

HUMANITAS

HUMANIDADES MEDICAS

TEMA
DEL MES
ON-LINE

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DILEMAS ÉTICOS Y JURÍDICOS

Rafael Sánchez Aristi



Director: Prof. Mario Foz

N.º 49, Abril de 2010
ISSN: 1886-1601

HUMANITAS

HUMANIDADES MEDICAS

TEMA
DEL MES
ON-LINE

N.º 49, Abril de 2010

Director

Prof. Mario Foz Sala

Catedrático de Medicina. Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Barcelona

Consejo Asesor

Dr. Francesc Abel i Fabre

Director del Instituto Borja de Bioética (Barcelona)

Prof. Carlos Ballús Pascual

Catedrático de Psiquiatría. Profesor Emérito de la Universidad de Barcelona

Prof. Ramón Bayés Sopena

Catedrático de Psicología. Profesor Emérito de la Universidad Autónoma de Barcelona

Dr. Marc Antoni Broggi i Trias

Cirujano. Miembro del Comitè Consultiu de Bioètica de Catalunya

Prof. Edelmira Domènech Llaberia

Catedrática de Psicología. Departamento de Psicología de la Salud y Psicología Social. Universidad Autónoma de Barcelona

Prof. Sergio Erill Sáez

Catedrático de Farmacología. Director de la Fundación Dr. Antonio Esteve. Barcelona

Dr. Francisco Ferrer Rusalleda

Médico internista y digestólogo. Jefe del Servicio de Medicina Interna del Hospital de la Cruz Roja de Barcelona. Miembro de la Junta de Govern del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona

Dr. Pere Gascón

Director del Servicio de Oncología Médica y Coordinador Científico del Instituto Clínico de Enfermedades Hemato-Oncológicas del Hospital Clínic de Barcelona

Dr. Albert Jovell

Médico. Director General de la Fundación Biblioteca Josep Laporte. Barcelona. Presidente del Foro Español de Pacientes

Prof. Abel Mariné

Catedrático de Nutrición y Bromatología. Facultad de Farmacia. Universidad de Barcelona

Prof. Pere Puigdomènech

Director del Laboratorio de Genética Molecular Vegetal CSIC-IRTA. Barcelona. Miembro del Grupo Europeo de Ética de las Ciencias y Nuevas Tecnologías (EGE)

Prof. Jaume Puig-Junoy

Catedrático en el Departamento de Economía y Empresa de la Universidad Pompeu i Fabra. Miembro del Centre de Recerca en Ecomía i Salut de la Universitat Pompeu i Fabra de Barcelona

Prof. Ramón Pujol Farriols

Experto en Educación Médica. Servicio de Medicina Interna. Hospital Universitario de Bellvitge. L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona)

Prof. Celestino Rey-Joly Barroso

Catedrático de Medicina. Universidad Autónoma de Barcelona. Hospital General Universitario Germans Trias i Pujol. Badalona

Prof. Oriol Romaní Alfonso

Departament d'Antropologia, Filosofia i Treball Social. Universitat Rovira i Virgili. Tarragona

Prof. Carmen Tomás-Valiente Lanuza

Profesora Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia

Dra. Anna Veiga Lluch

Directora del Banco de Células Madre. Centro de Medicina Regenerativa de Barcelona



COMENTARIO EDITORIAL

Carmen Tomás-Valiente Lanuza

Profesora Titular de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Valencia.

De manera quizás menos perceptible a primera vista que otras cuestiones bioéticas, o en general relacionadas con las humanidades médicas, mucho más presentes en el debate público de los últimos años (aborto, eutanasia, investigación con embriones humanos, etc.), el tema de la maternidad o gestación por sustitución (término razonadamente favorecido por el autor de este artículo de entre otros más o menos habituales) no deja de encontrarse presente en nuestras sociedades, siquiera sea porque, como un mero vistazo a la publicidad en Internet de agencias o despachos profesionales intermediadores permite vislumbrar, es un hecho que parejas de países donde la práctica no se encuentra permitida (entre ellos España) acuden para lograr su objetivo a aquellos otros en donde sí lo está, con los problemas que ello comporta en el país de origen, en especial con respecto a la inscripción registral de la filiación del niño nacido como consecuencia de este particular y polémico pacto.

El trabajo, muestra inmejorable de que el rigor y la precisión en el uso del lenguaje en el ámbito jurídico no se encuentran en modo alguno reñidos con (sino que al contrario, terminan facilitando) su comprensión por los no juristas, ofrece dos partes claramente diferenciadas. En primer lugar, tras unas imprescindibles delimitaciones conceptuales y terminológicas relativas a los distintos grupos de casos comprendidos por la maternidad por sustitución (así, por ejemplo, por su importancia en el resto del trabajo el lector hará bien en tener presente la diferencia relacionada con si el óvulo

fecundado procede de la propia gestante, de la mujer comitente o incluso de una donante anónima), se dibuja el estado de la cuestión en la actualidad, lo que incluye tanto una condensada y muy útil panorámica de Derecho comparado (ilustrativa de la diversidad de enfoques y los muchos matices con que es posible abordar la regulación de esta figura), como un repaso a la situación en el ordenamiento español. Una vez conocido lo anterior, el autor profundiza (y ésta constituye la segunda parte del trabajo) en la dimensión más propiamente dilemática del fenómeno, tanto desde el punto de vista ético como jurídico. La necesidad de incorporar esta última perspectiva (cuya complejidad puede entreverse en las interesantes referencias a distintas resoluciones judiciales recaídas sobre el tema en el mundo anglosajón) a cualquier análisis del tema que se pretenda más o menos completo, unido a la naturaleza específicamente de Derecho civil del tipo de conflictos jurídicos que comporta (relativos tanto a la determinación de la filiación del bebé como a las obligaciones de las partes en cuanto al cumplimiento del pacto o contrato realizado) aconsejaba que su tratamiento fuera abordado por un experto en dicha rama del ordenamiento, como es el caso del Prof. Sánchez Aristi, bien conocido en el ámbito universitario por su claridad de ideas y una capacidad analítica y crítica que -como en esta ocasión- ha aplicado antes con igual brillantez a multitud de temas relacionados con su especialidad.

La propuesta sugerida por Sánchez Aristi (admitir la gestación por sustitución de forma limitada y dotándola de un régimen jurídico próximo al de la adopción, con la que guarda una semejanza quizás en principio poco perceptible pero que el autor nos va poniendo de relieve a lo largo del trabajo) suscita, como no podía ser de otro modo, algunos interrogantes. Quizás el más importante de ellos sea el referido a la cuestión de la gratuidad de la prestación comprometida por la gestante, a la que como máximo se le reembolsarían los gastos relacionados con el embarazo –una limitación, por otra parte, harto frecuente en las regulaciones de los países que admiten esta figura-; gratuidad que, a juicio del autor, neutralizaría al menos una gran parte de los reparos éticos planteados por la gestación por sustitución. Pues bien, a este respecto cabría quizás formular algunas consideraciones, relativas a la idoneidad de este requisito para lograr los objetivos que el propio autor plantea en su trabajo (en especial, evitar el llamado *turismo procreativo*, esto es, el que las parejas que no pueden acceder a esta práctica legalmente en su propio país acudan a otro en el que sí está permitida pero con menores garantías de todo tipo). En este sentido resultaría de gran importancia la concreta formulación de ese posible reembolso a la gestante de los gastos ocasionados por el embarazo: pues si este concepto se formulara de modo muy estricto para asegurar *realmente* la gratuidad de la prestación, quizás nos encontraríamos con lo que en un principio queríamos evitar, ya que, al tratarse de

una prestación que muy pocas mujeres están dispuestas a realizar por mero altruismo, y por tanto muy escasa, probablemente muchas parejas interesadas terminarían igualmente acudiendo a un país (por ejemplo, tal y como se explica en el trabajo, a India) en el que sí resulte factible obtener fácilmente esta prestación mediante una contraprestación económica. Pero, por otra parte, si abrimos la formulación de ese reembolso hacia fórmulas más flexibles que abarquen no ya los gastos constatables ocasionados por el embarazo y el parto, sino una suerte de *compensación por las molestias e incomodidades* ocasionadas por los mismos (sin duda múltiples y nada insignificantes), corremos el riesgo de que con ello se termine encubriendo un verdadero *pago* por la gestación, que aun sin ser lo suficientemente alto como para convertir tal práctica en un negocio lucrativo, sí suponga un incentivo pecuniario al menos para mujeres en una situación económica desventajosa. Algo similar, por otra parte, a lo que de modo más o menos encubierto está sucediendo actualmente en la práctica (al menos en España) con las donaciones de esperma o de óvulos (no así con las de órganos *inter vivos*, en las que la gratuidad sí parece efectivamente garantizada). Sea como fuere, el lector tiene asegurado el disfrute de un trabajo de gran calidad sobre un tema apasionante, que como todos los relacionados con los desafíos de la reproducción asistida, está llamado en el futuro a encontrarse cada vez más presente en nuestra sociedad.



Rafael Sánchez Arísti

CURRICULUM VITAE

FORMACIÓN Y TÍTULOS ACADÉMICOS

- Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (1998). Su tesis, titulada *La propiedad intelectual sobre las obras musicales*, realizada bajo la dirección del Prof. Dr. D. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, fue distinguida con el I Premio “Francisco de Asís Sancho Rebullida” (Universidad de Navarra, 1999).
- Ha realizado estancias de investigación en el Instituto Max-Planck de Munich para Derecho de Autor, de Patentes y de la Competencia (1995), y en el King’s College de Londres (1996).

ACTIVIDAD ACADÉMICA Y PROFESIONAL

- Es Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Rey Juan Carlos (2002).
- Ha sido miembro de varios proyectos de investigación, financiados por el Ministerio de Educación y dirigidos por el Prof. Dr. D. R. Bercovitz, sobre diversos temas relacionados con la propiedad intelectual, así como investigador principal de uno de ellos, titulado “Transformaciones del Derecho civil ante los desafíos de la sociedad de la información” (2004-07).
 - Ha sido designado como vocal en tribunales de tesis en dos ocasiones (2002 y 2010).
 - Es profesor habitual del Master universitario en Propiedad Industrial, Intelectual y Derecho de la Sociedad de la Información, de la Universidad de Alicante (2004-2008).
 - Profesor de los Cursos de Postgrado para estudiantes iberoamericanos de la Universidad de Castilla La Mancha (2002, 2005-2008).
- Entre otras entidades, ha sido invitado como ponente por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, la Universidad Autónoma de Madrid, la Sociedad General de Autores y Editores, el European Institute of Public Administration, el Instituto Cervantes de Sofía (Bulgaria), la Asociación Colegial de Escritores, la Universitat Oberta de Catalunya y la Asociación de Profesores de Derecho Civil.
 - Ha sido coordinador del Máster en Propiedad Intelectual de la Universidad Autónoma de Madrid, y profesor de su claustro, en sus tres primeras ediciones (2006-07 a 2008-09).
- Desde junio de 2007 es Secretario de la Asociación Literaria y Artística para la Defensa del Derecho de Autor (ALADDA), Grupo español de la Asociación Literaria y Artística Internacional (ALAI).
- Entre los años 2006-07 y 2008-09 ha ejercido como magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Guadalajara.
- Actualmente ocupa el puesto de Letrado-Jefe del Servicio de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial.

PUBLICACIONES

- Además de dos ediciones de la correspondiente a su tesis (Comares, Granada, 1999 y 2005), ha publicado otras dos monografías sobre pactos sucesorios (Comares, Granada, 2003) y sobre el intercambio de obras protegidas a través de redes *peer-to-peer* (Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007).
- Ha participado en numerosos libros colectivos dirigidos por el Prof. Dr. D. R. Bercovitz, entre los que destacan los *Comentarios al Código Civil* (Aranzadi, Pamplona, 2001, 2003, 2009), los *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Tecnos, Madrid, 2007), los *Comentarios a la Ley Concursal* (Tecnos, Madrid, 2004) y el *Tratado de Contratos* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2009).
- También es coautor, entre otras, de la monografía *Property and Trust Law*, incluida en la *International Encyclopaedia of Laws* (Kluwer Law International, 2004).
- Ha publicado artículos en las revistas: *Aranzadi Civil*, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y el Entretenimiento*, *Boletín del Instituto Interamericano de Derecho de Autor*, *Derecho Privado y Constitución*, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil* y *pe. i. revista de propiedad intelectual*.
- Desde su creación en 1999 es Secretario de la revista *pe. i. revista de propiedad intelectual*.

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DILEMAS ÉTICOS Y JURÍDICOS

RESUMEN

La gestación por sustitución o maternidad subrogada se define como la práctica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar el recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales (inseminación artificial [IA] o fecundación *in vitro* [FIV]), caracterizado por que la maternidad psicológica o volitiva queda dissociada del hecho obstétrico, por contraste con lo que sucede en una IA o una FIV tradicionales. En su primera variante la gestante aporta su propio material reproductor y es inseminada con gametos del comitente o de un donante (se habla de "subrogación tradicional"), mientras que cuando se apoya en una FIV los gametos pueden provenir total o parcialmente de los comitentes, o pertenecer a terceros donantes ("subrogación gestacional" *stricto sensu*). La mujer gestante puede actuar movida por un ánimo puramente altruista o bien cobrar una compensación económica por su servicio. A su vez, las razones de los comitentes para acudir a esta técnica pueden ser variadas: desde los casos de mujeres con imposibilidad fisiológica para quedarse encintas o riesgo de salud propia o del feto en caso de embarazo, hasta las que por inconveniencia personal o profesional no desean someterse a las transformaciones y vicisitudes propias de un embarazo, pasando por quienes –como les ocurre a los varones, solos o en pareja– presentan una imposibilidad biológica esencial para gestar. Los móviles que animen en cada caso a los comitentes o a la gestante a la hora de acudir a la gestación por sustitución influirán en el juicio ético que merezca su respectiva conducta. Las principales

objeciones éticas puestas a la conducta de la gestante tienen que ver con la instrumentalización o cosificación de su función reproductora, que la reduciría a la función de un puro vaso o repositorio para cumplir fines reproductivos ajenos. En especial cuando actúe a cambio de una retribución económica se suele advertir el peligro de que se produzca una explotación de mujeres con pocos recursos económicos por parte de aquéllas otras, de clase acomodada, que prefieran no ocuparse personalmente de gestar a sus hijos. En cuanto a los comitentes, el principal punto de reflexión tiene que ver con la exigibilidad o no de una conducta alternativa, consistente en la adopción de niños ya nacidos, en lugar de situarse como impulsores de la venida al mundo de una criatura la cual será objeto de un desamparo automático y planificado por parte de quien la gestó y dio a luz. Desde el punto de vista ético también debe valorarse la posición en la que quedan el hijo nacido de una gestación por sustitución y la propia criatura en fase de gestación. En cuanto al primero, algunas distorsiones podrían derivársele del efecto disociador de la maternidad que provoca la gestación por sustitución, aunque en último extremo no parece que su situación sea muy diversa de la de los niños fruto de las técnicas de reproducción asistida convencionales, o de aquellos que resultan desamparados y son dados en adopción. En cuanto al *nasciturus*, hay que tener presentes los problemas que pueden surgir cuando se detecte alguna clase de riesgo para la salud del feto, pues puede resultar dudosa la legitimación de todos los implicados a la hora de recibir información y participar en la decisión que haya que tomar, dependiendo de si se trata de la realización de pruebas diagnósticas, la aplicación de una terapia o tratamiento prenatal, o la interrupción del embarazo. A nivel comparado, existen numerosos países

en los que esta figura está admitida y regulada por la ley, si bien en general el tratamiento que se hace de ella es bastante restrictivo, sometiéndola a exigentes condiciones. Lo más habitual es supeditar la eficacia de esos pactos a que hayan superado un control administrativo y/o judicial, así como impedir los contratos de gestación por sustitución remunerados, incluida toda actividad de intermediación o publicidad comercial al respecto, a salvo sólo del reembolso de los gastos que la gestante haya razonablemente efectuado con motivo de la gestación. Frente a ello, son también muchos los países en los que, como España, este procedimiento está prohibido por la ley, no en el sentido de que quienes celebren un acuerdo de gestación por sustitución reciban una sanción administrativa o penal, pero sí en el de establecer que esa clase de pactos o contratos son nulos de pleno derecho y no producen ningún efecto. Junto a ello, no pueden olvidarse las reglas legales sobre adopción, algunas de las cuales impiden acudir a la figura de la gestación por sustitución sin cometer un fraude de ley, por ejemplo cuando se prohíbe que la madre natural dé su asentimiento a la adopción antes de transcurrido un cierto plazo de tiempo con posterioridad al parto, o se veda la posibilidad de que la adopción se haga a favor de adoptantes determinados, o se impide la entrega de un niño en adopción mediando compensación económica. De alguna forma el estudio y eventual tratamiento legal de la gestación por sustitución no puede hacerse de espaldas a la regulación sobre adopción, por cuanto si las técnicas de reproducción asistida tradicionales ya vienen a suponer una especie de *tertium genus* entre la filiación natural y la adoptiva, la proximidad de la gestación por sustitución a la adopción es mucho más evidente, dada la escisión que en aquélla se da, por definición, entre el hecho obstétrico y la voluntad o deseo de ser

padre/madre, la cual se acentúa cuando los comitentes no hayan aportado el material reproductor y por lo tanto carezcan de vínculo genético con la criatura. A la vista de este dato, la eventual regulación legal de la maternidad subrogada debería prever unos requisitos parejos a los de la adopción, en el sentido de requerir un certificado de idoneidad de los comitentes, una autorización judicial para la formalización definitiva de sus efectos en el plano de la filiación del niño, o la intervención por una entidad pública del contrato de maternidad subrogada a fin de otorgar eficacia al consentimiento previo de la mujer portadora relativo a la entrega del niño. Sólo bajo estas estrictas condiciones podría admitirse que la filiación natural de un niño fruto de este procedimiento se atribuya a la persona o pareja comitente. Un acercamiento de este tipo evitaría las consecuencias indeseables que en la práctica produce una prohibición radical como la que actualmente existe en España (con parejas viajando a otros países para realizar encargos de maternidad subrogada, haciendo extraños malabarismos cercanos al fraude de ley para lograr la inscripción en el Registro Civil de esos niños como hijos suyos). Por otro lado, la homologación de esos contratos por una autoridad judicial o administrativa permitiría garantizar que todos los consentimientos se han prestado de forma voluntaria y tras haber recibido oportuno asesoramiento legal y médico, y que tanto los comitentes como la portadora reúnen las condiciones psicofísicas adecuadas para asumir el rol que cada uno de ellos se propone. En línea con otros ordenamientos que ya han regulado la figura, lo más apropiado sería prohibir que la madre gestante pudiera ser remunerada, más allá de la cobertura de los gastos conectados con la gestación, así como limitar el catálogo de indicaciones que permitirían acudir a un contrato de gestación por sustitución.

SURROGATE PREGNANCY: ETHICAL AND JURIDICAL ASPECTS

SUMMARY

Surrogate pregnancy is the practice whereby one woman carries a child for another woman or a couple, under promise of handing over the child after birth. The surrogate mother may become pregnant either by artificial insemination or by implantation of an embryo conceived by *in vitro* fertilisation. In the first case, she would be both the genetic and the gestational mother (sometimes called 'traditional surrogacy'); in the second case, the gametes used for the embryo's conception could come from the commissioning couple or from one or more anonymous donors ('gestational surrogacy' *stricto sensu*). In both cases, the intended mother does not match the carrying mother, which represents a big contrast to the normal case in the field of ordinary assisted reproductive technology. Surrogacy agreements may (or may not) involve the payment of a fee to the surrogate mother, beyond the reimbursement of expenses. From the point of view of the commissioning parents, there can be many reasons for surrogate pregnancy. The main indications for this treatment are related to commissioning mother's congenital absence of the uterus, or another similar malformation, as well as to a medical record of repeated miscarriages or severe diseases which might threaten the life of the woman were she to become pregnant. A second group is formed by males or male couples, given the fact that they are biologically unable to become pregnant. Thirdly, some women could request treatment by gestational surrogacy for purely social or career reasons, but it is obvious that this behaviour deserves a

completely different ethical opinion. From an ethical point of view, the main objections to surrogacy deal with the consideration of the surrogate mother as a productive machine that is run in order to satisfy the reproduction desires of another people. The ethical disapproval is deeper in the matter of remunerated surrogacy agreements, since they could increase the risk of lower-class women being exploited by upper-class ones. As regards the commissioning person or couple, the question is if they could be morally obliged to make an adoption of a pre-existing baby instead of having a new child made. In fact, surrogacy agreements could be seen as a sort of fraud of legal rules on child adoption, since these rules forbid the biological mother to get paid for the child, to elect the adoptive parents and to give her consent before the conception of the baby. For all these reasons, surrogacy agreements are seen as contrary to public policy and therefore void and unenforceable in many countries. But one should wonder if these legal provisions are in the best interests of the child. Our conclusion is that the best option lies in the regulation of this treatment, provided that it is subjected to severe requirements controlled by a judge or an administrative authority, such as all parties having received previous legal and medical counselling, the surrogate mother having a minimum age and good psychophysical conditions, or she having not been paid consideration for carrying the child, apart from the reimbursement of expenses.



LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DILEMAS ÉTICOS Y JURÍDICOS

RAFAEL SÁNCHEZ ARISTI

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad Rey Juan Carlos. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Madrid.

INTRODUCCIÓN

La inclinación a experimentar la maternidad o paternidad se encuentra arraigada con fuerza en un gran porcentaje de los seres humanos. Cuando la generación de una nueva vida no resulta factible por medios naturales, la pareja o la persona que desean tener un hijo exploran otras posibilidades. La adopción ha sido la alternativa tradicional a la paternidad biológica, y ha permitido colmar las aspiraciones de aquéllos que no pueden tener descendencia por sus propios medios. Desde hace algunas décadas, el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida ha abierto nuevas vías para satisfacer los deseos de procreación, de forma que muchos individuos ya no tienen por qué renunciar a tener hijos con su propia herencia genética a pesar de padecer problemas de infertilidad. Gracias a la aportación de gametos (masculinos y/o femeninos) por parte de donantes anónimos, incluso las parejas con trastornos más severos pueden ver colmadas sus expectativas de ser padres *naturales*. Las dos técnicas de reproducción asistida más comunes, y las únicas admitidas actualmente en España conforme al Anexo de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA), modificado por la Ley 14/2007, de 3 de julio, son la inseminación artificial (IA) y la fecundación *in vitro* con transferencia de preembriónes (FIV). A lo largo de este trabajo nos referiremos a ellas como técnicas de reproducción asistida tradicionales o convencionales.

Tanto la IA como la FIV pueden basarse en la aportación de material reproductor proveniente de donantes ajenos a la persona o pareja interesada en reproducirse, con el resultado de que el hijo habido no será, o no por entero, descendiente en términos genéticos de quien o quienes serán jurídicamente sus progenitores. En el caso de la FIV el material donado puede consistir en los gametos femeninos que, previamente fecundados con material de la pareja masculina de la receptora de la técnica o de un donante, darán lugar al preembrión objeto de transferencia. Esto quiere decir que esta técnica de reproducción asistida tradicional puede ya propiciar una falta de correspondencia entre la maternidad por gestación (que se atribuirá a la receptora del preembrión) y la maternidad genética (que, aunque sin efectos jurídicos, pertenece a la donante del óvulo). No obstante, debe notarse que incluso en estos supuestos, la maternidad psicológica o volitiva –la voluntad de ser madre– permanece siempre en cabeza de la mujer gestante, que es la que desea procrear, con independencia de la procedencia del material reproductor utilizado para dar lugar al preembrión transferido.

Por contraste, la llamada maternidad subrogada o maternidad por subrogación puede definirse como la práctica por la cual una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar el recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así ges-



tado. Es claro que la voluntad de ser madre queda aquí dissociada de la llevanza de la gestación, a diferencia de lo que sucede en una IA o en una FIV tradicionales. Los términos “subrogada” o “por subrogación” parecen indicar que la maternidad principal o genuina es precisamente la que viene dada por la gestación y el alumbramiento, funciones en las que se trataría de sustituir o reemplazar a la “madre”. Resulta preferible emplear la expresión “gestación por sustitución”, la cual carece de connotaciones que sugieran una suerte de jerarquía entre distintas categorías de madres. Por razones que tienen que ver sobre todo con su palpable fealdad lingüística y conceptual, cabe propugnar el rechazo de la ampliamente difundida expresión de “madre de alquiler”, así como las de “vientre de alquiler” y “útero de alquiler”, por más que, aunque sea de forma aproximada, todas ellas sirvan a captar algunas características del tipo de acuerdo al que llegan la mujer portadora y la persona o personas para quienes se compromete a gestar un hijo.

Ciertamente, la mujer portadora efectúa una *cesión* o, mejor dicho, una puesta a disposición temporal de una parte no separable de su cuerpo para su utilización por otros o en beneficio de otros, los cuales podrán hacer suyo, al término del proceso de gestación, el fruto que resulte de dicho proceso. Hasta ahí, haciendo abstracción de que el objeto cedido no es propiedad de la mujer gestante sino que forma parte de su integridad física, podría acaso establecerse un rudimentario paralelismo con el arrendamiento de cosas, más en concreto con el de cosas frugíferas, en el que el arrendatario hace suyos los frutos producidos por la cosa cuyo uso le ha sido cedido temporalmente por el arrendador. Sin embargo, a diferencia de un arrendamiento de ese tipo, la persona o pareja comitente necesita de la cooperación de la mujer gestante, en cuyo cuerpo en última instancia está alojado el *nasciturus*. Por tanto, más allá del emplazamiento del preembrión en su vientre, la gestante adquiere –explícita o implícitamente– el compromiso de hacer todo cuanto esté a su alcan-

ce para que el preembrión, luego embrión y feto, llegue a alcanzar la vida fuera del clausuro materno como criatura independiente, lo que le obligará a observar un deber de cuidado durante el tiempo que dure el embarazo, incluida la adopción de ciertos hábitos de vida sanos y la evitación de aquellas actividades que puedan entrañar algún riesgo para el ser en formación. La presencia de estas obligaciones de hacer –y no hacer–, puestas a cargo de la gestante nos aleja del mero arrendamiento de cosas y nos aproxima a la órbita del contrato de servicios; aunque para algunos la asimilación debería trazarse con el contrato de obra, ya que la gestante en última instancia se compromete a la entrega de la criatura una vez nacida, siendo así que dicha criatura puede verse como resultado de su labor de gestación. En fin, a pesar de la aparente proximidad, no hay tantas analogías con la donación de gametos (o con la de tejidos), dado que en estos casos el objeto a entregar es siempre una parte separable del cuerpo, sin comprometer de forma duradera la integridad física del donante. Mayor analogía podría existir en cambio con la donación de órganos o partes de órganos a partir de donante vivo, en la que la afectación de la integridad corporal del donante es permanente y puede entrañar riesgos para su salud futura. En otro orden de cosas, la gestación por sustitución debe ponerse en relación con la adopción y las normas que la regulan, ya que el resultado que *de facto* provoca viene a ser el desamparo automático –incluso premeditado– de un menor por parte de quien lo ha engendrado y alumbrado, unido a la igualmente inmediata y calculada asunción de su guarda por otra persona o pareja, respecto de los cuales se pretende determinar *recta via* la filiación. Retomaremos todas estas cuestiones más adelante.

La cuestión es si el derecho a procrear y a formar una familia debe llegar hasta el punto de permitir –o incluso propiciar– ciertas variantes de reproducción humana asistida en las que la tradicional correspondencia entre hecho obstétrico y filiación materna resulta quebrada por



completo. El derecho a procrear, que se suele conectar constitucionalmente con la dignidad de la persona, con los derechos a la autonomía o libertad personal y a la privacidad o intimidad, y con la protección a la familia, ha pasado de ser entendido como un derecho negativo, esto es, como la ausencia de limitaciones o injerencias por parte del Estado a la libertad reproductiva de las personas (básicamente, la libertad para decidir si se desea o no tener hijos, en qué número y a qué ritmo), a ser poco a poco configurado como un derecho de contenido positivo, lo que significa que los poderes públicos deben procurar remover cuantos obstáculos pudiere haber para su realización efectiva, prestando incluso asistencia médico-sanitaria para favorecer que las personas infértiles puedan experimentar también la paternidad/maternidad. En línea de principio, al menos en nuestro sistema, parece que, igual que sucede con las técnicas de reproducción asistida admitidas hasta la fecha, la hipotética admisión de la gestación por sustitución pasaría por configurarla no como una manifestación en bruto de la libertad de procrear llamada a permanecer exenta de interferencias por parte de los poderes públicos, sino en todo caso como una técnica más a practicar en centros autorizados y conforme a protocolos pautados por la ley, en el contexto de facilitación por el Estado de los medios para que todas las personas o parejas puedan reproducirse de manera *natural*.

CLASES Y MOTIVOS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La gestación por sustitución puede considerarse *lato sensu* una técnica de reproducción asistida, o un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida, es decir, sería algo más que dichas técnicas, pero debe apoyarse en ellas necesariamente. De hecho, aunque sea para prohibirla, legislaciones como la española hacen una contemplación de la maternidad subrogada en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Partiendo pues del necesario basamento en alguna de las técnicas tradicionales de reproducción asistida, se abre un abanico de diversas combinaciones posibles, aunque todas ellas serían reducibles básicamente a dos esquemas:

a) *Que la gestante quede embarazada como consecuencia de una IA.* El material reproductor de la gestante podrá ser fecundado, a su vez, con los gametos del varón comitente, o con los de un donante anónimo. Se habla en estos casos de “subrogación tradicional” o de “maternidad subrogada parcial”, por cuanto la gestante es al mismo tiempo la madre genética de la criatura. Nótese que no se contempla como un caso de gestación por sustitución aquél en el que la gestante es inseminada de forma directa por su propia pareja masculina, de un lado porque en tal caso no cabría establecer que la generación ha obedecido realmente al mandato realizado, y de otro porque, no mediando una reproducción asistida, faltaría la singularidad que justifica trazar la filiación al margen tanto de la verdad biológica (que en el caso en cuestión resultaría inapelable), como de las reglas sobre adopción. Eso no quiere decir que la mujer gestante no pueda estar casada o tener una pareja estable, hipótesis en las que puede complicarse la determinación de la filiación de la criatura nacida de un proceso de gestación por sustitución. Los más puristas consideran que, en rigor, tampoco debería hablarse de gestación por sustitución cuando el encargo se realiza por un único varón, cuyo material reproductor se emplee para inseminar a la gestante (es obvio que los varones solos que deseen ser padres mediante técnicas de reproducción asistida no sólo requieren la aportación de células reproductoras del otro sexo, sino también el concurso de una mujer portadora). Si se prefiere explicar así, en esos casos habría un encargo de gestación, y no tanto una sustitución en la gestación *stricto sensu*, pero a los efectos de si la maternidad debe quedar o no determinada a favor de la mujer gestante el caso debería tratarse como un supuesto ordinario de gestación por sustitución.

b) *Que a la gestante se le transfiera un embrión concebido mediante FIV.* Por su parte,



dicha técnica se ha podido llevar a cabo con gametos de la pareja comitente, o con gametos aportados, total o parcialmente, por terceros donantes. Se habla entonces de “subrogación gestacional” *stricto sensu*, o de “maternidad subrogada plena o total”, porque la gestante se limita a su función obstétrica sin aportación de material reproductor propio. Nótese que en la hipótesis más extrema (mujer comitente que no aporta su propio material reproductor) la condición de *madre* puede quedar desdoblada hasta en tres planos distintos: comitente, gestante y genética.

Aunque la gestación por sustitución se apoya en la previa aplicación de una técnica de reproducción asistida convencional, presenta la peculiaridad de que la madre gestante no es la madre psicológica, es decir, no es quien posee la voluntad de tener el hijo. La situación es radicalmente opuesta a la de quien se somete a una IA o una FIV tradicional, técnicas en las que la mujer receptora recibe la inseminación o la implantación del embrión al objeto de portar en su seno y alumbrar para sí el hijo que desea. Para aquellos que no conceden valor a la maternidad volitiva o psicológica, sólo en la subrogación gestacional estricta cabría hablar de maternidad subrogada, ya que cuando la gestante es al mismo tiempo la madre biológica de la criatura la maternidad sólo puede residenciarse en ella, sin que quepa configurarla como sustituta de ninguna otra mujer/madre.

El dato de ser la madre psicológica de la criatura, al menos cuando ese rasgo va en unión del de la maternidad genética, determinó que la Corte Suprema de California se inclinara a establecer la filiación a favor de la mujer comitente, en un caso en el que la mujer gestante había rehusado entregar al niño a los cónyuges comitentes, incumpliendo el pacto alcanzado con ellos [*Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993)]. El Tribunal observó que un niño no podía tener dos madres y un padre, y que si bien ambas mujeres podían ser definidas como madres del niño de acuerdo con la *Uniform Parentage Act*, debía prevalecer el derecho de la madre genética y no el de la portadora, al ser

aquella quien originariamente había tenido la intención de tener al niño como hijo suyo. Este fallo, por cierto, constituyó un fuerte espaldarazo para la gestación por sustitución no sólo en California sino en general en Estados Unidos, y de hecho incidió en que otros Estados de la Unión se plantearan un tratamiento legal más permisivo hacia la figura de la maternidad subrogada.

Las razones para acudir a la maternidad subrogada, desde el punto de vista de la persona o pareja comitentes, pueden ser variadas, aunque básicamente cabría establecer tres grupos de casos.

Grupo 1

Un primer grupo de casos sería el de aquellas mujeres que por razones anatómicas o fisiológicas están impedidas de llevar adelante un embarazo (enfermedad pélvica, ausencia de útero), o para las que su edad, su salud o su historial clínico previo (abortos de repetición, riesgo cierto de enfermedad para la madre o para el feto, relación psicológica conflictiva con la situación de gravidez) hace altamente desaconsejable que se queden embarazadas o que den a luz. En algunos de estos supuestos la mujer comitente podría aportar su propio material reproductor, combinado o no con el de su pareja, teniendo necesidad únicamente de que otra mujer desarrolle la gestación por ella.

Grupo 2

En segundo lugar, podría existir una imposibilidad biológica estructural o esencial para la gestación por parte de la persona o pareja interesada en procrear. Me refiero a los casos de varones solteros, o de parejas compuestas de dos varones, estén o no casados. Desde la admisión en nuestro ordenamiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, es obvio que dos varones pueden acudir al cauce



de la paternidad por adopción (con anterioridad sólo algunas leyes autonómicas permitían la adopción por parejas no casadas compuestas de dos varones), *reduciéndose* su problema a la obtención del certificado de idoneidad por parte de la entidad pública competente, la prestación de los consentimientos y asentimientos necesarios, así como la decisión judicial, todo ello con la consiguiente lista de espera, como cualesquiera otros sujetos interesados en adoptar, con el agravante de que este tipo de parejas suelen tener vedada la adopción internacional, al no prever los convenios firmados entre España y otros países que los padres adoptivos sean dos personas del mismo sexo. Nótese que también en parejas heterosexuales infértiles por razones distintas de las señaladas en el Grupo 1 podría haber la tentación de acudir a la maternidad por subrogación, a fin de sortear los inconvenientes burocráticos y acortar los plazos de espera que resultan inherentes a los procesos de adopción, pero en la medida en que se trate de mujeres que podrían llevar adelante una gestación recurriendo al auxilio de técnicas de reproducción asistida convencionales, procede incluir estos casos dentro del Grupo 3.

Pues bien, la cuestión es si también deberían hacerse extensivas a los varones solos que quieren procrear, o a las parejas y matrimonios compuestos de dos varones, las técnicas de reproducción asistida, lo que permitiría que la criatura por nacer fuese descendiente genética de dicho varón o de uno de los dos miembros de la pareja. Claro está que cualquier técnica de reproducción asistida en estos casos comportaría la necesidad insoslayable de acudir a una mujer portadora que desarrollase la gestación. En España se ha suscitado recientemente el caso de dos varones que, habiendo encargado dos niños nacidos por medio de gestación por sustitución en California, lograron finalmente que la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), por Resolución de 18.2.2009, revocase la resolución del Encargado del Registro Civil Consular de España en Los Ángeles, que había denegado la inscripción de

la filiación de los niños respecto de ambos varones sobre la base de que el ordenamiento español prohíbe la gestación por sustitución. Para la DGRN, dado que la inscripción solicitada no se apoyaba en la declaración del interesado sino en una certificación registral extranjera, no debía examinarse el caso desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, ya que la ley sustantiva aplicable al caso no era la española sino la californiana. La Resolución aplica el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, conforme al cual es posible practicar la inscripción en el Registro Civil español a partir de una certificación registral extranjera sometiendo ésta a un control de legalidad, el cual versará sobre la forma del documento, que deberá ser un documento público autorizado por una autoridad extranjera con funciones equivalentes a los encargados del Registro Civil españoles, y sobre su contenido, que no podrá producir efectos contrarios al orden público internacional español. Para el alto Órgano Directivo la certificación aportada por los interesados superaba ambas exigencias, y en consecuencia ordena proceder a la inscripción en el Registro Civil consular del nacimiento de los dos niños, con las menciones de filiación obrantes en la certificación registral extranjera que había sido aportada por los interesados. En concreto, considera que no se produce contravención del orden público internacional español desde el momento en que ya se admite en nuestro ordenamiento que la filiación quede determinada a favor de dos esposos varones en los casos de adopción, admitiéndose incluso en el artículo 7.3 LTRHA que la filiación por naturaleza conste a favor de dos progenitores del mismo sexo, en este caso mujeres. Para algunos comentaristas, es claro que la pareja comitente habría cometido un fraude de ley, pues se había trasladado a California para beneficiarse de la aplicación de una ley extranjera más permisiva en materia de maternidad subrogada, logrando así que se determinase la filiación natural de los recién nacidos respecto de ambos cónyuges, lo que en España, dado el estado actual de nuestra legislación, no habría sido posible.



Grupo 3

El tercer grupo de casos estaría compuesto por aquellas mujeres que no desean gestar a su propio hijo por razones que podríamos llamar de conveniencia, a fin de evitar los avatares e incomodidades que aparecen ligados a todo proceso de gestación, así como las repercusiones de diverso tipo –profesionales, estéticas– derivadas de un proceso de embarazo, parto y posparto. Sin pretender aplicar a todas las motivaciones hipotéticamente inscribibles en este tercer grupo el calificativo de frívolas, lo cierto es que estos casos hay que situarlos en un plano distinto al de los dos anteriores. En este grupo se incluirían además aquellas mujeres, solas o en pareja, que podrían acaso procrear con ayuda de técnicas de reproducción asistida convencionales, pero que prefieren no someterse a esos procesos –ni iniciar tampoco los trámites para realizar una adopción– y acuden a una mujer portadora para que lo haga en su lugar.

Por su parte, desde el punto de vista de la mujer gestante, las razones para ofrecerse a desarrollar una gestación por encargo de otra u otras personas pueden ser asimismo diversas, aunque en lo esencial cabe trazar la siguiente clasificación:

1) Mujeres que actuarían por solidaridad y guiadas por un espíritu altruista, con el ánimo de favorecer a otras personas en el trance de procrear. Lo más probable es que estas situaciones se den en casos en los que entre la mujer gestante y aquella otra de cuya subrogación se trata, existe una relación de parentesco o de muy cercana amistad. Estos supuestos se conectarían con el primero de los grupos que antes hemos descrito.

2) Mujeres que se ofrecerían a llevar a cabo una gestación por sustitución a cambio de una contraprestación económica, como quien ofrece otra clase de servicios personales en el mercado con finalidad puramente lucrativa. Esta alternativa sería la más probable para atender a la demanda generada en los grupos de casos 2 y 3 anteriormente descritos, y es la que presenta

más obstáculos éticos, como veremos en el epígrafe correspondiente.

REGULACIÓN COMPARADA

A nivel comparado existe poca homogeneidad en el tratamiento legal de la gestación por sustitución. Junto a países permisivos, en los que sin embargo la técnica aparece rodeada de escasos elementos de control o intervención por parte del Estado, hallamos países donde la maternidad subrogada se considera una técnica prohibida, atentatoria contra el orden público, estableciéndose la nulidad y carencia de efectos de los contratos de subrogación. En una zona intermedia se sitúan una serie de países en los que la técnica se admite sólo en determinados casos y bajo ciertas condiciones, entre las que puede contarse una autorización u homologación del acuerdo de subrogación por parte de autoridades judiciales o administrativas.

El caso más claro de contemplación permisiva sería el de India, país en el que a falta de un tratamiento normativo explícito, la gestación por sustitución ha sido declarada legal por una Sentencia de la Corte Suprema de 29.9.2008 (*Baby Manji Yamada vs. Union of India & Anr.*), la cual no duda en referir que, debido a la excelente infraestructura médica de que dispone India, la alta demanda internacional, y la disponibilidad de madres portadoras a bajo coste, el fenómeno está alcanzando en ese país proporciones industriales. Ciertamente, India se ha convertido en los últimos años en el destino preferido de las personas que quieren encargar un hijo a una mujer portadora, a bajo coste y con agilidad de trámites. La Sentencia tiene su interés por cuanto desestima la acción ejercitada por una organización no gubernamental en torno a la guarda de un niño nacido por gestación de sustitución. La acción se canalizaba a modo de una petición de *habeas corpus* contra la abuela paterna del niño (i. e., la madre del varón comitente), quien reclamaba la custodia a raíz de la disputa surgida entre los miembros de la pareja comitente –de origen japonés–, quienes



se habían separado después de formulado el encargo. La organización demandante entendía que en realidad ninguna norma regula en India la gestación por sustitución y que, precisamente por eso, se vienen cometiendo un gran número de irregularidades. La Corte considera que no se había probado que el niño se encontrara en una situación de custodia ilegal y no detecta que hubiera ningún factor de interés público en la causa que legitimara a la ONG a intervenir a través de ese tipo de procedimiento. Asimismo valoraba que ni la Comisión Nacional ni ninguna Comisión Estatal, creadas por la Ley de Protección de los Derechos del Niño de 2005 y que serían, en su caso, las competentes para intervenir en el supuesto de que se hubiera producido una violación de los derechos del niño, habían recibido queja alguna o habían iniciado de oficio un expediente en torno a este asunto.

No obstante, la tendencia en el ámbito comparado, en los países que hacen una contemplación permisiva de la gestación por sustitución, es la de someter ese tipo de acuerdos a un control más o menos estricto desde instancias públicas, de tal forma que sólo mediante la autorización de un juez o de un órgano administrativo el contrato podrá gozar de validez y eficacia. Así, en el Reino Unido, la *Human Fertilization and Embryology Act* de 1990 prevé que mediante un tipo singular de resolución judicial (llamada “*parental order*”) los comitentes de un niño nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución, que deberá tratarse en todo caso de una pareja heterosexual casada, puedan obtener la determinación a su favor de la filiación natural de dicho niño. Ello exige el cumplimiento de una serie de requisitos. Para empezar, que la criatura haya sido gestada por una mujer distinta de la comitente, a la que se le haya transferido un preembrión o se la haya inseminado artificialmente. En segundo lugar, que la concepción se haya hecho a partir de gametos aportados por los dos o al menos por uno de los miembros de la pareja comitente. En tercer lugar, es necesario que los comitentes cursen una solicitud antes de transcurridos seis meses desde la fecha del par-

to. La madre portadora y su marido, en caso de haberlo, deberán dar su asentimiento para que el juez pueda dictar la orden solicitada. En el caso de la mujer portadora, dicho asentimiento no podrá prestarse antes de pasadas seis semanas desde el alumbramiento. En el momento de formular la solicitud el niño deberá vivir en el hogar de los comitentes, que habrá de estar radicado en el Reino Unido. Finalmente, el tribunal deberá verificar que la portadora no ha percibido a cambio ninguna suma de dinero u otra clase de beneficio patrimonial, más allá del reembolso de los gastos en los que pueda considerarse razonablemente que ha incurrido. Debe recordarse que desde 1985 está vigente en el Reino Unido la *Surrogacy Agreements Act*, la cual prohíbe que ninguna persona, a excepción de la propia mujer portadora o de los comitentes, realice por sí misma o induzca a otro a realizar con finalidad lucrativa alguno de los siguientes comportamientos: iniciar o tomar parte en negociaciones dirigidas a realizar un acuerdo de subrogación; ofrecer o aceptar negociar uno de estos acuerdos; o recopilar información con vistas a utilizarla en la negociación de uno de estos acuerdos. Asimismo, esta Ley prohíbe realizar cualquier tipo de publicidad relativa a la existencia de personas que pudieran estar interesadas en una gestación por sustitución, ya sea desde el punto de vista de la mujer portadora o de los comitentes.

En Israel, la *Embryo Carrying Agreements Law*, aprobada en 1996, legalizó la maternidad subrogada, si bien sometiéndola a severos controles por parte del Estado. Así, los contratos de subrogación, que sólo pueden ser suscritos entre ciudadanos israelíes de la misma religión, deben ser autorizados por un Comité nombrado por el Gobierno. Las mujeres portadoras deben ser solteras, viudas o divorciadas, y sólo pueden realizar un encargo de este tipo parejas infértiles que sean heterosexuales.

Por su parte en Ucrania, el Código de Familia contempla la posibilidad de que un preembrión concebido a partir de material reproductor aportado por dos esposos sea implantado en otra mujer, caso en el que la filiación del niño así



nacido será determinada a favor de los esposos, dando preeminencia por tanto al hecho genético y no al hecho obstétrico. No obstante, la maternidad subrogada se somete a una serie de requisitos, previstos en la Orden n° 771 del Ministerio de Sanidad. Así, las indicaciones que permiten acudir a esa técnica están relacionadas con la imposibilidad fisiológica o médica de la mujer comitente para desarrollar el embarazo por sí misma (por carencia de útero, deformación del cuello del útero, múltiples abortos previos, o graves enfermedades somáticas que hacen inviable llevar la gestación a término). Por otro lado, la mujer portadora deberá tener entre 20 y 35 años, gozar de buena salud física y mental y haber tenido al menos un hijo propio sano con anterioridad.

También Brasil se cuenta entre los países que permiten la gestación por sustitución, aunque sometiéndola a ciertas exigencias. La regulación de la materia se localiza, no obstante, en la Resolución n° 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, la cual no posee naturaleza jurídica sino que contiene un catálogo de “normas éticas para la utilización de las técnicas de reproducción asistida”, como dispositivo deontológico a ser seguido por los médicos. El apartado VII de esa Resolución se refiere a la “gestación de sustitución” o “donación temporal de úteros”. En primer lugar dispone que las clínicas, centros o servicios de reproducción humana, podrán utilizar técnicas de reproducción asistida para dar lugar a una gestación de sustitución únicamente cuando exista un problema médico que impida a la madre genética llevar adelante la gestación. Por otro lado, se exige que las mujeres portadoras pertenezcan a la familia de la mujer comitente con un grado de parentesco de hasta el segundo grado, quedando los demás casos sujetos a autorización del Consejo Regional de Medicina. Por último, se establece que la cesión temporal de úteros no podrá tener carácter lucrativo o comercial.

En Canadá, la *Assisted Human Reproduction Act* de 2004 permite la maternidad subrogada, si bien prohíbe el pago de una compensación económica a favor de la gestante, así como

siquiera el hecho de ofrecer o de publicitar dicho pago. Igualmente prohíbe pagar, ofrecer, publicitar o aceptar el pago de una retribución económica por actuar como intermediario de los servicios de una mujer gestante. Se establece la edad mínima de veintiún años para poder ser mujer portadora, debiendo abstenerse cualquier persona de inducir, aconsejar o auxiliar médicamente a una mujer para que se convierta en madre subrogada sabiendo o teniendo motivos para saber que la mujer en cuestión no alcanza dicha edad mínima. Se deja a salvo la validez que, conforme al Derecho provincial, puedan tener los acuerdos en virtud de los cuales una mujer acepte llevar adelante una gestación por sustitución (no es el caso de Québec, cuya legislación dispone la nulidad de pleno derecho de todo acuerdo por el que una mujer acepte procrear o gestar un niño para otra persona). La Ley canadiense contempla por otro lado la posibilidad de que reglamentariamente se prevea que, mediando una autorización, la mujer portadora pueda verse reembolsada de los gastos en que haya incurrido como consecuencia de la gestación efectuada por encargo. Entre esos gastos se podrían incluir las rentas de trabajo que la gestante haya dejado de percibir como consecuencia de su estado de gravidez, si un facultativo certifica que la continuidad en su puesto de trabajo podía constituir un riesgo para su salud o para la del embrión o feto.

En Estados Unidos la situación varía notablemente de unos Estados a otros. No es frecuente que haya normas explícitas sobre la materia, ni para permitir ni para prohibir los efectos de una gestación por sustitución, sino que la situación legal de la figura, sea para considerarla permitida o prohibida, deriva de la interpretación hecha por los tribunales a partir de la normativa existente en materia de filiación y de técnicas de reproducción asistida. En caso de permisión, las variables tienen que ver, a su vez, con la aceptación o no de ambos tipos de maternidad subrogada (tradicional y gestacional *stricto sensu*); con la posibilidad de que la gestante perciba una compensación económica, más allá de ser reembolsada de los gastos médi-



cos y otros relacionados con la gestación; y con el dato de si la técnica está únicamente reservada a comitentes que constituyan una pareja casada heterosexual, o si por el contrario también se extiende a parejas heterosexuales no casadas y a parejas del mismo sexo. El caso más claro, entre los Estados que contemplan la figura permisivamente, es probablemente el de Florida, cuya legislación admite tanto la maternidad subrogada gestacional como la tradicional, si bien sólo se contempla a favor de parejas comitentes heterosexuales, casadas y mayores de dieciocho años. La situación es análoga a la de Texas, donde además se exige que, para ser eficaz, el contrato de subrogación haya sido homologado judicialmente. En California, a pesar de no haber una regulación explícita sobre la materia, los tribunales han interpretado la *Uniform Parentage Act* en el sentido de dar validez a los contratos de gestación por sustitución, en particular cuando la pareja comitente haya contribuido con su propio material genético a la concepción de la criatura. El punto clave, como se vio en el ya citado caso *Johnson v. Calvert* es el de la intención de ser padres, y no tanto el hecho puramente obstétrico de haber portado a la criatura en el vientre. También en Massachusetts se contemplan de modo diferente los acuerdos de subrogación tradicional y los acuerdos de subrogación gestacional. En los segundos la Corte Suprema de ese Estado ha llegado a admitir que los padres comitentes, a condición de que ambos estén ligados genéticamente con la criatura, consten formalmente como padres en el certificado de nacimiento del niño [*Culliton v. Beth Israel Deaconess Medical Center*, 756 N.E.2d 1133 (Mass. 2001)]. En alguna sentencia ese mismo Tribunal ha establecido que, para ser válidos, los contratos de subrogación no deben contemplar el pago de ninguna retribución económica a favor de la mujer gestante, al tiempo que el consentimiento prestado por ésta debe mantenerse hasta cuatro días después de haber dado a luz, no siendo suficiente con el que hubiera prestado antes de quedarse embarazada. Según la sentencia, otros factores a tener en cuenta a la hora de enjuiciar

la posible validez de estos contratos tienen que ver con la madurez de la gestante, la idoneidad de los comitentes para ser padres, así como la información y consejo legal recibidos por todos los implicados con anterioridad a la firma del acuerdo [*R.R. v. M.H.*, 689 N.E.2d 790 (Mass. 1998)]. En Illinois se admite que en los casos de subrogación gestacional el acuerdo alcanzado entre las partes incida sobre la determinación de la filiación del niño así nacido, aunque bajo algunas condiciones: que tanto la mujer portadora como su marido, de haberlo, certifiquen no ser los padres genéticos de la criatura, que el padre y la madre biológicos certifiquen haber donado el espermatozoides y el óvulo respectivamente, y que un facultativo certifique que todas esas afirmaciones son verdaderas. New Jersey permite sólo contratos de subrogación gestacional, a condición de que la mujer portadora no perciba una compensación económica ni esté sujeta por un consentimiento vinculante prestado con anterioridad al nacimiento, debiendo garantizarse un plazo de tres días posterior al parto para arrepentirse de lo acordado. Así se deriva de lo resuelto por la Corte Suprema de ese Estado en un caso en el que la gestante era hermana de la comitente, quien junto a su marido había aportado el material reproductor con el que se efectuó la fecundación. Los comitentes solicitaban que se hiciera constar su condición de padres en el certificado de nacimiento del niño. Según la ley de este Estado existe un margen de cinco días para inscribir el nacimiento. Ello concede a los comitentes un plazo de dos días, toda vez que la portadora no se haya arrepentido, para hacer constar registralmente al niño como su hijo [*A.H.W. v. G.H.B.*, 772 A.2d 948 (N.J. Super. 2000)]. Con anterioridad había recaído en ese mismo Estado la célebre sentencia del caso *In re Baby M.*, considerado el primero y hasta la fecha más notorio caso judicial sobre maternidad subrogada, resuelto por su Corte Suprema el 3.2.1988 (109 N. J. 396; 537 A.2d 1227). El Tribunal consideró nulo el contrato de subrogación, ya que preveía una compensación económica a favor de la gestante, y no respetaba un periodo de tiempo posterior al



parto para que ésta pudiese revocar su decisión, extremos ambos que contravenían los mandatos legales en materia de adopción. Por lo mismo, tampoco podía considerarse válida la renuncia de la mujer gestante a la filiación materna de la criatura. En consecuencia, la filiación debía quedar determinada a favor tanto del varón comitente, con cuyo esperma se había inseminado a la gestante, como a favor de esta última, quien al mismo tiempo era la madre genética de la niña. No obstante, la Corte decidió conceder la custodia al padre comitente, al entender que la mayor estabilidad de la familia paterna convertía esta opción en la más beneficiosa para la menor. La sentencia deja a salvo la posibilidad de alcanzar acuerdos de subrogación siempre que no medie pago de dinero, la mujer gestante actúe voluntariamente y no se la pueda compeler a entregar al niño, una vez éste nazca, con base en el consentimiento prestado antes del embarazo. Frente a los anteriores, otro gran conjunto de Estados contemplan los contratos de subrogación como nulos e ineficaces, por entender que son contrarios al orden público. Es el caso de Indiana, Louisiana o New York. En algunos supuestos, como sucede en Michigan o en el Distrito de Columbia, se prevé incluso la imposición de multas por la violación de las normas que prohíben celebrar contratos de gestación por sustitución.

El panorama es bastante similar en Australia, en el sentido de que no existe homogeneidad al respecto entre los distintos Estados que la integran. Por ejemplo, la *Surrogacy Act* de Western Australia, aprobada en 2008, otorga cierta eficacia a los contratos de maternidad subrogada permitiendo que, en determinadas circunstancias, un juez pueda ordenar transferir la filiación de la mujer portadora a la pareja comitente, sobre la base de la presunción de que, a menos que se pruebe lo contrario, el mejor interés para el niño es que se le considere legalmente hijo de la pareja comitente. La Ley prohíbe los contratos de gestación por sustitución remunerados, así como toda actividad de intermediación o publicidad que se realice comercialmente, aunque no impide que a la

mujer gestante le sean reembolsados los gastos razonablemente efectuados con motivo de la gestación. Los contratos de gestación por sustitución no podrán tener validez, ni servirán de base para que el juez dicte una orden de transmisión de la filiación, a menos que hayan sido homologados por un organismo administrativo, el cual realizará una serie de verificaciones sobre la edad y circunstancias de la gestante, los asentimientos prestados por todos los implicados, y la información y asesoramiento médico y legal que previamente se les ha debido suministrar. En el Estado de Victoria, la *Assisted Reproductive Treatment Act* de 2008 contiene un tratamiento muy similar de los acuerdos de maternidad subrogada: sólo se admiten si son homologados por un órgano administrativo y para casos de imposibilidad de gestar o dar a luz por la madre comitente, o cuando estos actos entrañasen grave riesgo para la salud o la vida de ella o del feto. No se acepta que la mujer portadora aporte además el óvulo necesario para la concepción, es decir, sólo caben los contratos de subrogación gestacional *stricto sensu*. La portadora deberá tener más de veinticinco años y haber engendrado al menos un hijo propio que esté vivo. No se permiten los contratos de maternidad subrogada en los que se prevea el pago de una compensación económica a favor de la gestante, aunque sí cabe pactar el reembolso de los gastos en que haya incurrido con motivo de la gestación. Por el contrario, en Nueva Gales del Sur, la *Assisted Reproductive Technology Act* de 2007 prohíbe tanto los contratos de subrogación comerciales como los no comerciales. Los primeros son castigados con penas de multa, e incluso de prisión, tanto para los que los suscriban como para los que publiciten o den información sobre personas interesadas en realizar uno de esos contratos de subrogación comercial. Los contratos de maternidad subrogada sin ingrediente comercial son declarados nulos de pleno derecho, con independencia de que se hubieran celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley.

En Francia, debe partirse de la radical prohibición del artículo 16-7 de su Código Civil, con-



forme al cual es nula toda convención cuyo objeto sea la procreación o la gestación por cuenta ajena. En esa misma línea, la Sentencia de la Corte de Casación de 31.5.1991 dejó claro que el acuerdo por el que una mujer se compromete, aunque sea a título gratuito, a concebir y portar un niño para abandonarlo a su nacimiento en manos de otras personas, contraviene principios de orden público relativos a la indisponibilidad del cuerpo humano y a la indisponibilidad del estado civil de las personas. El caso francés no está aislado en Europa, donde –por razones similares a las apuntadas– la mayoría de los países no permiten la válida celebración de contratos de maternidad subrogada. Así, en Alemania, Austria, Dinamarca, Italia, Noruega, Suecia o Suiza.

REGULACIÓN EN ESPAÑA

España se sitúa asimismo entre los países que manejan un enfoque prohibicionista hacia la maternidad subrogada. Conforme al artículo 10 LTRHA, los contratos por los que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero se consideran nulos de pleno derecho, lo que significa que las obligaciones que deriven de ellos son incoercibles y que en general no desatan efecto alguno. Así, el propio precepto subraya cómo la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será la determinada por el parto. El artículo no diferencia en función de distintas clases de subrogación, es decir, según la gestante sea o no al mismo tiempo la madre genética de la criatura; como tampoco lo hace en atención al carácter oneroso o gratuito de la causa del contrato. La nulidad alcanza por tanto a toda clase de pactos o contratos de gestación por sustitución y cabe inferir que deriva de la ilicitud de su objeto, al ser éste una cosa fuera del comercio de los hombres (*res extra commercium*), o de la ilicitud de su causa, ya que se trataría de prestar un servicio contrario a la moral o a las buenas costumbres (artículo 1271 Código Civil [en adelante

CC]). Una explicación alternativa sería que la nulidad viene dada por la contravención de normas imperativas en materia de estado civil, que es materia de orden público, sustraída por tanto al juego de la autonomía de la voluntad (artículo 6.3 CC).

Adicionalmente, aunque no existiera el artículo 10 LTRHA, la gestación por sustitución se toparía con las normas en materia de adopción, que también tienen carácter imperativo. Hay al menos tres aspectos en los que cabe apreciar una clara contradicción entre los acuerdos de maternidad subrogada y las reglas que disciplinan la adopción. En primer lugar, nuestro ordenamiento impide –artículo 1830.III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aún vigente en este punto– que los padres naturales, en las adopciones que exijan propuesta previa de la entidad pública competente en la materia –lo que constituye el caso ordinario–, otorguen su asentimiento (requisito imprescindible para constituir la adopción ex artículo 177.2.2º CC) refiriéndolo a adoptantes determinados. En segundo lugar, tampoco se permite que la madre gestante preste su asentimiento a la adopción antes de transcurridos treinta días desde que hubiere tenido lugar el parto (artículo 177.2.2º *in fine* CC), lo que desde luego hace inviable que dicho asentimiento se otorgue con antelación al alumbramiento. Por último, se prohíbe que la adopción lleve aparejada una retribución económica, la cual constituye quizás la exigencia más estricta de las tres, en tanto el artículo 221 del Código Penal, titulado “adopciones ilegales”, castiga con pena de prisión de entre uno y cinco años a quien mediando compensación económica entregue a otra persona un hijo propio eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento y adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Los pactos de gestación por sustitución, en la medida en que implican asentir por anticipado a la entrega del hijo que se alumbrará y hacerlo además a favor de una persona o pareja determinada, contravendrían como mínimo las dos primeras reglas. Adicionalmente, cuando el pacto posea ingrediente oneroso, se conculcaría la



tercera regla, que impide entregar un hijo a fin de establecer una relación análoga a la de filiación a cambio de una compensación económica. Ciertamente, quienes acuden a la gestación por sustitución no pretenden convertirse en padres adoptivos sino en progenitores naturales de la criatura engendrada por la mujer gestante, pero precisamente por eso mismo cabe dudar de si su comportamiento no encierra en el fondo más que una maniobra dirigida a defraudar las normas que regulan la adopción.

El estado de nuestra jurisprudencia no permite vislumbrar ninguna quiebra en este planteamiento, pues aunque no se han producido en España conflictos judiciales derivados de contratos de maternidad subrogada, sí cabe consignar algún caso que presentaba perfiles similares, al menos en lo tocante a la emisión previa por la madre natural del asentimiento para la adopción. Se trata concretamente del caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 21.9.1999, en la cual se accede a las pretensiones de una mujer que, en el octavo mes de embarazo, basándose en sus circunstancias personales y consignando su deseo de mantener oculta su identidad a efectos registrales, había suscrito un documento ante los responsables de los respectivos servicios sociales solicitando que éstos se hicieran cargo de la guarda de su hija nada más nacer, renunciando a sus derechos como madre y prestando por anticipado su asentimiento para que la niña fuera dada en adopción. Arrepentida, solicitaba que se determinase la filiación de la niña respecto de ella y que le fuera concedida su custodia. La ocultación registral de la identidad de la madre la posibilitaba entonces el artículo 47 de la Ley del Registro Civil (LRC), junto con los artículos reglamentarios concordantes, preceptos que inspirados por la finalidad de evitar abortos o infanticidios por parte de mujeres interesadas en impedir la divulgación de su maternidad extramatrimonial, permitían que no se hiciera constar la identidad de la madre en el parte facultativo del nacimiento en contra de su voluntad, lo que propiciaba una clara posibilidad legal de ocultar la filiación materna. La Sen-

tencia reseñada declara derogados por inconstitucionalidad sobrevenida todos esos preceptos. Asimismo, declara nulo de pleno derecho el asentimiento prestado por la madre con anterioridad al alumbramiento y ordena que, a falta de otros medios de prueba, se practique una prueba biológica para poder establecer la maternidad de la reclamante respecto de la pequeña.

DILEMAS ÉTICOS

Los posibles dilemas éticos de la gestación por sustitución se relacionan, por un lado, con el comportamiento o posición tanto de la mujer gestante como de la persona o personas que formulan el encargo, y por otro con la posición o interés de la criatura concebida y alumbrada bajo estas condiciones.

La mujer gestante

La principal objeción que desde el punto de vista ético suele esgrimirse es la de que esta técnica supone la utilización de la mujer como un simple receptáculo o repositorio en el que albergar temporalmente un ser en formación que forma parte de un plan familiar ajeno a la propia gestante, lo que atentaría contra la dignidad de ésta como persona, ya que su propia integridad física deja de ser contemplada como un fin en sí mismo para pasar a ser un medio a través del cual otras personas consiguen satisfacer sus intereses o aspiraciones. Esta servidumbre tan especial impuesta sobre la propia integridad corporal de la mujer portadora, para colmar en definitiva los deseos de paternidad ajenos, está en la base del rechazo hacia la figura de la gestación por sustitución, por contraste con la aceptación de que gozan a nivel social y jurídico las técnicas de reproducción asistida ordinarias, y ello a pesar de que éstas pueden determinar una vinculación de índole genética entre el sujeto o sujetos donantes y la criatura resultado de la procreación que, sin embargo, no tiene por qué darse –y de hecho no se da– en



muchos de los casos de gestación por sustitución, en los que la madre gestante se limita a aportar el vaso o seno en el que se albergará la vida en formación, sin aportar ningún material reproductor propio.

Conocemos otras conductas que, comprometiéndose también la esfera corporal de las personas, no suscitan un escrúpulo ético equivalente al de la gestación por sustitución, antes bien se observan desde el prisma de la solidaridad y del espíritu altruista que anima a quienes las protagonizan. Me refiero a la donación de gametos o de tejidos (sangre, médula ósea), así como a la de órganos o partes de órganos a partir de donante vivo (en los casos en que ésta se permite). ¿Por qué la gestación por sustitución desata otra clase de reacciones? Seguramente es porque en ella la mujer gestante no hace entrega de una parte separable de su cuerpo, sino que pone a disposición de otras personas algo tan intransferible y ligado a su propia integridad física como es su útero. Su compromiso, además, no se agota en un acto único sino que es de tracto sucesivo: comienza con la fase de recepción de la técnica y se extiende durante todo el embarazo (pudiendo prolongarse incluso durante el periodo de lactancia). Y es que, más que entregar algo, la gestante por sustitución lo que hace es recibir y alojar en su cuerpo ese algo, debiendo soportar tanto los efectos y transformaciones propios del estado de gravidez como las vicisitudes propias del parto y el posparto, que pueden incluir consecuencias y secuelas permanentes o prolongadas en el tiempo (v. gr., las derivadas de la práctica de una cesárea). Es claro que en el caso de la donación de gametos y tejidos no se causan efectos perdurables en la integridad física del donante, pues se trata de células que el propio organismo es capaz de regenerar transcurrido un tiempo. Sí existe en cambio una afectación permanente de la integridad corporal y una merma, siquiera sea potencial, de algunas funciones fisiológicas, en el caso de la donación de órganos por donante vivo. Pero, precisamente por ello, la legislación sobre trasplante de órganos condiciona esas extracciones a que sean compatibles con la vida

y a que la función del órgano total o parcialmente donado pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura. Asimismo, esa legislación ordena que entre la información que debe proporcionarse al donante con anterioridad a la extracción, esté la de las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, así como las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional. No es casual que, dadas las implicaciones que la donación de órganos de donante vivo tiene para éste, dicha donación se condicione además a que el receptor sea una persona determinada, y se haga con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida (artículo 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Transplante de Órganos [LETO]). Quizás si la gestación por sustitución se rodease de cautelas de esta índole (v. gr., que sólo se permita a favor de personas ligadas por un vínculo de parentesco, o cuando la causa sea que la mujer comitente se halla impedida de llevar adelante un embarazo por razones médicas; que se establezca la obligación de suministrar a la portadora cumplida información sobre los riesgos y repercusiones de toda índole que el embarazo y el parto pueden tener para su salud y su vida personal y profesional) generaría menores objeciones de tipo ético.

En particular, sería importante que la información a facilitar a la mujer portadora no se limitara a las posibles consecuencias físicas o somáticas, sino que alcanzase también a las posibles secuelas psicológicas derivadas del acto de desprenderse, nada más producirse el alumbramiento, de una criatura que ha albergado en su seno durante nueve meses, secuelas que a menudo tienden a minusvalorarse por todas las partes implicadas en un proceso de este tipo. No es casual que muchos de los conflictos que han llegado a los tribunales en casos de gestación por sustitución tengan que ver con mujeres gestantes que, arrepintiéndose de lo acordado, manifiestan un deseo sobrevenido de quedarse para sí el hijo que han gestado y



alumbrado. A este respecto, el Informe elaborado por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación artificial humanas, creada en el seno del Congreso de los Diputados por acuerdo de su Mesa de 2 de noviembre de 1984 (más conocido como “Informe Palacios”, por el apellido del diputado que presidía la Comisión), daba gran relieve a los eventuales sentimientos maternos desatados en la mujer gestante al contacto con el hijo que ha engendrado, en virtud de los cuales ésta podría negarse legítimamente a cederlo. Es decir, a juicio de ese Informe, a pesar de que ello suponga defraudar las expectativas de la pareja comitente, especialmente cuando ésta haya aportado sus propios gametos, debe ponerse en primer plano el estigma vital que podría llegar a gravitar sobre la gestante si ésta fuera compelida a todo trance a hacer entrega a los comitentes del hijo que sobrevenidamente desea quedarse para sí. El Informe pasa por alto la existencia de otras alternativas que acaso pudiesen servir para componer todos los intereses en juego. Así, la portadora no tendría por qué desprenderse súbita y definitivamente de la criatura, perdiendo toda clase de vinculación con ella. A tal fin, la legislación podría contemplar un derecho de visita a favor de la mujer gestante, aunque se configurase con carácter temporal y fuese disminuyendo en intensidad a medida que el niño creciera; lo que –cabe suponer– amortiguaría el impacto psicológico derivado de la entrega del bebé. Dicho lo cual, ciertos estudios pondrían de manifiesto que una gran mayoría de mujeres que han protagonizado una gestación por sustitución no experimentan ningún trauma psicológico como consecuencia de la entrega del niño, antes al contrario sus sentimientos al respecto son enormemente positivos al prevalecer en ellas la satisfacción de haber podido ayudar a otras personas a ser padres. En esta misma línea, hay quien opina que la idea de que la gestante está llamada a sufrir graves trastornos psicológicos a causa de desprenderse del niño que ha portado en su seno, responde a un prejuicio derivado de convenciones culturales y asunciones de género.

Avanzando hacia otras consideraciones, si hay un factor esencial a sopesar a la hora de realizar un juicio ético respecto de la posición o conducta de la mujer gestante, es el de si ésta actúa movida por un impulso altruista o por un ánimo lucrativo. Ciertamente, no admite el mismo juicio ético el comportamiento de una mujer que decide llevar adelante de forma gratuita la gestación de un niño a partir de células reproductoras de su hermana, víctima de una enfermedad o deficiencia que le impide gestar el niño por sí misma, que el de aquella otra mujer que se ofrece a llevar a cabo una gestación por sustitución por encargo de una desconocida y a cambio de una suma de dinero. Cabe presumir que, salvo los casos de parentesco o amistad entre la gestante y la comitente, la gestación por sustitución articulada entre desconocidos tenderá a incorporar el elemento de la contraprestación económica, teniendo en cuenta que la prestación a la que se compromete la gestante, como ya hemos visto, es de índole duradera y comporta para ella una servidumbre de mayor alcance que la de quien –valga por caso– se limita a donar unos gametos.

Una muestra de hasta qué punto suele mediar un interés pecuniario en la gestación por sustitución es el surgimiento de agencias de intermediación (denominadas en el ámbito anglosajón *baby-brokers*) que ponen en contacto a los comitentes con las mujeres gestantes, procurando localizar la más adecuada a sus intereses. En la actualidad, existen centenares de páginas web donde se puede encontrar información acerca de este tipo de agencias, que perciben una pingüe comisión por las gestiones (en Estados Unidos se calcula que sus honorarios oscilan, como mínimo, entre 15.000\$ y 20.000\$, a los que habría que añadir los honorarios de la gestante, que pueden ascender a otro tanto). En algunos países –ya hemos aludido al caso de India– se ha generado en torno al *alquiler de vientres* todo un sector de negocio que da servicio a ciudadanos de otros países, en cuyas legislaciones esta técnica está prohibida. Se habla ya de *turismo procreativo* para referirse al fenómeno de las personas que viajan a



países más permisivos –y, normalmente, menos avanzados– para encargar la gestación de un bebé y regresar a su país de origen con el niño una vez nacido.

La legislación española –lo hemos visto ya– no hace depender la nulidad del contrato de subrogación del carácter oneroso o altruista de la convención. Sin embargo, todo apunta a que se trata de un factor fundamental desde el punto de vista ético y por añadidura jurídico. Basta fijarse en la regulación de la donación de gametos o de órganos para comprobarlo. Así, el artículo 5 LTRHA señala que la donación de gametos no puede tener finalidad lucrativa o comercial (compensándose a lo sumo las molestias físicas y los gastos de desplazamiento o laborales que se puedan derivar de la donación), mientras que el artículo 2 LETO indica que no se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos, ni tampoco se le podrá exigir al receptor precio alguno por el órgano trasplantado. Esto hace que los gametos y órganos sólo pueden transmitirse a través de la peculiar *donación* que se contempla en las leyes especiales aprobadas sobre la materia, en los centros sanitarios especialmente autorizados y conforme a los protocolos legales y reglamentarios establecidos al efecto. Me inclino a pensar que si la hipotética regulación legal de la gestación por sustitución se ajustase a ese mismo patrón de falta de onerosidad, admitiendo a lo sumo el reembolso a la gestante de los gastos médicos y otros análogos que puedan imputarse a la gestación, desaparecerían muchas de las objeciones que se ponen a esa figura. Claro que una regulación legal de ese tipo reduciría su radio de aplicación a supuestos muy concretos y excepcionales, conectados con los casos del grupo 1 antes descrito, o a lo sumo con los del grupo 2.

Por el contrario, una contemplación permisiva hacia los contratos onerosos de gestación por sustitución, en los que la gestante obtuviese una retribución pecuniaria a cambio de su prestación, podría fomentar la aparición de supuestos del grupo 3 y desembocar a la larga en una mercantilización de la figura, extendiéndose un

nuevo comportamiento social conforme al cual mujeres de clase acomodada omitiesen quedarse embarazadas, pasando a gestar sus hijos, por encargo remunerado, mujeres de baja condición económica (algo análogo a lo que históricamente sucedió con las amas de cría, cuando las mujeres de familias pudientes dejaban la función de amamantar a sus hijos en manos de jóvenes nodrizas que podían, ora convivir en la casa familiar, ora trasladar a la criatura a su propia casa para cuidarla allí hasta el destete). De hecho, los detractores de la maternidad subrogada suelen poner el acento en este riesgo, subrayando que este procedimiento puede tener efectos deshumanizadores, en tanto comporta una cosificación de las mujeres y de los propios niños, tratando la capacidad reproductora de las mujeres y las criaturas nacidas de procesos de gestación por sustitución como productos que se pueden comprar y vender; cosificación que se acentuaría cuando la gestante se ofrece para trabajar en serie o al por mayor: me refiero a los casos –que también se dan– en los que una mujer recibe la implantación simultánea de dos preembriones provenientes a su vez de dos parejas distintas, con vistas a que en un solo alumbramiento se produzca el nacimiento de sendas criaturas, cada una de las cuales será entregada a unos comitentes distintos.

Para algunos grupos feministas la admisión legal de la maternidad subrogada podría reforzar los estereotipos de género y dar lugar al surgimiento de nuevos colectivos de mujeres explotadas. A estas objeciones se responde que el riesgo de que la maternidad subrogada se convierta en explotación de las mujeres más desfavorecidas socialmente no es mayor que el que estas mujeres tienen, en general, de ser explotadas al verse abocadas, debido a sus necesidades económicas, a aceptar cualquier clase de empleo no deseado y mal pagado. Hay quien observa que lo que este procedimiento confiere a la mujer es precisamente mayor grado de autonomía, y no faltan voces emitidas asimismo desde sectores feministas, según las cuales la subrogación es una forma de liberarse del yugo de la gestación y la maternidad



impuesto por el sistema patriarcal: la mujer debe poder disponer de su fuerza reproductiva, al modo de un factor de producción, y contratar libremente con ella.

La persona o pareja comitente

El principal interrogante que se plantea en torno a la conducta de la persona o personas que encargan un niño por el procedimiento de gestación por sustitución tiene que ver con la exigibilidad o no a las mismas de una conducta alternativa, cual sería la de acudir a la adopción de niños ya nacidos, en lugar de propiciar el nacimiento de un nuevo ser sobre el que proyectar su paternidad/maternidad. Se podría responder, no obstante, que esta exigencia ética (no traer nuevos niños al mundo mientras haya criaturas ya nacidas susceptibles de ser dadas en adopción) resulta igualmente trasladable a todos aquellos que, por problemas de infertilidad, deciden someterse a técnicas de reproducción asistida (e incluso, con carácter general, a todos los que se plantean procrear por medios naturales).

La regulación legal y el favorecimiento público de las técnicas de reproducción asistida, parecerían indicar la vigencia del principio según el cual toda persona tiene derecho a intentar reproducirse biológicamente, transmitiendo a sus descendientes su propia información genética, aunque para ello necesite ser asistida médicamente y hayan de emplearse medios artificiales para aumentar sus posibilidades de éxito. Siguiendo este hilo, la gestación por sustitución sería una más de entre esas técnicas. Ahora bien, ese argumento no sirve para sustentar la posición de quienes para poder concebir deben recurrir a la FIV realizada a partir de gametos obtenidos de sendos donantes, masculino y femenino; y, como sabemos, en algunos de los casos de gestación por sustitución la persona o pareja comitente no aporta el material reproductor (v. gr., IA con esperma de donante, FIV con gametos provenientes de donantes de ambos sexos), con el añadido de que en esta

figura la madre comitente nunca aparece como gestante de la criatura. En esos casos, en los que a la falta de conexión genética con ninguno de los miembros de la pareja comitente se suma la ausencia de un vínculo obstétrico, existen pocas diferencias de fondo entre la gestación por sustitución y un supuesto puro de adopción.

Pero hay otros puntos de divergencia entre las técnicas de reproducción asistida convencionales y la gestación por sustitución que aproximan más bien ésta a la adopción, haciendo dudar de que esté éticamente justificado acudir a un pacto de maternidad subrogada cuando la necesidad de los comitentes podría ser satisfecha por medio de la adopción. El principal es que en las técnicas de reproducción asistida tradicionales la criatura finalmente alumbrada permanecerá bajo la guarda y custodia de la mujer que la gestó, mientras que en la maternidad subrogada, por definición, el ser concebido está llamado a ser separado de quien lo ha albergado en su seno. Es más, dicho ser ha sido concebido por y para entregarlo a otra(s) persona(s), lo que parece contravenir la lógica del sistema, que se asienta ora en concebir niños propios, ora en adoptar niños que sobrevenidamente han quedado desamparados. Vemos así el peculiar inconveniente ético que plantea la gestación por sustitución frente a las técnicas de reproducción asistida tradicionales, y es que viene a implicar una suerte de desamparo premeditado de un menor, desde el momento en que la mujer portadora adquiere el compromiso de entregar al niño con antelación no ya al momento de nacer éste, sino al momento de concebirlo. De ahí la habitual previsión legal de que la madre natural no pueda dar su asentimiento a la adopción hasta transcurrido un determinado plazo de tiempo posterior al parto.

Si la gestación por sustitución se admitiese legalmente, asimilándola sin más al resto de técnicas de reproducción asistida, se estaría abriendo una poderosa alternativa a la adopción, con riesgo de postergar ésta a un segundo puesto en la escala de preferencias de las personas que, deseando experimentar la paternidad, se topan con dificultades de infertilidad, pues es



evidente que frente a la adopción, la maternidad subrogada presentaría (las que suelen considerarse) dos grandes ventajas: una, la consecución de un niño en una fase de crecimiento absolutamente inicial; dos, el aseguramiento de que, en la mayoría de los casos, el niño tendrá un vínculo genético con la pareja comitente o al menos con uno de sus miembros.

De ahí que quepa propugnar un tratamiento legal de la gestación por sustitución que la aproxime más a la adopción que a las técnicas de reproducción asistida tradicionales, por ejemplo en el sentido de requerir un certificado de idoneidad de los comitentes, una autorización judicial para la formalización definitiva de sus efectos en el plano de la filiación del niño, o la intervención por una entidad pública del contrato de maternidad subrogada a fin de otorgar eficacia al consentimiento previo de la portadora relativo a la entrega del hijo. De esta forma se evitaría crear un polo de atracción hacia esta figura en detrimento de la adopción, figura ésta comparativamente mucho menos vulnerable a reproches éticos.

El hijo fruto de una gestación por sustitución

Las principales objeciones éticas desde el punto de vista del hijo nacido como consecuencia de esta técnica tendrían que ver, sobre todo, con la disgregación de su progenitura, y con el posible riesgo que para su integridad moral tendría el saberse engendrado por una mujer que, desde el momento mismo de planear su concepción, nunca deseó tenerlo para sí.

En cuanto a lo primero, se ha sostenido que la gestación por sustitución tiene la capacidad de descomponer, como ninguna otra técnica de reproducción asistida, los diferentes planos de la paternidad/maternidad, puesto que a la figura de la mujer gestante –y la de su marido o pareja, en su caso– se une la de los miembros de la pareja comitente, y puede aún añadirse la de los donantes de los gametos masculino y femenino cuando los comitentes sean incapaces de

aportarlos por sí mismos, lo que introduce otro par más de personas, de identidad anónima, a quienes correspondería la ascendencia genética. No puede negarse que semejante escenario podría generar en el hijo así nacido un *efecto puzzle* en relación con un factor que debe considerarse esencial para toda persona, como es la fijación de quiénes son sus (dos) progenitores y en virtud de qué título de atribución.

El segundo riesgo en cambio parece de menor intensidad, o al menos no presenta rasgos acentuados respecto de otras situaciones similares en las que un hijo puede experimentar sentimientos de contrariedad al saberse nacido de una mujer que lo desamparó. Ciertamente, aparece aquí el elemento peculiar de que ese abandono es perfectamente calculado y pactado con quienes a la postre resultan ser los padres de la criatura a todos los efectos legales, lo cual no está claro si motivará en el niño sentimientos de mayor rechazo o de mayor aceptación de su situación, ya que pese a no poder considerarse un hijo no deseado –a diferencia de lo que les ocurre a muchos niños adoptados–, lo cierto es que no fue deseado por la mujer que lo engendró y dio a luz. A la mezcla de añoranza y de rechazo que se le puede producir al niño con respecto a la mujer portadora, habría que añadir un ingrediente adicional cuando la gestación por sustitución se hubiera realizado a cambio del pago de una compensación pecuniaria, porque sería entonces difícil de evitar que el hijo se viera como el objeto de una transacción económica y que considerase su venida al mundo como el resultado de un servicio remunerado prestado por cuenta ajena. Naturalmente, esta clase de sentimientos negativos no se dará cuando la gestación por sustitución se hubiese desempeñado altruistamente por parte de la gestante, máxime si se tratase de una pariente o de una persona cercana al círculo familiar del niño. Sea como fuere, debe considerarse positivo que el niño nacido de un proceso de gestación por sustitución, en la medida en que las circunstancias lo permitan, llegue a trabar conocimiento personal con la mujer que lo gestó, e inclusive se establezca un régimen de visi-



tas periódicas a favor de ella, al menos durante la fase de desarrollo temprano del bebé.

Junto a los anteriores aspectos, deben todavía valorarse algunos otros factores, a los que se suele dar menos relieve, pero que pueden también afectar al estatus o a los intereses del hijo nacido como consecuencia de una gestación por sustitución. Así, no debería minusvalorarse el interés del hijo en que exista un control previo sobre la idoneidad de los comitentes para ser padres, al igual que se prevé un trámite similar para la adopción. De nuevo se observa la conveniencia de tratar la maternidad subrogada de la forma más parecida posible a la adopción, a la vista de las similitudes existentes entre ambas figuras. En este sentido deben considerarse atinadas las regulaciones sobre la gestación por sustitución en las que se establece la necesidad de que los miembros de la pareja comitente obtengan una declaración de idoneidad con carácter previo a la celebración del acuerdo de subrogación.

Asimismo, deben tenerse en cuenta las consecuencias a las que puede conducir una prohibición sin paliativos de la gestación por sustitución, con la consiguiente carencia de efectos del contrato por el que se hubiera establecido. La imposición a la mujer gestante de un rol materno que no deseaba asumir, con los consiguientes deberes inherentes a la relación de patria potestad, y la paralela imposibilidad de determinar la filiación a favor de la mujer comitente, que sí tenía la voluntad (y probablemente las condiciones económicas apropiadas) de ser madre, no parece la mejor solución desde el punto de vista de los intereses del menor.

El nasciturus en un supuesto de gestación por sustitución

Debemos interrogarnos también por la posición en la que queda el *nasciturus*, y no sólo el ser resultado de la procreación una vez nacido y alcanzada la personalidad jurídica. Como en el caso anterior, se trata de valorar no tanto su propio comportamiento, como el modo en el que

influyen sobre su estatus el comportamiento del resto de actores, y antes que nada la determinación de qué actores son aquéllos cuyo comportamiento puede tener esa influencia.

Resulta obvio que la vida humana en formación goza de un cierto estatus de protección jurídica, aunque los intereses del *nasciturus* como persona *in fieri* pueden contraponerse y no siempre prevalecer frente a otros intereses en juego (v. gr., vida/salud de la gestante, riesgo de graves malformaciones para el feto). Al desdoblarse, en la gestación por sustitución, el rol de progenitor entre la mujer gestante y la madre y/o padre comitentes, surge la duda de a quién debe atribuirse la legitimación para decidir en el caso de que aparezca determinado tipo de complicaciones durante el embarazo, puesto que al ya de por sí difícil dilema del contraste entre los intereses de la mujer embarazada y el feto se agrega aquí el factor distorsionador de que el embarazo está siendo llevado a cabo por encargo y a favor de otra(s) persona(s). ¿Tienen los padres comitentes alguna atribución para incidir en las decisiones que acaso deban ser tomadas sobre sometimiento a pruebas de diagnóstico prenatal, aplicación de medicación u otro tipo de terapias previas al parto, y en último extremo continuidad o interrupción del embarazo?

En principio, parece claro que sobre las pruebas diagnósticas o intervenciones durante el embarazo, o incluso sobre la eventual interrupción de éste, el personal médico-sanitario deberá atender a las decisiones que adopte la mujer gestante, en tanto titular de bienes jurídicos que pueden estar en riesgo de seguir adelante el embarazo (su salud, su vida, su integridad física). Ahora bien, puesto que los comitentes son quienes en última instancia están llamados a ser los padres del ser en formación, no les son indiferentes los hallazgos que eventualmente pudieran hacerse durante la fase prenatal, en la medida en que pueden ser indicativos de taras o de riesgos para la salud del feto. Parece lógico por tanto que sus intereses queden también salvaguardados. Sin embargo, esa salvaguarda no podrá consistir en atribuirles la facultad de com-



per a la mujer gestante a seguir sus directrices (v. gr., someterse a determinadas pruebas diagnósticas, a una terapia prenatal o, en último extremo, a un aborto), ya que nos hallamos ante conductas personalísimas y por ende incoercibles. Lo que sí podría preverse es que los comitentes estén facultados para desvincularse del pacto, o que puedan solicitar un resarcimiento de daños y perjuicios, en caso de que la gestante decida no actuar conforme a sus peticiones, erigiéndose de ese modo en la única responsable de las consecuencias lesivas que de una ausencia de diagnóstico, o de la negativa a practicar determinada intervención, se deriven para el feto. Naturalmente, eso no significa que los comitentes puedan desvincularse del pacto siempre que el niño nazca con alguna clase de tara o enfermedad, pues el riesgo objetivo de no poder lograrse un diagnóstico tempestivo, o de no ser posible atajar una enfermedad o un síndrome detectados a tiempo, lo corren obviamente ellos y no la gestante.

Un caso que involucraba a una portadora británica y a un matrimonio comitente originario de Estados Unidos puede servir para ilustrar la clase de problemas a los que me estoy refiriendo. El asunto fue resuelto por la *High Court of Justice* inglesa, *Family Division*, el 23.2.2002, en contra de la posición de los comitentes. La peculiaridad del supuesto radica en que, cuando a los dos meses de iniciada la gestación la mujer gestante descubrió que estaba embarazada de gemelas y así se lo comunicó a los comitentes, éstos dudaron sobre si deseaban tener dos hijas simultáneamente. La concepción se había realizado mediante FIV combinando gametos del marido comitente y de una donante anónima. El acuerdo de subrogación preveía la posibilidad de interrumpir el embarazo dentro de las doce primeras semanas. Tras un compás de espera, los comitentes comunicaron a la portadora su deseo de que abortara a uno de los fetos, pero ella se negó sobre la base de posibles riesgos para su propia salud y para la del otro feto. Ante la eventualidad de que los comitentes quisieran desentenderse del acuerdo, la gestante solicitó de un juez californiano que declarara la eficacia

del compromiso asumido. Sin embargo, tras el alumbramiento, mudó de parecer y decidió solicitar la custodia de las niñas. La pareja comitente reaccionó reclamando por su parte la entrega de las criaturas, con apoyo en la Convención de La Haya sobre secuestro internacional de menores. El Tribunal británico, además de entender que la mujer portadora podía ser considerada madre de las niñas a la luz del Derecho inglés, puesto que las había engendrado y dado a luz aunque no tuviera vínculo genético con ellas, interpretó que la mujer portadora no había infringido la citada Convención internacional, dado que las niñas nunca habían residido en otro lugar más que en el Reino Unido, donde habían sido alumbradas.

En fin, no es descartable que sea la gestante la que desee someterse a controles más estrictos de los que le vengan exigidos por los comitentes, e incluso que tenga mayores reparos que los comitentes a la hora de seguir adelante con el embarazo una vez averiguado que el feto viene con alguna tara o enfermedad congénita. Si la portadora se decantase por la interrupción del embarazo en un supuesto en el que, pese a darse una indicación legal, los comitentes no vieran inconveniente en hacerse cargo del niño –o si, allí donde exista una ley de plazos, decidiera abortar dentro del plazo legal por haberse arrepentido de lo pactado–, cabría imputarle un incumplimiento del contrato de subrogación, de forma que los comitentes no estarían obligados a abonarle la contraprestación acordada, e inclusive cabría sostener su derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios sufridos, incluidos los daños morales.

DILEMAS JURÍDICOS

Desde el punto de vista jurídico, existen básicamente dos órdenes de cuestiones relacionadas con el fenómeno de la gestación por sustitución que están llamadas a suscitar controversia. En primer lugar están los aspectos relativos a la filiación del niño nacido en tales circunstancias, y en segundo lugar los



conectados con la validez y eficacia del pacto o contrato trabado entre la mujer gestante y la persona o pareja comitente.

Determinación de la filiación

Deben despejarse aquí tres diferentes puntos, a saber: el tipo de filiación, el medio a través del cual determinarla, y la persona o personas respecto de las cuales quedará determinada dicha filiación.

En cuanto al tipo de filiación, es claro que tendrá que reconducirse a alguna de las dos formas universalmente admisibles: por naturaleza o por adopción. Sabemos que la primera de ellas se apoya en el principio básico de la verdad biológica, pero dicho principio puede resultar difícil de aplicar cuando lo que se pretende es determinar la filiación respecto de una mujer que no ha gestado ni alumbrado a la criatura de cuya filiación se trata, aunque haya aportado el material reproductor para generar el preembrión transferido a la gestante. ¿Dónde radica la verdad biológica? ¿En el hecho genético o en el hecho obstétrico?

Para los partidarios de la maternidad subrogada, es claro que debe otorgarse validez y eficacia a los contratos de gestación por sustitución previos a la concepción del bebé y, en tanto plasmen una voluntad libremente expresada por todas las partes, neutralizar las posibles presunciones legales de maternidad/paternidad y establecer la filiación conforme a lo determinado por dichos contratos, lo que significa dar preferencia al hecho genético (o eventualmente al hecho puramente volitivo –la intención de ser padre/madre–, si acaso la concepción se hubiera efectuado total o parcialmente a partir de gametos provenientes de terceros donantes). Esta postura se sustenta sobre una visión comercial de la filiación que parece de difícil encaje en los sistemas donde ésta, en tanto estado civil (junto con el estatuto de la patria potestad que conlleva, en especial los deberes para con los hijos), es indisponible por la simple voluntad de las partes. Semejante consideración no fue obs-

táculo, sin embargo, para que la mayoría de los integrantes del Grupo de Trabajo creado en el seno de la DGRN en 1986 para estudiar diversos temas relacionados con las técnicas de reproducción asistida, entendiéndose que si la madre comitente aporta la célula germinal y es por tanto madre biológica, lo lógico sería inscribir la filiación a su favor desde el primer momento y no a favor de la mujer que da a luz, restando importancia a estos efectos al hecho obstétrico. Para ello, no obstante, consideraban necesario que se dieran las siguientes condiciones: que el acuerdo de subrogación se hubiera otorgado ante notario y fuera de fecha anterior a la implantación del preembrión en la mujer portadora; que el centro sanitario autorizado emitiera un documento acreditativo de la correspondencia entre el embarazo llevado a término y el preembrión procedente de los gametos de la pareja comitente; y que no hubiese oposición de la gestante a la constancia registral de la filiación a favor de los comitentes.

Por su parte, los críticos con la figura de la gestación por sustitución subrayan el papel único que le está reservado a la mujer en todo proceso reproductivo humano, pues sólo ella está en disposición de ofrecer, junto al material genético correspondiente, la capacidad de portar en su vientre una nueva vida en formación. Desde este punto de vista, la mujer que gesta y alumbró un niño es quien debe considerarse la madre del mismo, resultando indiferente que sea o no, a su vez, la progenitora genética del mismo. Quienes suscriben esta opinión no consideran viable que la filiación se determine de forma directa en virtud de lo previamente acordado en un pacto o contrato de gestación por sustitución, sino que a lo sumo los padres comitentes tendrían a su alcance la posibilidad de adoptar a la criatura nacida como resultado de un proceso de ese tipo. El ya citado Informe Palacios, por ejemplo, consideró preponderante el componente obstétrico sobre el componente genético, debido a que la gestante lleva en su vientre a la criatura durante nueve meses protegiéndola fisiológica y psicológicamente, lo que aseguraría una relación más humanizada entre



ella y el hijo. El Informe recomendaba considerar madre legal siempre a la mujer gestante, aunque en el origen de la gestación hubiese intervenido el encargo de otras personas y la concepción se hubiese realizado a partir de gametos de los comitentes o de terceros donantes.

Desde luego, en nuestro ordenamiento predomina hasta el momento el acercamiento obstétrico, como lo refleja el repertorio de técnicas de reproducción asistida admitidas hasta la fecha (nuestro Código Civil no explicita que la filiación materna venga determinada por el parto, aunque sí encontramos una norma de la que cabe inferir este principio en el artículo 49 LRC). Tanto en la IA como en la FIV cabe detectar un alejamiento con respecto a la verdad biológica, pues se acepta que conste como progenitor por naturaleza aquél que se sabe sin lugar a dudas que no es el padre o la madre biológico/a (v. gr., cuando la mujer es inseminada con material reproductivo de un donante anónimo o cuando se le implanta un embrión fecundado a partir de un óvulo donado por otra mujer). Es evidente que en ambos casos se otorga preponderancia al hecho de la gestación y no al origen de los gametos empleados para la concepción.

De admitirse la gestación por sustitución y aceptarse la filiación materna a favor de la mujer comitente, ello significaría la introducción de una técnica de reproducción asistida regida justamente por el principio inverso, esto es, la filiación materna se atribuiría en función de la procedencia del material reproductor y no en función del hecho obstétrico. Ello puede resultar chocante, pero en realidad estaría más próximo al principio de verdad biológica, al menos cuando la mujer comitente haya aportado los óvulos para propiciar la fecundación; ciertamente no cuando la fecundación se realice a partir de óvulos de la propia gestante, o de una tercera donante. En estos otros casos es obvio que dicha filiación sólo podría hacerse descansar en el consentimiento prestado por la comitente al efectuar el encargo de sustitución y, en definitiva, en su voluntad de ser madre. Pero ello tampoco es algo que nos resulte desconocido. El

consentimiento y la voluntad juegan un papel destacado en las técnicas de reproducción asistida convencionales. Basta pensar en la posición en que se sitúa el marido cuando el preembrión implantado en su esposa ha sido fecundado a partir de semen de donante anónimo. Es claro que en tal caso no existirá vínculo genético alguno –obviamente tampoco obstétrico–, dándose relevancia exclusivamente a la voluntad y al consentimiento dado al sometimiento de su cónyuge a las técnicas de reproducción asistida (consentimiento que tiene que recabarse para la recepción de la técnica por la usuaria en esos casos: artículo 6.3 LTRHA). Diríamos entonces que las técnicas de reproducción asistida convencionales ya tienen en cuenta una paternidad o maternidad “social” o “de deseo”, por lo que podría ser incoherente no admitirla en el caso de la gestación por sustitución.

El caso hasta el momento más extremo en este sentido vendría dado por la admisión de la posibilidad de que la mujer casada con otra mujer, y no separada de ella legalmente o de hecho, pueda manifestar ante el encargado del Registro Civil “que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido” (vid. artículo 7.3 LTRHA, tras la reforma operada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo). Estamos hablando aquí de una filiación por naturaleza, matrimonial por más señas, que opera –lo que es curioso, tratándose de una mujer– en virtud de un consentimiento. Se da la rareza de que el hijo nacido en esas circunstancias tendría dos madres por naturaleza, lo que para algunos especialistas resulta inadmisibles, pues parece ir contra la regla de que no puede determinarse eficazmente una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria (artículo 113.II CC). Pero, a lo que ahora importa, la virtualidad de esa disposición legal es que contempla ya la posibilidad de que la filiación materna quede establecida en ausencia de vínculo tanto genético como obstétrico, por la sola voluntad de ser madre, merced al consentimiento que así la exprese (en unión, eso sí, del dato de estar casada la mujer que presta ese consentimiento con la mujer gestan-



te). Si nos fijamos, el efecto no está muy alejado del que se produce en un supuesto de gestación por sustitución, no en el sentido de que la filiación quede determinada respecto de dos mujeres, puesto que en la gestación por sustitución la filiación no se determina respecto de la gestante, que además no está casada con la comitente, pero sí en el sentido de que una mujer encarga o acuerda con otra que ésta se someta a una inseminación y porte en su vientre una criatura que, al final del proceso, va a poder ser considerada hija de la mujer no gestante, en atención únicamente a su consentimiento.

Recapitulando, la filiación determinada a través de las técnicas de reproducción asistida convencionales viene a constituir una especie de tercera vía, entre la filiación por naturaleza *stricto sensu* y la filiación por adopción, en la medida en que en aquélla se unen la presencia de vínculos biológicos, o al menos obstétricos, con alguno de los miembros de la pareja o con la mujer receptora de la técnica por un lado (lo que propicia una cercanía, en mayor o menor grado, con la verdad biológica), y un papel destacado del consentimiento por otro (que es el elemento clave en la adopción). En la gestación por sustitución por lo común hallamos esos dos mismos ingredientes (posibles lazos biológicos más consentimiento), si bien combinados de distinta manera; aunque en una de sus modalidades (IA o FIV de la gestante empleando gametos procedentes de terceros donantes), tan sólo encontramos el consentimiento, sin ningún elemento que permita conectar ni obstétrica ni genéticamente a la criatura nacida de la aplicación de esta técnica con la persona o pareja comitente. Cabría entonces plantear un tratamiento legal diferenciado de la filiación, dependiendo de si la gestación por sustitución se realiza con material reproductor en todo o en parte de la persona o pareja comitente, o si por el contrario se efectúa a partir de gametos aportados por donantes de ambos sexos, o por la propia gestante y un donante masculino. El primer grupo de casos, en la medida en que se encuentra más cercano a las técnicas de reproducción asistida convencionales, podría dar lugar a

determinar una filiación natural con sometimiento a requisitos análogos a los que se vienen estableciendo para esas técnicas. Por su parte, en el segundo grupo de casos se podría configurar una filiación, si no adoptiva en sentido propio, sí sometida a requisitos tan exigentes como los que se marcan para que una persona o una pareja pueda obtener la adopción de un niño (resolución judicial, propuesta previa por una entidad pública, certificado de idoneidad, asentimiento de los padres naturales, etcétera).

El pacto o contrato de gestación materna

Por lo que se refiere al pacto o contrato de encargo, trabado entre la mujer gestante y la persona o pareja comitentes, cabe preguntarse cuál sería su objeto y contenido, qué validez y eficacia cabría darle, así como las consecuencias que puede tener su celebración para los contratantes.

Desde el punto de vista del objeto, debe notarse que éste no consistiría tanto en el niño o criatura de cuya gestación se trate, como en el desarrollo en sí de la gestación, poniendo la portadora cuanto esté a su alcance para que el embarazo llegue a buen fin y, antes de eso, en el sometimiento de la gestante a una técnica de reproducción asistida y en la puesta a disposición de una parte de su cuerpo para albergar en ella al nuevo ser a lo largo de las sucesivas etapas de desarrollo prenatal. En este sentido, no sería correcto afirmar que la gestante contrae una obligación de resultado, entendiendo por tal el de entregar un niño, ya nacido, de tales o cuales características, sino que asume lo que se conoce como una obligación de medios o de mera actividad. Es cierto que también se obliga a entregar a la criatura alumbrada tras el proceso de gestación, pero más como una suerte de fruto natural producido por aquel elemento de su organismo temporalmente puesto a disposición de los comitentes, que como el resultado de una actividad de naturaleza técnica o profesional (si se observa, una vez producida la IA o la transferencia del preembrión posterior a la FIV, su contribución activa a la generación de la cria-



tura tiene sólo un alcance relativo). El objeto del contrato se compone por tanto más de un *face-re* que de un *dare*, aunque también comporte éste como consecuencia anudada al primero. Así las cosas, la causa del contrato está más cercana a un arrendamiento de servicios combinado con un arrendamiento de cosas (en concreto de una cosa productiva o frugífera), que al contrato de obra, pese a las similitudes que intuitivamente podrían establecerse entre este último y el contrato de encargo de bebé. Desde luego, sería inconcebible abrir aquí una fase de *recep-ción de la obra*, en la que el comitente se reserve la posibilidad de rechazar el resultado por falta de acomodo a las instrucciones o no satisfacción de las expectativas. Los comitentes deberán asumir la filiación del niño, nazca éste como nazca, a salvo que pueda establecerse un nexo causal entre la negligente –o dolosa– conducta de la gestante y la tara o enfermedad sufrida por la criatura.

En cuanto al contenido del contrato, esto es, el haz de derechos y obligaciones que surgen para las partes, la gestante asume el compromiso de someterse a la técnica de reproducción asistida por la que se haya optado, desarrollar diligentemente la gestación (lo que puede implicar la adopción de unos hábitos de vida sanos, acordes con su estado, y la realización de los controles apropiados), y finalmente poner a disposición de los comitentes el bebé una vez sea alumbrado. Eventualmente, puede asumir alguna prestación complementaria relacionada con la crianza del niño una vez nacido, y en particular con la lactancia. Desde el punto de vista de los comitentes, el principal compromiso será el de subvenir a los gastos que para la gestante entrañe el embarazo, el parto y el posparto, así como a remunerarla cuando se hubiese convenido una contraprestación. Asimismo deberá la gestante –y en su caso su marido– renunciar a la filiación que de otro modo le correspondería, y los comitentes aceptar la determinación de la filiación respecto de la criatura que han encargado. Asimismo, puede preverse el derecho de los comitentes a ser informados de la marcha del embarazo y a ser consultados en caso de que deban tomarse decisio-

nes relacionadas con la salud del feto. En fin, otro contenido posible del acuerdo de maternidad subrogada puede ser un derecho de visita, normalmente claudicante, para la gestante.

En cuanto a los efectos de los pactos o acuerdos de maternidad subrogada, suponiendo que la ley admita la validez de los mismos, cabe contemplarlos en distintos planos, como ocurre en todo contrato. A nivel puramente *inter partes*, la eficacia se traduciría en la facultad de los contratantes para compelerse recíprocamente a cumplir lo acordado, es decir, los comitentes podrían exigir a la gestante que se someta a la técnica de reproducción asistida, que lleve adelante el embarazo con diligencia, y que les entregue el niño renunciando a su filiación tras alumbrarlo, mientras que la portadora podría obligarles a ellos al abono de las expensas y de la remuneración pactada, así como a hacerse cargo del bebé una vez éste haya nacido. Naturalmente, esa exigibilidad debe entenderse como la posibilidad de reclamar, en caso de incumplimiento, una indemnización de daños y perjuicios. De otro modo, es decir, si como sucede en España estos pactos se consideran nulos de pleno derecho, ni siquiera entre las propias partes podría hacerse valer el contenido del pacto, lo que no parece que traiga demasiadas ventajas, porque ello reduce el valor del acuerdo al de las meras obligaciones naturales o morales, es decir, aquéllas que no son jurídicamente coercibles. En otras palabras, el mandato legal de nulidad de estos contratos podría tener consecuencias tan indeseables como que la mujer portadora se negase a entregar el niño y los comitentes, a pesar de haberle abonado la contraprestación pactada, no pudieran reclamar nada contra ella; o que los comitentes se negasen a abonar dicha contraprestación, a pesar de haberse quedado con el niño. También podría suceder que los comitentes se quisieran desentender de lo acordado y se negasen a recibir al niño una vez nacido, caso en el cual la gestante no podría evitar que la filiación de la criatura se determinase a su favor, sin poder reclamar ninguna clase de indemnización. Se trata de una hipótesis no tan infrecuente, si se piensa sobre



todo en los casos en que la pareja comitente se separa o divorcia durante el intervalo en que se desarrolla el proceso de gestación. La inclinación de los miembros de la ex pareja a desvincularse del contrato de subrogación y renunciar a la filiación sobre la criatura encargada será más acusada cuando ésta haya sido concebida a partir de material reproductor aportado por donantes. En un caso de estas características resuelto en 1998 por la Corte de Apelación de California para el Cuarto Distrito [*Buzzanca v. Buzzanca*, 72 Cal. Rptr.2d 280 (Cal. Ct. App. 1998)], la Corte decidió que los miembros del otrora matrimonio comitente debían asumir la filiación, partiendo de la premisa de que la gestación se había iniciado con su consentimiento y en vistas a su propósito de tener un hijo, con independencia de que el nacido no tuviera vínculos genéticos con ninguno de ellos.

En cuanto a los efectos del contrato respecto de terceros, y en particular respecto del personal médico-sanitario que atienda la gestación, el parto y el posparto, la cuestión es hasta qué punto ese personal deberá contar con las preferencias manifestadas por los comitentes, por mucho que éstas tengan apoyo en las estipulaciones contenidas en el acuerdo de subrogación. En principio, para cualquier intervención que, como la interrupción del embarazo u otras menos drásticas, afecte a la integridad física o a la salud de la gestante, es obvio que sólo se atenderá al consentimiento de ésta, con independencia de las consecuencias que las decisiones de la gestante puedan producir en el plano de sus relaciones contractuales con los comitentes. Ahora bien, el empleo de determinadas técnicas de diagnóstico prenatal, la aplicación de ciertas terapias, o la realización de intervenciones que afecten al feto o al recién nacido, sí podrían tener que consultarse con los comitentes, en la medida en que a la postre serán los sujetos respecto de los cuales quedará determinada la filiación. No hay que olvidar que en muchos casos ellos serán al mismo tiempo los progenitores biológicos de la criatura, pudiendo ser útil conocer su historial médico familiar, o someterlos a pruebas que permitan ayudar a diagnosticar o resolver algún posible

trastorno o enfermedad hallados en el feto. Alguna duda puede suscitar la decisión acerca de la donación del cordón umbilical, pues aunque en el cordón pueda haber células con información genética de los comitentes, lo cierto es que en principio aparece como una parte separable del cuerpo de la gestante. No obstante, me inclino a pensar que los comitentes podrían intervenir para exigir que el cordón sea depositado en un banco privado a fin de atender las posibles necesidades futuras del hijo. En fin, la eficacia frente a terceros del contrato de gestación podría también tener incidencia en cuanto a la legitimación de los comitentes para reclamar, en casos de daños causados al bebé por mala praxis, una eventual indemnización por responsabilidad médico-sanitaria frente al centro donde se haya hecho el seguimiento del embarazo y/o se haya realizado el parto.

En otro orden de cosas, el contrato de gestación por sustitución podría acarrear otra clase de efectos o consecuencias para los contratantes, si acaso la legislación prohibiese la realización de este tipo de pactos y sancionase su celebración mediante la imposición de una multa u otro tipo de sanción administrativa, o inclusive penal (lo que no es el caso español). El contrato de gestación por sustitución sería entonces el supuesto de hecho que la norma tomase como referencia para imponer dicha sanción, por lo que más que un efecto nacido del propio contrato sería una consecuencia anudada a su celebración.

Para terminar, debe señalarse que la aproximación probablemente más certera a los contratos o pactos de subrogación es la que pasa por considerarlos admisibles siempre que se sujeten al estricto contenido marcado en la ley y resulten homologados por virtud de una autorización judicial o administrativa. Ello permitiría asegurar, asimismo, que todos los consentimientos se han prestado de forma voluntaria y tras haber recibido asesoramiento legal y consejo médico, de forma que las partes hayan sido convenientemente ilustradas sobre las implicaciones de su decisión. Ese control a través de una instancia pública serviría para garantizar que tanto los comitentes como la portadora reúnen las condi-



ciones psicofísicas adecuadas para asumir el rol que cada uno de ellos se propone, además de otros requisitos de índole complementaria. Toda vez que el contrato hubiese sido sancionado por la autoridad competente, no habría obstáculo para que desplegara con plenitud los efectos inherentes a su contenido, lo mismo entre los propios contratantes que respecto de terceros.

CONCLUSIONES

Ni la ausencia de regulación ni su prohibición legal han conducido a la eliminación de la gestación por sustitución, sino en el mejor de los casos a su clandestinidad. La experiencia demuestra que las prohibiciones relacionadas con la libertad sexual o reproductiva de las personas, sobre la base de supuestas consideraciones éticas o morales, tienen escasas probabilidades de ser eficaces. Las parejas infértiles, acuciadas por la disminución de niños susceptibles de adopción (a causa de la expansión de los métodos anticonceptivos, del aborto y del menor estigma social sufrido por las madres solteras), observan las técnicas de reproducción asistida, incluida en algunos casos la gestación por sustitución, como la única alternativa viable para poder experimentar la paternidad. En Estados Unidos, por ejemplo, con datos de 2004, se estimaba que para algo más de seis millones de individuos en edad de procrear que padecían problemas de infertilidad, existían apenas unos 30.000 niños susceptibles de ser dados en adopción. Pero incluso aunque no hubiera esa escasez, se dice que no por ello dejarían de aumentar año tras año los niños nacidos de una gestación por sustitución, debido al deseo de los padres de tener una conexión genética o biológica con su hijo, el interés preferente por acceder a niños recién nacidos, y las limitaciones que en muchos países se imponen, explícita o implícitamente, a la adopción de niños por parejas, casadas o no casadas, del mismo sexo.

Los legisladores de países como España deben plantearse si no es más sensato dotar a esta figura de una regulación, aunque sea para

contemplarla restrictivamente y rodear su práctica de los requisitos que se estimen convenientes, que mantener una prohibición de trazo grueso y escasa efectividad real, no ya sólo porque deja a quienes protagonizan esa clase de contratos en una especie de limbo extrajurídico, sino porque aboca a muchas parejas a penetrar en el mercado negro de los niños de encargo, viajando normalmente a otros países con menores garantías legales y sanitarias, para conseguir la realización de su sueño. Por lo demás, ésta parece ser la tendencia ya iniciada en muchos ordenamientos de países avanzados: regular la técnica admitiéndola en cierto grado, sujetándola a requisitos controlados *ex ante* por una instancia pública, y estableciendo con precisión sus efectos.

Desde esta óptica, una hipotética regulación legal permisiva de la gestación por sustitución debería proporcionar criterios ciertos al menos en cuanto a los siguientes puntos:

1. Las indicaciones que permitirían a la persona o pareja comitente acudir a esta técnica, señalando si tales indicaciones sólo se relacionan con la imposibilidad médica o fisiológica para gestar un bebé.

2. Los tipos de maternidad por sustitución admitidos, esto es, si sólo se permite la subrogación gestacional *stricto sensu*, o también la subrogación tradicional, señalando con claridad los efectos que se producirán desde el punto de vista de la filiación del nacido como consecuencia de la aplicación de esta técnica.

3. Los requisitos genéricos previos exigidos tanto a la gestante (aptitud psicofísica, edad, previa maternidad natural, límite máximo de gestaciones por sustitución) como a los comitentes (certificado de idoneidad similar al de la adopción).

4. Los centros o servicios sanitarios especialmente autorizados para llevar a cabo esta técnica.

5. Los consentimientos o renunciaciones necesarios para que se produzca la asignación de la filiación deseada, emitidos por los comitentes, la gestante, el marido de ésta en su caso y los donantes anónimos.



6. La garantía acerca de que todas las partes implicadas en el acuerdo de subrogación han recibido asesoramiento médico y jurídico con antelación a dar su consentimiento.

7. La necesidad, en su caso, de plasmación formal del convenio, así como la eventual autorización judicial u homologación administrativa del mismo.

8. La posibilidad de que la mujer portadora reciba una compensación pecuniaria a cambio de su prestación, más allá del reembolso de los gastos relacionados con la gestación.

9. La posibilidad de realizar una actividad publicitaria y/o de intermediación comercial relacionada con el ofrecimiento de servicios de maternidad subrogada.

10. La eventual creación de un derecho de visita a favor de la mujer gestante respecto del hijo que ha alumbrado.

11. La capacidad de decisión o el derecho de información reconocido a los comitentes en relación con las pruebas de diagnóstico o las terapias de carácter prenatal. En relación con ello, las consecuencias que tendría la negativa de la gestante a seguir el criterio marcado por los comitentes, en el sentido de la asunción de los riesgos que la falta de diagnóstico o de terapia pudiera tener para la salud del futuro bebé.

12. La asignación de la legitimación para reclamar contra el centro sanitario donde se practiquen las pruebas e intervenciones prenatales, así como el alumbramiento, en los casos de mala praxis médico-clínica.

BIBLIOGRAFÍA

- Alkorta Idiákez I. Nuevos límites del derecho a procrear. *Derecho Privado y Constitución* 2006; 20.
- Atienza M. Reproducción humana asistida: sobre la nueva Ley. *El Notario del Siglo XXI* octubre 2006; 9.
- Atienza M. De nuevo sobre las madres de alquiler. *El Notario del Siglo XXI* septiembre-octubre 2009; 27.
- R. Bercovitz Rodríguez-Cano R (coord.). *Manual de Derecho Civil-Derecho de familia*. Madrid: Bercal, 2007.
- Bercovitz Rodríguez-Cano R. Hijos made in California. *Aranzadi Civil* 2009/3.

- Brindsen P. Gestational Surrogacy. *Human Reproduction Update* 2003; 9 (nº 5).
- Browne-Barbour V. Bartering for Babies: Are Preconception Agreements in the Best Interests of Children? *Whittier Law Review* 2004; 26.
- Cobacho Gómez JA (dir). *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Madrid: Aranzadi, 2007.
- Díaz Martínez A. La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. *Derecho Privado y Constitución* 2007; 21.
- Gómez Sánchez Y. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid: Marcial Pons, 1994.
- Gutiérrez Santiago P. Constitución de la adopción: declaraciones relevantes. *Cuadernos de Aranzadi Civil* 2000; 7.
- Lledó Yagüe F (dir jurídico), Ochoa Marieta C (dir. científico). *Comentarios científicos-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida: (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Madrid: Dykinson, 2007.
- Martínez De Aguirre y Aldaz C. Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida. *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº X. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- Martínez-Pereda Rodríguez JM. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*. Madrid: Dykinson, 1994.
- Mc Ewen AG. So You're Having Another's Woman Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1999; 32.
- Montés Penadés VL. El consentimiento en la fecundación humana asistida. Los contratos instrumentales en las técnicas de reproducción asistida: Las categorías negociales y la posibilidad de su adaptación. *Cuadernos de Derecho Judicial* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994; nºIII.
- Muñoz De Dios J. El Registro Civil admite el alquiler de vientres. *El Notario del Siglo XXI* septiembre-octubre 2009; 27.
- Pérez Monge M. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002.
- Sanger C. Developing Markets in Baby-Making: in the Matter of Baby-M. *Harvard Journal of Law & Gender* 2007; 30.
- Shapo H. Assisted Reproduction and the Law: Disharmony in a Divisive Social Issue. *Northwestern University Law Review* 2006; 100 (1).
- Skoloff G, O'donnell E. Baby M: A Disquieting Decision". *Seton Hall Law Review* 1988; 18.
- Vidal Martínez J. *Las nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del Derecho civil español*. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1988.