



UNIVERSITAS
Miguel Hernández

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE.

GRADO EN DERECHO.

TRABAJO DE FIN DE GRADO.

4. CURSO EN DERECHO. Curso académico 2018/2019

**ANÁLISIS ÉTICO-CONSTITUCIONAL DE LA
GESTACIÓN SUBROGADA.**

Alumna: LAURA BERNA SÁNCHEZ.

Tutor: FRANCISCO JAVIER SANJUAN ANDRÉS.

Área Derecho Constitucional, Departamento de Ciencia Jurídica

“Nada tiene tanto poder para ampliar la mente como la capacidad de investigar de forma sistemática y real todo lo que es susceptible de observación en la vida”.

Marco Aurelio (121-180 D.C).



ÍNDICE

1. Introducción.....	8
1.1. Contexto.....	8
1.2. Objetivos.....	10
1.3. Metodología de la investigación	10
1.4. Justificación.	11
1.4.1. Aspectos generales	11
1.4.2. Aspectos específicos.....	11
2. Concepto de gestación subrogada, gestación por subrogación, vientre de alquiler y gestación por sustitución.....	12
2.1. Tipos o modalidades.	13
2.2. Técnicas utilizadas.....	14
3. ¿Derechos humanos versus gestación subrogada?	15
3.1. Derechos fundamentales de la gestante subrogada.....	15
3.2. Mercantilización de su cuerpo, cosificación de la mujer.....	17
3.3. Aspectos biológicos y psico-sociales de la relación madre-hijo durante la gestación.	18
3.4. Interés superior del recién nacido.	20
4. Reflexión ética.....	20
4.1. ¿Existe un derecho a ser padre?	20
4.2. ¿Se puede equiparar la maternidad subrogada con el trabajo sexual?	22
4.3. ¿Es equiparable la gestación subrogada con la donación de órganos?	24
4.4. Equiparación del método de gestación subrogada con un vientre de alquiler.	26
5. Diseño de un proyecto para la posibilidad de implantación de la gestación subrogada.	27
6. Conclusiones.	28
7. Fuentes consultadas	30
7.1. Bibliografía	30
7.2. Webs	31
7.3. Legislación.....	32
7.4. Jurisprudencia	32

Abreviaturas

AEAFA- Asociación Española de Abogados de Familia.

ART- Artículo.

CE – Constitución Española.

FIV- Fecundación in vitro.

IA- Inseminación artificial.

OJ- Ordenamiento Jurídico.

ONT- Organización nacional de trasplantes.

RAE- Real Academia Española.



RESUMEN

Aquí se presenta un análisis desde un punto de vista tanto ético como constitucional, relativo al contrato de gestación subrogada, prohibido expresamente en España. Vamos a investigar sobre la adecuación de este método a nuestro estado de derecho, si es necesaria e imprescindible su regularización y si resulta deseable. Así mismo, investigaremos sobre el efecto que tiene la gestación por sustitución en la mujer portadora y en el bebé gestado, así como el vínculo que se puede establecer entre ambos. Y por último, vamos a poner sobre la mesa si es posible una regulación y los términos en los que esta sería viable para que se garantizaran los derechos fundamentales.

Vamos a ofrecer una visión sobre el fondo del asunto que ayude a comprender el tema tratado y nos lleve a obtener una visión crítica, pues es de la única manera que se puede alcanzar una conclusión certera y correcta que nos lleve a la obtención del conocimiento.

PALABRAS CLAVE.

Gestación subrogada, gestación por sustitución, vientre de alquiler, madre gestante, padres de intención.

SUMMARY

This analysis is presented from an ethical and constitutional point of view, regarding the surrogate pregnancy contract, expressly prohibited in Spain. We will investigate the adequacy of this method to our state of law, if it is necessary and essential to regularize it and if it is desirable. Likewise, we will investigate the effect of pregnancy by substitution on the carrier woman and the gestated baby, as well as the link that can be established between them. And finally, we are going to put on the table if a regulation is possible and the terms in which this would be viable so that fundamental rights were guaranteed.

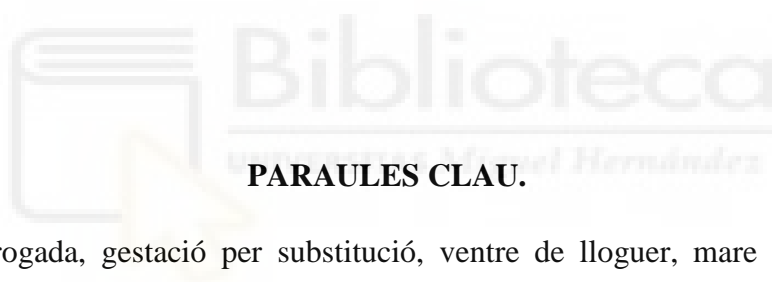
We will offer a view on the merits of the matter that will help us to understand the subject matter and lead us to obtain a critical vision, since it is the only way that we can reach an accurate and correct conclusion that leads us to obtain knowledge.

KEYWORDS.

Surrogate pregnancy, gestation by substitution, womb of rent, pregnant mother, parents of intention.

RESUM

Ací es presenta una anàlisi des d'un punt de vista tant ètic com constitucional, relatiu al contracte de gestació subrogada, prohibit expressament a Espanya. Investigarem sobre l'adequació d'este mètode al nostre estat de dret, si és necessària i imprescindible la seua regularització i si resulta desitjable. Així mateix, investigarem sobre l'efecte que té la gestació per substitució en la dona portadora i en el bebé gestat, així com el vincle que es pot establir entre ambdós. I finalment, posarem sobre la taula si és possible una regulació i els termes en què esta seria viable perquè es garantiren els drets fonamentals. Oferirem una visió sobre el fons de l'assumpte que ajude a comprendre el tema tractat i ens porte a obtindre una visió crítica, perquè és de l'única manera que es pot aconseguir una conclusió precisa i correcta que ens porte a l'obtenció del coneixement.



PARAULES CLAU.

Gestació subrogada, gestació per substitució, ventre de lloguer, mare gestant, pares d'intenció

1. Introducción

1.1.Contexto.

Hasta hace unos años, la forma de tener un hijo, de ser padre o madre, era muy básica, o bien llevando a cabo una adopción, en cuyo caso evidentemente no sé ostenta la paternidad biológica, solamente la paternidad legal, y cuyos trámites eran muy costosos y pesados (situación que no ha cambiado en la actualidad), o bien mediante la paternidad biológica, fruto de una relación entre dos personas de sexo opuesto. El avance de la ciencia, nos ha permitido que hoy en día, podamos hacer uso de otros medios para concebir como son la inseminación intrauterina artificial y la fertilización in vitro.

A medida que pasa el tiempo, podemos percibir como aparecen nuevos factores y productos que afectan a la fertilidad del ser humano, en la actualidad, tenemos varios condicionantes que nos pueden perjudicar gravemente, uno de ellos y tal como afirma un estudio realizado por un grupo de investigadores del Hospital del Mar (Barcelona), liderados por Dr. Miguel Angel Checa¹, es la contaminación. Este grupo de investigadores ha llegado a dos tipos de conclusiones: 1- *“la contaminación tiene un impacto crítico en la fertilidad de la mujer y afecta de forma similar tanto a las mujeres fértiles como a las subfértiles que recurren a técnicas de reproducción asistida”*. 2- *“Los contaminantes atmosféricos podrían alterar la calidad del esperma”*² (Checa, Bénédicte, & García-Blázquez, Outdoor air pollution and sperm quality, 2016, págs. 880-896).

Además del factor de la contaminación (un factor ambiental que afecta no sólo a nuestra calidad de vida, sino puede afectar de forma muy negativa sobre nuestra salud), hay determinados productos que pueden influir negativamente en la fertilidad del ser humano, tales como pesticidas, sustancias químicas usadas en las pinturas y adhesivos, metales como el plomo y el mercurio, y por supuesto, no nos podemos olvidar del gran enemigo del hombre, el tabaco, que tiene un efecto leve, pero sin duda negativo en cuando a la formación de espermatozoides. A estos productos se suman algunos

¹ Especialista en Obstetricia/Ginecología y Medicina Reproductiva. Jefe de sección de Reproducción Humana, Hospital Del Mar y Director del Master internacional de Medicina Reproductiva (UAB). Está especializado en todos los aspectos de la medicina reproductiva. Resumen de CV Dr. Miguel Angel Checa. (fecha de consulta 4 Junio 2019). <https://ferty.com/clinica/el-equipo-medico/dr-miguel-angel-checa/>

² Estudio encargado por la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva y publicado en la *Revista Fertility and Sterility*, alerta de los efectos medioambientales sobre la fertilidad.

fármacos como son los empleados para el tratamiento del cáncer (Lletget, 2008, págs. 25-26).

Por otro lado, encontramos que no necesariamente tiene que haber un problema de infertilidad si no que este método también es utilizado por parejas homosexuales que no tienen problemas de fertilidad pero que por la propia naturaleza humana no pueden procrear de manera natural y por el método tradicional.

Como consecuencia de todos estos factores, las parejas han tenido que optar por métodos alternativos a la concepción natural y tradicional. Algunos de estos métodos alternativos son: La adopción (método tradicional), técnicas de reproducción asistida o también la gestación por subrogación (Bellver Capella, 2017, págs. 229-233).

Ahora bien, entre estas opciones disponibles para un individuo infértil, la gestación por subrogación ha tenido un gran aumento en España y ello debido a la disminución de la adopción. La adopción, ha caído en picado, produciéndose en los últimos años una reducción constante y progresiva de las solicitudes de adopción (Ministerio de Sanidad Consumo y Bienestar Social., 2017, pág. 105). En algunos estados se ha prohibido incluso la adopción a parejas homosexuales y solteros/as, como es el caso de Rusia³. La situación de Rusia en cuanto a la limitación de adopciones a familias monoparentales o conformadas por dos personas del mismo sexo es más por una cuestión de desigualdad e incluso de xenofobia hacia las parejas formadas por personas del mismo sexo.

La presidenta de la Asociación Española de Abogados de Familia (Aeafa) María Dolores Lozano Ortiz arroja datos sobre este aumento de la gestación por subrogación, llegando a afirmar que los niños y niñas nacidos por gestación subrogada que llegan a España superan los 1000 al año (Asociación Española de Abogados de Familia, 2017, págs. 1-3) (Consulta 3 de Junio de 2019).

³ Las adopciones efectuadas por ciudadanos y ciudadanas españoles en Rusia también se han visto reducidas drásticamente (de 1.262 a 131 en 10 años) y, especialmente, durante la paralización de los expedientes de adopción hasta que España firmó, en 2013, un convenio que vetaba la adopción a las parejas homosexuales. (Rodrigo, 2017, pág. 1) (Consulta 3 de Junio 2019). “Las adopciones internacionales caen un 85% en 10 años”. <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/02/19/58a7518fca47416c048b45e0.html>

1.2. Objetivos.

En cuanto a los objetivos generales que se pretende alcanzar con este TFG son los siguientes propios de la asignatura TFG del Grado en Derecho de la Universidad Miguel Hernández de Elche⁴:

PRIMERO-. Aplicación del marco normativo propio de las principales instituciones jurídicas a situaciones reales y a situaciones hipotéticas.

SEGUNDO-. Construcción de una argumentación jurídica fundada en cualquier ámbito del Derecho.

TERCERO-. Realización trabajos consistentes en propuestas legislativas de mejora en cualquier ámbito del Derecho.

CUARTO-. Empleo del lenguaje técnico jurídico propio del ámbito jurídico.

QUINTO-. Adquirir capacidad para diferenciar los principales problemas inherentes al Derecho.

Además de estos objetivos generales que como hemos señalado deben de formar parte de un trabajo de fin de grado, en virtud de los criterios de evaluación de la asignatura de trabajo de fin del Grado en Derecho, de la Universidad Miguel Hernández de Elche, se pretende además la consecución de otros objetivos específicos que se pretenden alcanzar con este análisis.

PRIMERO-. Constatar si es deseable incluso necesaria la gestación subrogada en España.

SEGUNDO-. Realizar un análisis clínico de su regularización, factores favorables y desfavorables que este método de procreación puede aportar.

TERCERO-. Determinar si el contrato de gestación subrogada respeta nuestros Derechos Fundamentales.

CUARTO-. Definir desde el punto de vista de la ética el lugar que debe ocupar este contrato.

1.3. Metodología de la investigación

Este análisis ético-constitucional de la gestación subrogada lo vamos a realizar explicando en que consiste la gestación por subrogación en primer lugar, así como los tipos o modalidades que existen y las técnicas mediante las cuales se puede llevar a

⁴ Estos objetivos están recogidos desde el acceso identificado del alumno, en la página web de la universidad Miguel Hernández de Elche, en la asignatura de trabajo de fin de grado. <https://universite.umh.es/asignatura/ECTS/1458?are=9999&caca=2018&blo=1&tipo=objetivos> (Consulta realizada el 10 de Junio de 2019).

cabo. Todo ello nos va a llevar a poder reflejar y plasmar una visión más profunda acerca de este método de concepción, que permitirá que se pueda realizar un estudio más exhaustivo sobre la relación más que evidente entre derechos humanos y gestación subrogada y una reflexión ética sobre el fondo del asunto, todo ello bajo el paraguas de nuestra norma suprema y demás leyes vigentes en la actualidad. Para finalizar, mostraremos los resultados obtenidos, la conclusión a la que he llegado, así como futuras líneas de investigación si las hubiera.

En definitiva, la metodología que emplearemos en la realización del Trabajo Fin de Grado es la propia de la ciencia jurídica, realizar un análisis legislativo del objeto de estudio y posteriormente consultar las fuentes doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

1.4. Justificación.

1.4.1. Aspectos generales

Ante este problema tan de actualidad y que afecta a miles de personas, en este trabajo de fin de grado se va a poner sobre la mesa los pros y contras del moderno método de procreación que ha surgido desde hace ya bastantes años y como consecuencia de numerosos factores, así como su análisis constitucional, si se ajusta al estado de derecho donde vivimos y los derechos e intereses en juego.

El análisis de este tema es de suma importancia ya que afecta a una gran colectividad y lo más importante, hay muchos intereses en juego, es necesario, para constatar si es precisa su implantación en un estado social y democrático de derecho como es España, para la consecución de un bien común, o sí por el contrario tiene que ser rechazada a todos los efectos.

1.4.2. Aspectos específicos.

Sin duda este análisis es beneficioso a efectos de posibles cambios sociales.

Este proyecto arroja luz sobre lo que no se aprecia, lo que no se escucha, es necesario establecer y mostrar a la sociedad la realidad de la gestación subrogada, lo que no se ve, lo que no se oye, la otra cara de la moneda.

Intenta dar soluciones prácticas, enfocar el camino adecuado, que se podría seguir respetando en todo momento los derechos inherentes a la persona, de ahí su máximo y extremo interés para la sociedad, se deben conocer ambas partes para poder sentenciar.

“Estoy a favor de la verdad, la diga quien la diga. Estoy a favor de la justicia, a favor

o en contra de quien sea” (Haley., 2015, págs. 5-6). Esta frase la dijo Malcolm X y consideramos que es interesante reflejarla a efectos de plasmar la idea que va a seguir este análisis. No tenemos otro fin que conseguir alcanzar la verdad absoluta, (o acercarnos en cierta medida ya que la verdad absoluta no existe) y para ello, no hay otro medio que realizando un juicio justo, en el cual enfrentaremos a las partes con sus alegaciones pertinentes y a raíz de ahí podremos concluir con una sentencia de fondo, ya que no sería justa ni fundada en derecho una sentencia en el que no se oyen a ambas partes.

2. Concepto de gestación subrogada, gestación por subrogación, vientre de alquiler y gestación por sustitución.

Ante la diversidad de términos disponibles y utilizados por la sociedad para denominar a esta forma de concepción, se nos plantean muchas cuestiones: ¿Cuál es el concepto correcto?, ¿Qué implica cada uno de ellos?, ¿Podemos utilizar cualquiera?; entre otras (...).

Siguiendo las consideraciones de la Asociación por la Gestación Subrogada en España, el término más adecuado para denominar a este modo de creación de vida es gestación subrogada, por encima queda entonces de otro término muy desacertado aunque frecuentemente utilizado como puede ser vientre de alquiler.

Según la agencia española de gestación subrogada: *“La gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida. Su principal característica es la intervención de una tercera persona que, sometida a una FIV / IA⁵ queda encinta gracias al material genético proporcionado por los padres intencionales (bien propio, bien procedente de donación)”* (Agencia Española de Gestación Subrogada, 2015, pág. 1) (Consulta 3 de Junio 2019).

Analizando esta definición, podemos percibir, que no es del todo correcta, pues para llevar a cabo la gestación subrogada es verdad que tenemos que utilizar técnicas de reproducción asistida tales como la Fecundación In Vitro o Inseminación Artificial, pero esto no significa que se trate la gestación subrogada de una técnica de reproducción asistida en sí (Marrade Puig, 2017, pág. 219). Sí que es necesaria una técnica de reproducción asistida para llevarla a cabo pero no es en sí, una técnica de reproducción asistida.

⁵ Fecundación in vitro e inseminación artificial.

Fijándonos la acepción que ofrece la Real Academia Española de reproducción asistida, “*Conjunto de técnicas médicas que favorecen la fecundación en caso de impedimentos fisiológicos del varón o de la mujer*” (Real Academia Española, 2019) (Consulta 5 de junio de 2019). Podemos cerciorarnos aún más de la reflexión alcanzada. Conjunto de técnicas que favorecen la fecundación, la gestación subrogada no es ninguna técnica que ayude a la fecundación, la misma se produce con la técnica de reproducción asistida empleada para cada caso. La gestación subrogada solamente nos va a permitir que el embrión fecundado pueda gestarse en el vientre de la madre subrogada y pueda nacer una vez concluido el embarazo. Por tanto se entiende que una buena definición de gestación subrogada sería: Procedimiento mediante el cual se implanta a la mujer portadora un óvulo ya fecundado, de forma que ésta se encarga de la gestación y del nacimiento del embrión, frecuentemente a cambio de una transacción económica por dicho servicio (Romero Coloma, 2016, pág. 12).

El bebé es legalmente de los padres de intención debiendo la madre subrogada renunciar a todo derecho sobre él. Se trata de una relación contractual entre la gestante y los padres de intención.

Por otro lado, tenemos el término vientre de alquiler, rechazado absolutamente por la Asociación de la gestación subrogada en España. La misma considera que no es un término adecuado por diversos motivos: en primer lugar, porque no necesariamente se tiene que dar una contraprestación económica y ello lo veremos más profundamente cuando analicemos los tipos y modalidades existentes al respecto.

En segundo lugar, la mujer gestante, no solo aporta su útero, sino, mucho más que eso, se implica tanto emocional como físicamente. Y tercero porque los vientres no se alquilan, al igual que tampoco las personas (Asociación por la Gestación Subrogada en España, 2015, pág. 1) (Consulta realizada el 5 de Junio de 2019).

En definitiva podemos destacar que, de todos los términos que se utilizan para denominar a este procedimiento, los más adecuados son: Gestación por subrogación, gestación por sustitución o gestación subrogada que vienen a significar lo mismo y dejamos desechado el término de vientre de alquiler.

2.1. Tipos o modalidades.

En cuanto a los tipos o modalidades de gestación subrogada se pueden señalar cuatro que vamos a proceder a explicar a continuación, son: tradicional, gestacional, altruista y lucrativas (Lamm, 2013, págs. 27-29).

El tipo tradicional consiste en que la madre gestante aporta su propio óvulo, el espermatozoide será aportado por el padre de intención o en caso de que no pueda recurrir a la donación.

En este caso, evidentemente el futuro bebé va a tener carga genética de la madre gestante, porque la misma ha empleado su óvulo. La concepción se realizará por inseminación artificial o fecundación in vitro.

Un segundo tipo es el gestacional, en este caso, tanto el óvulo como el espermatozoide van a ser aportados por la pareja que solicita la subrogación, es decir, por los padres de intención. Consecuentemente, la madre gestante no va a aportar carga genética al futuro bebé, solo aporta su útero, el futuro bebé tendrá la carga genética del padre y de la madre de intención.

Los últimos dos tipos de gestación subrogada ya no se van a basar en la forma en la que la misma se lleva a cabo, es decir, en función de la técnica que se utiliza o quien aporta los óvulos o espermatozoides, sino que va a atender a criterios económicos.

Tenemos entonces gestación subrogada altruista, que como su propio nombre indica, la mujer gestante, va a realizar el proceso sin ánimo de lucro, no va a obtener compensación económica alguna, eso sí, los padres de intención se responsabilizarán de los gastos tanto de médicos, como legales⁶ (Leonseguí Guillot, 1994, pág. 318).

En el lado opuesto tendríamos la gestación subrogada en el modo lucrativo, en este tipo, la madre gestacional, accedería a realizar el proceso de la gestación subrogada, a someterse a la técnica de reproducción asistida correspondiente, a gestar al futuro bebé y a entregarlo concluido el parto a los padres de intención, a cambio de una suma de dinero.

2.2. Técnicas utilizadas.

Las técnicas utilizadas para conseguir la concepción son dos: fecundación in vitro o inseminación artificial (Paraíso, Dolz Arrollo, Salgado, & Salvador, 2019, págs. 1-2).

La primera consiste en la fecundación del óvulo por el espermatozoide fuera del vientre materno, una vez fecundado el mismo, se introducirá en el propio útero de la madre subrogada quien los gestará hasta el momento del parto.

⁶ Para Rosa Adela Leonseguí Guillot, los gastos médicos o de asistencia a la gestante durante el embarazo, no deben de convertir la operación en onerosa, solo ocurrirá así cuando la portadora se vea enriquecida.

Por otro lado, tendríamos la fecundación artificial, se trata de una técnica que consiste en depositar espermatozoides artificialmente, es decir, de manera no natural, sino con instrumentos especializados, en los óvulos de la futura mujer gestante, para que sean fecundados y se pueda producir el embarazo.

3. ¿Derechos humanos versus gestación subrogada?

3.1. Derechos fundamentales de la gestante subrogada.

Todos los Españoles tenemos reconocidos unos derechos fundamentales, los cuales podemos encontrar en el título I de nuestra CE, y concretamente en el art 10.1º vemos reconocido el derecho a la dignidad de las personas.

Ante esta afirmación se plantea una pregunta, ¿respeto el contrato de gestación subrogada este principio consagrado en nuestra norma suprema?

Para responder a esta pregunta es necesario referirnos a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de Octubre de 2001. En ella se alude al “*Derecho fundamental a la dignidad humana*” y se resume en que el contrato de gestación subrogada celebrado en California por un matrimonio Español, es contrario al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia (Coloma Romero, 2016, pág. 63).

Otro DDF, que es conveniente señalar y analizar es el derecho a la libertad y la igualdad, recogido en el art 9 CE.

Con el método de la gestación subrogada no se está garantizando este derecho. En cierto sentido, se puede pensar que esta afirmación no es correcta y que la mujer es libre de decidir si quiere someter su cuerpo y convertirse en madre gestante o si por el contrario no quiere realizar esta práctica, pero si analizamos bien el derecho a la libertad, una persona no puede actuar libremente cuando tiene bajo su decisión la posibilidad de obtener una contraprestación que equivaldría a la subsistencia en casos de mujeres en situación de pobreza. En estos casos, la mujer no goza de la libertad necesaria para decidir, no se garantiza aquí el derecho de libertad reconocido en la Constitución Española como derecho fundamental.

En este sentido, se puede entender que el contrato de maternidad subrogada, no respeta el derecho inherente de dignidad de la mujer ni el derecho a la libertad de la misma.

La madre gestante, una vez realizada la técnica de reproducción asistida adecuada para el caso concreto, tiene que gestar al bebé durante nueve meses, después lo entregará a los padres de intención, lo que conlleva nefastas consecuencias.

Durante el embarazo, las mujeres tienen muy elevados los niveles hormonales, lo cual cambia drásticamente al momento de dar a luz. Una vez que una mujer da a luz a su bebé esos niveles hormonales caen en picado dando lugar en algunos casos incluso a depresiones postparto que tienen que ser especialmente tratadas (Nanzer, 2015, págs. 10-11). De aquí se deriva el grave perjuicio que ocasiona el contrato de gestación subrogada en la madre sustituta, se está menoscabando su integridad.

Si seguimos el aforismo *mater Semper certa est*, una madre es aquella que da a luz, la maternidad se atribuye por el parto. Pero sin embargo este aforismo entraría en contradicho con los criterios esgrimidos por el contrato de gestación subrogada según el cual no se considera a la sustituta madre, esta se considera solo y únicamente gestante y aunque dé a luz al bebé, y el mismo en ocasiones pueda tener su carga genética, madre se considera la de intención.

En este punto del análisis, una vez planteado el tema relativo a los derechos fundamentales de la mujer gestante, es necesario hablar de la renunciabilidad de los derechos fundamentales. Este es un tema complejo porque hay varias consideraciones sobre la disponibilidad de los mismos, por ello si se conciben como garantes de los intereses particulares de la sociedad, hay que entender que el titular de todos y cada uno de los derechos fundamentales tiene pleno poder de disposición sobre los mismos, afirmación que es rechazada por Ferrajoli: “*Si los DDF son universales no pueden ser disponibles, ya que la disponibilidad comporta la posibilidad jurídica de que el titular de un derecho lo enajene total o parcialmente, y al hacerlo se priva de su titularidad y con ello se destruye su misma universalidad*” (Martínez Sospedra, 2007, pág. 312).

En efecto, en un estado constitucional y democrático en el que vivimos, los derechos constitucionales no son susceptibles de disposición o renuncia. La propia redacción del artículo 10.1º afirma concretamente el carácter de inherente de los mismos.

De este modo, se puede llegar a la conclusión que un estado constitucional, social y democrático de derecho donde vivimos cuyas características principales son las de garantizar los DDF de la persona, lo cual requiere el cumplimiento de dos principios básicos, en primer lugar que se cuente con una verdadera garantía constitucional y en segundo término, la exigencia de procurar su cumplimiento por responder a exigencias de dignidad humana, más allá de las condiciones económicas, no puede permitir que

una mujer renuncie a un derecho, que le es inherente y por tanto indisponible. (Álvarez Conde & Tur Ausina, 2016, pág. 51)

Respecto a la dignidad, y siguiendo al autor Miguel Ángel Alegre Martínez, que considera que la dignidad de la persona presenta un triple carácter:

-Es la base y la razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona.

-La dignidad funciona como un fin, tanto del reconocimiento de los derechos, como de la previsión de garantía para la protección en el ejercicio de los mismos.

-Por último, según se deduce de lo anterior, la dignidad se convierte en un límite. Si el ejercicio de las propias libertades y el desarrollo de la personalidad gracias al ejercicio de los propios derechos tienen sus límites en el respeto de la ley y a los derechos de los demás (Alegre Martínez, 1996, pág. 62).

Una vez reflexionado sobre el derecho a la dignidad, se puede concluir que el contrato de gestación subrogada si afecta a la dignidad de la persona y por tanto, este método de concepción no puede ampararse dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

3.2. Mercantilización de su cuerpo, cosificación de la mujer.

Con el término cosificación tal y como recoge la Real Academia de la Lengua Española, entendemos “*Acción y efecto de cosificar*” (Real Academia Española, 2019) (Consulta realizada el 7 de Junio de 2019).

En este epígrafe se va a realizar un análisis sobre si el contrato de gestación subrogada supone una mercantilización del cuerpo de la mujer y por lo tanto su cosificación o si por el contrario, entra en el ámbito de la libertad de la mujer, de la autonomía de la voluntad, utilizar su cuerpo a estos efectos.

El supuesto más clarificador, o tal vez más extremo, (aunque no se encuentre dentro de nuestra Unión Europea) lo encontramos en la India, estado en el que sí que está permitida la gestación por subrogación. Escogemos India porque se trata de uno de los Estados con mayor nivel de pobreza, de ahí que haya tenido mayor influencia la gestación subrogada, y por eso es donde mejor se puede apreciar los efectos de este método de adquisición de la paternidad.

En este estado, la mayoría de las mujeres que optan por celebrar un contrato de gestación subrogada con unos padres de intención, son mujeres pobres, de zonas rurales y con niveles educativos muy bajos (Coloma Romero, 2016, págs. 34-35).

Con lo cual no son conscientes de todos los problemas que esta técnica de procreación puede conllevar. Además, la decisión de realizar este contrato puede ser que no sea de ellas, en este punto quedaría sin respaldo la autonomía de la voluntad de la mujer, si no de sus maridos que se apropiarían de los ingresos derivados del contrato, dada la desigualdad de género existente en la India. Y sin olvidar que los ingresos para las mujeres sustitutas no suponen la totalidad de la cantidad abonada por los padres de intención, sino que esa cantidad, se tiene que repartir entre los gastos médicos que supone un embarazo y que se tienen que cubrir y las agencias, encargadas de poner en contacto a madre sustituta y padres de intención, que son las más beneficiadas. Si reflexionamos sobre el papel de la agencia en el caso Indio que estamos analizando, no hay duda de que se está cosificando la figura de la mujer, su cuerpo, y no se aleja del proxenetismo sexual, aunque con una aplicación distinta a este caso en concreto (Guerra Palmero, 2017, pág. 5).

Después de realizado este análisis, percibimos que realmente se produce una cosificación del cuerpo de la mujer y no solo eso, sino que en la mayoría de casos y tal como defiende María Jose Guerra Palmero⁷, se elimina la autonomía de la voluntad de las gestantes, ya que entran en juego muchos factores tales como la cantidad monetaria percibida, los maridos de las gestantes, las agencias (...).

3.3. Aspectos biológicos y psico-sociales de la relación madre-hijo durante la gestación.

Comúnmente, es sabido, que el vínculo entre una madre y su hijo es muy fuerte, desde el mismo momento de la concepción.

Una vez fusionados el espermatozoides del padre con el ovocito de la madre, se forma lo que se conoce como cigoto, el cual adquiere la carga genética del padre y la madre, en este momento ya queda fijado como será el futuro bebé: ojos claros, oscuros, piel clara, oscura, personalidad, entre otros aspectos (Soto & Caligara, 2007, págs. 49-50).

Ahora bien, ¿Ocurre lo mismo cuando el óvulo fecundado no es de la madre gestante? Hasta ahora no había indicios de que la madre portadora, la madre gestante del óvulo ya fecundado con el espermatozoides de los padres de intención, o bien el óvulo de una donante ajena a ellos, aportara carga genética alguna al futuro bebé, la carga genética solamente

⁷ Doctora en Filosofía y Profesora Titular de Filosofía Moral de la Universidad de La Laguna. En la actualidad dirige la segunda edición del Master en Estudios Feministas, Políticas de Igualdad y Violencia de Género de la Universidad de La Laguna. Esta información está recogida desde la propia ficha de la profesora en la página web de la universidad de la laguna en Tenerife. <https://mjguerra.webs.ull.es/> (Consulta realizada el 7 de Junio de 2019).

se aporta mediante el óvulo y el espermatozoides una vez fecundados. Pero gracias a un estudio realizado por Felipe Vilella y Carlos Simón, titulado *Hsa-miR-30-d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome*⁸ cuya traducción significa que lo secretado por el endometrio humano, es absorbido por el embrión preimplantado y puede modificar su transcriptoma. O más claramente, que, aunque el feto que la madre sustituta está gestando no tenga su carga genética puede realizarse un intercambio entre endometrio de la madre portadora y el embrión, de ahí que exista con esta también y aunque no sea su madre biológica un vínculo tan estrecho. *“La futura madre es capaz de modificar la genética de su futuro hijo aun cuando el óvulo es de otra mujer, como sucede en los casos de ovodonación”* (Vilella, Felipe & Simón, Carlos, 2015, págs. 3210-3219).

Se puede afirmar entonces tras la lectura y análisis de este estudio que, efectivamente existe una relación muy profunda entre la madre gestante y el feto, un vínculo afectivo e incluso un traspaso de carga genética aun cuando el óvulo fecundado es de otra mujer.

El problema deviene cuando madre sustituta y bebé tienen que separarse, una vez concluido el parto, para ser entregado este último a los padres de intención, es aquí donde se produce el mayor perjuicio para la madre gestante, se tiene que desprender de un bebé que ha tenido en su interior durante nueve meses y ha formado parte de su ser, ya que aunque sin carga genética de su parte, ha tenido comunicación con él vía sentimientos y según el estudio ha realizado cambios genéticos en él.

En el momento que se arrebatara a la mujer el bebé que ha gestado, se le están vulnerando los derechos de integridad física y moral. Si nos fijamos en los tratados internacionales, la carta de Niza en su art 3 parece presentar una regulación moderna: *“Toda persona tiene derecho a la integridad física y psíquica. Y en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley; la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas; la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro; la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”* (Álvarez Conde & Tur Ausina, 2016, págs. 335-336).

⁸ Publicado en la revista científica Development por los investigadores de IVI, Felipe Vilella y Carlos Simón. Este trabajo demuestra que la madre puede modificar la información genética del hijo, aun cuando el óvulo es de una donante. <https://ivi.es/notas/la-fundacion-ivi-demuestra-por-primera-vez-la-comunicacion-entre-la-futura-madre-y-su-embrión-antes-de-implantar/> (Consulta realizada el 9 de junio de 2019).

3.4. Interés superior del recién nacido.

En el ordenamiento jurídico español y concretamente en la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción asistida se refiere expresamente a la gestación por subrogación y dispone que:

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero y 2. La filiación de hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Es decir, la Ley entiende que, la madre que da a luz es a la que le corresponde la filiación del recién nacido.

Además de lo previsto en la Ley, siguiendo el aforismo *res intra commercium*, es evidente que un niño o niña no pueden ser objeto de un contrato y por tanto objeto de comercio.

Si todas las personas tienen que tener una protección garantizada por el ordenamiento jurídico, e especial medida la tienen que tener los recién nacidos por considerarse indefensos a los efectos de luchar por sus derechos.

El estado no puede permitir que se convierta a los bebés en objeto de negocios tanto nacionales como internacionales.

Quienes defienden la gestación subrogada, esgrimen que *“Esta forma de procreación, no viola el interés superior del niño, debido a que éste nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución”* (Higuera, 1986, págs. 89-100), es decir, entienden que el interés superior el niño exige que se regularice la gestación por sustitución, bajo un marco legal que lo ampare y proteja.

Pero no puede entenderse que para la protección de un menor sea necesaria la regularización de una práctica que en cierta medida le perjudica en cuanto que es el propio niño o niña quién se convierte en objeto de intercambio en virtud del contrato de gestación. La protección al menor se debe de garantizar mediante el rechazo a este método de procreación.

4. Reflexión ética.

4.1. ¿Existe un derecho a ser padre?

El derecho a ser padre, está siendo muy comentado y debatido socialmente, los partidarios de la gestación subrogada, afirman que es un derecho inherente a la persona y por tanto fundamental, tiene que ser garantizado por el estado.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico no niega la posibilidad de ser padre, lo cual no quiere decir tampoco que contemple este derecho, no puede suponer un obligación de cumplimiento. Debe entenderse así, como una posibilidad, como un sueño del ser humano, un deseo. No puede entenderse que exista un derecho a ser padre como tal, nuestra CE no lo recoge. Sí que recoge algunas disposiciones para protección de la maternidad o paternidad pero no un derecho en sí (Igareda González, 2011, págs. 1-21). Entre los detractores de la gestación subrogada, se defiende que existen otros métodos alternativos para alcanzar el deseo de ser padre, como puede ser la adopción, o las técnicas de reproducción asistida, si contempladas y permitidas por la ley, pero claro, el ser humano va más allá, no se conforma con la paternidad que le puede otorgar la adopción por ejemplo, además desea que el futuro hijo tenga sus genes, que se parezca a él, que tenga su personalidad, su mismo color de pelo (...). Si el mismo fin se puede conseguir con un método menos gravoso para las partes, ese deberá ser el elegido con exclusión del más gravoso. Y sin olvidarnos de un aspecto de suma importancia, como dijo el novelista canadiense Denis Lord: *“Un padre no es el que da la vida, eso sería demasiado fácil, un padre es el que da el amor”* (Lord, 2019) (Consulta realizada el 17 de junio de 2019). La paternidad se puede conseguir por diferentes vías sin necesidad de tener que regular por ley un método tan extremo que no es compatible con nuestro estado de derecho. Demos hogar a menores que se encuentren en situaciones infrahumanas, huérfanos, no atendidos en buenas condiciones (...) y no será necesaria la gestación subrogada. La cuestión se encuentra en generar un bien para la sociedad sin que se cree al mismo tiempo un perjuicio de manera directamente proporcional.

Al hilo de la cuestión, consideramos conveniente nombrar a la vicepresidenta del Gobierno de España, Ministra de la Presidencia y secretaria en el área de igualdad Carmen Calvo. Ella aboga, tal y como ha expuesto en varios discursos y entrevistas, por un tajante rechazo a la gestación subrogada.

Entiende que: *“las mujeres pobres de entre las pobres” a quienes “la marginación lleva a buscar esa salida para obtener recursos”*. *“No son las mujeres con recursos económicos las que se someten a estas práctica, son las más pobres”* (Calvo, 2018). Por tanto, para ella la gestación subrogada constituye un abuso para esas mujeres que tienen que acudir a esta práctica por necesidad, identificar únicamente buena fe y actitud de buena vecindad no es la realidad, generalmente hay detrás unos intereses económicos que son los que motivan a su realización.

Además, es necesario comentar que la gestación subrogada, está absolutamente prohibida en nuestro estado. Dicha prohibición se establece en el artículo 10 de la Ley de técnicas reproducción asistida 14/2006 de 26 de Mayo que deroga la anterior ley 35/1988 de 22 de Noviembre también relativa a la reproducción humana asistida.

4.2. ¿Se puede equiparar la maternidad subrogada con el trabajo sexual?

En España, actualmente, el trabajo sexual no está regulado aunque tampoco prohibido, es decir, existe un vacío legal, no está regulado pero tampoco está prohibido de manera expresa.

Debemos entender como trabajo sexual aquella actividad realizada por cuenta propia, con total libertad y sin ningún tipo de coacción, a cambio de una contraprestación. Dos personas adultas deciden tener relaciones sexuales a cambio de una cantidad de dinero antes pactada, no tiene aquí sentido que esta actividad se pudiera realizar de forma altruista, entonces ya no se trataría de trabajo sexual sino de una relación amistosa-afectiva. Ahora bien, no se puede considerar de manera absoluta como un trabajo porque no cuenta con una regulación específica para tal, ni reconocimiento de los derechos laborales como en cualquier otro trabajo, deberá entenderse únicamente como una actividad, que conlleva una contraprestación, al margen de la ley (Rubio, 2008, págs. 10-17).

Es muy importante en este sentido la voluntad de las partes y la total libertad con la que realizan dicho trabajo porque, se dan casos en los que esa voluntad y autonomía no se da, es entonces cuando el trabajo sexual se prohíbe expresamente. La prohibición la encontramos en el artículo 187 del Código Penal español.

En el momento que alguien nos está obligando a ejercer el trabajo sexual, y entregar parte del dinero generado, así como seguir las directrices establecidas por el proxeneta, entonces ya no estaría permitido, se prohíbe expresamente.

Ni el trabajo sexual ni la prostitución están penadas en España, lo que sí que está penado es su práctica en lugares destinados al disfrute de menores, tales como parques, zonas de tránsito, lugares públicos, entre otros (...).

Y evidentemente también está penada en España la trata de mujeres y de cualquier ser humano, la prostitución con menores, con personas con discapacitadas y un sinnúmero de numerosas variantes que encontramos en esta actividad y que tienden a explotar a la mujer, convertirla en objeto y sacar beneficio de ello.

Una primera diferencia que encontramos entre el trabajo sexual y el contrato de gestación subrogada, es que este último sí que está penado de manera expresa en nuestra legislación en el art 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Otra diferencia que podemos encontrar es a nivel implicativo, es decir, mientras que el trabajo sexual se realiza y no se adquiere en ningún momento responsabilidad ninguna, sino que en el momento de finalizar la actividad se adquiere la contraprestación y finaliza el servicio. En el caso de la gestación subrogada se adquiere un nivel de responsabilidad y compromiso que perdura en el tiempo, concretamente mientras tiene lugar la gestación.

No nos podemos olvidar tampoco de que mientras que las trabajadoras sexuales han protestado activamente a lo largo de los años para que se regularice su situación, se reconozca su actividad como un trabajo y obtengan todos los derechos relativos al mismo, en el caso del contrato de gestación subrogada solo han protestado a favor de su regularización los demandantes de la misma, es decir, las personas que quieren ser padres pero no pueden por el motivo oportuno. En ningún caso, se han alzado futuras mujeres gestantes pidiendo que se legalice, lo cual dice mucho acerca de si es conveniente o no su regulación.

Y por último, nombrar un aspecto muy importante y es que las trabajadoras sexuales son libres de ejercer esa actividad, no están coaccionadas y la realizan porque así lo consideran. En la gestación subrogada en numerosas ocasiones, las mujeres gestantes están condicionadas por su situación económica, sus maridos (tal y como ocurre en la India) u otros factores que pudieran producirse.

Pero a pesar de estas diferencias, hay alguna similitud que evidencia en cierta manera la posible equiparación del trabajo sexual con la gestación subrogada.

En ambos casos, es evidente, que se está convirtiendo en objeto a la mujer. En el trabajo sexual, lo que se vende es el cuerpo de la mujer que se entiende como una cosa, se le está cosificando, mientras que en el caso del contrato de gestación subrogada además de venderse el cuerpo de la mujer como incubadora, se paga por una vida humana, acción totalmente prohibida según el derecho civil de nuestros días.

La activista y política española Beatriz Gimeno identifica similitud entre la prostitución, trabajo sexual y la gestación y también en relación con el capitalismo: *“Todas son manifestaciones del patriarcado, formas extremas de opresión de las mujeres”* (Kajsa Ekis, 2017, pág. 251)

De todo lo expuesto se nos plantean diversas cuestiones: ¿Es necesaria la legalización y regulación de la prostitución?, ¿Se ajustaría al estado de derecho en el que vivimos?, ¿Es deseable?.

Una legalización de la prostitución puede dar lugar a que las personas que la ejercen estén más seguras en su actividad y obtengan los derechos inherentes de todo trabajo, además dicha legalización y regulación puede propiciar que baje el índice de proxenetas y personas que practican la trata de personas, hay una mayor protección jurídica y facilita los medios de defensa de las víctimas.

En segundo lugar, consideramos que dicha legalización se ajusta al estado de derecho en el que vivimos, pues aunque en cierta manera se esté cosificando el cuerpo de la mujer que ejerce la prostitución, existe la libertad por su parte de dedicarse a esa actividad o elegir otra. Cosa que no ocurre con la gestación subrogada en muchos casos.

Y por último en cuanto a sí es deseable, no podemos olvidar que la base del sistema en el que vivimos responde a los principios de libertad y dignidad (Martínez Sospedra, 2007, pág. 291), por tanto si aceptamos estos principios como la base de nuestro sistema, tenemos que afirmar categóricamente que es deseable la legalización y regularización de la prostitución, ya que mediante ella se está garantizando la libertad de una persona de acceder a ese oficio y su dignidad al hacer lo que quiere y desea, sin olvidar la protección efectivamente entregada por el estado.

4.3. ¿Es equiparable la gestación subrogada con la donación de órganos?

Para poder realizar una cierta comparación, equiparación, de la gestación subrogada con la donación de órganos es necesario realizarla desde un supuesto de gestación subrogada altruista.

Tanto la donación como los trasplantes de órganos en España durante los años sesenta y setenta carecían de regulación legal.

Pero a partir de su regulación y de la creación de la Organización Nacional de Trasplantes (ONT), las donaciones en España han aumentado considerablemente. Actualmente somos el país con mayor número de donaciones realizadas⁹ (Ministerio de Sanidad Consumo y Bienestar social., 1989).

Y este aumento ha sido debido en especial a la eficacia del modelo español.

⁹ España ha pasado de 14 donantes por millón de población (pmp) a 34,6 donantes (pmp). Y ello debido al modelo español, en el cual se garantiza en todo momento la protección del proceso así como a las partes en el mismo. <http://www.ont.es/home/Paginas/ElModeloEspanol.aspx> (Consulta realizada el 14 de junio de 2019).

La donación de órganos, está regulada en España y se encuentra en el RDL 9/2014 de 4 de julio. En esta disposición legislativa se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos (...), además de otras normativas que regulan todo lo que recoge el fenómeno de la donación como, el procedimiento de la donación, el tratamiento de los órganos, la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios sociales y Sanidad.

En este sentido, encontramos la primera diferencia entre el contrato de gestación subrogada y la donación de órganos, esta última sí que consta de una regulación legal mientras que la gestación subrogada no.

Pero aunque esta última no conste de una regulación legal, sí que se ha realizado un proyecto de ley por el grupo parlamentario de ciudadanos con fecha de 8 de septiembre de 2017 en el que se establece un modelo de gestación subrogada en su modalidad de altruista. Tiene por objeto lo siguiente: *“La presente Ley tiene por objeto regular el derecho de las personas a la gestación por subrogación, entendiéndose por tal, el que les asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes, todo ello en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales”* (Boletín Oficial de las Cortes Generales. , 2017)(Consulta realizada el 14 de junio de 2019).

Siguiendo este proyecto de ley propuesto por ciudadanos, se puede evidenciar una equiparación con la donación de órganos, en ninguno de los dos casos se entiende que debe darse una compensación económica, se contempla un modelo altruista. Y evidentemente se tratan de dos actividades que suplen alguna anomalía, deficiencia del ser humano, en el caso de gestación subrogada puede ser la infertilidad, y en el caso de la donación de órganos la dolencia de que se trate.

Pero a pesar de esta similitud no podemos olvidar que moralmente tienen ciertas connotaciones diferenciadoras y de gran importancia.

En la donación de órganos no se establece un vínculo entre el órgano del donante y la persona perceptora del órgano, a título de ejemplo podría decirse que una persona no establece un vínculo de afecto con su riñón, en el caso de que libremente acepte donarlo, no conllevará efectos negativos y perjudiciales para el donante, sin embargo, en la gestación subrogada, aunque también se realice de manera altruista y voluntaria, la

entrega del bebé gestado una vez finalizado el parto sí que conlleva efectos perjudiciales para la madre gestante como consecuencia del vínculo de afecto adquirido con el feto. Cosa distinta es que se trafique con órganos en el caso de la donación así como con personas en el caso de la gestación subrogada, en estos supuestos evidentemente se constata una similitud y es lo que se debe evitar en todo caso. Este proyecto de ley realizado por ciudadanos no llega a su fin, se convocan elecciones y finalmente no se tramita.

4.4. Equiparación del método de gestación subrogada con un vientre de alquiler.

A la luz de todo lo que hemos analizado, creemos conveniente que es necesario en este momento, comprobar si efectivamente puede darse una equiparación entre la gestación subrogada y un vientre de alquiler, equiparación negada por la Asociación de la Gestación Subrogada en España.

Para comprobar si es posible esa equiparación tenemos que reflejar si concurren en este método de procreación las características o condiciones para que se trate de un contrato de alquiler y por tanto, se le pueda denominar así.

En primer lugar decir, que el concepto vientre de alquiler se encuentra recogido en la RAE, por tanto, si comenzamos por ahí, no se puede negar su utilización para referirnos a la gestación subrogada, porque está previsto y define a la perfección este método de adquisición de la paternidad.

En segundo lugar, no nos podemos olvidar que se tiene que realizar un contrato como en cualquier tipo de alquiler, en el mismo las partes se obligan dentro de los términos establecidos tanto en la ley como en el mismo contrato a cumplir con lo pactado. En el caso específico del vientre de alquiler, lo pactado es la gestación de un bebe ajeno y su entrega en el momento de dar a luz.

Y en tercer lugar y por último, decir que con o sin contraprestación, el contrato existe igualmente y en él se van a establecer las condiciones a cumplir por ambas partes.

El contrato de gestación subrogada recoge todas las características y condiciones para que se pueda hablar de alquiler de un vientre (Sambrizzi, 2001, pág. 114).

En cierta medida, se puede percibir que lo que se intenta conseguir con la utilización de términos como gestación subrogada o gestación por subrogación en lugar de vientre de alquiler, es un intento de enmascarar la realidad del método que no es otra que una cosificación y mercantilización de la mujer al suponer su cuerpo el objeto de un contrato. Y en este sentido, es necesario matizar que lo que se alquila es su cuerpo

entero, no solo el útero porque como ya se ha comentado en epígrafes anteriores, la mujer emplea todo su cuerpo en el embarazo tanto física como psíquicamente.

5. Diseño de un proyecto para la posibilidad de implantación de la gestación subrogada.

Después del análisis realizado en todos los epígrafes anteriores, consideramos relevante realizar un estudio para concretar si se podría establecer un proyecto, a efectos de una posible implantación de la gestación por sustitución, respetando los derechos fundamentales.

En primer lugar, decir que rechazamos en todo caso la gestación por subrogación en su modalidad onerosa. En este sentido se puede favorecer a todo tipo de vulneraciones de los derechos fundamentales de la mujer. Cuando interviene el dinero, la sociedad se corrompe, por dinero el ser humano puede llegar a renunciar a los derechos inherentes a su persona. Por ese motivo no se puede regularizar la gestación subrogada en su modalidad de onerosa en España.

Tampoco es deseable la implantación de un modelo de gestación subrogada en su modalidad de altruista. Aquí aunque no interviene el dinero, se sigue cosificando a la mujer y por supuesto convirtiendo al bebé en objeto de comercio. Por tanto también lo rechazamos.

Por último, concluimos que no consideramos en virtud del análisis realizado que ninguna modalidad del contrato de gestación puede dar lugar a un bien común para la sociedad, supone un bien para una pequeña parcela como son los padres de intención, pero es más el perjuicio que genera para el resto que el pequeño bien que supone para esos padres. Por tanto, lo ideal para generar el bien común para ambas partes y para la sociedad en general sería facilitar otros medios con los cuales se pudiera alcanzar la tan ansiada paternidad como pueden ser las adopciones, sin prescindir por supuesto de los informes de idoneidad para la verificación de si los futuros padres adoptivos son aptos para la adopción, pero agilizando la burocracia y reduciendo por tanto la duración del proceso, ya que es uno de los inconvenientes que provoca que no se acuda a la adopción para alcanzar la paternidad.

No solo en lo relativo a las adopciones internacionales sino centrándonos en mayor medida en las adopciones nacionales, de esta manera se garantizaría un mayor rapidez del trámite así como un ahorro significativo para el estado ya que supondría una

disminución del número de niños/as que se encuentran actualmente en orfanatos y casas de acogida. Aquí sí que realmente podemos cerciorarnos de que existe un bien común para toda la sociedad. Y además no se crean perjuicios para ninguna de las partes, no se violan los derechos fundamentales y se garantiza la paternidad.

6. Conclusiones.

Como conclusiones del trabajo de análisis realizado se pueden destacar las siguientes:

PRIMERA-. Existen unos derechos en nuestra norma suprema, la Constitución Española que son inviolables y el contrato de gestación subrogada atenta contra ellos.

SEGUNDA-. El contrato de gestación subrogada cosifica a la mujer por un lado y convierte a los bebés gestados en objeto de comercio.

TERCERA-. Existencia de un vínculo afectivo entre la gestante y el feto y no solo eso sino que además la madre gestante puede modificar la carga genética del feto aportando sus rasgos, este vínculo se rompe generando nefastas consecuencias cuando el bebé es entregado a los padres de intención.

CUARTA-. No existe un derecho a ser padre, se contemplan disposiciones relativas a la maternidad, paternidad pero no un derecho a ser padre como tal. El derecho a ser padre no puede suponer una obligación que en todo caso se debe de garantizar a las personas. No se debe confundir con el deseo de ser padre.

QUINTA-. No es posible la equiparación entre el contrato de gestación subrogada y el trabajo sexual. Aunque hay algunas consideraciones que podrían hacer pensar que son similares, como la cosificación de la mujer en ambas, hay otras muchas diferencias que no permiten su equiparación.

SEXTA-. De igual manera, aunque existen diversas similitudes entre el contrato de gestación subrogada altruista y la donación de órganos, no son comparables. La principal diferencia radica en el vínculo que se crea entre la gestante y el feto que no se crea entre el sujeto donante y el órgano donado.

Del análisis realizado se puede extraer la conclusión final de que la regularización de la gestación subrogada en España no es deseable ni puede generar un bien común, un bien para la sociedad, ni desde un punto de vista altruista puede conllevar consecuencias positivas.

Hemos luchado mucho para conseguir los derechos de los que disponemos actualmente y no los podemos perder. Se está intentando pasar el límite, saltar una barrera

infranqueable tal y como son los derechos fundamentales, el estado no puede permitir que se produzca una cosificación de la mujer que atenta directamente contra su dignidad. La naturaleza propia de la gestación subrogada supone un caldo de cultivo que lleva consigo otras vulneraciones de derechos como son: La explotación, el abuso y el tráfico de personas y no solo en los países en vías de desarrollo, sino, también en los del primer mundo. (Profesionales de la ética. , 2015, pág. 5)

Hemos cumplidos los objetivos planteados al principio de este trabajo, tanto los generales, como los específicos.

SÉPTIMA-. Es posible una equiparación entre gestación subrogada y vientre de alquiler. Se dan todos los requisitos para que se trate de un alquiler y aunque resulte malsonante referirnos a este método como alquiler del cuerpo de una mujer, es así, se alquila un cuerpo para conseguir un objetivo, aunque se pretenda disfrazar por las asociaciones partidarias, se está convirtiendo a la mujer en objeto de un contrato, que no solo está prohibido en virtud de nuestras leyes, sino que además sitúa a la mujer en niveles por debajo de lo que se merece y no se garantiza su dignidad ni su libertad.

OCTAVA-. Por último y a modo de conclusión final, después de todos los aspectos que hemos analizado a lo largo de este trabajo se puede afirmar que no es deseable la implantación del método de gestación subrogada en España. Y no solo eso sino que además de no ser deseable, es contraria a nuestro OJ, en un supuesto hipotético de que se legalizara, se tendrían que derogar la ley que la prohíbe de manera expresa, así como otras que no la prohíben de manera expresa pero si prohíben aspectos relacionados con ella como puede ser la prohibición de constituir un contrato que tenga por objeto un bebé. El derecho evoluciona y está siempre en constante cambio, eso no lo podemos negar pero hay valores y derechos que deben permanecer intactos a pesar de dichas variaciones producidas con el paso del tiempo, ya que constituyen la base de nuestro sistema, el epicentro de nuestro derecho.

7. Fuentes consultadas

7.1. Bibliografía

- Alegre Martínez, M. A. (1996). *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Editores de la universidad de León. Pág 62.
- Álvarez Conde, E., & Tur Ausina, R. (2016). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos. Pág 51 y Págs 335-336
- Bellver Capella, V. (2017). Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista. *Cuadernos de Bioética XXVIII*, Págs 229-233.
- Boletín Oficial de las Cortes Generales. . (8 de Septiembre de 2017). Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. . España. .
- Calvo, C. (10 de junio de 2018). “Los vientres de alquiler son la utilización del cuerpo de las mujeres más pobres”. (E. P. Pilar Alvarez, Entrevistador)
- Checa, M. A., Bénédicte, J., & García-Blázquez, N. (Septiembre de 2016). Outdoor air pollution and sperm quality. *Fertility and Sterility*, Volumen 106, Páginas 880–896.
- Coloma Romero, A. M. (2016). *La maternidad subrogada a la luz del derecho español*. Dilex. Págs 34-35 y Pág 63
- Guerra Palmero, M. J. (2017). *Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. "La gestación subrogada como nuevo negocio transnacional"*. ILEMATA.
- Haley., A. (2015). *MALCOLM X. " Una autobiografía contada por Alex Haley"* CAPITAN SWING.
- Higuera, G. (1986). *Maternidad subrogada: Nuevas técnicas de reproducción humana*. Madrid: Universidad pontificia de Madrid.
- Igareda González, N. (2011). El hipotético derecho a la reproducción . *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* , Págs 1-21.
- Kajsa Ekis, E. (2017). Revisión crítica. El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicaciones y ediciones de la universidad de Barcelona.
- Leonseguí Guillot, R. A. (1994). La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo. *Boletín de la facultad de Derecho*.
- Lletget, B. C. (2008). *Importancia de los aspectos emocionales en los tratamientos de reproducción asistida*. Madrid: Imago Concept & Image Development, S.L.

- Marrade Puig, A. (2017). La gestación subrogada en el marco de la CE: Una cuestión de derechos. *Universidad de Deusto*.
- Martínez Sospedra, M. (2007). *Manual de derecho constitucional parte general*. . Valencia: Tirant lo blanch.
- Ministerio de Sanidad Consumo y Bienestar Social. (2017). *Boletín datos estadísticos de medidas de protección a la infancia*. Boletín , Ministerio de sanidad, consumo y bienestar social.
- Nanzer, N. (2015). *La depresión post parto. Salir del silencio*. . Colecciones octaedro.
- Profesionales de la ética. . (2015). *Mujer madre y profesional*.
- Romero Coloma, A. M. (2016). *La maternidad subrogada a la luz del derecho español* . Dilex.
- Rubio, A. (2008). Prostituciones. Dialógos sobre sexo de pago . En I. Holgado Fernández.
- Sambrizzi, E. (2001). *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Buenos aires: Abeledo Perrot.
- Soto, C., & Caligara, C. (2007). Fecundación e implantación embrionaria. . En J. G. Velasco, *Enfermería en reproducción humana* Págs. 49-50. Madrid : DYKINSON.
- Vilella, Felipe, & Simón, Carlos. (2015). Hsa-miR-30-d, secreted by the human endometrium, is taken up by the pre-implantation embryo and might modify its transcriptome. *Development* , 3210-3219.

7.2. Webs

- Agencia Española de Gestación Subrogada. (2015). www.aeges.es/. Obtenido de <http://gestacionsubrogadaenespana.es/index.php/sobre-la-gestacion-subrogada/que-es-y-cual-es-su-situacion-en-espana>
- Asociación Española de Abogados de Familia. (5 de Marzo de 2017). La gestación subrogada se dispara en España ante la caída de la adopción internacional. El mundo. Recuperado el Mayo de 2019, de <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/05/58bbe43cca4741c1428b4579.html>
- Checa, M. A. (s.f.). Obtenido de <https://fertty.com/clinica/el-equipo-medico/dr-miguel-angel-checa/>
- Paraíso , B., Dolz Arrollo, M., Salgado, S., & Salvador, Z. (18 de Abril de 2019). *reproducción asistida.org*. Obtenido de <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/>

Real Academia Española (7 de Junio de 2019). www.rae.es. Obtenido de <https://dle.rae.es/?id=B574Wik>

Real Academia Española (2019). www.rae.es. Obtenido de <https://dle.rae.es/?id=W5FSv2Q>

Rodrigo, B. (19 de Febrero de 2017). Las adopciones internacionales caen un 85% en 10 años. EL mundo. Obtenido de <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/02/19/58a7518fca47416c048b45e0.html>

subrogada, A. e. www.aeges.es.

Lord, D. (2019). www.proverbia.es . Obtenido de <https://proverbia.net/autor/frases-de-denis-lord>

Ministerio de Sanidad Consumo y Bienestar social. (1989). www.ont.es. Obtenido de <http://www.ont.es/home/Paginas/ElModeloEspanol.aspx>

7.3.Legislación

-Título I de nuestra CE, y concretamente en el art 10.1º.

-Art 9 CE, Respeto a la ley, libertad e igualdad y garantías jurídicas.

-Art 187 del Código Penal.

- 35/1988 22 de Noviembre, Derogada por la ley 14/2006.

-Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

-RDL 9/2014 de 4 de Julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

7.4.Jurisprudencia

-Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de Octubre de 2001.

En ella se alude al “Derecho fundamental a la dignidad humana”.

