

ALBERTO CARRIO SAMPEDRO
(Ed.)

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
ANÁLISIS CRÍTICO Y PROPUESTAS
DE REGULACIÓN

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2021

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN

LA GESTACIÓN SUBROGADA: LA MADRE DE TODAS LAS CUESTIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS

Alberto Carrio Sampedro

BIBLIOGRAFÍA	17
--------------------	----

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O EL CUERPO DE LAS MUJERES COMO ESPACIO DE LO ILÍCITO

Noelia Igareda González

1. INTRODUCCIÓN	21
2. EL ÚTERO SAGRADO Y LA ANTIMUJER	23
3. LAS MUJERES COMO OBJETOS Y NO SUJETOS DE DERECHO	25
4. CONSENTIMIENTO <i>VERSUS</i> INCAPACIDAD	26
5. DESIGUALDAD EN EL PODER	27
6. EL DERECHO COMO TECNOLOGÍA DEL GÉNERO	28
7. MADRE O PADRE, CIUDADANOS, O SUJETOS QUE SE REPRODUCEN.....	30
8. CONCLUSIONES	31
BIBLIOGRAFÍA.....	32

CAPÍTULO II

**LA FUENTE DE LAS MUJERES. SOBRE LA ESPECIALIDAD
DE LOS ACUERDOS DE GESTACIÓN SUBROGADA
Y OTRAS CUESTIONES ADYACENTES**

Alberto Carrio Sampedro

1. INTRODUCCIÓN.....	35
2. LOS ACUERDOS DE GESTACIÓN	36
3. NO SE PUEDE CONSENTIR	39
3.1. El argumento de la alienación.....	40
3.2. La razón de género	41
3.3. La corrupción del acuerdo.....	42
4. FEMENINO PLURAL	43
4.1. Por todas mis compañeras.....	43
4.2. Nosotras decidimos.....	44
4.3. Autonomía y libre disposición sobre el cuerpo.....	45
4.4. ... de la mujer gestante.....	47
5. LAS CONDICIONES DEL ACUERDO.....	49
6. CONCLUSIONES	52
BIBLIOGRAFÍA.....	53

CAPÍTULO III

**LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN:
UN MODELO ESPECIFICACIONISTA**

José Juan Moreso

1. INTRODUCCIÓN.....	57
2. LOS PRINCIPIOS DE LA MORALIDAD COMÚN	58
3. LA ESPECIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS	60
4. ESPECIFICANDO LOS PRINCIPIOS EN LA GESTACIÓN POR SUS- TITUCIÓN.....	63
5. PARA TERMINAR.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	70

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO IV

**EL DISCURSO JURÍDICO SOBRE EL CUERPO DE LAS MUJERES:
O LA ARTIFICIOSA ARTICULACIÓN DEL DERECHO
A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

María Concepción Torres Díaz

1. CONTEXTUALIZACIÓN	75
2. OBJETIVOS	77
3. SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y/O GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	78
3.1. Marco conceptual.....	78
3.2. Marco normativo	80
3.3. Análisis jurisprudencial	94
3.4. ¿Existe el derecho a la gestación por sustitución?	101
4. CRÍTICAS EN TORNO AL DISCURSO JURÍDICO SOBRE EL CUER- PO DE LAS MUJERES.....	104
5. CONSIDERACIONES FINALES	106
BIBLIOGRAFÍA.....	107

CAPÍTULO V

**GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, AUTONOMÍA
PERSONAL Y DIGNIDAD DE LA MUJER GESTANTE**

Miguel Ángel Presno Linera

1. PREMISA: ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE DIG- NIDAD Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD?	109
2. ¿HAY UN «DERECHO A TENER HIJOS»? ¿Y A NO TENERLOS?	112
3. ¿CABE ENTENDER LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO UNA MUESTRA DE AUTONOMÍA PERSONAL QUE NO MERMA LA DIGNIDAD DE LA MUJER GESTANTE?.....	120
BIBLIOGRAFÍA.....	129

CAPÍTULO VI

**MÁS ALLÁ DEL RECONOCIMIENTO: PROPUESTAS
PARA REGULAR LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN***Esther Farnós Amorós*

1. INTRODUCCIÓN.....	131
2. EN TORNO AL RECONOCIMIENTO: <i>MENNESSON</i> Y <i>LABASSEE</i> COMO PRECEDENTE.....	135
2.1. Vida privada, identidad y vínculos legales de filiación.....	135
2.2. Recepción de la doctrina <i>Menesson</i> y <i>Labassee</i>	138
3. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA REGULACIÓN.....	140
4. ASPECTOS CLAVE DE UNA EVENTUAL REFORMA LEGISLATIVA...	146
4.1. Condiciones de la mujer gestante.....	146
4.1.1. Cuestiones preliminares: limitar la autonomía para pro- teger la autonomía.....	146
4.1.2. Edad.....	147
4.1.3. Descendencia previa.....	148
4.1.4. Vínculo(s) con el nacido.....	149
4.1.5. Relación con la persona o personas comitentes.....	150
4.1.6. Número máximo de procedimientos.....	152
4.1.7. Cláusulas que imponen o prohíben determinadas con- ductas: especial referencia a la integridad corporal de la mujer gestante.....	153
4.2. Condiciones de la persona o personas comitentes.....	158
4.2.1. ¿Quién debe poder acceder a la gestación por susti- tución?.....	158
4.2.2. Vínculo(s) con el nacido.....	162
4.3. Comercio <i>vs.</i> altruismo.....	163
4.3.1. ¿Pago, compensación razonable o altruismo puro?.....	163
4.3.2. ¿Qué es «compensación razonable»?.....	166
4.4. ¿Es necesario un registro público de gestación por sustitución?...	169
4.5. El acuerdo de gestación por sustitución: formalización y homo- logación.....	172
4.5.1. Formalización en documento público o privado.....	172
4.5.2. Homologación judicial con carácter previo al embarazo y transferencia de la filiación.....	173
4.6. El derecho ante los posibles cambios de opinión de las partes del acuerdo: en particular, el «arrepentimiento» de la mujer gestante.	176
4.7. ¿Debe limitarse la gestación por sustitución transfronteriza?.....	180
BIBLIOGRAFÍA.....	182

INTRODUCCIÓN

LA GESTACIÓN SUBROGADA: LA MADRE DE TODAS LAS CUESTIONES ÉTICAS Y JURÍDICAS

La gestación subrogada (GS), denominada también gestación por sustitución, maternidad subrogada o, más emotivamente, vientres o úteros de alquiler, es un tema esencialmente polémico que afecta a los presupuestos básicos de la moralidad. La especialidad de los acuerdos o contratos de gestación, cuyo objeto es gestar y alumbrar una nueva vida por encargo de terceras personas, sitúa en primer plano la dignidad de la mujer gestante. Dado que la gestación es un proceso biológico que solo pueden llevar a cabo las mujeres, la mera posibilidad de que terceras personas dispongan de su cuerpo a efectos reproductivos parece convertir a la mujer en un mero instrumento privado de la dignidad inherente a todo ser humano¹. La gestación comporta además una dependencia del feto con la mujer gestante y el desarrollo de importantes vínculos afectivos entre ambos que podrían verse truncados después del parto. En este sentido, parecería inhumano obligar a una mujer a desprenderse del recién nacido por el mero hecho de haber suscrito un acuerdo cuyas condiciones de cumplimiento no podía más que ignorar al momento de formalizarlo (SANDEL, 1998). Quizá por ello, gestación y maternidad han sido consideradas tradicionalmente como inseparables y así se ha consolidado jurídicamente a través del principio *mater semper certa est*.

Ahora bien, que gestación y maternidad sean biológicamente inseparables no implica que sean social y jurídicamente indistinguibles. Así

¹ El atentado contra la dignidad de las mujeres que supone la GS es expresamente esgrimido por el movimiento *No somos vasijas* (<http://mosomosvasijas.eu>) y la *Red estatal contra el alquiler de vientres* (<https://www.noalquilesvientres.com>).

ocurre en los casos de adopción, en los que terceras personas asumen los deberes de cuidado y responsabilidad como padres de una persona con la que no tienen ningún vínculo biológico o genético. La adopción pone de relieve también otro aspecto importante de la dignidad individual que va ligada al respeto de las decisiones que cada mujer adopte libre y autónomamente. Es cierto que adopción y GS no son supuestos equiparables. En la adopción no existe un acuerdo previo que obligue a la mujer a llevar adelante la gestación ni a entregar el bebé después del parto. Pero no lo es menos que las razones que avalan el respeto de la decisión de la mujer que desea continuar con el embarazo pero no quiere hacerse cargo del niño/a después del parto son en principio igualmente válidas en el caso de la mujer que decide contraer un acuerdo de gestación con terceras personas.

El actual auge de la GS no debe confundirse con su deplorable arraigo histórico. Como atestigua el Génesis (16:1-2 y 30:3-4), los hijos de Agar y Bilhá, más conocidos por sus ascendientes paternos Abraham y Jacob, fueron concebidos de este modo. Ambos casos dan buena muestra del relato terrible con el que la tradición patriarcal ha justificado el uso del cuerpo de la mujer para satisfacer los deseos reproductivos de los hombres. Como es sobradamente conocido, Agar y Bilhá eran esclavas de las esposas de sendos patriarcas a quienes fueron entregadas para concebir los hijos que juntos no habían podido tener. El tremendo desprecio de la autonomía y libertad de la mujer que evidencian estos relatos pone de manifiesto una vez más el papel reproductor y por tanto instrumental al que las mujeres han sido relegadas históricamente. Con la aparición de nuevas técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y, en particular, la generalización de la fecundación *in vitro* (FIV), se han ampliado las posibilidades de gestación, lo que ha provocado un creciente aumento de la GS. No es extraño por tanto que en el debate acerca de la aceptación ética y jurídica de la GS se reproduzcan muchas de las cuestiones que en su día se plantearon en relación con las TRHA. Los argumentos que se esgrimieron entonces contra las TRHA desde posiciones esencialistas que vinculan naturaleza, gestación y maternidad, son también los que oponen hoy los sectores más conservadores de la sociedad a la GS. Pero donde el debate se muestra especialmente fructífero y constructivo es en el seno del movimiento feminista. La diversidad de corrientes feministas ha hecho aparecer posiciones radicalmente opuestas frente a las TRHA y la GS (PUIGPELAT, 2011). La sospecha feminista sobre la cultura del patriarcado que está detrás de los avances tecnológicos no tardó en mostrarse crítica con las TRHA. La aparición en la década de los ochenta del pasado siglo del *Feminist International Network of Resistance to Reproductive Engineering* denunciaba expresamente las TRHA como un instrumento más de dominación de la mujer. Desde este punto de vista, la GS no haría más que consolidar el control reproductivo de los hombres y el papel de madre al que queda relegada la mujer, con la consiguiente presión social que ello supone. Sin embargo, desde el feminismo liberal y posmoderno se ha tendido a ver los avances tecnológicos como potencialmente liberadores de la mujer. En este senti-

do, las TRHA permiten disociar claramente sexualidad y reproducción y abren con ello la posibilidad de que las mujeres puedan ser madres sin establecer ningún vínculo con los hombres. Desde este punto de vista la GS, pese a todos los riesgos implícitos que conlleva, no necesariamente implica un instrumento de dominación de la mujer. Por una parte, la GS permite acceder a la maternidad a mujeres que no pueden hacerlo de otra forma debido a condicionantes biológicos y/o genéticos. Por otra, la GS sitúa en primer plano el poder reproductivo de las mujeres y su autonomía para decidir sobre el propio cuerpo. Consecuentemente, la gestación acordada con terceras personas por razones altruistas o económicas debe ser respetada siempre que se adopte en condiciones de plena autonomía y libertad. En definitiva, desde este punto de vista se tiende a subrayar que el peligro para la plena liberalización sexual y reproductiva de la mujer no se encuentra tanto en la proliferación de la GS, sino en el contexto patriarcal de dominación en el que se desarrolla.

El incremento de la GS internacional o transfronteriza, particularmente importante tras la aparición de nuevas formas jurídicas de familia que recurren a ella ante la imposibilidad de formalizarla en el Estado de origen o domicilio, pone de relieve también diversos problemas. Por una parte, el auge de la industria gestacional y su expansión a los territorios más empobrecidos del planeta alerta del riesgo de explotación al que pueden verse sometidas las mujeres con menos recursos económicos. Por otra, la GS internacional genera innumerables problemas de reconocimiento y calificación jurídica. Ante esta situación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interesado el reconocimiento de los acuerdos transfronterizos en interés de las personas nacidas como consecuencia de ellos².

En España, como es sabido, los contratos de GS son nulos de acuerdo con el art. 10 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRA). Pese a ello, los datos oficiales y oficiosos señalan que el recurso a la GS no ha hecho más que aumentar en los últimos años. Cualquier solución jurídica que se pretenda para esta situación, como acertadamente señala el informe del Comité de Bioética de España (CBE), debe regirse por el principio de precaución y ser consciente de los efectos territorialmente limitados³. Ahora bien, que los efectos de la regulación jurídica sean limitados no quiere decir que dicha regulación carezca de ellos ni que no pueda contribuir a solucionar muchos de los problemas que el propio informe reconoce. Más bien parece que un órgano consultivo e independiente de la relevancia del CBE ha dejado pasar la oportunidad de proponer vías de solución constructivas a los problemas éticos y las situaciones de inseguridad jurídica a las que se enfrentan quienes recurren a la GS internacional. Tampoco se entiende que, de forma aparentemente

² Casos *Menesson* (asunto núm. 65192/11) y *Labassee* (asunto núm. 65941/11).

³ *Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada*, 2017. Disponible en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf.

contradictoria con los compromisos éticos que asume, el CBE desatienda los datos empíricos y califique la GS como una práctica «cuantitativamente poco significativa» o «excepcional»⁴. El debate sobre la necesidad de afrontar estos problemas se ha visto avivado con la proposición de ley presentada recientemente por el grupo Ciudadanos en el Congreso de los Diputados⁵, en cuya exposición de motivos se pretende la modificación de la legislación vigente, que califica de arcaica e impropia de un Estado democrático. Esta propuesta legislativa ha suscitado una amplia oposición en la mayoría de los grupos parlamentarios y ha generado un amplio debate social al que los artículos que componen este libro tratan de dar respuesta.

Sea cual sea la posición que se adopte en relación con la GS no cabe duda de que su enorme complejidad aconseja analizar cuidadosamente los diferentes problemas que plantea y articular respuestas coherentes y respetuosas con los derechos de dignidad, libertad y autonomía personal. Al igual que sucede con muchos otros temas, los problemas que plantea la GS hace tiempo que han traspasado ampliamente las fronteras estatales, lo cual dificulta la identificación del derecho aplicable y merma la efectividad de las normas. En el grupo de investigación «Law & Philosophy» de la Universitat Pompeu Fabra llevamos años ocupándonos de los fundamentos éticos y la aplicación del derecho global. De ahí que la diversidad de posicionamientos políticos y el enorme debate social suscitado durante el último año en torno a la GS nos brindara la oportunidad de entablar un diálogo académico con la sociedad que afrontara de forma constructiva y multidisciplinar un tema tan controvertido. Con esta finalidad organizamos el 26 de octubre de 2017 una jornada de trabajo que contó con la participación de las profesoras Francesca Puigpelat Martí, catedrática de Filosofía del Derecho y experta en teoría y filosofía feminista; Esther Farnós Amorós, reputada investigadora y profesora de Derecho de Familia y Concepción Torres Díaz, profesora de Derecho Constitucional y especialista en violencia de género e iusfeminismo. Y de los profesores Manuel Atienza Rodríguez, catedrático de Filosofía del Derecho con diversas publicaciones académicas y divulgativas sobre la GS, y Miguel Presno Linera, catedrático de Derecho Constitucional y experto en derechos fundamentales y protección jurídica de personas y grupos en riesgo de exclusión.

La jornada, que se prolongó durante más de ocho horas, propició un lugar idóneo para el debate, en ocasiones apasionado, que alimentaron con sus intervenciones otros profesores y profesoras asistentes a la jornada. La honradez y generosidad intelectual de los y las participantes en la defensa de sus posiciones es digna de elogio, el cual debe extenderse también a los profesores y profesoras Itziar de Lecuona y Miguel Pérez-Moneo, de la Universitat de Barcelona; Noelia Igareda, de la Universitat Autònoma de

⁴ CBE (2017, 10).

⁵ «Proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación», presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos, *BOCG* núm. 145-1, de 8 de septiembre de 2017.

Barcelona; Josep Ferrer, Marisa Iglesias, Jorge Malem, José Luis Pérez Triviño, Lorena Ramírez y Josep Maria Vilajosana, de la Universitat Pompeu Fabra, así como al resto de asistentes que, por razones obvias, no puedo mencionar aquí. Esta jornada no hubiera sido posible sin el interés y generosa colaboración del profesor José Juan Moreso Mateos, catedrático de Filosofía del Derecho y director del grupo de investigación «Law & Philosophy». El presente volumen, con cuya publicación se comprometió en aquella jornada, es el ejemplo palpable de su genuina vocación académica. Sin la ayuda y buen hacer del profesor Moreso, a quien quiero expresar públicamente mi gratitud, este libro tampoco hubiera visto la luz.

El presente volumen se divide en dos partes, cada una de ellas integrada por tres capítulos. La primera parte aborda desde una perspectiva filosófica la GS y analiza los diversos problemas éticos y morales que plantea. En el primer capítulo, la profesora Noelia Igareda González analiza desde la crítica feminista del derecho la construcción social y jurídica de la mujer que, de acuerdo con la autora, se encuentra sesgada por una visión esencialista de la biología femenina que consolida el binomio mujer-madre y relega a la mujer al papel reproductor y de cuidado. En este sentido, Igareda pone de relieve que en el debate sobre la GS las mujeres son consideradas antes como objetos que el derecho debe proteger, en tanto que desempeñan un papel reproductor esencial en la sociedad, que como sujetos que pueden decidir libre y autónomamente sobre su cuerpo. Esta situación es particularmente preocupante porque consolida la desigualdad de poder y la idea de una presunta incapacidad congénita de las mujeres para decidir sobre asuntos relevantes. Dado el fuerte impacto que el derecho tiene en la consolidación de los roles de género, la autora defiende la legitimidad de un derecho a la reproducción con independencia del sexo, género y orientación sexual de las personas.

En el segundo capítulo, el profesor Alberto Carrio Sampedro examina los diferentes acuerdos de gestación y diferencia entre acuerdos genéricos y especiales. La particularidad que comporta la entrega del bebé a terceras personas después del parto justifica la inclusión de la GS dentro de estos últimos. Sin embargo, como el debate en torno a la GS no siempre se circunscribe a esta especialidad, en el capítulo se analizan otras críticas, como la alienación de la mujer gestante, la razón de género o la corrupción intrínseca a los acuerdos de GS. Comoquiera que la gestación de una vida humana es algo que solo puede llevar a cabo una mujer, los argumentos esgrimidos por la razón de género alertan sobre la engañosa apariencia de neutralidad que se esconde tras la construcción del individuo autónomo que decide libremente en condiciones de igualdad con los demás. En este sentido, Carrio analiza a continuación los requisitos genéricos de la autonomía y libertad para decidir sobre el propio cuerpo y, en particular, los que desde la perspectiva de género se requieren de la mujer gestante. El capítulo concluye con un análisis de las condiciones mínimas que debe incorporar todo acuerdo de GS que se pretenda respetuoso con la autonomía y dignidad de las mujeres.

En el tercer capítulo, con el que concluye esta primera parte, el profesor José Juan Moreso Mateos propone un modelo especificacionista de análisis de la GS. Se trata con ello de comprobar cuál es el grado de aceptabilidad moral y jurídica de estos acuerdos. A partir de ciertos principios que, al menos en condiciones ideales, todos estaríamos dispuestos a admitir y de las reglas que los especifican adecuadamente, podríamos construir una respuesta jurídica coherente con los diferentes problemas que plantea la GS. Los principios comunes que subyacen a la bioética son también aplicables a los acuerdos de GS. La especificación de esos principios es, sin embargo, más complicada dado que exige delimitar el problema normativo y encontrar las reglas que solucionen de modo unívoco todos los casos del universo del discurso. La estrategia especificacionista que defiende Moreso consiste entonces en seleccionar hasta 14 propiedades relevantes que, en conjunto, conforman las condiciones necesarias y suficientes para considerar válido el contrato de GS.

La segunda parte del libro ofrece un detallado análisis legal y jurisprudencia de la GS. En el capítulo cuarto, con el que se inicia esta segunda parte, la profesora Concepción Torres Díaz analiza la situación normativa actual de la GS desde el punto de vista de la epistemología feminista. De acuerdo con la autora, el discurso jurídico actual pone de manifiesto una concepción heterodesignada del cuerpo de las mujeres en tanto que instrumento destinado a satisfacer los deseos de reproducción de la sociedad. Por todo ello la autora concluye que la regulación de la GS, al menos en los términos en los que se plantea actualmente, es discriminatoria por razón de sexo y contraria a los derechos fundamentales de la mujer.

En el capítulo quinto, el profesor Miguel Presno Linera aborda el problema de la GS a partir de la configuración constitucional de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad y el modo en el que afectan a la libertad sexual y reproductiva de las mujeres. Presno analiza a continuación el derecho en principio ilimitado a tener hijos y las restricciones que en algunos casos se imponen al derecho a no tenerlos, que son aplicables también a todas las técnicas homologadas de reproducción asistida. Por último, el autor analiza de forma crítica las propuestas de regulación actuales y expone las condiciones bajo las cuales la GS sería compatible con la dignidad y libre desarrollo personal que la Constitución española reconoce como fundamentos del orden político y de la paz social.

En el sexto y último capítulo, la profesora Esther Farnós Amorós examina los precedentes de la GS y las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que insta al reconocimiento de los acuerdos de gestación transfronterizos. A partir del precedente de estas resoluciones, Farnós expone detalladamente los argumentos en favor de la regulación de la GS e indica los aspectos clave de una eventual reforma legislativa a partir de tres cuestiones básicas presentes en todo contrato de GS; a saber, las condiciones de la mujer gestante, las de la persona o personas comitentes y las del contrato.

Introducción

Si, como afirma el profesor Moreso, el derecho es en muchas ocasiones ética aplicada, la GS nos sitúa sin duda ante un caso paradigmático. La finalidad de este libro es proporcionar instrumentos conceptuales que faciliten el análisis de los diferentes problemas y propuestas concretas de regulación de la GS. Si la perspectiva pluridisciplinar y sensible a las desigualdades de género es siempre necesaria, en pocas ocasiones se muestra tan relevante como en el caso que nos ocupa. Esperemos que el enorme esfuerzo personal e intelectual que han realizado las autoras y autores de los trabajos que se recogen en este volumen contribuya a articular una respuesta coherente y respetuosa con la dignidad y libre desarrollo de la mujer y de los niños y niñas nacidos como consecuencia de los acuerdos de GS. De alguna manera nos va la vida en ello.

Alberto CARRIO SAMPEDRO
Barcelona, 23 de julio de 2018

BIBLIOGRAFÍA

- PUIGPELAT MARTÍ, F., 2011: «Feminismo y técnicas de reproducción asistida», en MARCOS DEL CANO, A. (coord.), *Bioética y derechos humanos*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 105-118.
- SANDEL, M. J., 1998: «What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets», *The Tanner Lectures on Human Values*. Disponible en https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/sandel00.pdf.

CAPÍTULO I

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN O EL CUERPO DE LAS MUJERES COMO ESPACIO DE LO ILÍCITO

Noelia IGAREDA GONZÁLEZ

Universitat Autònoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución es el acuerdo entre una persona o pareja con una mujer para que geste un bebé para él, ella o ellos. En este capítulo se utiliza el término gestación por sustitución, no solo porque esta es la denominación que aparece en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006¹, sino también porque es la que más se corresponde con la posibilidad de admitir esta práctica y regularla como una cesión altruista del útero de la mujer gestante, y no como una maternidad en sentido estricto.

Existen otras formas para denominar este fenómeno como la maternidad subrogada, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes, etc. (LAMM, 2012). Obviamente cada una de estas denominaciones encierra una determinada valoración de esta técnica y un posicionamiento legal y ético implícito (IGAREDA, 2015).

Las leyes y políticas públicas que abordan la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español consideran todo contrato realizado

¹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

en este sentido como nulo (art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). No lo llegan a tipificar como un delito específico a diferencia de otros países, aunque si se realizara este acuerdo en territorio español, sí que podría perseguirse penalmente como alguno de los delitos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor del Código Penal². La realidad es que numerosas personas y parejas españolas acuden a otros países donde esta técnica sí que está permitida para suscribir estos acuerdos de gestación por sustitución. Por todas estas razones existe un importante debate ético, legal y político sobre la conveniencia de mantener esta prohibición, o incluso de convertirlo en un delito, y por otro lado, un sector de la opinión y la doctrina que aboga por su aceptación y regulación.

Los argumentos en contra de esta práctica, mayoritarios en nuestro país, se centran sobre todo en los problemas éticos que suscita permitir la autonomía reproductiva de la mujer que se presta a gestar para otra persona o personas. Y esto ocurre en un momento en el que existe un número creciente de personas o parejas que acuden a otros países para poder acceder a la gestación por sustitución como única forma de poder tener una criatura con vínculo biológico (algunas estimaciones hablan de unos 1.000 niños y niñas así concebidos por padres españoles al año) (FARNÓS, 2013). Aceptar que una mujer pueda consentir libre y voluntariamente para ceder de manera altruista u onerosa su útero para gestar un hijo/a ajeno provoca opiniones encontradas, que dudan de que este consentimiento sea nunca libre, ya que el cuerpo de la mujer, y en especial su útero, es un espacio sacralizado.

La no admisión por parte de las leyes y políticas públicas españolas de esta técnica, unido al creciente acceso a la gestación por sustitución por parte de personas que viajan a otros países donde sí que se permite, ha suscitado, más allá de la controversia y el debate ético, político y legal, un importante número de problemas judiciales en España sobre la filiación e inscripción en el Registro Civil de los niños/as así concebidos³, así como los derechos laborales de los padres y madres que se han tenido de esta manera a sus hijos/as. Los problemas legales sobre la filiación e inscripción en el Registro Civil de los niños y niñas concebidos mediante gestación por sustitución en el extranjero ha sido objeto de un amplio análisis y estudio por parte de juristas del ámbito del derecho privado e internacional⁴.

En el debate ético y legal en torno a la gestación por sustitución, los argumentos más citados incluyen la potencial explotación de las mujeres

² Por ejemplo el art. 220 CP.

³ Véanse, por ejemplo, el recorrido en ocasiones incomprensible de resoluciones, instrucciones y consultas de la Dirección General de los Registros del Notariado (DGRN) y sentencias judiciales: Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, STS 835/2013 sobre la gestación por sustitución, Consulta a la DGRN de 11 de julio de 2014 (Prórroga de la DGRN 2010) y ATS de 2 de febrero de 2015.

⁴ Entre otros QUIÑONES, 2009; LAMM, 2012; CALVO CARRASCOSA, 2009; VELA, 2013.