



LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE MUJERES Y EL MITO DE LA SUBROGACIÓN ALTRUISTA: UNA MIRADA GLOBAL AL FENÓMENO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

THE REPRODUCTIVE EXPLOITATION OF WOMEN AND THE MYTH OF
ALTRUISTIC SURROGACY: AN OVERVIEW OF THE PHENOMENON OF
GESTATION BY SUBSTITUTION

MARTA ALBERT
Filosofía del Derecho
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
marta.albert@urjc.es

RESUMEN:

Palabras clave:

Explotación reproductiva de mujeres. Subrogación altruista. Subrogación comercial. Derecho internacional. Derecho comparado.

Recibido: 06/02/2017

Aceptado: 08/03/2017

El artículo aborda la cuestión de la maternidad subrogada desde una perspectiva global. Analiza el fenómeno de la subrogación desde la óptica del derecho internacional y comparado y los efectos que la legalización de la subrogación altruista en los países del primer mundo puede tener sobre las mujeres en condiciones de vulnerabilidad en otros lugares del planeta. Concluye extrapolando las conclusiones de este análisis al debate actual sobre la legalización de la gestación por sustitución altruista en España.

ABSTRACT:

Keywords:

Reproductive exploitation of women. Altruistic Surrogacy. Commercial Surrogacy. International Law. Comparative Law.

The article approaches the issue of surrogacy from a global point of view. Surrogacy is analysed from international and comparative law perspective, as well as the effects of the legalization of altruistic surrogacy in the first-world countries on vulnerable women in other parts of the world. The paper concludes extrapolating the conclusions of this analysis to the current debate about legalization of altruistic surrogacy in Spain.

1. Introducción

Son varias las denominaciones empleadas para designar el negocio jurídico en virtud del cual una mujer accede, de forma onerosa o gratuita, a gestar para otra u otras personas un embrión humano (que puede tener o no vínculos genéticos con la gestante o con el o los comitentes), a parirlo y a renunciar a sus derechos sobre la criatura, entregándolo tras el parto a los comitentes, que podrán determinar la filiación del niño a su favor, ya sea antes o después de su nacimiento¹.

Como en tantas otras ocasiones en el debate bioético, tampoco en esta la terminología empleada para designar el hecho del que nos ocupamos es neutral. “Maternidad subrogada”, “gestación por sustitución”, “alquiler de vientres” o “de úteros”, “subrogación uterina”, o, simplemente, “subrogación”, “explotación reproductiva de mujeres” son algunas de las expresiones que se utilizan en el debate público². El título de este trabajo emplea tres de ellas, que, curiosamente, provocan en nosotros reacciones enfrentadas. De la adhesión moral que normalmente prestamos al “altruismo”, pasamos a la reprobación con la que censuramos toda forma de “explotación”... ¿nos referimos a la misma cosa con expresiones de sentido tan opuesto?, ¿puede acaso ser este negocio jurídico una forma de explotación de la mujer sólo en determinadas circunstancias, mientras que en otras sería un gesto de solidaridad?, ¿depende su carácter abusivo del contenido de las cláusulas del contrato?, ¿cabe “alquilar el útero” para una gestación sin sufrir explotación alguna?, ¿la gratuidad es sinónimo de libertad de la mujer y, por tanto, de ausencia de explotación?

La hipótesis de la que arranca este trabajo es que toda forma de gestación y parto de un bebé para otras per-

sonas convierte el cuerpo de la mujer en mercancía y es, por tanto, lesiva de sus derechos. También en las formas “altruistas”. Pero, sobre todo, y pensando en los lectores que no compartan esta concepción del cuerpo femenino y de la autonomía de la mujer, trataré de demostrar que, incluso en los intentos de legalización que procuran ser más respetuosos con los derechos de la madre gestante, restringiendo la validez de los contratos de gestación por sustitución a aquellos realizados a título gratuito y por una motivación altruista, en un entorno libre de presión para la mujer gestante, incluso en esos casos, no puede evitarse que esta medida conduzca a la explotación con fines reproductivos de mujeres. Quizá no de esas mujeres a las que ampara una legislación que sólo valide este tipo de contratos cuando se cumplan las garantías necesarias para eludir la explotación (si es que esto fuera posible a base de garantías contractuales), pero sí de otras mujeres que, en otras partes del mundo, están, jurídica y fáctica-mente, en situación de vulnerabilidad.

La vinculación entre legalización “garantista” de la maternidad subrogada y explotación reproductiva de mujeres vulnerables se hace visible cuando contemplamos la práctica de los contratos de gestación por sustitución desde una perspectiva global, es decir, planetaria. Y es que, como se ha señalado desde la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, la maternidad subrogada es un problema global y solo puede ser correctamente abordado desde una perspectiva global³. Por esta razón, el enfoque del presente trabajo apunta no sólo hacia el derecho internacional, sino también hacia el análisis del derecho comparado y de las interacciones entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Veremos cómo las

1 Casi todas las definiciones de la gestación subrogada son incompletas o dejan fuera algún matiz del fenómeno, bastante complejo de suyo. Para contemplar todas las posibilidades que pueden llegar a darse en un caso de subrogación, es mejor atender a la caracterización realizada por Vicente Bellver en su trabajo Bellver, V., «¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional», *SCIO. Revista de Filosofía*, 11, (2015), 23-27.

2 Lo mismo cabe afirmar de los contratos en sí mismos. Por ejemplo, en la legislación del Estado de Tabasco (México) se modifica la expresión “contrato de maternidad” (presente en el código civil de 1997) por más eufemística de “instrumento de subrogación gestacional” (código civil de 2016).

3 “In an era of globalisation, when families cross borders with increasing frequency, these differences in States’ domestic laws can give rise to complex questions of private international law concerning the establishment or recognition of children’s legal parentage. These questions implicate children’s fundamental human rights (see, e.g., the UN Convention on the Rights of the Child, Arts 7 and 8)”. [Publicación en línea] *The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*, <<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>>. Vid., también: A preliminary Report on the issues arising from international Surrogacy Arrangements”, drawn up by the Permanent Bureau <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, [Consulta: 15/03/2017].

modificaciones legislativas en torno a la subrogación en unos Estados producen efectos casi inmediatos en la praxis de otros, generando a medio plazo nuevos cambios en la política legislativa de éstos.

Una reflexión sobre la situación jurídica de la gestación por sustitución en España, como la que actualmente se vierte en el debate público, no puede obviar esta dimensión global del problema. En primer lugar, no puede no atender a los tratados internacionales, las recomendaciones de organismos internacionales, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos... Todas estas instancias unánimemente muestran, como veremos, prudencia, cuando no franca preocupación, ante los riesgos que plantea la legalización de la gestación por sustitución. En segundo lugar, nuestro debate tampoco puede ignorar el hecho de que España es, actualmente, un país "comprador" del "servicio" de gestación subrogada. No somos un país de mujeres gestantes, sino un país de parejas o personas solas comitentes. En España es actualmente ilegal tanto lo uno como lo otro. Pero no se ha generado una oferta de potenciales madres gestantes que estén reivindicando el reconocimiento de efectos al contrato, sino una demanda de potenciales padres "de intención" que reivindican poder formar una familia gracias a la contratación de un útero.

¿Es de prever que esta situación se altere tras una hipotética legalización del contrato de gestación por sustitución?, ¿se equilibrarán la oferta y la demanda domésticas?, ¿cuál es la realidad global que debemos colocar ante nuestros ojos? Y, sobre todo, ¿cuál es nuestra responsabilidad a la hora de regular este tema?, ¿podemos ignorar las consecuencias que la legalización, aún la más "garantista" posible, de la gestación por sustitución en España tendrá para las mujeres de otros lugares del planeta?

2. La gestación por sustitución en el derecho internacional. Especial referencia a la sentencia del caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* (24 de enero de 2017)

Los organismos internacionales se han mostrado extremadamente cautos a la hora de avalar la legalización de este tipo de contratos, siendo hasta ahora mayorita-

ria la posición que desaconseja su legalización, si bien en los últimos tiempos la beligerancia hacia esta práctica parece ir perdiendo fuerza.

En el seno de la Organización de Naciones Unidas no se ha abordado aún explícitamente el tema de la maternidad subrogada⁴, pero sí otra cuestión que conviene traer a colación: el problema del tráfico de niños a escala internacional. Aunque cuando se redactó la Convención sobre Derechos del Niño y el Protocolo relativo a la venta de niños y a la prostitución infantil probablemente nadie estaba pensando en la maternidad subrogada, cualquier reflexión en torno a la misma ha de partir de la prohibición expresa de compraventa de niños, que ambos textos avalan, exigiendo que todas las medidas concernientes a éstos se guíen por su mejor interés (artículo 3.1 de la Convención).

La barrera entre la compraventa de un niño y el alquiler de un útero puede ser difusa en algunas ocasiones. Los dos contratos se parece en la medida en que tienen por objeto cosas "fuera del comercio de los hombres", es decir, "incontratables". Ciertamente que en la maternidad subrogada el objeto del contrato es la gestación, el parto (funciones reproductivas de la mujer inherentes a su persona) y también, la determinación de la filiación del niño a favor de los comitentes (lo que implica la convencionalidad de la cualidad de madre). Tanto la cualidad de madre como la función reproductora son cosas extra commercium, y, por tanto, no se pueden someter a la lógica contractual, ni a título oneroso ni a título gratuito⁵. En el caso del tráfico de niños, en cambio, el

4 La organización Women of the World ha solicitado ante la ONU que se comprometa con la abolición de los vientres de alquiler. Vid., <<http://profesionalesetica.org/women-of-the-world-reivindicacion-en-la-onu-el-valor-de-la-identidad-femenina-la-maternidad-y-la-abolicion-de-los-vientres-de-alquiler/>> [Consulta: 16/03/2017]

5 Como muy bien ha explicado Etienne Montero, "los contratos de maternidad de alquiler tienen por *objeto*, por una parte, las funciones reproductivas de la mujer portadora y, por otra parte, su cualidad de madre, o sea elementos que pertenecen al propio ser de una persona. Por eso están «fuera del comercio», como el cuerpo humano en su conjunto, porque pertenecen al ámbito de la persona y no al de las cosas. Declarar válidos los contratos de madre portadora supondría, indirectamente, considerar al ser humano como una *cosa*, puesto que «sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de contrato» (art. 1128 del código civil francés o belga; art. 1271 del código civil español). No es vano precisar que los bienes «fuera del comercio» no sólo no pueden ser objeto de intercambios comerciales: están además fuera de todo «comercio jurídico», es decir que no pueden ser objeto de ningún

objeto del contrato es el menor en sí, que es lo que una parte vende y la otra compra (en ese caso es aún más fácil advertir que se trata de algo innegociable).

Pero nadie, que se sepa, ha pensado nunca en alquilar un útero para cosa distinta que para lograr un hijo, ni se paga cantidad alguna simplemente para que una mujer geste un bebé, con independencia del destino del *nasciturus*. *La gestación no es un fin en sí mismo para los contratantes. Si se paga por una gestación es porque se persigue conseguir el fin deseado: un hijo (no un niño sin más, sino un niño que será mi hijo). ¿Por qué estamos pagando realmente?, ¿por un embarazo o por un niño?, ¿pagaría alguien por un embarazo ajeno si no fuera para convertirse en padre?*

Obviamente la respuesta difiere en función de la procedencia de los gametos cuya fusión da lugar al embrión que se implanta en la gestante. Si estos no revelan un vínculo biológico con los comitentes, resulta francamente difícil distinguir la gestación por sustitución de la venta de niños, máxime si el embarazo es producto de una inseminación artificial, resultando la gestante también madre biológica del hijo que entrega a los comitentes.

Como han señalado los magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) firmantes de uno de los votos concurrentes a la sentencia Paradiso y Campanelli contra Italia (Gran Sala, 2017), en los casos de maternidad subrogada donde no existe vínculo biológico ni, obviamente, gestacional, entre los comitentes y el bebé, “lo que hay es sencillamente tráfico de seres humanos”⁶.

En opinión de los jueces del TEDH, la gestación subrogada remunerada conduce a las situaciones descritas en el Protocolo Facultativo a la Convención de Derechos del Niño, que define la venta de niños como: “todo acto

contrato, ni siquiera a título gratuito. Tales bienes son literalmente *indisponibles*: «la voluntad humana no puede adueñarse de los elementos constitutivos del ser de las personas». Tal es el sentido exacto – y el interés capital – del principio de indisponibilidad del cuerpo humano”. Montero, E. «La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas», *Persona y Derecho* 72, (2015), 229-230.

6 Parágrafo 6 de la *Concurring Opinion de los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov a la sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, en el caso Paradiso y Campanelli v. Italia*.

o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”⁷.

La Conferencia Internacional de la Haya de Derecho Internacional Privado, por su parte, tampoco está trabajando sobre la legalización o no de la gestación por sustitución en sí misma, pero sí ha abordado explícitamente el tema de la determinación de la filiación de los niños nacidos a resultadas de este tipo de contratos en el ámbito internacional. En el seno de esta Conferencia trabaja, desde marzo de 2015, un grupo de expertos de distintas nacionalidades, tratando de alcanzar consenso para regular la compleja cuestión del reconocimiento internacional de los documentos acreditativos de la filiación de los niños nacidos en virtud de este tipo de contratos. Si bien la Comisión considera factible y deseable articular un sistema internacional de reconocimiento de títulos, hasta el momento no se ha avanzado significativamente en la materia⁸.

Es de reseñar que el grupo de trabajo no se plantea abogar por la abolición de la subrogación, ya que directamente se ocupa de investigar cómo articular más efectivamente el reconocimiento internacional de sus efectos. Este hecho ha sido denunciado por las organizaciones feministas que han solicitado de la Conferencia Internacional de la Haya que dirija sus esfuerzos hacia la elaboración de una Convención tendente a la abolición internacional de la subrogación, que se presenta como una única solución acorde con los instrumentos internacionales que protegen la dignidad humana frente a la esclavitud y otras formas de explotación –en la línea con lo señalado por los magistrados de Estrasburgo–, además de constituir la única forma de resolver los problemas inherentes al alquiler internacional de úteros⁹.

7 *Concurring Opinion, cit. parágrafo 6. Artículo 2.a, del Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, BOE, núm. 27, de 31 de enero de 2002, 3917-3921.*

8 La última reunión de la Comisión de Expertos ha tenido lugar del 31 de enero al 3 de febrero de 2017.

9 *Contribution of a grouping of Feminist and Human Rights Organizations to the work of The Hague Conference on Private International Law regarding legal issues concerning international surrogacy conventions (“parentagelsurrogacy project”) Comments on Preliminary Document No 3 B of March 2014 and Preliminary*

Porque es evidente que estos problemas existen. En los propios documentos de trabajo de la Comisión se evidencian algunos riesgos que afectan a los derechos fundamentales involucrados en esta praxis contractual. En primer lugar, se ha subrayado el problema del abandono de niños, que se ha producido en casos de partos gemelares, cuando el número de fetos ha excedido del deseado por los comitentes, o en casos de patologías (como el tristemente célebre baby Gammy¹⁰) o porque el niño no resulta ser finalmente del sexo deseado y esperado por los comitentes (la elección de sexo se practica en países como Ucrania). En segundo lugar, los expertos señalan el problema de la imposibilidad de evitar la inadecuación de los comitentes (así como el mencionado riesgo de tráfico de menores), haciéndose eco de algunos casos escandalosos como el del multimillonario hombre de negocios japonés que había sido padre de dieciséis hijos mediante gestación por sustitución en Tailandia.

En tercer lugar, el informe señala el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos, lo que deviene imposible en todas las legislaciones que articulan la determinación de la filiación directamente a favor de los comitentes sin que exista mención alguna de la madre gestante, ni del hecho de la subrogación, y resulta francamente difícil en el resto de los casos, aunque inicialmente la filiación se determine a favor de la gestante.

Por otra parte, se destacan los problemas relativos a la prestación del consentimiento por parte de la madre gestante, y al papel de ésta en el conjunto del proceso, así por ejemplo, en lo que se refiere a las decisiones re-

lativas al aborto. Por último, el grupo de expertos llama la atención sobre las prácticas de las agencias intermediarias, a las que se considera un auténtico “campo de minas jurídico”¹¹.

En el mismo año 2015, la Unión Europea publicó su *Informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014)*¹², en el que encontramos una condena explícita de la subrogación, cuya prohibición se recomienda. Así, dentro del apartado a los derechos de las mujeres y de las niñas, en su párrafo 115, el texto “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”.

La referencia a la gestación por sustitución ha desaparecido del Informe de 2015 (aprobado en diciembre de 2016). No obstante, la Opinión del Comité para los Derechos de las Mujeres y la Igualdad de Género, de 10 de noviembre de 2016, lo incluía en su párrafo 23, en el que el Comité expresaba “su preocupación por las actividades del sector de la gestación por sustitución, que trata el cuerpo de la mujer como una mercancía en el mercado reproductivo internacional, al tiempo que lamenta que dicho sector explote en gran medida a mujeres vulnerables procedentes ante todo del hemisferio sur”¹³.

Document No 3A of February 2015. < https://collectifcorp.files.wordpress.com/2015/01/surrogacy_hcch_feminists_english.pdf > [Consulta: 31/03/2017]. En el mismo sentido se pronuncian numerosos autores. Vid., Bellver, V., *op. cit.*, 48.

10 Pattaramon Chanbua es una madre gestante tailandesa que rentó su vientre a una pareja de australianos, Wendy y David Farnell. Se trataba de un embarazo gemelar, pero cuando los comitentes supieron que uno de los bebés tenía síndrome de Down, pidieron a la gestante que lo abortara. Esta se negó y actualmente cría a Gammy junto a sus hijos. La otra gemela, Pipah, vive en Australia con los comitentes. El caso tuvo un gran impacto mediático pero no es el único. En Reino Unido tuvo lugar un hecho parecido, quedando también el bebé (en este caso, una niña) discapacitado al cuidado de la madre gestante y su familia. Vid., [Publicación en línea] Perry, K., “British mother rejected disabled twin because she was a ‘dribbling cabbage,’ says surrogate”, *Dayly Telegraph*, 26 de agosto de 2014, <http://www.telegraph.co.uk/news/health/children/11055643/British-mother-rejected-disabled-twin-because-she-was-a-dribbling-cabbage-says-surrogate.html> [Consulta 30/03/2017]

11 [Publicación en línea] *The Parentage-Surrogacy Project: An Updating Note*, drawn up by the Permanent Bureau. Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, “ANNEX II Some of the serious human, including child, rights issues which have arisen (again) in ISA cases in 2014”, <<https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>> [Consulta: 14/03/2017].

12 Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)). [Publicación en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+PDF+V0//ES>> [Consulta: 12/03/2017]

13 *Opinión de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género (10.11.2016), para la Comisión de Asuntos Exteri-*

La sugerencia del Comité para los Derechos de la Mujer quedó, sin embargo, excluida del borrador del Informe aprobado el 28 de noviembre de 2016¹⁴, por lo que no pudo acceder a la redacción final del texto, aprobado en diciembre de 2016¹⁵.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en cambio, continua mostrando explícitamente su rechazo a la gestación por sustitución. El polémico informe Sutter¹⁶, que proponía una Recomendación a los Estados titulada "Directrices para proteger los derechos de los niños en los acuerdos de subrogación"¹⁷, fue rechazado por la Asamblea parlamentaria el día 11 de octubre de 2016¹⁸. El proyecto de Recomendación afirmaba no abordar directamente el tema de la gestación subrogada como tal, enfocando al problema de cómo defender el mejor interés del menor en los casos de subrogación.

ores sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la UE al respecto (2015), (2016/2219(INI)). Ponente de opinión: Beatriz Becerra Basterrechea. [Publicación en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2016-0355&format=XML&language=ES#title3>> [Consulta: 12/03/2017]

14 REPORT on the Annual Report on human rights and democracy in the world and the European Union's policy on the matter 2015 (2016/2219(INI)) Committee on Foreign Affairs Rapporteur: Josef Weidenholzer. [Publicación en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0355+0+DOC+XML+V0//EN>> [Consulta: 12/03/2017]

15 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2016, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la UE al respecto (2015) (2016/2219(INI)) [Publicación en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2016-0502+0+DOC+PDF+V0//ES>> [Consulta: 12/03/2017]

16 Sobre el conflicto de intereses de la ponente, Petra de Sutter, vid., «Conflicto de intereses en el Consejo de Europa: ponente sobre el informe de subrogación está involucrado en prácticas de subrogación en Bélgica», *The European Post*, 28.01.2016 [Publicación en línea] <<http://nosomosvasijas.eu/?p=955>> [Consulta: 12/03/2017]

17 De Sutter, P. *Children's Rights Related to Surrogacy*, [Publicación en línea] <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNmVZS5pbmQvbnNveG1sL1h5ZWYvVWdJILURXLWV4dHluYXNwP2ZpbGVpZD0yMzAxNSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbnVudGlicGJfZS5uZXQvWHNsC9QZGYvWFJiZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIzMDE1>> [Consulta: 12/03/2017]

18 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. *PACE rejects draft recommendation on 'Children's rights related to surrogacy'* [Publicación en línea] <<http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-en.asp?newsid=6355&lang=2>> [Consulta: 13-03-2017].

Previamente la iniciativa de Sutter había sido rechazada por la Comisión de Asuntos Sociales, el 28 de enero de 2015, presentada entonces bajo el título "Human rights and ethical issues related to surrogacy". La ponente, no obstante, decidió presentarlo a la Asamblea, considerando que las posiciones en el Consejo estaban demasiado enfrentadas como para abordar adecuadamente el asunto.

Sin embargo, la opinión pública europea entendió que lo que estaba en cuestión era la legalización de la maternidad subrogada, y el debate público se desarrolló en estos términos. Finalmente se decidió no apoyar la Recomendación, pero el debate y el resultado de la votación mostraron que no se trata de una posición unánime en la Asamblea Parlamentaria¹⁹.

Sin salir del ámbito del Consejo de Europa, nos ocuparemos a continuación de la jurisprudencia del TEDH. Nos interesa especialmente el pronunciamiento del Tribunal en el caso de Labassee y Mennesson contra Francia (26 de junio de 2014²⁰) y en Paradiso y Campanelli contra Italia (27 de enero de 2015 –Sala segunda– y 24 de enero de 2017 –Gran Sala–²¹).

En ambos casos la subrogación tuvo lugar fuera del ámbito territorial del Consejo de Europa. De lo que se ocupa, por tanto, el Tribunal no es del contrato de gestación por sustitución en sí mismo, sino del que es, como se ha señalado, su efecto fundamental: la determinación de la filiación de los niños nacidos en virtud de la firma de este tipo de contratos, que entra dentro de la competencia del Tribunal en la medida en que tiene lugar en los países de destino de los niños (Francia e Italia).

En la sentencia del año 2014, la Corte resuelve dos casos distintos²². Se trata de dos matrimonios franceses que, por infertilidad de la mujer, deciden contratar una gestación por sustitución en Estados Unidos. En ambos casos el embarazo fue fruto de transferencia embrionaria para la que se empleó esperma de sendos esposos. Tras el nacimiento de las niñas (dos gemelas en el caso del matrimonio Mennesson y una niña en el caso de los Labassee) las autoridades francesas se niegan a inscribir en el registro civil su filiación a favor de la pareja comitente. En Francia, el contrato de gestación por

19 La cuestión de la gestación por sustitución es muy compleja desde el punto de vista ideológico. En no pocas ocasiones, ha provocado rupturas o divisiones internas en los partidos políticos. En este caso la votación fue muy ajustada y contó con el voto en contra de los correligionarios de la ponente.

20 Mennesson v. Francia (asunto 65192/11); Labassee v. Francia (asunto 65941/11).

21 Paradiso y Campanelli v. Italia (asunto 25358/12).

22 Para un detallado relato de los hechos del caso, y comentario al respecto, vid., Godoy, O. «Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los Estados miembros en materia de subrogación uterina», En: Santos, J.A., Albert, M.A., Hermida, C. *Bioética y Nuevos Derechos, Comares, Madrid, 2016*, 255.

sustitución se considera nulo de pleno derecho, por lo que se entiende que no puede producir efecto alguno. Tampoco se admite el reconocimiento de la filiación a favor de los varones comitentes, que eran, en ambos casos, padres biológicos de las niñas.

El TEDH decidió por unanimidad que no se había producido violación del artículo 8 de la Convención de Roma, que recoge el derecho al respeto a la vida privada personal y familiar²³, en relación con el derecho de los demandantes al respeto a su vida familiar. Pero sí considera que ha existido una violación del artículo 8 por parte de las autoridades francesas en relación al derecho de las niñas al respeto a su vida privada.

El Tribunal reconoce que la cuestión que aborda es delicada y afirma que no existe suficiente consenso a nivel europeo en torno a cómo debe abordarse el problema del reconocimiento de los efectos legales de los contratos de gestación por sustitución. A falta de consenso, el Tribunal reconoce a los Estados un amplio margen de apreciación en cuanto a las decisiones legislativas vinculadas a la maternidad subrogada. Sin embargo, en esta ocasión el margen de apreciación que en otras condiciones correspondería a Francia debe ser "matizado, reducido o relativizado" respecto al asunto de la filiación, ya que esta constituye un elemento esencial de la identidad del niño y parte integrante de su derecho a la vida privada.

Se considera que Francia ha violado el artículo 8 en lo que se refiere al derecho a la vida privada de las niñas, al impedir la determinación de la filiación a favor de sus padres biológicos, lo que les impide disfrutar de su derecho a la identidad.

En el siguiente caso, Paradiso y Campanelli contra Italia (2015 -en adelante, Paradiso I- y 2017 -en adelante, Paradiso II-), el Tribunal también hubo de determinar si

²³ El texto del artículo 8 es el siguiente: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

existió violación por parte de Italia del mismo artículo 8 de la Convención, esto es, del derecho a la vida privada de los comitentes. En este caso, se trata de un matrimonio italiano que contrata una gestación en Rusia. Tras el nacimiento, el bebé es inscrito como hijo de ambos sin mención a la celebración de un contrato de gestación, de conformidad con la ley rusa vigente en ese momento.

Al regresar a Italia con el niño, las autoridades se niegan a realizar la inscripción de la filiación a favor del matrimonio. Comienza un procedimiento en el que se descubre que ninguno de los dos esposos posee vinculación genética con el niño (a pesar de que la señora Paradiso aseguró haber viajado a Rusia con la muestra de esperma de su marido para fertilizar el óvulo de una donante y proceder posteriormente a implantar el embrión en la madre gestante).

Ambos motivos dan lugar a que el Estado italiano actúe contra el matrimonio por alteración de estado civil, aportación de documentos falsos e incumplimiento de la normativa de adopción internacional. El niño es trasladado por las autoridades a una casa de acogida y finalmente dado en adopción a otra familia.

En la primera instancia, y mediante sentencia de 27 de enero de 2015, se considera que Italia ha violado el artículo 8 al separar al bebé del matrimonio Campanelli. La Sala estima que durante los seis meses que el matrimonio convivió con el bebé se crearon lazos de facto de carácter familiar susceptibles de protección jurídica. La violación del orden público internacional alegada por Italia, donde el contrato es considerado nulo, no justifica, a juicio del Paradiso I, la traumática separación del niño de su contexto familiar. No se ha respetado en este caso, por tanto, el principio del mejor interés del menor, ya que Italia ha dado prioridad a la garantía del orden público por encima del interés del menor, al separarlo de quienes ya constituían su familia.

Tras el recurso interpuesto por Italia, el caso pasa a la Gran Sala, que dicta sentencia absolutoria a favor del Estado italiano. A juicio de la Gran Sala, los seis meses de convivencia no fueron suficientes para generar un vínculo fáctico susceptible de protección jurídica, por lo que no puede darse el caso de que se haya violado el

derecho a una vida familiar que no se había instaurado entre el matrimonio Campanelli y el bebé. Además, Paradiso II tiene en cuenta en su fallo principios jurídicos básicos relevantes para determinar las consecuencias jurídicas de estos contratos, cuando se realizan fuera de la jurisdicción de un Estado que los considera nulos: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. No se puede establecer la existencia de unos lazos familiares que deban ser protegidos por el derecho cuando esos lazos se han constituido en violación de la ley. *Ex iniuria ius non oritur*²⁴.

No hay, por tanto, un deber del Estado de protección del mero deseo de constituir una familia, con independencia de la forma en la que este propósito se lleve a cabo. Al revés, ese deber presupone la existencia de una familia, cuya vida en común se protege por la Convención (párrafo 141). Al no considerarse que ésta haya existido, no puede afirmarse que el niño haya sufrido un menoscabo en su mejor interés al ser separado del matrimonio que contrató su gestación. De hecho, la sentencia recoge en distintos lugares la apreciación del Juzgado de Menores de Campobasso, que avaló la separación del niño de los Campanelli, estimando que el matrimonio actuó guiado por una suerte de deseo narcisista, a cuyo cumplimiento estaba dirigida la firma del contrato, empleando al niño como un medio para superar sus propios problemas, por lo que se estima que el mejor interés del menor no consiste en ser criado por el matrimonio ahora demandante²⁵.

Además, tampoco existe un derecho “a convertirse en padre”²⁶ en virtud de la mera voluntad, o de la proyección de la autonomía y del desarrollo personal plasmada en la existencia de un “proyecto paternal”²⁷.

24 *Concurrent Opinion párrafo 3. Sentencia, párrafo 211.*

25 Así, párrafos 11, 190, 207 y 212. En el mismo sentido, Bindel, J., [Publicación en línea] «It is selfish to have a surrogate baby», en *The Guardian*, 21/12/2011, <https://amp.theguardian.com/commentisfree/2011/dec/31/designer-babies-selfish> [Consulta: 13-03-2017]. En parecido sentido, López Guzmán, J; Aparisi Miralles, A., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012, 2, p. 254.

26 “*The Convention does not recognise a right to become a parent*”, (párrafo 215, conclusión)

27 En contra de este criterio un sector doctrinal representado por Lamm, E., «La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal», *Revista de Derecho de Familia*, 50, (2011), 107-132.

El reconocimiento de éste último como título suficiente para inscribir a los hijos habidos a resultas de la firma de contratos de gestación por sustitución, no es vinculante para ningún Estado del Consejo de Europa.

La sentencia avala, en definitiva, la posición del Estado italiano al negarse a reconocer ningún tipo de efecto al contrato de gestación subrogada llevado a cabo en Rusia. Sin embargo, el Tribunal elude posicionarse abiertamente sobre el problema de fondo, es decir, la validez del contrato en sí mismo. No así los votos concurrentes que acompañan a la sentencia. En particular, creo que merecen especial atención los votos concurrentes de De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov²⁸.

Al margen de otros argumentos jurídicos de enorme interés, relativos al sentido del inexistente “derecho a la paternidad”²⁹, los jueces se refieren expresamente a la cuestión del contrato mismo de subrogación y a su compatibilidad o no con los derechos recogidos y garantizados por la Carta de Roma.

Los magistrados consideran que la gestación subrogada “sea remunerada o no, es incompatible con la dignidad humana”, e “incompatible con los valores subyacentes a la Convención”³⁰.

28 Se trata de dos votos distintos. El primero lo firman todos los magistrados citados (Joint Concurring Opinion of Judges De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek and Dedov), el segundo, el juez Dedov en solitario (*Concurring Opinion of Judge Dedov*).

29 Desde mi punto de vista, se interpreta lúcidamente el papel del “parental project” en un caso como este: la existencia de un “proyecto parental” o de una clara voluntad procreativa no debe considerarse un argumento a favor de la protección de los lazos surgidos entre los comitentes y el bebé. En cambio, el “proyecto parental” del matrimonio funciona como una agravante de su responsabilidad, pues implica que en aras de esa voluntad procreativa y tras deliberaciones y reflexiones en el seno del matrimonio, que han fraguado ese proyecto, los Campanelli han violado la normativa italiana sobre adopción internacional, y no por ignorancia o sin previa reflexión, sino consciente y voluntariamente (párrafo 4).

Además, la protección a la paternidad no puede vincularse a un proyecto consistente de los progenitores, porque el derecho está para proteger el hecho de la paternidad, forme parte o no de un proyecto de vida más amplio. No hay una protección reforzada para la paternidad “premeditada” (cabría añadir que, de hecho, una de las funciones primordiales del derecho en el ámbito de la familia es la de conminar a los padres a que se hagan cargo de sus hijos, sobre todo en los casos en que estos no formaban parte de proyecto alguno: el derecho penetraba en las relaciones de familia como fuente de obligaciones a pesar de los proyectos personales de los cónyuges, para cubrir las necesidades de los hijos ahí donde la voluntad de sus progenitores no parecía dispuesta a llegar).

30 Párrafo 7 del voto concurrente.

Según el voto concurrente que comentamos, la gestación por sustitución constituye un trato degradante tanto para la gestante como para el niño. Para ambos implica una drástica ruptura del vínculo único que se crea entre ellos. La medicina moderna, afirman los jueces, nos ha proporcionado evidencias que demuestran el impacto determinante del periodo prenatal para el posterior desarrollo del ser humano³¹. El embarazo, “con sus preocupaciones, penas y alegrías, así como el desafío y el estrés que significa el parto, crea un vínculo único entre la madre biológica y el niño. Desde el inicio, la subrogación se centra en la ruptura drástica de este vínculo. La madre subrogada debe renunciar a establecer una relación de amor y cuidado durante toda la vida con el niño que gesta. El niño aún no nacido no sólo es colocado en un medio extraño biológicamente, sino también privado de lo que debería ser el amor ilimitado de su madre durante toda la etapa prenatal”³². Además, los firmantes se refieren también a la ruptura del vínculo que se establece entre el niño y el padre que acompaña a su pareja y al bebé durante todo el embarazo³³.

Según se explica en el voto concurrente, la gestación por sustitución, en todas sus modalidades, es contraria a la dignidad humana porque trata a la gestante y al niño como medios al servicio del cumplimiento de los deseos

31 Sobre esta cuestión puede verse, entre otros, López-Moratala, N. «Comunicación materno-fetal en el embarazo». *Cuadernos de Bioética*. XX(3), (2009), 303-315. El artículo de Nicolás Jouve de la Barreda, en este mismo número, da sobrada cuenta de lo que los jueces de Estrasburgo afirman en su voto.

32 *Ibid.* Traducción propia.

33 Llama la atención el hecho de que no existan estudios sobre el efecto de la subrogación en los otros hijos de la madre portadora. Como señalan las organizaciones feministas en sus Comentarios a los trabajos de la Comisión sobre subrogación internacional de la Conferencia de la Haya, “the effects of surrogacy on the psychology of the other children of the surrogate mother should not be forgotten: How do they experience the fact of seeing their mother carry a pregnancy for nine months and bring an infant into the world only to be given to sponsors? Their case has not been well studied, a sign of the deep disinterest on the part of the actors in this market”. *Contribution of a grouping of Feminist and Human Rights Organizations to the work of The Hague Conference on Private International Law regarding legal issues concerning international surrogacy conventions (“parentagelurrogacy project”) Comments on Preliminary Document No 3 B of March 2014 and Preliminary Document No 3A of February 2015*, op. cit. 10. *Vid., sobre los niños nacidos por gestación de sustitución*, Golombok, S. et al. «Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment», *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 54 (6), (2013), 653-660.

de los comitentes, y no como fines en sí mismos³⁴. Pero es “particularmente inaceptable”, cuando “se remunera a la madre subrogada”³⁵.

El juez Dedov firmó otro voto concurrente en el que se plasma un razonamiento determinante para la tesis que sostiene este trabajo. La argumentación del magistrado sitúa el problema de la maternidad subrogada en una perspectiva global y lo contempla desde el punto de vista de la discriminación a nivel mundial.

A su juicio, es muy difícil desvincular la subrogación del tráfico de personas: *human trafficking goes hand in hand with surrogacy arrangements*³⁶. Precisamente los hechos de este caso nos muestran, en su opinión, cuán fácil puede resultar que el tráfico de seres humanos sea presentado formalmente como un pacto de subrogación. La realidad es que la subrogación implica un lucro que se obtiene del empleo del propio cuerpo, lo que está expresamente prohibido por el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Como señala Dedov, la subrogación tiene lugar mayoritariamente en países pobres, empleando como gestantes a mujeres pobres, que son contratadas por personas sanas procedentes de países desarrollados y también por *celebrities*. Personas que están en posición de participar o influir en los parlamentos nacionales. El magistrado considera “extremadamente hipócrita prohibir la subrogación en el propio Estado para proteger a las mujeres locales, y simultáneamente permitir el empleo de la subrogación en el extranjero”³⁷.

Por eso, a su juicio, la subrogación implica un gran desafío para las naciones europeas. Implica optar entre permitir o no que el cuerpo humano se convierta en un producto de mercado; entre permitir o no que mujeres vulnerables y sin formación “opten” por la explotación de sus cuerpos; implica escoger entre crear

34 Como ha explicado Montero, en estos casos, “la madre portadora debe vivir su embarazo, *volens nolens*, como una experiencia extraña a ella misma, con la conciencia de no ser más que un instrumento al servicio de la pareja peticionaria. Me parece que existe una incompatibilidad entre la dignidad humana y el papel puramente instrumental dado al cuerpo de la madre portadora”. Montero, E. op. cit., 229.

35 *Ibid.*

36 *Concurring opinion of Judge Dedov.*

37 *Ibid.* Traducción propia.

una “sociedad dividida en *insiders* y *outsiders*, dividida entre naciones desarrolladas y subdesarrolladas” o una sociedad internacional igualitaria. En definitiva, la subrogación nos obliga a plantearnos si creamos las bases para un futuro solidario y con posibilidades de desarrollo personal para todos o sólo para algunos. “O sentamos la bases para la igualdad, o no lo hacemos”. La respuesta –afirma Dedov- es clara.

Desde su punto de vista, la cuestión de la subrogación está estrechamente ligada a un problema global de discriminación social y de desigualdad, que debemos plantearnos también en términos de sostenibilidad, pues podría conducir a la degradación y desestabilización de nuestras sociedades, lo que constituye una amenaza que no debería ser subestimada³⁸.

3. La gestación por sustitución en el derecho comparado: análisis de la situación europea y de su impacto en los países en vías de desarrollo

Es casi un lugar común afirmar que el panorama que ofrece el derecho comparado es, en la cuestión de la gestación por sustitución, complejísimo. Me permitiré en lo que sigue poner en tela de juicio esta afirmación. Es cierto que existe hoy día una gran diversidad de marcos jurídicos nacionales para la regulación de la gestación por sustitución. Desde los Estados más permisivos hasta los más restrictivos, el derecho comparado nos presenta todo un arco de alternativas legislativas y soluciones jurisprudenciales. Así, hay Estados que conceden validez a estos acuerdos sin exigir a las partes el cumplimiento de requisitos demasiado estrictos, ni respecto de los comitentes (a los que a lo sumo puede exigírseles ser matrimonio heterosexual, sin que exista mayor control de su idoneidad) ni respecto a la madre gestante (condiciones del consentimiento informado, hijos previos, número de embarazos contratados, etc.); otros países restringen la validez del pacto de subrogación a aquellos que tienen

lugar entre familiares o personas muy próximas; algunos consideran nulos de pleno derecho estos contratos sólo cuando son remunerados; otros países, en cambio, los consideran nulos en todo caso, y existe también la posibilidad de que, aún estando prohibida por el ordenamiento jurídico, se convierta en una práctica más o menos consentida, cuando se realiza en el extranjero en algún Estado donde se considera un contrato válido al que se puede dotar de efectos registrales en el país de procedencia de los comitentes.

También son diversas las formas en las que el contrato de gestación puede llegar a producir efectos. En algunos ordenamientos jurídicos la filiación se determina directamente a favor de los comitentes, como ocurre en California (aquí, antes incluso del nacimiento), Rusia o Ucrania. En otros, como en Reino Unido, la filiación se determina inicialmente a favor de la gestante, que puede luego renunciar a sus derechos a favor de los comitentes.

El derecho comparado nos muestra un panorama muy diverso, sí, pero si observamos cuál ha sido la trayectoria de los países que han regulado ya la maternidad subrogada (y de aquellos que aún no lo han hecho pero han debido afrontar el problema de la llegada de los niños procedentes de la realización de estos contratos), desde una perspectiva global, la complejidad se reduce notablemente y puede ser leída en una clave que viene a confirmar los recelos mostrados por los organismos internacionales y las tesis que nos advierten sobre los enormes riesgos de la subrogación desde el punto de vista de la no discriminación y la construcción de una sociedad internacional más igualitaria.

En términos generales, ¿cuál es el escenario de la subrogación internacional? En el primer mundo encontramos una mayoría de países que prohíben expresamente o no reconocen efectos a este tipo de contratos. Los que lo hacen, exigen el cumplimiento de una serie de condiciones que aspiran a garantizar la ausencia de explotación de la mujer “portadora” y del niño. En particular se excluye la gestación por sustitución remunerada, limitando la validez de los acuerdos a aquellos en los que la madre gestante tiene una motivación “altruista”.

38 Ibid. Una perspectiva semejante puede encontrarse en otros análisis de la subrogación como el de Donchin, A., “Reproductive tourism and the quest for global gender justice”, *Bioethics*, 24, (2010), 323-332. Para una narración literaria de la distopía del tráfico de la subrogación puede verse Altwood, M., *El cuento de las criadas*, Seix Barral, Barcelona, 1987, traducción de Elsa Mateo.

En los países en vías de desarrollo que han regulado la cuestión, la tendencia, en cambio, ha sido el establecimiento de unas condiciones más laxas para el reconocimiento de validez a estos contratos. En algunos de ellos, como Camboya, sencillamente se ha operado por la vía de facto ante el silencio legal. El resultado ha sido una eclosión del turismo reproductivo en detrimento de los derechos de las mujeres gestantes, que ha dado lugar a que estos países hayan ido modificando sus políticas legislativas, optando por normativas más estrictas, cuando no por la prohibición total. Los países que han modificado su legislación en esta dirección (estudiaremos el caso más significativo, que es el de India, pero también han seguido esta dirección Nepal, Camboya o el Estado de Tabasco en México) han adoptado soluciones diversas, pero todos ellos coinciden en adoptar una medida: la prohibición del acceso a la contratación de vientres locales a los extranjeros.

Esto se debe a que la regulación jurídica de la gestación por sustitución en los países del primer mundo, y la propia actitud de los Estados y de la administración de justicia en lo relativo al reconocimiento de efectos a los contratos celebrados en el extranjero, modifican también la demanda de gestaciones, produciendo un desequilibrio con la oferta doméstica, lo que incide en un aumento del "turismo reproductivo" en los países en vías de desarrollo, que, por su parte, antes o después tratan de controlarlo con medidas legislativas reactivas.

En general, y como bien advertía el juez Dedov en su opinión concurrente a Paradiso II, el panorama internacional de la subrogación nos ofrece, en primer lugar, una división del mundo entre países de padres intencionales y países de madres portadoras o criadoras. En segundo lugar, y sólo esto ya es bastante significativo, esa división coincide con la que existe entre países desarrollados (países de padres de intención) y países en vías de desarrollo (países de madres portadoras). La legalización de la gestación por sustitución en condiciones restringidas y garantistas respecto de los derechos de la madre portadora, que es la línea seguida en algunos países europeos, así como la tendencia al reconocimiento de efectos a los contratos de subrogación en el extranjero, que es

la dirección emprendida por otros Estados, como España o Italia, genera un aumento de la demanda de madres gestantes para el que no hay oferta doméstica (porque esas mujeres "altruistas" son más una coartada que una realidad). Y, sobre todo, introduce la gestación dentro de la lógica del contrato, generando una comprensible búsqueda de la mejor relación calidad-precio, lo que favorece la contratación en mercados de gestantes con una legislación menos estricta y condiciones más favorables para los comitentes³⁹. Este "efecto llamada" en los países en vías de desarrollo está tratando de evitarse, como hemos señalado, a través de políticas legislativas de reacción tardías, desde las que resulta muy difícil dismantelar la industria de la gestación subrogada.

3.1. Reino Unido: legalización de la maternidad subrogada "altruista"

Empleemos algunos ejemplo concretos⁴⁰. En Reino Unido se reconocen efectos legales al contrato de gestación por sustitución desde 1985⁴¹. Se da, empero, la paradójica circunstancia que el país europeo donde hace más tiempo que es legal alquilar un útero es el que recurre en mayor número a la contratación de mujeres extranjeras, rigiéndose el contrato por lo establecido en

39 Como es sabido, uno de los efectos más importantes del Derecho es la *normalización de las conductas*, en el sentido literal de la palabra. Cuando una conducta se legaliza, incluso cuando se despenaliza, se considera "normal". Vid., Ollero, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Navarra, Aranzadi, 2006, 194. En el caso que nos ocupa, como ha señalado Julie Bindel, "la sanción legal y la aceptación social de esta práctica, incluso cuando no hay intercambio de dinero, perpetuará la idea de que los vientres de las mujeres pobres pueden usarse como un servicio", en Bindel, J., [Publicación en línea] «Commercial surrogacy is a rigged market in wombs for rent». *The Guardian*, <<https://amp.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/20/commercial-surrogacy-wombs-rent-same-sex-pregnancy>> [Consulta: 13-03-2017].

40 En lo que sigue nos centramos en el ejemplo del Reino Unido, el país con mayor recorrido histórico en la legalización de la subrogación uterina. No obstante, cabe señalar que no es el único de los países UE que ha dotado de validez jurídica a este tipo de contratos. También lo han hecho, más recientemente, Grecia y Portugal. La primera, en julio de 2014, reconociendo la validez del contrato sólo en su modalidad altruista y cuando los comitentes son pareja heterosexual y la mujer no tiene más de 50 años. Portugal, a través de la ley 25/2016 de 22 de agosto, permite el acceso a la subrogación altruista sólo a matrimonios o parejas de hecho heterosexuales cuando existe un problema médico que impide llevar a término el embarazo en la mujer.

41 *Surrogacy Arrangements Act*, 1985, [Publicación en línea] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf> [Consulta: 01-03-2017]

la legislación del país donde se encuentra la madre gestante. Los datos publicados por *The Guardian* hablan de más de mil parejas que contratan fuera en los últimos tres años, la cifra más alta de toda Europa⁴². En todo caso, de los 271 casos de maternidad subrogada registrados oficialmente en las islas británicas, 252 habían recurrido a vientres de alquiler de Tailandia, India y, en menor medida, Estados Unidos⁴³.

La *Surrogacy Arrangements Act* reconoce validez a los contratos de gestación de sustitución, pero lo hace buscando fórmulas que garanticen un entorno libre de presión para la gestante. Así, la mujer que da a luz es, por defecto, la madre legal del niño. También, por cierto, es padre legal del recién nacido su esposo, si lo tuviera, o su pareja de hecho. Durante las seis primeras semanas de vida del niño su filiación viene determinada como si el contrato de gestación por subrogación no existiese. Transcurridas esas seis semanas, el contrato no surtirá efectos jurídicos si cualquiera de las partes se niega a actuar conforme a lo pactado. En caso de que ambas partes decidan seguir adelante, la madre gestante deberá firmar una "parental order" a favor de los comitentes (que han de ser pareja, matrimonio o convivientes de hecho, pero no personas solas), para lo que la ley establece un plazo máximo de seis meses tras el nacimiento del niño.

La Surrogacy Arrangements Act intenta proteger a la gestante de los riesgos derivados de la asimetría de la relación contractual. De hecho, la filiación del niño se determina inicialmente a su favor, por lo que si finalmente deseara criar como suyo al niño que ha gestado y parido para otros, podría hacerlo, incluso si hubiera recibido ya

42 Doward, J. [Publicación en línea] «Childless UK couples forced abroad to find surrogates», *The Guardian*, 20.02.2016 <<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2016/feb/20/childless-uk-couples-forced-abroad-surrogates>> [Consulta: 25-02-2017]

43 "Even though surrogacy is legal here, Britons go abroad because it's commercial surrogacy, and therefore quicker – you are paying for the service," said Paul Gittins, a spokesman for a conference FTS is holding in London this week to advise a growing number of interested Britons how best to pursue surrogacy in an ethical way. "And it can be cheaper, depending on the country you go to and the arrangements you make." Campbell, D., [Publicación en línea] «More and more childless Britons head overseas to find surrogate mothers», *The Guardian*, 15.03.2015

<<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/mar/14/childless-britons-increasingly-surrogate-babies>> [Consulta: 13-03-2017]

*alguna contraprestación de parte de los comitentes*⁴⁴. Ahora bien, la posibilidad de denunciar el contrato corresponde también a éstos, de modo que la gestante corre el riesgo de tener que asumir la crianza del niño si las personas que le pidieron gestarlo se arrepienten de su decisión.

Quizá más que de protección de los derechos de la gestante, cabría hablar de validación jurídica de la maternidad subrogada "altruista", esto es, aquella que se realiza no solo a título gratuito, sino, sobre todo, guiada por una motivación únicamente altruista.

¿Qué efecto ha provocado esta política legislativa? La perspectiva de una contratación legal de la gestación convierte a esta en objeto de comercio, en una vía para constituir una familia mediante el alquiler de un útero ajeno. Una vez abierta esta posibilidad, se produce un aumento de la demanda de mujeres gestantes. Pero no de la oferta. En realidad, se trata de dos efectos paralelos: uno, que el "altruismo" de la maternidad subrogada se revela insuficiente para cubrir la demanda. Pocas mujeres ceden su útero si no es por una motivación económica causada por una necesidad⁴⁵. Dos, que una

44 *La Surrogacy Arrangements Act prohíbe la remuneración a la madre gestante, pero no el pago de gastos compensatorios a la gestante.*

45 Suele aludirse a la situación de aquellos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica que permiten la gestación por sustitución altruista, como ejemplo de país desarrollado en el que las mujeres ceden libremente su cuerpo para llevar a cabo un embarazo para otros, sin más motivación que la de ayudar a las parejas que no pueden tener hijos por sí mismas. Pero la gestación subrogada altruista es también un mito con un importante componente ideológico. Al margen de que tampoco en estos casos los derechos de las gestantes se garantizan adecuadamente (los contratos al uso muestran, por ejemplo, que no les corresponden la mayoría de las decisiones importantes vinculadas a su embarazo, por ejemplo, la decisión de abortar o no, el modo de parir, el establecimiento de la lactancia, etc.), y de que no hay evidencia (vid., más adelante, las conclusiones del Informe Rosberg) de que estas mujeres no reciban una remuneración disfrazada de compensación, hay razones para pensar que ese "altruismo" no es enteramente inocuo para las mujeres que lo practican, de ahí que se haya acuñado la expresión "altruismo eufórico" para designar la etapa posterior a la gestación, que, una vez finalizada, da paso a sentimientos muy distintos en la gestante respecto a su embarazo y a su hijo (Vid., información al respecto en <http://www.tribunafeminista.org/2016/04/kajsa-ekis-ekman-en-el-debate-sobre-los-vientres-de-alquiler-hay-tambien-un-fondo-de-chantaje-argumentos-sobre-la-llamada-gestacion-subrogada>). Y, en cualquier caso, hay tipos de "altruismo" que nuestra sociedad no estaría dispuesta a tolerar bajo ningún concepto, como la pretensión "altruista" de convertirse en esclavo de otro (un caso de "win-win arrangement" magníficamente narrado por Jaime de Armiñán en su película *Stico (1985)–catedrático de derecho romano se ofrece como esclavo-*) o de prostituirse a favor de otros. En realidad, los argumentos que

vez que se convierte en una práctica lícita y entra en la órbita de lo que es “contratable”, los demandantes del servicio buscan fuera de Reino Unido el foro donde puedan encontrar condiciones más favorables para la contratación, en términos económicos y en términos de seguridad jurídica.

3.2. España e Italia: Reconocimiento de efectos de los contratos celebrados en el extranjero

Semejante aumento de la demanda se produce en otros países de nuestro entorno, que, como antes señalábamos, mantienen la nulidad del contrato pero comienzan a reconocer el efecto más significativo del mismo, la determinación de la filiación del niño nacido, en los casos en los que esa filiación se establece en el extranjero conforme al ordenamiento jurídico nacional.

En España, la situación jurídica debió quedar, desde mi punto de vista, zanjada con el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, que resolvió el recurso de nulidad de actuaciones interpuesto por una pareja valenciana de varones que se encontró con la negativa del registro civil a la hora de inscribir a los niños nacidos como consecuencia de la firma, por parte de la pareja, de un contrato de gestación por sustitución en California. Máxime cuando el amparo interpuesto por los recurrentes fue inadmitido a trámite por nuestro Tribunal Constitucional en mayo de 2016.

avalan la gestación por sustitución altruista son los mismos que se usan para defender la prostitución voluntaria. A este respecto vid., el interesante ensayo de Ekman, K.E., *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self*, Spinifex Press, 2013. La autora traza un certero paralelismo entre uno y otro fenómeno. Sexo sin hijos, hijos sin sexo y una dolorosa disociación de la mujer en ambos casos (el carácter asexuado de la puta, la no maternidad de la gestante). Por otra parte, el “altruismo” de la mujer nos retrotrae a la imagen de la mujer que es buena en la medida que sufre voluntariamente y se pliega a los deseos ajenos. De esta forma, afirma Ekman, llegamos a la paradójica conclusión de que si a una no le pagan nada por el “servicio gestacional”, entonces no está explotada en absoluto. Mientras que si la pagan mucho, entendemos que está muy explotada, lo que, sinceramente, parece absurdo, vid. <<http://www.tribunafeminista.org/2016/04/kajsa-ekman-en-el-debate-sobre-los-vientres-de-alquiler-hay-tambien-un-fondo-de-chantaje-argumentos-sobre-la-llamada-gestacion-subrogada/>>. Esta postura, llevada a su extremo, en van Zyl, L. & Walker, R. (2015). «Surrogacy, Compensation, and Legal Parentage: Against the Adoption Model». *Journal of Bioethical Inquiry* 12 (3), 383-387. Las autoras recomiendan la instauración de un modelo profesional de gestante. Vid., Van Zyl, L. & Walker, R. «Beyond altruistic and commercial contract motherhood: The professional model». *Bioethics* 27 (7) (2013) 373-381.

El caso había llegado hasta el Tribunal Supremo, que dictó sentencia el 6 de febrero de 2014. Contra esta sentencia se interpone, tras el fallo del TEDH en los casos Labassee y Mennenson, un recurso de nulidad de actuaciones. En aquel Auto del 2015 se fija de forma definitiva la solución en nuestro país. El Auto se reitera en lo ya expuesto en la sentencia: en España no se reconocen efectos legales al contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en el extranjero, por ser contrario al orden público internacional e implicar una mercantilización y objetivización tanto de la madre gestante como del hijo⁴⁶, quedando a salvo, como establece el artículo 10 de la LTRHA, la acción de reclamación de paternidad que dota de efectos jurídicos al vínculo biológico entre el padre comitente y la criatura. De esta forma, si el comitente o uno de los dos comitentes es padre biológico del niño, podrá reclamar a su favor la filiación, quedando abierta la posibilidad de que su cónyuge adopte⁴⁷. Los títulos que dan acceso a la filiación en nuestro país son la paternidad biológica, la adopción y, eventualmente, la posesión del estado civil (párrafo 12 del Auto). La voluntad de ser padre plasmada en un contrato de gestación por sustitución no es considerado un título apto para determinar la filiación de los hijos, en aras de la protección de la dignidad de éstos y de las mujeres que los gestan por cuenta ajena⁴⁸.

46 Sentencia del Tribunal Supremo, 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Fundamento jurídico 7º: “el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, [exigen] 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”. Y 8º: “Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil”.

47 Es necesario poner de manifiesto que, en España, en el denominado “caso cero de maternidad subrogada” la solución recién mencionada no satisfizo a los demandantes, una pareja de dos varones cuya pretensión estriba en que la filiación se determine por igual a favor de ambos, sin que uno sea padre “natural” y el otro padre adoptivo, alegando discriminación respecto a la posibilidad de una doble maternidad legal ex artículo 7.3 de la LTRHA. Vid., a este respecto, Albert Márquez, M., «¿Hijos de dos progenitores del mismo sexo? Reflexiones sobre los límites de la ficción jurídica», En: Aparisi Miralles, A. *Estudios sobre Género y Derecho, Aranzadi, Cizur Menor, 2017. Sobre este caso, en sentido contrario, Durán Ayago, Mª A. «Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015», Millennium DiPr, pre-print, Tirant lo Blanch, Barcelona, 50-63.*

48 Vid. Barber Cárcamo, R. «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR, 8 de diciembre de 2010, 25-37.*

Conviene destacar que, en el caso español, nuestro Tribunal Supremo quedó perfectamente alienado con lo que luego sería la doctrina del TEDH en el caso *Menenson*, ya que si bien no se reconocen efectos al contrato considerado nulo por nuestra ley, ello no supone una violación, ni del mejor interés de los niños, ni de su derecho a la vida privada, en relación con su identidad, puesto que en España puede hacerse valer el vínculo de sangre con el niño nacido a resultas de un contrato de este tipo y puede determinarse igualmente la filiación a favor del cónyuge del padre biológico a través de la adopción (además del hecho de que la sentencia ordenaba al Ministerio Fiscal la adopción de las medidas necesarias para la regularización de los menores).

Quisiera destacar que, en relación al problema de la determinación del mejor interés del menor (en este caso, menores), el Tribunal afirmó expresamente en la sentencia de febrero de 2014 que “la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él. La invocación indiscriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas”⁴⁹.

Sin embargo, durante años, y en paralelo con el *iter procesal del caso que comentamos*⁵⁰, la política de la Dirección General de Registros y del Notariado ha ido en sentido prácticamente contrario a lo establecido por los

tribunales⁵¹. Primero en 2009, dictando Resolución que ordenaba la inscripción de los niños contra el criterio de la oficina consular; después en 2010, un mes después de la sentencia de la primera instancia, ordenando la inscripción cuando se aporte una resolución judicial del país de origen que determine la filiación y el correspondiente exequátur, salvo que la sentencia se hubiera dictado en jurisdicción voluntaria. Y por último en julio de 2014, meses después de la sentencia del Tribunal Supremo denegando la inscripción, afirmando la plena vigencia de la Instrucción de 2010.

De esta forma, por una vía meramente administrativa, se fue dando carta de naturaleza a una práctica considerada nula por una razón de orden público, y rechazada tanto por la ley como por los tribunales, por medio, como señala Martínez de Aguirre, “de un caso “de libro” de fraude de ley”. Así, “el rechazo de los contratos de gestación subrogada (que se apoya en fundamentos tan sólidos como los recogidos por el Tribunal Supremo o por el voto concurrente de la sentencia *Paradiso*) pasaría a ser mero papel mojado”⁵². Como consecuencia de ello, se fue generando un ambiente de tolerancia en nuestro país respecto al recurso al vientre de alquiler en el extranjero, abriéndose posteriormente el debate sobre su legalización, al que asistimos actualmente.

En Italia, y a pesar del aval que ha supuesto la sentencia *Paradiso II* para la política de no reconocimiento de efectos a este tipo de contratos, se han dictado con posterioridad al pronunciamiento de la Gran Sala algunos fallos judiciales en sentido contrario, es decir, reconociendo efectos civiles a los contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero por nacionales italianos.

El 23 de febrero de 2017, pocos días después de *Paradiso II*, la Corte d’Appello de Trento ha reconocido validez jurídica en Italia a la determinación de la filiación

49 Parágrafo 5.

50 En paralelo por cierto, también, con la reforma de la Ley del Registro Civil, durante la cual se planteó la posibilidad de reconocer legalmente los efectos civiles de los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, posibilidad que se descartó finalmente.

51 Cfr. Albert, M. “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 22 de mayo de 2012.

52 Martínez de Aguirre, C., [Publicación en línea] «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada» ESCRITOS JURÍDICOS TFW, 4-2017, <https://gallery.mailchimp.com/44867d3df8b9fb3d8b6bd685e/files/5d0b5d76-fcef-42e3-a845-f80d88ee555f/Escrito_Jur%C3%ADdico_14_%C3%81rea_Derecho_TFW.pdf> [Consulta: 07-04-2017]

establecida a favor de los comitentes (dos varones) en un caso de gestación por sustitución contratado en el extranjero.

Con fecha de 7 de marzo de 2017 el Tribunal de menores de Florencia ha reconocido validez a la determinación de la filiación por adopción de dos niños a favor de una pareja de hecho de varones que había sido establecida en Gran Bretaña. Los niños habían nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución.

La Corte de Trento fundamenta su argumentación en la analogía con el caso de una pareja de dos mujeres que habían obtenido a su favor la determinación de la filiación de un niño (en España, donde la comaternidad es legal). Se obvia por completo el hecho de que en este caso, a tratarse de dos varones, se da una diferencia sustancial, pues el "proyecto parental" no puede llevarse a cabo sin el concurso de una mujer que gestó a los niños y, por tanto, sin la validación de un contrato nulo de pleno derecho.

Distinto hubiera sido si la filiación hubiera quedado determinada en razón del vínculo biológico existente entre los niños y uno de los dos varones, o incluso por la posesión de estado (lazos familiares de facto), pero considerar un contrato nulo según el derecho italiano como título apto para determinar la filiación de los niños parece una decisión incompatible con la jurisprudencia italiana avalada por el TEDH.

Lo cierto es que también Italia y España se encuentran entre aquellos países que en mayor número recurren a la subrogación internacional. De hecho, en España se han celebrado ya dos ferias de empresas de subrogación. La tercera se celebrará en Madrid en mayo de 2017⁵³, con toda normalidad, como si lo que se está promocionando no fuera la realización en el extranjero de contratos que nuestro ordenamiento jurídico tiene por nulos de pleno derecho, por contrarios a la dignidad de las mujeres y de los niños y a la consideración del cuerpo como res extra comercio.

53 Cfr. < https://www.surrofair.com/?gclid=CjwKEAjwKLBHRDztKr6wMnRthMSJAALcT-s5naQQAom5EgL2rg54zeerIXTrGDdoAO_KkdbQ1aMeRoCucbw_wcB > [Consulta: 15-03-2017]

3.3. El caso de Suecia: prohibición de la maternidad subrogada en todas sus formas

La gestación por sustitución era considerada un pacto nulo en Suecia, pero en 2013 el Consejo Nacional de Ética Médica había propuesto su legalización, si bien solo entre parientes o personas con una relación muy cercana. Entonces el ministerio de Justicia solicitó un segundo informe, que encomendó a la magistrada Eva Wendel Rosberg. Durante tres años Rosberg y su equipo se dedicaron a analizar las consecuencias jurídicas de la maternidad subrogada, redactando un informe titulado "Distintos caminos para la paternidad"⁵⁴, que aconsejaba una prohibición total de la subrogación, tanto en su forma comercial como altruista. La razón fundamental es que se considera imposible garantizar que ninguna mujer sufrirá explotación reproductiva como consecuencia de la legalización, incluso si se trata de legalizar exclusivamente la opción altruista. Además, se anima al gobierno a tomar las medidas necesarias para disuadir a los suecos de realizar este tipo de contratos en el exterior, por idénticas razones. El informe afirma que no hay pruebas de que legalizando la subrogación "altruista" se acabe con la industria de la subrogación comercial. Según el informe, la experiencia internacional demuestra lo contrario. Son los ciudadanos de países como Estados Unidos o Gran Bretaña (es decir, de países donde la subrogación es legal) aquellos que en mayor número contratan vientres en el extranjero, en países en vías de desarrollo como India o Nepal. El informe también subraya la ausencia de pruebas de que en los países, como en Gran Bretaña, donde se ha legalizado sólo la gestación altruista las mujeres no reciban una contraprestación que vaya más allá de la compensación de los gastos, es decir, que se pague un precio por la gestación⁵⁵.

54 *Olika vagar till foraldrarskap* [Publicación en línea] <<http://www.regeringen.se/contentassets/e761299bb1a1405380e7e608a47b3656/olika-vagar-till-foraldraskap-sou-201611>> [Consulta: 25-03-2017]

55 Ekman, K. E., [Publicación en línea] «All surrogacy is exploitation. The world should follow Sweden's ban», *The Guardian*, 25.02.2016. <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/25/surrogacy-sweden-ban>>

La prohibición de la gestación por sustitución se mantiene en Suecia, dentro y fuera de sus fronteras⁵⁶.

4. Los países en vías de desarrollo: los intentos de frenar el negocio de la subrogación vetándola a los extranjeros

Atendamos ahora a la situación del otro lado del mundo. Durante años, India se convirtió en destino mundial para aquellas personas que deseaban contratar un útero para la gestación de sus hijos, al amparo de un vacío legal primero y de la ley de reproducción humana asistida de 2010 después, que confería validez a los acuerdos de subrogación.

En marzo de 2012 el *Centre for Social Research, en India, publica el estudio "Surrogate Motherhood. Ethical or Commercial"*. Basado en entrevistas con cien madres subrogadas, cincuenta padres intencionales y otros stakeholders, como los esposos de las mujeres gestantes, embriólogos, trabajadores de las clínicas, etc., el informe concluía que las madres portadoras carecían en su mayoría de formación, por lo que confiaban en las clínicas para informarlas de los términos del contrato, sin que recibieran un consejo independiente. Los contratos no se firmaban hasta aproximadamente la mitad del embarazo, en torno al cuarto mes de gestación. Las clínicas no eran parte del contrato, por lo que la mujer no sabía a quien dirigirse en caso de que quisiera realizar alguna reclamación. La gran mayoría de las mujeres gestantes declaró hacerlo debido a la "pobreza", se registraron también casos de presión de otros (agentes, maridos), y la escasa transparencia en los pagos a las

mujeres, que eran arbitrariamente decididos por el médico de la clínica⁵⁷.

El informe afirma que la subrogación degrada el embarazo, convirtiéndolo en un servicio, y al niño, convirtiéndolo en un producto⁵⁸. El negocio de la subrogación no puede crecer al margen de los riesgos de trata de mujeres y de tráfico de niños. Se señalan riesgos concretos en cuanto a la protección jurídica de los niños nacidos como consecuencia de este tipo de contratos, como el caso de una pareja detenida en el aeropuerto internacional de Bombay que buscaba cerrar en India un acuerdo de subrogación para obtener un niño con el que garantizar un trasplante de órganos al hijo enfermo de la pareja⁵⁹.

En términos generales, se aconsejaba prohibir la comercialización de la subrogación e impedir que se convirtiera en una forma de vida para las mujeres indias. El informe concluía que la situación en India había convertido a los niños en una "saleable commodity"⁶⁰.

A partir del año 2012, comienza a hablarse del "final" de la maternidad subrogada en India para los europeos. En realidad, ese año no se publica ninguna norma que prohíba la celebración de este contrato, o que impida ésta a los extranjeros. En 2012 el Ministerio de Asuntos Exteriores publica una orden exigiendo visado médico a las personas que deseen entrar en India para contratar la gestación o bien para recoger al niño después del parto. En esa orden se les exige aportar certificación de que la práctica es legal en su país de origen, y de que los niños serán convenientemente registrados en el país de destino. La exigencia de este requisito limitó significativamente el denominado "turismo reproductivo" en India.

El 4 de noviembre de 2015 el Departamento de investigación en Salud del Ministerio de salud y bienestar familiar dicta una Circular⁶¹ en la que se hace eco de la decisión del gobierno de prohibir la subrogación comercial. En esta circular se regulan cuestiones relativas a la

56 Lo mismo ocurre en Alemania, donde la gestación por sustitución es ilegal y la única salida para la formalización de las relaciones paterno filiales con los niños concebidos a resultas de la firma de un contrato de subrogación en el extranjero es la adopción legal. Vid., Bartolini Esparza, M., Pérez Hernández, C., Rodríguez Alcocer, A., *Maternidad Subrogada. Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos, México, 2014*, 16. No obstante, la jurisprudencia comienza a reconocer efectos, la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 10 de diciembre de 2014, optó por considerar que el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por maternidad subrogada «no resultaba contraria al orden público», destacando la importancia de una interpretación restrictiva del concepto de orden público acorde con el interés superior del menor, vid., Godoy, O. op. cit. 263-264.

57 El citado informe, *Surrogate Motherhood. Ethical or Commercial*, puede descargarse en <<http://www.csindia.org/about-us/publications/research-studies>> [Consulta: 13-03-2017].

58 *Surrogate Motherhood. Ethical or Commercial*, cit. 4.

59 Ibid. 5.

60 Ibid. 4.

61 Disponible en [Publicación en línea] <<http://www.icmr.nic.in/icmrnews/art/DHR%20notification%20on%20Surrogacy.pdf>> [Consulta: 15-03-2017]

entrada en India con estos propósitos, estableciéndose la prohibición de conceder el visado para cerrar acuerdos de subrogación y prohibiendo igualmente el traslado o la entrada de embriones congelados para este fin.

Actualmente, se discute en el Parlamento una propuesta legislativa, registrada el 21 de noviembre de 2016⁶², que plantea prohibir taxativamente la celebración de contratos de gestación por sustitución a extranjeros en territorio indio (con independencia de que el contrato sea legal o no en el país de origen) y que limita los que pueden celebrarse entre nacionales a los casos en que exista un vínculo de parentesco entre la gestante y los comitentes, que deberán ser una pareja casa india (heterosexual, por tanto⁶³) y se realicen de forma altruista, “sin implicar producción de niños para venta, prostitución o cualquier otra forma de explotación” (artículo 4).

La misma línea ha sido seguida por otros países que han visto como la legalización de la subrogación les ha convertido en “Estados-incubadora”. Nepal restringió su legislación en 2015 y Tailandia siguió la misma política a raíz del caso de Baby Gammy. Camboya se convirtió entonces en el destino de numerosas agencias de subrogación, amparándose en el vacío legal existente en el país⁶⁴, hasta que en noviembre de 2016 el gobierno camboyano tomó cartas en el asunto y anunció severas medidas contra los proveedores del servicio de subrogación⁶⁵.

Prácticamente desde 2012, año en el que comienzan las restricciones en India, las empresas comienzan a buscar mercados con condiciones más favorables en otros lugares del mundo. Desde el año 1997 el código civil de

Tabasco (México) permitía tanto la gestación subrogada como la sustituta⁶⁶. Pero ha sido en los últimos años cuando se ha producido un crecimiento muy significativo de los vientres de alquiler contratados en México, tras las restricciones introducidas por las nuevas legislaciones de los países asiáticos⁶⁷. Este efecto no sólo se ha sentido en Tabasco. Muchas de las mujeres gestantes procedían de Cancun⁶⁸, viajaban a Ciudad de México para el tratamiento de fertilidad y a Tabasco para dejar resueltos los aspectos legales. Las tarifas lógicamente oscilan según el paquete elegido pero incluso en los casos más caros (incluyendo donante de óvulos caucásica y selección de sexo⁶⁹) resultan más competitivos que el mercado estadounidense, situando a México como el “nuevo paraíso” de la maternidad subrogada.

El 13 de enero de 2016 se dicta el decreto 265⁷⁰, estableciendo como requisito para la validez del contrato que los firmantes sean nacionales mexicanos (artículo 380 bis 5). Como ya ocurriera en Nepal, al no establecerse un régimen transitorio para regular los casos en los que el embarazo estuviese ya iniciado a la entrada en vigor de la ley, se ha abierto un intenso debate en la sociedad mexicana que, paradójicamente, parece girar en torno al sufrimiento emocional de los comitentes (todos extranjeros, mayoría varones) ante la incertidumbre del destino de los niños por cuya gestación pagaron. En cambio, quedan en la penumbra, como ausentes, las mujeres mexicanas gestantes, las razones por las que han consentido comercializar sus cuerpos y las expectativas de un futuro para las jóvenes mexicanas en el que alquilar su útero no se convierta en un estilo de vida⁷¹.

62 El texto del proyecto puede descargarse en [Publicación en línea] <<http://www.prsindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20%28Regulation%29%20Bill,%202016.pdf>> [Consulta: 15-03-2017]

63 No obstante, en marzo de 2017, la Corte Suprema ha realizado una petición al Parlamento para que examine la posibilidad de abrir la subrogación a personas solas, vid. <<http://www.thehindu.com/news/cities/Delhi/Experts-concerned-over-Surrogacy-Bill-restrictions/article16438788.ece>> [Consulta: 30-03-2017]

64 Vid. <<https://www.theguardian.com/global-development/2016/aug/19/cambodia-foreign-surrogacy-thailand-ban>> [Consulta: 15-03-2017]

65 Crothers, L. [Publicación en línea] «Cambodian surrogacy crackdown: move to reassure pregnant women and families», *The Guardian*, 24.11.2016 <<https://www.theguardian.com/world/2016/nov/24/cambodian-surrogacy-crackdown-move-to-reassure-pregnant-women-and-families>> [Consulta: 15-03-2017]

66 La diferencia radica en que la madre gestante aporte también o no sus óvulos para la generación del embrión.

67 También se han “beneficiado” de las restricciones en India países como Rusia y Ucrania. En la primera se ha planteado la posibilidad de restringir la legislación, pero aún no se ha hecho efectivo ningún cambio significativo.

68 En concreto de Quintana Roo, donde el número de mujeres gestantes es el más alto de todo México. Cfr. Juárez, M. [Publicación en línea] *La maternidad subrogada podría detonar el turismo de vientres de alquiler en Cancún* <<http://periodicoaspectos.com/detona-turismo-de-vientres-en-cancun/>> [Consulta: 16-03-2017]

69 Que en un alarde de corrección política las agencias llaman “gender selection”. Vid., <<http://surrogacybeyondborders.com/faq.aspx>> [Consulta: 16-03-2017]

70 Periódico Oficial, Villahermosa, Tabasco, 13 de enero 2016, Suplemento 7654, n° 5136, 4 y ss.

71 La campaña #No te vendas <<https://www.youtube.com/watch?v=g--JWol2C-4>> [Consulta: 15/03/2017] está tratando de

Como cabe observar, resulta obvio que la internacionalización de la subrogación plantea serios problemas a los países en vías de desarrollo. Problemas absolutamente distintos de los que se plantean en Europa o, en general, en el primer mundo. La evolución del derecho comparado en estos países refleja la realidad a la que venimos aludiendo: la explotación de mujeres con fines reproductivos en los países en vías de desarrollo no es una realidad ajena a la legalización de la gestación por sustitución altruista en los países del primer mundo.

5. Conclusiones: ¿Qué aporta este análisis al debate sobre la legalización de la gestación por sustitución en España?

Como es sabido, en España los acuerdos de gestación por sustitución son tenidos como contratos nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Así lo establece el artículo 10 de la ley de técnicas de reproducción humana asistida. Posteriormente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado (en dos ocasiones) sobre el llamado "caso cero" de maternidad subrogada en España, interpretando adecuadamente la posición jurídica de nuestro ordenamiento jurídico ante este problema.

En los últimos meses se ha abierto el debate sobre la posibilidad de legalizar esta práctica, dotando de efectos jurídicos a estos pactos en determinadas circunstancias. Todas las propuestas legales que se discuten actualmente giran en torno a la legalización exclusiva de la gestación denominada "altruista"⁷², en el marco de

alertar a la sociedad mexicana sobre el riesgo de explotación de mujeres con fines reproductivos. Esta misma expresión se emplea en la obra ya citada, vid. Bartolini Esparza, M., Pérez Hernández, C., Rodríguez Alcocer, A., op.cit.

72 La Iniciativa legislativa popular promovida por la "Asociación por la Gestación Subrogada" se encuentra aún en proceso de recogida de firmas. La Proposición no de ley para la creación de un marco regulatorio para la gestación subrogada (Grupo parlamentario Unión Progreso y Democracia, presentada en febrero 2015, fue rechazada con el voto en contra PP y PSOE en octubre 2015). A nivel autonómico, en la Asamblea de Madrid se rechazó también una Proposición no de ley (presentada por Ciudadanos) instando al gobierno nacional a la regulación de la Gestación subrogada. Se rechazó con el voto en contra Podemos y PSOE marzo 2016. En cuanto a la determinación de la filiación de los nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, se presentó en mayo de 2015 una Enmienda durante la tramitación de la Ley del Registro Civil (promovida por "Son nuestros hijos"). Fue desestimada en julio 2015. Actualmente el tema está siendo objeto de estudio por el Comité de Bioética de España.

una política que pretende garantizar los derechos de la madre gestante y conciliarlos con el cumplimiento de los deseos de las personas que aspiran a tener un hijo (no cabe hablar de derecho en este caso, pues el derecho a tener un hijo, como hemos visto, no existe).

Del análisis del derecho internacional y comparado en esta cuestión de la maternidad subrogada cabe extraer algunas conclusiones relevantes para este debate.

1. *Toda forma de subrogación gestacional atenta contra la dignidad de la madre gestante y del niño. La gestación por sustitución constituye una comercialización del cuerpo femenino que, con o sin precio, atenta contra la dignidad de la mujer y cosifica al hijo que porta en su vientre para entregarlo a otros. Como ha señalado el TEDH, la subrogación, en cualquiera de sus fórmulas, se fundamenta en la ruptura de un vínculo precioso entre la madre gestante y su hijo, igualmente traumática y deshumanizadora para la madre que para el bebé, al que se le priva del "amor incondicional" de la única persona que puede prestárselo en los primeros meses de su vida*⁷³. Tanto la madre de alquiler como el niño son empleados, siempre según los magistrados del TEDH, no como fines en sí mismos, sino como medios al servicio de la satisfacción del deseo de otros. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y la Comisión para los derechos de la mujer de la Unión Europea se han pronunciado en similares términos. No hay una sola autoridad u organismo internacional que no considere contraria a la dignidad humana la gestación por sustitución, ni que aconseje sin reparos su legalización⁷⁴.

2. *La antijuridicidad del acuerdo de subrogación. El contrato de subrogación no es, desde mi punto de vista, jurídico: atenta esencialmente contra el orden (el logos) del Derecho. Puede que obedezca a la lógica del mercado, pero ésta no debe sustituir a la lógica pro-*

73 Privación que ha de considerarse antijurídica en el caso de los menores que, a diferencia de los adultos, tienen reconocida la existencia de un derecho al amor. Vid. Liao, M. «The idea of a Duty to Love», *The Journal of Value Inquiry*, 40 (2006), 1-22 y «Why Children need to be loved», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 3 (2012), 347-358.

74 De hecho, tanto la Conferencia de la Haya como el fallido informe De Sutter abordan la cuestión por la vía de los hechos consumados aludiendo a la protección de los derechos de los menores ya implicados en estas prácticas. Pero ni siquiera en estos casos se enfoca directamente a la subrogación en sí.

*pia del derecho, aunque en nuestra cultura tendamos a confundirlas*⁷⁵. La primera se rige por el principio del acuerdo mutuo y de la ausencia de daño a terceros; la segunda, por el principio de dar a cada uno lo suyo, lo que esencialmente le corresponde como ser humano. En el caso de la maternidad subrogada son muchas las privaciones antijurídicas a las que se ven sometidos tanto los niños como las mujeres portadoras. La pretendida “autonomía de la voluntad” debe, incluso para quien la reconozca como tal, pasar a un segundo plano cuando la dignidad humana está en juego⁷⁶. Por esta misma razón, los jueces del TEDH afirmaron, en su voto concurrente a *Paradiso II*, que la subrogación, en todas sus formas, no sólo viola la dignidad humana, sino también los valores jurídicos en los que se funda la Convención de Roma. De hecho, en los casos de inexistencia de vínculo biológico, la subrogación consiste, simple y llanamente, en la compra-venta de un niño.

3. *El mito del altruismo en la subrogación. La legalización de la maternidad subrogada “altruista” se lleva a cabo en virtud de las exigencias de una demanda de los padres intencionales y no por una altruista oferta de las madres portadoras, que es en la mayoría de las ocasiones irreal, y que, en todo caso, responde a planteamientos inasumibles para cualquier Estado que respete la dignidad de la mujer y del género humano (como los que avalarían la prostitución o la esclavitud si se da acuerdo entre las partes y no hay violación del no harm principle). El mito de la subrogación altruista no puede llevarnos a legalizar de manera irresponsable una actividad que afecta tan intensamente a los derechos de mujeres y niños y a nuestra propia autopercepción como seres humanos. Si se legaliza, me parece más honesto reconocer que se trata de dar cobertura legal a los*

75 Agradezco al prof. Pedro Talavera sus observaciones sobre este aspecto de la legalización de la subrogación. De la mercantilización del cuerpo (de los genes humanos) se ha ocupado en su trabajo Talavera, P., «Patentes sobre genes humanos: entre el derecho, el mercado y la ética», *Cuadernos de Bioética*, 55, (2004), 243 y ss. En defensa de la posición contraria (la subrogación solo debería prohibirse si supusiera un daño a las personas implicadas, vid., Lamm, E., «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho», *Indret*, 3, (2012), 40.

76 Me parece falso el dilema entre libertad y dignidad en el caso de la subrogación. Pero si hubiera que elegir, con Agacisky elegiría la dignidad. Agacisky, S., *Corps en miettes*, Flammarion, París, 100-101.

deseos de los comitentes que hacerlo en nombre de un supuesto “altruismo” de las gestantes.

4. *Nuestra responsabilidad como países “compradores”. La legalización de una subrogación restringida y garantista en España es irresponsable porque no tiene en cuenta sus efectos fuera de nuestras fronteras. Como señalaba el juez Dedov en su opinión concurrente a *Paradiso II*, si legalizamos la maternidad subrogada altruista estaremos contribuyendo a la explotación reproductiva de las mujeres vulnerables en otras partes del mundo. Así lo demuestra el análisis de las tendencias legislativas en el derecho comparado. En los países desarrollados como el nuestro, donde las mujeres no se encuentran, por regla general, en situaciones de necesidad extrema, la legalización de la gestación por sustitución no producirá un aumento de la oferta de mujeres gestantes*⁷⁷. En cambio, sí aumentará la demanda, como de hecho ya la ha aumentado la política seguida en los últimos años por la Dirección General de Registro y del Notariado, favoreciendo la inscripción registral de los niños nacidos por gestación por sustitución en aquellos países donde esta práctica es legal. Una demanda que implica la cosificación de la gestación, su conversión en un servicio y la posibilidad de ponerle precio a la venida al mundo de un ser humano.

5. *La actual solución jurídica en España es plenamente coherente con la doctrina del TEDH y con las conclusiones del Informe Rosberg. No hay motivo para su modificación, sólo para su efectivo cumplimiento. No es cierto que nuestro derecho no sepa responder a un problema social o que no exista seguridad jurídica o que la solución dada por nuestro ordenamiento haya quedado obsoleta. La actual respuesta jurídica está en consonancia con la jurisprudencia más reciente del TEDH y con el ejemplo de países que, como Suecia (el único país europeo en el que se ha estudiado a fondo el problema), han sabido afrontar con responsabilidad el desafío de la maternidad subrogada.*

77 Basta teclear en google “madre de alquiler foros” para ver la oferta disponible en internet. La inmensa mayoría de las mujeres que se ofrecen en España son iberoamericanas.

Referencias

- Agacisky, S., *Corps en miettes*, Flammarion, París, 100-101.
- Albert, M., «¿Hijos de dos progenitores del mismo sexo? Reflexiones sobre los límites de la ficción jurídica», En: Aparisi Miralles, A. *Estudios sobre Género y Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- Albert, M. «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 22 de mayo de 2012.
- Altwood, M., *El cuento de las criadas*, Seix Barral, Barcelona, 1987, traducción de Elsa Mateo.
- Barber Cárcamo, R. «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR*, 8 de diciembre de 2010, 25-37.
- Bartolini Esparza, M., Pérez Hernández, C., Rodríguez Alcocer, A., *Maternidad Subrogada. Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos*, México, 2014.
- Bellver, V., «¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional», *SCIO. Revista de Filosofía*, 11, (2015), 23-27.
- Bindel, J., [Publicación en línea] «It is selfish to have a surrogate baby», en *The Guardian*, 21/12/2011 <https://amp.theguardian.com/commentisfree/2011/dec/31/designer-babies-selfish> [Consulta: 13-03-2017].
- Bindel, J., [Publicación en línea] «Commercial surrogacy is a rigged market in wombs for rent». *The Guardian*, <<https://amp.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/20/commercial-surrogacy-wombs-rent-same-sex-pregnancy>> [Consulta: 13-03-2017].
- Campbell, D., [Publicación en línea] «More and more childless Britons head overseas to find surrogate mothers», *The Guardian*, 15.03.2015 <<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/mar/14/childless-britons-increasingly-surrogate-babies>> [Consulta: 13-03-2017]
- Crothers, L. [Publicación en línea] «Cambodian surrogacy crackdown: move to reassure pregnant women and families», *The Guardian*, 24.11.2016 < <https://www.theguardian.com/world/2016/nov/24/cambodian-surrogacy-crackdown-move-to-reassure-pregnant-women-and-families>> [Consulta: 15-03-2017]
- Donchin, A., «Reproductive tourism and the quest for global gender justice», *Bioethics*, 24, (2010), 323-332.
- Doward, J. [Publicación en línea] «Childless UK couples forced abroad to find surrogates», *The Guardian*, 20.02.2016 <<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2016/feb/20/childless-uk-couples-forced-abroad-surrogates>> [Consulta: 25-02-2017]
- Durán Ayago, M^a A. «Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015», *Millennium DiPr*, pre-print, Tirant lo Blanch, Barcelona, 50-63.
- Ekman, K.E., *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self*, Spinifex Press, 2013.
- Ekman, K. E., [Publicación en línea] «All surrogacy is exploitation. The world should follow Sweden's ban», *The Guardian*, 25.02.2016. <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/25/surrogacy-sweden-ban>>
- Godoy, O. «Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los Estados miembros en materia de subrogación uterina», En: Santos, J.A., Albert, M.A., Hermida, C. *Bioética y Nuevos Derechos*, Comares, Madrid, 2016, 255.
- Golombok, S. et al. «Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment», *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 54 (6), (2013), 653-660.
- Juárez, M. [Publicación on line] *La maternidad subrogada podría detonar el turismo de vientres de alquiler en Cancún* <<http://periodicoaspectos.com/detona-turismo-de-vientres-en-cancun/>> [Consulta: 16-03-2017]
- Lamm, E., «La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal», *Revista de Derecho de Familia*, 50, (2011), 107-132.
- Lamm, E., «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho». *Indret*, 3, (2012).
- Liao, M. «The idea of a Duty to Love», *The Journal of Value Inquiry*, 40 (2006), 1-22

- Liao, M. «Why Children need to be loved», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 3 (2012), 347-358.
- López Guzman, J; Aparisi Miralles, A., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*. 2012; 23(78): 253-267.
- López-Moratalla, N. «Comunicación materno-fetal en el embarazo». *Cuadernos de Bioética*. 2009; 20(70): 303-315.
- Martínez de Aguirre, C., [Publicación en línea] «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada», *Escritos Jurídicos TFW, 4-2017*, <https://gallery.mailchimp.com/44867d3df8b9fb3d8b6bd685e/files/5d0b5d76-fcef-42e3-a845-f80d88ee555f/Escrito_Jur%C3%ADdico_14_%C3%81rea_Derecho_TFW.pdf> [Consulta: 07-04-2017]
- Montero, E. «La maternidad de alquiler frente a la suma divisio iuris entre las personas y las cosas», *Persona y Derecho* 72, (2015), 229-230.
- Perry, K., "British mother rejected disabled twin because she was a 'dribbling cabbage,' says surrogate", *Dayly Telegraph*, 26 de agosto de 2014, <http://www.telegraph.co.uk/news/health/children/11055643/British-mother-rejected-disabled-twin-because-she-was-a-dribbling-cabbage-says-surrogate.html> [Consulta 30/03/2017]
- Ollero, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Navarra, Aranzadi, 2006.
- Talavera, P., «Patentes sobre genes humanos: entre el derecho, el mercado y la ética», *Cuadernos de Bioética*, 55, (2004).
- Van Zyl, L. & Walker, R. (2015). «Surrogacy, Compensation, and Legal Parentage: Against the Adoption Model». *Journal of Bioethical Inquiry* 12 (3), 383-387.
- Van Zyl, L. & Walker, R. «Beyond altruistic and commercial contract motherhood: The professional model». *Bioethics* 27 (7) (2013) 373-381.

