



La interdicción de la mercantilización del cuerpo humano como prius ontológico de la dignidad humana

The prohibition of the commodification of the human body as an ontological prius of human dignity

Laura Nuño Gómez

Recibido: 03/12/2022

Aceptado: 27/02/2022

RESUMEN

El alcance de la dignidad humana, como principio y valor constitucional, representa un debate no exento de polémica en la dogmática jurídica. Una interpretación expansiva y evolutiva de su contenido material obliga, necesariamente, a la interdicción de la mercantilización o instrumentalización del cuerpo humano y a la defensa del imperativo kantiano que impide que un ser humano sea considerado un medio y no un fin en sí mismo. Los vientres de alquiler, o la denominada gestación subrogada, representa un ejemplo paradigmático donde confluyen la instrumentalización y mercantilización de gestantes y menores. El presente artículo analiza la compatibilidad entre las cláusulas de los contratos gestacionales y la dignidad como principio inherente a toda persona humana. Examina, a su vez, los derechos fundamentales que pudiera vulnerar la práctica a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 277/2022, de 31 de marzo) y del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 13 de julio de 2022.

Palabras clave: gestación por sustitución, dignidad, derechos de las mujeres, derechos del niño/a, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The scope of human dignity, as a constitutional principle and value, represents a debate which is not exempt from controversy in legal dogmatics. An expansive and evolutionary interpretation of its material content necessarily requires the prohibition of the commodification or instrumentalization of the human body

Laura Nuño Gómez es Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos, Investigadora Principal del Grupo de Investigación Alto Rendimiento Feminismo y Género (GIAR FEMGEN), Coordinadora del Grupo de Innovación Docente para la inclusión de los estudios de género en los Grados Universitarios (GID-IEG) y Coordinadora del Grado de Igualdad de la URJC. Contacto: laura.unno@urjc.es. ID: <http://orcid.org/0000-0001-6794-5402>

Cómo citar este artículo: Nuño Gómez, **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**(2023). La interdicción de la mercantilización del cuerpo humano como prius ontológico de la dignidad humana. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, 8 (2), 08-41. doi: <https://dx.doi.org/10.17979/arief.2023.8.2.9399>

and the defense of the Kantian imperative that prevents a human being from being considered a means and not an end in itself. So-called surrogacy, represents a paradigmatic example where the instrumentalization and commodification of pregnant women and minors come together. This article analyzes the compatibility between the clauses of gestational contracts and dignity as a principle inherent to every human person. And it examines, also, the fundamental rights that the practice could violate in light of the recent jurisprudence of the Supreme Court (STS 277/2022, of March 31) and the Opinion of the European Economic and Social Committee on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against violence against women and domestic violence, of July 13, 2022.

Keywords: surrogacy, dignity, women's rights, children's rights, Fundamental rights.

1. INTRODUCCIÓN

Los avances en investigación biológica e ingeniería genética, la normalización de nuevos modelos familiares, que no responden al mandato tradicional de familia heteropatriarcal, y el retraso en la edad media del primer embarazo de las mujeres en el entorno occidental, ha provocado el desarrollo de una lucrativa industria gestacional que ofrece diferentes soluciones a los problemas de fertilidad estructural o sobrevenida. Entre las mismas, la denominada gestación comercial, el contrato por el cual una mujer fértil gesta criaturas por encargo personalizado y cede las mismas a terceras personas, representa un servicio que se ofrece en el mercado como si de una técnica de reproducción humana más se tratara.

Hasta la fecha, no existe un marco jurídico internacional o europeo que contemple una práctica que implica, por una parte, la mercantilización de la capacidad reproductiva de las mujeres y, por otra, de las y los menores producto de la gestación. En el caso español, el contrato gestacional se considera nulo, pero las empresas comercializadoras ofrecen dichos servicios en países donde gozan

de validez sin demasiada complicación. Todo lo cual está permitiendo, por la vía de los hechos y del silencio, la extensión globalizada de una industria gestacional.

Pero la ausencia de un marco normativo específico, si bien está permitiendo un notable incremento de la industria gestacional, no es óbice para considerar que las estipulaciones del contrato gestacional pueden violar derechos humanos que sí están reconocidos en diferentes instrumentos y normas internacionales. Si, como afirma el Tribunal Supremo STS 277/2022), ello supone un trato inhumano y degradante que vulnera la integridad de física y moral de las personas, se estaría trasgrediendo, entre otros, el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la unión Europea, el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 4 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, así como los instrumentos internacionales en materia de autonomía y libertad sexual y reproductiva de las mujeres¹.

En cualquier caso, sean cuales fueren las condiciones contractuales, incluso en las condiciones menos abusivas, la comercialización de seres humanos y la cosificación de las mujeres, en tanto medios reproductivos, vulneraría el imperativo kantiano que impide considerar a una persona como un medio y no un fin en sí mismo y, con ello, la dignidad inherente a todo ser humano. Como señala Héctor Gros “la dignidad humana apareja el necesario respeto de la

¹ En el caso español se estaría desoyendo la protección del interés superior del menor (art. 39.4 CE) o el derecho a la salud (art. 43 CE) e incluso derechos fundamentales como la integridad física y moral de las gestantes (art. 15 CE), su libertad deambulatoria (art. 19 CE) y su derecho a la intimidad (art. 18 CE).

dignidad del cuerpo humano... El cuerpo humano, que no puede ser nunca considerado como un objeto” (Gross, 2003:201).

Conviene recordar que, en el marco internacional, no fue hasta mediados del siglo pasado cuando la universalización del respeto a la dignidad fue incluida en el Preámbulo la Carta de las Naciones². Pese a la innovación normativa que ello supuso, la inclusión en dicha parte expositiva le otorgo un valor meramente declarativo. Reconocimiento que se vería reforzado con la posterior inclusión en la parte dispositiva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo primero recoge que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”³.

Desde entonces el sentido ontológico de la dignidad representa un elemento distintivo e inherente a toda persona humana, alejándose de la concepción previa que consideraba la misma según una acepción axiológica, meritocrática o conductual. El nuevo imperativo de la universalidad del sentido ontológico de la dignidad tuvo como consecuencia la defensa de la inviolabilidad de los derechos humanos a través de los cuales se protege o se expresa la misma como fundamento del orden político y la paz social. No en vano, será la fórmula utilizada en el texto constitucional español, según el cual “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE).

² Aunque con otra proyección, el antecedente será la Declaración de Filadelfia sobre los objetivos y fines de la Organización Internacional del Trabajo de 1944.

³ Desde la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la dignidad se contempla en la gran mayoría de los Preámbulos de las Declaraciones y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y, a su vez, en la parte dispositiva de algunos instrumentos como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 1) o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José (art. 5.2 y art. 11).

Empero, la dignidad en un sentido ontológico universal, como un derecho inherente a todo ser humano, choca todavía con una consideración axiológica según la cual, sólo cabía atribuir la misma a aquellos sujetos que respondían al universalismo homogeneizante (hombres blancos heterosexuales con un determinado nivel de renta). Lo que permitió, durante siglos, que la dignidad, o el honor como expresión de esta, fuera un privilegio sólo a ellos reservado. Por fortuna, el Derecho Internacional no responde a tal criterio, sino que ha asumido la dignidad como atributo universal inherente, intrínseco e indisponible de toda persona. Una innovación ética y normativa que obligaría a la interdicción de la mercantilización de seres humanos que conllevan los vientres de alquiler como *prius* ontológico y condición *sine qua non* del respecto a la dignidad humana.

1. EL TRATAMIENTO INTERNACIONAL Y EUROPEO DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Sin embargo, en la medida que no existe normativa internacional específica sobre la materia, existe un amplio margen interpretativo en función de la consideración de los derechos que vulnera la práctica. En suma, si son de aplicación los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos que reconocen la dignidad y la integridad física y moral como derechos inherentes todo ser humano y aquellos que prohíben el tráfico o venta de menores⁴.

⁴ Entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José), la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención de Naciones Unidas contra la Esclavitud, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) y el Protocolo Facultativo vinculado a la misma, el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Hasta la fecha, sólo se han producido pronunciamientos nítidos por parte de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que alerta sobre el tráfico y la venta de niños/as que puede implicar, del Parlamento Europeo, que incide en la mercantilización del cuerpo de las mujeres que ello supone, con la consecuente vulneración de su dignidad personal, y del Consejo Económico y Social de la Unión Europea que considera la gestación comercial como un forma de violencia de género.

Así, en el primer caso, los sucesivos informes emitidos en 2017 y 2018 recogen la inquietud de la Relatora ante la expansión de una práctica que ha supuesto una reducción de las adopciones internacionales⁵. Por ello, y a efectos de garantizar el interés superior del/la menor, recomienda a los Estados extremar la vigilancia para evitar la venta o la adopción ilegal de niñas/os nacidos mediante gestación subrogada.

A su vez, el Parlamento Europeo en su Resolución de 17 de diciembre de 2015⁶, considera la gestación subrogada “contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima”, conminando a examinar con urgencia la legalidad de una 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”⁷ a la luz de los diferentes instrumentos

⁵ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. A/HRC/37/60. Consejo de Derechos Humanos. 37º período de sesiones. 26 de febrero a 23 de marzo de 2018. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/HRC/37/60>.

⁶ Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto, 2015/2229(INI).

⁷ Como es sabido, la expansión del mercado gestacional no es neutral en términos territoriales o de clase social. El turismo reproductivo es más frecuente en países con estados débiles o con una deficiente protección de los derechos de las mujeres, en los que es más probable encontrar jóvenes fértiles que se sometan (o sean sometidas) a la práctica por precios más asequibles. Respecto a su perfil socioeconómico,

de derechos humanos. Entre otros, la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸ que recoge en su artículo tercero el derecho a la integridad física y psíquica de toda persona y la interdicción de la utilización del cuerpo humano como “objeto de lucro”.

Recientemente, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Pleno de 13 de julio de 2022, recogió ambas propuestas en sus observaciones específicas manifestando que “El CESE comparte la inquietud de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas por el incremento de la denominada gestación subrogada. Coincide con la expresión manifestada por el Parlamento Europeo, que la considera una forma de explotación reproductiva que vulnera la dignidad de las mujeres. Por tanto, entiende que dicha práctica — cuando sea negocio jurídico donde medie lucro o beneficio de cualquiera de las partes, incluida la publicidad —, debe considerarse como una forma de violencia contra las mujeres y contemplarse al mismo nivel que la explotación sexual (incluyéndola en el capítulo 2 y en el artículo 1)”⁹.

En suma, el citado Dictamen propone que la gestación comercial se incluya en el artículo primero de la propuesta de Directiva, relativo al objeto de la misma, con delitos como la violación (art. 5), la mutilación Genital Femenina (art. 6), el intercambio no consentido de material íntimo o manipulado (art. 7), el acoso cibernético (art. 8 y 9) o la ciberincitación a la violencia o al odio (art. 10)

las gestantes son, en su mayoría, mujeres sin recursos, especialmente vulnerables o socialmente excluidas. Muchas carecen de formación, más del 40% están desempleadas o reciben ayudas sociales y solo un 4% tiene estudios superiores. Fuente: <https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/>.

⁸ Estrasburgo, 12/12/2007, Publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea: Diario Oficial N.º. C. 303, de 14/12/2007. Entrada en vigor: 1 de diciembre de 2009.

⁹ Observación específica 3.12. [COM(2022) 105 final] SOC/726

contemplados en el capítulo segundo. Debiendo preverse sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 12) y agravantes como la situación de vulnerabilidad, la amenaza o coacción, daños físicos o psicológicos severos para la víctima o la reincidencia (art. 13)¹⁰ como en el resto de los delitos apuntados.

En el ámbito de actuación del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos prioriza, en primer lugar, la protección de las y los menores sobre el cumplimiento de las diferentes legislaciones estatales y, una vez garantizada la primera, la normativa interna de cada Estado sobre las pretensiones de los comitentes. De forma tal que, si el derecho a la vida familiar que se vulnera es el del menor o la menor, propone su adopción, pero si el daño se produce solo respecto a la vida familiar de los/as aspirantes a progenitores, confirma la decisión estatal que deniega la misma¹¹.

Según su interpretación, la ilegalidad de la práctica en el país de destino no puede dar lugar al rechazo a la tutela de un menor porque vulnera su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Por el contrario, avala el criterio estatal de la denegación de filiación cuando no existe transferencia genética ni ha transcurrido el tiempo suficiente de convivencia para que el menor o la menor haya desarrollado vínculos afectivos con la parte subrogante. Como fue el caso de las Sentencias de 19 de enero de 2017 y de 24 de enero de 2017, en las que el TEDH

¹⁰ En sus conclusiones y recomendaciones considera imprescindible incluir en la citada Directiva “todas las formas de violencia contra las mujeres como pueden ser la violencia institucional, la explotación sexual y reproductiva, el acoso laboral, la violencia de género en el ámbito familiar, la sumisión química, el acoso callejero, el acoso sexual por razón de sexo y/o género, o la esterilización forzosa de las mujeres con discapacidad, entre otras”. Y, en concordancia con el Parlamento Europeo y la CEDAW propone el uso del término “mujeres en prostitución en sustitución del concepto trabajadoras sexuales”.

¹¹ Ver TEDH. Foulon y Bouvet c. Francia, de 21 de julio de 2016, Labasse c. Francia, sentencia nº 65941/11, de 26 de septiembre de 2014, Mennesson c. Francia, sentencia nº 65192/11 de 26 de junio de 2014 o Paradiso y Campanelly c. Italia, sentencia nº 25358/12, de 24 de enero de 2017. Para un análisis en profundidad de las dos últimas Sentencias, ver Salazar, 2018.

desestimo las pretensiones de la parte demandante de posesión de estado, apoyando la decisión de las autoridades italianas en la denegación de sus pretensiones.

Sin embargo, frente a tales posiciones, instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, aprueban tácitamente la gestación comercial porque cumple tanto con el deber de las naciones deudoras de explotar y exportar “todos sus recursos naturales” como el de reducir el crecimiento demográfico en países superpoblados al poner la capacidad reproductiva de las mujeres al servicio de terceros no nacionales (Federici, 2014:120).

Por su parte, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, amparándose en la vía de los hechos y en clásico argumento del “dado que existe”, propuso, en el mes de octubre de 2020 establecer un marco común para reconocer internacionalmente la validez de las sentencias extranjeras relativas a la filiación por paternidad y maternidad por gestación subrogada, recomendando la elaboración de un protocolo ad hoc para su reconocimiento. Una propuesta que parece ignorar que la compra-venta de criaturas viola el orden público internacional, el artículo 21.d de la Convención de los Derechos del Niño, que establece que “Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella” y el propio Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, que exige que la renuncia a la filiación de la madre sólo sea válida si no media pago o remuneración alguna y si se produce tras el nacimiento de la criatura, nunca antes.

En este sentido, una de las iniciativas más interesantes es la Convención promovida por la Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación por Sustitución (CIAMS). La propuesta de Convención, hecha pública el 9 octubre de 2020 por la citada ONG¹², recoge en sus doce artículos medidas encaminadas a “prevenir y prohibir el uso de la gestación por sustitución y todas las acciones que implementen, promuevan, alienten, permitan o faciliten esta práctica”.

Así, en su artículo primero, relativo a su objeto y finalidad, incluye el compromiso para “reafirmar el principio de que el cuerpo humano no será objeto de convenios o contratos y que la ley no violará en modo alguno los límites y el respeto de la persona humana, reconocer que la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres, incluso a través de la gestación por sustitución, ya sea comercial o descrita como altruista, es intrínsecamente violenta contra la mujer y, como tal, constituye una violación de los derechos fundamentales de los seres humanos” y, a su vez, que “el uso de la gestación por sustitución es siempre contrario a los intereses del menor, que son: 1) no ser comprado ni vendido ni regalado, y 2) en la medida de lo posible, tener acceso a sus orígenes, conocer a la madre que lo trajo al mundo y ser criado por ella”. Consecuentemente, en su artículo 2, prevé que “las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otra índole necesarias para prohibir, prevenir, disuadir y castigar el uso de la gestación por sustitución... mediante la aplicación de sanciones civiles y penales”.

¹² Disponible en: <http://abolition-ms.org/es/noticias/convencion-internacional-para-la-abolicion-de-la-gestacion-por-sustitucion/>

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN EL ESTADO ESPAÑOL.

Desde la primera regulación existente en 1988, hasta la fecha, la legislación española ha considerado nulo el contrato gestacional. Así, el numeral primero del artículo 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (LTRHA), recogía que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”, estableciendo en su numeral segundo que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. En suma, que la madre será aquella que lleve a término la gestación. Disposición que mantuvo su literalidad la regulación posterior del año 2006¹³, renovando la nulidad de dicha práctica en su nuevo artículo décimo.

Pero, en la medida que nuestro ordenamiento jurídico prevé su nulidad, que solo afecta a la eficacia del contrato, pero no contempla un ilícito penal por compraventa de niños/as, conseguida la filiación, la nulidad está de facto sorteada. No en vano, en nuestro país existen rentables comercializadoras especializadas en la gestación comercial que ofrecen diferentes opciones ajustadas a la situación personal, los deseos y a la capacidad económica de cada cual¹⁴, se celebran ferias comerciales que promocionan la misma y se permite la publicidad. Escenario, que contraviene el numeral primero del artículo tercero de Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que considera ilícita toda difusión comercial “que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución”¹⁵.

¹³ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

¹⁴ Para un análisis de la legislación comparada en la materia, ver Nuño, Laura (2020).

¹⁵ Fundamento Jurídico Sexto, STS 277/2022.

En este sentido, el Proyecto de Ley Orgánica 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 embarazo, define en su Exposición de motivos la gestación por sustitución como una “forma grave de violencia reproductiva”, comprometiéndose a “tomar medidas en el ámbito de la prevención y de la persecución”. Pese a ello, el desarrollo de la citada norma sólo incluye dos artículos relativos a su difusión pública. El artículo 32 recoge 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”. Y, en concordancia con su contenido, el artículo 33 contempla la prohibición de su promoción comercial encomendando a las Administraciones Públicas “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”¹⁶. Pero, pese a la bienvenida atención a la cuestión y el valor propedéutico de tal reconocimiento, la prohibición de una publicidad cuya declaración de ilicitud sólo se producirá mediante acción judicial que, en caso de estimar la misma, puede ser rápida y fácilmente sustituida por otra con similares intenciones y objetivos, no parece aventurar cambios significativos.

En este sentido, quizás conviene advertir que, aunque la LTRHA es clara respecto a la nulidad del contrato, los poderes públicos no comparten una posición común respecto a la consideración de la inscripción registral. Hasta la fecha, el Ministerio

¹⁶ Conviene advertir que el texto del Anteproyecto incluía una referencia explícita a la vulneración de la dignidad personal que supone la práctica. De forma que el numeral primero del artículo 33 inicialmente rezada “Las Administraciones Públicas promoverán la eliminación de cualquier tipo de publicidad que tenga por finalidad la mercantilización de la salud reproductiva por parte de terceras personas, por intentar contra la dignidad de las mujeres”. Sin embargo, tal referencia fue eliminada en el Proyecto de Ley.

Fiscal y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo han desautorizado la validez de la filiación, pero la práctica real es que las diferentes empresas comercializadoras y los comitentes consiguen la misma, por la vía de los hechos, sin demasiada dificultad.

La medida institucional más controvertida es, sin duda, la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que permite su inscripción en las embajadas o consulados españoles en el extranjero. En su defensa se postuló que dicha Resolución tenía por objeto dar cumplimiento del artículo 23 de la ley del Registro Civil, así como los artículos 81 y 85 de su Reglamento, que permiten reconocer una relación de filiación válidamente establecida previamente por una autoridad judicial extranjera en el marco de lo contemplado por Ley de Cooperación Jurídica Internacional¹⁷.

El argumento que acompañó la aprobación de la citada Instrucción fue que su pretensión era eliminar los impedimentos que los hombres sin pareja o las parejas de hombres encontraban a la hora de inscribir la filiación. En caso de uniones heterosexuales, la práctica habitual hasta entonces era aseverar que el niño o la niña era fruto de una relación extramatrimonial del varón y presentar la renuncia o la cesión de la patria potestad de la gestante. En la práctica, permitió agilizar los trámites, admitiendo por la vía de los hechos la filiación de los niños y niñas fruto de contratos gestacionales¹⁸.

¹⁷ En este sentido se pronunció el director general de los Registros y del Notariado, en comparecencia parlamentaria celebrada el 29 de noviembre de 2017. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Igualdad. Año 2017 XII LEGISLATURA Núm. 394 Pág. 32. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-394.PDF.

¹⁸ Conviene advertir que la citada Resolución no ha estado exenta de polémica. Año y medio antes, en la Resolución emitida el 18 de febrero de 2009 la DGRN autorizó la filiación de las y los menores si existía una

Desde entonces, el procedimiento más habitual es la certificación registral aportando la resolución judicial dictada por el tribunal competente o prueba de ADN que determine la transferencia genética del progenitor que solicita la filiación y un certificado médico con la identidad de la gestante, su consentimiento “libre e informado” y la irrevocabilidad de la renuncia a la filiación. Pero la modificación del Reglamento General de Protección de Datos europeo¹⁹, que entró en vigor a principios del año 2019, incluyó el material genético como un dato sensible y, por tanto, prohibió la recogida de ADN en las embajadas y consulados; provocado reiterados conflictos en aquellos casos en los que no se aporta resolución judicial sino certificación consular²⁰.

válida certificación registral extranjera, en contra del criterio mantenido por el Registro Consular de California. La citada Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal, invalidándose, finalmente, el 15 de septiembre de 2010 por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia (SJPI núm. 15), ante la cual se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (826/2011, de 23 de noviembre) y de casación ante el Tribunal Supremo (ST núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014). No obstante, veinte días después de haberse hecho pública la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, el 5 de octubre de 2010, la DGRN emitiría la instrucción vigente en actualidad. Aunque sin éxito, unos años después, el Partido Popular en la tramitación parlamentaria de la reforma de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, presentó una enmienda solicitando la inclusión del criterio asumido por la DGRN en dicha Resolución. A su vez, el 14 febrero de 2019 la DGRN volvió a dictar una nueva Instrucción relativa a la “Actualización del Régimen registral de la Filiación de los nacidos mediante Gestación por Sustitución” en la que asumía que, en el supuesto de donación de óvulos por parte de la comitente, se creaba un vínculo sanguíneo similar al criterio exigido en el numeral segundo del artículo 10 de la LTRHA para el reconocimiento de la maternidad. Dicha Instrucción sería derogada cuatro días después, permaneciendo vigente, por tanto, el procedimiento de inscripción de la filiación de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

¹⁹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Aunque entró en vigor el 25 de mayo de 2016, estableció una moratoria de dos años para que empresas, organizaciones e instituciones se adaptaran su funcionamiento a su cumplimiento. En el caso español, la RGPD obligó a sustituir la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que entró en vigor el 6 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

²⁰ Uno de los casos más mediático se produjo en julio de 2019 cuando el consulado en Kiev denegó la solicitud de filiación de veinte parejas españolas. En julio de 2019, la embajada española en Ucrania difundió un comunicado desaconsejando acudir a dicho país. En el mismo notificaba que “las autoridades españolas no pueden hacerse responsables de las promesas y afirmaciones hechas por agencias privadas que realizan fuera de España una actividad no amparada por la ley española”.

A su vez, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en contra del criterio mantenido hasta entonces por el Instituto Nacional de Seguridad Social, reconoció, en el año 2016, la prestación del permiso por maternidad en los supuestos de filiación por gestación subrogada como un derecho al cuidado que asiste a las y los menores.

Posición contraria a la de la DGRN y la Sala Social del Tribunal Supremo mantienen la Sala de lo Civil o la Fiscalía General del Estado. Ésta última se ha opuesto en reiteradas ocasiones a la inscripción en el Registro Civil de las niñas y niños nacidos en otros países mediante vientres de alquiler por considerarlo un contrato nulo contrario al ordenamiento público español. No en vano, la fiscalía ha abierto decenas de diligencias, tanto respecto a la filiación como por falsificación de pruebas biológicas que determinan la supuesta paternidad.

Por su parte, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se manifestó por vez primera sobre este asunto en febrero de 2014²¹, declarando el contrato de gestación como una práctica contraria al orden público español que atenta, por una parte, contra la integridad física y moral de las gestantes y, a su vez, contra la dignidad tanto de las mujeres como de los menores; pudiendo incurrir, por tanto, en causa de inconstitucionalidad²². Un año después, el Auto del Pleno de la Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2015 se manifestó en el mismo sentido

²¹ Recurso de casación interpuesto contra la sentencia número 826/2011, de 23 de noviembre, dictada por la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, promovido por el Ministerio Fiscal, tras la Resolución emitida el 18 de febrero de 2009, la Dirección General del Registro, citada con anterioridad.

²² Como señala María Luisa Balaguer, “es cierto que hay una norma que expresamente ordena que la filiación lo es para la madre en virtud del parto, pero el Tribunal eleva el nivel de exigencia legal a causa de inconstitucionalidad por ir contra la dignidad reconocida en el art. 10.1 CE. Es ilegal, por inconstitucional, el contrato que tenga como objeto la prestación de un embarazo por sustitución en nuestro ordenamiento por la consideración que este contrato tiene respecto de la necesaria dignidad de la mujer, que queda devaluada como sujeto, para convertirse en un objeto”. (Balaguer, 2017: 26). Para un riguroso análisis sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional véase Balaguer, 2022, 206 y ss.

dictaminando que “constituye una infracción de normas destinadas a evitar que se vulneren la dignidad de la gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación... permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza”.

Más recientemente, en Sentencia de Pleno 277/2022, de 31 de marzo, el Tribunal Supremo ratificó con mayor contundencia dicha posición afirmando, en su Fundamento de Derecho Tercero, que “la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los Convenios internacionales sobre derechos humanos” y es “contraria (manifiestamente contraria, podemos precisar) al orden público español”.

La citada Sentencia recoge en el numeral segundo del Fundamento de Derecho primero las estipulaciones concretas del contrato suscrito entre la gestante y la comitente²³. Por su extensión, no se reproducen íntegramente, pero cabe apreciar que las mismas obligan a la gestante a renunciar a todos los derechos de confidencialidad médica o psicológica, a cualquier decisión relativa a pruebas médicas, de consumo de alcohol o tabaco (se prevén pruebas al azar a petición de la comitente sin previo aviso), de alimentación (con la prohibición expresa de consumo de carne o pescado crudo), práctica deportiva o sexual, reducción embrionaria, de la elección de hospital de referencia o método de alumbramiento (con la previsión expresa de cesárea). A su vez, limitan su libertad deambulatoria, con la renuncia expresa para salir del país o cambiar de domicilio, contemplando, en una cláusula específica prevista en supuestos de emergencia médica, que “en caso que la gestante sustituta sufriera cualquier enfermedad o lesión

²³ Disponible en: <https://www.newtral.es/wp-content/uploads/2022/04/Sentencia-Tribunal-Supremo-2022-gestacion-subrogada.pdf?x24211>.

potencialmente mortal (como por ejemplo muerte cerebral) la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico”.

Por último, la gestante firma el consentimiento informado de conocer y aceptar “todos los riesgos derivados del proceso antes, durante y después de la entrega del niño, incluido, pero no limitando, la muerte, la pérdida de un órgano reproductor, depresión, problemas de fertilidad en el futuro, etc.”, liberando a la comitente de cualquier responsabilidad civil o penal que se derive del proceso gestacional.

Según apreciación del propio Tribunal, la imposición de tales obligaciones, con la renuncia a los derechos que supone, representa un “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”. En suma, en el ámbito estatal, supone una vulneración de los artículos 10 y 15 de la Constitución española relativos a la dignidad y la integridad física y moral y, en el internacional, del artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del séptimo del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, que prohíben los tratos inhumanos o degradantes²⁴.

Pero no sólo se conculcan derechos inalienables e indisponibles asociados a la dignidad de la gestante, sino de las o los menores. Según la citada Sentencia el contrato gestacional puede ser considerado como la «venta de niños» tipificada en el artículo 2 a) del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del

²⁴ Idéntica previsión se recoge, a su vez, en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José) y en el artículo 5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

Niño de Naciones Unidas (CDN)²⁵, porque “concurren los tres elementos exigidos en dicha definición: a) «remuneración o cualquier otra retribución»; b) el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por la entrega del niño)” (FJ 3º).

Según la misma, dicho intercambio que “resulta gravemente lesivo para la dignidad e integridad moral del niño (y puede también serlo para su integridad física habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes) que se le considere como objeto de un contrato, y atenta también a su derecho a conocer su origen biológico”. Último derecho recogido en los artículos 7 y 8 de la CDN que reconocen el derecho de las y los menores de conocer sus orígenes y su identidad y determina la responsabilidad estatal directa en su protección y tutela²⁶.

3. LA LLAMADA GESTACIÓN ALTRUISTA: ¿MEDIOS RREPRODUCTIVOS O SUJETOS SOLIDARIOS?

Frente a la inseguridad jurídica y la incertidumbre que provoca la actual regulación, han surgido algunas propuestas que instan a su penalización por ser contraria al orden público internacional y al respeto a la dignidad y otras que, por el contrario, proponen su regularización. Como ocurre con las posiciones que

²⁵ Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) de Naciones Unidas relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Según el mismo, “por venta de niños se entiende todo acto 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”. Asamblea General. Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Ver también el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, de 15 de enero de 2018.

²⁶ En concreto, los artículos 7 y 8 de la CDN establecen que, que los/as niños/as tendrán derecho “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres” (art. 7) y que “los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (art. 8).

propugnan la legalización del sistema prostitucional²⁷, los discursos que justifican la legitimidad de la comercialización del embarazo como una “técnica” de reproducción humana asistida defienden que es un contrato válido porque opera la libre elección entre las partes.

Según sus tesis, la interdicción de la práctica representa un acto de paternalismo, infantilización o, incluso de machismo, que impide que las mujeres ejerzan el derecho a decidir sobre su cuerpo. Pero, como acertadamente señala Carmen Delgado “la recurrencia al mutuo acuerdo entre dos partes igualmente interesadas y libres, que intercambian servicios... sin que importe la posición de los intervinientes ni las condiciones en que se efectúa, ni la equiparabilidad del valor de lo que se intercambia, etc. evoca la imagen de un *feminismo líquido* diluyéndose en la nueva modernidad”²⁸ (2018:88).

También se recurre a argumentos característicos del relato regulacionista que defienden la conocida teoría del “mal menor”, según la cual, dado que existe de facto, mejor legalizarla de iure para impedir abusos. En suma, permitir la explotación, pero vigilada, con ciertos límites. La similitud entre los argumentos en defensa de la legitimidad de la comercialización de la explotación sexual y reproductiva son francamente similares. Apenas cabe apreciar algunos matices como la defensa del Interés superior del menor, para el caso de los vientres de alquiler, o de la sexualidad como algo libre y espontáneo en el que no median relaciones de poder, en el supuesto de la prostitución.

²⁷ Para un reciente análisis sobre la cuestión Rodríguez Magda, Rosa María (2022) Hacia el Final de la Prostitución. Abolicionismo y dignidad de las mujeres. Madrid: CEPC.

²⁸ Delgado Álvarez, C. (2018). Disonancias entre discurso y realidad empírica de la prostitución. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, 3(1), 85-112. <https://doi.org/10.17979/arief.2018.3.1.3268>.

Aunque en ambos mercados se reifica, cosifica y explota a las mujeres, el tráfico mercantil también difiere. Así, mientras en el sistema prostitucional las mujeres perciben una remuneración variable por el libre acceso a su cuerpo, en la gestación comercial lo que se mercantiliza y el objeto del contrato es un ser humano según encargo personalizado. Aspecto, especialmente relevante, no solo porque, como se ha señalado con anterioridad, convierte a un ser humano en objeto del tráfico comercial, sino porque, además, desplaza el proceso de gestación de la lógica sanitaria a la del mercado y, a su vez, puede incurrir en el ilícito penal recogido en el artículo 220.2 y 221.1 del Código Penal relativo a la entrega o cesión de menores cuando media compensación económica.

Pero, si bien es cierto que el mercado prostitucional se ampara en la histórica naturalización y banalización de la explotación sexual de las mujeres²⁹, la mercantilización del embarazo colisiona con valores comúnmente compartidos. De hecho, resulta difícil conciliar el sincretismo que supone considerar, por una parte, la maternidad como esencia de la identidad femenina y la descendencia como símbolo del compromiso afectivo y, por otra, las mujeres como “máquinas reproductivas”, las hijas e hijos como mercancía comercial y la gestación como una actividad económica como otra cualquiera. La contradicción que representa proyectar sobre la gestante, instinto de amor maternal incondicional hacia la criatura o indiferente desafección, por fortuna, no acaba de convencer. La posibilidad de gestar criaturas bajo demanda y entregarlas sin tutela institucional por un precio pactado, en ocasiones con descuentos y promociones, tampoco.

²⁹ Aunque como apunta Beatriz Gimeno se ha producido un cambio sustancial, pasando de ser una práctica individual a una empresarial en un mercado global. Gimeno, Beatriz (2018). La nueva utilidad de la prostitución en el neoliberalismo. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, 3(1), 13-32. <https://doi.org/10.17979/arief.2018.3.1.3077>.

Con vocación de rebajar la carga ética que ello supone, al igual que el relato del proxenetismo difunde un imaginario de la mujer en prostitución como bella, emancipada y sexualmente libre, el discurso del *baby business* divulga que las gestantes son pródigas y empáticas anfitrionas que acogen la gestación de un ser humano como si su cuerpo fuera una incubadora o contenedor. Generosas portadoras de sueños ajenos que custodian el crecimiento y salud de su huésped, que son capaces de desarrollar vínculos afectivos con personas desconocidas que desean ver su anhelo de paternidad o maternidad cumplido, pero que no generan tales lazos con el fruto de su vientre. Un relato que pretende trasladar la noción de las gestantes como un mero objeto, para convertirlas en sujetos solidarios; intentando anular con ello la vulneración de su dignidad que cabría predicarse de su tratamiento como medio reproductivo.

La consideración de dicha acción como filantrópica evita el imaginario de una industria gestacional que vende bebés por encargo para la que, por fortuna, no están preparadas nuestras sociedades. Como señala Kajsa Ekis Ekman, “que las mujeres no lo hagan por dinero humaniza un poco más la maternidad subrogada... La industria adopta un rostro humano; puede presentarse incluso como un movimiento benéfico idealista integrado por almas caritativas” (2017: 220).

Y así, en una hipérbole del deber de abnegación femenina, típicamente patriarcal, y de la defensa de la autonomía de las mujeres, propia del feminismo, se les atribuye una suerte de mística procreadora y un voluntario imperativo moral de solidaridad con los deseos de terceras personas, negando necesidades o motivaciones económicas que pondrían en tela de juicio la epopeya de la empatía y visibilizarían el fondo de la cuestión.

Con objeto de ilustrar las propuestas altruistas podemos analizar, por ejemplo, las que se han presentado en el estado español. La primera iniciativa parlamentaria fue la paradójica Proposición no de Ley (PNL), presentada en febrero de 2015 por el Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia (UPyD) con la pretensión de modificar el artículo décimo la Ley de Reproducción Humana asistida³⁰. Sin embargo, las fórmulas que han tenido mayor recorrido³¹ han sido la del Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF)³², de diciembre de 2015, la Iniciativa Legislativa Popular liderada por la Asociación por la Gestación Subrogada en España (AGSE)³³ y la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario de Ciudadanos (Cds)³⁴; las dos últimas -con claras similitudes en su redacción- fueron presentadas en el mes de abril de 2017.

En los tres casos remiten a la excepcionalidad de un procedimiento que reservan a casos de infertilidad estructural o una vez agotadas “otras técnicas” de reproducción humana asistida. Sin embargo, aunque sólo contemplan la modalidad altruista, todas prevén una compensación económica resarcitoria por

³⁰ El debate de la misma en la Comisión de Justicia se puede consultar en [Debate Comisión Justicia](#).

³¹ Se excluye del análisis la propuesta de EH Bildu de 2017 encaminada a integrar la gestación altruista en el sistema público de salud para garantizar los derechos de las gestantes y de los niños/as concebidos mediante esta práctica a efectos de garantizar que una vez iniciado el proceso tuviera autonomía para decidir cualquier decisión relativa a su cuerpo, incluyendo el la IVE. Emulando la regulación canadiense, dicha propuesta incluyó la prohibición expresa de la publicidad y de las agencias de intermediación, exigiendo, a su vez, que ambas partes tengan residencia en el estado español.

³² Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución. Elaborado por el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF bajo la coordinación de Rocío Núñez, Lydia Feito y Fernando Abellán. Disponible en: <http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>.

³³ Proposición de ley de gestación subrogada. Disponible en: <http://xn--gestacionsubrogadaenespaawoc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley>.

³⁴ Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. BOE núm. 145, septiembre de 2017. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF. Conviene advertir que Ciudadanos presentó una propuesta previa, en marzo de 2016, en grupo parlamentario de Ciudadanos de Asamblea de Madrid.

molestias físicas, gastos de desplazamiento y lucro cesante en el ámbito laboral sin limitación de cuantía. Una cantidad que se deja al arbitrio de las partes (en el caso de la propuesta de Ciudadanos y la AGSE³⁵) o de la Administración Pública en la fórmula defendida por la SEF³⁶.

Pero, en la medida que resulta imposible cuantificar algo tan indefinido y personalísimo como las molestias, el coste laboral, personal o en términos de salud o integridad física y moral de una hormonación, un embarazo y un parto, si la remuneración queda al albur de las partes sería, de facto, una subrogación comercial encubierta. A su vez, la limitación de cuantía por parte del Estado tampoco genera la suficiente seguridad jurídica y provocaría un escenario similar al supermercado genético existente en la venta de óvulos (eufemísticamente denominada “donación”)³⁷.

Respecto a los requisitos previstos, las tres propuestas comparten especificidades comunes para aceptar el altruismo de las gestantes. Entre otras, que ha de tener plena capacidad de obrar, algún embarazo previo con éxito³⁸, acreditar buen estado de salud³⁹, no consumir alcohol o drogas y no padecer enfermedades hereditarias⁴⁰. Última exigencia ciertamente paradójica por cuanto en todas se

³⁵ Que recoge, a su vez, que dichas compensaciones económicas estén exentas de tributación en el IRPF.

³⁶ Responsable de fijar “unas bases homogéneas para determinar la compensación a la gestante”.

³⁷ Conviene recordar que, aunque en España la venta de óvulos está prohibida, sólo se permite la cesión de carácter altruista, son habituales las campañas promocionales que invitan a nuestras jóvenes a hiperhormonarse y vender sus óvulos a cambio de una contraprestación económica, sin que exista un control sanitario público que vele ni informe de los riesgos que conlleva para su salud.

³⁸ La AGSE exige además que el hijo/a siga con vida y la SEF que esté sano/a.

³⁹ La SEF no se conforma con la exigencia, unánimemente compartida, de demostrar un buen estado de salud físico y psicológico, sino que llega a imponer un índice de masa corporal determinado (entre 18 y 30 IMC), recomendando una horquilla que oscila entre 20 a 25 IMC.

⁴⁰ La AGSE y Ciudadanos imponen los requisitos ya existentes respecto a la donación de gametos y preembriones que, según el artículo 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece “un protocolo obligatorio... que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que

prohíbe, explícitamente, que la gestante aporte el óvulo y con ello, su carga genética. A su vez, también contemplan la obligación de estar inscrita, previamente, en el denominado Registro Nacional de Gestación por Subrogación⁴¹ y que otorgue consentimiento previo para someterse a los tratamientos médicos, estudios clínicos y evaluaciones psicológicas que se decidan antes del proceso gestacional y hasta que llegue a término. Y, con ello, que renuncie a la confidencialidad de sus datos clínicos o médicos y a los derechos contemplados en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Ciudadanos contemplaba como condición adicional la inexistencia de antecedentes penales y la SEF de “abuso sexual o físico a menores”. Solo Ciudadanos limitaba a dos el número de contratos gestacionales, el resto de las propuestas no contemplaban nada al respecto, incrementando con ello el riesgo para su salud e integridad física⁴². En lo relativo a la edad de las gestantes la mínima prevista es la mayoría de edad, salvo en el caso de la propuesta de Ciudadanos elevaba la misma hasta los 25 años. La edad máxima sólo está prevista en la propuesta de la SEF, limitándola a los 35 años.

En relación con las condiciones económicas, se exige que la gestante demuestre que tiene una situación económica estable⁴³. Lógicamente, es de aplicación la

los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia”.

⁴¹ Conviene recordar que, hasta la fecha y, pese a que se contempló su obligatoriedad tanto en la Ley de Reproducción Humana Asistida de 1988 como en la reforma de 2006, España sigue sin disponer de un Registro de Donantes de Gametos y Pre-embriones.

⁴² De hecho, existe tal consenso respecto al coste físico del proceso que todas incluyen la obligación de contratar un seguro, a favor de la gestante, que contemple una indemnización en supuestos de invalidez, secuelas físicas o fallecimiento derivadas del tratamiento, el embarazo o el parto.

⁴³ La SEF exige, adicionalmente, la expresa autorización de la pareja, si la hubiera.

legislación vigente en lo relativo a la interrupción voluntaria del embarazo y, con ello, el derecho de la gestante a paralizar la gestación por voluntad propia reconocido en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010. En cuyo supuesto, tanto la AGSE como la SEF prevén, no solo la devolución íntegra de la remuneración percibida hasta el momento, sino la obligación de indemnizar a los subrogantes por daños morales, sin especificar cuantía máxima⁴⁴.

El mayor temor de la parte subrogante y de la empresa intermediaria es que la gestante cambie de criterio y decida, finalmente, no renunciar a la filiación. Y, por ello, todas las fórmulas contemplan la firma de un contrato antes de la concepción que impida un cambio de opinión de la gestante durante el embarazo⁴⁵; al contrario de lo contemplando, por ejemplo, en el modelo “altruista” británico⁴⁶. En suma, se impone la renuncia al derecho de filiación antes de que el mismo exista⁴⁷.

En lo relativo a las comercializadoras o empresas intermediarias, poco se prevé y ninguna prohíbe su funcionamiento, como ocurre en el caso canadiense. Sólo la SEF establece que “habrán de ser obligatoriamente sin ánimo de lucro

⁴⁴ La AGSE propone, además que, en dicho supuesto, sea expulsada del Registro nacional de gestación por subrogación.

⁴⁵ Ciudadanos y la AGSE exigen que, antes de iniciar cualquier tipo de técnica de reproducción humana asistida, la gestante eleve a escritura pública notarial su conformidad, mientras que la SEF exige aprobación judicial expresa antes de la inseminación.

⁴⁶ Que establece un plazo de seis semanas, tras el nacimiento, para que la gestante se ratifique en la renuncia a la filiación.

⁴⁷ Un procedimiento que ignora la recomendación de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de Naciones Unidas que recoge en sus conclusiones que, “la madre de alquiler no deberá estar obligada a renunciar a su propia condición con arreglo al contrato de maternidad subrogada... su acto deberá ser gratuito y derivar de sus propias intenciones con posterioridad al parto y no de ningún tipo de obligación jurídica o contractual”. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. A/HRC/37/60136. Consejo de Derechos Humanos (37º período de sesiones, 26 de febrero a 23 de marzo de 2018). Disponible en: <http://undocs.org/es/A/HRC/37/60>.

(asociaciones de pacientes, fundaciones, ONG y similares)”, pero sin embargo contempla una remuneración por los servicios prestados.

Como se puede apreciar las propuestas son bastante similares, pero en algunos aspectos difieren. Donde existen mayores discrepancias es en lo relativo a la transparencia del proceso o al anonimato de la gestante y, con ello, del cumplimiento de lo estipulado por la CDN relativo al derecho de los y las menores de conocer su origen e identidad. La AGSE prohíbe que la inscripción en el Registro Civil refleje ningún dato del que pueda inferirse que se ha recurrido a la gestación subrogada, la SEF lo deja al arbitrio de las partes y Ciudadanos recoge la obligación contractual de reflejar su identidad.

¿Qué se exige a la parte comitente? Sólo Ciudadanos preveía una edad mínima y máxima que oscilaba entre los 25 y 45 años, la obligación de aportar el material genético, tener nacionalidad española o residencia en el país (requisito que contempla también la AGSE), plena capacidad obrar y actitud o motivación suficientes. Últimas dos difusas y ambiguas exigencias que prevé, a su vez, la SEF a las que incorpora los requisitos adicionales de buen estado de salud mental y carecer de trastornos alimentarios, adictivos, de maltrato infantil o antecedentes de abuso sexual o físico.

A la luz de las exigencias previstas para ambas partes, resulta llamativo el desequilibrio existente entre los requisitos económicos, de conducta o de salud que se exigen a la gestante y los que se prevén parte la parte beneficiada del supuesto altruismo que, como colofón, será la responsable de la custodia y tutela de un o una menor de edad. Las gestantes ponen en riesgo su salud, su integridad física y mental, renuncian a la confidencialidad de sus datos médicos, a sus

derechos como paciente, a su libertad deambulatoria y al libre desarrollo de su personalidad, mientras que para los comitentes no se contempla ni siquiera las pruebas de idoneidad o las obligaciones preadoptivas y postadoptivas establecidas en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

El examen de los requisitos previstos en las supuestas propuestas altruistas no parece atenuar, en modo alguno, la vulneración de la dignidad y la integridad física y moral de la gestante que supone la práctica. Habida cuenta de las obligaciones y condiciones que se exigen, no cabe pronosticar una suerte de “efecto llamada” entre jóvenes españolas que abracen con entusiasmo la idea de gestar para terceros, pero sí un incremento del turismo reproductivo en aquellos países donde es legal. No en vano, la experiencia del caso británico, por ejemplo, ilustra el fracaso o el fraude de la supuesta modalidad altruista. Su legalización no disparó los contratos gestacionales entre ciudadanas inglesas, sino en la India, donde se superaron los doce mil anuales.

Resulta francamente inverosímil defender la existencia de altruismo en tales condiciones o una preocupación real por el interés superior del menor. Lo que parece factible, incluso previsible, es que una legalización de dicha modalidad permitiera blanquear la industria gestacional. Porque ningún tipo de regulación puede garantizar que, incluso con la fórmula más restrictiva, la contraprestación económica no encubra de facto gestaciones comerciales.

4. EL RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD DE LA MUJERES: NOMOS LEGAL CONTRA NOMOS CULTURAL

Desde que la dignidad se reconociera en la Carta de Naciones Unidas y en Declaración Universal de Derechos Humanos como un elemento intrínseco y

común “de todos los miembros de la familia humana”, es bastante infrecuente encontrar un instrumento internacional en materia de derechos humanos que no invoque la dignidad humana como piedra angular del marco interpretativo y fundamento de los Derechos Humanos. Por su parte, el ordenamiento jurídico comunitario, a través de la opinión expresada por su Tribunal de Justicia (TJUE), considera la dignidad humana como un principio general del derecho⁴⁸.

En nuestro ordenamiento constitucional, se encuentra recogida en el artículo 10 de la Constitución y se configura como fundamento del orden político y la paz social. Si bien es cierto que, a diferencia del caso alemán⁴⁹, cuya fórmula inspiró el texto español, la dignidad no se configura como un derecho fundamental. Por tanto, su posición constitucional implica que debe ser reconocida como “principio o valor y, por tanto, tiene una función interpretativa respecto a las demás normas jurídicas” (Balaguer, M.L., 2017:31). En suma, como “el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos” (STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 3)⁵⁰.

Sin embargo, la configuración de la dignidad como elemento distintivo y diferenciador de “la familia humana” obliga a impedir que las mujeres puedan ser consideradas meros medios sexuales o reproductivos al servicio de terceros y a desterrar la práctica histórica patriarcal de transformar su derechos sexuales y reproductivos en deberes de tal índole.

⁴⁸ Ver, entre otras, STJUE de 9 de octubre de 2011 y STJUE de 14 de octubre de 2004. Para un análisis sobre la cuestión Gómez, Yolanda (2005) La dignidad en el ordenamiento comunitario, en: Revista de Derecho Constitucional Europeo núm. 4, pp. 219.254.

⁴⁹ Como reza el artículo 1.0 de la Ley Fundamental de Bonn “1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.

⁵⁰ Disponible en: https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc_053_1985.pdf.

Afortunadamente, durante las últimas décadas, se ha deslegitimado el discurso defensor del uso y apropiación de los cuerpos de las mujeres como un privilegio masculino. En la actualidad, en buena parte del planeta, las mujeres han adquirido, al menos formalmente, el estatus de sujetos de derecho y, en tanto tales, son fines en sí mismos. Pero dicho reconocimiento confronta todavía con el histórico axioma patriarcal de su consideración como medios para uso sexual y reproductivo.

Por ello, pese a los cambios legales, las prácticas culturales siguen justificando, en mayor o menor medida, la subalternidad de las mujeres y su consideración como objetos. En el imaginario colectivo y en las representaciones sociales sigue presente cierta reificación de las mujeres y la posibilidad de cosificar un cuerpo si se trata del de una mujer. La tolerancia social frente a la expropiación de su reproducción, característica de la dependencia y la desigualdad legal previa, ha sido integrada por unas sociedades democráticas que, amparándose esta vez en el supuesto libre consentimiento, ignoran la afrenta ética que supone considerar a un ser humano como un medio.

Pero, apenas las mujeres han adquirido el bienvenido estatus de sujetos, emerge un discurso que pretende avalar la mercantilización de nuevas formas de expropiación reproductiva y propugna, nuevamente, su consideración como objetos como si fuera una suerte de innovación ética o normativa. Por el contrario, esta propuesta representa una nueva cláusula del conocido Contrato Sexual, tematizado por Pateman, que permite diversificar las formas y maneras de incrementar el rendimiento de su histórica explotación bajo el amparo de una supuesta libre elección. Un escenario en el que confluye la racionalidad del patriarcado y los intereses del neoliberalismo con el objetivo de generar las

condiciones necesarias para garantizar tanto el derecho sexual patriarcal de acceder al cuerpo de las mujeres como el neoliberal de lucrarse con su mercantilización⁵¹.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El relato histórico sobre la irracionalidad de las mujeres y su dominación sexualizada como un medio y, por tanto, objeto de explotación, afortunadamente no es tal en los patriarcados por consentimiento. Pero, si bien es cierto que la disponibilidad reproductiva de las mujeres ya no está garantizada y su autonomía sexual o reproductiva empieza a tener la consideración de derecho irrenunciable, todavía pervive la asunción de que pueden (o lo que es peor, quieren) ser cuerpos o medios para satisfacer necesidades sexuales y reproductivas ajenas. Un tratamiento y consideración que confronta con el respeto a la dignidad como derecho irrenunciable, indisponible e inherente a la persona, y con los límites de lo que puede y debe formar parte del tráfico jurídico o comercial en sociedades pretendidamente democráticas.

Sin embargo, la tolerancia o el beneplácito que históricamente ha recabado la expropiación de la sexualidad y la reproducción femenina ha encontrado un estratégico aliado en un relato neoliberal que defiende que todo puede ser objeto de intercambio comercial. La transformación de las economías de mercado en sociedades de mercado ha provocado que la lógica mercantilista y del contrato determine, no sólo las transacciones comerciales, sino el comportamiento individual y las relaciones humanas. De forma tal que, según este nuevo paradigma, es legítimo comprar todo lo que se encuentre en venta si media

⁵¹ Para un análisis en profundidad ver Cobo, 2020.

acuerdo o no se ofrece la debida resistencia y existe capacidad económica para asumir su coste.

Como se puede comprobar, en aquellos contextos donde las mujeres se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, los contratos gestacionales imponen un estado de servidumbre que supone un trato inhumano y degradante que vulnera no sólo su dignidad y su integridad física y moral, sino su derecho a la intimidad, a la autonomía personal, a la libertad deambulatoria y su libertad sexual y reproductiva.

Sin duda, el incremento de la industria gestacional no es ajeno a la ausencia de un marco internacional específico y a la disparidad de criterios de las diferentes agencias internacionales. Un contexto que provoca que tanto las gestantes como las/os menores sean extremadamente vulnerables a la violación de sus derechos o incluso a una consideración no ontológica de su dignidad. Todo ello invita a considerar la oportunidad de abordar su regulación desde una reflexión sosegada, comparada y ponderada, que evalúe qué está pasando allí donde la práctica es legal en cualquiera de sus modalidades. Que asuma la urgente necesidad de regular la gestación subrogada mediante un instrumento internacional específico, como la propuesta de Convención de la CIAMS.

En ausencia del mismo, el reciente Dictamen del Consejo Económico y Social de la Unión Europea, que propone considerar la gestación comercial como una forma de violencia de género, incluyendo la misma entre los delitos relativos a la explotación sexual de mujeres previstos por la propuesta de Directiva europea sobre sobre lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica,

representa una bienvenida iniciativa que puede abordar la cuestión, al menos, en el ámbito territorial de la Unión Europea.

Por el contrario, legalizar la gestación comercial, incluso en el espejismo altruista, tiene serias implicaciones éticas. Entre otras, permitir que cualquier persona con capacidad económica suficiente pueda adquirir un ser humano, convertir a los menores en mercancías y a las mujeres en medios. Establecer una ciudadanía censitaria, según la cual, solo las personas con recursos económicos pueden tener garantizada descendencia a demanda en el libre mercado.

La legislación ha de concebirse como un límite al poder del mercado, máxime en un estado social. Como un instrumento que protege contenidos indisponibles y establece fronteras o demarcaciones infranqueables, como la mercantilización del cuerpo, de los procesos vitales o de los seres humanos. Porque la legalización de la gestación comercial no solo impugna valores ampliamente consensuados - como la dignidad y la integridad física y moral de las personas- sino que da carta blanca a un neoliberalismo reproductivo que convierte la capacidad reproductiva de las mujeres no sólo en un medio, sino en un nuevo modo de producción: el modo de producción reproductivo.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Balaguer, María Luisa (2017) *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*. Madrid: Cátedra.
- _____ (2022) La prostitución y su relación con los principios y valores constitucionales. En: Rodríguez Magda, Rosa María (2022) *Hacia el Final de la Prostitución. Abolicionismo y dignidad de las mujeres*. Madrid: CEPC, 89-233.
- Cobo, Rosa (2020) *Pornografía. el placer del poder*. Barcelona: Ediciones B.
- Delgado Álvarez, Carmen (2018) Disonancias entre discurso y realidad empírica de la prostitución. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, núm. 3, pp. 85-112. <https://doi.org/10.17979/arief.2018.3.1.3268>
- Ekis Ekman, Kajsa (2017) *El ser y la mercancía*. Barcelona: Bellaterra.
- _____ (2013) *Being and Being Bought. Prostitution, Surrogacy and the Split Self*. Melbourne: Spinifex Press.
- Federici, Silvia (2014) *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*. Madrid: Traficantes de sueños.
- Gimeno, Beatriz (2018) La nueva utilidad de la prostitución en el neoliberalismo. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, núm. 3, pp. 13-32. <https://doi.org/10.17979/arief.2018.3.1.3077>.
- Gros Espiell, Hector (2003) La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, en: *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, núm. 4, pp. 193-223
- Gómez, Yolanda (2005) La dignidad en el ordenamiento comunitario, en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, pp. 219.254.
- Nuño, Laura (2020) *Maternidades S.A. El negocio de los vientres de alquiler*. Madrid: Catarata.

Rodríguez Magda, Rosa María (2022) *Hacia el Final de la Prostitución. Abolicionismo y dignidad de las mujeres*. Madrid: CEPC.

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