

**UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ**

**Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche**



**UNIVERSITAS**  
*Miguel Hernández*

**LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN  
EL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
ESPAÑOL: UNA VISIÓN DESDE LA  
VULNERABILIDAD DEL SER HUMANO**

**Trabajo de Fin de Grado**

**Autor: Samuel Martínez Torres**

**Tutora: Rosario Tur Ausina**

**Grado en Derecho**

**2021**

# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>I. MARCO JURÍDICO.....</b>	<b>10</b>
1. Regulación actual de la figura de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español.....	10
2. Aspectos de derecho comparado.....	11
a. Introducción.....	11
b. Alemania.....	12
c. Argentina.....	13
d. Reino Unido.....	14
e. Canadá.....	15
f. Estados Unidos.....	15
g. Comparativa de las distintas regulaciones.....	16
3. Encaje constitucional y argumentos doctrinales para su regulación. El valor del derecho antidiscriminatorio.....	19
<b>II. ENCAJE ECONÓMICO-SOCIAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL SISTEMA POLÍTICO ESPAÑOL. ENFOQUE DE GÉNERO.....</b>	<b>24</b>
1. Posición de la mujer en el contexto sociopolítico español. Conceptualización.....	24
2. La mercantilización del cuerpo de la mujer.....	25
a. Mercantilización derivada de una posible técnica legislativa defectuosa.....	27
b. Mercantilización derivada de una falta de medios adecuados para asegurar el cumplimiento de la ley .....	28
c. Mercantilización derivada del contexto de crisis económica y social actual.....	30
i. La precariedad económica.....	31

ii. La pandemia derivada de la COVID-19.....	32
3. La trata de mujeres con fines de explotación de sus órganos reproductivos..	34
4. Mercado negro de gestación de mujeres en situación de vulnerabilidad.....	38
<b>III. ENCAJE ECONÓMICO-SOCIAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL SISTEMA POLÍTICO ESPAÑOL. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....</b>	<b>42</b>
1. El interés superior del menor. Conceptualización.....	42
a. Marco jurídico.....	43
b. El concepto de interés superior del menor en el ámbito de la gestación por sustitución.....	44
i. Inseguridad jurídica en los procesos de inscripción de la filiación del menor.....	45
ii. Prestaciones de maternidad y paternidad.....	49
2. Comercialización e instrumentalización de menores como objetos de mercado.....	51
3. Idoneidad de los padres de intención.....	54
4. Consecuencias de la gestación por sustitución en los procesos de adopción.....	56
5. Posición de la criatura en fase de gestación y del hijo nacido.....	58
a. Vínculos afectivos entre la mujer gestante y el menor.....	58
b. Situación en casos de riesgos para la salud, discapacidad o malformación del menor durante su gestación.....	61
c. Derecho a la identidad del menor.....	63
<b>IV. CONCLUSIONES.....</b>	<b>65</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>72</b>

## ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
CDN	Convenio de los Derechos del Niño
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
EEUU	Estados Unidos de América
LO	Ley Orgánica
LTRHA	Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida
ONG	Organización no gubernamental
PIB	Producto Interior Bruto
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

## INTRODUCCIÓN

Uno de los temas jurídicos más controvertidos de los últimos años es el de la regulación de la gestación subrogada o gestación por sustitución, siendo esta segunda denominación la que vamos a emplear por ser la que usa el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>1</sup>.

La trascendencia de esta figura es tan grande que ha producido importantes discusiones y posiciones enfrentadas en la sociedad, mucho más allá de los meros posicionamientos de los juristas y de los debates doctrinales. Aunque no contamos con muestras suficientemente representativas para extraer conclusiones generales, tenemos indicios de que la sociedad está bastante dividida gracias a algunas encuestas de opinión que cuentan con muestras de al menos 1000 personas entrevistadas. En 2014, el Centro de Investigaciones Sociológicas ya hizo una pregunta sobre las técnicas de reproducción asistida donde un 50,4% de las personas encuestadas estaba a favor de que un hombre opte por un vientre de alquiler para ser padre soltero<sup>2</sup>. Por otro lado, la Cadena Ser publicó los resultados de una encuesta de julio de 2017, realizada por la empresa de investigaciones sociológicas MyWord, donde un 56,9% de los encuestados aprueba mucho o bastante la maternidad subrogada frente a un 32,4% que la aprueban poco o nada<sup>3</sup>. Por último, en 2019 el departamento de Estudios Sociales y Opinión Pública de la Fundación BBVA recoge también que el 58% de los entrevistados en España aceptan en cierto grado la gestación subrogada con una aprobación media de 5,1 (en una escala del 1 al 10)<sup>4</sup>.

Actualmente vivimos en la era de la información donde, gracias a internet, la población está mucho más informada de los sucesos de actualidad y donde se forman varias corrientes de opinión a través de las diferentes redes sociales, entre muchos de sus usuarios.<sup>5</sup> Esta nueva

---

<sup>1</sup> Así lo indican Presno Línara, Miguel Ángel y Jiménez Blanco, Pilar en “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51, 2014, p. 12.

<sup>2</sup> “OPINIONES Y ACTITUDES SOBRE LA FAMILIA (II)”, *CIS*, Estudio nº 3032, Junio 2014, p. 10.

<sup>3</sup> Lourido, Mariola, “La mayoría de los españoles apoya la maternidad subrogada”, *Cadena Ser*, Madrid, 17/07/2017. En [https://cadenaser.com/ser/2017/07/17/sociedad/1500269478\\_668618.html](https://cadenaser.com/ser/2017/07/17/sociedad/1500269478_668618.html) con encuesta en <http://cadenaser00.epimg.net/descargables/2017/07/17/842624a2802473bf74abb3162c5d690e.pdf> (consulta: 30/07/2021).

<sup>4</sup> Estudio Europeo de Valores, “Valores y actitudes en Europa acerca de la esfera privada”, *Fundación BBVA*, Octubre 2019, p. 62, en [https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2019/10/Presentacion\\_Estudio\\_Valores\\_Esfera\\_Privada\\_2019.pdf](https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2019/10/Presentacion_Estudio_Valores_Esfera_Privada_2019.pdf)

<sup>5</sup> Así lo recoge López Vidales, Nereida, “Jóvenes, contenidos mediáticos y brecha digital: Millennials vs Generación Z”, *Estudios sobre el mensaje periodístico*, Vol. 27, nº 2, 2021, p. 544.

forma de gestionar y transmitir la información es uno de los factores que ha propiciado que gran parte de las nuevas generaciones estén mucho más interesadas y posicionadas en los diferentes acontecimientos y movimientos políticos y sociales más recientes. Por tanto, hoy en día nos encontramos con que aquellas manifestaciones políticas de especial trascendencia para la sociedad (por ejemplo, a través de programas políticos, declaraciones de representantes políticos o miembros de los partidos políticos, proyectos o proposiciones de ley, etc.), son sometidas en la mayoría de los casos a debate público y juicios críticos que hasta trascienden del mero debate en internet, al ámbito privado. En particular, son las manifestaciones que afectan a colectivos vulnerables, minoritarios o invisibilizados, las que mayor relevancia adquieren en estos debates públicos y, en este contexto, las propuestas o regulaciones que tratan directamente sobre la mujer y los menores forman parte de las cuestiones más controvertidas.

En consecuencia, adquirió especial relevancia la posibilidad de una regulación de la gestación por sustitución a nivel nacional cuando el grupo parlamentario Ciudadanos presentó una Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, el 8 de septiembre de 2017. En aquél entonces, el resto de los principales grupos parlamentarios tuvieron posiciones de rechazo por suponer, bajo sus criterios, la mercantilización del cuerpo de la mujer de manera directa o indirecta<sup>6</sup>. El traslado a la sociedad de este debate se produjo mostrando dos posiciones claramente diferenciadas. Por un lado, tenemos los partidarios de su regulación, que la defienden como derecho basándose en el ejercicio libre de la autonomía de la voluntad por parte de las mujeres gestantes ya que en España tendrían un buen nivel socioeconómico<sup>7</sup>. Por otro lado, los partidarios de mantener su no regulación y prohibirla de manera clara, defienden que ésta implica indiscutiblemente una mercantilización o instrumentalización del cuerpo de la mujer en cualquier circunstancia, llegando a convertirse el proceso en una mera comercialización de bebés, lo que supondría una clara violación de la dignidad de la mujer y de los menores<sup>8</sup>. En este último argumento es donde se debe centrar el debate jurídico y social sobre si es procedente o no acceder a una regulación que admita la

---

<sup>6</sup> Álvarez, Pilar y García de Blas, Elsa. “PP, PSOE y Podemos se oponen a la ley de gestación subrogada de Ciudadanos”, *El País*, 27/06/2017. En [https://elpais.com/politica/2017/06/27/actualidad/1498558032\\_890288.html](https://elpais.com/politica/2017/06/27/actualidad/1498558032_890288.html) (consulta: 30/07/2021).

<sup>7</sup> Vila-Coro, Antonio. “Argumentario en defensa de la gestación subrogada”, *Blog Son Nuestros Hijos*, 04/11/2010, En <http://sonnuestroshijos.blogspot.com/2010/11/argumentario-en-defensa-de-la-gestacion.html> (consulta: 02/08/2021).

<sup>8</sup> “Ciudadanos propone una gestación subrogada ‘altruista’ y solo para mayores de 25 años”, *La Vanguardia*, 27/06/2017. En <https://www.lavanguardia.com/politica/20170627/423732739456/ciudadanos-gestacion-subrogada-ley.html> (consulta: 02/08/2021).

gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, pues cualquier decisión tomada al respecto no puede suponer, en ningún caso, un retroceso en los derechos de la mujer o en el interés superior de los menores.

Por consiguiente, el objetivo de este Trabajo de Fin de Grado es analizar si es pertinente adoptar una regulación legal que establezca un derecho a la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, desde una perspectiva crítica, y observando su posibilidad real de instaurarse en nuestro contexto sociopolítico. Para ello, partiremos de la base de que, en todo caso, la regulación debe ser completamente garantista con los derechos de la mujer gestante y del interés superior del menor y que, a su vez, su eje central será la protección y prevención de las diferentes situaciones de vulnerabilidad que atentan contra la dignidad de ambos sujetos, derivadas del modelo económico y social neoliberal imperante en la mayoría de sociedades democráticas avanzadas. Si la regulación propuesta no puede garantizar esta protección, entonces debemos rechazar la regulación por suponer una mercantilización y cosificación de las mujeres y los menores.

Por este motivo, se debe analizar con exhaustividad todas las consecuencias que se pueden derivar de los diferentes modelos por los que se puede optar (comercial o altruista, con intervención del derecho público o mediante contratación privada, etc.) y, en particular, del efecto que tendrían las medidas estudiadas, en una hipotética ley reguladora, para las mujeres y los menores que intervienen en el proceso. En este sentido, es importante abordar este trabajo desde la observación de ambos colectivos conjuntamente ya que la vulnerabilidad de uno afecta directamente al otro. Que se vulneren los derechos reconocidos a la mujer gestante durante el proceso, tendría una repercusión negativa en el bienestar del menor. Y si éste es concebido como un objeto, la mujer tendría reservado un papel de simple vasija a la cual imponerle todo tipo de condiciones sin importar su dignidad. Realizar el estudio desde la perspectiva de sólo uno de los dos colectivos, implicaría el riesgo de descuidar y no proteger adecuadamente al otro, lo cual sería contraproducente. Es necesario que la protección se dirija a ambos de manera equilibrada.

El análisis de este trabajo lo realizaremos agrupando su contenido en cuatro capítulos diferenciados.

Primero, analizaremos el marco jurídico de la gestación por sustitución para encuadrarla en nuestro ordenamiento jurídico y compararla con la regulación existente en otros países, de forma que podamos apreciar todas las consecuencias de cada modelo posible, para valorar su posible constitucionalidad y regulación en nuestro país.

En segundo lugar, haremos un estudio de la gestación por sustitución desde un enfoque de género, observando todos los problemas que puede implicar acceder a su regulación y todas las precauciones que habría que tener al respecto. En este punto, prestaremos especial atención a la mercantilización del cuerpo de la mujer, al fenómeno de la trata de personas y a la posibilidad de que un mercado negro desvirtúe la regulación legal, situaciones que están todas vinculadas a intentos de comercializar la práctica de la gestación.

Seguidamente, examinaremos la gestación por sustitución desde el enfoque del interés superior del menor. Para ello, indagaremos en el marco jurídico que implica este principio y su relación con la figura de la gestación. Una vez determinado esto, observaremos las circunstancias que pueden poner en riesgo la protección del menor, tales como la comercialización de éste con una reducción a un simple objeto de mercado, la falta de idoneidad de los padres y madres comitentes, el estado al que podríamos relegar la adopción en nuestro país y la situación, en general, en la que estaría el menor durante todo el proceso de gestación y, también, tras el nacimiento.

Por último, contaremos con un capítulo de conclusiones, donde pondremos en valor toda la investigación realizada para determinar si, finalmente, nos parece o no procedente la posibilidad de una regulación de esta figura en nuestro país y las condiciones necesarias en las que debería darse para que la admitamos, valorando el contexto sociopolítico actual en el que nos encontramos.

Para el desarrollo de este trabajo, se han utilizado distintas fuentes que nos han permitido encuadrar el tema de investigación para, posteriormente, hacer un análisis profundo que nos permitiese reflexionar acerca del fenómeno de la gestación por sustitución. En primer lugar, hemos analizado las diferentes normas que regulan esta figura, que son la LTRHA y el Código Penal de nuestro ordenamiento jurídico y, a su vez, las leyes análogas en algunos países extranjeros, apoyándonos de material complementario con diferentes obras de varios autores para observar sus explicaciones y conclusiones. También se ha consultado la LO de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y el CDN para examinar el principio de interés superior del menor. Por otro lado, el grueso principal del estudio lo han supuesto dos libros sobre la gestación subrogada (*HIJ@S DEL MERCADO*, de María Luisa Balaguer, y *Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, de Eleonora Lamm), cuyas perspectivas son opuestas (la primera claramente en contra de la regulación y la segunda a favor) para darnos una visión amplia del tema. A partir de ahí, se ha consultado un amplio catálogo de bibliografía doctrinal, a través de artículos en revistas

que enriqueciesen cada uno de los temas abordados con diferentes perspectivas jurídicas al respecto. Además, este trabajo también ha contado con un amplio número de artículos de prensa y de diarios de información, aprovechando la enorme trascendencia y difusión que tiene la gestación por sustitución por las controversias que causa. También se han observado algunas encuestas para hacernos una idea aproximada de cuál es la posición de aceptación o rechazo con que cuenta la gestación subrogada actualmente. Por otro lado, a lo largo de la investigación también se han analizado algunas sentencias que han sido determinantes en la configuración de esta figura y su relación con el principio del interés superior del menor. Las más destacables han sido las sentencias del TEDH, aunque también se han explicado detalles de algunas del TJUE, del TS o de algunos TSJ. Por último, se ha buscado información del funcionamiento real y práctico de la gestación por sustitución desde una perspectiva internacional, para lo cual se han consultado determinadas páginas web especializadas en el asesoramiento para las personas que desean realizar el proceso en el extranjero.



## I. MARCO JURÍDICO

### 1. Regulación actual de la figura de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español

En el ordenamiento jurídico español, la figura de la gestación por sustitución se encuentra actualmente regulada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En el artículo 10.1 se manifiesta que el empleo de la gestación por sustitución no está permitido indicando que “*será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”. Aunque no se recoge una prohibición expresa, este precepto define de manera básica la figura de la gestación por sustitución y nos indica que la consecuencia jurídica de cualquier intento de acuerdo de este tipo es la nulidad contractual. Por tanto, nos encontramos ante un marco normativo estructurado desde una perspectiva puramente civil y mercantil donde únicamente se pretende privar de efectos jurídicos al contrato de gestación. Esto implicaría consecuencias administrativas como la obligatoriedad de establecer la relación de filiación con respecto a la gestante en el registro civil<sup>9</sup>. Según los requisitos regulados en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, el art. 44 exige una declaración de los padres acompañada de un parte facultativo con la intención de probar el hecho del parto y la identidad del hijo<sup>10</sup>.

Sin embargo, nuestro Código Penal sí refuerza la prohibición de la gestación por sustitución de manera indirecta tipificando como delictivas las conductas de la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor en los artículos 220 y 221. En concreto, el art. 220 castiga las conductas que implican la simulación de un parto que no ha existido (apartado 1), ocultar o entregar un menor a un tercero para alterar su filiación (apartado 2) o sustituir a un niño por otro (apartado 3). Por otro lado, el art. 221 establece pena de prisión para “*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, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación [...]*” (apartado 1) y sancionando también a los que reciben el menor y a los intermediarios (apartado 2). En ambos artículos, el bien jurídico protegido es la seguridad

---

<sup>9</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Universidad de Barcelona, 2015, p. 73.

<sup>10</sup> Balaguer, María Luisa, *HIJ@S DEL MERCADO. La maternidad subrogada en un Estado Social*, Ediciones Cátedra, 2017, pp. 80-81.

jurídica de las relaciones familiares y los procesos legales para determinar la filiación y patria potestad. Y en el caso del art. 221, también se pretende evitar la patrimonialización y mercantilización del menor. Esto implica que el legislador está prohibiendo cualquier tipo de tráfico ilegal o compraventa de menores por lo que, de manera indirecta, prohíbe y sanciona la gestación por sustitución cuando ésta da lugar a los delitos anteriormente tipificados<sup>11</sup>.

Por consiguiente, cualquier intento de gestación subrogada realizada en el Estado español suele implicar bastantes problemas, principalmente administrativos, aunque a veces también penales. Esto conlleva que, en un mundo globalizado como el actual, la práctica residual más utilizada para intentar sortear estos problemas legales sea la de realizar el contrato de gestación por sustitución en otro ordenamiento jurídico donde sí esté permitido<sup>12</sup>. Sin embargo, esto también ha generado problemas con la inscripción registral y algunas contradicciones en nuestro propio ordenamiento, con diferentes posturas entre la Dirección General de Registros y Notariado y los tribunales<sup>13</sup>, lo cual se acentúa en el momento en que entra en juego el interés superior del menor<sup>14</sup>, donde ni siquiera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había mantenido una doctrina clara. Estas contradicciones e inseguridad jurídica serán analizadas con detenimiento más adelante en su epígrafe correspondiente.

## 2. Aspectos de derecho comparado

### a. Introducción

En el derecho comparado no encontramos una única respuesta respecto al marco jurídico de la gestación por sustitución. Aunque la opción más común es la de la prohibición expresa o indirecta de esta figura (especialmente en muchos países de la Unión Europea), hay muchos matices en cuanto a la regulación en los diferentes ordenamientos jurídicos. De esta manera, podemos identificar 4 grandes posturas<sup>15</sup>:

---

<sup>11</sup> Un ejemplo de aplicación del art. 221.1 y del art. 221.2 CP lo encontramos en la Sentencia N° 564/2015, Juzgado de lo Penal - Elche/Elx, Sección 3, Rec 342/2015 de 22 de Diciembre de 2015, cuyo fundamento jurídico segundo se centra en argumentar si hubo venta del menor gestado por P a C y C.

<sup>12</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, p. 78.

<sup>13</sup> Balaguer, María Luisa, *HIJ@S DEL MERCADO... cit.*, pp. 82 ss.

<sup>14</sup> La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece en el art. 2 que el interés superior de los menores es primordial y primará sobre cualquier otro interés legítimo (como podría ser el del orden público). Profundizaremos en esto más adelante en su epígrafe correspondiente.

<sup>15</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, p. 118.

- a) Prohibición clara y expresa (Alemania, Francia, Italia, Austria, Noruega, Turquía, China, Japón, etc.).
- b) Situación de no regulación o de tolerancia con una regulación indirecta en aspectos básicos (Argentina y Bélgica).
- c) Admisión, sólo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones (por ejemplo en Reino Unido, Canadá, Grecia, Portugal, Israel y Sudáfrica).
- d) Admisión amplia pudiendo ser altruista o bajo acuerdos contractuales comerciales (algunos Estados de Estados Unidos, Rusia, Ucrania, India, etc.).

En los siguientes subepígrafes haremos un breve análisis de las diferentes regulaciones que presentan los países de Alemania, Argentina, Reino Unido, Canadá y Estados Unidos. Se ha elegido estos países porque cada uno representa una de las cuatro posturas mencionadas, lo cual nos va a permitir observar el funcionamiento y las consecuencias jurídicas o sociales de la gestación por sustitución en todas ellas. Pondremos especial atención en cómo afecta cada regulación a las mujeres gestantes y a los menores nacidos o por nacer. Seguidamente, se realizará una comparativa entre estos países para resaltar las ventajas e inconvenientes de todos los criterios reguladores, de modo que podamos hacernos una primera idea de cuáles son las opciones y medidas más garantistas y protectoras de derechos con respecto a las personas más vulnerables.

## **b. Alemania**

Alemania es uno de los países europeos que cuenta con una prohibición expresa y clara respecto a cualquier forma de modalidad de gestación por sustitución, incurriendo en penas privativas de libertad por considerarla contraria a la dignidad de la mujer. Por un lado, cuentan con la Ley Alemana de protección del embrión donde se castiga con penas de hasta 3 años a quien fecunda artificialmente o transfiere un óvulo o embrión de una mujer a otra mujer (en este caso estas son penas aplicables a los terceros que intervengan en el proceso y no a la mujer gestante ni a la comitente). Además, la ley de adopción alemana prohíbe expresamente la gestación por sustitución y la castiga con un año de prisión o multa<sup>16</sup>.

Al igual que sucede en España, en este contexto normativo los ciudadanos alemanes que desean realizar esta práctica buscan un país extranjero como Ucrania y luego intentan inscribir la filiación en el registro alemán. La consecuencia más habitual es la denegación e

---

<sup>16</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, p. 125.

inscripción de la gestante como la madre del menor de acuerdo con las leyes alemanas (o la modificación si este dato se descubre después del primer intento de registro). Por tanto, quienes recurren a esta práctica normalmente necesitan acudir a los procesos de adopción ya que la maternidad legal de la mujer solamente se puede alcanzar mediante este proceso. Sólo en algunos casos individuales se reconoce directamente la paternidad y maternidad por los tribunales para parejas alemanas que han empleado la gestación por sustitución, normalmente en situaciones donde los propios tribunales consideran que así prevalece el interés superior del menor<sup>17</sup>.

### c. Argentina

Argentina es uno de los países que se encuentra con un alto grado de inseguridad jurídica por ser un Estado donde no hay regulación de la gestación por sustitución. Al no contar ni con prohibición expresa ni con una norma que la permita, este país se encuentra con un vacío legal que implica que el ordenamiento jurídico tolere su práctica. Sin embargo, habría que atenerse a las consecuencias jurídicas civiles y administrativas de la legislación interna. En este caso, el Código Civil de la República Argentina establece en su art. 242 que la maternidad la establece el parto. Por tanto, la madre gestante podría decidir inscribir el hijo o hija gestado a su nombre por ser considerada la madre legal, aun en contra de la voluntad de los padres comitentes.

La autora Eleonora Lamm en su libro *Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, hace un análisis de cómo hay varios casos jurisprudenciales que fueron necesarios para resolver algunas controversias con respecto a la inscripción de la filiación en los registros nacionales. En particular, destaca un caso de junio de 2013 en cuyo fallo apela a la voluntad procreacional de los comitentes y a que la filiación a favor de estos “es la solución que más responde al interés superior de la nacida”<sup>18</sup>.

En definitiva, esta situación de alegalidad implica que se pueden presentar conflictos jurídicos de diversa índole y que sólo pueden ser solucionados con procesos de adopción o acudiendo a los tribunales.

---

<sup>17</sup> “El Supremo alemán no reconoce a la madre de un hijo nacido por vientre de alquiler”, *20 Minutos*, 23/04/2019. En <https://www.20minutos.es/noticia/3621804/0/gestacion-subrogada-alemania/?autoref=true> (consulta: 06/08/2021).

<sup>18</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, pp. 103-108.

#### d. Reino Unido

En el ámbito europeo, Reino Unido es uno de los países más importantes con regulación sobre la gestación por sustitución ya que es de los pocos que la admiten de manera expresa. La figura tiene su propio instrumento legal (*Surrogacy Arrangements Act* de 1985), aunque también está directamente regulada en la principal ley que regula las técnicas de reproducción humana asistida (*Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008)<sup>19</sup>.

Las características principales de la gestación por sustitución con la regulación actual es que debe ser altruista (la actividad comercial puede ser incluso constitutiva de delito), aunque se admite la compensación pertinente por los gastos razonables derivados del proceso. Respecto a los efectos jurídicos, la filiación en Reino Unido se determina inicialmente a favor de la madre gestante y su marido (si lo hubiese). La razón de ser de esta medida es la de otorgar un período de reflexión que permite a la madre gestante cambiar de opinión si así lo desea. Por tanto, en caso de que haya mutuo acuerdo entre la madre gestante y los padres de intención, éstos podrán solicitar ante los tribunales una *parental order* para transferir la filiación (siempre que haya transcurrido un plazo de 6 semanas y antes de los 6 meses)<sup>20</sup>.

En la práctica, la necesidad de solicitar la *parental order* supone algunos problemas que hacen que no todos los ciudadanos puedan acceder a esta modalidad de reproducción. Por ejemplo, es obligatorio que haya vínculo genético con al menos uno de los padres comitentes, por lo que quedan excluidas las parejas donde ambos son estériles. Por ello, aunque la posición de la sociedad británica actualmente es mucho más abierta y tolerante con la gestación por sustitución y el número de acuerdos de gestación y solicitudes de *parental order* va en aumento cada año, sigue habiendo algunos ciudadanos británicos que acuden a un país extranjero para realizar este proceso por no cumplir con todos los requisitos exigidos en Reino Unido, por desconocimiento de la ley o por la creencia de que en otros países hay mayor seguridad jurídica al respecto. No obstante, varios estudios realizados allí manifiestan la ausencia de efectos negativos en los niños y en las relaciones paternofiliales y, además, tampoco se evidencian consecuencias negativas en las madres gestantes como arrepentimiento por haberse prestado a la gestación en un número importante de casos<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Igareda González, Noelia, “La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España”, *Política y Sociedad*, Vol. 57, nº 3, 2020, p. 889.

<sup>20</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, pp. 132-133.

<sup>21</sup> Igareda González, Noelia, “La gestación por sustitución en el Reino Unido... cit.”, pp. 893-895.

#### e. Canadá

Canadá también cuenta con una regulación de la gestación por sustitución similar a la de Reino Unido, ya que ésta debe tener carácter altruista pues, en caso de que haya prácticas comerciales, éstas serán sancionadas. Hacemos aquí una breve mención al marco jurídico de este país por ser el marco de referencia para la Proposición de Ley presentada por el partido político Ciudadanos mencionada en la introducción.

La ley canadiense de reproducción humana asistida (*Assisted Human Reproduction Act* de 2004) también establece una serie de prohibiciones como que la gestante tenga menos de 21 años o que se realicen pagos económicos a los intermediarios o a la propia gestante (a excepción de los que tienen la función compensatoria). Sin embargo, este modelo tiene como ventajas que el sistema sanitario es público, que la filiación se determina por sentencia judicial antes del nacimiento y que, en contraposición al Reino Unido, aquí pueden acceder todos los modelos de familia. La principal desventaja de este modelo altruista con prohibición de publicidad es que, pese a la seguridad jurídica del proceso, encontrar gestantes puede ser una tarea difícil y que, sumado al coste final de toda la operación para los padres de intención (alrededor de 60.000 € en adelante), para estos puede ser una opción más atractiva optar por realizar el proceso en un país extranjero con una regulación comercial cuando esto les garantiza una mayor agilización del mismo<sup>22</sup>.

#### f. Estados Unidos

De Estados Unidos cabe mencionar que hay un alto grado de desarrollo legislativo y jurisprudencial sobre gestación por sustitución y filiación por ser un sistema federal. Este modelo territorial implica que la normativa de su regulación está encomendada a los Estados, con diversas posturas (no regulación, prohibición o admisión con requisitos de muy diversa índole). Aunque es muy interesante y didáctico el análisis sobre las diferentes consecuencias jurídicas y posibilidades de gestación en cada territorio, nos remitimos al estudio que ha realizado la autora Eleonora Lamm<sup>23</sup>, y simplemente vamos a mencionar que en muchos Estados la admisión amplia de esta figura permite su acceso a casi todos los modelos de familia (incluyendo parejas estériles, parejas homosexuales o una persona a título individual). Nos interesa destacar que el modelo principal de gestación que encontramos en varios de los

---

<sup>22</sup> Rodrigo, Andrea. “Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio”. *Babygest*. 28/08/2019. En <https://babygest.com/es/canada/> (consulta: 06/08/2021).

<sup>23</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, pp. 187-192.

Estados es el de la admisión comercial, teniendo que retribuir un precio a la gestante además de los gastos compensatorios. Aquí entra en juego, con más intensidad, el componente de la mercantilización de los bebés o del cuerpo de la mujer. Más allá del debate doctrinal de cómo afecta a la dignidad de la mujer o del menor, resulta controvertido, desde un punto de vista ético, que el único móvil para convertirse en gestante sea el dinero. Por eso, “en California, es requisito imprescindible que la candidata tenga un nivel de vida mínimo. Así, la gestación subrogada no supone un medio de vida sino simplemente una ayuda y una recompensa por el esfuerzo realizado”<sup>24</sup>. Sin embargo, este hecho no impide que, desde un punto de vista externo, para los padres de intención no deja de ser una mera compraventa, sólo accesible a individuos ricos o de clase social alta. El prestigio de EEUU como país con larga tradición en gestación por sustitución, sumado a los avances médicos y clínicos, convierten el proceso en este lugar en el más caro del mundo, siendo Estados como California de los más demandados a nivel mundial. Por último, es importante tener en cuenta que al prestigio mencionado se suma la seguridad jurídica para los padres de intención que saben que, en este Estado, se les reconocerá la filiación de manera previa al nacimiento a través de una sentencia judicial denominada *prebirth order*<sup>25</sup>.

El modelo estadounidense es evidente que genera mucha controversia y dilemas éticos al centrarse en una perspectiva comercial, pero tampoco es desdeñable mencionar que se contraponen a los modelos también comerciales de países en desarrollo como India o aparentemente desarrollados como Ucrania. En estos lugares, esta figura aparece como una salida a la pobreza o la falta de educación, que hace a las mujeres más vulnerables ante la explotación.<sup>26</sup>

#### **g. Comparativa de las distintas regulaciones**

Aunque la posición mayoritaria en los ordenamientos jurídicos es la de prohibir la práctica de la gestación por sustitución, es una realidad que existe una tendencia hacia el turismo reproductivo en el momento en que la globalización y el derecho internacional permiten a los ciudadanos de un país, ir a otro para realizar esta técnica de reproducción asistida donde

---

<sup>24</sup> Álvarez, Natalia. “Compensación a la gestante subrogada: aspectos a tener en cuenta”. *Babygest*, 12/02/2018. En <https://babygest.com/es/pago-a-la-gestante-en-maternidad-subrogada/> (consulta: 06/08/2021).

<sup>25</sup> Salgado, Sara. “Gestación subrogada en California, el destino más demandado de USA”. *Babygest*, 20/12/2016. En <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada-en-california/> (consulta: 06/08/2021).

<sup>26</sup> Ordax, Aitor. “¿Altruismo o compraventa?: el espinoso debate sobre el alquiler de vientres”, *Cadena Ser*, Madrid, 06/03/2019. En [https://cadenaser.com/ser/2019/03/05/sociedad/1551791443\\_718765.html](https://cadenaser.com/ser/2019/03/05/sociedad/1551791443_718765.html) (consulta: 06/08/2021).

sí es legal. Mientras no haya una posición internacional unánime frente a esta figura, una manera de afrontar los problemas derivados del turismo reproductivo es la de crear una regulación propia sobre la materia. Y para ello, deberemos valorar si es preferente optar por una prohibición clara, con sanciones en caso de incumplimientos de la ley, o bien optar por su admisión con disposiciones orientadas a la protección y a garantizar el bienestar de las personas intervinientes, especialmente de las más vulnerables. Observando esto, desde un punto de vista internacional, podemos deducir que existe una tendencia al aumento de los casos de regulación y flexibilización de la gestación por sustitución<sup>27</sup>.

Una de las consecuencias que podemos extraer de todos los análisis previos es que los países con prohibición o con poca o nula regulación, no desincentivan la práctica de la gestación por sustitución, sino que incentivan el fraude de ley a través del turismo reproductivo. En efecto, en el momento en que se conoce que en casi todos los ordenamientos jurídicos suele primar el interés superior del menor antes que cualquier otra circunstancia, los ciudadanos saben que, en un alto porcentaje de casos, van a poder inscribir la filiación del hijo gestado por sustitución. En países como España, Alemania o Argentina deben recurrir a un proceso de adopción o, en su caso, acudir a los tribunales para lograrlo (sin perjuicio de que en nuestro país actualmente hay un procedimiento especial para la inscripción, que abordaremos en este trabajo más adelante). Tal y como menciona Eleonora Lamm, existe también la posibilidad de que no se otorgue pasaporte para que el niño pueda viajar al país de residencia de los comitentes, y si el país donde se produjo la gestación no otorga la nacionalidad, el niño o niña estará en un limbo jurídico y con la condición de apátrida. Además, se suma el hecho de que, aun consiguiendo regresar al país de residencia, los comitentes no puedan inscribir a su hijo o hija o tengan graves dificultades para hacerlo (por ejemplo, en ocasiones los tribunales deniegan la inscripción por ser contraria al orden público, como ha sucedido en España en varias ocasiones)<sup>28</sup>. Sin embargo, estos riesgos no frenan los casos de gestación por sustitución en el extranjero, a pesar de que en muchas circunstancias se pueda someter a un gran riesgo o perjuicio a los menores ya nacidos. Y esto tiene su razón de ser en que, aunque el proceso es largo y costoso, en bastantes casos sí se consigue el objetivo de obtener un bebé gestado por una tercera persona y que sea reconocido en el país de origen a través de los tribunales. Por ende, los países que tienen mayor grado de seguridad jurídica con una legislación de admisión mucho más clara, permisiva y que facilita los trámites administrativos

---

<sup>27</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, pp. 193-194.

<sup>28</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, pp. 196-210.

para la transmisión de la filiación, se convierten en los destinos más atractivos para los extranjeros.

Por otro lado, también incentiva enormemente el turismo reproductivo, la existencia de países con el modelo comercial (ya que la posibilidad de obtención de una suma cuantiosa de dinero provoca que aumente la oferta de mujeres dispuestas a prestar su vientre para gestar y con ello la demanda tanto de ciudadanos del propio país como de ciudadanos de países extranjeros). En este ámbito comprobamos que el segundo factor que interviene a la hora de seleccionar el destino es el precio total del proceso. Tal y como hemos introducido en el subepígrafe anterior, este factor puede suponer un riesgo para las mujeres de los países menos desarrollados (que son los que probablemente tendrán un menor precio total para todo el proceso de gestación por sustitución), ya que pueden mercantilizar su cuerpo o incluso ser explotadas. En estos casos es un grave problema que las condiciones del proceso se establezcan a través de cláusulas contractuales, ya que los padres y madres contratantes tendrán una posición de poder respecto a la mujer gestante (bajo el simple razonamiento de que una mujer en buena posición socioeconómica es poco probable que decida someterse a un proceso que conlleva mucho esfuerzo, molestias y riesgos para la salud; por otro lado, una persona en situación de pobreza, puede aceptar cualquier inconveniente con tal de mejorar su situación personal, por lo que es probable que sean éstas las que, casi en la totalidad de los casos, se ofrezcan a gestar para terceros). Y cuando unos contratantes tienen mayor poder que otros, existe la posibilidad de que impongan las cláusulas, con el riesgo de que se someta a la mujer a situaciones indignas e inhumanas. En este sentido hay que tener en cuenta que ni siquiera en EEUU, que es un país económicamente muy potente, con una sociedad profundamente individualista y donde la autonomía de la voluntad es llevada al extremo, desaparece el riesgo mencionado. En todo país en mayor o menor medida hay gente en situación de pobreza o exclusión social, que podría ser explotada o mercantilizada, si esta figura se articula bajo el modelo mercantil. Al respecto haremos un profundo análisis de toda esta problemática en los dos capítulos siguientes.

Por tanto, parece que es el modelo altruista el más protector de los intereses de las personas más vulnerables. El objetivo de esta postura es el de no permitir la comercialización de la gestación por sustitución e impedir la mercantilización de los cuerpos y las personas. Por ello, y sin perjuicio de las diferencias en los aspectos reguladores que pueda presentar cada país, este tipo de regulación debería conllevar un alto grado de bienestar para la madre gestante y, normalmente, debería coincidir con una importante seguridad jurídica en el proceso, que redunde en mayor confianza para los padres y madres de intención, tal y como

hemos visto en el Reino Unido y Canadá. No obstante, las regulaciones en estos países tampoco son perfectas. Los trámites burocráticos que pueden estar asociados al proceso, junto a la falta de un número suficiente de mujeres gestantes, pueden enlentecer el proceso, de tal manera que algunos ciudadanos, aun teniendo disponible esta figura en su país, opten por ir a un país con modelo comercial para agilizarlo. De modo que, el tiempo total del proceso aparece como el tercer factor que los padres y madres de intención valorarán, con toda probabilidad, a la hora de escoger un país en el que realizar la gestación por sustitución. En consecuencia, si el modelo altruista resulta ser excesivamente lento, tampoco desincentivará el turismo reproductivo.

En los análisis previos de los distintos países y los diferentes modelos, no encontramos ninguna solución jurídica existente al problema que puede generar que los residentes decidan acudir a uno de estos países con menor desarrollo en el caso de que éstos permitan la gestación por sustitución a extranjeros. La única opción que parece que protegería correctamente a las personas más vulnerables es prohibir en todos los países la gestación por sustitución comercial. No obstante, es prácticamente imposible que los Estados lleguen a un consenso de este tipo y, por otro lado, las legislaciones nacionales (prohíban o permitan la gestación por sustitución), no abordan este problema con consecuencias jurídicas claras y tajantes, por lo que están contribuyendo indirectamente a la explotación mercantil del cuerpo de la mujer en otros lugares.

Todo lo expuesto anteriormente pone de manifiesto que, mientras haya una gran disparidad de regulaciones y no exista una postura unánime, una de las pocas maneras con las que se puede desincentivar esta práctica de acudir a terceros países y así proteger a las mujeres y a los menores es desarrollando una regulación propia que sea clara y que contemple todos estos supuestos de manera directa o indirecta, para así dotar de mayor seguridad jurídica a nuestro propio ordenamiento. Además, en un plano teórico parece más conveniente que la regulación admita la gestación por sustitución, ya que parece ser más protectora con las personas más vulnerables que la prohibición expresa. Por este motivo, vamos a analizar a continuación si ésta figura tiene encaje constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

### **3. Encaje constitucional y argumentos doctrinales para su regulación. El valor del derecho antidiscriminatorio**

Teniendo en cuenta la situación actual, adquiere mucha importancia el valor del derecho antidiscriminatorio. Cualquier propuesta reguladora, sea para permitir esta modalidad de

gestación o para prohibirla con consecuencias jurídicas más claras y tasadas, debe realizarse observando y respetando los principios de libertad, igualdad y no discriminación recogidos en la Constitución Española.

El principio de igualdad ante la ley (o igualdad formal) lo encontramos en el art. 14 CE que dispone que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. En 2003 el Congreso de los Diputados inició la publicación de un portal temático en el que encontramos información y aclaraciones sobre los preceptos constitucionales. El art. 14 cuenta con una sinopsis donde nos explican que el carácter relacional y no autónomo del principio de igualdad, implica que la igualdad se predica únicamente respecto de relaciones jurídicas concretas. Por esta razón, la estrategia principal para plasmar este principio ha sido mediante normas individuales en distintos campos o áreas. Además, el portal temático nos indica expresamente que el TC *“ha definido el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable; ha afirmado el carácter vinculante de este principio tanto para el legislador (igualdad en la ley), como para los órganos aplicadores del Derecho (igualdad en la aplicación de la ley) y los particulares (igualdad horizontal); ha matizado la vinculación de los particulares al principio de igualdad al señalar que su libertad de actuación sólo está limitada constitucionalmente de forma directa por la prohibición de discriminar por las causas expresamente mencionadas en el artículo 14, por considerarse de orden público, mientras que en lo demás ha de estarse a lo que establezcan las leyes y los jueces, que en todo caso deberán ponderar este trascendente principio con el de autonomía de la voluntad”*<sup>29</sup>.

Estas características del principio de igualdad formal han conllevado que se presente como insuficiente para garantizar la igualdad real y efectiva de la ciudadanía, especialmente en lo que se refiere a la igualdad horizontal (una prueba de ello es que este artículo es el segundo más invocado ante el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo tal y como también nos precisan en la sinopsis del artículo). Por ello, en la elaboración de la propia CE se incorporó el principio de igualdad material recogido en el artículo 9.2 que indica que *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”* y *“remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”*. En la sinopsis del art. 9.2 el Congreso nos dice que *“el Estado social de Derecho*

---

<sup>29</sup> Gálvez Muñoz, Luís, “Portal temático sobre la constitución española y órganos constitucionales”, *Congreso de los Diputados*, 2003, En <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>

reinterpreta la igualdad formal propia del Estado liberal de Derecho e incorpora el principio de igualdad material con la finalidad de conseguir una equiparación real y efectiva de los derechos sociales de los ciudadanos”. Al respecto, también nos indican que el TC ha interpretado que no tendrá la consideración de discriminatoria las acciones para favorecer a determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante ese trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial<sup>30</sup>.

Aquí adquiere gran importancia el derecho antidiscriminatorio que se desarrolla en nuestro país precisamente para buscar la equidad, protección y justicia social para los grupos o colectivos históricamente oprimidos. Desde este punto de vista, la discriminación no se produce desde una perspectiva individual sino que tiene su razón de ser en la pertenencia a un colectivo, que en el caso de las mujeres y menores, pasan a ser una mayoría minorizada. Esta discriminación se puede manifestar tanto por dar tratos desiguales a los miembros de un colectivo, como por manifestar indiferenciación o un trato aparentemente neutro que produce un grave perjuicio a dicho colectivo (discriminación indirecta)<sup>31</sup>. Por tanto, en esta rama del derecho se hace especial hincapié en que, como la sociedad está organizada en grupos sociales y especialmente las mujeres es uno de los colectivos que están en desventaja social, son necesarias medidas que neutralicen esta situación.

En este contexto, el derecho antidiscriminatorio se convierte en esencial y debe ser pieza clave en el debate sobre la gestación por sustitución. Una regulación aceptándola como técnica de reproducción humana asistida podría tener encaje constitucional si se realiza de una manera totalmente garantista con los derechos de las personas más vulnerables que intervienen en el proceso, es decir, de las mujeres gestantes y los menores gestados. En todo caso, sería imprescindible acreditar que la mujer gestante se encuentra con plena autonomía a la hora de prestar su consentimiento y que no se encuentra en ninguna situación de inferioridad material con respecto a los comitentes (relaciones jerárquicas, precariedad económica, imposición social de la conducta, etc.), de manera que el principio de igualdad material esté en todo momento protegido. Una vez tengamos certeza jurídica y material de que la mujer se encuentra en esta posición de igualdad real, como sociedad podríamos aceptar

---

<sup>30</sup> Rodríguez Coarasa, Cristina, “Portal temático sobre la constitución española y órganos constitucionales”, *Congreso de los Diputados*, 2003, En

<https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=9&tipo=2>

<sup>31</sup> Esparza-Reyes, Estefanía; Díaz Revorio, Francisco Javier, “Los mecanismos jurídicos de lucha contra la discriminación: aportaciones para la configuración del Derecho Antidiscriminatorio”, *Revista De Derecho Político*, nº 105, 2019, pp. 61-63

que se materialice el principio de libertad individual de esa misma mujer en su decisión (siempre que haya estado adecuadamente informada) de gestar para terceros. Únicamente nos quedaría por resolver que esta figura no atente contra la dignidad de la mujer o los menores y contra el libre desarrollo de la personalidad, que serían los últimos derechos que entran en juego en este ámbito.

Como ya mencionamos en la introducción, la mayor parte de las personas que se manifiestan en contra de esta modalidad de gestación se basan en que afecta indudablemente a la dignidad. Por ejemplo, María Luisa Balaguer nos indica que esa libertad de decisión de gestar lo que en realidad implica es la industrialización de un nuevo tipo de esclavitud sexual porque las mujeres emplean su cuerpo para dar satisfacción a una nueva necesidad de consumo, en este caso de vidas humanas<sup>32</sup>. La dignidad parte de la idea de que existen ciertos límites en los actos y conductas sociales que no deben rebasar los mínimos de la condición humana. Entre ellos, el respeto al cuerpo humano que en ningún caso debe tener consideración de mercancía ni estar sujeto al tráfico comercial<sup>33</sup>. Sin embargo, y sin perjuicio del reconocimiento de los problemas que genera históricamente el liberalismo perpetuando y fortaleciendo las posiciones de poder y aumentando la desigualdad en las capas sociales más débiles, si se realiza una regulación muy extensa, garantista y previsoras de todas estas circunstancias, se podría considerar que no vulnera la dignidad de las personas. La clave para defender este argumento es que un modelo altruista bien articulado, evita la comercialización del cuerpo de la mujer y de los menores, siempre que esté orientado completamente a salvaguardar sus integridades. Sería necesario, en todo caso, incorporar la obligatoriedad de tener un nivel socioeconómico estable y de bienestar para poder gestar, junto a una serie de requisitos y una estrategia política basada en la concienciación y educación, garantizando la prevención de todo tipo de situación de vulnerabilidad.

Finalmente, hay que destacar que, en nuestro país, algunos autores defienden una corriente doctrinal que sostiene que, aunque no esté expresamente reconocido un derecho a la reproducción, éste tiene encaje constitucional si lo entendemos como manifestación de algunos valores superiores del ordenamiento jurídico como la libertad individual, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de los comitentes, manifestado en su voluntad de formar una familia<sup>34</sup>. Además, esta argumentación tiene un refuerzo importante a través del reconocimiento internacional de un derecho a una libertad procreativa que, con el desarrollo

---

<sup>32</sup> Balaguer, María Luisa, *HIJ@S DEL MERCADO... cit.*, p. 178.

<sup>33</sup> Balaguer, María Luisa, *HIJ@S DEL MERCADO... cit.*, p. 203.

<sup>34</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, pp. 232.

científico, se ha traducido en la posibilidad de acceder a técnicas de reproducción asistida para su desarrollo. Por tanto, se presume como lógico que cualquier persona o pareja debería contar con un derecho a formar una familia y que sólo razones de peso permitirían justificar el restringirles esta posibilidad<sup>35</sup>. Al respecto, es muy relevante señalar la corriente contraria que sostiene la postura de que en nuestro país no existe este derecho y que los que lo defienden confunden el concepto de derecho legalmente establecido con el de deseo.

En definitiva, es inevitable reconocer que, el posible encaje constitucional de la gestación por sustitución tiene una base que es mucho menos sólida que la justificación contraria de que la gestación por sustitución siempre implica, por definición, una explotación de los cuerpos y las personas, y que no puede existir un derecho a la reproducción sin ningún tipo de límites. En cualquier caso, si justificamos que la admisibilidad de la gestación por sustitución no vulnera otros derechos constitucionales, sí que podría ser viable la creación de una norma que la regule aunque, como estamos en un plano teórico, habría que analizar todo su contenido y ésta puede que tenga que ser confirmada por el Tribunal Constitucional, en el caso de que se plantee un recurso de inconstitucionalidad contra esa norma.

Por consiguiente, vamos a realizar, a continuación, un análisis individualizado y detallado de todos los posibles problemas e inconvenientes que puede presentar, para las mujeres y los menores, una regulación que admita la gestación por sustitución. Una vez detectados, tendremos que justificar que la ley y la estrategia política, son adecuadas y tienen la capacidad de solucionarlos, garantizando en todo caso la plena igualdad, integridad y dignidad de las personas, de manera que, sólo en ese contexto pueda imperar la autonomía de la voluntad de la mujer.

---

<sup>35</sup> Marrades Puig, Ana, “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos”, *Estudios De Deusto*, Vol. 65, nº 1, 2017, pp. 229-230.

## **II. ENCAJE ECONÓMICO-SOCIAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL SISTEMA POLÍTICO ESPAÑOL. ENFOQUE DE GÉNERO.**

### **1. Posición de la mujer en el contexto sociopolítico español. Conceptualización**

A pesar de su papel fundamental en la sociedad y en todo el mundo, la mujer es una figura que ha estado históricamente oprimida, en una clara situación de desigualdad con respecto al hombre. Es en el siglo pasado cuando empieza a haber un auge del movimiento feminista que ha luchado, con mayor éxito, por el reconocimiento y la protección de varios derechos y por empezar a reducir la desigualdad estructural sobre la que orbitaba nuestra política. La evolución de la sociedad ha permitido que se esté adquiriendo una concienciación más clara e importante sobre la necesidad de lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, aunque, en la actualidad, sigue siendo más un objetivo que una realidad. Todavía hay relaciones asimétricas de poder que generan situaciones de desigualdad, especialmente en el ámbito laboral y personal.

Por este motivo, la figura de la mujer lleva siendo objeto de protección en el ámbito jurídico en los últimos años. Una clara muestra de ello es la búsqueda de la protección de las mujeres en situación de vulnerabilidad en el ámbito de la pareja, mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, o las diversas reformas en el ámbito laboral con el propósito de conseguir la igualdad de oportunidades, por ejemplo a través del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. En definitiva, se puede apreciar la correspondencia entre el esfuerzo legislativo y la demanda social de medidas proteccionistas y garantistas de los derechos de la mujer, con el objetivo de seguir avanzando hacia la igualdad de género.

En estas circunstancias, es completamente coherente que la gestación por sustitución sea una figura bastante controvertida, ya que aparece amenazando los derechos más fundamentales por los que se ha luchado en los últimos tiempos. Son varias las personas y agrupaciones (principalmente clínicas privadas, agencias comerciales o asociaciones) que anhelan su reconocimiento legal, mientras que muchas asociaciones feministas, juristas que defienden el derecho antidiscriminatorio y particulares, en general, que se siguen posicionando en contra de ésta asegurando que su práctica implica una mercantilización del cuerpo de la mujer.

En este capítulo, se va a hacer un análisis de cuáles son esas circunstancias que pueden implicar o derivar en una mercantilización de la mujer. El objetivo es analizar varias situaciones existentes y pensar en todos los riesgos hipotéticos más coherentes que podrían suceder. De esta manera podremos hacer una profunda reflexión sobre el papel que tiene o puede tener la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico.

## **2. La mercantilización del cuerpo de la mujer**

La mercantilización del cuerpo de la mujer es el principal dilema ético y a la vez jurídico al que se enfrenta la sociedad y el legislador si pretende permitir la práctica de la gestación por sustitución, puesto que la explotación del cuerpo, aun siendo consciente y voluntariamente permitida, vulnera derechos fundamentales.

Por otro lado, junto al conflicto de derechos ya expuesto cuando hemos analizado su posible encaje constitucional, es importante tener presente los daños o perjuicios de diversa índole que pueden producirse y que afecten a la salud física y psicológica de la mujer gestante, poniendo con ello en riesgo su bienestar físico y emocional.

Lo primero de todo es señalar la necesidad de partir de que un embarazo, en general, requiere de un proceso duro y muy sacrificado durante más de 9 meses (incluyendo el proceso de gestación, parto y postparto). En el caso de las gestantes por reproducción asistida, el embarazo supone un riesgo mayor de sufrir complicaciones frente a las que logran el embarazo de manera espontánea con sus propios óvulos. Por tanto, la gestación por sustitución tiene también mayor riesgo; e incluso algunos de los problemas que ocurren aquí pueden llegar a niveles extremos<sup>36</sup>. Uno de los riesgos objetivos es el derivado de la hiperestimulación hormonal necesaria para la preparación del cuerpo de la mujer para mantener el embarazo. Y también pueden darse algunas complicaciones asociadas al embarazo (embolias, anemia materna, hemorragias, diabetes gestacional, hipertensión arterial y preeclampsia, eclampsia...). Además, en este tipo de embarazos se suelen realizar pruebas de amniocentesis para garantizar la integridad genética del bebé, lo cual conlleva riesgos (dolor, infecciones, sangrado y en el peor caso un aborto). También es frecuente el embarazo múltiple al insertar más de un embrión, lo que puede implicar mayores complicaciones (o abortos selectivos para deshacerse de alguno de ellos). Y muchas veces el parto se hace por

---

<sup>36</sup> Olza, Ibone, “Los aspectos médicos de la gestación subrogada desde una perspectiva de salud mental, holística y feminista”, *Dilemata*, n° 28, 2018, pp. 7-8

cesárea, la cual tiene una mortalidad mayor que el parto normal. Después del parto, las mujeres gestantes tendrán que consumir fármacos para evitar la subida de la leche, lo cual también puede producir diversos malestares. Por último, hay que tener en cuenta también que una mujer no puede gestar un número indefinido de hijos e hijas por lo que la gestación para otras personas reduce en cierta medida sus posibilidades de ser madre en el futuro<sup>37</sup>.

Con respecto a la salud psicológica, parece razonable pensar que el proceso de separación puede tener un impacto emocional importante en relación con el apego del vínculo entre gestante y el bebé, motivado por el hecho de que éste se alimenta y crece gracias a las aportaciones de la mujer que lo gesta. Esta situación podría generar en algunas mujeres depresión postparto, estrés postraumático, etc. aunque aún no hay estudios suficientemente rigurosos sobre los efectos emocionales de esta práctica concreta en las distintas personas involucradas<sup>38</sup>. Esto lo podemos observar precisamente con algunos autores como Eleonora Lamm, que sostienen la tesis contraria de que la gestación por sustitución no atenta contra la salud psíquica de la gestante ya que no se han detectado trastornos o problemas psicológicos importantes<sup>39</sup>. Lo que a nuestro juicio parece evidente, es que esta tesis del bienestar psicológico de las gestantes sólo tiene cabida en un contexto donde ella misma tome su decisión en absoluta libertad y con el fin principal de ayudar a los padres comitentes. En ese caso, esa circunstancia sí podría conllevar no desarrollar un vínculo o apego emocional con el bebé y, por consiguiente, sentirse satisfecha y realizada, lo cual sólo es posible en un país con un muy alto grado de bienestar, lo que no parece viable en países en desarrollo cuyas mujeres gestantes tengan móviles diferentes al mencionado.

En definitiva, todas las complicaciones y circunstancias derivadas del proceso de gestación nos muestran que nuestro objetivo principal debe ir encaminado, en todo caso, a evitar o reducir cualquier riesgo que pueda experimentar la mujer. Para ello es imprescindible eliminar toda clase de mercantilización de su cuerpo que pueda originarse por el propio ordenamiento jurídico, por la intervención de terceros o por la propia autonomía de la voluntad de la gestante. En los siguientes apartados vamos a analizar las principales causas que pueden

---

<sup>37</sup> Emakunde (Instituto vasco sobre la mujer), “¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? INFORME FINAL”, Abril 2018, p. 81. En <https://emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFORMECompleto21042018.pdf>

<sup>38</sup> Emakunde, “¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?...” *cit.*, p. 81-82.

<sup>39</sup> Lamm, Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, pp. 234-237.

originar una mercantilización del cuerpo de la mujer y la vulneración de sus derechos fundamentales, así como lo que debería tenerse en cuenta para evitar esas situaciones.

#### **a. Mercantilización derivada de una posible técnica legislativa defectuosa**

Como hemos podido deducir de los epígrafes anteriores, la principal causa que puede motivar que la gestación por sustitución implique una mercantilización o explotación del cuerpo de la mujer es que la correspondiente regulación sobre la materia se realice con una mala técnica legislativa. Es decir, el primer requisito para prevenir este problema es impedirlo desde un punto de vista formal, creando una buena ley que evite la arbitrariedad, las ambigüedades y los vacíos legales que puedan devenir en situaciones como el fraude de ley desde un punto de vista jurídico. Obviamente, es posible que luego la realidad material no coincida con la formal, pues hay otros factores sociales que pueden conllevar una mercantilización indirecta, pero de ello nos ocuparemos en los siguientes epígrafes.

Desde hace varios años, hay una fuerte opinión, tanto por parte de juristas como de ciudadanos sin conocimiento jurídico, de que en nuestro país nuestra forma de legislar es, en general, bastante deficiente. Por ejemplo, Álvaro Delgado opina que el mayor problema es “la pésima calidad técnica, e incluso gramatical, con la que la inmensa mayoría de disposiciones están redactadas, que hace que resulten poco inteligibles y difícilmente interpretables y, consecuentemente, que su aplicación resulte a veces profundamente injusta y arbitraria”<sup>40</sup>.

Por tanto, la coherencia y la claridad se convierten en elementos claves para dotar de la mayor seguridad jurídica posible a una norma tan conflictiva como sería una ley sobre la gestación por sustitución. Para ello sería necesario que el legislador aborde esta cuestión de una manera competente, con una técnica jurídica y lenguaje adecuados y dando mucha importancia a la fase de tramitación de la norma (especialmente la fase de debate de las enmiendas de los grupos parlamentarios del congreso y del senado, para que estos participen de manera activa en la creación de la ley y para asegurar de una manera óptima, a través de la pluralidad política, que se protegen todos los derechos que hay en juego).

Lo que no podemos obviar es que, si se crea una ley genérica, poco precisa y donde la propia norma no aborde el mayor número de supuestos de hecho que podrían darse en la práctica,

---

<sup>40</sup> Delgado, Álvaro, “La pésima calidad de nuestras leyes”, *El Mundo*, 21/06/2017. En <https://www.elmundo.es/baleares/2017/06/21/594a25deca4741d2148b45e5.html> (consulta: 07/08/2021).

lo que ocurrirá es que se pervertirá el ideal de tener una norma garantista y que proteja los derechos de la gestante y del bebé. Hay que delimitar de manera clara y precisa lo que se puede y no se puede hacer y bajo qué parámetros y en qué circunstancias se debe llevar a cabo el proceso de gestación.

Si no se toman todas las precauciones necesarias y no se cuida la técnica legislativa de la norma, estaríamos dando pie a que puedan intervenir terceros interesados en la gestación bajo una perspectiva comercial (por ejemplo, agencias privadas de gestación o reproducción asistida e incluso particulares de manera directa). Es indudable que, si la propia norma no intentase impedir la mercantilización de una manera adecuada, al final se acabaría produciendo una comercialización y un mercado indeseado de vientres de alquiler.

Por último, no debemos olvidar que, si la norma adolece de incoherencias y lagunas, provocaremos que los intervinientes acudan con mayor frecuencia a los tribunales para resolver sus conflictos. Además de la posibilidad de colapsar aún más el sistema de justicia, nos expondríamos al problema de que el juez se deba convertir en sustituto del legislador para dar una respuesta coherente a esas situaciones. Y al respecto, hay que tener presente que esa función debe ser del legislador en virtud del principio de separación de poderes, y que cada juez puede aplicar un criterio y una valoración diferente en función de su sana crítica, generando una disparidad de respuestas mientras no haya una doctrina unificada por el Tribunal Supremo. Y en este contexto, es muy posible que no se corrijan todas las situaciones e injusticias que puedan materializarse. Parece evidente que es imprescindible una ley adecuada en técnica y en coherencia para evitar que haya una fuerte inseguridad jurídica alrededor de la figura de la gestación por sustitución.

#### **b. Mercantilización derivada de una falta de medios adecuados para asegurar el cumplimiento de la ley**

Otro de los aspectos que es muy importante tener en cuenta es que una buena ley no sirve de nada si no se disponen de los medios adecuados para garantizar su cumplimiento. Aquí deben intervenir dos ámbitos diferentes en la aplicación de la ley.

En primer lugar, se debe delimitar de manera precisa los medios que van a regir el proceso de gestación. Por ejemplo, se debe establecer qué institución debe encargarse de velar por la idoneidad de los padres comitentes y de la madre gestante (en este caso para asegurar que se encuentra en un estado de libertad y bienestar real para disponer de su propia autonomía para gestar), bajo qué parámetros deben proceder las clínicas de reproducción asistida o qué

institución se va a encargar de determinar la filiación y en qué circunstancias. Al respecto, me parece muy acertada una conclusión que extrae María Luisa Balaguer en su obra cuando nos indica que, para evitar la comercialización, la legalidad de la maternidad subrogada debe establecerse a través del derecho público, con absoluta gratuidad y control de las instituciones de la seguridad social<sup>41</sup>. Si dejáramos que todo el proceso de gestación por sustitución se rija por un mero contrato privado entre las partes, estaríamos exponiendo a la mujer a posibles casos de indefensión derivados de la falta de control del proceso. Además, en una sociedad capitalista y marcadamente liberal, un acuerdo privado implicaría ineludiblemente una mercantilización de la capacidad de gestar, lo cual supondría mayor poder material de los contratantes frente a la mujer que se encontraría en la inferioridad material que desde el principio hemos dejado claro que queremos evitar. Por ende, el Estado tiene que ser el garante principal de que la relación existente entre los padres de intención y la madre gestante se produce cumpliendo los requisitos que se dispongan en la ley, antes del inicio del procedimiento.

En segundo lugar, tenemos que asumir que la ley no se cumple en el 100% de los casos y que se producirán infracciones con respecto a lo dispuesto en la norma. Por ello, es necesario que el Estado garantice, a través de las instituciones adecuadas, que va a haber un control de la legalidad del proceso y, en su caso, que habrá consecuencias y sanciones administrativas, o incluso penales, en caso de incumplimientos deliberados de los preceptos legislativos, para así desincentivar dichos incumplimientos en la medida de lo posible. Si la propia ley reconoce y tipifica las infracciones como leves, graves o muy graves, las instituciones designadas por el Estado deberán velar y vigilar que el proceso de gestación por sustitución particular se realiza adecuadamente y proponer las sanciones pertinentes si detectan una infracción (o remitir el hecho al órgano competente en materia de sanciones). No obstante, es importante reconocer que simplemente con un sistema punitivo y sancionador no se logra desincentivar aquellas prácticas que no nos interesan. Es necesario, por tanto, que la propia norma disponga de unos criterios en materia de concienciación y educación para la ciudadanía, que marcarían la actuación de las administraciones, quienes deberán involucrarse activamente en el proceso, de tal manera que las partes serán en todo momento observadas y escuchadas, haciendo énfasis en la prevención de la vulnerabilidad de las mujeres y los menores. El régimen sancionador es necesario para hacer frente a los incumplimientos, que siempre los

---

<sup>41</sup> Balaguer, María Luisa, *HIJ@S DEL MERCADO... cit.*, p. 209.

habrá, pero la prioridad debe ser fortalecer las relaciones de las partes entre sí y con la administración.

Además, la mujer gestante, como sujeto principal al que hay que garantizar su protección, deberá tener en todo momento la posibilidad de denunciar las infracciones de las que considere que es víctima ante esas instituciones designadas y, en caso de que aun así no se hayan protegido sus derechos, tendrá garantizado el acceso a los tribunales pertinentes para reclamar la vulneración de sus legítimos derechos. Hay que tener en cuenta que la gestante podrá acudir incluso al Tribunal Constitucional de ser necesario, en la medida en que la posible infracción pueda vulnerar sus derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad.

### **c. Mercantilización derivada del contexto de crisis económica y social actual**

Pese al intento de evitar la mercantilización desde un punto de vista jurídico y de control del proceso, uno de los conflictos que puede surgir en la práctica es que sea la propia gestante quien comercialice su propio cuerpo, de forma voluntaria u obligada por presiones de terceros. Como ya se ha mencionado en el análisis del derecho comparado, en algunos países menos desarrollados y en otros aparentemente desarrollados, se puede llegar a recurrir a la gestación por sustitución como medio de vida (en algunos casos pueden obtener una importante suma económica teniendo en cuenta los ingresos que podrían obtener por otras vías).

Actualmente, nuestro país se encuentra sumido en una importante crisis económica y social que arrastramos desde la crisis financiera global de 2008 (también denominada Gran Recesión) que se desató por el colapso de la burbuja inmobiliaria en Estados Unidos. Este fenómeno de crisis, que se trasladó a los mercados financieros internacionales, se ha agravado en el último año por la pandemia que ha originado el Coronavirus SARS-CoV-2 que ha causado la enfermedad COVID-19.

Este contexto de crisis económica y social actual puede conllevar que algunas mujeres residentes en España viesen la gestación por sustitución como una forma más de obtención de ingresos. Aunque ya hemos mencionado que la situación económica en este país dista mucho de la situación existente en países en desarrollo, no deja de ser cierto que estamos en unas circunstancias bastante desfavorables y que habría que ser muy cauteloso con cualquier intento de regulación de la gestación por sustitución ya que, como hemos anticipado, podemos incentivar involuntariamente la mercantilización de la capacidad de gestar como medio para escapar de la crisis.

Aunque en este trabajo se va a analizar y contemplar el contexto económico y social existentes en el año 2021, es importante valorar cada contexto en su adecuado momento. Si en algún momento futuro el gobierno correspondiente o algún grupo parlamentario decide sacar adelante una ley de gestación por sustitución, es imprescindible que tengan en cuenta la situación del país en ese momento, la posición en la que se encuentran la ciudadanía y la vulnerabilidad que esas circunstancias pueden generar.

#### i. La precariedad económica

Diversos autores han señalado que la precariedad laboral es un fenómeno que afecta al tipo de empleo, a las condiciones de trabajo, los salarios o el acceso a la protección social. La precariedad implica hacer más vulnerable la posición del trabajador frente al empresario. Por ejemplo, si hay menor protección frente al despido, la posibilidad de perder el empleo es mayor y más costosa, lo que conlleva la intensificación del trabajo y el empeoramiento de las condiciones laborales, que se imponen con poca o nula resistencia por parte de los trabajadores. Esto, en última instancia, conduce a la degradación del trabajador, lo que afecta incluso a su vida social.

En el régimen de empleo español conviven una regulación aparentemente rígida con unos altos niveles de desempleo y temporalidad (incluso en épocas de bonanza económica), que conducen, entre otras cosas, a una precarización laboral en términos de inseguridad del empleo, escasa protección social, malas condiciones de trabajo, pobres ingresos y dificultad para conciliar con la vida familiar.

El alto nivel de desempleo, que ha superado durante varios años el 25%, responde en buena parte al estallido de la crisis de 2008 (que lo ha agravado), pero también se debe a un problema estructural. Con respecto a la alta tasa de empleo temporal, son los jóvenes y las mujeres los grupos más afectados y, respecto al empleo a tiempo parcial, más de la mitad de los trabajadores (el 9,4% sobre 14,1%) desearían trabajar a tiempo completo siendo las mujeres de nuevo el grupo más afectado<sup>42</sup>.

Teniendo en cuenta que hoy día aún no hemos salido de la crisis, esta situación es un claro indicador de la vulnerabilidad en la que se pueden encontrar muchas mujeres. Aunque hay una tendencia creciente a reducir la gran brecha que hay entre hombres y mujeres en el acceso al mercado laboral, siguen estando en peor posición en términos de ocupación, salarios y

---

<sup>42</sup> Sola, Jorge; Campillo, Inés, “La precarización en su contexto: desarrollo y crisis del régimen de empleo en España”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n° 140, 2018, pp. 52-59

precariedad<sup>43</sup>. Si tenemos en cuenta que, además, la explotación laboral está bastante normalizada hoy día, esto puede conllevar que haya mujeres con muy malos ingresos y una clara precariedad económica si no tienen ningún tipo de ayuda externa. Pese a nuestro sistema jurídico consistente en un Estado Social, es cierto que las prestaciones asistenciales suelen ser insuficientes para cubrir las necesidades con las que tener una vida digna.

Por esta razón, es imprescindible observar que el contexto actual puede incentivar que haya mujeres que conciban la gestación subrogada como un medio con el que obtener un importante ingreso. Por esta razón, si en algún momento se decide crear una regulación al respecto, es imprescindible que se articule bajo un modelo completamente altruista, con la publicidad suficiente para que sea conocida por casi toda la población. No obstante, esto sería sólo el primer paso ya que la norma nunca es un medio suficiente para incentivar o desincentivar un comportamiento. Como analizaremos detalladamente más adelante, la admisión de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico podría contribuir a la creación de un mercado negro y a exponer a las mujeres al fenómeno de la trata, si no se aborda de manera adecuada. Aunque sea una hipótesis, este riesgo siempre estará presente si hay mujeres en situación de vulnerabilidad y precariedad económica. Por tanto, es esencial que la política nacional vaya dirigida a reducir la brecha laboral entre hombres y mujeres con un adecuado enfoque de género, a proteger en mejor medida los derechos de los trabajadores para reducir la precariedad laboral y a garantizar el bienestar social de los ciudadanos para prevenir la vulnerabilidad.

## ii. La pandemia derivada de la COVID-19

La pandemia de la COVID-19 está profundizando las desigualdades de género que ya existían en el mercado laboral y está intensificando la precariedad que sufren las mujeres en el mercado de trabajo y en sus condiciones laborales.

En España, más de la mitad del desempleo generado a raíz de la crisis del coronavirus se ha concentrado en mujeres, según los últimos datos de la Encuesta de Población Activa (en 2020 hubo 263.000 más mujeres desempleadas que hombres y 306.000 más desempleadas que a comienzo de año). España ha sido el país de la Unión Europea donde más ha crecido el desempleo entre las mujeres. Ellas también son mayoría en los Expedientes de Regulación

---

<sup>43</sup> Jorrín, Javier G; Escudero, Jesús, “Los gráficos que demuestran que España no ha salido todavía de la crisis”, *El Confidencial*, 29/01/2019, En [https://www.elconfidencial.com/economia/2019-01-29/graficos-demuestran-espana-no-ha-salido-crisis\\_1791522/](https://www.elconfidencial.com/economia/2019-01-29/graficos-demuestran-espana-no-ha-salido-crisis_1791522/) (consulta: 20/08/2021)

Temporal de Empleo, en los empleos eventuales y en los contratos a tiempo parcial. Además, tienen sueldos inferiores en comparación con los de los hombres<sup>44</sup>.

Esta crisis sanitaria, que ha conllevado la aplicación de varios Estados de Alarma de larga duración, con graves restricciones a la movilidad y limitaciones al desempeño laboral (incluyendo la obligación de cierre de algunos negocios), ha generado una fuerte destrucción de empleos a escala nacional en 2020 y el hundimiento de la economía. Una muestra de ello es que el PIB ha caído un 10,8% en este año, siendo ésta la peor cifra en términos económicos desde la Guerra Civil (en comparación con la crisis financiera de 2008, la caída es de casi el triple [3,8%])<sup>45</sup>.

Es evidente que la crisis económica, que se ha potenciado con la pandemia, afecta a toda la población. Sin embargo, es importante tener presente que las situaciones de crisis intensifican las condiciones de desigualdad ya preexistentes. Por ello, son las mujeres quienes han recibido un mayor impacto por la pandemia, lo que refleja con claridad que los avances en políticas de igualdad son aún insuficientes para poner fin a las discriminaciones que sufren las mujeres en el ámbito laboral.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que la pandemia aumenta el peligro en que se encontrarían las mujeres embarazadas en caso de contraer la enfermedad COVID-19. La evidencia ha demostrado que las mujeres embarazadas tienen más riesgo de padecerla de manera grave, lo que supone una mayor probabilidad de requerir un ingreso en UCI con ventilación mecánica y, en consecuencia, tener más efectos adversos que pueden ir desde un parto prematuro hasta el fallecimiento de la madre<sup>46</sup>.

Este contexto actual, de clara desigualdad y con un aumento de riesgos para la salud, es esencial tenerlo en cuenta, ya que nos indica la alta probabilidad de que aprobar una ley de gestación por sustitución en estas circunstancias (o en cualquier momento similar), sea perjudicial para las mujeres. Si tenemos certeza del peligro al que se exponen quienes se

---

<sup>44</sup> Fresneda, Diana, “Más paro, más ERTE y más precariedad: las cifras que las mujeres soportan por la pandemia, pero también sin ella”, *Corporación de Radio y Televisión Española*, 08/03/2021, En <https://www.rtve.es/noticias/20210308/mujeres-pandemia-mas-paro-precariadad/2080457.shtml> (consulta 21/08/2021)

<sup>45</sup> Fariza, Ignacio, “La pandemia se llevó en 2020 un 10,8% del PIB español, dos décimas menos de lo previsto”, *El País*, 26/03/2021, En <https://elpais.com/economia/2021-03-26/el-pib-cayo-un-108-en-2020-dos-decimas-menos-de-lo-inicialmente-calculado.html> (consulta 21/08/2021).

<sup>46</sup> Bautista Laura, “Muere por Covid una mujer embarazada de 28 años a la que se le tuvo que hacer una cesárea”, *ABC*, 25/08/2021, En [https://www.abc.es/espana/canarias/abci-muere-covid-mujer-embarazada-28-anos-tuvo-hacer-cesarea-202108251158\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/canarias/abci-muere-covid-mujer-embarazada-28-anos-tuvo-hacer-cesarea-202108251158_noticia.html) (consulta: 01/09/2021)

queden ahora embarazadas, mientras no remita la pandemia, es innecesario exponerlas a este riesgo de manera deliberada. Además, con las circunstancias económicas actuales, una regulación implicaría contribuir a la explotación de la vulnerabilidad de las mujeres. Como ya hemos anticipado, a mayor índice de pobreza, mayor es la posibilidad de que haya interés en mercantilizar la práctica de la gestación. Por eso, es necesario reiterar que la primera preocupación debe ser orientar las medidas políticas hacia la promoción de una igualdad mucho más efectiva. Admitir la gestación por sustitución sólo tiene cabida en un contexto social donde haya un adecuado bienestar y donde la mujer tenga una verdadera posición de autonomía, de tal manera que en todo momento su decisión de gestar para terceras personas sea totalmente libre y motivada únicamente por el altruismo (nunca por presión social o necesidad económica).

### **3. La trata de mujeres con fines de explotación de sus órganos reproductivos**

Entre las hipótesis de situaciones graves e indeseadas que podrían producirse por admitir la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, tenemos la trata de mujeres con fines de explotación de sus órganos reproductivos.

La defensora del Pueblo de España en 2012 realizó un extenso informe acerca del fenómeno de la trata de seres humanos en nuestra región, donde la definía como la esclavitud del siglo XXI pues, desde un punto de vista semántico, el propio concepto de trata según la RAE significa “tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos”<sup>47</sup>. Desde un punto de vista jurídico, es un delito perseguido y castigado por el Código Penal en el art. 177 bis, el cual define la conducta tipificada como trata, que consiste, resumidamente, en la captación, traslación y explotación de una persona, aprovechándose de su situación de vulnerabilidad. También especifica los tipos de trata dependiendo de la finalidad de la explotación. Esta puede consistir en explotación laboral, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, servidumbre, mendicidad, explotación sexual, explotación para realizar actividades delictivas, tráfico de órganos o matrimonios forzados<sup>48</sup>.

Como podemos observar, en la regulación actual del delito de trata de seres humanos no hay un precepto que incluya la explotación de los órganos reproductivos de la mujer, que es el

---

<sup>47</sup> Soledad Becerril, “La trata de seres humanos en España: VÍCTIMAS INVISIBLES”, Madrid, 2012, p. 5. En <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.PDF> (Consulta: 11/08/2021).

<sup>48</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, art. 177 bis, número 1.

sentido que implicaría la obligación de gestar para terceros. No obstante, el propio significado que tiene el término de explotación esclavista o cuasi esclavista, inherente a la trata, nos permite extrapolar la explotación del cuerpo en este sentido como una modalidad más de trata. Incluso sin haber una regulación que permita la gestación por sustitución, podría ser conveniente subsanar esta falta de previsión legal incorporando la explotación de los órganos reproductivos en el citado artículo del código penal. De no hacer esto, estaremos obligando a que sean los tribunales de justicia los que intenten subsumir esta conducta de abuso en alguno de los tipos penales anteriores. Quizá pudiesen por analogía asemejarlo a la explotación sexual (por las similitudes con la prostitución) o a la servidumbre pero, en cualquier caso, otorgaría mayor seguridad jurídica el crear un nuevo tipo penal que reproche la conducta de captación, traslación y obligación a explotar la capacidad de gestar de las mujeres que están en situación de vulnerabilidad y sobre las que se está cometiendo un claro abuso.

En este caso, trabajamos en un terreno de hipótesis ya que no hay datos que nos muestren conductas de explotación vinculadas a la gestación en nuestro país. Esto puede deberse a que las mafias, clanes o familias que ejercen la trata, de momento no encuentran rentable este modo de explotación al no estar la gestación por sustitución expresamente permitida (recordemos que la tipificación en nuestro ordenamiento jurídico es la nulidad del contrato de gestación) y, en consecuencia, no haber una clara demanda. Sin embargo, tenemos que valorar dos puntos de conflicto.

Por un lado, el número de personas identificadas como víctimas por las autoridades es muy bajo respecto al total de personas potencialmente en riesgo de trata. En el caso de mujeres víctimas de explotación sexual, el porcentaje oscila entre el 1,4% y 1,5%. Formalmente, en 2019 se identificaron sólo 42 mujeres de 2.834 en riesgo, en 2018 sólo 128 de 9.135 y en 2017 sólo 155 de 10.111<sup>49</sup>. Además, la ONG de nombre El Movimiento por la Paz (MPDL), hizo un informe denominado “La trata de mujeres hoy: mujeres nigerianas víctimas de trata en España”, que se centra en el caso de las mujeres nigerianas y que alerta de que las cifras que se conocen son sólo una pequeña parte de la realidad de la trata debido a las dificultades que existen para su identificación y protección<sup>50</sup>. Por tanto, la situación de España es la de un

---

<sup>49</sup> Ayuso, Ana, “España sólo identifica como víctimas al 1,4% de personas en riesgo de trata”, *El Independiente*, 15/10/2020. En <https://www.elindependiente.com/sociedad/2020/10/15/espana-solo-identifica-como-victimas-al-14-de-personas-en-riesgo-de-trata/> (consulta: 12/08/2021).

<sup>50</sup> EFE, “España, uno de los principales destinos de la trata de mujeres”, *Agencia EFE*, Madrid, 26/07/2018. En <https://www.efc.com/efc/espana/portada/espana-uno-de-los-principales-destinos-la-trata-mujeres/10010-3703033> (consulta: 12/08/2021).

país con un número muy elevado de casos oficiales y aún un número mayor de casos potenciales de trata, destacando la explotación sexual como el tipo claramente más constatado. Los servicios sexuales son enormemente demandados a nivel mundial y, como existen muchas mujeres en situación de vulnerabilidad derivada de la pobreza, los sujetos autores de estos delitos conciben a estas mujeres como un producto que mercantilizar. Por ello les resultan rentables estas conductas delictivas, en la medida en que les supone un bajo riesgo de ser atrapados si atendemos a los porcentajes anteriores. Por consiguiente, no es descabellado pensar que, entre todos esos casos de riesgo que no son oficiales, existan algunas mujeres a las que se les esté obligando a gestar y explotando su capacidad reproductiva. O, en todo caso, en el momento en que aumente la demanda de gestación por sustitución (cosa que ocurriría cuando haya una regulación a su favor), parece obvio suponer que aparecerán nuevos casos de trata vinculados a este hecho.

Por otro lado, la evidencia de que la trata de mujeres víctimas de explotación derivada de la gestación por sustitución es ya un fenómeno existente, la encontramos analizando la situación de otros países. Por ejemplo, en Ucrania, donde es legal y comercial la práctica de la gestación por sustitución, hay declaraciones de mujeres que han explicado los abusos que cometen las agencias. A algunas mujeres las tienen confinadas durante un año en pisos, compartiendo camas, con toque de queda y, en definitiva, encerradas como si de una granja se tratase bajo el pretexto de poder cuidar de ellas, suponiendo esto una clara privación de su libertad y bienestar<sup>51</sup>. Otro ejemplo aún más drástico es el que ocurre en países como Malasia donde los traficantes las llevan al país con la promesa de un empleo, pero en su lugar son violadas y retenidas junto con otras mujeres embarazadas en casas aisladas o granjas de bebés. Algunas de estas granjas son prostíbulos donde las trabajadoras sexuales son obligadas a quedarse embarazadas para beneficio de los dueños de los prostíbulos, pues una vez que dan a luz pueden vender el bebé fácilmente. Este lucrativo negocio es posible gracias a una red de agentes, médicos en clínicas privadas y funcionarios corruptos. Pasado el parto, falsifican el certificado de nacimiento con los nombres de los padres adoptivos y el bebé queda registrado como hijo biológico de la familia compradora, de manera que no queda rastro del proceso<sup>52</sup>. Como último ejemplo, mencionamos el estudio de la gestación

---

<sup>51</sup> Armanian, Nazarín, “16 claves sobre madres alquiladas en las granjas de los fetos vendidos”, *Público*, 19/09/2018. En <https://blogs.publico.es/puntoyseguido/5194/16-notas-sobre-madres-alquiladas-en-las-granjas-de-los-fetos-vendidos/> (consulta: 12/08/2021).

<sup>52</sup> Rigal, Inés, “El aberrante negocio de la venta de recién nacidos: 'granjas de bebés' en Malasia”, *El Confidencial*, Kuala Lumpur, 18/07/2018. En [https://www.elconfidencial.com/mundo/2018-07-18/negocio-granjas-bebes-malasia-crianza-adopcion\\_1593178/](https://www.elconfidencial.com/mundo/2018-07-18/negocio-granjas-bebes-malasia-crianza-adopcion_1593178/) (consulta: 12/08/2021).

subrogada en la India realizado por la investigadora y antropóloga Sheela Saravanan quien detectó que, cuando la subrogación comercial era legal en la India, había varias prácticas ilegales, inhumanas y poco éticas. Las mujeres eran detenidas en hogares sustitutos en contra de sus deseos, se realizaban abortos ilegales selectivos por sexo, las madres sustitutas son forzosamente alejadas de los bebés... Según Saravanan, casi todas las 45 madres sustitutas con las que habló percibieron la subrogación como una forma de esclavitud<sup>53</sup>.

Todos los ejemplos anteriores son para mí muestras claras de trata de mujeres. En algunas ocasiones operan bajo apariencia de legalidad siendo realizada por las propias clínicas o agencias comerciales. En otros casos operan en clandestinidad por mafias o particulares y vulnerando las disposiciones legales. En cualquier caso, me parece bastante determinante que el hecho de que exista una regulación legal no impide el fenómeno de la trata si esa ley es laxa o inadecuada o si no existe un buen método de control para combatir las vulneraciones de la ley. En este sentido adquieren máxima importancia los epígrafes anteriores sobre mercantilización derivada de una mala ley o de un mal control del cumplimiento de la ley.

En definitiva, parece lógico suponer que, en un mundo globalizado y con un modelo económico capitalista y neoliberal que busca la comercialización y beneficio económico bajo cualquier forma, la trata de mujeres es un problema real y demasiado extendido. Ésta supone la forma de mercantilización y explotación más inhumana, dañina e indigna que afecta a las personas más vulnerables. Por tanto, es muy conveniente repetir que, si admitimos la gestación por sustitución y la regulamos a favor, tenemos que asegurarnos que la disposición normativa es completamente garantista de los derechos de la mujer y del bebé y que se haría bajo un modelo público, altruista, claramente en contra de la comercialización y con una predisposición del Estado a intervenir y garantizar el cumplimiento de la ley. Una concepción simple de altruismo y una legalización mínima o muy burda, incentivará la mercantilización, el tráfico y las granjas de mujeres. Por tanto, es imprescindible reducir al mínimo todos los riesgos existentes. Y no podemos obviar que, incluso aplicando las máximas garantías posibles, es probable que sigan ocurriendo casos de trata.

Por eso, antes que realizar cualquier regulación sobre la gestación, nuestro primer objetivo debe ser orientar nuestra postura política a la prevención o, en su caso, minimización de los casos de trata, tratando este fenómeno desde una perspectiva de género.

---

<sup>53</sup> Domínguez, Teresa, “El biomercado de la maternidad subrogada en India hoy. Entrevista a Sheela Saravanan. Parte II”, *El Plural*, 17/09/2019. En <https://tribunafeminista.elplural.com/2019/09/el-biomercado-de-la-maternidad-subrogada-en-india-hoy-entrevista-a-sheela-saravanan-parte-ii/> (consulta: 12/08/2021).

#### **4. Mercado negro de gestación de mujeres en situación de vulnerabilidad**

Otro de los problemas al que nos enfrentamos es el de la posibilidad de que aparezca en nuestro país un mercado negro de gestación o, mejor dicho, de vientres de alquiler de mujeres en situación de vulnerabilidad. La terminología aquí es importante, pues la existencia de un mercado negro opera únicamente con el propósito de comercializar y rentabilizar el cuerpo de la mujer realizando compraventas ilegales y clandestinas de bebés. En este sentido, usar el término de gestación por sustitución en esta situación sería banalizarla con un eufemismo que no reflejaría la realidad de mujeres que alquilan sus úteros (de manera voluntaria o coaccionadas por terceros que las obligan) para recibir un pago o contraprestación en un proceso al margen de la ley y sin ningún tipo de garantías ni seguridad.

En términos generales, el mercado negro de vientres de alquiler surge normalmente como respuesta a dos realidades diferentes.

La primera es que aparece ante el vacío normativo de países que no cuentan con regulación. Aunque no está legalizado el servicio en sí, los agentes comerciales tienen mayor facilidad de ofrecerlo incluso de manera pública, ya que por parte del Estado suele haber inacción y permisividad. Los vientres de alquiler en estos casos están tolerados por el Estado y sin ningún tipo de control al respecto. Por tanto, es muy común que sucedan graves abusos contra las mujeres gestantes. Los Estados únicamente suelen intervenir cuando se revelan graves violaciones de derechos humanos, como en los casos de trata. En estas circunstancias, normalmente se genera un nicho de explotación comercial vinculado a la fuerte demanda que puede haber incluso desde terceros Estados, por lo que nos encontramos ante la situación más indeseable desde un punto de vista ético y jurídico.

La segunda realidad es que el mercado negro también surge como respuesta a la prohibición de la gestación de sustitución. Precisamente por esto, uno de los argumentos de los representantes políticos, asociaciones o ciudadanos que defienden el derecho a la regulación de la gestación por sustitución es que, mientras que su prohibición expresa lo que genera es un mercado negro sin ningún tipo de control, la regulación sirve para que los ciudadanos no tengan la necesidad de acudir a acuerdos ilegales y, en consecuencia, desaparezca el mercado negro. No obstante, es importante tener en cuenta que, existiendo una prohibición claramente regulada, hay mayor seguridad jurídica que sin regulación, ya que su práctica es ilegal y, de realizarse, puede ser perseguida por el Estado. En estas circunstancias, la clave

para que haya o no haya mercado negro de vientres de alquiler está en la capacidad que tenga el Estado para prevenir, perseguir y castigar los actos ilegales de gestación. A nuestro juicio esto va a depender del desarrollo y calidad democrática del país y no tanto en si la regulación admite la gestación por sustitución o la prohíbe. Como hemos dicho en varias ocasiones, a mayor nivel de pobreza de la ciudadanía, mayor es la posibilidad de que haya mujeres en situación de vulnerabilidad que vean la gestación de bebés como un método para obtener ingresos a costa de su propio cuerpo y, por tanto, mayor probabilidad de que un mercado ilegal se consolide. Es posible que en países con un fuerte Estado del Bienestar y calidad democrática, el mercado negro no tenga mucha capacidad de asentarse, pero esto no impide que sí que crezcan los mercados negros de otros países más pobres y con menos controles legales y sanitarios, como consecuencia del turismo reproductivo.

Por consiguiente, es importante tener en cuenta que la existencia de un mercado negro está vinculada directamente a la demanda que haya sobre la gestación. El mero hecho de regular permitiéndola no implica necesariamente que desaparezca la compraventa clandestina del servicio de gestación. Es más, podemos considerar que admitirla es un arma de doble filo porque puede funcionar como reclamo precisamente en un país como España que, con la regulación actual, no debe tener muchos casos de vientres de alquiler ilegales de ámbito nacional<sup>54</sup>. La demanda debe ser relativamente residual porque, como ya se ha analizado, en España hay una postura dividida en este tema, sumado a que el proceso es costoso tanto en dinero, tiempo y esfuerzo, de manera que sólo las personas con cierto nivel patrimonial pueden acudir al extranjero y permitírselo. Sin embargo, en el momento en que legislemos a favor de la gestación por sustitución, a corto plazo muchas personas van a interesarse en iniciar este proceso por el mero hecho de que ahora podrán hacerlo cuando antes no podían. Y a medio y largo plazo, la legalidad de la figura conllevará una mayor aceptación desde un punto de vista ético, tal y como ha sucedido en el Reino Unido<sup>55</sup>, por lo que, cuando aumente la demanda, nos exponemos a la posibilidad de que aparezcan individuos que quieran comercializar esta práctica de manera clandestina aunque el Estado la prohíba y la persiga.

En consecuencia, la posibilidad de aparición de un mercado negro de vientres de alquiler en nuestro país, incluso habiendo una regulación clara que admita la gestación por sustitución,

---

<sup>54</sup> Téngase en cuenta de nuevo la Sentencia N° 564/2015, Juzgado de lo Penal - Elche/Elx, Sección 3, Rec 342/2015, de 22 de diciembre de 2015. En este caso se determinó que hubo un pago de 500€ a la gestante por el bebé, siendo esta una muestra clara de transacción ilegal que ejemplifica como, incluso con la regulación actual, existen algunos casos de mercado negro de compraventa de bebés.

<sup>55</sup> Igareda González, Noelia, "La gestación por sustitución en el Reino Unido... *cit.*, p. 893.

se basa en la hipótesis de que la creación de una ley absolutamente garantista para admitir la gestación por sustitución puede implicar que sean pocas las mujeres que voluntariamente se ofrezcan a gestar para desconocidos. Es probable que la ley sólo se aplique en circunstancias muy concretas (ya que así estaría concebida), de modo que nos podemos encontrar ante un exceso de demanda frente a muy poca oferta desde un punto de vista legal. Y aunque en nuestro país estamos en una mejor situación que la de los países menos desarrollados donde se han descubierto mercados ilegales de vientres de alquiler, no podemos obviar que la precarización económica y el contexto de crisis actual, que ya hemos analizado, puede motivar la comercialización clandestina.

Así pues, son dos las principales formas clandestinas de comercialización de vientres de alquiler a las que deberíamos hacer frente en el momento en que se admita la gestación por sustitución en nuestro país.

La primera es la derivada de casos de trata y redes de tráfico tal y como se ha expuesto en el epígrafe anterior. Si la ley es garantista y hay un adecuado control del proceso, esta situación siempre se daría al margen de la ley, por lo que se vería reducida a los casos de mujeres en situación de extrema vulnerabilidad. Es importante en este caso que el sistema de filiación esté claramente determinado y tasado en la propia ley, con una adecuada intervención del derecho público, de manera que a los compradores de vientres no les interese en ningún caso realizar esta práctica de manera ilegal por las graves consecuencias administrativas y penales que pudiera tener.

La segunda situación se puede dar de manera voluntaria por la propia gestante. En este caso, el proceso se realizaría bajo apariencia de legalidad y lo que habría serían pagos en b o sobreprecios de las posibles compensaciones reconocidas en el modelo altruista (en el caso de que jurídicamente se decida admitirlas). Si bien, un caso como este parece bastante menos grave que el anterior, es importante evitar también estas situaciones ya que rompen con el espíritu de una ley garantista que evite la mercantilización del cuerpo de la mujer. Es poco probable que aquí las mujeres estén en una situación tan extrema como en los casos de trata, pero la precariedad actual puede hacer que algunas mujeres se lo planteen como una salida fácil para mejorar su situación económica. Y en un Estado Social como el nuestro, no podemos permitir situaciones como esta en ningún caso. La autonomía de la voluntad no debería servir como excusa para que haya personas que atenten contra sus propios derechos en beneficio exclusivo de las personas más ricas. Por tanto, la ley debe contemplar que la gestante esté en una situación de solvencia económica previa a su ofrecimiento como

gestante (junto a otros requisitos que garanticen su bienestar), con importantes sanciones económicas para ambas partes (madre gestante y padres de intención) que estén previstas por la ley para el caso de que se descubra una comercialización ilegal y con un adecuado control público del proceso.



### III. ENCAJE ECONÓMICO-SOCIAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL SISTEMA POLÍTICO ESPAÑOL. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

#### 1. El interés superior del menor. Conceptualización

El interés superior del menor es un principio jurídico universal que, fundamentalmente, rige la actuación de los poderes públicos (aunque también debe ser un principio rector en la esfera privada), promoviendo que tomen las decisiones que protejan los derechos de los menores de edad cuando es necesario tomar una medida que les afecte directamente. Se consagra por primera vez en el segundo principio de la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959, firmada por todos los Estados Miembros de la Organización de Naciones Unidas<sup>56</sup>, pero es ya en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, donde se establece de manera más detallada. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos que les reconoce la Convención<sup>57</sup>.

El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas aclara que el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) Es un derecho sustantivo, porque su interés superior es primordial y se debe poner en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. El artículo 3.1 de la Convención establece una obligación intrínseca para los Estados que es de aplicación directa y puede invocarse ante los tribunales.
- b) Es un principio jurídico interpretativo porque si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- c) Es una norma de procedimiento porque, cuando hay que tomar una decisión que afecta a un niño, se deben evaluar las posibles repercusiones (positivas o negativas) de esa decisión y hay que justificarla (se debe explicar cómo se ha respetado el interés superior del niño, en qué criterios se ha basado y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones)<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Balaguer, María Luisa, *HIJ@S DEL MERCADO... cit.*, p. 105.

<sup>57</sup> Comité de los Derechos del Niño, “Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, *Naciones Unidas*, Ginebra, 2013, p. 3.

<sup>58</sup> Comité de los Derechos del Niño, “Observación general N° 14...” *cit.*, p. 4.

De lo expuesto anteriormente podemos ver que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, flexible y adaptable, tal y como también aclara el comité, que habrá de evaluarse en cada supuesto concreto teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales del niño<sup>59</sup>.

#### **a. Marco jurídico**

En primer lugar, las medidas previstas en la Convención de los Derechos del niño, ratificada por España, son reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico mediante el art. 39.4 de la CE que establece que “*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”.

Por consiguiente, en España el principio del interés superior del menor se convierte en esencial y adquiere categoría de principio general del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico, cumplimiento con ello los acuerdos internacionales de protección del menor. Este principio está expresamente regulado en la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modifica lo dispuesto en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Con la nueva regulación se establece, en primer lugar, el carácter sustantivo ya que, en el art. 2.1 se indica que el interés superior del menor es primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan y que primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Por otro lado, el art. 2.2 refleja el carácter de principio jurídico indeterminado (flexible y adaptable) ya que incluye una serie de criterios generales para aplicar e interpretar el interés superior del menor<sup>60</sup>, pero establece que otros criterios también pueden estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias del supuesto. Además, el art. 2.3 facilita un listado, que de nuevo no es exhaustivo, de algunos elementos necesarios para ponderar esos criterios, tales como la edad y madurez del menor, la necesidad de garantizar la igualdad y no discriminación,

---

<sup>59</sup> Comité de los Derechos del Niño, “Observación general N° 14...” *cit.*, p. 9.

<sup>60</sup> Los criterios generales mencionados en el articulado se pueden esquematizar en los siguientes: La protección del derecho a la vida y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, físicas y emocionales; Sus deseos, sentimientos y opiniones; Que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, priorizando la permanencia en su familia de origen y preservando el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor; Preservar su identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, velando por la no discriminación.

el transcurso del tiempo, la necesidad de estabilidad de las soluciones o la preparación del tránsito a la edad adulta.

A continuación, el art. 2.4 es uno de los aspectos más importantes del interés superior del menor en nuestro ordenamiento jurídico, pues confirma su carácter de principio jurídico interpretativo en el momento en que se indica que se debe dar prioridad a este principio en caso de que concurra con cualquier otro interés legítimo. Como vamos a analizar a continuación, este criterio va a ser esencial como elemento valorativo para los tribunales de justicia españoles en los conflictos para la inscripción de la filiación derivado de los procesos de gestación por sustitución en el extranjero.

Por último, el art .2.5 nos muestra el carácter de norma de procedimiento, porque establece que las medidas deberán ser adoptadas respetando las debidas garantías del proceso, ejemplificando algunas que se deben observar en todo caso.

Podemos evidenciar la exhaustiva regulación sólo en un único precepto de la ley orgánica, que se suma a toda la regulación internacional sobre los derechos del menor, destacando con ello la gran importancia que tiene este principio jurídico y la enorme protección que se les da a los niños y niñas, con estándares cada vez más elevados.

#### **b. El concepto de interés superior del menor en el ámbito de la gestación por sustitución**

Dado que los menores es el segundo colectivo vulnerable que se puede ver afectado de manera negativa por las medidas que se adopten en relación con la gestación por sustitución, el interés superior del menor juega aquí un papel esencial y deberá regir en todo momento como principio rector para proteger su bienestar físico y psicológico (tanto en los momentos de gestación y parto, como en los años de crecimiento del menor), sus derechos y, en definitiva, su interés general, para así cumplir con lo establecido legal y constitucionalmente.

La doctrina y la jurisprudencia se han ocupado prácticamente de sólo dos aspectos en este ámbito. Por un lado, el problema de inseguridad jurídica que surge con la inscripción en España de la filiación de los niños que han nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución y son posteriormente trasladados a nuestro país por ser el lugar de residencia de los padres comitentes. Por otro lado, el derecho a las prestaciones de paternidad y maternidad en estos casos, que redundan en interés del menor.

Sin embargo, hay otros aspectos que también afectan al menor, que de momento no están teniendo mucha atención y que es imprescindible que se tengan en cuenta en el debate de la gestación por sustitución, especialmente cuando se vaya a intentar regularla con la intención de admitirla en nuestro ordenamiento jurídico. En este trabajo se va a procurar valorar todo aquello que tiene especial trascendencia y, por tanto, puede afectar al interés superior del menor. En particular, se observará cómo este proceso puede convertir a los menores en objetos de mercado, los problemas que pueden surgir de la falta de control de idoneidad de los padres comitentes para ejercer esta función, cómo puede afectar la regulación de la gestación por sustitución a los procesos de adopción nacional e internacional, los vínculos afectivos que se pueden desarrollar entre el bebé y la gestante y que pueden afectarle negativamente, los problemas que puede haber en caso de riesgos, discapacidades o malformaciones del menor derivados de este proceso y en qué posición queda el derecho a la identidad de los menores en este contexto.

Antes de proceder al análisis de los aspectos anteriores, vamos a evaluar primero la situación en nuestro ordenamiento jurídico respecto de las dos circunstancias sobre las que sí se ha pronunciado la doctrina y jurisprudencia referentes a la inscripción y prestaciones a favor de los menores.

#### i. Inseguridad jurídica en los procesos de inscripción de la filiación del menor

Como anticipamos al analizar el marco jurídico de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento, hay una contraposición de la realidad jurídica (prohibición de esta técnica bajo nulidad contractual) con la realidad material (realización de esta práctica en países extranjeros cuyo Derecho sí la admite), que ha generado una serie de contradicciones y situaciones conflictivas en lo referente a los procesos de inscripción de la filiación en el Registro Civil, poniendo en riesgo el interés superior del menor.

El caso que puso de manifiesto la problemática del turismo reproductivo fue el de un matrimonio homosexual que recurrió a la gestación por sustitución en California. Lamm resalta que la orientación sexual de la pareja es esencial porque esta circunstancia fue la que permitió descubrir el proceso de gestación (la autora advierte que es posible que hasta ese momento parejas heterosexuales que hayan realizado la práctica no fuesen detectadas y que

obtuviesen las actas de nacimiento haciendo pasar al menor o menores por hijos propios) y por esa razón se les denegó la inscripción del nacimiento invocando el art. 10 de la LTRHA<sup>61</sup>.

Ante el auto denegando la inscripción, el matrimonio recurrió a la Dirección General de Registros y del Notariado que, mediante una resolución, estimó el recurso ordenando la inscripción de los niños a favor de los solicitantes. Esta decisión se argumentaba en que la filiación ya había sido determinada en otro país y se contaba con una certificación registral extranjera, sumado a que no vulneraba el orden público y que con ello se respetaba y protegía el interés superior del menor.

Sin embargo, esta resolución fue objeto de impugnación por el Ministerio Fiscal a través de una demanda estimada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, que en su sentencia ordenó dejar sin efecto la inscripción, argumentando que lo que se exige, es que el encargado del Registro compruebe si el hecho, de haber ocurrido en España, sería legal. Como no lo era, entonces la negativa a inscribirlo no es discriminatoria. No obstante, reconoce que el interés superior de los menores aconseja inscribir la filiación por un mecanismo válido en nuestro Derecho, de modo que se sobreentiende que ésta se puede conseguir iniciando un proceso de adopción<sup>62</sup>.

Ante esta sentencia, la DGRN emitió una instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución por la que se fijan las directrices para determinar las condiciones de acceso al Registro Civil de los menores nacidos mediante esta técnica, con la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor.

Sin embargo, el caso de la filiación de los hijos de la pareja homosexual siguió su curso en los tribunales a través de los correspondientes recursos, primero ante la Audiencia Provincial de Valencia en apelación y después ante el Tribunal Supremo en casación. En ambos casos las sentencias confirmaban los criterios de la de primera instancia, desestimando las pretensiones de los actores. El TS argumenta que la gestación por subrogación y la filiación que se pretende son contrarias al orden público español porque el cuerpo de la madre no puede ser objeto de intercambio comercial. Con respecto al principio de interés superior del menor, la propia sentencia establece 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”. De este

---

<sup>61</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, pp. 78-79.

<sup>62</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, pp. 79-84.

modo, indican que este principio no es el único que interviene. “Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”. Resumidamente, el tribunal realiza un tratamiento de la dignidad en la que exige que exista un tratamiento no mercantilizado de las mujeres y menores<sup>63</sup>. Y este análisis es el que les permite denegar la inscripción de filiación en tanto que no vulneraría el principio del interés superior del menor ya que el fundamento de derecho quinto en su punto 11 indica que se puede recurrir a figuras jurídicas como la adopción el acogimiento o incluso la reclamación de la paternidad del padre biológico que haya aportado su material genético, para no alterar la integración de los menores en la familia.

Por consiguiente, tras las diferentes posturas entre la DGRN y los tribunales de justicia, se determina la no inscripción de los menores producto de un contrato de gestación por sustitución en el extranjero, siendo necesario que los padres de intención recurran a las figuras jurídicas mencionadas en la anterior sentencia para establecer la filiación en España.

No obstante, es también conveniente hacer una breve mención a la sentencia del TEDH, de 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 Mennesson contra Francia y 65941/11 Labassée contra Francia. La sentencia declara que no existe violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho a la vida familiar del matrimonio recurrente, pero sí considera que existe infracción de ese artículo en relación con los hijos gemelos, por vulneración de su derecho a la vida privada, apelando, entre otras razones, al principio del superior interés del niño. Aunque los Estados miembros tienen un gran margen de apreciación con respecto a la gestación por sustitución, se limita cuando está en juego el reconocimiento de filiaciones ya establecidas en el extranjero<sup>64</sup>. Posteriormente, el TEDH se ha vuelto a pronunciar en el asunto 25358/12, de 27 de enero de 2015, Paradiso el Campanelli contra Italia, estimando que la actuación del Estado italiano, aun siendo legal, fue desproporcionada al dar en adopción al menor a otros padres (tras denegarles la inscripción de filiación). De nuevo sitúa el interés del menor por encima del concepto de orden público, aunque no devuelve al niño a sus primeros padres al estar protegido por sus actuales padres<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Balaguer, María Luisa, *HIJ@S DEL MERCADO... cit.*, p. 84.

<sup>64</sup> Flores Rodríguez, Jesús, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa, *Diario La Ley*, 28/07/2014, En <https://docplayer.es/5515535-Vientres-de-alquiler-mas-cerca-de-su-reconocimiento-legal-en-europa-jesus-flores-rodriguez.html> (consulta: 27/08/2021).

<sup>65</sup> Balaguer, María Luisa, *HIJ@S DEL MERCADO... cit.*, pp. 90-91.

Finalmente contamos con dos sentencias más recientes del TEDH en el caso 11288/18, de 16 de julio de 2020, D. contra Francia y en el asunto 71552/17, de 18 de mayo de 2021, Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia. En la primera, el tribunal declara que no es contrario al derecho a la vida personal y familiar de la nacida que no se haya permitido la transcripción de su acta de nacimiento extranjera para inscribir a la nacida como hija de su madre de intención, siempre que exista otra vía interna para acreditar el vínculo de filiación (en este caso, la adopción), y no provoque demoras desmesuradas que puedan afectar al interés superior del menor<sup>66</sup>. Y en la más reciente, el tribunal también declara que no constituye una violación del artículo 8 del CEDH el rechazo de la inscripción de la filiación de esta niña a favor de las madres de intención, ya que esta denegación tenía base jurídica suficiente y no era arbitraria ni razonable. La clave es que de nuevo se reafirma que lo que se debe garantizar es algún tipo de reconocimiento a las relaciones de hecho entre padres e hijos a través de vías legales alternativas, como la acogida o la adopción<sup>67</sup>.

Por tanto, actualmente sí que nos encontramos con una doctrina bastante más clara y unificada de que la forma óptima para lograr proteger las relaciones de hecho entre los padres y madres comitentes y los menores es a través de la adopción.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, tras los pronunciamientos del TEDH, la posición actual del Estado frente a esta problemática de las inscripciones registrales, de menores nacidos en el extranjero, por la técnica de la gestación por sustitución, es la de seguir los criterios establecidos en la instrucción de la DGRN de 2010. Así se desprende de una de las direcciones web oficiales del gobierno de España en la que indican los pasos a seguir para poder inscribir el nacimiento y filiación en el Registro Civil español en estos casos<sup>68</sup>. En este sentido, después de varios años con una clara situación de inseguridad jurídica, parece que el Estado también ha decidido facilitar este trámite siguiendo la doctrina comunitaria para que prevalezca el interés superior del menor.

---

<sup>66</sup> Álvarez González, Santiago, “Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VIII, n° 2, 2021, pp. 201-202.

<sup>67</sup> Marchal Escalona, Nuria, “La última y novedosa decisión del tribunal europeo de derechos humanos sobre la maternidad subrogada”, *LegalToday*, 26/07/2021, En <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/la-ultima-y-novedosa-decision-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-la-maternidad-subrogada-2021-07-26/> (consulta 02/09/2021).

<sup>68</sup> “Gestación por sustitución”, *Ministerio de Justicia*, 10/12/2020, En [https://administracion.gob.es/pag\\_Home/va/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/menores/gestacion-sustitucion.html](https://administracion.gob.es/pag_Home/va/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/menores/gestacion-sustitucion.html)

## ii. Prestaciones de maternidad y paternidad

El hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico la gestación por sustitución esté prohibida, ha conllevado que el Instituto Nacional de la Seguridad Social haya denegado las solicitudes para la concesión de las prestaciones por maternidad y paternidad en estos casos, aunque ello suponga ir claramente en contra del interés superior del menor al no permitir una conciliación adecuada entre las responsabilidades laborales y familiares. La razón de estas denegaciones se basa en que el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores no recoge expresamente la gestación por sustitución como situación que genere el derecho al descanso por maternidad (las situaciones que se citan son el parto, adopción o acogimiento).

Esta situación fue corregida inicialmente por los Tribunales. Una muestra de ello es la STJS Oviedo 212/2012, de 09 de abril de 2012 o la sentencia STSJ Castilla y León 539/2010, de 5 de mayo de 2010, que reconocen la prestación de maternidad en casos de gestación por sustitución, por ser una forma más de maternidad e independientemente del estado civil, género u orientación sexual del solicitante. Al existir la necesidad de atención y cuidado del menor y aplicando la analogía con respecto a los supuestos de adopción (donde tampoco existe parto), que sí es objeto de protección de nuestro sistema de seguridad social, la respuesta de nuestro sistema de seguridad social debe ser proporcionar el mismo tipo de protección<sup>69</sup>.

Sin embargo, la postura del TJUE en 2014 fue contraria al manifestar en unas cuestiones prejudiciales que los Estados miembros no están obligados a conferir un permiso de maternidad y que esta situación no constituye discriminación. Estos pronunciamientos confirmaban que la legislación española, que no reconoce el derecho a la suspensión del contrato de trabajo y a la prestación de maternidad para la conciliación laboral en los casos de gestación por sustitución, no es contraria a la normativa comunitaria. Y esto implicaba directamente que se reanudase la negativa de la Administración a la concesión de estas prestaciones.

Al respecto se tuvo que pronunciar el Tribunal Supremo en dos recursos de casación para la unificación de doctrina con la STS 881/2016, Sala de lo Social, Rec nº 3818/2015, de 25 de octubre de 2016 y la STS 953/2016, Sala de lo Social, Rec nº 3146/2014, de 16 de noviembre

---

<sup>69</sup> Panizo Robles, José Antonio, “El tribunal supremo reconoce el derecho a las prestaciones de seguridad social por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada”, *CEF.- Laboral Social*, 19/12/2016, pp. 9-10, En [https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/Express\\_Panizo\\_diciembre-2016\\_c\\_s.pdf](https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/Express_Panizo_diciembre-2016_c_s.pdf) (consulta: 26/08/2021).

de 2016 para corregir esta situación que genera un claro desequilibrio que atenta contra el principio de igualdad. Al respecto el Tribunal argumenta que la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución no puede suponer que al menor nacido se le prive de derechos y remarca que debe primar su interés superior sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Esta circunstancia obliga a reconocer que los menores poseen relaciones de facto con los padres comitentes que solicitan la prestación, por lo que se debe proteger este vínculo y un medio idóneo para hacerlo es mediante la concesión de la suspensión del trabajo y la prestación por maternidad. Si no se otorga la prestación, se produciría una discriminación en el trato dispensado al menor, por razón de su filiación, vulnerando los artículos 14 y 39.2 de la CE. El Tribunal Supremo también argumenta que la protección por maternidad tiene una doble finalidad (por un lado, la recuperación de la madre y protección de su salud y, por otro, la protección de las relaciones entre la madre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento). Hay que tener en cuenta que en los casos de adopción y acogimiento tampoco hay que proteger la salud de la madre al no haberse producido parto, por lo que aquí prima la segunda finalidad antes mencionada. Es un hecho que estas situaciones son análogas y equiparables jurídicamente a la gestación por sustitución. Por tanto, si en los casos de adopción y acogimiento prima la protección de la familia y la infancia, que se considera que se cumple adecuadamente con el reconocimiento a las prestaciones por maternidad y paternidad, en los casos de gestación por sustitución también deben ser concedidas. Por último, el tribunal remarca que denegarlas va contra la lógica en la medida en que, si el solicitante adoptase, acogiese al menor o manifestase que lo ha engendrado, en ese caso se le reconocería el derecho *de facto*<sup>70</sup>.

Como podemos observar, en los casos de las prestaciones de maternidad y paternidad, también existía una importante inseguridad jurídica ocasionada por la no correspondencia entre la prohibición de la gestación por sustitución en nuestro país y su práctica en países extranjeros y posterior traslado e inscripción en nuestro ordenamiento jurídico. Pese a las posturas contradictorias y el claro intento de castigar estas conductas, finalmente a través de la jurisprudencia se ha hecho primar el interés superior del menor estableciendo que la concesión de estas prestaciones es un derecho que orbita en su beneficio, ya que permite afianzar los vínculos afectivos entre padres e hijos y, por tanto, no debe ser negado.

---

<sup>70</sup> Panizo Robles, José Antonio, “El tribunal supremo reconoce el derecho a las prestaciones de seguridad social... *cit.*, pp. 16-18.

## 2. Comercialización e instrumentalización de menores como objetos de mercado

Desde la perspectiva de los menores, el principal problema ético sobre el que gira el debate de la admisión o no admisión de la gestación por sustitución es si esta práctica supone una comercialización e instrumentalización de los menores. A mi juicio, es importante distinguir entre si la operación se hace de manera comercial o altruista y si se realiza por contratación privada o si interviene el derecho público.

En el caso de acuerdos contractuales comerciales, no hay ninguna duda que estamos ante una transacción propia del derecho mercantil, es decir, una compraventa, por lo que el menor deja de ser sujeto de derechos para convertirse en un mero objeto de mercado (incluso sin haber sido concebido), por el que se paga un precio.

Una prueba de este hecho la podemos encontrar en cómo hay agencias dedicadas a la comercialización de la gestación por sustitución que incluso permiten preseleccionar el sexo del bebé como si fuera un accesorio más de sus programas<sup>71</sup>. Este hecho, aunque parece algo simple, en realidad es trascendental, ya que rompe con el propio concepto de gestación que se produce en una fecundación y embarazo natural, donde no se puede elegir el sexo de antemano. Que una variable natural del proceso de embarazo pueda ser alterada es, a nuestro juicio, contrario a la ética. Aun así, en este momento simplemente incidiremos en cómo se altera el concepto de recibir ayuda (prestada por la gestante) para realizar un proceso de gestación en un caso en que no se podría realizar de manera natural, por el de selección a la carta de los aspectos que más interesan a los padres comitentes para el futuro bebé. No nos cabe duda de que si la ciencia ahora mismo tuviese la capacidad de seleccionar características físicas (color de pelo, color de ojos, etc.), éstas también serían ofertadas como parte de la configuración artificial del hijo y creo que en un caso como este no se puede dudar del carácter mercantil de la operación, donde los bebés, aun sin haber sido concebidos, ya están siendo tratados como puros objetos.

Además, en uno de los siguientes epígrafes abordaremos con más detalle cómo precisamente en las situaciones más conflictivas (accidentes, situaciones que afectan a la salud del menor, discapacidades, malformaciones, etc.) es cuando sale a relucir el mayor carácter mercantil de la gestación por sustitución y que reduce tanto a la mujer como al menor a objetos sujetos al

---

<sup>71</sup> Así lo muestra la web denominada Surrobaby (dedicado al asesoramiento y a ofrecer todo lo que necesita un residente en España para realizar contratos de gestación por sustitución en el extranjero), ya que en la página [http://www.surrobaby.es/ucrania\\_costes.aspx](http://www.surrobaby.es/ucrania_costes.aspx) se puede observar cómo nos indican que, en los 3 programas que se puede contratar con ellos de intermediarios para realizar el contrato con clínicas de Ucrania, existe esta posibilidad de elección del sexo.

mercado, salvo que el Estado intervenga protegiendo sus derechos. Si el proceso de gestación se desarrolla sin imprevistos ni complicaciones, puede que no haya ninguna consecuencia. Pero en el momento en que haya algún problema, no es descabellado que algunos padres ejerzan presión para que la gestante aborte o incluso que no quieran hacerse cargo del bebé. En este sentido, el contrato de gestación pierde la esencia de un contrato del servicio de “gestar y alumbrar” para convertirse en un claro contrato de compraventa. Por eso es importante tener en cuenta que, si el propio contrato o las clínicas otorgan mayor poder a los padres comitentes como sujetos contratantes, mayor es la vulnerabilidad de las mujeres gestantes que se quedan en posición de simples vasijas y, por ende, también es mayor la vulnerabilidad de los menores, que se quedan como los simples productos de una operación comercial donde, a veces, ni la voluntad de la gestante puede protegerles.

También es importante valorar que sí que hay una diferencia sustancial con respecto a la posición de la mujer y del menor. Mientras que ella puede decidir gestar y someter su cuerpo al mercado de manera voluntaria (entiéndase como voluntariedad teórica ya que, si quien se presta a realizar la gestación lo hace por una suma económica por necesidad, en cierto modo esa voluntariedad está viciada), el menor producto de ese acuerdo siempre va a ser un resultado del mercado y nunca habrá tenido la capacidad de salvaguardar su dignidad.

Pese a los intentos de evitar cualquier tipo de generalización en este trabajo, no podemos más que elevar la práctica de la gestación por sustitución comercial a un servicio donde los padres comitentes, probablemente entienden la operación como una simple compra de la que esperan un resultado concreto, por lo que, si no les satisface ese resultado, muchos pueden dejar de estar interesados en el bebé (y algunos buscar su devolución a la gestante o a las clínicas) al no satisfacer sus deseos de maternidad y paternidad perfecta. Nos exponemos ante el riesgo de que se considere que existe un derecho a un hijo configurado en los términos que deseen y, en esta situación, pueden ser muchos los que se posicionen en contra del bienestar del bebé, relegándolo a un papel total de mercancía. Incluso en el supuesto de que esta generalización sea errónea y que esta imagen no fuese más que la de hechos residuales, no podemos negar que la perspectiva comercial siempre generará esta posibilidad de tratamiento y, en consecuencia, nunca debería tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico por ser totalmente contraria a la dignidad y al interés superior del menor, que es quien debemos entender que tiene derecho a tener padres que velen por su integridad y no a la inversa. Un hijo o hija nunca debería ser un simple capricho configurable o desechable, ni siquiera aunque aceptásemos la maternidad y paternidad como un derecho constitucional.

Este derecho podría ser la base para que la gestación por sustitución se regule en nuestro ordenamiento jurídico, pero no para disponer de los menores como mercancías.

Por otro lado, también pueden generar un conflicto los contratos privados de gestación no comerciales, es decir, aquéllos en que concurra la modalidad altruista. Es cierto que, en estos casos, al no mediar precio, no estaríamos ante una transacción económica desde el punto de vista mercantil, pero eso no impide que siga operando como un negocio privado y que pueda estar sujeto a cláusulas o acuerdos que vayan en contra de los intereses del menor y lo mercantilizan. Situaciones como el rechazo al bebé si nace con malformaciones, enfermedades o discapacidades, o bien presiones para que la gestante aborte, se pueden producir incluso sin que medie precio de por medio. Esto va a depender de dos factores. El primero es que la regulación legal no contenga previsiones que prohíban o limiten las cláusulas abusivas o contrarias a los intereses de la gestante y el menor. Cuanto menor regulación haya, más laxa sea esta o menos intervención haya por el Estado en caso de incumplimientos de lo dispuesto legalmente, mayor poder y peso pueden tener los padres de intención, rompiendo el principio de igualdad entre los contratantes. El segundo factor es, precisamente, que no haya una posición de igualdad real incluso con protección por parte del Estado. Parece menos probable que una mujer que se ofrece de manera altruista esté en posición de vulnerabilidad, pero esta situación se podría dar en caso de que haya pagos ilegales producto del mercado negro o bien incluso en situaciones de dependencia jerárquica o familiar (incluso sin mediar pagos). Y si se da esta situación es evidente que las condiciones le serán impuestas a la gestante que en muchos casos las aceptará sin apenas defensa. Por tanto, aunque esto último sea una hipótesis, no parece conveniente dejar una figura jurídica tan importante, donde intervienen derechos fundamentales, a la libre disposición de los particulares. Al afectar a derechos constitucionales, debería estar completamente regulado y vigilado por el derecho público en todo caso, con una adecuada participación de la Administración y de las instituciones legalmente establecidas, que deben estar orientadas a la educación en que la autodisposición del propio cuerpo y la concepción de los menores, se debe hacer con dignidad.

No obstante, esto no quiere decir que bajo un modelo altruista y con intervención del derecho público no se puedan producir situaciones de comercialización de menores. Será necesario que la regulación de la gestación por sustitución sea totalmente garantista, que sus medidas se hayan instaurado logrando que prevalezca el principio del interés superior del menor y que se consiga el objetivo de lograr una adecuada educación en la ciudadanía de que deben primar ante todo la dignidad de mujeres y menores. De no hacerse bajo estos criterios,

y si no hay una concienciación social adecuada, podría ocurrir lo mismo que bajo el modelo de contratación privada en el momento en que los padres comitentes crean que existen pocos riesgos si incumplen la norma y no tengan remordimientos en atentar contra la dignidad de los demás.

Por eso, de establecer una regulación, el objetivo debe situarse en la prevención de las situaciones conflictivas, con el claro objetivo de reducir los riesgos a los que se pueda ver sometido el menor y con ello proteger su dignidad y su interés. También será imprescindible prohibir e impedir que cualquier tipo de compra y venta de niños se lleve a cabo en nuestro Estado. Incluso sería conveniente limitar de alguna manera el acceso que tienen los ciudadanos residentes de España al mercado de gestación por sustitución en países extranjeros. De esta manera, haríamos el esfuerzo para que desaparezca la comercialización de los menores y que así ésta se reduzca a un debate ético y jurídico sobre si concurre en cualquier circunstancia, o bien ya no hay comercialización, sino que estamos ante una técnica de reproducción asistida más del ordenamiento jurídico.

### **3. Idoneidad de los padres de intención**

Otro de los aspectos que los contratos privados entre particulares o realizados por agencias comerciales no tienen casi nunca en cuenta, es el de si los padres y madres comitentes son aptos o no para ejercer la patria potestad sobre un menor.

En un contrato de gestación con una agencia, la principal obligación de los padres comitentes es la de pagar la compensación (o precio) estipulado para la madre gestante<sup>72</sup>. Es llamativa la lista extensa de obligaciones que puede llegar a tener la madre gestante mientras que los padres y madres de intención, normalmente no tienen ninguna adicional. En algunos casos, habrá requisitos establecidos por la legislación nacional, que simplemente suele ser la acreditación de algunas situaciones jurídicas o materiales como ser residente en el país donde se va a realizar la gestación, un estado civil concreto (en varios sitios requieren que los padres sean pareja heterosexual) o bien constatar la imposibilidad de llevar un embarazo propio a término por infertilidad. Sin embargo, en ninguno de los casos se somete a examen a los padres para comprobar si están preparados para ejercer la patria potestad y, por tanto, no se

---

<sup>72</sup> López, Celeste, “Así es un contrato de gestación subrogada”, *La Vanguardia*, 05/07/2019, En <https://www.lavanguardia.com/vivo/lifestyle/20190705/463293445253/asi-es-contrato-gestacion-subrogada-ventre-alquiler.html> (consulta: 24/08/2021)

deniega nunca su acceso a la gestación por sustitución por esta causa. No se busca la idoneidad para ser padre o madre sino una simple capacidad para serlo.

Aunque pueda parecer ilógica, esta situación responde al modelo mercantil que rige el proceso, también influido por una concepción del ser humano basado en el individualismo y la propia autonomía. No se valoran cualidades como la preparación y la responsabilidad, sino únicamente la decisión individual (tanto para ser padres o madres, como para ofrecerse a gestar), y sin importar las motivaciones. En estas circunstancias, lo importante es el acuerdo y las contraprestaciones (precio por producto). Por eso, los intervinientes no tienen ninguna relevancia más que aquella que permita asegurar la calidad del producto. De ahí que se ponga toda la atención en la figura de la madre, por ser la que puede poner en riesgo esa “calidad” del bebé. Los padres adquieren un derecho de propiedad típico del derecho mercantil en el mismo sentido que cuando se realizan compras de animales. Por tanto, su idoneidad para ejercer de padres es irrelevante. Lo importante es que son compradores y que deciden libremente (independientemente de que el modelo pueda ser altruista, ya que el carácter mercantil lo otorga también que sea un contrato, aunque no medie precio, tal y como se ha desarrollado en el epígrafe anterior). De nuevo, esto es un fiel reflejo de la diferencia de posiciones y de poder entre los padres comitentes y la madre gestante y el menor, propio de un sistema capitalista y neoliberal donde lo único esencial es que las operaciones estén sujetas al mercado.

Podemos observar que esta situación supone un riesgo para los menores no sólo en la etapa de gestación y parto, sino también durante todo el período de desarrollo y crecimiento hasta la mayoría de edad. Algunos autores como Eleonora Lamm aseguran que es poco probable que quienes realizan un gasto tan elevado y con las dificultades burocráticas que hay, vayan a ser malos padres. Su razonamiento se basa en algunos estudios sobre el funcionamiento de las familias que han recurrido a la gestación por sustitución, en comparación con las que han empleado la donación de óvulos y las familias con un hijo concebido naturalmente. Aunque la muestra es pequeña, para Lamm refleja que hasta la edad de preescolar los niños presentan mejores relaciones paternofiliales y, por tanto, la regulación de la gestación por sustitución satisface correctamente el principio del interés superior del menor, ya que en la mayoría de los casos el niño nacerá en una familia que lo deseó y eso debería tener como consecuencia el ser querido y cuidado<sup>73</sup>. No obstante, y sin pretensión de invalidar sus argumentos, al menos hay que ser conscientes que si no se establece ningún tipo de control en el acceso a

---

<sup>73</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, pp. 224-227.

esta modalidad de técnica de reproducción, exponemos a los menores a que caigan en una mala familia y que esto implique vulnerar sus derechos y su interés superior. Como ya se ha expresado anteriormente, aunque supusiésemos que van a ser casos residuales, es inapropiado exponer a los niños a este riesgo, por mucho que sea hipotético. Si por una mala praxis jurídica les exponemos a un peligro, a nuestro juicio nuestro ordenamiento jurídico estaría fallando.

Por tanto, la solución a este problema pasa de nuevo por desincentivar, en primer lugar, el turismo reproductivo, especialmente en los países con contratos que permiten a los padres y madres comitentes disponer de los derechos de la mujer gestante y los menores. Sería conveniente una postura internacional unánime que prohíba y sancione la práctica mercantil de la gestación por sustitución. Y, en segundo lugar, en el caso de que queramos admitir la práctica, de nuevo remarcamos que debe intervenir el derecho público regulando de manera clara unos requisitos de acceso a este procedimiento que deberían ser análogos y similares a los de la adopción a la cual nos vamos a referir a continuación. En un contexto individual como en la concepción natural, tiene coherencia que se rija bajo una autonomía individual, garantizando con ello la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, dejando al Estado la única función de educar y preparar a las personas para que sean responsables en la crianza y cuidado de los menores. Pero, si tiene que intervenir el derecho público para gestionar un proceso de gestación por sustitución, entonces la autonomía individual de los padres y madres comitentes debería ceder ante el principio del interés superior del menor, que el Estado debe garantizar con prioridad. Por tanto, a través de las clínicas e instituciones pertinentes, el Estado debe asegurarse de que los padres y madres están bien preparados y capacitados para cumplir los deberes y hacer frente a las responsabilidades que supone ejercer la patria potestad. De esta manera, estaremos protegiendo, en teoría, los intereses de los menores de manera más adecuada.

#### **4. Consecuencias de la gestación por sustitución en los procesos de adopción**

El carácter mercantil que ahora mismo define a la gestación por sustitución hace que se convierta en un proceso completamente diferente al de adopción. Aunque el resultado en ambos casos es el de formar una familia, los fines y objetivos son muy diferentes.

La gestación por sustitución se ha convertido en el proceso artificial, a través de técnicas de reproducción asistida y mediante la capacidad de gestar de una tercera persona, con el cual

se crea o concibe una vida nueva. Esta técnica responde a una manifestación de una especie de derecho de reproducción que los padres comitentes consideran que tienen (aunque no esté reconocido como tal este derecho en nuestro ordenamiento jurídico). Por tanto, con la gestación subrogada se busca el cumplimiento de un anhelo personal y no la protección del interés superior del menor, que quedaría reservada exclusivamente para la adopción. Así mismo lo reconocen algunos defensores de la regulación de este nuevo modo reproductivo como Pedro Fuentes que ha expresado que “en la adopción se pretende dar un hogar a un niño. Integrar a un niño, ya existente, en una familia que se beneficia de la llegada de un nuevo miembro. Se trata de buscar el interés superior del menor y no tanto de dar solución al deseo de los adultos de ser madres o padres”<sup>74</sup>. Por tanto, la gestación por sustitución y la adopción no son realidades equiparables.

Una muestra clara de la diferencia entre ambos procesos es que el primero no requiere demasiados trámites en su forma contractual y mercantil (tal y como se ha expuesto en el epígrafe anterior), por lo que este proceso puede reducirse a una demora de entre uno y dos años, mientras que la adopción es un proceso mucho más costoso, dedicado a asegurar la idoneidad de los futuros padres, por lo que hay numerosos trámites administrativos y puede alcanzar períodos muchos más largos, entre 6 y 8 años en la adopción nacional<sup>75</sup> y de unos 7 años en la adopción internacional<sup>76</sup>.

En este sentido, coincide el auge en los casos de solicitudes de filiación tras un proceso de gestación por sustitución llevado a cabo en el extranjero, con una disminución clara de los procesos de adopción internacional llevados a cabo en España<sup>77</sup>. No podemos asegurar que haya una relación de causalidad directa, ya que también puede sostenerse que un factor para esta disminución es que actualmente hay menos niños que adoptar internacionalmente por mayores restricciones en cuanto al acceso a la adopción y la promoción de la adopción nacional en los países en los que tradicionalmente era mayor el número de adopciones (como China y Rusia), sumado a otras circunstancias como el elevado coste económico por los trámites y la burocracia, junto a la actual crisis económica. Sin embargo, sí que encontramos

---

<sup>74</sup> Fuentes, Pedro, “Adopción y subrogación”, *Ovejara*, 05/11/2014, En <http://ovejara.com/por-que-adoptas/> (consulta: 25/08/2021).

<sup>75</sup> Salvador, Zaira, “Adopción nacional en España: requisitos, tiempo de espera y trámites”, *Babygest*, 11/02/2020, En <https://babygest.com/es/adopcion-nacional/#tiempo-de-espera> (consulta: 25/08/2021).

<sup>76</sup> Lledó, B, “Los plazos para la adopción internacional alcanzan ya los siete años de espera”, *Las Provincias*, Valencia, 13/11/2012, En <https://www.lasprovincias.es/v/20121113/comunitat/plazos-para-adopcion-internacional-20121113.html> (consulta:25/08/2021).

<sup>77</sup> Salvador, Zaira, “Adopción internacional: selección del país, idoneidad y trámites”, *Babygest*, 28/01/2020, En <https://babygest.com/es/adopcion-internacional/> (consulta: 25/08/2021).

una correlación entre esa disminución de adopciones con el fácil acceso a las técnicas de reproducción humana asistida y, en concreto, a la gestación por sustitución.

No podemos obviar que, si un proceso es mucho más costoso que otro, desincentivamos la práctica de aquél que es más difícil llevar a término. Por eso, aunque el tiempo de espera no sea el motivo principal que genera que los padres comitentes se inclinen por la gestación por sustitución, sí que me parece trascendental la falta de equiparación entre los requisitos de acceso de uno y otro. Es evidente que los requisitos administrativos y burocráticos de la adopción, tanto para obtener la idoneidad como para el resto de fases, son muy mejorables y sería recomendable reformarlos para reducir los tiempos del proceso a un máximo de 2 o 3 años (por lo menos en lo que respecta a la adopción nacional que es donde podríamos intervenir con mayor facilidad). Pero esta realidad no impide que sea también conveniente y necesario introducir la obtención de idoneidad para los procesos de gestación por sustitución. Este hecho, además de romper el carácter mercantil y con ello proteger mejor el interés superior de los menores nacidos por esta vía, también implicaría no desfavorecer en un plano teórico a los procesos de adopción, protegiendo con ello también el interés superior de los menores ya nacidos y en situación de vulnerabilidad real.

## **5. Posición de la criatura en fase de gestación y del hijo nacido**

### **a. Vínculos afectivos entre la mujer gestante y el menor**

En el capítulo anterior, hicimos un breve análisis de los problemas de salud física y mental que podía padecer la madre gestante como consecuencia de la mercantilización del proceso de gestación. Sin embargo, allí no se tuvieron en cuenta los problemas de salud que podía padecer el feto y el bebé (una vez ya nacido), ni se valoró la retroalimentación y el impacto en el bebé precisamente de esos problemas de salud de la madre.

Miriam Al-Adib Mendiri (ginecóloga y obstetra del Servicio Extremeño de Salud), aborda en un artículo las consecuencias que la gestación por sustitución puede tener en la salud física y mental a corto y a largo plazo en las gestantes y en los bebés. Al respecto, expone que existen numerosas evidencias científicas sobre el impacto negativo que tiene en la salud de la madre y el bebé todo aquello que fractura una vinculación saludable entre ambos desde el momento de la concepción hasta los primeros años de vida (incluyendo por tanto el tipo de embarazo,

parto y postparto)<sup>78</sup>. Para ello hace referencia a declaraciones y estudios que manifiestan que, durante todo el periodo de gestación, se va modificando el cerebro de la gestante y del bebé, preparándose ambos para el vínculo, y donde la oxitocina juega un papel fundamental (hormona con diversas funciones que estimulan positivamente a la madre o reducen algunos problemas que podrían asociarse al embarazo). Un correcto vínculo con el feto durante la gestación y ya con el bebé justo tras el parto, libera la oxitocina materna. El contacto piel con piel, a través de los estímulos sensoriales como el tacto, el calor y el olor implica efectos positivos en la salud física y mental de la madre, y eso se traduce en mejoras en el ritmo cardiaco y respiratorio del bebé. De ahí que sea muy recomendable este contacto íntimo de manera inmediata tras el nacimiento.

Dentro de la retroalimentación que hay entre el estado de la gestante y el bebé, Al-Adib Mendiri también expone que trastornos neuropsiquiátricos pueden originarse en etapas tempranas de la vida, incluso en el útero materno, ya que el estrés produce cambios que perduran en el cerebro del bebé. Por tanto, el estrés, la ansiedad y la depresión de la madre pueden tener efectos en el desarrollo infantil en la medida en la que aumentan el riesgo de padecer psicopatologías y, a nivel físico, puede implicar un mayor riesgo de enfermedades cardio metabólicas y/o inmunológicas en la etapa adulta<sup>79</sup>.

Por tanto, la autora recomienda garantizar el vínculo madre y criatura, respetando al máximo la fisiología del embarazo y el nacimiento, en un entorno que no sea hostil, que evite el estrés de la gestante, para que ella y el bebé puedan apegarse e influirse mutuamente. De este modo, se favorece la lactancia materna y el vínculo óptimo que contribuya a una mejor salud física y mental para ambos.

Según este análisis, habría que tener en cuenta que se originan vínculos afectivos entre la gestante y el bebé y la importancia de éstos. Si la ausencia de vínculos puede generar problemas de salud en el menor, habría que tomar con mucha cautela el proceso de gestación por sustitución ya que puede implicar graves efectos negativos en el menor (tanto por la separación temprana de la gestante como por la posibilidad de que ésta decida no desarrollar vínculos afectivos con el bebé precisamente para sobrellevar mejor esa separación). Tal y como ya hemos explicado, Eleonora Lamm expuso que los estudios sobre la situación de los menores, especialmente en sus primeros años de vida, era muy positiva y los vínculos con

---

<sup>78</sup> Al-Adib Mendiri, Miriam, “Gestación subrogada desde una perspectiva biomédica: lo que el debate científico puede añadir a la discusión ética”, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n° 28, 2018, p. 16.

<sup>79</sup> Al-Adib Mendiri, Miriam, “Gestación subrogada desde una perspectiva biomédica... *cit.*”, pp. 13-15.

los padres eran fuertes. En ese análisis no nos clarifica el papel que ha jugado la madre gestante y si ha estado implicada en desarrollar el vínculo con el bebé durante el embarazo y transmitirle su cariño. Simplemente parece transmitir que la actitud amorosa e implicada de los padres de intención con su hijo suple el vínculo que se ha roto entre él y la gestante. Sin embargo, ella misma reconoce que otro estudio ha demostrado que, a los siete años, los niños nacidos a través de gestación por sustitución mostraron dificultades de adaptación más altas que los niños concebidos por donación de gametos<sup>80</sup>. En este caso, ella lo vincula a que a esa edad los niños tienen una mayor comprensión de la gestación por sustitución (asumiendo que conocen sus orígenes). No obstante, los argumentos esgrimidos por Al-Adib Mendiri podrían darnos a entender que estos problemas pueden deberse a la ruptura del vínculo con la gestante en una edad temprana.

En cualquier caso, es importante abordar este problema siempre desde una perspectiva científica, pero teniendo en cuenta que los análisis anteriores pueden adolecer de sesgos para realizar una postura a favor o en contra de la gestación por sustitución. Por eso, en este trabajo se va a tratar esta parte con cautela y se va a entender que la ruptura de los vínculos afectivos entre la gestante y el menor es, al menos, un riesgo que podría generar problemas en el menor y que puede atentar contra su interés superior. Es cierto que, en el caso de la adopción, esta situación no se discute, pero debemos distinguir que aquí es un proceso sobrevenido y que mediante la gestación por sustitución, nosotros lo estaríamos provocando de manera deliberada. Por este motivo, la opción que quizá fuese más pertinente sería la de defender que la admisión de la gestación por sustitución no tiene cabida en nuestro ordenamiento porque siempre implicaría la posibilidad de afectar negativamente el interés superior del menor. Sin embargo, es evidente que, en cualquier momento, un partido político puede pretender legislarla para admitirla y que, posteriormente, esta sea aceptada como constitucional. En ese caso, nuestra prioridad debería ser la de asegurar una fase de información y concienciación clara, previa al inicio de la fecundación del embrión, para dejar clara la necesidad de garantizar que todo el proceso de gestación por sustitución se realice en condiciones de seguridad y bienestar de la gestante y que es totalmente conveniente que ésta desarrolle un vínculo afectivo con el bebé de la manera más natural posible. También habría que determinar legalmente que la separación con la gestante no se puede producir en un plazo excesivamente temprano para evitar riesgos para la salud física y emocional del menor, que tendría que ser determinado por un profesional de la sanidad pública. Sería muy

---

<sup>80</sup> Lamm Eleonora, *Gestación por Sustitución... cit.*, p. 226.

importante hacer comprender a todas las personas implicadas que la gestante es una pieza esencial en el proceso, no sólo porque es la que posibilita el nacimiento, sino porque es imprescindible en el bienestar del menor. Por tanto, es necesario también un buen vínculo entre los padres comitentes y la gestante, una suerte de relación de confianza entre todos, para garantizar que esta mantiene el suficiente contacto con el menor hasta que es conveniente la separación completa.

#### **b. Situación en casos de riesgos para la salud, discapacidad o malformación del menor durante su gestación**

Uno de los puntos más criticables y éticamente reprochables respecto a los procesos de gestación por sustitución que implican una clara mercantilización y comercialización de los menores, quedando reducidos a objetos de mercado, se produce, como ya hemos adelantado, en los casos de riesgos para la salud, discapacidad o malformación del menor durante su gestación. Actualmente casi la totalidad de gestaciones por sustitución se producen mediante contrato privado (puramente mercantil o altruista) y suelen intervenir clínicas o agencias comerciales que suelen disponer de cláusulas que confieren una especie de derechos de propiedad a los padres comitentes.

Un ejemplo de esta situación la podemos apreciar en las agencias ucranianas que en muchos casos establecen la posibilidad de obligar a abortar a la gestante si así lo indica el médico (elegido por los padres comitentes). Incluso lo pueden solicitar los padres de intención, como un derecho más, en caso de una patología del feto si se considera grave y si tres profesionales competentes lo confirman<sup>81</sup>, los cuales siempre tendrán intereses a favor de los que han contratado sus servicios y primarán sus deseos antes que la opinión de la gestante o la vida del menor, privándole a este de todo tipo de derechos.

La situación de indefensión generada en los menores es tan grave que, incluso en el caso de que contractualmente no se pueda obligar a abortar a la madre, los menores pueden estar igualmente desprotegidos. Esta situación la encontramos en el famoso caso de Gammy, un niño con síndrome de Down gestado junto a otra niña por una mujer tailandesa (estaba embarazada de gemelos), para una pareja australiana. Dado que la niña estaba sana, en un primer momento, la pareja intentó que la gestante abortara el feto, pero ella se opuso por sus

---

<sup>81</sup> López, Celeste, “Así es un contrato de gestación subrogada”, *La Vanguardia*, 05/07/2019, En <https://www.lavanguardia.com/vivo/lifestyle/20190705/463293445253/asi-es-contrato-gestacion-subrogada-ventre-alquiler.html> (consulta: 24/08/2021)

creencias religiosas. Una vez nacidos ambos bebés, la pareja australiana decidió llevarse sólo a la niña y abandonó a Gammy en Tailandia<sup>82</sup>. Las dos acciones mostradas por la pareja reflejan que en todo momento sólo deseaban un bebé (entendido como producto) que estuviese sano, sin importarle lo más mínimo el bienestar de aquél que no lo estaba.

Estos ejemplos son una clara muestra de lo instrumentalizada que está esta práctica y que en pocos casos se aborda desde la protección del menor y de la mujer, que es quien está sufriendo el proceso y el embarazo y es quien debería tener la decisión en estas circunstancias, sin ningún tipo de coacciones ni influencias. Uno de los sitios web que se dedica a informar y a promover la gestación subrogada de ciudadanos españoles en el extranjero, de nombre Babygest, aborda este problema indicando que, si se detecta alguna malformación, retraso o enfermedad que afecte al desarrollo normal del feto durante el embarazo o tras el parto, los contratos de gestación deben incluir el modo de actuación en estos casos<sup>83</sup>. En todo momento el prisma por el que orbita la práctica mercantil es el de proteger y otorgar seguridad principalmente a los padres contratantes, sin importar el grado de explotación al que se está sometiendo a la mujer. Y la principal consecuencia de esto es que el menor no es tenido en cuenta en ninguno de los casos.

En este momento, nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe de “Comercialización e instrumentalización de menores como objetos de mercado”. Es más que evidente que una práctica donde pueden darse situaciones tan conflictivas y que está sometida a fuertes riesgos que pueden poner en entredicho derechos fundamentales, en ningún caso debería articularse bajo un contrato privado. El derecho público debe intervenir para garantizar la libertad de la mujer para que sea quien tome la decisión de continuar el embarazo o abortar si se da algún caso extremo como este. Y por otro lado, y con independencia de que en nuestro país se admita o no se admita la gestación por sustitución, es imprescindible articular un régimen sancionador duro que castigue a los padres a los que, habiéndose determinado o debiéndose determinar la filiación a su favor de un menor, lo abandonen voluntariamente. Ello sin perjuicio de que se les pueda retirar la patria potestad del menor si ello supone la mayor protección de su interés superior. Y sin obviar, como ya hemos mencionado varias veces, que este mecanismo es una respuesta ante un hecho ya cometido pero no es el único medio

---

<sup>82</sup> “Una pareja australiana abandona al bebé con síndrome de Down de una madre de alquiler”, *El Periódico*, 03/08/2014, En <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20140803/pareja-australiana-abandona-bebe-sindrome-down-madre-alquiler-3428009> (consulta: 24/08/2021)

<sup>83</sup> Álvarez, Natalia, “¿Qué problemas pueden surgir en gestación subrogada?”, *Babygest*, 04/12/2017, En <https://babygest.com/es/posibles-problemas-en-gestacion-subrogada/>

adecuado para prevenir estas situaciones, que se deberán abordar desde una perspectiva pedagógica, para lograr una concienciación adecuada en la ciudadanía de cuáles son las acciones que socialmente no debemos aceptar en ningún caso.

### c. Derecho a la identidad del menor

Uno de los derechos reconocidos a los menores es el derecho a la identidad, que se contempla en el art. 7 de la Convención de los derechos del niño, quien *“tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos”*.

Podemos apreciar que el derecho a la identidad tiene diversas manifestaciones configuradas para identificar y preservar la individualización de la persona en la sociedad. Una de ellas es el derecho a conocer los orígenes biológicos, ya que las circunstancias en que una persona ha sido concebida, gestada y nacida son únicas e irrepetibles. Esta manifestación se reconoce constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico a través del art. 39.2 CE que establece que *“la ley posibilitará la investigación de la paternidad”*.

De este modo, toda persona puede aspirar legítimamente a disponer de todas las medidas necesarias para conocer y formar su identidad (incluyendo sus orígenes). El Estado, por su parte, debe cumplir con su obligación de respetar y garantizar la identidad de su ciudadanía, asegurándose de que no se interrumpa ni impida cualquier acto de manifestación de la misma, y sin esconder, ocultar o falsear ninguna información sobre ella, permitiendo la investigación para hacerla efectiva<sup>84</sup>.

Tradicionalmente, este derecho se ha entendido como la posibilidad de determinar la filiación paterna, por lo que las pruebas de ADN tienen un gran valor probatorio y se han convertido en el medio de prueba estándar en los procesos de filiación<sup>85</sup>. Este derecho está reconocido expresamente en los casos de desconocimiento del padre biológico en una concepción natural y en los casos de adopción. Sin embargo, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece en el art. 5.5 que *“la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes [...] Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad”*. Al respecto se pronuncia la STC 116/1999, de 17 de junio de 1999, que

---

<sup>84</sup> De Lorenzi, Mariana, *El derecho a conocer los orígenes biológicos*, Universidad de Barcelona, 2015, p. 127.

<sup>85</sup> Quesada González, María Corona, “La prueba del ADN en los procesos de filiación”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 58, n° 2, 2005, p. 500.

resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la LTRHA, donde el TC pone de manifiesto que la finalidad que pretende la investigación de la paternidad del art. 39.2 CE es la determinación de la relación paternofilial, que en el caso de esta ley no procede. En segundo lugar, argumenta que no vulnera el principio del interés superior del menor porque se puede conocer información general de los donantes y porque se admite el conocimiento de la identidad en caso de peligro para la vida. Así pues, un último fundamento para rechazar la solicitud de inconstitucionalidad es que la protección de la intimidad de los donantes es lo que favorece la obtención del material reproductivo<sup>86</sup>.

Sin hacer un análisis sobre esta resolución, que no es objeto de este trabajo, basta decir que el derecho a la identidad hoy día debería entenderse, a nuestro juicio, como un derecho a la propia determinación e identificación y debería ser reconocido por igual a todas las personas con independencia de su concepción, gestación, nacimiento o filiación. De lo contrario podríamos incurrir en una vulneración clara del principio de igualdad. Tanto en la adopción como en las técnicas de reproducción asistida, lo que determina la filiación es la voluntad de los padres (sin perjuicio de que pueda haber correspondencia biológica en los segundos casos). Por tanto, en todos los casos el menor debería tener acceso a conocer sus orígenes biológicos, englobando cuatro supuestos: en los casos de fecundación natural cuando el padre o la madre sean desconocidos, en la adopción, en los casos de donantes de gametos (masculinos y femeninos) y en la gestación por sustitución.

Este último caso es muy importante ya que se pueden generar situaciones muy variopintas. En la gestación y posterior nacimiento pueden intervenir tres personas, los padres de intención que pueden aportar su material biológico y la gestante que lleva a cabo el embarazo. Pero dependiendo de los casos puede haber hasta cinco implicados (dos padres de intención que no aportan material genético, dos donantes de gametos y la gestante).

La manera más adecuada de proteger el derecho de identidad y con ello el interés superior del menor es garantizar que, en todo momento (a partir de haber desarrollado la madurez suficiente para comprender en qué consiste el proceso por el cuál ha sido concebido y gestado), podrá investigar sus orígenes y averiguar las condiciones relativas a la concepción, gestación y nacimiento. Todas estas cuestiones definen su identidad si ha nacido por esta vía y, por tanto, debería tener la posibilidad de averiguar quiénes son todas las personas que han intervenido.

---

<sup>86</sup> Cámara Águila, María del Pilar, “Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción asistida (Comentario a la SRC 116/1999, de 17 de junio)”, *Derecho privado y Constitución*, nº 13, 1999, pp. 136-137.

## IV. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha analizado la figura de la gestación por sustitución desde la perspectiva de las diferentes posiciones jurídicas que se pueden adoptar frente a ella, su aplicabilidad práctica y las consecuencias que implica o puede implicar en las personas vulnerables, teniendo en cuenta el contexto sociopolítico que hay en nuestro Estado y con la previsión de que una regulación que la admita puede ser instaurada, en nuestro ordenamiento jurídico, y como ya se ha intentado alguna vez, por alguna fuerza política. Todo ello nos lleva a las siguientes conclusiones.

**PRIMERA.-** Con la intención de proteger precisamente a las personas más vulnerables que intervienen en el proceso de gestación (es decir, la mujer gestante y el menor nacido como resultado de éste), también se han mencionado diversos criterios sobre los que se debería orientar esa regulación si en algún momento se lleva a cabo, para garantizar sus bienestar y la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, instaurar esta figura puede conllevar determinadas consecuencias que debemos observar.

Se ha incidido activamente en que el modelo debe ser altruista y con la intervención del derecho público y la sanidad pública española, de tal forma que no haya posibilidad de contravenir sus principios reguladores. Más allá de admitir la enorme dificultad para conseguir este objetivo, también hay que valorar que la regulación sería completamente diferente a la del resto de países que también admiten la gestación por sustitución. El modelo por el que abogamos en este trabajo elimina el carácter mercantil de la figura y se contrapone al modelo neoliberal del resto, que implica un prisma civil o mercantil de contratación privada que permite disponer, en mayor o menor medida, de los derechos de los intervinientes, sin perjuicio de que medie o no medie precio y que intervenga también el poder judicial a través de las correspondientes autorizaciones o reconocimientos de los acuerdos. La clave está en que proponemos un control que impediría el enriquecimiento, tanto de los intervinientes como de terceros interesados, por lo que seguramente se reducirá enormemente el número de mujeres dispuestas a gestar, en comparación con el resto de países. Por ello, su uso debería ser residual, destinado casi en la totalidad a casos en que amigas o familiares quieren ayudar a personas de confianza que no pueden llevar a cabo la gestación por sí mismas, por razones físicas o médicas. Y en el momento en que se impide o dificulta enormemente la comercialización y mercantilización de esta práctica, es muy poco probable que haya

suficientes mujeres en nuestro país que estén dispuestas a ayudar a desconocidos y que cubran la alta demanda que hemos anticipado que podría haber.

**SEGUNDA.-** Teniendo en cuenta el uso residual previsto para su aplicabilidad, es obligatorio preguntarse si la admisión de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico es necesaria y pertinente. Y esta respuesta creo que debe darse valorando el contexto sociopolítico actual desde una perspectiva ética, teniendo en cuenta qué papel jugaría con respecto al turismo reproductivo considerando la necesidad que surge de destinar recursos públicos.

Bajo nuestro punto de vista, la necesidad de tener descendencia biológica debería estar superada porque lo importante y lo que define las relaciones de familia y paternofiliales es la voluntad de establecer el vínculo y, en consecuencia, de criar, cuidar y proteger a tu hijo o hija, sea o no sea biológico o biológica. No obstante, es comprensible el legítimo deseo de querer crear una nueva vida a través de técnicas de reproducción asistida cuando eso permite vivir directamente todo el proceso de gestación hasta el nacimiento, incluyendo lo bonito que debe ser experimentar esos primeros días y semanas de vida de quien sería nuestro futuro hijo o hija. Pero creo que hay que cuestionarse si es necesario conseguirlo mediante un proceso de gestación por sustitución (incluso cuando voluntariamente una mujer se ofrece a ello). No debemos olvidar que la paternidad y maternidad no la debemos entender como un derecho y menos sin ningún tipo de límites. Son los propios menores quienes deben contar con el derecho a tener padres o tutores (y no a la inversa) que velen por su bienestar e interés. Un hijo o hija no se debería entender en ningún caso como un capricho o un deseo. Debemos asumir como sociedad democrática avanzada que los menores nunca deben ser tratados ni reducidos a objetos. Son sujetos que son nuestra responsabilidad y tenemos que poner nuestro empeño en garantizar su bienestar.

Por otro lado, las mujeres no deben reducirse a simples vasijas con el único propósito de satisfacer deseos ajenos. La dignidad de la persona es inviolable y no se debe permitir consecuencias negativas para su cuerpo, por lo que el proceso, si se admite, debe contar con plenas garantías de que va a salvaguardar su bienestar.

Esta última argumentación es clave ya que, por muchas cautelas y medidas garantistas a favor de la mujer y del menor, es muy difícil asegurar que no se está produciendo una cosificación y mercantilización de los cuerpos y las personas. Aun con todas las garantías, la realidad es que una mujer se está prestando como medio para un fin. Su propio cuerpo es el medio y el

fin es un niño o niña como resultado. Este hecho es indiscutible y el que obliga a orientar el debate sobre si es ético o no permitir que una mujer, en virtud de una libertad y autonomía individual, pueda utilizar su cuerpo en este sentido.

**TERCERA.-** En consecuencia, creo que desde un punto de vista ético debe priorizarse la adopción nacional o internacional frente a la gestación por sustitución. Es cierto que la segunda figura puede ser práctica y útil en los casos circunstanciales y muy concretos que se ha expuesto, siempre con protección y garantías, y aceptando que prevalezca la autonomía de la voluntad aunque éticamente sea cuestionable. Sin embargo, jamás debe dar pie a descuidar, invisibilizar o abandonar la adopción. Un hijo o hija no tiene que ser biológico o biológica ni debemos concebirlos nosotros para que tengan más valor. Por esta razón, cualquier propuesta de regulación debería contar con un mecanismo de información y orientación previa para aconsejar e incentivar la adopción.

En este punto, hay que reconocer que priorizar la adopción desde un punto de vista legal, implica aceptar que la propuesta realizada pretende desincentivar el uso de la gestación por sustitución y reservarla para muy pocos casos. A esta situación hay que sumar que se requiere una fuerte participación del Estado en el proceso, lo que implicaría que deben intervenir instituciones a las que hay que dotar de mayor personal y nuevos puestos de trabajo. Por tanto, se genera la necesidad de una inversión de recursos públicos para garantizar la aplicación de la ley. Y, objetivamente, invertir una cuantiosa suma económica para una aplicabilidad bastante escasa de la ley, es ineficiente. Esto podría ser motivo suficiente para optar por no admitir la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento y así no desperdiciar recursos públicos.

**CUARTA.-** Por otro lado, esta estrategia tiene como riesgo el no combatir el turismo reproductivo, que era una de las razones principales por las que se justificaba la regulación en nuestro país. Sería necesaria una concienciación social de la importancia de no acudir a terceros países en situación de pobreza a realizar contratos de gestación, ya que en muchos casos las situaciones que ahí se generan son indignas para las mujeres gestantes y los menores. El uso de la gestación por sustitución debería reservarse sólo a los casos expresamente permitidos por la propuesta de ley planteada y realizada, exclusivamente, en territorio nacional. Pero, dado que la educación sobre este tema como único medio para acabar con los casos de gestación por sustitución internacionales puede ser insuficiente y muy difícil de conseguir a corto plazo, sería conveniente realizar también una política orientada a la

prevención de esta circunstancia, contando también con un adecuado sistema de sanciones administrativas e incluso penales, sin obviar que, por el principio del interés superior del menor, se deberían minimizar las sanciones directas a los padres y madres. Al respecto, se debería prohibir la actividad de todo tipo de agencias, empresas o asociaciones de gestación subrogada que operan en nuestro país y cuyo fin sea el asesoramiento y la realización de esta práctica en el extranjero. Y, en segundo lugar, podría plantearse si es posible la persecución extraterritorial de la gestación por sustitución. Este es un tema muy complejo que excede del objetivo de este trabajo ya que el hecho no es punible en los países donde se realiza y sería ir en contra del derecho internacional privado. Por tanto, a priori la persecución extraterritorial no tendría cabida. Únicamente mencionaremos que se podría promover la aprobación de un Tratado Internacional que tenga este objetivo, quizá bajo la argumentación de que la práctica mercantil en determinados territorios es equiparable a la trata de personas (tal como se ha analizado en este trabajo), en cuyo caso tendría validez que el Derecho actúe con contundencia cuando estos hechos se realizan en esas circunstancias. Y esto sin perjuicio del debate que habría que abordar sobre la incongruencia de tener una regulación que admita la gestación por sustitución (aun siendo altruista) cuando la postura internacional es de sancionar la práctica mercantil si esta implica explotación de las mujeres.

En todo caso, hay que ser conscientes de la enorme dificultad que supone abordar la problemática del turismo reproductivo, que requiere de una política activa que debería ir más allá de lo dispuesto en una simple e hipotética norma nacional sobre la gestación por sustitución, que por sí misma no es suficiente para desincentivarlo.

**QUINTA.-** Expuesto todo lo anterior, el único motivo por el que podemos proponer toda una serie de medidas sobre las que se debería orientar una norma que regule la gestación por sustitución es para proteger jurídica y materialmente a las personas vulnerables estableciendo un marco legal garantista y protector, al asumir la hipótesis de que, eventualmente, algún partido político intentará o conseguirá que se regule. Hemos querido que, si esta circunstancia tiene que darse, este trabajo pueda aportar luz y elementos para la reflexión en torno a las importantes repercusiones que esta regulación puede tener en la sociedad y sobre las personas más vulnerables. Dentro de toda la problemática alrededor de esta figura, que nunca contentará a toda la sociedad, al menos podemos contar una ley jurídicamente muy enriquecida y socialmente equilibrada. Con ella, limitamos y neutralizamos el daño que puede haber en las mujeres gestantes y los menores nacidos de ese proceso y protegemos su integridad y salud atacando de manera preventiva todas las situaciones de riesgo.

**SEXTA.**- A modo ilustrativo resaltamos que es importante hacer énfasis en que los requisitos para poder prestarse a gestar deben ser exigentes, debiendo estar la mujer en una situación económica de bienestar, con buena salud física y mental y estableciendo una edad mínima para poder prestarse al proceso. Por otro lado, también debe ser exigente la concesión de la autorización a los padres y madres para acceder a esta figura, acreditando debidamente que se cuenta con un certificado de idoneidad (análogo al de la adopción), que se ha agotado previamente el resto de técnicas de reproducción asistida y que la mujer comitente, de haberla, no es apta para asumir la gestación por sí misma por razones médicas o físicas o que existe una situación de esterilidad estructural. Y justo antes de iniciar el procedimiento, se habrá informado a ambas partes de los riesgos que este proceso implica para la salud de la madre gestante y el posible impacto emocional en el bebé, además de todos los aspectos que regirán este procedimiento, dejando un período de reflexión final para decidir si se continúa o se desiste de él.

En caso de haberlo iniciado, éste será supervisado por una institución pública junto al personal médico. En cualquier caso, se debe garantizar que se evitará cualquier consecuencia negativa ante cambios de opinión o arrepentimiento de la madre gestante (lo que incluye el aborto libre durante las primeras 14 semanas). Los padres de intención estarán obligados a asumir todas las consecuencias del embarazo (incluidas las secuelas físicas, discapacidades o el fallecimiento sobrevenido del bebé tras el parto) y deberán velar por la protección del menor una vez nacido. Como hemos explicado, el menor no debe ser configurable en ningún caso y todo el proceso de embarazo debe ser similar a cualquier otro embarazo por concepción natural. Por tanto, es la madre gestante quien debe tener total capacidad de decisión al respecto ante cualquier eventualidad que ocurra durante el embarazo.

También es imprescindible otorgar una adecuada protección hacia el cuerpo y la salud de la mujer con medidas tales como la delimitación de un número máximo de partos que la mujer no deberá haber superado para ser apta para el proceso, requiriendo también que al menos haya un parto previo que le haya permitido experimentar el embarazo. Se debe dejar patente que no se ofrece un resultado ni hay un compromiso para ello. Este proceso nunca deberá tener ningún tipo de consecuencias más que las naturales a realizar el parto y las derivadas de los tratamientos de fertilidad que se requieran para prepararlo. Y también se debe garantizar una atención sanitaria individualizada, incluyendo ayuda psicológica durante los meses de embarazo y tras la reciente separación del niño, si esta fuese necesaria y solicitada. Es importante una correcta educación para la salud por parte de los profesionales médicos, para

asesorar a las gestantes durante todo el proceso, así como detectar cualquier tipo de problema o irregularidad, pudiendo protegerlas de esta manera de cualquier explotación.

**SÉPTIMA.**- Una vez se ha abordado y justificado los criterios que deben orientar una hipotética ley de gestación por sustitución futura, es relevante resaltar la situación real en que nos encontramos hoy día. En un contexto de crisis económica y sanitaria derivada de la pandemia de la COVID-19, con una opinión de la sociedad tan dividida sobre este tema, con la dificultad de lograr un encaje constitucional que no vulnere los derechos de la mujer y el menor y con la escasa aplicación que tendría la norma, sería más acertado que nuestros políticos no aborden este tema. Aun con todas las precauciones expuestas, podemos tener casi total certeza de que los políticos actuales no tienen la capacidad para regularla correctamente. Es muy probable que no tengan presente estas recomendaciones y que, copiando otros modelos internacionales, prioricen una regulación bajo el modelo de contratación privada, poniendo el peso en entidades privadas (clínicas médicas, agencias, etc.) en vez de en el derecho público. Y sin todas las precauciones propuestas, la gestación por sustitución no debería ni plantearse. Recordemos también que la técnica legislativa de nuestro país suele adolecer de incoherencias y lagunas, lo cual es un problema ya que, cuestiones tan importantes como esta que afectan a derechos fundamentales y constitucionalmente protegidos, es imprescindible que no tengan un tratamiento burdo.

Además, en este momento social y con los avances tecnológicos y de internet, si se va a plantear una ley, sería interesante y conveniente que ésta sea participada. En la era digital en la que nos encontramos, y ante una sociedad que se pretende sea dinámica y participativa en una democracia del S. XXI, es algo que no debería presentar grandes dificultades. Los ciudadanos podrían participar a través de un portal telemático creado para opinar y votar en determinadas propuestas de ley. Asimismo, se podría realizar una consulta popular través de identificación personal mediante DNI-e para la firma de la votación, que queda restringida informáticamente a una por DNI. El proceso se concibe como similar al de validación mediante firma electrónica. Con este sistema, simplemente en el portal se dispondría del texto de la Proposición de ley para su lectura y, una vez visualizado, se habilitaría el procedimiento de votación que consistiría en seleccionar opciones (como si de un cuestionario se tratase). Además de la norma escrita, el portal podría contener aclaraciones sobre el propio documento y, complementariamente, algún mecanismo que permita resolver dudas más concretas de los ciudadanos.

Estas cosas, aunque puedan ser algo complejas en la práctica, facilitarían que haya una mejor legislación que la que existe actualmente, y sería coherente con la democracia que merecen las sociedades actuales en pleno siglo XXI. Una cuestión tan importante como una ley sobre la gestación por sustitución, que puede afectar a derechos fundamentales, debería contar con la participación y aprobación de la ciudadanía expresada oficialmente mediante voto. De esta manera, contribuimos a que el ciudadano participe de verdad en la política, cosa que a día de hoy no se está produciendo. Que la participación en la política se reduzca simplemente a un voto a un partido político en unas elecciones cada cuatro años, me parece insuficiente y una clara muestra de que el derecho constitucional está fallando. Al menos, en determinadas cosas que afectan directamente al ciudadano, éste, como mínimo, debería expresar su opinión sobre el tema que le incumbe.

**OCTAVA.-** Para finalizar, a modo de resumen, considero que una ley sobre la gestación por sustitución, aunque no es lo más conveniente, puede ser viable y quizá inevitable en el futuro, por lo que hay que insistir en que ésta observe todas las circunstancias analizadas a lo largo del trabajo. Hemos observado que el modelo mercantil es absolutamente improcedente ya que aboga por la cosificación de los cuerpos y las personas, reduciendo a las mujeres a simples vasijas, y a los menores a simples productos. Es una perspectiva que sobrepone la autonomía de unos pocos, normalmente con una alta capacidad económica, frente a la dignidad de las personas más vulnerables, normalmente en situación cercana a la pobreza o en régimen de exclusión social. Por eso, el único modelo que puede ser aceptable es el altruista, siempre que sea totalmente garantista, contemplando todas las medidas y criterios analizados para lograr una protección adecuada de la mujer gestante y del menor. Además, es muy conveniente una debida implicación y participación ciudadana para generar un estado de opinión y concienciación correctos sobre este tema. La sociedad evoluciona, y con ello pueden entrar en juego figuras como la gestación por sustitución, que antes no se contemplaban y que ahora pueden afectar negativamente a los derechos adquiridos y por los que nos hemos esforzado tanto en garantizar. Por ello, la igualdad y la libertad, baluartes de la dignidad, son los pilares sobre los que se debe articular siempre nuestra política y nuestro derecho. Abordar este tema requerirá, por todas las razones expuestas, precaución, reflexión serena y perspectiva constructivamente crítica.

## BIBLIOGRAFÍA

AL-ADIB MENDIRI, MIRIAM, “Gestación subrogada desde una perspectiva biomédica: lo que el debate científico puede añadir a la discusión ética”, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 28, 2018.

ÁLVAREZ, NATALIA,

- “Compensación a la gestante subrogada: aspectos a tener en cuenta”. *Babygest*, 12/02/2018.
- “¿Qué problemas pueden surgir en gestación subrogada?”, *Babygest*, 04/12/2017.

ÁLVAREZ, PILAR; GARCÍA DE BLAS, ELSA, “PP, PSOE y Podemos se oponen a la ley de gestación subrogada de Ciudadanos”, *El País*, 27/06/2017.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO, “Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. VIII, nº 2, 2021.

ARMANIAN, NAZARÍN, “16 claves sobre madres alquiladas en las granjas de los fetos vendidos”, *Público*, 19/09/2018.

AYUSO, ANA, “España sólo identifica como víctimas al 1,4% de personas en riesgo de trata”, *El Independiente*, 15/10/2020.

BALAGUER, MARÍA LUISA, “HIJ@S DEL MERCADO. *La maternidad subrogada en un Estado Social*”, Ediciones Cátedra, 2017.

BAUTISTA, LAURA, “Muere por Covid una mujer embarazada de 28 años a la que se le tuvo que hacer una cesárea”, *ABC*, 25/08/2021.

CÁMARA ÁGUILA, MARÍA DEL PILAR, “Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción asistida (Comentario a la SRC 116/1999, de 17 de junio)”, *Derecho privado y Constitución*, nº 13, 1999.

“Ciudadanos propone una gestación subrogada ‘altruista’ y solo para mayores de 25 años”, *La Vanguardia*, 27/06/2017.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, *Naciones Unidas*, Ginebra, 2013.

DELGADO, ÁLVARO, “La pésima calidad de nuestras leyes”, *El Mundo*, 21/06/2017.

DE LORENCI, MARIANA, “*El derecho a conocer los orígenes biológicos*”, Universidad de Barcelona, 2015.

DOMINGUEZ, TERESA, “El biomercado de la maternidad subrogada en India hoy. Entrevista a Sheela Saravanan. Parte II”, *El Plural*, 17/09/2019.

EFE, “España, uno de los principales destinos de la trata de mujeres”, *Agencia EFE*, Madrid, 26/07/2018.

EMAKUNDE (Instituto vasco sobre la mujer), “¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? INFORME FINAL”, Abril 2018.

“El Supremo alemán no reconoce a la madre de un hijo nacido por vientre de alquiler”, *20 Minutos*, 23/04/2019.

“España, uno de los principales destinos de la trata de mujeres”, *La Vanguardia*, Madrid, 30/07/2018.

ESPERANZA-REYES, ESTEFANÍA; DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER, “Los mecanismos jurídicos de lucha contra la discriminación: aportaciones para la configuración del Derecho Antidiscriminatorio”, *Revista De Derecho Político*, n° 105, 2019.

ESTUDIO EUROPEO DE VALORES, “Valores y actitudes en Europa acerca de la esfera privada”, *Fundación BBVA*, Octubre 2019.

FARIZA, IGNACIO, “La pandemia se llevó en 2020 un 10,8% del PIB español, dos décimas menos de lo previsto”, *El País*, 26/03/2021.

FLORES RODRÍGUEZ, JESÚS, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa, *Diario La Ley*, 28/07/2014.

FRESNEDA, DIANA, “Más paro, más ERTE y más precariedad: las cifras que las mujeres soportan por la pandemia, pero también sin ella”, *Corporación de Radio y Televisión Española*, 08/03/2021.

FUENTES, PEDRO, “Adopción y subrogación”, *Ovejarosa*, 05/11/2014.

GÁLVEZ MUÑOZ, LUÍS, “Portal temático sobre la constitución española y órganos constitucionales”, *Congreso de los Diputados*, 2003.

“Gestación por sustitución”, *Ministerio de Justicia*, 10/12/2020.

IGAREDA GONZÁLEZ, NOELIA, “La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España”, *Política y Sociedad*, Vol. 57, nº 3, 2020.

JORRÍN, JAVIER G; ESCUDERO, JESÚS, “Los gráficos que demuestran que España no ha salido todavía de la crisis”, *El Confidencial*, 29/01/2019.

LAMM, ELEONORA, “*Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*”, Universidad de Barcelona, 2015.

LLEDÓ, B., “Los plazos para la adopción internacional alcanzan ya los siete años de espera”, *Las Provincias*, Valencia, 13/11/2012.

LÓPEZ, CELESTE “Así es un contrato de gestación subrogada”, *La Vanguardia*, 05/07/2019.

LÓPEZ VIDALES, NEREIDA, “Jóvenes, contenidos mediáticos y brecha digital: Millennials vs Generación Z”, *Estudios sobre el mensaje periodístico*, Vol. 27, nº 2, 2021.

LOURIDO, MARIOLA, “La mayoría de los españoles apoya la maternidad subrogada”, *Cadena Ser*, Madrid, 17/07/2017.

MARCHAL ESCALONA, NURIA, “La última y novedosa decisión del tribunal europeo de derechos humanos sobre la maternidad subrogada”, *LegalToday*, 26/07/2021.

MARRADES PUIG, ANA, “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos”, *Estudios De Deusto*, Vol. 65, nº 1, 2017.

OLZA, IBONE, “Los aspectos médicos de la gestación subrogada desde una perspectiva de salud mental, holística y feminista”, *Dilemata*, nº 28, 2018.

“OPINIONES Y ACTITUDES SOBRE LA FAMILIA (II)”, *CIS*, Estudio nº 3032, Junio 2014.

ORDAX, AITOR, “¿Altruismo o compraventa?: el espinoso debate sobre el alquiler de vientres”, *Cadena Ser*, Madrid, 06/03/2019.

PANIZO ROBLES, JOSÉ ANTONIO, “El tribunal supremo reconoce el derecho a las prestaciones de seguridad social por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada”, *CEF.- Laboral Social*, 19/12/2016.

PRESNO LINERA, MIGUEL ANGEL; JIMÉNEZ BLANCO, PILAR, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51, 2014.

QUESADA GONZÁLEZ, MARÍA CORONA, “La prueba del ADN en los procesos de filiación”, *Anuario de derecho civil*, Vol. 58, nº 2, 2005.

RIGAL, INÉS, “El aberrante negocio de la venta de recién nacidos: 'granjas de bebés' en Malasia”, *El Confidencial*, Kuala Lumpur, 18/07/2018.

RODRIGO, ANDREA, “Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio”, *Babygest*, 28/08/2019.

RODRÍGUEZ COARASA, CRISTINA, “Portal temático sobre la constitución española y órganos constitucionales”, *Congreso de los Diputados*, 2003.

SALGADO, SARA, “Gestación subrogada en California, el destino más demandado de USA”, *Babygest*, 20/12/2016.

SALVADOR, ZAIRA,

- “Adopción nacional en España: requisitos, tiempo de espera y trámites”, *Babygest*, 11/02/2020.
- “Adopción internacional: selección del país, idoneidad y trámites”, *Babygest*, 28/01/2020.

SOLA, JORGE; CAMPILLO, INÉS, “La precarización en su contexto: desarrollo y crisis del régimen de empleo en España”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, nº 140, 2018.

SOLEDAD BECERRIL, “La trata de seres humanos en España: VÍCTIMAS INVISIBLES”, Madrid, 2012.

“Una pareja australiana abandona al bebé con síndrome de Down de una madre de alquiler”, *El Periódico*, 03/08/2014.

VILA-CORO, ANTONIO, “Argumentario en defensa de la gestación subrogada”, *Blog Son Nuestros Hijos*, 04/11/2010.