



Algunas claves para salir del laberinto de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español

*Some keys to exit from the surrogacy labyrinth in the
spanish legal system*

Octavio Salazar Benítez

Recibido: 13/09/2022

Aceptado: 25/07/2023

RESUMEN

Los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo, en nuestro país es posible el reconocimiento de los hijos nacidos mediante esta práctica en países donde estos contratos son legales. De esta manera, nos encontramos ante un perverso laberinto jurídico que, desde una perspectiva de género y feminista, no tendría más salida que la prohibición de una práctica que lesiona la dignidad de las mujeres y de los menores de edad. Una práctica que hay que situar en el contexto de una lógica neoliberal que mercantiliza e instrumentaliza de manera singular los cuerpos y capacidades de las mujeres.

Palabras clave: *gestación por sustitución, perspectiva de género, dignidad, autonomía, derechos de las mujeres, menores de edad.*

Octavio Salazar Benítez es catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Córdoba, España.
Contacto: octavio@uco.es ID: 0000-0002-1294-8662

Cómo citar este artículo: Salazar Benítez, Octavio (2023). Algunas claves para salir del laberinto de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, 8 (2), 159-182. doi: <https://dx.doi.org/10.17979/arief.2023.8.2.9289>

ABSTRACT

Surrogacy contracts are null in our legal system. At the same time, in our country it is possible to recognise children born through this practice in countries where these contracts are legal. In this way, we are faced with a perverse legal labyrinth which, from a gender and feminist perspective, would have no other way out than the prohibition of a practice that harms the dignity of women and minors. A practice that must be placed in the context of a neo-liberal logic that commodifies and instrumentalises women's bodies and capacities in a singular way.

Keywords: *surrogacy, gender perspective, dignity, autonomy, women's rights, minors.*

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años la eufemísticamente denominada gestación subrogada o por sustitución (en adelante GS)¹, que es como la nombra nuestro ordenamiento jurídico, no ha dejado de generar (in)tenso debates en torno a su legitimidad y, desde un punto de vista más estrictamente jurídico, en torno a la posibilidad de que se convierta en una práctica regulada y sometida en su caso a determinados límites². En los últimos meses, la GS ha vuelto a los informativos debido a la invasión rusa de Ucrania, país al que con más frecuencia en los últimos años han acudido españoles y españolas para concertar este tipo de contratos, dado que las condiciones económicas les resultan más favorables que, por ejemplo, en Estados Unidos. En todo caso, hay que recordar que la modificación de los requisitos para el reconocimiento de la filiación llevada a cabo en 2019, como más adelante veremos, supuso una disminución del volumen de contratos. Hay que tener en cuenta que, desde entonces, la única opción era esperar a que el Gobierno ucraniano concediese un pasaporte a los bebés (que podía tardar semanas) para poder volar de vuelta a España y, una vez aquí, reclamar la filiación mediante un proceso judicial³.

¹ Es una denominación eufemística porque la gestación es un proceso que no puede ser sustituido ni subrogado. Como también resulta parcial la denominación más extendida de “vientres de alquiler”, ya que no es solo el vientre de una mujer lo que se “alquila” sino que lo es todo su cuerpo y, con él, su integridad física y moral. De ahí que haya defendido como más oportuno el término “gestación para otros” en cuanto que entiendo que subraya de manera más contundente y expresa la instrumentalización del cuerpo y las capacidades reproductivas de las mujeres para satisfacer “los deseos de otros” (Salazar, 2018).

² Sobre este debate véanse los trabajos recogidos en el número 31, enero 2020, de la *Revista General de Derecho Constitucional*, bajo el título “¿Prohibir o regular? El debate en torno a la gestación por sustitución” Entre las muchas monografías publicadas sobre el tema en los últimos años véanse Balaguer (2017), Nuño (2020), Carrio (2021), Trujillo y Robles (2021), Correa da Silva (2022)

³ La Plataforma por la Protección de la Infancia Nacida en Georgia y Ucrania (APINGU), que defiende la gestación subrogada, publicó el 24 de febrero de 2022 un mensaje en Twitter en el que expresaban su preocupación por las familias españolas que habían concertado embarazos con mujeres locales. Habló de las “gestantes que coengendran a sus hijos” en una Ucrania asediada por un conflicto bélico. Varios medios de comunicación se hicieron eco de como asociaciones defensoras de los vientres de alquiler y agencias intermediarias habían pedido colaboración al Gobierno para facilitar el acceso a Ucrania a las familias españolas pendientes de embarazos concebidos mediante esta práctica. Algún medio recurrió a un titular tan efectista como “El bebé subrogado de Vanessa ha nacido en un búnker: vientres de alquiler bajo asedio” https://www.elconfidencial.com/mundo/2022-03-02/ucrania-vientres-alquiler-guerra-parejas-espanolas_3384168/#:~:text=Las%20mujeres%20gestantes%20no%20han%20podido%20salir%20del%20pa

Este “perverso laberinto” no ha sido cuestionado de manera rigurosa por los poderes públicos, en la medida en que ni el Gobierno ha adoptado medidas contundentes para frenar el “turismo reproductivo” ni el Legislativo se ha atrevido a poner límites estrictos a una práctica que en los últimos años no ha dejado de crecer. En este sentido, la única “tímida” novedad con respecto a esta práctica es su inclusión como una forma de violencia contra las mujeres en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos en Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo⁴.

A pesar de la contundencia expresada en la Exposición de motivos, la única novedad que aporta el Proyecto son dos artículos que, me temo, no tendrán una singular eficacia desde el punto de vista abolicionista de esta práctica. De una parte, el art. 32 dispone, tras definir la GS como “el contrato por el que se acuerda la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”, que “se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Se trata, a mi parecer, de una previsión absolutamente intrascendente, que no añade ningún efecto jurídico a lo que ya establece la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA). Igualmente preveo limitados los efectos de lo previsto en el art. 33:

“En coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, las administraciones públicas legitimadas conforme al artículo 6 de dicha Ley instarán la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y a su cese”.

[%C3%ADs&text=Naci%C3%B3%20en%20un%20b%C3%A9nker.la%20ciudad%20ucraniana%20de%20Kiev.](#)

⁴ En este sentido, hay que insistir en que, frente al argumento que conecta esta práctica con la autonomía de las mujeres, y por tanto la avala con las mismas razones que llevan a reconocer como un derecho la interrupción voluntaria del embarazo, la GS supone, a diferencia del aborto, una instrumentalización del cuerpo y las capacidades de las mujeres para satisfacer los deseos de terceros. Mientras que en el aborto estamos ante una manifestación de la autonomía reproductiva de las mujeres, en la GS estamos ante unos contratos que limitan su autonomía y ponen su cuerpo al servicio de los intereses de terceros.

2. EL CONTEXTO: LA INSTRUMENTALIZACIÓN PATRIARCAL (Y NEOLIBERAL) DEL CUERPO DE LAS MUJERES

El pasado 24 de junio de 2022 el Tribunal Supremo de Estados Unidos dio a conocer su decisión en el caso *Dobbs v. Jackson Women`s Health Organization*, mediante la cual quedaban sin efectos los precedentes *Roe v. Wade* (1973) y *Planned Parenthood v. Casey* (1992). Según la sentencia, deben ser los representantes elegidos por el pueblo quienes regulen el aborto. A partir de ahora serán pues los Estados de la Unión los que decidan, dentro de sus márgenes constitucionales, sobre la legalidad y condiciones en su caso de la interrupción voluntaria del embarazo. Más allá de las cuestiones jurídicas que podríamos calificar como más formalistas – si los tribunales no pueden sustituir el juicio de los órganos legislativos, o si ante la ausencia de reconocimiento expreso en la Constitución es posible deducir el reconocimiento del aborto como un derecho en cuanto expresión de otros derechos sí reconocidos -, la decisión del Supremo norteamericano pone en evidencia dos cuestiones que van de la mano. De una parte, la fragilidad de las conquistas jurídicas relacionadas con derechos, y muy especialmente las relacionadas con derechos de las mujeres. De otra, cómo el cuerpo de las mujeres – y con él sus capacidades – ha sido y es objeto de controles, limitaciones y regulaciones desde el punto de vista de la moral y del Derecho. Mientras que el cuerpo de los hombres, en tanto sujetos privilegiados, ha sido ignorado por las normas, el de las mujeres ha estado siempre sometido a juicios severos y a marcos regulativos que han impedido o condicionado su autonomía. En este sentido, el permanentemente abierto debate sobre al aborto⁵, más allá de las cuestiones éticas o religiosas que deberían formar

⁵ Recordemos que en nuestro país aún está pendiente de decisión por parte del Tribunal Constitucional el recurso interpuesto hace ya 12 años por diputados del PP contra la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, y de interrupción voluntaria del embarazo. En el momento de cerrar este texto, la última referencia sobre este recurso la encontramos el 9 de febrero de 2023, fecha en la que el TC emitió una nota en la que informaba de que el Pleno había concluido la deliberación de la ponencia presentada por el magistrado Enrique Arnaldo sobre el recurso de inconstitucionalidad promovido por el PP. La ponencia no obtuvo el apoyo del Colegio de Magistrados, por lo que el magistrado Arnaldo declinó la redacción de una nueva sentencia de acuerdo con los argumentos de la mayoría. En consecuencia, el Presidente del Tribunal, Cándido Conde-Pumpido Tourón designó como ponente a la Vicepresidenta Inmaculada Montalbán, para

parte del margen de decisiones individuales de los sujetos pero no de la acción de los poderes públicos, es un debate sobre la autonomía reproductiva de las mujeres, sobre su capacidad para tomar libremente decisiones que tienen que ver con su cuerpo y su integridad (física y moral), en definitiva sobre su reconocimiento como sujetos plenos y no como seres sometidos a la tutela, control y designación de los hombres. Esta es sin duda una de las vindicaciones esenciales del movimiento feminista y una de las que con mayor contundencia y radicalidad interpela al Derecho, en cuanto supone la necesidad de reconocer como ámbitos de autonomía protegidos – es decir, como derechos fundamentales – todos aquellos que tienen que ver con las vivencias de las mujeres – y sus cuerpos – y que históricamente fueron ignorados por las normas, salvo para ser sometidos a una disciplina propia de quienes ocupan una posición subordinada en el pacto social. Un control que se acrecienta y agrava en contextos no democráticos, así como en situaciones de crisis (Segato, 2016).

Recordemos cómo principalmente a través del Derecho Civil y del Derecho Penal se consolidó lo que podríamos llamar estructura jurídica del patriarcado, la cual, en el caso de nuestro país, solo empezaría a resquebrajarse a partir de la transición y de la aprobación de la Constitución. En la actualidad, y pese a los avances normativos de las últimas décadas, buena parte de los debates y tensiones relacionados con los derechos de las mujeres siguen teniendo a sus cuerpos como protagonistas. Pensemos, por ejemplo, en la prostitución, en las violencias sexuales o en cómo determinadas identidades culturales/religiosas imponen singulares restricciones a las mujeres relacionadas con su cuerpo. Todas estas cuestiones deben enfocarse con una perspectiva de género y, por lo tanto, desde la dimensión relacional que comportan, lo cual nos lleva a preguntarnos por el lugar que los hombres ocupamos en dichos contextos relacionales, un interrogante imprescindible para revelar cómo finalmente estamos hablando de relaciones jerárquicas de poder. Sería el caso de los proxenetas y de los sujetos prostituidores, de los que ejercen cualquier tipo de violencia sexual sobre las

que proceda a elaborar una nueva resolución, que desestime el recurso de inconstitucionalidad.

mujeres o el de aquellos que imponen unas normas de conducta en determinadas comunidades que por supuesto a ellos no les afectan de la misma manera que a las mujeres. Bastaría con analizar estas situaciones desde esa comparativa para darnos cuenta de que estamos ante la lógica jerárquica que reproduce el patriarcado y que nos coloca a los hombres en una posición de dominio sobre las mujeres. Una jerarquía contra la que las mujeres llevan siglos rebelándose y que hoy corre el riesgo de reforzarse con las reacciones conservadoras y patriarcales a las que estamos asistiendo.

El contexto político, económico, cultural y por supuesto tecnológico del presente siglo no ha dejado de plantear nuevas “fronteras” relacionadas con los derechos de las mujeres, y muy singularmente en lo que tiene que ver con sus cuerpos, su sexualidad y sus capacidades reproductivas. Las lógicas neoliberales, amparadas a su vez en el individualismo y en las praxis que conllevan una satisfacción inmediata de nuestros deseos, están encontrando en los cuerpos subordinados de las mujeres un espacio en el que el orden patriarcal continúa escribiendo sus reglas. En este sentido, nuevos espacios de interacción y comunicación como las redes sociales no han hecho sino incidir en la hipersexualización y cosificación de las mujeres, al tiempo que han favorecido las posibilidades de que sus cuerpos se conviertan en mercancía a través de nuevas formas de explotación sexual. El consumo masivo de pornografía, cada vez a edades más tempranas, es otra de las evidencias que nos muestran cómo el patriarcado se reinventa y sigue articulando, y legitimando, prácticas que suponen violencia contra las mujeres (Alario, 2021). De ahí que, además, no haya dejado de crecer el consumo de prostitución, o que las violencias sexuales se extiendan y adopten ahora otras formas en el mundo digital. En este sentido, los avances científicos y técnicos que han permitido el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida no siempre están jugando a favor del bienestar, la salud o las aspiraciones de las mujeres, sino que también en muchos casos responden a las lógicas depredadoras del mercado (Flores, 2020)

Es en este contexto en el que debemos situar el debate jurídico en torno a la gestación por sustitución. Una práctica que no ha dejado de crecer en los últimos años, alentada por los condicionantes antes señalados, y que ha situado en el

debate público cuestiones jurídicas de enorme calado como la existencia o no de un derecho a ser padre o madre, la extensión y límites de la autonomía de las mujeres y del control sobre su propio cuerpo, o la necesidad de frenar los excesos de un mercado en el que, de entrada, pareciera que todo puede venderse y comprarse.

3. EL LABERINTO: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Como hemos adelantado, la GS en nuestro ordenamiento se halla en un auténtico “laberinto”, en el que confluyen disposiciones normativas de distinto rango, pronunciamientos judiciales y vacíos legales, y que se traduce en previsiones incluso contradictorias y que esquivan la opción por una de las dos posibles respuestas legislativas: de un lado, la prohibición de la práctica; de otro, su regulación mediante el sometimiento a determinados límites y requisitos. De entrada, el art. 10 LTRHA considera nulo de pleno derecho “el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Por lo tanto, en cuanto a los efectos de un posible convenio de GS en España, la madre gestante será siempre la madre biológica, de acuerdo con el clásico axioma romano *mater semper certa est*: «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (art. 10.2 LTRHA).

Pese a esta tajante previsión, la realidad ha desbordado en los últimos años los márgenes jurídicos y ha tensado la ley hasta el punto de llegar al reconocimiento de lo que la misma no permite. Y todo ello a través de disposiciones normativas de carácter reglamentario, dictadas en el ámbito del Ministerio de Justicia, y en flagrante contradicción con lo dispuesto por una norma jerárquicamente superior, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana asistida, en la que como hemos visto se deja claro que solo cabe reconocer como madre a la biológica. Los vaivenes de las diversas instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en los últimos años, que a su vez han dado lugar a pronunciamientos judiciales en muchos casos controvertidos, evidencian no solo los efectos perversos del marco normativo vigente sino también la falta de

voluntad política firme para afrontar una realidad que, hoy por hoy, adolece de los mínimos exigibles de seguridad jurídica en una materia en la que se ponen en juego tantos derechos fundamentales.

El largo “periplo” de decisiones administrativas se inició cuando la Dirección General del Registro y del Notariado (DGRN) dictó la Resolución de 18 de febrero de 2009 mediante la que se permitía la inscripción de una filiación derivada de un convenio de GS, siempre que existiera una certificación registral extranjera que determinase dicha filiación respecto a un progenitor español. Esta Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal y la sentencia del Juzgado de instrucción nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, rechazó la resolución de la DGRN, basándose en la nulidad de dicha práctica en nuestro ordenamiento jurídico.

Posteriormente, la DGRN dictó una nueva instrucción, con fecha de 5 de octubre de 2010, mediante la cual se permitía la inscripción de la filiación derivada de un convenio de GS, basándose en la plena protección del interés superior del menor. Se establecían como condiciones que la madre gestante hubiera consentido libremente, con plena capacidad y conocimiento de causa, y respetando sus derechos procesales, así como la firmeza de la decisión y la irrevocabilidad de los consentimientos. La exigencia de una resolución judicial de origen pretendía establecer una garantía mínima en torno a la validez del contrato en el Estado de origen.

Varis años después, la DGRN vuelve a dictar una Instrucción, en concreto el 14 de febrero de 2019, sobre “Actualización del Régimen registral de la Filiación de los nacidos mediante Gestación por Sustitución”, en la que: 1) *se admite la inscripción de los nacidos en el extranjero por GS, presentando la solicitud de inscripción junto con resolución judicial dictada por tribunal competente, siguiendo en este punto la Instrucción de 2010;* 2) *Con criterio semejante a la Instrucción de 2010 se fija la inadmisión como título de inscripción de mera certificación registral extranjera o declaración acompañada de certificación médica en la que no constase la identidad de la gestante;* 3) *en aquellos casos en los que la legislación extranjera no determinase la maternidad para la mujer gestante sino para mujer distinta de la gestante (comitente) se*

establecía la necesidad de buscar solución que evitase la situación de abandono del nacido, fundamentalmente tomando en consideración la existencia de vínculo con la comitente si aportó su óvulo a la fecundación, aplicando en tal caso el criterio del art.10.3 LTRHA.

Sin embargo, pocos días después, el gobierno decidió dar marcha atrás y mediante la Instrucción de 18 de febrero de 2019 anuló la Instrucción anterior a todos los efectos, retomando el contenido y vigencia de la Instrucción de 2010. Ello suponía la desestimación de las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular posteriores a su entrada en vigor, salvo que se apoyasen en sentencia firme dotada de exequatur u objeto de control incidental conforme a la Instrucción de 2010, al tiempo que se abría la posibilidad de obtención del pasaporte y permiso de los menores para viajar a España a fin de iniciar procedimiento de inscripción de filiación.

4. EL LIMBO: LA FILIACIÓN DE LOS NIÑOS Y NIÑAS NACIDAS POR GESTACIÓN SUBROGADA.

Las diversas instrucciones dictadas por la DGRN han tratado de ofrecer un cierto marco de seguridad jurídica con respecto al reconocimiento en nuestro país de la filiación de los menores nacidos mediante contratos de GS en países donde la práctica es legal. Es decir, en este caso la cuestión no era, al menos de manera directa, el reconocimiento de la práctica, sino la búsqueda de soluciones que, atendiendo al interés superior del menor, fueran los más respetuosas posibles con los derechos del niño o la niña a tener un reconocimiento jurídico y a disfrutar de una vida familiar. Lo perverso es que, de esta manera, y de manera indirecta, acaba reconociéndose, o como mínimo legitimándose, una práctica que en nuestro país si bien no está prohibida sí que carecería de efectos jurídicos al ser catalogada como nula de pleno Derecho.

En esta línea es en la que además hay que analizar los numerosos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre esta materia, teniendo claro que sus sentencias no se han pronunciado, de forma expresa o directa, sobre la legitimidad o no de los contratos, sino sobre la

necesidad de dar una respuesta a la situación jurídica de los menores, quienes, obviamente, no pueden permanecer en una especie de “limbo” en aquellos países en los que no está reconocida la GS. La clave jurídica de las resoluciones del TEDH ha sido el respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), teniendo en cuenta la protección del interés superior del menor y, en consecuencia, la necesidad de reconocer y mantener los vínculos familiares generados a partir de un contrato de GS. Como explican Encarna Carmona y Lara Redondo (2020, 4),

“a excepción del caso Paradiso y Campanelli, que presenta singularidades propias relevantes, los hechos de los casos indicados parecen cortados por el mismo patrón: la demanda se presenta por unos progenitores intencionales que acuden a la gestación por sustitución en el extranjero para tener un hijo con el que estén genéticamente relacionados y, a su regreso al país de origen, hallan notables dificultades para ver reconocido el vínculo de filiación entre ellos y el menor. En esa lógica, el análisis seguido por el TEDH ha sido casi siempre el mismo, centrándose en la eventual vulneración del derecho a la vida familiar de todos los implicados (menor y comitentes) y en la afectación del derecho a la vida privada de los menores que la falta de reconocimiento de la filiación provoca”.

Así se plantea en la resolución de los casos *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia* (26 de junio de 2014), donde el TEDH no se plantea la posible vulneración de los derechos de la mujer gestante, sino que insiste en que lo relevante es la defensa del bienestar del menor, la protección de su identidad y de su vida familiar. El mismo argumento de la protección de los intereses del menor fue determinante en la resolución del caso *Paradiso y Campanelli contra Italia* en la sentencia de 27 de enero de 2015⁶. Sin embargo, al ser revisado por la Gran Sala del TEDH, el 24 de enero de 2017, se concluyó que Italia no había violado el art. 8 CEDH. En este caso, concluye la sentencia, no puede hablarse de “vida familiar” debido a la ausencia de todo vínculo biológico entre el niño y los padres intencionales, la corta duración de la relación con el niño, y la precariedad de los vínculos desde el punto de vista jurídico. Se estima por tanto que los tribunales italianos adoptaron las medidas correctas al privar de la custodia a la pareja de progenitores comitentes e iniciar los trámites de adopción.

El 10 de abril de 2019 el TEDH dictó una Opinión consultiva, a petición de la Corte de casación francesa en relación con su resolución del caso *Menesson*. En

⁶ La doctrina *Menesson* y *Labassee* fue aplicada en varios casos resueltos posteriormente por el TEDH como *Foulon y Bouvet c. Francia* (21 de julio de 2016) o *Laborie c. Francia* (19 de enero de 2017).

ella se afirma que la protección del artículo 8 CEDH requiere que el Derecho interno permita la posibilidad de reconocer la relación legal existente entre el menor nacido de un contrato de GS en el extranjero y el padre intencional con el que mantiene vínculo genético. En este marco, el Tribunal afirma que esta exigencia debe extenderse a la relación jurídica entre el menor y la madre intencional, aunque de manera más limitada puesto que no existe vínculo genético entre ellos. En concreto, el TEDH afirma (Carmona y Redondo, 2020: 24):

“a) el derecho del menor al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 CEDH exige que el Derecho interno prevea también la posibilidad de reconocimiento jurídico de la relación entre el hijo y la madre intencional, designada en el acta de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como “madre legal” (§46); y, por otra parte, b) el derecho del menor al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio no exige que tal reconocimiento sea inscrito en el registro civil con los detalles del acta de nacimiento legalmente establecida en el extranjero, ya que existen otros procedimientos, tales como la adopción del menor por la madre intencional, que pueden ser utilizados siempre que dichos procedimientos previstos por el Derecho interno puedan ser puestos en marcha rápida y eficazmente, de conformidad con el interés del menor (§54)”

El 16 de julio de 2020, en su sentencia del caso D. c. Francia, el TEDH insistió en el derecho de los niños nacidos en el extranjero por gestación subrogada a ser inscritos como hijos de sus padres. Deja a la elección del Estado si los inscribe como hijos naturales o por adopción, pero debe inscribirlos en un término razonable y sin que conste la condición de hijo por subrogación.

Entre los pronunciamientos más recientes cabe destacar, por la complejidad de los hechos que la motivaron, la sentencia de 18 de mayo de 2021, dictada en el caso Valdís Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia⁷. En este caso, las autoridades registrales de Islandia denegaron la solicitud de inscripción de un menor nacido en los Estados Unidos de una madre subrogada. Como consecuencia de ello, dicho menor no tenía derecho a adquirir la nacionalidad islandesa. Las

⁷ Nuria Marchal Escalona, “La última y novedosa decisión del tribunal europeo de derechos humanos sobre la maternidad subrogada” (<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/la-ultima-y-novedosa-decision-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-la-maternidad-subrogada-2021-07-26/>)

demandantes recurrieron esta decisión ante el Ministerio del Interior. El menor fue considerado menor extranjero no acompañado en Islandia, por lo que el Comité de protección de menores del municipio de las demandantes asumió su custodia legal, nombró una tutora legal y autorizó el acogimiento temporal del mismo a favor de las demandantes.

El 27 de marzo de 2014, el Ministerio del Interior confirmó dicha decisión. Las demandantes solicitaron su anulación, que fue rechazada por el Tribunal de Distrito, que consideró que la mujer que parió al niño debía ser considerada su madre. Las demandantes recurrieron dicha decisión ante el Tribunal Supremo, el cual, mediante sentencia de 30 de marzo de 2017, confirmó la desestimación de la inscripción del menor, ya que no procedía reconocer dicho vínculo familiar, porque se había establecido de forma contraria a los principios fundamentales del Derecho de familia islandés. Mientras, por su parte, el menor obtenía la nacionalidad islandesa.

Estando este procedimiento pendiente, las demandantes se divorciaron. Y, en consecuencia, el acuerdo de acogida del menor quedó sin efecto, por lo que se celebró un nuevo acuerdo de acogimiento familiar por el que el menor pasó a ser acogido, alternativamente, por las demandantes durante un año. No obstante, dado que en la legislación interna solo se permiten acuerdos de acogida temporal de hasta dos años, el menor fue finalmente acogido de forma permanente por una de las demandantes.

Estas recurrieron ante el TEDH alegando la vulneración del “derecho a la vida privada y familiar” (art. 8 CEDH). Al igual que en el asunto Paradiso y Campanelli no existían vínculos genéticos entre el menor y las comitentes, de ahí que la primera cuestión que se planteó el TEDH es si existía o no vida familiar que debía ser protegida. El TEDH entiende que no hay duda de la existencia de un vínculo familiar teniendo en cuenta los estrechos lazos afectivos forjados durante las primeras etapas de la vida del menor. Consideró, además, que la negativa a reconocer a las comitentes como las progenitoras del menor, a pesar del certificado de nacimiento californiano, suponía a una injerencia en el “derecho a la vida familiar”. Por eso, a continuación, se ocupó de examinar si la

negativa a inscribir al menor en el Registro Civil constituía una medida justificada. Para ello, el TEDH se apoyó en los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo islandés para rechazar dicha inscripción. Para este, solo la mujer que da a luz a un niño tras la fecundación artificial puede ser considerada su madre. El TEDH consideró que esta interpretación no era ni arbitraria ni manifiestamente irrazonable y concluyó que la negativa a reconocer dicha filiación tenía una base jurídica suficiente. Según las alegaciones presentadas por el Gobierno islandés, la prohibición de la maternidad subrogada sirve para proteger los intereses de las mujeres que podrían ser presionadas a participar en ella, así como el derecho de los menores a conocer a sus padres naturales. A la luz de esto, el TEDH considera que la negativa a reconocer la filiación tiene un objetivo legítimo y reconoce que, aunque dicha negativa haya afectado a la vida familiar de las demandantes, su disfrute ha quedado salvaguardado con el acuerdo de acogida permanente.

El TEDH concluye que el no reconocimiento de un vínculo parental formal logra un justo equilibrio entre el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y los intereses generales que el Estado pretendía proteger mediante la prohibición de la maternidad subrogada. Considera que el Estado actuó, por tanto, dentro del margen de apreciación que se le concede en estas cuestiones y que no se ha violado el art. 8 CEDH⁸.

5. LA EVIDENCIA: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO PRÁCTICA LESIVA DE DERECHOS.

Nuestro Tribunal Supremo ha dejado claro, de forma reiterada, que la práctica de la GS vulnera tanto los derechos de la mujer gestante como los del menor⁹. Así

⁸ El voto particular del juez Lemmens subrayó el impacto negativo de la falta de reconocimiento de la filiación surgida como consecuencia de la maternidad es igual para todos los niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero con independencia de si existe o no vínculo biológico con los comitentes. Añadió además que, aunque la adopción es un medio alternativo de normalizar tales relaciones en un Estado, no siempre ofrece una solución válida, como así ocurre en el presente caso, puesto que, al divorciarse las comitentes, la adopción conjunta no era una posibilidad factible para ellas.

⁹ Ahora bien, al mismo tiempo, el Supremo también ha reconocido que la filiación concebida gracias a ella puede dar lugar al disfrute de la prestación por maternidad. Las SSTS, Sala de lo Social, de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016 unificó la doctrina tras estimar dos recursos en los que se planteaba esta cuestión. En ambos casos la Seguridad Social había denegado las prestaciones. El TS lleva a cabo una

lo expresó en su sentencia de la Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014, que tuvo su origen en el no reconocimiento de la filiación de un menor concebido mediante GS en el Estado de California. Entiende la sentencia que el contrato atenta contra la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, así como contra la del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Censura el tribunal que haya intermediarios que realicen negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza, y creando una especie de “ciudadanía censitaria”, de tal forma que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paternofiliales que están vedadas al resto de la población. Con respecto a la determinación de la filiación, que es donde radica la centralidad del “laberinto” jurídico de nuestro ordenamiento, el Supremo plantea varios mecanismos mediante los que los menores quedan protegidos: la reclamación de la paternidad biológica de uno de los padres, si uno de ellos hubiera adoptado material genético, con base en el art. 10.3 LTRFH; la adopción o el acogimiento familiar (FJ 11). La sentencia insta al Ministerio Fiscal para que determine la correcta filiación de los menores y tome en consideración su efectiva integración “en un núcleo familiar *de facto*” (FJ 12).

El Supremo tuvo que volver a pronunciar sobre la cuestión al resolver el incidente de nulidad de actuaciones planteado contra la anterior sentencia. Sobre la base de las dos sentencias dictadas pocos meses después por el TEDH en los asuntos *Mennesson y Labassee c. Francia*, los recurrentes consideraron que se había producido vulnerado tres derechos fundamentales: 1º) el derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE); 2º) el derecho a la no discriminación de los padres por su orientación sexual; 3º) el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE). El Auto del TS, de 2 de febrero de 2015, subrayó las diferencias existentes entre el caso planteado en nuestro país y los resueltos por el TEDH. Negó que se hubieran producido las vulneraciones de derechos alegada e insistió en que “el derecho a

interpretación analógica partiendo de lo previsto en el art. 3.2 del RD 295/2009, el cual, ante el fallecimiento de la madre biológica y la supervivencia del menor, opta por transferir al padre (siendo compatible con el subsidio por paternidad) la prestación económica por maternidad.

crear una familia no es ilimitado”, no incluyendo la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Más recientemente, el Supremo ha reiterado los argumentos de su sentencia de 2014, si bien de manera mucho más contundente. En su sentencia de 31 de marzo de 2022 afirma que estamos ante una práctica que “vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos” (FJ 3º). En el punto 7 de este fundamento jurídico, el TS no deja lugar a dudas sobre la violencia que supone esta práctica y sobre los derechos que se ponen en juego, en cuanto que el contrato acaba siendo para la madre gestante una suerte de contrato de servidumbre: “Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad”. Para el Supremo no hay duda de que estos contratos suponen una explotación de las mujeres en situaciones de vulnerabilidad, de la que participan las agencias que gestionan estos contratos y que se benefician económicamente de aquellas.

Las conclusiones de la sentencia no pueden ser más contundentes: 1º) Para que el contrato llegue a buen término, se imponen a la gestante unas limitaciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano¹⁰; 2º) el futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se «cosifica» pues se le concibe como el objeto del contrato.

¹⁰ De hecho, la sentencia recoge literalmente las cláusulas del contrato que acaba siendo para la gestante un contrato de “esclavitud”: “La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual («tantas transferencias embrionarias como sean necesarias», «llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida», «tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo»). La madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica («la gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre», «la gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil “México Subrogacy” S. de R.L. de C.V. designe, esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo», «la futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño»). Se regulan por contrato cuestiones como la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, cómo será el parto (por cesárea, «salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal»), que puede comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de

De manera singular, el TS llama la atención del papel que juegan las agencias intermediarias y de cómo la práctica contrasta con lo que prevén las leyes y convenios internacionales:

“Las agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país, hacen publicidad de su actividad (basta con usar como términos de búsqueda «gestación subrogada» u otros similares en un buscador de Internet para encontrar una amplia oferta de estas agencias dirigida al público español) pese a que el art. 3.1 de la Ley General de Publicidad considera ilícita «la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española». Estas agencias han organizado en España «ferias» presenciales de gestación subrogada en las que publicitan y promueven sus «servicios». Con frecuencia se publican noticias sobre personas famosas que anuncian la traída a España de un «hijo» fruto de una gestación por sustitución, sin que las administraciones competentes para la protección del menor adopten iniciativa alguna para hacer efectiva esa protección, siquiera sea para comprobar la idoneidad de los comitentes. El Informe del Comité de Bioética pone de relieve la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que en la práctica no existan obstáculos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución comercial en la que se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, si ha tenido lugar en el extranjero”.

Ante el conflicto planteado en torno al reconocimiento de la filiación del menor, el Supremo reitera la solución aportada en 2014:

“si el menor tienen relaciones familiares de facto con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial en su favor, la solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido la existencia de una vida familiar de facto incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante (sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 140y 151 y siguientes, y de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 62). Así lo exige el interés superior del menor (en los términos en que es reconocido por el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) y su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH, que de acuerdo

vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia, de modo más intenso según avanza el embarazo, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, hasta recluirla en una concreta localidad distinta de la de su residencia en la última fase del embarazo. La madre gestante se obliga «a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre». Y, finalmente, se atribuye a la comitente la decisión sobre si la madre gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal”.

con la jurisprudencia del TEDH incluye el derecho a la identidad, dentro de la cual tiene gran importancia la determinación de su filiación y su integración en un determinado núcleo familiar”.

En nuestro ordenamiento jurídico, nos recuerda la sentencia, se prevén dos vías para el reconocimiento de la filiación: 1ª) Respecto del padre biológico, la reclamación de paternidad (art. 10.3 LTRHA); 2ª) Respecto de la madre comitente, la adopción, tal y como además confirmó el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019. En el caso concreto resuelto en esta sentencia, el TS entiende que la adopción es la mejor vía, a pesar de la diferencia de edad que existe entre el menor y la madre, ya que “la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3.º en relación al 237, ambos del Código Civil), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años”.

Entiende el Supremo que esta solución no solo satisface el interés superior del menor sino también los derechos de las madres gestantes, “que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones”

En esta sentencia del Supremo la perspectiva de género es evidente: “No es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser

humano". Una violación de derechos humanos de la que participan las agencias que cuestionan estos contratos y que se benefician económicamente de la explotación de mujeres: "Y, como ocurre en estos casos, aparece en el contrato la agencia intermediadora cuyo negocio lo constituye este tipo de prácticas vulneradoras de los derechos fundamentales". Además, continúa la sentencia, "como expresan tanto el Informe de la Relatora Especial como del Comité de Bioética de España, la lógica perversa de un mercado que tenga por objeto la gestación subrogada de niños favorece que estos contratos se celebren y ejecuten cada vez con más frecuencia en aquellos Estados en los que se otorgan mayores prerrogativas a los comitentes y, correlativamente, se acentúe la vulneración de la autonomía personal, la integridad física y moral y, en definitiva, la dignidad de la mujer gestante".

6. LA SALIDA: CONCLUSIONES DESDE UNA PERSPECTIVA IUSFEMINISTA.

1^a. Si efectivamente, como bien ha argumentado nuestro Tribunal Supremo, la práctica de la GS atenta contra derechos fundamentales de las mujeres y de los menores de edad, la única respuesta constitucionalmente admisible en nuestro ordenamiento sería la prohibición de este tipo de contratos, con las consiguientes consecuencias penales, tal y como de hecho se hace con prácticas como la compraventa de órganos (art. 156 bis CP) o el tráfico de menores (art. 221 CP). Además de la tipificación como delito en el Código Penal, también cabría su identificación como una forma de violencia contra las mujeres (art. 3 Convenio de Estambul). En concreto, como una forma de violencia reproductiva.

2^a. La lesión de derechos que provoca esta práctica no avalaría siquiera su regulación cuando no mediara una contraprestación económica, por varios motivos. En primer lugar, por las dificultades de conseguir una regulación absolutamente garantista de los derechos de la mujer/madre y de los menores de edad, tal y como ha puesto de manifiesto por ejemplo la experiencia portuguesa (Salazar, 2018, 114-126; Gómez, 2020). Una regulación estrictamente garantista de los derechos en juego supondría someter a límites tan rigurosos este tipo de contratos que en la práctica supondría prácticamente la imposibilidad de

su ejercicio. En segundo lugar, porque esta regulación podría abrir la puerta a que de manera fraudulenta se realizara una práctica a la que acudirían de manera exclusiva mujeres con necesidades económicas. Y, en tercer lugar, porque mantener la legitimidad de este tipo de contratos supone prorrogar un modelo patriarcal de mujer, considerada como un medio para satisfacer los deseos y necesidades de otros, marcada por la generosidad y la entrega a los demás, y en definitiva condicionada por un estatus de precariedad estrechamente vinculado a su condición natural de reproductora¹¹. En este sentido, no deberíamos olvidar que cuando el Derecho regula una determinada práctica social la dota de legitimidad y avala el imaginario que se desprende de la posición que hombres y mujeres, de manera diferenciada, ocupamos en la misma¹².

3ª. Una lógica consecuencia de lo anterior, sería la correspondiente penalización de las agencias intermediarias, de tal manera que quedara impedido, o como mínimo dificultado de manera extrema, la tramitación de este tipo de contratos de GS en el extranjero. Solo así se reduciría al mínimo la problemática del reconocimiento de la filiación de los y las menores nacidas en otros países. No bastaría, pues, como se ha planteado por el gobierno, con la prohibición de la publicidad de la actividad de dichas agencias, pues ello no impedirá en la práctica que sigan realizando contratos de GS en países que lo permitan. Es una propuesta tan limitada, e incluso absurda, como si se prohibiera la publicidad del tráfico de órganos, pero no el tráfico en sí. La mera prohibición de la publicidad de las agencias no creo que, de hecho, sirva para frenar esta práctica, sobre todo desde el momento en que por ejemplo existen diversas asociaciones consolidadas que la apoyan y que pueden ser las principales transmisoras de la información

¹¹ En este sentido, el dilema no tiene tanto que ver con el hecho de que haya una contraprestación económica – así Miguel Presno (2021, 129) se pregunta “¿qué derecho resulta menoscabado si la gestante cobra una cantidad de dinero por llevar adelante el embarazo?” - sino de qué manera está práctica contribuye a mantener la subordinación e instrumentalización de las mujeres. Lo “indigno” o “denigrante” no es en sí hacer una actividad por dinero sino el contexto relacional en el que hemos de situar una práctica a la que, en el caso de regularse, y salvo los casos puntuales de gestaciones entre familiares, acudirían mujeres con escasez de recursos.

¹² En esta línea podríamos llegar a las mismas conclusiones en el debate sobre la prostitución, en el sentido que regularla supone avalar no solo una práctica lesiva de derechos sino también una determinada construcción de lo que se entiende como “hombre” y como “mujer”, así como de las relaciones entre ambos.

sobre cómo realizar esta práctica en el extranjero y sobre quién puede facilitar la realización de dicho contrato. Una vez más, parece evidente la falta de voluntad política ante un asunto que, pese a su complejidad, dadas sobre todo las dimensiones de Derecho Internacional Privado presentes, requerirá de una respuesta legislativa mucho más contundente. En todo caso, las que no tienen mucho sentido son las posiciones intermedias entre la regulación de la práctica y su prohibición.

4ª. Con respecto a la situación jurídica de la filiación de los hijos e hijas nacidas mediante este tipo de prácticas en países donde está permitido debería regularse de manera clara y precisa, a ser posible mediante ley y no mediante una simple norma ejecutiva, el reconocimiento de la relación jurídica con el menor nacido en el extranjero. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha insistido en que nuestro ordenamiento establece como medios para que ese menor no quede en una especie de “limbo” la reclamación de la paternidad biológica de uno de los padres, si uno de ellos hubiera aportado material genético (art. 10.3 LTRHA), la adopción o el acogimiento familiar. En este sentido, sería prioritaria la derogación de las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado que facilitan el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos mediante esta práctica.

5ª. De manera paralela a estos cambios normativos, sería necesario facilitar y agilizar los procesos de adopción como la única vía legítima para el acceso a la paternidad y maternidad de aquellos sujetos que no puedan o no quieran hacerlo de forma biológica. En todo caso, por más que se facilite la tramitación administrativa o se acorten los plazos para hacer efectiva una adopción, no podemos olvidar que su finalidad no es satisfacer un deseo particular – el de ser padre o madre – sino ofrecer un marco de protección y bienestar a un menor. Este objetivo obliga lógicamente a procedimientos con las debidas garantías, lo cual implica tiempo y complejidad administrativa.

6ª. Más allá de las soluciones jurídicas que puedan adoptarse a nivel estatal, estamos ante una de esas realidades que requerirían una respuesta global, es decir, por parte del Derecho Internacional Privado y, a ser posible, mediante un tratado internacional que homogeneizara el tratamiento jurídico de esta práctica

(Durán, 2020)¹³. Ahora bien, mucho me temo que en este marco internacional la línea de trabajo vaya más en la línea de reconocer la filiación de los menores, lo cual supondría de alguna forma avalar el “turismo reproductivo”.

7^a. La prohibición de esta práctica debería situarse además en el marco más general de una Ley en la que se reconocieran los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, partiendo del principio de “autodeterminación reproductiva” y estableciendo los suficientes controles para que los cuerpos, la sexualidad y las capacidades de las mujeres queden al margen de las reglas del mercado¹⁴. Una protección que solo será efectiva si va de la mano de políticas públicas que garanticen el igual acceso de las mujeres a los bienes, recursos y oportunidades laborales, y en consecuencia su autonomía. Esa futura ley, en la que también deberían abordarse cuestiones como los derechos de las mujeres durante el parto y la prohibición de la violencia obstétrica¹⁵, debería partir de los

¹³ Esta es una de las conclusiones a las que llega el Informe del Comité de Bioética de España sobre esta materia (2017, 20), aunque también ponía de manifiesto que las posibilidades para llegar a ese acuerdo internacional son extraordinariamente reducidas. De hecho, la Conferencia de la Haya trabaja en este objetivo desde hace año, sin que todavía exista un documento. Incluyo se ha llegado a proponer la inclusión de un protocolo adicional a la CEDAW desde el punto de vista de los derechos de la mujer gestante (Bassan, 2016: 639).

¹⁴ Aunque, lógicamente, el mayor nivel de protección jurídica de estos derechos sería su reconocimiento constitucional, el cual evitaría que quedaran en manos de las mayorías parlamentarias. En este sentido, véase cómo el Proyecto de Constitución chilena actualmente en tramitación recoge de manera expresa este reconocimiento en su art. 61.1: “Toda persona es titular de derechos sexuales y reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción”. Además, en el art. 61.2 se refiere expresamente a cómo el Estado ha de asegurar “a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, un parto y una maternidad voluntarios y protegidos”.

¹⁵ Recordemos que recientemente España ha vuelto a ser condenada por segunda vez por el Comité CEDAW por un caso de violencia obstétrica: <https://www.newtral.es/violencia-obstetrica-espana-dictamen-cedaw-onu/20220716/>¹⁵ Esta es una de las conclusiones a las que llega el Informe del Comité de Bioética de España sobre esta materia (2017, 20), aunque también ponía de manifiesto que las posibilidades para llegar a ese acuerdo internacional son extraordinariamente reducidas. De hecho, la Conferencia de la Haya trabaja en este objetivo desde hace año, sin que todavía exista un documento. Incluyo se ha llegado a proponer la inclusión de un protocolo adicional a la CEDAW desde el punto de vista de los derechos de la mujer gestante (Bassan, 2016: 639).

¹⁵ Aunque, lógicamente, el mayor nivel de protección jurídica de estos derechos sería su reconocimiento constitucional, el cual evitaría que quedaran en manos de las mayorías parlamentarias. En este sentido, véase cómo el Proyecto de Constitución chilena actualmente en tramitación recoge de manera expresa este reconocimiento en su art. 61.1: “Toda persona es titular de derechos sexuales y reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo,

presupuestos críticos de la Bioética feminista (López de la Vieja, 2006), desde la que, entre otras cuestiones urgentes, deberían replantearse el marco jurídico de la reproducción humana asistida. El horizonte es claro, aunque complejo: que el cuerpo de las mujeres quede fuera de la disciplina del mercado y esté siempre al amparo del Estado de derecho y, por tanto, protegido en la triple esfera de su autonomía, dignidad e integridad, física y moral.

sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción”. Además, en el art. 61.2 se refiere expresamente a cómo el Estado ha de asegurar “a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, un parto y una maternidad voluntarios y protegidos”.

¹⁵ Recordemos que recientemente España ha vuelto a ser condenada por segunda vez por el Comité CEDAW por un caso de violencia obstétrica: <https://www.newtral.es/violencia-obstetrica-espana-dictamen-cedaw-onu/20220716/>

BIBLIOGRAFÍA

- Andrie, E. K., Sakou, I. I., Tzavela, E. C., Richardson, C., & Tsitsika, A. K. (2021). Adolescents' Online Pornography Exposure and Its Relationship to Sociodemographic and Psychopathological Correlates: A Cross-Sectional Study in Six European Countries. *Children*, 8(10), 925.
- Bassan, Sharon (2016), "Can Human Rights Protect Surrogate women in The Cross-Border Market?", en Jänterä-Jareborg, Maarit y Tigroudja, Hélène (eds), *Women's Human Rights and the Elimination of Discrimination*, Leiden/Boston: The Hague Academy of International Law, 601-640.
- Carmona, Encarnación y Redondo, Laura. (2020) "La gestación por sustitución en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista General de Derecho Constitucional*, 31, 1-34.
- Comité de Bioética de España (2017), *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, disponible en: <https://www.bioeticaweb.com/informe-del-comite-de-bioetica-de-espana-sobre-los-aspectos-eticos-y-juridicos-de-la-maternidad-subrogada/> (consultada: 09/09/22)
- Correa Da Silva, Waldimery. (2022). *Maternidad subrogada. Vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Madrid: Aranzadi.
- Durán Ayago, Ángeles. (2020). "Los trabajos en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución", *Revista General de Derecho Constitucional*, 31, 1-51.
- Flores Anarte, Laura. (2016). *Las técnicas de reproducción asistida en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Fernández, Itziar. (2020). "Incertidumbres y algunas certezas sobre la gestación subrogada en Portugal: descripción normativa y respuestas jurisprudenciales", *Revista General de Derecho Constitucional*, 31, 1-41.
- López de la Vieja, Teresa (coord.) (2006). *Bioética y feminismo. Estudios multidisciplinares de género*. Salamanca, ediciones de la Universidad de Salamanca.

Nuño Gómez, Laura. (2020). *Maternidades S.A. El negocio de los vientres de alquiler*. Madrid: La Catarata.

Presno Linera, Miguel (2021). "Gestación por sustitución, autonomía personal y dignidad de la mujer gestante", en Carrió Sampedro, A. (ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Madrid: Marcial Pons, 109-130.

Salazar Benítez, Octavio (2018) *La gestación para otros. Una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*. Madrid: Dykinson.

Trujillo, Gracia. & Robles, Lola. (2021). *Un diálogo sobre la gestación subrogada*. Madrid: Útero libros.