometerá a firmar los documentos que se le requieran antes de que la parte médica del programa se ponga en marcha, tales, como renuncia a la guarda y custodia y a la patria potestad, de conformidad a la legislación española, que deberá redactar el letrado español del Cliente, y asimismo según la normativa rusa, en documento cuya confección corresponderá al Asesor, incluyendo la firma del marido de aquélla. Caso de negarse a la firma de dicho documento, el Cliente seleccionará a otra madre sin coste alguno. Igualmente, la madre se comprometerá a elevar a público dicho documento, una vez nacido el bebé."*⁶¹ Es conocido que estos contratos incluyen cláusulas que disponen que si la madre se negara a entregar al hijo una vez dado a luz deberá devolver el dinero

60 Lousada Arochena et al. (2020). Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas. Editorial Tirant lo Blanch. 2020. Valencia. p. 322

61 Sentencia n.º 209/2017. Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso. Madrid. Roj: STSJ M 1247/2017. F.J.6º

que se le ha pagado. Debido a la deficiente economía de estas mujeres no pueden negarse ya que no podrían devolver el dinero.

Por ello el consentimiento prestado por estas mujeres no puede ser válido debido a la situación de desigualdad en la que se encuentra con respecto a la parte comitente.

Como hemos indicado anteriormente, la mayoría de países donde se practica la gestación por sustitución y donde existe mayor demanda, las mujeres, una vez quedan embarazadas no pueden abortar, están obligadas a seguir una determinada dieta, a cumplir las órdenes en relación con su vida sexual y en la mayoría de contratos están obligadas a renunciar a sus derechos de filiación con respecto al hijo que están gestando. Por tanto estas mujeres no están disponiendo de su cuerpo libremente, ellas paren pero no deciden. El control sobre ellas es máximo, hemos visto imágenes de Ucrania o India donde decenas de mujeres embarazadas por gestación por sustitución viven en un edificio hasta que dan a luz, las veinticuatro horas del día están controladas y son apartadas de sus hábitos y rutinas de vida.⁶²

2.5. La situación que debería ser

Habiendo estudiado que no existe un derecho a ser padres y que el contrato de gestación por sustitución vulnera la dignidad de la mujer por el simple hecho de satisfacer un deseo individual, debería existir una norma internacional que prohibiera la gestación por sustitución. Debido a la situación política de determinados países y el mercado que existe alrededor de la gestación por sustitución es complicado que en un tiempo prudencial se llegue a aprobar este tipo de norma. Por ello es necesario que en países como España dejen de hacer publicidad sobre la gestación por sustitución a través de noticias de personajes famosos. Que la información sea veraz y no sesgada. Es imprescindible educar a la sociedad para que conozca sus derechos fundamentales y que la ciudadanía sea crítica y no permita vulnerar sus derechos fundamentales. Se debe de promocionar la adopción nacional dotando a este servicio de los recursos necesarios para agilizar los trámites ya que es importante que los niños dispongan en el menor tiempo posible de una familia. Lo más importante es que la sociedad entienda que un deseo no es un derecho, que una mujer es un ser humano y no una técnica de reproducción humana asistida y que un niño también es un ser humano y no se puede encargar el nacimiento del mismo para convertirlo en un producto y mercantilizarlo.

3. PROBLEMÁTICA DERIVADA DE CONFLICTOS DE DERECHOS

Como indica Díaz Fraile, *“las normas que regulan aspectos fundamentales de la familia y de las «relaciones paterno-filiales tienen anclaje en preceptos constitucionales», y por tanto están*

62 https://www.cuatro.com/enelpuntodemira/a-carta/punto-mira-completo-carta_2_2310030003.html

vinculados al orden público español. Entre esos preceptos incluye los relativos a la intimidad familiar (art. 18.1), la protección de la familia, protección integral de los hijos y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39). También se incluyen en el orden público la protección de la infancia (art. 39.4), el derecho a la integridad física y moral de las personas (art. 15) y el respeto a su dignidad (art. 10.1).” Yo añadiría 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 que constituyen la libertad individual. (art. 10.1 Constitución).

3.1. Conflictos de derechos

Se observa que desde el origen de este contrato existe un conflicto de derechos. El primero de ellos es el libre desarrollo de la personalidad, ya que las personas que desean tener hijos por gestación por sustitución lo reclaman basándose en ese derecho frente a la dignidad de la mujer.

Ya he explicado anteriormente que no existen derechos absolutos y no existe un derecho a tener hijos o a reproducirse. Es imprescindible hacer entender esta cuestión a la sociedad. Un derecho absoluto significa violar los derechos de otras personas para conseguirlo. En este caso, sería en primer lugar la libertad individual de la mujer.

Otro conflicto existe cuando ya ha nacido el niño y para resolver la situación jurídica del menor en cuanto a filiación e identidad, normalmente, prevalece el interés superior del menor frente a la dignidad de la mujer y del propio menor.

Como indica Carbonell *“el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos”*⁶³.

Sin embargo, como manifiesta Villaverde Menéndez, *“esta forma de expresarse es engañosa ya que hace pensar en una colisión entre derechos cuando la colisión es entre el derecho fundamental y sus límites. Y para ser más exactos, ni siquiera en puridad se pueda hablar de conflictos o colisiones, porque los límites de un derecho fundamental no colisionan con él, sino que justamente sirven para solventar sus posibles colisiones con otros derechos, bienes e intereses.”*⁶⁴ Lo que indica Villaverde Menéndez se puede observar en el artículo 10.1 de la Constitución. Las personas que reivindican su derecho a tener hijos lo basan en la libertad individual donde el libre desarrollo de la personalidad es uno de sus principios. Y estas personas también manifiestan que las mujeres

63 Carbonell, Alexy, Bernal Pulido, Juan Moreso, Prieto Sanchís, Clérico, Villaverde Menéndez, Castiñeira, Ragués, Sánchez Gil, Lopera Mesa, Avila Santamaría. (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador. ISBN: 978-9978-92-686-4. Quito. p. 10.

64 Carbonell et al.(2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador. ISBN: 978-9978-92-686-4. Quito. pp. 175-176.

que se prestan a gestar para otros están ejerciendo su libertad de decisión y el libre desarrollo de la personalidad. Como ya he indicado anteriormente, las mujeres en la gestación por sustitución no ejercen el libre desarrollo de su personalidad ya que gestan para otros y cuando consienten en alquilar su cuerpo pierden la libertad de tomar decisiones sobre su persona durante todo el tiempo que dura el contrato de gestación por sustitución.

Hay que partir de la base que no existen derechos absolutos sino relativos. Y como indica la sentencia del Tribunal Constitucional en su fundamento jurídico tercero *“que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, fundamento jurídico 7.º, y 2/1982, fundamento jurídico 5.º, entre otras)”*⁶⁵

La gestación por sustitución provoca un conflicto de derechos y existen dos posiciones al respecto; - una tesis que afirma la existencia de una conexión entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad y otra tesis que manifiesta todo lo contrario.

El principio de proporcionalidad lo integran tres subprincipios; el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad supone que limitar el derecho fundamental es la única manera de alcanzar el objetivo determinado y debe de ser constitucionalmente lícito. El principio de necesidad exige que existiendo dos medios con el mismo nivel de idoneidad se elegirá el menos lesivo. El principio de proporcionalidad en sentido estricto que deberá exigir que la medida restrictiva del derecho fundamental deriven más beneficios para el interés general que perjuicios sobre los valores en conflicto.⁶⁶

Alexy indica que *“Las reglas son normas que exigen algo en forma definitiva. Ellas son, por lo tanto, mandatos definitivos. Los principios son mandatos de optimización. Como tales, ellos exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades facticas y jurídicas existentes”*⁶⁷ La gestación por sustitución está prohibida en el artículo 10.1 de la ley de TRHA y es incongruente que el artículo 10.3 establezca la posibilidad de que el padre pueda reclamar la paternidad biológica de un niño nacido por un contrato que es nulo de pleno derecho. Por tanto, la gestación por sustitución debería estar prohibida, es un mandato.

65 Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1998, de 16 de marzo de 1998. BOE 22-04-1998.

66 Carbonell et al.(2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador. ISBN: 978-9978-92-686-4. Quito. p. 183.

Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Revista española de Derecho constitucional. ISSN: 0211-5743, num. 91, enero-abril, pp. 11-29. p. 15.

67 Alexy, R. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Revista española de Derecho constitucional. ISSN: 0211-5743, num. 91, enero-abril (2011), pp. 11-29. p. 12.

3.2. Orden público

El artículo 1.1. de la Constitución dispone que España se constituye en un Estado democrático de Derecho junto y el artículo 10.2 dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

El orden público se puede definir como *“el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”*⁶⁸.

Los lazos de filiación que se establecen son contrarios a lo recogido en la legislación española y supone la mercantilización del cuerpo de la mujer que es utilizada como un instrumento para fabricar seres humanos que son entregados a cambio de un precio a las personas que los encargaron y pagaron por estos servicios. Generalmente, a estos niños se les intenta ocultar sus orígenes biológicos ya que madre es la mujer que da a luz y habitualmente, la gestación por sustitución, como hemos visto, intenta borrar la figura de la madre en este tipo de contrato.

Como he indicado en anteriores ocasiones, en el contrato de gestación por sustitución hay que centrarse en la mujer, ya que sin mujer no hay niño. La clave está en el artículo 10.1 de la Constitución española. El derecho al libre desarrollo de la personalidad en el que fundamentan el supuesto derecho a tener hijos que exigen las personas que quieren legalizar la gestación por sustitución tiene sus límites en ese mismo derecho.

Las personas que están a favor de la gestación por sustitución alegan el derecho de la intimidad personal y familiar. Como todos los derechos, este no es absoluto y como se estudiará en la sentencia Campanelli y Paradiso, las autoridades sí que podrán romper ese derecho a la intimidad personal y familiar cuando existan evidencias que demuestran que se están produciendo actos contrarios al orden público. Los Estados no pueden cerrar los ojos frente a todo lo que pasa dentro de una casa, de una familia ya que se estarían permitiendo la comisión de muchos delitos y violación de derechos. Estas personas no pueden alegar que como existe el derecho a la intimidad personal y familiar pueden marcharse a un país extranjero para burlar la legislación española que prohíbe la gestación por sustitución, y mediante la explotación de una mujer, encargar a un niño y

68 Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 06/02/2014. Roj: STS 247/2014 - ECLI: ES:TS:2014:247. Fundamento jurídico 4º, tercer punto.

arrebatarlo a cambio de un determinado precio para luego exigir a las autoridades españolas que inscriban a ese niño en el Registro civil español para legalizar un acto contrario al orden público.

3.3 Interés superior del menor

Como más adelante se estudiará, la jurisprudencia nacional y sobre todo europea (Sentencias Menesson y Labassee, Foulon y Bouvet), resuelven inscribir en el Registro civil del país de donde son nacionales la parte comitente, a los menores nacidos de la gestación por sustitución invocando el interés superior del menor.

La Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 establece el *“interés superior del menor al que deberán atender todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas, privadas, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.”* Y a lo largo de su articulado, el interés superior del menor es nombrado en varias ocasiones.

Este principio se encuentra recogido en el artículo 39 de la Constitución donde se establece la protección por los poderes públicos de los menores y la obligación de los progenitores de velar por el interés de sus hijos.

El Tribunal Supremo define el interés superior del menor como *“un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial.”*⁶⁹

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia remarcan que la importancia del interés superior del menor se crea con motivo de proteger a los menores conforme las distintas Convenciones ratificadas por España y que tienen como objeto ofrecer por los Estados parte la máxima protección hacia los menores y evitar delitos como la trata de seres humanos o la explotación sexual.

En el preámbulo de la citada ley *“definen a los futuros adoptantes no como solicitantes sino como personas que se ofrecen para la adopción”*. Es interesante comparar la adopción con la gestación por sustitución para observar ese interés por el menor.

En la adopción el menor ya existía y por ello los adoptantes se ofrecen para cuidar del menor y que tenga todas sus necesidades cubiertas. En la gestación por sustitución la parte comitente encarga el nacimiento de un niño para satisfacer su deseo de ser padre o madre. Desde el inicio del contrato de

69 Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 6/02/2014. Roj: STS 247/2014 – ECLI:ES:TS:2014:247. Fundamento de Derecho 5.3

gestación por sustitución no existió el menor interés por el menor sino un interés por satisfacer el deseo de tener hijos por la parte comitente.

La prueba de que no existe un interés por el menor se encuentra en los contratos de gestación por sustitución comercial. Mientras que las mujeres que se ofrecen para gestar deben cumplir muchísimos requisitos de salud física y psíquica y poner a disposición de la parte comitente y de las agencias toda esa información médica, a la parte comitente se le requiere que aporte, en algunas ocasiones, certificado de que no pueden tener hijos por determinados problemas médicos y el dinero necesario para pagar la entrega del niño que encargará. A la parte comitente no se le requiere ningún certificado de antecedentes penales o informes psicológicos, que serían una herramienta muy útil para evitar que les fueran entregados estos niños nacidos por gestación por sustitución a pederastas y demás delincuentes relacionados con menores.

En la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia remarcan la importancia del interés superior del menor dispone que las familias que acogerán a los menores en situación de desamparo deben reunir determinados requisitos para que sean capaces de velar por el bienestar del menor (art. 21). Y en el Código Civil, se puede observar como ya en el artículo 175 y siguientes establece una serie de requisitos para las personas que se ofrecen para adoptar.

El Tribunal Supremo también declara que *“La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma.”*⁷⁰ Y que *“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.”*⁷¹ El Tribunal Supremo manifiesta que a través del interés superior del menor no se puede admitir cualquier acto.

El TEDH dio un giro a su postura cuando resolvió en la sentencia Paradiso -Campanelli. En esta sentencia el TEDH acepta la injerencia de las autoridades italianas en la vida privada de los demandantes cuando el niño fue puesto a disposición de los servicios sociales italianos para su adopción ya que era necesaria. “El TEDH también estima que es compatible con la Convención de la Haya (art.5) que se aplicara el derecho italiano en cuanto a la filiación y que para determinarla

70 Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 6/02/2014. Roj: STS 247/2014 – ECLI:ES:TS:2014:247. Fundamento de Derecho 5.6

71 Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 06/02/2014. Roj: STS 247/2014 - ECLI: ES:TS:2014:247. Fundamento de Derecho 5.6.

no se basara en un certificado expedido por las autoridades rusas. Ya que la apostilla no da fe de la veracidad del contenido del acto subyacente. El TEDH indica que esta limitación de efectos jurídicos que deriva de la Convención de la Haya tiene por finalidad preservar el derecho de los estados firmantes y de aplicar sus propias reglas en materia de conflictos de leyes ya que deben de decidir el peso que se atribuye al contenido del documento apostillado.”⁷² Esta sentencia estableció que el interés del menor no prevalece frente a cualquier situación.

3.4. Igualdad de género

El artículo 14 de la Constitución española proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo y los poderes públicos deberán promover las condiciones para que esa igualdad sea real y efectiva (art. 9.2). La igualdad es un derecho fundamental y está recogido en distintos textos internacionales como por ejemplo la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer. El Tratado de Amsterdam también recoge este derecho así como la obligación por parte de los Estados firmantes de promover la igualdad en los distintos ámbitos de la vida como la laboral.

Ya indiqué al inicio de mi trabajo que la sociedad ha establecido unos roles de género muy diferenciados según el sexo de la persona. Como indica Rodríguez Álvarez *“En nuestra sociedad, la masculinidad, se asimila con el poder, el dominio, el estatus social, la superioridad económica... Por el contrario, la feminidad, se identifica con, vulnerabilidad, emocionalidad, dependencia, sumisión”*⁷³ A lo largo de la historia la mujer ha sido, como indicó Simone de Beauvoir, el segundo sexo, la mujer ha estado discriminada por razón de su sexo y ha estado relegada a tener hijos, cuidar de la familia, complacer y servir al varón. La mujer debía ser la cuidadora y sacrificarse por los demás. La gestación por sustitución perpetúa el rol de satisfacer a los demás sacrificando su integridad física y psicológica, poniendo en peligro su vida, perpetúa la desigualdad.

Salinas de Frias manifiesta que *“Las conductas sociales de género son siempre conductas adquiridas a través de la educación, no sólo de la educación reglada, sino también de los tópicos sociales y de las ideas de carácter religioso más o menos ampliamente admitidas.”*⁷⁴

72 Affaire Paradiso et Campanelli c. Italie. (Requête n.º 25358/12). Strasbourg. 24-01/2017. 170.

73 González Pulido, Castillejo Manzanares, del Pozo Pérez, Domínguez Álvarez, Prieto Martín, Sánchez Barrios, Salinas de Frias, González Bustos, Fernández Urbón, Bujosa Vadell, Rodríguez Álvarez, Bueno de Mata, González Monje, Ruiz López, del Sastre Orosa, Prego Meleiro, Figueruelo Burrieza, Ramos Hernández Rodríguez Álvarez y otros. 2019 (Des)Igualdad y violencia de género. Tirant Lo Blanch. Valencia,. p. 260.

74 González Pulido et al. (2019). (Des)Igualdad y violencia de género. Tirant Lo Blanch. Valencia. p. 294.

En España, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se creó con el objetivo de intervenir en todos los ámbitos de la sociedad para prevenir las desigualdades y conseguir una igualdad efectiva mediante la ordenación de políticas públicas. Ya que, como dispone en su preámbulo, el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley ha resultado insuficiente para erradicar la desigualdad entre sexos. Esta ley orgánica transpone distintas Directivas.

Álvarez Alonso indica que *“la LOI es una norma de tutela antidiscriminatoria específica, que se ocupa únicamente de la igualdad entre sexos y, en particular, de la protección de uno de los colectivos que tradicionalmente han sufrido posiciones jurídicas o sociales de desventaja, las mujeres, con exclusión de otros colectivos desfavorecidos u otros motivos de discriminación.”*⁷⁵

Con esta ley los poderes públicos establecen y promueven las necesarias medidas y condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, conforme lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución. Esta ley orgánica establece la perspectiva de género en sus políticas públicas y medidas de los distintos ámbitos de una sociedad. Esta ley también estableció modificaciones en distintas leyes para conseguir la igualdad real. Se establecen las acciones positivas cuyo objetivo es corregir situaciones de desigualdad respecto a los hombres para conseguir la igualdad real y efectiva.

A pesar de la existencia de esta ley orgánica, la información que recibe la sociedad a través de los medios de comunicación sobre la mujer sigue siendo estereotipada. A la mujer se le sigue exigiendo unos determinados requisitos físicos que los hombres no cumplen. La publicidad y la moda, generalmente, sigue perpetuando el rol de la mujer objeto.

La prostitución es un reflejo de la situación de segundo nivel en el que se encuentra la mujer en la sociedad. En España es habitual escuchar en los informativos noticias sobre “desmantelamientos” de redes de prostitución. Gran parte de la sociedad no se cuestiona el hecho de las personas usuarias de prostitución, no son vistos como explotadores, cuando en realidad los usuarios de prostitución son explotadores ya que a cambio de dinero se aprovechan de la sexualidad de la mujer. La gran mayoría de estas mujeres se ven abocadas a ejercer la prostitución por necesidad económica y la no abolición de esta mercantilización del cuerpo de la mujer ha llevado a que alrededor de la prostitución exista trata y tráfico de personas. En la prostitución tenemos un ejemplo que se puede equiparar a la gestación por sustitución. En la prostitución se comercializa con el sexo de la mujer y

⁷⁵ Cordero Gordillo, Álvarez Alonso, GUAMÁN HERNÁNDEZ, AZCÁRRAGA MONZONÍS, Pérez Marín, Rodríguez Mejía, Palanca Palanca, Mirto López, Guillén Catalán, Torre Sustaeta, (2011). Derecho y (Des)Igualdad por razón de género. Una visión multidisciplinar. Tirant Lo Blanch. Valencia. p. 24.

en la gestación por sustitución con su capacidad de gestar. La permisividad por parte de los Estados de la gestación por sustitución provocará que sucedan delitos parecidos a los que ocurren alrededor de la prostitución.

Que mujeres jóvenes y sanas deban alquilar su cuerpo para gestar un hijo y después entregarlo a cambio de un precio para continuar con una economía precaria, es la muestra de lo interiorizados y normalizados que están estos roles globalmente. En países como España, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho pero a través del tercer punto del artículo 10 de la ley de TRHA se está autorizando la explotación y mercantilización de mujeres en terceros países donde sí que se realiza esta práctica. Es desigualdad y esclavitud, ya que los países más ricos explotan a los más pobres. A continuación estudiaré como la desigualdad que a día de hoy sufren las mujeres provoca la violación de derechos fundamentales como la dignidad.

3.5. Dignidad de la mujer

El artículo 18.1 de la Constitución garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar. El artículo 15 dispone que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni penas o tratos inhumanos degradantes.

Como indica Pascual Medrano “ *La integridad física —bien, atributo o derecho de la personalidad—, se transforma, tras su reconocimiento como derecho fundamental, en objeto singular de un derecho subjetivo público indisponible. Propone el reconocimiento de un derecho que apodera a su titular del dominio y capacidad de disposición —libre decisión— sobre la esfera vital conformada por la integridad física.* ”⁷⁶ Por ello hay que preguntarse si ante esta protección de la integridad física pero con esa capacidad de disposición por su titular, ¿este derecho ampara intervenciones que dañan la integridad física consentidas por su titular? Como manifiesta Pascual Medrano “ *el rechazo a una intervención queda cubierto por el contenido del derecho fundamental, pero este no ampara el libre consentimiento para una intervención lesiva o dañosa.* ”⁷⁷ El derecho a la integridad física procura una cierta disponibilidad a su titular, sin embargo, en la gestación por sustitución, ya he explicado como el consentimiento de las mujeres se encuentra viciado debido a su situación económica y falta de información sobre los TRHA a los que las someterán. Tampoco estaría permitido este consentimiento debido a las cláusulas de los contratos que las convierten en esclavas

⁷⁶ Pascual Medrano, A. (2018). La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 47-72. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.02>. p. 52.

⁷⁷ Pascual Medrano, A. (2018). La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 47-72. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.02>. p. 52.

de la parte comitente ya que dejan de disponer la capacidad y libertad para regir sobre su cuerpo, su salud y su persona.

Los derechos y libertades individuales debieran tenerse en cuenta para prohibir y abolir definitivamente la gestación por sustitución. La raíz del problema se encuentra en que no existe la consideración a nivel internacional que la gestación por sustitución constituye una nueva forma de esclavitud y mercantilización del cuerpo de la mujer. Sin embargo, como no existe una unificación jurídica en cuanto a la gestación por sustitución, esta práctica sigue utilizándose y cada vez más. En España, con la Instrucción del 5 de octubre del 2010 de la DGRN, que luego estudiaré, da la impresión que la gestación por sustitución es legal en España.

El principio más importante a tener en cuenta en este contrato es la dignidad humana (art. 10.1 Constitución).

En el contrato de gestación por sustitución *“la gestante es tratada como si fuera un medio para obtener un fin al servicio de otras personas”*.⁷⁸ La mujer se convierte en una técnica de reproducción humana asistida. En un mero recipiente para gestar un ser humano que deberá entregar a otras personas.

Anteriormente he transcrito algunas cláusulas de un contrato de gestación por sustitución de Estados Unidos. Ahora haré referencia a la publicación que realizó el Defensor del Pueblo para los derechos del Niño en Ucrania sobre la gestación subrogada Mykola Kuleba. El 28 de mayo de 2020 publicó en su cuenta de Facebook algunas hojas de un contrato de gestación por sustitución con objeto de denunciar el supermercado de niños en el que se ha convertido Ucrania. Algunas de estas cláusulas disponen lo siguiente;

- “2.4. La gestante tiene que informar de cada uno de sus movimientos, estar disponible para conocer a los compradores cuando estos quieran en el caso de que así lo deseen. Tiene prohibido nadar, usar transporte y está obligada a pedir autorización sobre todos sus actos.
- 2.4.25. La madre, inmediatamente después del nacimiento deberá entregar a su hijo a la parte comitente.
- 2.4.26. Después de la entrega de su hijo, la madre se compromete a no intentar contactar con la parte comitente si no existe mutuo acuerdo. Así como a no buscar información de la parte comitente en internet a través de las redes sociales u otro modo.

⁷⁸ Lousada Arochena et al. (2020). Formas Contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas. Tirant lo Blanch. Valencia. p. 320.

- 2.4.43. Si la parte comitente lo decidiera, a partir del séptimo mes, la madre no podrá cuidar de los hijos que tenga si tuvieran alguna enfermedad infecciosa y deberá cambiar de domicilio.
- Aunque la madre se negara al aborto indicado por la parte comitente, no podría quedarse con el niño, sería entregado a una institución.”
- Art.4.11.Si rehúsa abortar, tiene que devolver todo el dinero percibido, ya que, si el futuro bebé no "encaja" con el modelo de producto deseado por los compradores, éstos tienen derecho a tomar la decisión de deshacerse de él. ⁷⁹

Al leer estas cláusulas podemos comprobar como el contrato está confeccionado para mujeres con pocos recursos económicos (Art. 4.11) y como la mujer que consiente gestar para otros pierde en ese momento su libertad, su capacidad para decidir sobre su cuerpo, sobre su persona y se convierte en la esclava de la parte comitente. Se convierte en un artilugio para gestar y parir a un ser humano. El artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos humanos dispone que *“no se puede someter a ninguna persona a tortura, ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*. Estas mujeres deben recibir tratamientos médicos muy intensos para poder quedarse embarazadas, en la mayoría de ocasiones les implantan más de un embrión para que la parte comitente pueda tener su producto. También reciben medicación para llevar adelante el embarazo, todo ello para que después del parto el niño sea inmediatamente separado de ellas. El simple hecho de que sean utilizadas como un recipiente para gestar un ser humano y después arrebatarlo para ser entregado a otras personas, es un trato inhumano y degradante al que se someten a estas mujeres.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, su artículo 3 apartado a define la violencia contra la mujer como *“una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”*. La gestación por sustitución viola la dignidad de la mujer, la priva completamente de su libertad, por tanto, este contrato es una forma de violencia y explotación contra las mujeres.

La Convención sobre la esclavitud define la esclavitud en el artículo 1 como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”.

79 https://www.publico.es/sociedad/ucranianas-mujeres-low-cost-abocadas-vientres-alquiler.html?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=web Consultado el 5/06/2020

El artículo 348 del Código civil dispone que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa.

El artículo 7 de la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud define la trata de esclavos como todo acto de disposición de una persona con intención de someterla a esclavitud.

La RAE define esclavo como la persona que carece de libertad por estar bajo el dominio de otra.

A las mujeres partícipes en este contrato se les somete a tratamientos médicos intensos como estimulación ovárica e implantación de varios embriones y posterior medicación durante todo el embarazo así como control total sobre sus movimientos y hábitos personales incluso controlando su vida sexual, para conseguir un embarazo y que este llegue a término. Como se observa, estas mujeres pierden su libertad una vez son parte del contrato de gestación por sustitución. Disponen de su cuerpo y de su persona a la parte comitente que será la que tome las decisiones con respecto a su cuerpo y su vida.

Como he indicado, las autoridades europeas se han manifestado en varias ocasiones contra la gestación por sustitución. El 15 de marzo de 2016 la Comisión de Asuntos Sociales y de la Salud del Consejo de Europa rechazó la propuesta de informe Sutter que fundamentándose en el interés superior de los menores perseguía una declaración responsable a la legalización de la gestación por sustitución.⁸⁰ Petra de Sutter, eurodiputada belga, quería legalizar la gestación por sustitución altruista y prohibir la comercial. Ella solicitaba limitar esta modalidad altruista a los nacionales de cada país. Ella misma afirma que la mayoría de mujeres que se prestan a gestar para otros son pobres y poco instruidas casi siempre de países en vías de desarrollo. Habla de los problemas psicológicos que puede causar gestar para otros ya que la madre no podrá estar en contacto con el niño y que la parte comitente tiene el poder de decisión sobre la salud de la madre.⁸¹ La gestación por sustitución altruista no es la solución ya que seguirán existiendo jóvenes mujeres con una situación económica precaria que se prestan a gestar para otros para percibir unos ingresos y poner en peligro su vida y desperdiciar los mejores años de su vida para seguir con una situación económica precaria. Hay que hacer entender a la sociedad que las mujeres no son personas abnegadas cuya felicidad se encuentra en poner en riesgo su vida para gestar un hijo y entregarlo a otras personas para que éstas vean satisfecho un deseo personal.

⁸⁰ Salazar Benítez, O. (2018). La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos. Madrid, Dykinson. p. 104.

⁸¹ <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=23015&lang=FR> Consultado el 09/06/2020.

Debido a la crisis sanitaria que estamos atravesando globalmente, han llegado imágenes de decenas de niños “almacenados en un hotel de Ucrania” a la espera de que las personas que los encargaron y que residen fuera de Ucrania puedan ir a por ellos. En este vídeo una empleada de la agencia de gestación por sustitución BioTexCom Clinic explica que tienen a 46 bebés en un hotel. Estos bebés fueron encargados por personas de Reino Unido, España, EE.UU., China, Francia, Alemania, Austria, México, Portugal, Bulgaria y Rumanía.⁸² Un artículo periodístico también informa de esta situación de bebés almacenados en un hotel de Ucrania y se recogen unas declaraciones del viceministro de Interior Anton Gerashchenko informando que *“emitió un comunicado en el que calificaba a la clínica como “supermercado para la venta de bebés” y en el que apostillaba que “el alquiler de vientres no está regulado en Ucrania, aunque tampoco prohibido por ley”, y que su país no debería ser “un campo de juego semiilegal para la trata de bebés”.*⁸³

Se ha publicado un artículo periodístico de Ucrania que expone las manifestaciones contra la gestación por sustitución del Defensor del Pueblo para los derechos del Niño sobre la gestación subrogada Mykola Kuleba. El Defensor del Pueblo manifiesta que Ucrania se ha convertido en la tienda online para la venta de bebés y que contribuye a la venta incontrolada de niños ucranianos en el extranjero. Manifiesta que las imágenes de los niños en una habitación del hotel demuestra la privación de los derechos de los niños nacidos por madres gestantes. Declara que la gestación subrogada es explotación de mujeres. También definió la gestación subrogada como un problema que debe abordarse inmediatamente para que sólo los ucranianos puedan utilizar los servicios de gestación subrogada.⁸⁴

4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Como he indicado anteriormente, la gestación por sustitución está prohibida en España, sin embargo, desde hace años, miles de ciudadanos españoles, eludiendo la legislación española, se marchan a los países donde se practica la gestación por sustitución. En esos países realizan el contrato por el que alquilan a una mujer que gesta a su hijo e inmediatamente después del nacimiento lo entrega a la parte comitente. Cuando estos ciudadanos españoles solicitan la inscripción de su nacimiento en el registro civil español es cuando surgen los problemas.

82 La maternidad subrogada: Los bebés están esperando a sus padres. BioTexCom. 7/5/2020.
https://www.youtube.com/watch?v=9ccP_bueduk&feature=emb_title . Consultado el 14/05/2020.

83 <https://www.publico.es/sociedad/vientres-alquiler-bebes-nadie-almacenados.html> Consultado el 14/05/2020.

84 <https://www.pravda.com.ua/news/2020/05/15/7251749/>
<https://twitter.com/EmbEspKiev/status/1261305449154056198> Consultado el 15/05/2020

Estos niños nacidos mediante gestación por sustitución disponen de una filiación atribuida en el país extranjero que no es válida ni reconocida en España, en primer lugar porque han nacido por gestación por sustitución y en segundo lugar porque normalmente en los países donde se practica la gestación por sustitución disponen que los progenitores son la parte comitente mientras que en España, madre es la que da a luz. Es entonces cuando estos niños se encuentran en un limbo jurídico con un reconocimiento legal en un país distinto al que pretender inscribir su nacimiento.

4.1. Análisis jurisprudencial y de instrucciones y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

El 18 de febrero de 2009 la DGRN dictó una resolución en la que ordenaba la inscripción de nacimiento en el Registro civil consular de Los Ángeles en Estados Unidos del nacimiento de dos menores nacidos por gestación por sustitución siendo la parte comitente dos ciudadanos españoles homosexuales. Estos ciudadanos acudieron al Consulado de España en Los Ángeles con los certificados de nacimiento y libro de familia, el encargado del Registro civil consular, mediante auto, deniega la inscripción solicitada invocando la LTRHA donde se establece la prohibición de los contratos de gestación por sustitución y donde se establece que la filiación de estos niños será determinada por el parto, así que la madre es la mujer que da a luz. Los interesados una vez notificados interponen recurso ante la DGRN y solicitan la inscripción de los niños en el registro civil español. El Ministerio Fiscal no presentó ninguna alegación. Finalmente, la DGRN resolvió ordenar la inscripción de nacimiento, los motivos en que se fundamentó esta resolución fue la validez de las certificaciones extranjeras presentadas por los interesados. Dispuso la DGRN que conforme lo dispuesto en el artículo 9.4 del Código civil y el artículo 81 del Reglamento del Registro civil excluía la aplicación de las leyes españolas y que *“Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación.”* La DGRN dispone que esas certificaciones deben superar un control de legalidad pero se centra más en la “forma” que en el fondo de la certificación. Según la DGRN únicamente se debe de comprobar que esa certificación ha sido expedida por la autoridad competente del país en cuestión. Sin embargo, ya el artículo 81 del Reglamento del Registro civil dispone que el documento auténtico extranjero es título suficiente para inscribir el hecho de que da fe siempre que sea conforme a las

leyes o Tratados Internacionales. La gestación por sustitución vulnera derechos fundamentales de la mujer y del niño.

La DGRN continua argumentando que una autoridad registral extranjera no debe resolver de manera idéntica a la española debido a que cada Estado tiene su Derecho. La DGRN está obviando el artículo 12.3 del Código civil que indica que *“En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”*. También obvia el artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1.957 ya que el mismo dispone que podrán practicarse las inscripciones en virtud de documento auténtico sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros pero siempre que no exista duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

La DGRN dispone que *“el Derecho internacional privado español se orienta, como regla general, hacia la admisión de los efectos jurídicos en España de las decisiones extranjeras para así ajustarse, como no puede ser de otro modo, a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución española) y al derecho a un “proceso equitativo” (art. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hecho en Roma el 4 noviembre 1950).”* El Estado español no puede admitir cualquier decisión extranjera y que surta efectos jurídicos en España si esa decisión es contraria a los derechos fundamentales (art. 10 de la Constitución española).

La DGRN dispone que *“el art. 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea “idéntica” a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas”* Por supuesto que el ordenamiento jurídico español no exige que la solución jurídica extranjera sea idéntica a la resuelta por una autoridad registral española, sin embargo, el artículo 46.1.a) de la ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil dispone que *“ Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:a) Cuando fueran contrarias al orden público”*. La gestación por sustitución está prohibida en España porque es contraria al orden público ya que vulnera derechos fundamentales de la mujer y el niño, por ello estos fundamentos jurídicos de la resolución dictada por la DGRN contradicen la legislación española.

En el fundamento jurídico quinto, la DGRN indica que la certificación registral extranjera no vulnera el orden público internacional española porque en el Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción. No se puede comparar la gestación por sustitución

con la adopción. En la adopción no existía un acuerdo previo entre la madre y los comitentes, el niño ya existía, ya había nacido cuando fue resuelta su adopción. En cambio, en la gestación por sustitución existe un acuerdo previo en el que la parte comitente encarga un niño y para ello buscan a una mujer para que quede embarazada y posteriormente tenga a su hijo y sea entregado a otras personas a cambio de un dinero por los servicios prestados o una compensación económica por los gastos ocasionados.

La DGRN para justificar la inscripción en el Registro civil español de la certificación extranjera manifiesta que el artículo 7.3 de la LTRHA permite que la filiación de un hijo conste a favor de dos mujeres. Este supuesto es para el caso de que una mujer haya dado a luz y esté casada con otra mujer o su pareja sea otra mujer. En el caso que estudia la DGRN no se puede aplicar ya que los hombres no pueden gestar y este hecho no supone ninguna discriminación que deba de ser resuelta por las autoridades públicas.

Sí que hace referencia a que esa certificación extranjera no puede ser contraria al orden público internacional español y fundamenta que no se vulnera porque aunque sean dos hombres los que solicitan la inscripción del niño como su hijo, en España está admitida la adopción en el supuesto de dos varones y que no realizar la inscripción supondría discriminar a las parejas homosexuales de varones ya que en España a una pareja de mujeres, sí que está permitido implantar un embrión en la mujer. Pero la DGRN no explica que en este supuesto, que la mujer a la que se le implanta el óvulo es la que se va a quedar con su hijo, que está ejerciendo su derecho a decidir y realizar su propio plan de vida. Está decidiendo sobre su capacidad reproductiva y está desarrollando libremente su personalidad. Esta mujer no se verá obligada a renunciar a sus derechos de filiación con respecto a su hijo ni deberá entregarlo a otras personas. En la gestación por sustitución, la mujer a la que se le implanta el embrión no está realizando su plan de vida ya que deberá renunciar a sus derechos de filiación con respecto al hijo que dará a luz porque deberá entregarlo a unas terceras personas. Y ya se ha estudiado que una vez la mujer firma el contrato, ella ya no es dueña de su cuerpo, ni de su capacidad reproductiva ni de su ser. Cuando la mujer forma parte de este contrato de gestación por sustitución no puede tomar ninguna decisión respecto a su salud y sus hábitos diarios deberá modificarlos según como disponga la parte comitente. Es por ello que no se puede comparar que una mujer que esté soltera o sea pareja de otra mujer, se someta a un tratamiento de reproducción asistida para conseguir ser madre.

A continuación, la DGRN invoca el interés superior del menor para fundamentar la inscripción registral de los niños. El artículo 7 de la Convención sobre los derechos del niño indica que el niño será inscrito después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, adquirir una nacionalidad pero también a conocer a sus padres. El artículo 8 recoge el derecho del niño a preservar su identidad. La gestación por sustitución vulnera este derecho ya que en este supuesto, la madre ha sido borrada y eliminada de la certificación registral. La finalidad de la gestación por sustitución es borrar a la madre que es la mujer que gestó y dio a luz al niño. En los contratos que firman las partes en la gestación por sustitución, la parte comitente es la que decide si tendrán o no contacto con la madre, por tanto, se está vulnerando el derecho del niño a conocer sus orígenes, su identidad.

Aunque el artículo 9.4 del Código civil dispone que *“La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento.”*. No se puede aplicar la legislación extranjera, en este caso, la estadounidense, ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 12.3 *“En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”*. La gestación por sustitución es contraria al orden público porque vulnera las normas de filiación.

La DGRN afirma que la parte comitente no ha llevado a cabo un fraude de ley conforme lo dispuesto en los artículos 12.4 y 6.4 del Código Civil y a continuación se contradice al indicar que *“los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas”*.

Es un hecho probado que la parte comitente se marchó a Estados Unidos para poder realizar el contrato de gestación por sustitución ya que en España está prohibido. Estas personas se marcharon a Estados Unidos para encargar un niño y el hecho constituye un fraude de ley ya que intencionadamente han querido eludir la ley española y ahora exigen a las Administraciones españolas que esos niños nacidos por un contrato prohibido en España sean inscritos en el registro civil español.

Por tanto, la fundamentación realizada por la DGRN carece de sentido. La DGRN manifiesta que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las leyes españolas y que la filiación de los hijos nacidos por este contrato será determinada por el parto, sin embargo, la

DGRN argumenta que en esta resolución no se está determinando la filiación de los niños nacidos en California sino de determinar si la certificación registral extranjera puede inscribirse en el Registro civil español. Indica que con la inscripción del certificado extranjero no pretenden la ejecución o cumplimiento del contrato de gestación por sustitución ya que la presunción de paternidad puede ser destruida por sentencia judicial y cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de la inscripción registral. Esta manifestación es negar una realidad. Si se inscribe en el registro civil español este nacimiento, las autoridades españolas están legalizando la gestación por sustitución.

La DGRN da vueltas al asunto para no entrar en el fondo de la cuestión. Si se admite ese certificado registral extranjero que vulnera los derechos fundamentales de la mujer y el niño se están ejecutando por el Estado español esas violaciones de los derechos humanos ya que se admite un hecho que está prohibido en la legislación española así como a nivel internacional.

En el último fundamento jurídico la DGRN afirma que los niños nacidos en California tienen la nacionalidad española ya que son nacidos de españoles. Sin embargo en ningún momento los interesados (parte comitente) han aportado ninguna prueba de paternidad como dispone el artículo 10.3 de la LTRHA. Para fundamentar esta decisión hace referencia a que no es necesaria una vinculación genética ya que en el supuesto de las mujeres no se requiere. Yo pienso que este argumento carece de sentido. En el supuesto de que dos mujeres o una hubieran recurrido a la gestación por sustitución, se les negaría de la misma forma. Lo que no tiene sentido es manifestar que se está discriminando a esta pareja por el hecho de ser hombres. Una mujer puede someterse a una TRHA para ser madre y esto no supone ninguna discriminación respecto con los hombres ya que el hecho de que los hombres no puedan gestar ni parir no es una cuestión discriminatoria sino una condición biológica.

La DGRN no cuestiona la filiación de los niños ya que está dispuesta en el certificado registral extranjero, cuestiona la validez de ese certificado en cuanto a la forma por su validez en relación con la autoridad que lo ha expedido. Lo absurdo en esta resolución es cuando la DGRN manifiesta que *“Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución.”* Recordemos que la certificación registral extranjera establece que los padres biológicos de los niños son dos varones.

La DGRN resuelve ordenar la inscripción de los niños en el Registro civil aún cuando existe una norma española que prohíbe expresamente el contrato de gestación por sustitución y sin que los interesados aporten ninguna prueba de paternidad que acredite que aportaron material genético en la gestación por sustitución.

Como ya he argumentado anteriormente, el contrato de gestación por sustitución está prohibido y la sanción de carácter civil es su nulidad. La sanción del contrato de gestación por sustitución es el no reconocimiento de la filiación entre la parte comitente y el niño. Esta resolución se centra en analizar y justificar más la forma que el fondo del asunto. Esta resolución de la DGRN se centra en la certificación en cuanto a su autenticidad, que sea un documento público expedido por un órgano u Administración competente en ese país pero no entra en la legalidad del acto que certifica ese documento extranjero.

Se observa que a pesar fundamentar la resolución en el artículo 81 del Reglamento del Registro civil conforme el cual este certificado registral extranjero debería ser conforme a los Tratados o leyes internacionales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en esta resolución no se nombra en ningún momento a la madre que ha dado a luz a los niños. Da la impresión que estos niños aparecieron en medio del bosque como las setas. En ningún momento se habla de la dignidad, la libertad o la esclavitud de la mujer ni del niño.

El principal problema es que no existe una unificación de criterios y así como regulación jurídica a nivel internacional de la gestación por sustitución. En países como España o Francia, la gestación por sustitución está prohibida y se considera madre a la mujer que da a luz y en países como el que se estudia en la presente resolución de la DGRN, los progenitores son las personas que encargan la gestación por sustitución.

Calvo Caravaca y Carrascosa González indican que *“La proyección y aplicación directa, a los casos internacionales, de la legislación civil española sobre gestación por sustitución resulta completamente improcedente y constituye un error metodológico de envergadura que debe evitarse del modo más radical si no se quieren alcanzar conclusiones equivocadas.”*⁸⁵ Yo no estoy de acuerdo con esta argumentación ya que conforme a esta argumentación, también se deberían de inscribir en el Registro civil los matrimonios celebrados con niñas en países como Yemen, cuando

85 Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J. (2015). Gestación por sustitución y Derecho internacional privado, más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2015). Vol. 7, n.º 2, pp. 45-113. ISSN 1989-4570. 2015. p. 49.

uno de los cónyuges tuviera la nacionalidad española. Y hay que recordar que el contrato de gestación por sustitución está sometido a normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce y se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos humanos y demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10 Constitución).

4.2. Sentencia de 15 de septiembre de 2010

Esta resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal y el Juzgado de instrucción n.º 15 de Valencia dictó sentencia el 15 de septiembre de 2010. Esta sentencia estimó íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal y dejó sin efecto la inscripción de nacimiento realizada en el Registro civil consular. La sentencia hace referencia al artículo 10.2 de la LTRHA donde dispone que *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*, por tanto, la madre de los niños es la que da a luz y en la certificación registral extranjera figuran como padres biológicos los demandantes y como dispone la sentencia “biológicamente resulta imposible”.⁸⁶

La sentencia expone que la primera cuestión a resolver es si están ante un contrato de gestación por sustitución ya que en el certificado registral internacional no figura que el nacimiento de los niños fuera debido a este contrato aunque los interesados no lo han negado en ningún momento. La sentencia hace referencia a que la resolución de la DGRN dispone que no existe distinción entre hijos adoptados e hijos naturales en cuanto a la filiación en favor de dos varones y la sentencia dispone que *“no pueden tener dos padres varones naturales por la sencilla razón que los varones no pueden, en el estado actual de la ciencia concebir ni engendrar.”*

A continuación la sentencia manifiesta que no se deniega por ser una pareja homosexual que también se hubiera denegado a una pareja heterosexual, si se hubiera dado este supuesto de gestación por sustitución en el caso de dos mujeres o una pareja heterosexual, si los bebés hubieran nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución.

En cuanto a la filiación, aquí se fundamenta en el interés superior del menor y el Tribunal manifiesta que se aconseja la inscripción en el Registro civil español pero que *“la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico”* e indica someterse a

⁸⁶ Sentencia n.º 193/2010 del 15/09/2010. Juzgado de 1ª Instancia n.º 15 de Valencia. SJPI 25/2010 – ECLI: ES:JPI:2010:25

las vías existentes en el Derecho español. También la sentencia deja claro que los interesados se marcharon a Estados Unidos para burlar la legislación española ya que eran conocedores de la prohibición de la gestación por sustitución en España y la imposibilidad de llevar a cabo este contrato y la posterior filiación en España.

En esta sentencia aunque se ordena la cancelación de la inscripción, se vuelve a observar que no se estudia el fondo del asunto, aunque sí se hace referencia a la prohibición del contrato de gestación por sustitución en España, en ningún momento se fundamenta en la vulneración de derechos fundamentales del niño y la mujer. Simplemente se hace alusión al artículo 10.2 de la ley TRA que determina la filiación por el parto pero sin ir más allá. Esta sentencia sí que aplica el derecho sustantivo español.

4.3 Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado

El 7 de octubre del 2010 se publicó en el BOE la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y que actualmente continua en vigor. Es a través de esta instrucción que a día de hoy continúan inscribiéndose en el registro civil español niños nacidos en terceros países por gestación subrogada.

La instrucción de fecha 5 de octubre del 2010 que permite la inscripción de nacimientos acaecidos por el contrato de gestación por sustitución. Esta instrucción quiere ofrecer seguridad jurídica a las partes de este contrato que es nulo de pleno derecho pero que vela por el interés superior del menor y supuestamente por los derechos de la madre. Esta instrucción es consecuencia de todos los recursos que las partes comitentes interponen contra las resoluciones de los encargados de los Registros civiles consulares españoles que deniegan la inscripción de estos niños nacidos mediante el contrato de gestación por sustitución en los países donde este contrato es legal y se admite la renuncia de la filiación materna. La instrucción exige una resolución judicial del país extranjero que determine la filiación del recién nacido. Si no existiera un convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de un exequátur. Sin embargo, si la resolución extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo al español, será el encargado del Registro civil el que deberá controlar si la citada resolución puede ser reconocida en España. Este encargado deberá constatar: *“a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la*

legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.”

Si el encargado es el que debe comprobar esos términos, el punto d) siempre sería vulnerado. En los países como Ucrania donde la gestación por sustitución es onerosa, las mujeres, una vez firman el contrato y se les implanta el embrión, ya no son libres para decidir si quieren abortar. En cuanto al consentimiento, visto que la mayoría de los contratos de gestación por sustitución se hacen a cambio de un importe de dinero, habría que comprobar si estas mujeres tienen libertad para decidir o están en una situación económica complicada y necesitan alquilarse para poder sostenerse económicamente. Es más, esta instrucción en ningún momento menciona las palabras igualdad, dignidad o derechos humanos.

Esta instrucción se dictó vulnerando el ordenamiento jurídico español, en primer lugar porque una norma reglamentaria que es esta instrucción no puede contravenir una norma de rango superior como es la LTRHA. Y por supuesto, la DGRN no puede contravenir la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el contrato de gestación por sustitución se vulneran derechos fundamentales de la mujer y del niño.

En segundo lugar porque el artículo 954.3ª de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881 que se encontraba en vigor, conforme lo dispuesto en el primer punto, tercera de la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone que las ejecutorias tendrán fuerza en España si la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España. Y la gestación por sustitución está prohibida en España. Y conforme al artículo 10.2 de la Constitución las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades se interpretarán conforme con la Declaración universal de derechos humanos y demás tratados y acuerdos firmados y ratificados por España.

Actualmente esta instrucción continúa en vigor contraviniendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 46.1.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil ya que las resoluciones extranjeras en materia civil no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público. Por tanto, no serán de aplicación las leyes extranjeras o resoluciones judiciales que no sean lícitas, a pesar de todo ello, esta instrucción sigue actualmente en vigor y es de la que se sirven las personas que encargan niños en países extranjeros para poder inscribirlos en el Registro civil español.

Esta instrucción manifiesta que conforme lo dispuesto en la LTRHA, el contrato de gestación por sustitución con o sin precio es nulo de pleno derecho y que la filiación de estos niños será determinada por el parto. Queda la reclamación de filiación paterna recogida en el artículo 10.3 tanto para el hijo como para el padre que aportó material genético.

Mediante esta instrucción quieren marcar las directrices para que los encargados de los Registros civiles resuelvan las solicitudes de inscripción registral de ciudadanos españoles en relación con los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución.

La DGRN manifiesta que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida cuando no es cierto (art. 2.1 LTRHA). Una mujer no puede ser nunca una técnica de reproducción humana asistida y en la gestación por sustitución la mujer se utiliza como materia prima para producir el producto que será un niño. La Instrucción señala el tercer punto del artículo 10 de la LTRHA para determinar la filiación de los niños nacidos a través de la gestación por sustitución.

La DGRN centra el objetivo de esta instrucción en la protección del interés superior del menor y aborda tres elementos; -establecer los requisitos y condiciones para inscribir a estos niños en el Registro civil español cuando al menos una persona que forma la parte comitente sea española; -evitar inscribir a niños que hayan sido objeto de tráfico internacional de menores; -que no se impida al menor conocer su origen biológico. A continuación la DGRN indica que deben valorarse otros intereses como los de las mujeres ya que al prestarse para la gestación por sustitución se comprometen a renunciar a sus derechos como madres.

Es requisito imprescindible para que el encargado del Registro civil pueda realizar la inscripción que los interesados aporten una resolución judicial dictada por un Tribunal competente con el fin de comprobar los requisitos de perfección y contenido del contrato así como la protección de los intereses del menor y de la madre. A través de esta sentencia judicial se debe de comprobar la plena

capacidad jurídica y de obrar de la madre, la eficacia legal del consentimiento que ha prestado y que no haya sido sometida a engaño, violencia, coacción la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. También debe proporcionar la información necesaria para comprobar que ese contrato de gestación por sustitución no encubra el tráfico internacional de menores.

Esta instrucción establece una rectificación con respecto a la resolución dictada por la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009 y que fue anulada por la sentencia de 15 de septiembre de 2010, las inscripciones registrales de nacimiento de estos niños ya no serán posibles con la certificación registral extranjera.

Ahora existen dos posibilidades para que la inscripción registral se haga efectiva, se deberá instar el exequátur excepto que la resolución judicial extranjera tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria o previo reconocimiento incidental en España de la sentencia en cuestión.

En relación con este último supuesto, la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil dispone en su artículo 41.2 que *“También serán susceptibles de reconocimiento y ejecución de conformidad con las disposiciones de este título las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.”* En su disposición adicional primera apartado g) dispone que las normas de Derecho Internacional privado incluidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria tienen la consideración de normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil. Y en el artículo 11 de la ley de jurisdicción voluntaria recoge los requisitos para la inscripción en los registros civiles de las resoluciones definitivas extranjeras de jurisdicción voluntaria emanadas de un órgano judicial. Para la inscripción definitiva, aunque siempre quedará la posibilidad de impugnación, deberán superar el trámite del exequátur o reconocimiento incidental en España. El encargado de realizar ese reconocimiento incidental sería el encargado del Registro civil.

A continuación, el artículo 12.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil dispone los criterios concretos que deberá tener en cuenta el encargado del Registro civil a la hora de resolver una solicitud de inscripción registral y dispone que se denegará el reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras cuando este reconocimiento produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español o si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho

fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico. Existe una considerable similitud entre los requisitos relacionados en la Instrucción que se estudia y los dispuestos en el artículo 12.3 de la ley de jurisdicción voluntaria. Aunque en la instrucción de la DGRN no indica nada en relación al orden público español.

Por tanto, se puede afirmar otra vez que el motivo fundamental por el que las inscripciones de niños nacidos por gestación por sustitución se sigue permitiendo en España es porque no existe voluntad de las distintas Administraciones Públicas de parar con esta explotación de la mujer violando su dignidad. Reconociendo que la gestación por sustitución supone una violación de los derechos de la mujer y del niño.

Como indica Lucas Esteve *“La inscripción en el Registro civil español de un niño nacido por gestación subrogada no es una consecuencia última y periférica del contrato, es la parte sustancial y esencial de dicho contrato, ya que permite su pleno reconocimiento por el Derecho español.”*⁸⁷ La DGRN con esta instrucción ha establecido los requisitos para reconocer un contrato prohibido en España ya que atenta contra el orden público.

Después de la sentencia de 6 de febrero de 2014 dictada por la Sala de lo civil del Tribunal supremo donde considera que el contrato de gestación por sustitución vulnera el orden público internacional, no es lógico que la presente instrucción esté en vigor y sea el instrumento utilizado por los ciudadanos españoles para seguir explotando y mercantilizando a mujeres en el extranjero.

4.4 Sentencia 23 de noviembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Valencia

Los demandados recurrieron la sentencia de 15 de septiembre de 2010 citada anteriormente y la Audiencia Provincial de Valencia resolvió desestimar el recurso de apelación.

El conflicto a resolver en esta sentencia es si una certificación registral extranjera que documenta una filiación debida a un contrato de gestación por sustitución puede acceder al Registro civil español constando la prohibición de la legislación española.

El artículo 23 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1.957 dispone que también podrán practicarse las inscripciones en virtud de documento auténtico sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Por tanto la ley del

⁸⁷ Lucas Esteve, A. (2019). La gestación por sustitución. Tirant Lo Blanch. Valencia. p. 41.

Registro civil prohibiría la inscripción solicitada ya que la gestación por sustitución está expresamente prohibida en la LTRHA. Los demandados vuelven a reiterar que están sufriendo discriminación por ser un matrimonio homosexual y el Tribunal manifiesta que si fuera una pareja de dos mujeres las que acudieran a la gestación por sustitución, también les sería denegada la solicitud de inscripción.

El Tribunal hace referencia a que la prohibición de la gestación por sustitución tiene como finalidad velar por el interés superior del menor para impedir que la vida humana sea objeto de comercio. Y que la satisfacción del interés del menor no puede suponer la vía para infringir la ley. El Tribunal también declara que la identidad de los menores no está en peligro ya que ellos disponen de la que resulta de la ley de California.

Aquí se vuelve a observar que no se entra en el fondo del asunto, en la violación de la dignidad de la mujer y del niño.

4.5. Sentencia de 6 de febrero de 2014

Los demandados interpusieron recurso de casación y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó sentencia el 6 de febrero de 2014. El recurso de casación interpuesto por la parte comitente se basó en la infracción del artículo 14 de la Constitución española, por vulneración del principio de igualdad en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores recogido en la Convención de Derechos del niño. Los demandados manifestaron que *“ellos serían los mejores padres que los menores podrían tener frente a la mujer que los dio a luz y que asumió un papel de mera parte en un contrato.”*⁸⁸ Aquí podemos observar lo que supone la madre de estos niños para los demandados, un mero recipiente que alquilaban por un precio determinado para que fabricara unos niños y que inmediatamente después de dar a luz, les fueran entregados a los demandados. Con estas manifestaciones se constata el desprecio y la poca importancia que muestran hacia la madre y que no la consideran ni un ser humano.

También alegaron que el contrato de gestación por sustitución no se puede considerar válido ni se puede ejecutar en España por ser contrario al orden público internacional español pero que no impide el acceso al Registro civil de la filiación resultante de tal contrato. Yo pienso que este argumento se contradice ya que si el contrato de gestación es nulo de pleno derecho no produce efecto alguno. Además, el artículo 10.2 de la LTRHA dispone que la madre siempre será la que de a luz y en el certificado registral extranjero no consta el nombre de la madre, siendo los únicos

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 06/02/2014. Roj:STS 247/2014- ECLI: ES:TS:2014:247. Fundamento de Derecho 2º.2-2)

progenitores de los niños los demandados. Además no puede admitirse la separación entre la maternidad y la filiación que es lo que se pretende en la gestación por sustitución.

En esta sentencia el Tribunal Supremo sí que resuelve en cuanto a la cuestión de la inscripción de un certificado extranjero manifestando que el citado certificado debe de tener las garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española pero también que no debe existir duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española y es aquí cuando el Tribunal dispone que *“el control no debe limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos en que se precisará”*⁸⁹

El Tribunal Supremo considera que el contrato de gestación por sustitución vulnera el orden público internacional, entendido éste como el respeto al orden público ya que es un sistema de derechos y libertades individuales que garantiza la Constitución así como los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España. Manifiesta que *“en el ordenamiento jurídico español no se acepta que los avances de las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad en la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación y cosificando a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos y posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza”*.

Como indica Díaz Fraile *“En este sentido destaca que las normas que regulan aspectos fundamentales de la familia y de las «relaciones paterno-filiales tienen anclaje en preceptos constitucionales», y por tanto están vinculados al orden público español*⁹⁰ “

La ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia el artículo 26.1.2º define el orden público español en relación con las adopciones internacionales como *“ aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación.»* El contrato de gestación por sustitución y la adopción, ya he explicado que son dos situaciones diferentes, sin embargo convergen en ambas determinadas personas como son la madre, el niño y los interesados en querer ser padres. En la adopción internacional no puede existir

89 Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. 06/02/2014. Roj:STS 247/2014- ECLI: ES:TS:2014:247. Fundamento de Derecho 3º.3)

90 Díaz Fraile, J.M. (2019). La gestación por sustitución ante el Registro civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea. Revista de Derecho civil. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019) Estudios, pp. 53-131. p. 59

ningún pago o compensación a cambio del menor y en el contrato de gestación por sustitución altruista u oneroso existe una compensación económica o un pago de un determinado importe a cambio del hijo que se ha encargado para satisfacer un deseo.

El contrato de gestación por sustitución se practica sobre todo en países con una economía emergente o como en Estados Unidos donde existe una gran variedad de clases sociales y donde el acceso a la sanidad y la educación es privado y con un coste elevado. No es lógico pensar que mujeres jóvenes y sanas con un puesto de trabajo relevante y bien remunerado van a poner en peligro sus vidas llevado a cabo un embarazo un parto y entregando su hijo a otras personas a cambio de un dinero o de una compensación económica.

Por tanto el Tribunal considera que el contrato de gestación por sustitución es nulo porque no respeta los derechos fundamentales de la mujer gestante ni del niño. La sentencia argumenta que el ordenamiento jurídico español no permite la vulneración de la dignidad de la mujer y del niño. Que este contrato utiliza a la mujer como un instrumento para fabricar niños y que son mujeres que se encuentran en una situación económica de necesidad. También que se crea una “ciudadanía censitaria” ya que únicamente las personas que dispongan de un elevado capital podrán establecer relaciones paterno-filiales que la mayoría de la sociedad no puede acceder a ellas.

En cuanto a la argumentación que realiza el Tribunal Supremo generalizando de que las mujeres se encuentran en una situación de pobreza o dificultad económica, se podría pensar que la situación económica que puedan vivir de forma generalizada las mujeres de Estados Unidos no puede compararse con la de Ucrania o India. Yo pienso que no se puede comparar bajo el mismo nivel económico pero sí comprendiendo las distintas sociedades, su situación económica y por tanto sus necesidades. En Ucrania puede que la mujer acceda a alquilar su cuerpo para poder comprar una casa, un coche, incluso poder, durante un determinado tiempo, mantener una economía estable básica para la supervivencia como puede ser pagar los recibos de servicios básicos como la luz, agua, gas, alquiler o hipoteca. En Estados Unidos, por las informaciones que nos llegan a través de los medios, puede que la mujer que se presta a realizar este contrato, tenga su economía básica solventada, que tenga una familia estable y un trabajo estable, pero que no puede costear los estudios universitarios de su hijo, también pudiera darse el caso de que sea la propia mujer gestante la que no puede costearse sus estudios universitarios o que no disponga de suficiente dinero para afrontar posibles gastos médicos. Es públicamente conocido que los estudios universitarios en Estados Unidos son muy caros, que los estudiantes deben pedir créditos y que la

sanidad no es pública, que hay distintos seguros que cubren un tanto por ciento del coste generado. Un artículo periodístico informa de que 28 millones de estadounidenses no tienen seguro médico y que *“desde los años 80, prácticamente todos los hospitales del país tienen prohibido denegar la atención de urgencia a cualquiera, tenga o no seguro”*⁹¹. Por tanto, yo sí que pienso que en ambos casos puede ser que la mujer acceda a alquilar su cuerpo por necesidad económica y por tanto sí que son comparables Estados tan diferentes como Ucrania y Estados Unidos.

De todas formas el Tribunal no argumenta únicamente su oposición con motivos de necesidad económica de las mujeres, sino que el contrato de gestación por sustitución vulnera el orden público internacional español porque atenta contra derechos fundamentales de la mujer como la dignidad, aunque no profundiza en el mismo. Que la mujer de Estados Unidos se ofreciera por necesidades económicas no es determinante ya que este contrato provoca una mercantilización del cuerpo de la mujer una cosificación, ya que la utiliza como un recipiente para gestar un bebé que le es arrebatado y del que debe renunciar a los derechos propios que posee como madre del niño. Además, alrededor de la gestación por sustitución se lucran múltiples intermediarios como pueden ser el personal sanitario, despachos jurídicos, etc.

Por tanto, conforme al artículo 9.1 de la Constitución española los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y es por ello que el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho porque viola y atenta contra los derechos fundamentales de la mujer, del niño y vulnera el orden público internacional español.

También hace referencia a la certificación registral extranjera que atribuye la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución, lo que es contrario al orden público internacional español ya que resulta incompatible con las normas que regulan aspectos básicos de las relaciones familiares que han sido creadas conforme a los valores constitucionales de la dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

Es esta sentencia la que dispone que aunque el interés superior del menor es una consideración primordial, este principio no es el único que deba tomarse en cuenta ya que concurre con el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante. Por tanto es imprescindible realizar una ponderación de derechos.

91 https://www.eldiario.es/internacional/sistema-sanitario-EEUU-prueba-coronavirus_0_1009649064.html
Consultada el 08/05/2020

El Tribunal dispone que conforme al artículo 10.3 el padre biológico, que en ningún momento han manifestado quién es, puede reclamar la paternidad. Finalmente, la sentencia que desestima el recurso de casación insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores para su protección.

Los recurrentes consideran que la única manera de satisfacer el interés superior del menor es reconocer la filiación realizada en la certificación registral extranjera. Puesto que contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho y no se ha atribuye la condición de madre a la mujer que dio a luz al niño, ha vulnerado el interés superior del menor. El Tribunal manifiesta que invocar de manera indiscriminada al interés superior del menor conllevaría a no cuestionarse cualquier vulneración del resto de bienes jurídicos considerados por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor con personas acomodadas como las que encargan niños mediante el contrato de gestación por sustitución. No reconocer la filiación que estableció la autoridad de California puede suponer un perjuicio para la situación jurídica de los menores pero si se llevara a cabo la inscripción solicitada también supondría un perjuicio para el menor ya que la filiación resultaría determinada por las personas que han realizado el encargo del menor a través del contrato de gestación y este contrato lo convierte en un objeto de tráfico mercantil.

Finalmente el Tribunal Supremo resuelve denegar la inscripción ya que así protege la dignidad humana de la madre y de los niños. El Tribunal Supremo insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores .

Posteriormente, los interesados presentaron escrito promoviendo incidente de nulidad de actuaciones frente a la anterior sentencia y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó auto el día 2 de febrero de 2015. Este auto confirmó la sentencia número 835/2013, de 6 de febrero de 2014 dictada por el Pleno de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo. Los recurrentes fundamentaron el recurso en la vulneración de tres derechos fundamentales; - la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24 de la Constitución. -Derecho a la igualdad sin discriminación, en cuanto a los menores por razón de nacimiento y en cuanto a los recurrentes en cuanto a su orientación sexual. -intimidación familiar. En el auto, únicamente se hace referencia a la protección de la madre para evitar la vulneración de sus derechos cuando hacen referencia a las sentencias dictadas por los Tribunales franceses puesto que una norma establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas y ello significa que el contrato de gestación por sustitución es contrario al orden público

internacional. En ningún momento en la sentencia se analizan los derechos fundamentales violados de la madre que es el principio ya que sin mujer no existiría niño ni interés superior del menor.

Posteriormente a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de febrero de 2014, la DGRN emitió un informe el 11 de julio de 2014 en el que indicaba que en el estado legislativo y jurisprudencia actual, la citada sentencia no afectaba a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 ya que la sentencia resolvía sobre un supuesto en el que se solicitaba la transcripción de la certificación registral extranjera.

4.6 La Dirección General de los Registros y del Notariado frente a la gestación por sustitución

La Dirección General de los Registros y del Notariado es el centro superior directivo, consultivo y responsable último del Registro Civil. Sin embargo la DGRN debe someterse al principio de jerarquía normativa y no debe dictar instrucciones o resolver cuestiones contradiciendo la legislación en vigor ya que provoca inseguridad jurídica. La instrucción de 5 de octubre de 2010 vulnera los derechos fundamentales y libertades que la Constitución española reconoce y que se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos sobre las mismas materias ratificados por España. Es a través de esta instrucción que se está admitiendo el contrato de gestación por sustitución prohibido en nuestro ordenamiento jurídico y permitiendo la inscripción de niños nacidos a través de la gestación por sustitución está vulnerando la ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida ya que esta ley prohíbe los contratos de gestación por sustitución.

Frente a esta situación de legalización de la gestación por sustitución a través de las inscripciones de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por sustitución gracias a la instrucción de 5 de octubre de 2010, los distintos poderes del Estado no toman ninguna medida y la DGRN continua su creación de instrucciones al respecto para seguir creando un mayor caos alrededor de la gestación por sustitución.

4.6.1 La Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante la gestación por sustitución y sus escasos días de vida

Establece los requisitos para realizar la inscripción de nacimiento en el Registro civil de un niño nacido por gestación por sustitución.

Sin derogar la Instrucción de 5 de octubre de 2010, esta nueva instrucción añade una nueva forma de determinar la filiación. Junto con la sentencia judicial extranjera que determinara la filiación se añade otra opción que es a través de un trámite administrativo registral de reconocimiento. El comitente español podrá aportar una prueba de ADN que indique esa filiación biológica. Por tanto, ya no sería necesaria la sentencia judicial extranjera que determinara la filiación.

También añade que si ese comitente tiene pareja o cónyuge, para conseguir la filiación será necesario iniciar un procedimiento de adopción del menor que será tramitado en España.

Esta instrucción dispone que *“ante la eventualidad de que el menor se quede desamparado en el país donde se ha producido la gestación, el ordenamiento jurídico debe dar una respuesta más compleja que la simple ignorancia de toda relación jurídica entre la comitente y el menor, por aplicación del art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.”* La instrucción indica que si la comitente aportó el óvulo se deberá aplicar el artículo 10.3 para determinar la filiación materna a favor de la mujer que encargó al niño. Esto es rotundamente contrario a las normas legales determinantes de la filiación y por ello del orden público internacional español, ya que la madre biológica siempre será la madre gestante. Esta instrucción lo que pretende es burlar la legislación de algunos países que establecen como padres biológicos a los comitentes.

Es interesante como la DGRN quiere borrar a las mujeres que son las madres de estos niños en la cuarta directriz, en sus puntos primero y segundo establece que se debe de realizar una primera inscripción con los datos de la madre y una segunda donde constarán los datos de la persona o personas que encargaron al niño. A continuación se realizará una nueva inscripción en la que únicamente constarán los datos de la persona o personas que lo encargaron y en una casilla se hará referencia a la primera inscripción que será cancelada y sólo podrán tener acceso a ella el interesado cuando fuera mayor de edad y terceras personas que obtengan autorización conforme lo dispuesto en el último párrafo del artículo 21 del Reglamento del Registro civil.

Ante esta instrucción contraria a la legislación española, pocos días después la DGRN publicó la **instrucción de 18 de febrero de 2019** que dejaba sin efecto la de 14 de febrero y establecía la continuidad de la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Lo primero que indica la instrucción de 18 de febrero es que la gestación por sustitución produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes y que tienen que salvaguardar el interés de los niños. Sigue indicando de la actividad lucrativa que las agencias mediadoras consiguen por los contratos de gestación por sustitución y llama a una actuación internacional coordinada, además afirma que han existido claros abusos contra las mujeres gestantes.

Por tanto, existiendo la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 6 de febrero de 2014 que manifiesta que el contratos de gestación por sustitución es contrario al orden público internacional español ya que vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño porque mercantiliza la gestación y filiación y cosifican a la mujer y al niño permitiendo que los intermediarios realicen negocio con ellos, y que no puede prevalecer el interés del menor sobre cualquier otro derecho fundamental vulnerado, seguimos teniendo la instrucción de 5 de octubre de 2010 que vulnera el principio de jerarquía normativa y sirve para sortear la LTRHA.

4.7 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La 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, condena la gestación por sustitución y declara que es contraria a la dignidad humana de la mujer, estima que debe prohibirse esta práctica y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos. Sin embargo, a pesar de esta solicitud por parte del Parlamento Europeo, España y el resto de países de Europa siguen sin hacer cumplir la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La gestación por sustitución también conlleva cuestiones éticas pero la moral y la ética no es ningún impedimento para obtener un planteamiento y conclusiones objetivos ya que deben subordinarse a los derechos fundamentales.

Se indica que estos derechos forman parte del libre desarrollo de la personalidad propia, para realizar un proyecto de vida propio ya que hay que proteger determinados derechos humanos de la mujer como su derecho a tener el control sobre cuestiones relativas a su sexualidad. El contrato de gestación por sustitución no se puede incluir el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a tener hijos ya que a la madre le arrebatan sus derechos de filiación respecto al hijo que ha parido y debe entregarlo a otras personas para que satisfagan un deseo.

El artículo 6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer dispone que *“los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres”*. Sin embargo, los países han hecho caso omiso a este mandato.

El Parlamento Europeo en el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto, en la observación 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, condena la práctica de la gestación por sustitución ya que manifiesta que “ *es contraria a la dignidad humana de la mujer*”.

La Conferencia de la Haya indicó que la maternidad de sustitución se ha convertido en un mercado mundial. Y debido a esta globalización el mercado de la gestación por sustitución es un negocio multimillonario. Hay miles de personas con el consentimiento de los Estados, viviendo a costa de la explotación de la mujer. Miles de mujeres son esclavizadas, explotadas, sus derechos fundamentales violados y los gobiernos de los distintos Estados no toman cartas en el asunto.

El Consejo de 2015 sobre las circunstancias generales y la política de la Conferencia (CAGP) decidió constituir un grupo de expertos para estudiar los problemas de filiación de estos niños nacidos por gestación de sustitución. Este grupo se reunió al menos una vez al año desde el 2016 al 2019. En el año 2020 se renovó el CGAP acordando que sus futuros trabajos irían en la línea de elaborar un instrumento general de derecho internacional privado sobre el reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras sobre la filiación y un segundo instrumento sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en materia de filiación debidas a la aparición de convenciones de maternidad de sustitución de carácter internacional.⁹²

En las primeras reuniones, como en la del 2012, sí que se hacía referencia a esas madres gestantes que se encontraban en determinados países con una economía emergente y que gestaban niños para las partes comitentes que se encontraban en países más ricos. Sí que se hablaba de la posible vulneración de la dignidad de la madre gestante y del niño⁹³ Pero a medida que pasaba el tiempo y se iban realizando las siguientes reuniones, la cuestión de la vulneración de los derechos humanos de la madre así como la explotación de la mujer dejaron de tratarse para centrarse en los problemas que surgían para realizar la inscripción del nacimiento, por tanto, de la filiación. En la última reunión en 2019 se buscan soluciones para evitar las filiaciones dudosas.⁹⁴ Por tanto, actualmente no existe un estudio por la Convención de la Haya sobre la vulneración de los derechos humanos de la madre gestante ni del niño relativo a la explotación de la mujer y del niño.

92 Convención de la Haya. Filiación y maternidad de sustitución. <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> Consultada el 04/05/2020

93 2012 :Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

94 2019 : Rapport de la réunion de octobre/novembre 2019 du Groupe d'experts relatif au Projet filiation / maternité de substitution (6e réunion) <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

Actualmente, los Estados donde está prohibida la gestación por sustitución, terminan inscribiendo a estos niños basándose en el interés superior del menor. Es importante estudiar la doctrina del TEDH en sus sentencias *Mennesson C. Francia*, *Labassee C. Francia* de junio de 2014 y *Campanelli C. Italia*.

4.7.1 Sentencia Menesson y Labassee

Los casos de *Menesson* y *Labassee* fueron resueltos en una misma sentencia con fecha 26 de junio de 2014.

Se trata en ambos casos de matrimonios franceses que debido a la infertilidad de las mujeres no pueden tener hijos biológicos. Se trasladan a California, Estados Unidos para llevar a cabo su objetivo de ser padres biológicos a través de la gestación por sustitución. Allí utilizan a una mujer a la que le implantan un embrión con gametos del marido y óvulo de una donante. En ambos casos nacieron gemelos. En el caso *Menesson*, el encargado del Consulado de Francia en Los Ángeles les denegó la solicitud de inscripción porque sospechaba que se trataba de un contrato de gestación por sustitución. Como los gemelos tenían pasaporte estadounidense y la parte comitente figuraba como sus padres pudieron volver a Francia. Una vez en territorio francés, las autoridades iniciaron una investigación ya que trataron de simular que la señora *Menesson* era la que había dado a luz. Sin embargo el juzgado de instrucción consideró que como ese hecho se había producido fuera del territorio francés donde los hechos no son penalmente reprochables, esos hechos en territorio francés no constituían delitos. Posteriormente sí que fueron inscritas las niñas en el Registro civil consular francés en Los Ángeles y un Tribunal de primera instancia ordenó anular la inscripción ya que el contrato por el que una mujer se compromete a engendrar y gestar un niño para abandonarlo después de su nacimiento es nulo y contraviene los principios del orden público de la indisponibilidad del cuerpo humano y de la indisponibilidad del estado de las personas. Que este contrato es contrario al orden público internacional y al orden público francés. Los *Menesson* tras agotar la vía judicial en Francia sin conseguir la inscripción de las niñas, presentaron demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fundamentada en la vulneración del artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

En mi opinión, creo que no es acertado basar la demanda en los artículo 8 y 14 del CEDH ya que Francia denegó la inscripción de las niñas y por ello los derechos de filiación a los *Menesson* porque el contrato de gestación para otros es contraria al orden público, la salud de la madre así como la del niño y vulnera los derechos y libertades de la madre y las niñas.

Los *Menesson* alegaron que ellos llegaron a creer que la excepción del orden público no les sería impuesta en la inscripción registral ya que adquirieron esos derechos de filiación sin fraude en el

extranjero. Respecto a esta alegación no estoy de acuerdo, ya que los Mennesson eran conocedores que la gestación para otros en Francia estaba prohibida expresamente y por ello huyeron a Estados Unidos para poder llevar a cabo el objetivo de conseguir un niño y pretender que Francia inscribiera a esas niñas fruto de un contrato prohibido en Francia.

Los Mennesson inician su demanda TEDH en base al establecimiento de la filiación y manifiestan que no existe ninguna norma en Francia que prohíba establecer un lazo de filiación entre un niño nacido por contrato de gestación para otros y la mujer y el hombre que lo acogerían. Sin embargo, en el artículo 16-7 del Código civil francés se recoge la prohibición expresa de los contratos de gestación para otros al establecer que son nulos así como la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas. Así que la madre gestante es la madre biológica. Si Francia hubiera llevado a cabo la inscripción de las niñas hubiera dotado de efectividad al contrato de gestación para otros. Y el Derecho francés es un reflejo de los principios éticos y morales que se oponen a que el cuerpo humano se convierta en un objeto de transacción y que el niño se reduzca a ser el objeto de un contrato.

Los demandantes alegan que la negación de Francia en inscribir los nacimientos y que estas niñas residan en Francia provocan perjuicios en las niñas y los Mennesson ya que cada vez que necesitan realizar un trámite con las niñas les solicitan el libro de familia así como la no adquisición de la nacionalidad francesa para las niñas. Y que el hecho de que Francia no quiera inscribir el nacimiento de las niñas nacidas por el contrato de gestación para otros prohibido en Francia choca con el interés superior del menor. También le dan importancia a que uno de “los padres de intención” aportó material genético y por tanto existe un lazo de filiación biológica.

Los demandantes indican que el principio primordial de la igualdad de las filiaciones es que no debe de existir diferencia de derechos y obligaciones por las circunstancias que concurran en el nacimiento. Y que al igual que un niño adoptado se encuentra en la misma situación jurídica que uno biológico, el nacido por gestación por sustitución debe tener el mismo tratamiento.

Sin embargo, en una adopción internacional las autoridades del país receptor, en este caso Francia, comprobaran que no se han cumplido todos los requisitos legales en la tramitación de la misma para que tenga validez en el país en cuestión, no debería aceptar esa adopción. Por tanto, no siempre cualquier filiación determinada en un país extranjero debe ser aceptada.

Los demandantes indican que no importa que estas niñas hayan nacido por gestación para otros y que además el señor Mennesson es padre biológico de ellas. Añaden que los Mennesson se encuentran con las mismas dificultades cotidianas que un niño adoptado y que debido a la negativa

de Francia a inscribirlas en el Registro y por tanto adquirir la nacionalidad francesa no tendrán en un futuro derecho a heredar, votar, etc. Y que existiendo un certificado registral extranjero indicando la filiación no existe razón suficiente como para negar la inscripción alegando que vulnera el orden público. También que el principio de indisponibilidad del cuerpo humano y “mater semper certa est”, a día de hoy son principios que se han visto alterados en el derecho positivo.

El Tribunal francés manifiesta que no se puede comparar una técnica de reproducción humana asistida con la gestación por sustitución ya que en la primera se realiza a través de una donación, normalmente anónima mientras que en la segunda implica una distancia importante entre la persona y las partes del cuerpo humano que se ofrecen para llevar a cabo el objeto de la gestación.

Los demandantes, conforme el artículo 41 de la DEDH reclaman 10.000 euros por perjuicio moral así como las traducciones que han debido realizar de los certificados de nacimiento.

Finalmente el TEDH resolvió declarando la inexistencia de violación del artículo 8 CEDH en cuanto al derecho de los Mennesson con respecto a su vida familiar y sí consideró que existió violación del artículo 8 CEDH en cuanto al respeto de la vida privada de las menores por el principio del interés del menor. El TEDH considera que el Estado francés, a través de sus tribunales, al impedir la inscripción registral y negar el vínculo de filiación imposibilitó un principio fundamental de las niñas como es la filiación y el reconocimiento a una identidad ya que no disfrutaban de la nacionalidad francesa. Las niñas vivían en Francia y se encontraban en una situación de inseguridad jurídica y ello supone una violación de la vida privada de las menores.

El TEDH condenó al Estado francés a dejar sin efecto sus resoluciones denegando la inscripción de las niñas y ordenando la citada inscripción.

El TEDH pone de manifiesto que el deseo de reproducirse a toda costa para satisfacer una inquietud individual no provoca sólo consecuencias en la parte comitente sino también en los niños que se encuentran privados de una identidad .

En esta sentencia se pasa por alto el principio del orden público y sobre todo los derechos de la madre que es la que dio a luz. Esta sentencia para resolver la inscripción registral se fundamenta en el interés superior del menor. Se habla de su identidad en Francia, de los problemas que existen para realizar tareas cotidianas pero en cuanto a la identidad en relación con los orígenes de las niñas, se deja apartada la figura de la madre biológica. El certificado de nacimiento no constaba el nombre de

la madre sino que directamente aparecían los datos del matrimonio Mennesson como si fueran ellos los padres biológicos. De este derecho a la identidad violado por el contrato de gestación por sustitución no resuelve nada el TEDH.

El gobierno francés impidiendo la inscripción de estas niñas tenía como objetivo disuadir a sus ciudadanos a que utilicen la gestación por sustitución, sin embargo, el TEDH no ha realizado ninguna declaración para castigar a “los padres intencionales”.

4.7.2 Sentencia Foulon y Bouvet

La sentencia del TEDH Foulon y Bouvet c. Francia de 21 de octubre de 2016 también es interesante estudiarla. El señor Foulon solicitó inscribir en el Registro civil de Francia en Bombay. Presentó un certificado de nacimiento donde aparecían él y la madre india como progenitores del niño. El Consulado resolvió denegar la citada inscripción. Finalmente la Cour d’appel de Rennes declaró que se trataba de un contrato de gestación para otros, que el padre le había entregado a la madre una suma de dinero que no hace falta hacer referencia ya que para esta mujer 1.500 euros suponen tres meses de salario.⁹⁵ No existía relación de pareja entre ambos, como hicieron creer a las autoridades francesas. Por lo que se trataba además de una compra de un niño y tanto la compra de niños como la gestación para otros es contraria al orden público y el interés superior del niño no puede prevalecer frente a los actos realizados por el señor Foulon y por tanto no existe una injerencia en la vida privada conforme el artículo 8 de la CEDH.

En cuanto al señor Bouvet, solicitó en el Consulado de Francia en Bombay la inscripción registral de dos niños. Intentó ocultar que habían nacido a través de la gestación por sustitución. A estos niños el Consulado francés les expidió la documentación necesaria para que pudieran entrar en Francia.

Los señores Foulon y Bouvet alegan que su situación es similar a la de las familias Mennesson y Labassee y alegan la violación de los artículos 8 y 41 de la CEDH.

El TEDH resuelve declarando que la negativa del gobierno Francés a la inscripción del nacimiento de los menores no constituye una violación del artículo 8 de la CEDH en cuanto a la vida familiar de los señores Foulon y Bouvet sin embargo declara la violación del artículo 8 en cuanto a la vida privada de los tres menores. El gobierno francés es condenado al pago de unos importes por gastos y daños morales.

Por tanto, parece que según las sentencias Labassee, Menesson, Foulon y Bouvet, la doctrina del TEDH en cuanto a las negativas de los gobiernos en cuanto a la inscripción de nacimiento de estos

95 Affaire Foulon et Bouvet c. France. (Requêtes n.º 9063/14 et 10410/14). 21/10/2016. Strasbourg. En fait 3.15.

niños es la prevalencia del interés superior del menor ya que la no inscripción viola el artículo 8 de la CEDH en cuanto a la vida privada de los menores.⁹⁶

Como indica Lucas Esteve *“Además del interés particular de un niño, también es necesario analizar el interés de los niños, en general, y defender que los niños pueden ser objeto de comercio internacional no es la mejor forma de proteger al menor”*⁹⁷ Por ello las inscripciones de los niños nacidos por gestación por sustitución se están fundamentando en el interés superior del menor, dejando de un lado los derechos humanos de la madre que son vulnerados, permitiendo una actuación contraria al orden público internacional y también sin estudiar el interés de los niños en general, ya que con esta doctrina, que es la que sigue también la DGRN se está permitiendo y ayudando la comercialización de niños, la explotación del cuerpo de las mujeres que van contra el orden público internacional español.

4.7. 3 Sentencia Paradiso Campanelli

Sin embargo, el 24 de enero de 2017 el TEDH dictó la sentencia Paradiso Campanelli c Italia. En este caso un matrimonio italiano con problemas de infertilidad contrató la gestación por sustitución en Rusia. En la inscripción de nacimiento del niño en Rusia el matrimonio italiano aparecía como sus progenitores biológicos y no hacía ninguna referencia al contrato de gestación por sustitución. El señor Campanelli no era el padre. La señora Campanelli se dirigió al Consulado de Italia en Moscú para inscribir al niño y el Consulado expidió los documentos necesarios para que el niño pudiera entrar en Italia. En Italia, el matrimonio Campanelli intentó inscribir al niño en el Registro civil. Italia actuó contra el matrimonio por alteración del estado civil y documentación falsa. Este matrimonio introdujo en Italia el niño haciendo creer que era su hijo. El Tribunal declaró que había que poner fin a esa situación ilegal llevada a cabo por el matrimonio Paradiso Campanelli y el niño fue dado en adopción. El matrimonio Paradiso Campanelli ante las negativas de los Tribunales italianos y una vez agotadas las vías judiciales italianas presentó demanda ante el TEDH.

La conclusión del TEDH fue declarar que no existe ningún derecho de ser padre. Que el TEDH es consciente del impacto que debió sufrir el matrimonio por la inminente separación con el niño aunque la convivencia fue muy corta. Que este matrimonio tenía un deseo muy fuerte de ser padres pero que su desarrollo personal tiene menos importancia que la continuidad de sus relaciones con el niño.

96 Estudio realizado del Affaire Foulon et Bouvet c. France. (Requêtes n.º 9063/14 et 10410/14). 21/10/2016. Strasbourg. En fait 3.15.

97 Lucas Esteve, A. (2019). La gestación por sustitución. Tirant Lo Blanch. Valencia. p. 37.

El TEDH declara que si aceptaran dejar al niño con el matrimonio para que fueran sus padres adoptivos sería como legalizar la situación creada por ellos violando normas importantes del derecho italiano. Que la separación del niño con el matrimonio no supone un perjuicio irreparable ya que la convivencia que existió fue durante un corto tiempo y que se alcanza un equilibrio justo entre los diferentes intereses en juego. No se puede entregar un niño a unas personas que han incumplido la legislación italiana para satisfacer un deseo individual. Que el reconocimiento de la filiación, que se produce exclusivamente de forma biológica o por adopción regulada, compete exclusivamente al Estado italiano.⁹⁸ El TEDH declara que no ha existido violación del artículo 8 CEDH.

Esta sentencia es contraria a su doctrina anterior estudiada en las demandas de Labassee, Mennesson. Foulon y Bouvet. En la sentencia Paradiso Campanelli sí que admite la injerencia en la vida privada del menor al ser denegada la inscripción de nacimiento por Italia. También admite la injerencia familiar ya que el menor es separado del matrimonio y dado en adopción. Para que el Tribunal alcanzara esta decisión ha sido fundamental la inexistencia de vínculo biológico entre el matrimonio y el niño así como el uso de gametos donados que se encuentra prohibida esta práctica en la legislación italiana. Esta sentencia da a entender que no en cualquier situación de gestación por sustitución prevalece el interés superior del menor.⁹⁹

Actualmente parece ser que el país más demandado por los ciudadanos españoles para encargar niños es Ucrania, ya que según las noticias, desde hace varios años están existiendo problemas en el registro civil Consular de España en Ucrania¹⁰⁰ para inscribir a estos niños y el mes pasado se tuvo conocimiento de la existencia de un stock de bebés nacidos por gestación por sustitución en Ucrania paralizado por el coronavirus.¹⁰¹ El diario Público informa en un artículo que Ucrania ha fletado un avión ruta Madrid-Kiev-Madrid para que siete parejas españolas puedan regresar a España con los niños que encargaron ya que han realizado los trámites necesarios con la ayuda de la Embajada de España en Kiev para que las parejas pudieran volver a España con estos niños.¹⁰² Si el gobierno de España en el exterior sigue asesorando legalmente a estas parejas para que estos niños puedan ser

98 Affaire Paradiso et Campanelli c. Italie. (Requête n.º 25358/12). Strasbourg. 24-01/2017. la Cour juge légitime au regard de l'article 8 § 2 la volonté des autorités italiennes de réaffirmer la compétence exclusive de l'État pour reconnaître un lien de filiation – et ce uniquement en cas de lien biologique ou d'adoption régulière – dans le but de préserver les enfants. Pág. 42

99 Estudio realizado de la lectura del Affaire Paradiso et Campanelli c. Italie. (Requête n.º 25358/12). Strasbourg. 24-01/2017.

100 <https://www.lavanguardia.com/vida/20190301/46733788382/bebes-gestacion-subrogada-ucrania-parejas-espanolas-kiev.html>

101 <https://biotexcom.es/bebes-atrapados-en-clinicas-de-gestacion-subrogada-por-el-coronavirus/>

102 <https://www.publico.es/sociedad/vientres-alquiler-bebes-nadie-almacenados.html> Consultada el 07/05/2020.

inscritos en el Registro civil español, el comercio de niños y la explotación de mujeres nunca terminará. Las personas que, para saltarse la prohibición del ordenamiento jurídico español relativo al contrato de gestación por sustitución, se marchan a otros países, reclaman derechos que no les corresponden, el gobierno ya tuvo un pulso con ellos en febrero del 2019¹⁰³ hasta que al final, haciendo oídos sordos a la jurisprudencia y a la legislación, la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) mediante una instrucción está regulando las inscripciones de los niños nacidos por este contrato.

CONCLUSIONES

Desde hace algunos años en España existe un intenso debate sobre la gestación por sustitución. Existen presiones sociales para legalizar esta práctica y debido a la información sesgada y no veraz emitida por los distintos medios de comunicación que más llegan a la sociedad, la ciudadanía está normalizando esta práctica sin plantearse que se están violando derechos humanos de las mujeres y los niños. En el contrato las partes son la mujer y la parte comitente y el objeto del contrato es la entrega de un niño que es un producto. La mujer gesta un niño y cuando nace debe renunciar a sus derechos como madre y entregarlo a la parte comitente. Alrededor del contrato de gestación existen partes intermediarias como las agencias, despachos de abogados y clínicas de fertilidad.

El objetivo de las personas que quieren legalizar la gestación por sustitución es convertir esta práctica en una técnica de reproducción asistida y como ya he dicho a lo largo de mi trabajo, una mujer no es una técnica de reproducción asistida. Una mujer no puede ser utilizada como un artilugio para crear vida. Y un niño es un ser humano, no es un producto que pueda ser objeto de demanda y comercio.

Solicitan la legalización de la gestación por sustitución altruista indicando que con esta modalidad se evitarían las redes de explotación y que las mujeres tienen libertad para decidir qué hacer con su cuerpo. La gestación por sustitución ya es una explotación de la mujer y convierte al niño en un producto. En la gestación por sustitución, la mujer pierde la libertad de disponer de su cuerpo cuando consiente en ser parte del contrato y gestar para otros. La mujer en la gestación por sustitución no está ejerciendo la libertad para desarrollar su personalidad, el gestar para otros no es realizar un proyecto de vida ya que la mujer debe renunciar a los derechos de filiación con respecto a ese hijo (art. 10.1 Constitución). La ciudadanía debe tener claro que en un Estado democrático y de Derecho no existen derechos absolutos. No existe el derecho a tener hijos ya que si así fuera el Estado debería obligar a las mujeres a que tuvieran hijos para otros a demanda.

103 https://www.abc.es/sociedad/abci-exteriores-comunica-parejas-espanolas-kiev-no-inscribira-hijos-gestacion-subrogada-201902131256_noticia.html Consultada el 07/05/2020

Si el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida dispone que el contrato de gestación altruista u oneroso es nulo de pleno derecho, no ha lugar que en nuestro ordenamiento jurídico esté en vigor el artículo 10.3. La gestación por sustitución no es una técnica de reproducción asistida (art.2.1). El artículo 10.3 junto con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado están permitiendo la explotación de mujeres y comercialización de niños en países donde se practica la gestación por sustitución.

Los Estados no pueden permitir que debido a la desigualdad y discriminación que sufren las mujeres globalmente, para seguir malviviendo, las mujeres en situación económica precaria deban alquilar su cuerpo y perpetuar el rol de género de mujer sometida, servil y abnegada cuyo fin en la vida es sacrificarse y complacer a los demás. La gran mayoría de estas mujeres, debido a esa situación económica precaria, no están en igualdad de condiciones que la parte comitente y deben elegir entre alquilar su cuerpo o la pobreza. Por tanto, el consentimiento prestado no es válido. En el trabajo se han podido leer las cláusulas de algunos contratos de gestación que indican las condiciones de esclavitud a las que se encuentran sometidas las mujeres que gestan para otros.

Que una mujer joven, sana, con solvencia económica proporcionada por un buen trabajo que está desarrollando su vida laboral y personal se preste a poner en riesgo su salud, su vida, para gestar un hijo y entregárselo a otras personas, sería una situación excepcional y por esa excepción no se debe admitir ni legislar a favor de la gestación por sustitución, cualquiera que sea su modalidad.

A nivel de las instituciones europeas existe un rechazo frente a la gestación por sustitución, un ejemplo es el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto, en la observación 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015 donde rechaza la gestación por sustitución por considerar que atenta contra los derechos humanos de la mujer. Y en España, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 835/2013 de 6 de febrero de 2014 declara que la gestación por sustitución es contraria al orden público internacional español por vulnerar derechos humanos de la mujer y del niño como la dignidad.

El TEDH seguía la doctrina de obligar a aceptar el contrato de gestación por sustitución a los países demandados e imponiendo la filiación dispuesta por el país del lugar del nacimiento del niño, alegando el interés superior del menor. Sin embargo, con la sentencia Paradiso -Campanelli, el TEDH ha manifestado que el interés superior del menor no prevalece frente a cualquier supuesto de gestación por sustitución. Con esta sentencia, el TEDH aceptó que las autoridades italianas

separaran al niño de la parte comitente y lo pusieran a disposición de los servicios sociales para su adopción, ya que el niño no podía seguir con unas personas que habían incumplido el ordenamiento jurídico italiano.

La gestación por sustitución se ha convertido en un negocio internacional, es un mercado donde ya existe la ley de la oferta y la demanda y para que desaparezca es necesaria una regulación a nivel internacional para abolir la explotación de la mujer y de los menores. Es urgente hacer entender a la ciudadanía que la gestación por sustitución vulnera derechos fundamentales de las mujeres y de los menores. Las autoridades deben de prohibir que se siga emitiendo publicidad de la gestación por sustitución a través de las noticias de personajes famosos que han conseguido niños de esta forma. Se debe educar a la sociedad conforme los derechos fundamentales para que disponga de una capacidad crítica y sea capaz de responder frente a estas violaciones de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Estudios

- ALEXY, R., Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista española de Derecho constitucional*. ISSN: 0211-5743, núm. 91, enero-abril (2011).
- BELLVER CAPELLA, V., Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista. *Cuadernos de Bioética* XXVIII 2017/2^a.
- DE BEAUVOIR, S., *Le deuxième sexe*, I. Gallimard. 2016.
- CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Gestación por sustitución y Derecho internacional privado, más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015). Vol. 7, n.º 2, pp. 45-113. ISSN 1989-4570. 2015.
- CARBONELL, ALEXY, BERNAL PULIDO, JUAN MORESO, PRIETO SANCHÍS, CLÉRICO, VILLAVERDE MENÉNDEZ, CASTIÑEIRA, RAGUÉS, SÁNCHEZ GIL, LOPERA MESA, ÁVILA SANTAMARÍA (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador. ISBN: 978-9978-92-686-4. Quito.
- CORDERO GORDILLO, ÁLVAREZ ALONSO, GUAMÁN HERNÁNDEZ, AZCÁRRAGA MONZONÍS, PÉREZ MARÍN, RODRÍGUEZ MEJÍA, PALANCA PALANCA, MIRTO LÓPEZ, GUILLÉN CATALÁN, TORRE SUSTAETA. (2011). *Derecho y (Des)Igualdad por razón de género. Una visión multidisciplinar*. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- DÍAZ FRAILE, J.M., Ponencia “Gestación por sustitución: Evolución de la Doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea. *Revista de Derecho Civil* <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019).
- GODOY VÁZQUEZ, M.O., La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Uex*, n.º 34 (2018). ISSN 0213-988X.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., (2017). Gestación por sustitución: ¿Regular o prohibir? *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. N°22/2017. Estudios y Consultas. Publicaciones Jurídicas. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco> Pág. 121.
- GONZÁLEZ PULIDO, CASTILLEJO MANZANARES, DEL POZO PÉREZ, DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, PRIETO MARTÍN, SÁNCHEZ BARRIOS, SALINAS DE FRÍAS, GONZÁLEZ BUSTOS, FERNÁNDEZ URBÓN, BUJOSA VADELL, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, BUENO DE MATA, GONZÁLEZ MONJE, RUIZ LÓPEZ, DEL SASTRE OROSA, PREGO MELEIRO, FIGUERUELO BURRIEZA, RAMOS HERNÁNDEZ. 2019 *(Des)Igualdad y violencia de género*. Tirant Lo Blanch. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2019.

- LAMM, E., Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Publicacions i edicions. Universitat de Barcelona. ISBN 978-84-475-3773-0
- LOUSADA AROCHENA, SEREN NOVOA, ESQUINAS VALVERDE, MORALES HERNÁNDEZ, MERCADO PACHECO, PÉREZ ALONSO, ESPINOSA MONTALBÁN, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, VILLACAMPA ESTIARTE, SALMÓN GÁRATE, GARRIDO, ALEMÁN PÁEZ, MORENO CÁLIZ, BOIX, NAVARRO FERNÁNDEZ, TORRES ROSELL, CASADEI, DE LA VILLA GIL, OLARTE ENCABO, MARTÍNEZ CUEVAS, CARLA LERUSSI. POMARES CINTAS, LARA AGUADO, BÖHM, RIVAS VALLEJO, RAMOS TAPIA, RUIZ RESA, GALLO. (2020). Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia.
- LÓPEZ SAN LUIS, R., La gestación por sustitución altruista no elimina el aspecto contractual de la gestación del así nacido. Revista Jurídica de Castilla y León. Nº49 Septiembre 2019. ISSN 2254-3805.
- LUCAS ESTEVE, A., La gestación por sustitución. Tirant Lo Blanch. Valencia 2019.
- MARTÍN AYALA, M., La supuesta donación de la capacidad reproductiva en la gestación por sustitución. DS:Derecho y salud, ISSN 1133-7400, Vol. 29, N.º. Extra 1, 2019.
- MARUGÁN PINTOS, B., Género. Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad. ISSN 2253-6655. 2020.
- MEJÍAS SÁNCHEZ, C.L., Bioética Queer. ISSN 1989-7022. ILEMATA. Revista internacional de técnicas aplicadas, n.º 26, 239-246. 2017.
- ORTEGA LOZANO, R. Gestación subrogada: aspectos éticos. ILEMATA, Revista internacional de Éticas Aplicadas, nº28, 63-74. ISSN 1989-7022. 21-07-2018.
- PASCUAL MEDRANO, A., La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física. Revista Española de Derecho Constitucional, 114, 47-72. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.02>. 2018.
- REGALADO TORES, M.D., (2016) Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. Femeris, Vol.2, No. 2, pp. 10-34. <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756> <http://www.uc3m.es/femeris> .
- SALAZAR BENÍTEZ, O., La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos. Madrid, Dykinson. (2018).
- VELARDE D'AMIL, Y., Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: No inscripción en el Registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. Revista sobre la infancia y la adolescencia, 3, 61- 70 - Septiembre 2012 ISSN 2174- 7210.

- VICANDI MARTÍNEZ, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, ORDÁS ALONSO, ZOCO ZABALA, CAÑIZARES LASO, OLIVA BLÁZQUEZ, GÓMEZ PERALS, PÉREZ VALLEJO, HERMIDA BELLOT, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, CASTRO MARTÍN, ESCOBAR RIVAS, VARELA CASTRO, TORRES GARCÍA, SENENT VIDAL, CAZORLA GONZÁLEZ, TOLDRÁ, CORTADA CORTIJO, SUMOY GETE ALONSO, GARCÍA RUBIO, CATALINA BENAVENTE, SILLERO CROVETTO, FARNÓS AMORÓS, GRAU PINEDA, GETE-ALONSO, VERDERA IZQUIERDO, RODRÍGUEZ MARÍN, OBARRIO MORENO, SOLÉ RESINA, AMMERMAN YEBRA, GARCÍA GOLDAR, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SÁNCHEZ JORDÁN, PÉREZ RIVAS, BARRIO GALLARDO, CALZADILLA MEDINA, ZUBERO QUINTANILLA, MARTÍNEZ, SERNA MEROÑO, PIZZARRO MORENO, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, ESPIÑEIRA SOTO, TAMAYO HAYA, PADIAL ALBÁS, MESA MARRERO, (2019). *Mujer, maternidad y Derecho*. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- LÓPEZ y LÓPEZ, DE MONTALVO JÄÄSKELÄIENEN, ALONSO BEDATE, BELLVER CAPELLA, CADENA SERRANO, DE LOS REYES LÓPEZ, FERNÁNDEZ MÚÑIZ, JOUVE DE LA BARREDA, LÓPEZ MORATALLA, NOMBELA CANO, ROMEO CASABONA, SERRANO RUIZ-CALDERÓN (2017). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Bilbao. Págs. 12-13
- *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. 16 de mayo de 2017.
- EMAKUNDE. Instituto vasco de la mujer. ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?. *Informe final*. 2017.

2. Legislación

Constitución española.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

Convenio de Estambul.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Convención sobre los Derechos del Niño

Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, firmada en Ginebra el 7/09/1955.

Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto 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)).

Instrumento de Ratificación de España del Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961.

Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international. Document préliminaire No 10 de mars 2012 à l'intention du Conseil d'avril 2012 sur les affaires générales et la politique de la Conférence.

3. Jurisprudencia

- Sentencia de 15/09/2010. Juzgado 1ª Instancia, nº 15, Valencia. Roj: SJPI 25/2010 - ECLI: ES:JPI:2010:25.
- Sentencia de 23/11/2011. Audiencia Provincial de Valencia. Roj: SAP V 5738/2011 - ECLI: ES:APV:2011:5738.
- Sentencia de 06/02/2014. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Roj: STS 247/2014 - ECLI: ES:TS:2014:247.
- Auto del 2/02/2015. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Roj: ATS 335/2015 - ECLI: ES:TS:2015:335A.
- Sentencia 13/03/2017. TSJ. Sala de lo Contencioso. Madrid. Roj: STSJ M 1247/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:1247.
- Sentencia Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio de 1999. BOE núm. 162. Suplemento. 08/07/1999.
- Affaire Paradiso et Campanelli c. Italie. (Requête n.º 25358/12). 24-01/2017. Strasbourg.
- Affaire Foulon et Bouvet c. Francia (Requête nº 9063/14 y 10410/14). 21/07/2016. Strasbourg.
- Affaire Mennesson c. Francia. (Requête n.º 65192/11). 26/09/2014. Strasbourg.
- Affaire Labassee c. Francia. (Requête nº 65941/11). 26/09/2014. Strasbourg.

4. Páginas web de Administraciones públicas de otros países.

- <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=23015&lang=FR>
- Convención de la Haya. Filiación y maternidad de sustitución.
- <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>
- <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>
- <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>
- The surrogacy pathway: Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales. - Health Ethics, Population Health, Global & Public Health, cost centre 10800. Health Ethics, Sixth Floor North, 39 Victoria Street, London SW1H 0EU steve.pugh@dh.gsi.gov.uk. Published to gov.uk, in PDF format only. Octubre 2019.
- <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/125468550/details/maximized>

5. Artículos periodísticos, páginas web y redes sociales

- https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html
- https://elpais.com/elpais/2011/04/27/actualidad/1303886929_850215.html
- https://elpais.com/elpais/2016/08/29/estilo/1472479355_927002.html

- <https://www.einforma.com/informacion-empresa/interfertility>
- <https://www.einforma.com/informacion-empresa/agencia-espanola-gestacion-subrogada>
- <https://www.vie-publique.fr/eclairage/18636-gestation-pour-autrui-queelles-sont-les-evolutions-du-droit>
- <https://babygest.com/es/grecia/>
- https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-03-03/grecia-gestacion-subrogada_2479332/
- <https://www.publico.es/sociedad/vientres-alquiler-india-abstenerse-extranjeros.html>
- <http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>
- <https://tribunafeminista.elplural.com/2020/04/nueva-york-andrew-cuomo-usa-la-mortal-pandemia-como-excusa-para-legalizar-los-vientres-de-alquiler/>
- <https://elpais.com/sociedad/2020-05-15/bebes-varados-en-ucrania-la-pandemia-pone-en-cuarentena-el-negocio-de-los-vientres-de-alquiler.html>
- https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html
- <https://www.elmundo.es/madrid/2016/03/17/56ea940a46163f48278b4607.html>
- <http://www.sonnuestroshijos.com/>
- <https://www.nosomosvasijas.eu/>
- <http://www.noalquilesvientres.com/>
- <https://www.facebook.com/vox.espana/photos/a.467633076675452/792929194145837/?type=3&theater>
- https://www.youtube.com/watch?time_continue=3&v=CGRs3raT6iA&feature=emb_title
- <https://collectif-corp.com/2018/09/25/la-verite-des-grossesses-a-contrat-les-contrats-de-maternite-de-substitution-ne-protectent-ni-les-meres-porteuses-ni-leurs-enfants/>
- https://www.cuatro.com/enelpuntodemira/a-carta/punto-mira-completo-carta_2_2310030003.html
- https://www.publico.es/sociedad/ucranianas-mujeres-low-cost-abocadas-vientres-alquiler.html?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=web
- https://www.youtube.com/watch?v=9ccP_bueduk&feature=emb_title
- <https://www.publico.es/sociedad/vientres-alquiler-bebes-nadie-almacenados.html>
- <https://babygest.com/es/ucrania/>
- <https://twitter.com/EmbEspKiev/status/1261297662470602752>
- <https://twitter.com/EmbEspKiev/status/1261297859971944448>
- <https://www.pravda.com.ua/news/2020/05/15/7251749/>
- <https://twitter.com/EmbEspKiev/status/1261305449154056198>
- https://www.eldiario.es/internacional/sistema-sanitario-EEUU-prueba-coronavirus_0_1009649064.html

-<https://www.lavanguardia.com/vida/20190301/46733788382/bebes-gestacion-subrogada-ucrania-parejas-espanolas-kiev.html>

- <https://biotexcom.es/bebes-atrapados-en-clinicas-de-gestacion-subrogada-por-el-coronavirus/>

- <https://www.publico.es/sociedad/vientres-alquiler-bebes-nadie-almacenados.html>

-https://www.abc.es/sociedad/abci-exteriores-comunica-parejas-espanolas-kiev-no-inscribira-hijos-gestacion-subrogada-201902131256_noticia.html