

La subrogación uterina: análisis de la situación actual

FUNDACIÓ
VÍCTOR
GRÍFOLS
i LUCAS

La subrogación uterina: análisis de la situación actual

ISBN 978-84-693-7944-8
Edita: Fundació Víctor Grífols i Lucas. c/ Jesús i Maria, 6 - 08022 Barcelona
fundacio.grifols@grifols.com www.fundaciogrifols.org

Interrogantes 03
de la Fundació
Víctor Grífols i Lucas

SUMARIO

	Pág.
Presentación.....	7
Aspectos medicobiológicos de la subrogación uterina <i>Montserrat Boada y Bonaventura Coroleu</i>	10
Aspectos psicosociológicos de la subrogación uterina <i>Diana Guerra-Díaz</i>	24
La práctica de la subrogación uterina: el caso de la India <i>Joan Ortiz Heredia</i>	38
¿Es necesaria la subrogación de úteros? <i>Carme Valls-Llobet</i>	46
La maternidad por sustitución: ¿una vía para extender los derechos reproductivos de las mujeres? <i>Francesca Puigpelat Martí</i>	56
La regulación jurídica de la maternidad subrogada <i>Itziar Alkorta Idiakez</i>	72
Debate y conclusiones.....	82
Autores.....	86
Títulos publicados.....	88

PRESENTACIÓN

La Fundació Víctor Grífols i Lucas organizó, el pasado 22 de abril, una sesión destinada a debatir sobre «La subrogación uterina: análisis de la situación actual». En el ámbito de la reflexión bioética este ha sido un tema especialmente controvertido; la mayoría de las regulaciones jurídicas se han decantado por su prohibición. La existencia, sin embargo, de algunos países cuyas legislaciones sí permiten la subrogación uterina ha propiciado que, en una sociedad global como la de nuestros días, muchas personas se desplacen a ellos para llevar a cabo una práctica que prohíbe la legislación de su Estado.

En los últimos meses, este tema ha cobrado especial relieve en nuestro país al conocerse a través de diversos medios de comunicación nacionales que algunos ciudadanos españoles, eludiendo la prohibición contenida en el art. 10 de la Ley de técnicas de reproducción asistida de 2006, han suscrito contratos de subrogación en países en los que está permitida. El objetivo de esta sesión era examinar la maternidad subrogada desde diversos puntos de vista para poder valorar si era razonable una reforma de la legislación española vigente y en qué dirección debería tender esta en caso de admitirse.

Coordinaron la sesión Francesca Puigpelat, catedrática de Filosofía del Derecho y codirectora del Postgrau sobre Gènere i Igualtat de la Universitat Autònoma de Barcelona, y Ventura Coroleu, jefe del Servei de Medicina de la Reproducció de l'Institut Universitari Dexeus y presidente de la Sociedad Española de Fertilidad. Contó con la asistencia de: Itziar Alkorta, profesora titular de Derecho civil; Montserrat Boada, directora de los Laboratoris de Reproducció Assistida del Institut Universitari Dexeus; Victòria Camps, presidenta de la Fundació Víctor Grífols i Lucas; Diana Guerra, psicóloga del IVI Barcelona; Juan Ortiz, abogado y coordinador jurídico de NQ Abogados España, y Carme Valls-Llobet, doctora especializada en Medicina Interna y Endocrinología y presidenta del Centre d'Anàlisi i Programes Sanitaris (CAPS) y de la Fundació Catalunya Segle XXI.

Se solicitó a los participantes que presentasen un breve texto en el que la maternidad subrogada se contemplara preferentemente desde la perspectiva

de su respectiva orientación profesional. Ventura Coroleu y Montserrat Boada examinaron los aspectos medicobiológicos. Diana Guerra se centró en las implicaciones psicosociales. Juan Ortiz se ocupó de la situación de la subrogación en la India, uno de los países en los que más se está extendiendo esta práctica. Carme Valls se interrogó sobre la necesidad y oportunidad de llevar a cabo una reforma de la actual regulación legal. Francesca Puigpelat abordó el tema desde la perspectiva de los derechos reproductivos de las mujeres. E Itziar Alkorta propuso una posible vía de reforma siguiendo el modelo inglés. La presente obra reúne estos textos y las conclusiones a que dieron lugar.

Francesca Puigpelat

**Aspectos
medicobiológicos de
la subrogación uterina**

**Montserrat Boada
y Bonaventura Coroleu**

Introducción

En este momento, según los datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), se estima que en el mundo hay unos 80 millones de parejas con problemas de fertilidad que les impiden tener hijos. En nuestro país, un 16% de las parejas en edad de tener descendencia se ven afectadas por problemas de fertilidad.

Históricamente, la medicina de la reproducción tradicional, en muchas ocasiones más próxima a la alquimia, poco podía hacer para resolver la mayoría de los casos que necesitaban tratamientos médicos o quirúrgicos convencionales. Durante las dos últimas décadas, y gracias a la consolidación de las técnicas de reproducción asistida (inducción de la ovulación, inseminación artificial —IA— y fecundación *in vitro* —FIV—), la situación ha cambiado radicalmente.

Mediante el uso de gametos propios o donados, en la actualidad las técnicas de reproducción asistida (TRA) solucionan prácticamente todos los problemas de fertilidad: factores femeninos (anovulación, endometriosis, obstrucción tubárica, fallo ovárico, etc.), masculinos (oligoastenospermia, azoospermia, obstrucción de deferentes, factores genéticos etc.) y mixtos (una combinación de los anteriores). No obstante, la única posibilidad para que una mujer sin útero pueda tener hijos propios es mediante la subrogación uterina. Solamente con las TRA y la utilización del útero de otra mujer para llevar a término la gestación podrá conseguir un embarazo. Bajo un punto de vista práctico, la realidad es que la subrogación uterina está permitida en muy pocos países y, en consecuencia, su realización puede llegar a ser dificultosa o incluso imposible. Las distintas normativas existentes conllevan una situación de desigualdad entre países que propicia el flujo de pacientes de aquellos en los que está prohibido a los que tienen una normativa más permisiva o no poseen una regulación al respecto (*Cross Border Reproductive Care*). Aquellas mujeres o parejas que por indicación médica tienen la subrogación uterina como única opción reproductiva y viven en países como España, donde esta práctica está legalmente prohibida, suelen desplazarse a otros Estados para poder llevarla a término. Generalmente el país de destino

al que recurren las pacientes españolas es EE.UU. —en concreto, al estado de California—, aunque últimamente están recibiendo una mayor afluencia de pacientes otros países donde la práctica de dicha técnica resulta más económica, como por ejemplo la India, pero en los cuales la calidad y el rigor científicos no están siempre garantizados. Las condiciones medicosociales relacionadas con la subrogación uterina pueden variar enormemente en función del país en que se realiza el proceso. Con el fin de garantizar (en el caso del médico) o asegurarse (en el de los pacientes) una buena praxis médica, el factor económico no debería ser el único aspecto a tener en cuenta a la hora de elegir el centro donde realizar la subrogación uterina.

El primer embarazo conseguido tras fecundación *in vitro* y transferencia de embriones a una madre subrogada fue publicado por Utian et al. en 1985. La falta de un registro oficial de los casos de subrogación uterina comporta que no existan datos reales y que, por tanto, sea imposible conocer el número de niños nacidos hasta la actualidad mediante esta técnica.

No nos gustaría iniciar el desarrollo del tema sin hacer mención de la importancia y utilidad de la adopción como alternativa a la subrogación en aquellos casos en que ninguno de los subrogantes participan biológicamente en el proceso.

Definición

La subrogación uterina es una opción de tratamiento para mujeres con imposibilidad o contraindicación de gestar, generalmente por ausencia de útero, y que les permite tener hijos genéticamente propios.

El término *subrogación uterina* se aplica cuando la gestación se lleva a cabo por parte de otra mujer, la llamada *madre portadora* o *subrogada*; la mujer que presenta los problemas reproductivos y que no va a llevar a término el embarazo recibe el nombre de *madre subrogante*.

Indicaciones médicas para la subrogación uterina

Clásicamente, las indicaciones médicas para la subrogación uterina son de origen femenino. Pueden presentarse distintas situaciones según la mujer tenga útero o no.

Ausencia de útero

- **Congénita:** por ejemplo, el síndrome de Rokitansky.
- **Adquirida:** histerectomía; enfermedad benigna, la más común de estas es la miomatosis uterina severa; enfermedad maligna.

Presencia de útero

- **Útero afuncional:** de origen ginecológico, como la miomatosis múltiple (intervenida quirúrgicamente o no, síndrome de Asherman severo, etc.); atrofia endometrial como consecuencia del tratamiento radioterápico pélvico.
- **Útero funcional:** aunque se contraindica la gestación por otras indicaciones médicas como, por ejemplo, patologías cardíacas, renales, inmunológicas, reumatológicas, oncológicas etc. (No contemplamos como indicaciones médicas las causas de origen psicológico o las motivaciones de carácter estético.)
- **Útero funcional pero con un historial de fracasos reproductivos:** fracasos repetidos de FIV (mujeres estériles o infértiles); abortos de repetición (mujeres infértiles).

Otras indicaciones

En los últimos años se están presentando situaciones distintas, que vienen derivadas de los distintos modelos de familia existentes en la sociedad

actual. Este sería el caso de las parejas homosexuales masculinas o de los varones solos (sin pareja). Entonces, la indicación de la subrogación uterina no es por una patología femenina, sino que viene determinada por la ausencia de la mujer para poder gestar y la necesidad de disponer de una madre subrogada.

Tipos de subrogación uterina según los componentes de la parte subrogante

- **Pareja heterosexual:** dependerá de si existe otro factor adicional, además del uterino, para tener que recurrir a ovocitos o semen de donantes externos a la pareja.
- **Mujer sin pareja masculina (pareja homosexual femenina o mujer sola):** obligatoriamente se requiere la utilización del semen de un donante. Dependerá de si existe otro factor femenino adicional al uterino para tener que recurrir a ovocitos de una donante. Esta última podría ser la misma madre subrogada o una tercera mujer, que actuará únicamente como donante de ovocitos.
- **Ausencia de mujer (pareja homosexual masculina o varón solo):** obligatoriamente, además de la madre subrogada que llevará a término la gestación y el parto, se requerirá una donante de ovocitos que asimismo puede ser la misma madre subrogada o una tercera mujer.

Tipos de subrogación uterina según la participación de la madre subrogada

- **La madre subrogada solo contribuye como portadora de la gestación y el parto.** El hijo nacido es hijo biológico y no recibe ninguna contribución genética de la madre subrogada. En el caso de una pareja heterosexual, el niño será hijo biológico de la pareja estéril (subrogantes).

- **La madre subrogada dona también sus ovocitos, además de gestar.**
El hijo nacido tendrá el componente genético materno de la madre subrogada y paterno del cónyuge masculino de la pareja.

En cualquiera de los casos anteriores, si la mujer no posee pareja masculina o bien esta sufre de una azoospermia, puede utilizarse semen de un donante, en cuyo caso el hijo nacido no tendría ninguna contribución genética por parte del cónyuge masculino de la pareja.

Técnicas de reproducción asistida para la subrogación uterina

Inseminación artificial (IA)

La IA es el procedimiento que tiene como fin depositar el semen en el interior del útero para facilitar el encuentro entre los espermatozoides y el ovocito sin que exista contacto sexual. Dividiremos la IA según la procedencia de la muestra espermática en inseminación de la pareja, cuando el espermatozoide es de la propia pareja, y de donante, si se utiliza semen de banco. Actualmente, y gracias a las técnicas de lavado seminal y capacitación espermática, es posible eliminar el plasma seminal y concentrar reducidos volúmenes de espermatozoides provistos de una movilidad progresiva e inyectarlos en el interior de la cavidad uterina.

En el caso de la subrogación uterina, el uso de la IA implica que la madre subrogada aporta siempre el gameto femenino (ovocito), por lo que el hijo nacido tendrá la contribución genética de la madre subrogada. En caso de que también se utilice semen de donante, no habrá ninguna clase de contribución genética por parte de la pareja en el hijo nacido. Solo es posible la realización de la IA cuando no existe patología tubárica (obstrucción de las trompas de Falopio); en caso contrario, debe recurrirse a la FIV.

Fecundación *in vitro* (FIV)

La FIV es un tratamiento que consta de una serie de procedimientos médicos y biológicos destinados a facilitar la unión de ovocitos y espermatozoides en el laboratorio, con objeto de obtener unos embriones que se introducirán en el útero para lograr la gestación.

La FIV comienza habitualmente con la estimulación de los ovarios mediante el uso de fármacos, cuya acción es similar a la de ciertas hormonas producidas por la mujer. La finalidad de este tratamiento es lograr el desarrollo de varios folículos, en cuyo interior se encuentran los ovocitos. El proceso de estimulación ovárica se controla habitualmente mediante el análisis de los niveles de ciertas hormonas ováricas en la sangre o ecografías vaginales que informan del número y tamaño de los folículos en desarrollo. Las dosis y pautas de administración se adaptan a las características clínicas de cada paciente, y la respuesta al tratamiento puede ser variable.

Los ovocitos se extraen mediante la punción de los ovarios y la aspiración de los folículos, bajo visión ecográfica y por vía vaginal. Esta intervención se realiza habitualmente en régimen ambulatorio, y requiere anestesia y una observación posterior durante un período variable.

Los ovocitos obtenidos se preparan y clasifican en el laboratorio. El número de ovocitos que se extraen en la punción depende de la respuesta de cada mujer al tratamiento hormonal realizado, por lo que su madurez y calidad no puede predecirse con exactitud. Una vez obtenidos los ovocitos, el laboratorio deberá disponer de los espermatozoides procedentes de la pareja, o de un donante anónimo, para poder inseminarlos.

El semen se prepara en el laboratorio con el fin de seleccionar los espermatozoides más adecuados para la fecundación. Existen dos procedimientos diferentes de inseminación: la FIV convencional, en que los ovocitos y espermatozoides se cultivarán conjuntamente en el laboratorio en condiciones favorables para su unión espontánea (fecundación) y la microinyección espermática o ICSI, en la que la fecundación se realiza inyectando un espermatozoide en cada ovocito.

Al día siguiente de la FIV o ICSI se determinará el número de ovocitos fecundados o embriones. En los días sucesivos, los embriones se mantendrán en cultivo para que inicien las primeras divisiones embrionarias, y se valorará el número y la calidad de aquellos que continúen su desarrollo. Los embriones se mantendrán en el laboratorio por un período de 2 a 6 días, tras los cuales se procederá a la transferencia.

La transferencia embrionaria consiste en el depósito de los embriones en la cavidad uterina a través de la vagina. Se trata de un procedimiento ambulatorio que habitualmente no precisa anestesia ni ingreso. Con la finalidad de favorecer la implantación embrionaria se prescribe también un tratamiento hormonal. El número de embriones transferidos al útero no puede ser superior a tres en un ciclo por mandato legal, con el fin de evitar en lo posible una gestación múltiple. En caso de existir embriones viables sobrantes que no se transfieran en este ciclo se criopreservarán para utilizarlos en ciclos posteriores.

En el caso de la subrogación uterina mediante FIV, existen distintas situaciones según el origen de los gametos utilizados (ovocitos y espermatozoides) y si la transferencia de los embriones se realiza en un ciclo en fresco o mediante la transferencia de embriones previamente congelados. En la primera opción debe existir sincronización entre los ciclos ovulatorios de ambas mujeres (subrogante y subrogada), lo que se consigue mediante la ayuda de fármacos. Cuando ello no es posible, la congelación de todos los embriones permite posponer la transferencia a la madre subrogada hasta el momento que se considere más oportuno y adecuarla a la disponibilidad de esta.

FIV con gametos propios

Es el caso típico de las parejas heterosexuales en que la mujer ovula correctamente y el varón no presenta ninguna patología seminal. El único problema es la ausencia o incapacidad uterina. En estos casos la estimulación de la ovulación y la punción folicular se realiza en la mujer afecta. Los ovocitos se inseminan con el semen de la pareja y los embriones se transfieren a la madre subrogada, quien solo es portadora de la gestación. El niño nacido será genéticamente hijo de la pareja.

FIV con gametos donados

- **Semen de donante:** esta opción se realiza en mujeres sin pareja masculina (solas o con pareja femenina) o cuando el varón presenta un factor masculino muy severo. En este caso, la estimulación de la ovulación y punción folicular la realiza la mujer afecta (madre subrogante). Los ovocitos se inseminan con semen de banco, por lo que el hijo nacido será genéticamente de la mujer subrogante, mientras la contribución paterna es del donante que aporta el espermatozoide. La mujer subrogada solo es portadora de la gestación.
- **Ovocitos de donante:** esta opción suele realizarse cuando la mujer presenta un problema ovulatorio, además del propiamente uterino. En este caso pueden darse dos situaciones distintas:
 - Cuando la madre subrogada, además de portadora de la gestación, aporta también el ovocito. La estimulación de la ovulación y la punción folicular se realiza en la mujer subrogada, Los ovocitos se inseminan con el semen de la pareja, por lo que el hijo nacido tendrá la contribución genética paterna de esta y materna de la madre subrogada.
 - Cuando la madre subrogada solo es portadora de la gestación y existe una tercera mujer que actúa como donante de ovocitos. La estimulación de la ovulación y punción folicular se realiza en la donante de ovocitos. El semen con el que se inseminan estos procede de la pareja y los embriones se transfieren a la madre subrogada, que únicamente es portadora. En este caso, el hijo nacido tendrá la contribución genética paterna de la pareja y materna, de la donante de ovocitos.
- **Ovocitos y semen de donantes:** esta opción es la menos frecuente y se realiza únicamente cuando la mujer presenta un problema ovulatorio, además del uterino, y el varón presenta también un factor masculino muy severo, o no hay pareja masculina (mujer sola o con pareja femenina). En estos casos también existen dos posibilidades, según si la madre subrogada es la que aporta el ovocito o si se recurre a una donante externa.

MUJER SUBROGADA (Técnica de TRA)	ORIGEN DE LOS GAMETOS	HERENCIA GENÉTICA	SUBROGANTES (más probables)
Solo portadora de la gestación (FIV)	Gametos propios Ovocito + espermatozoide de los subrogantes	Materna y paterna: pareja subrogante	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pareja heterosexual
	Semen de donante Ovocito de la mujer subrogante + espermatozoide de donante	Materna: mujer subrogante Paterna: donante de semen	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pareja heterosexual con factor ♂ ■ Pareja homosexual femenina ■ Mujer sin pareja
	Ovocitos de donante Ovocito de una donante de ovocitos + espermatozoide del varón subrogante	Materna: donante de ovocitos Paterna: varón subrogante	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pareja heterosexual con factor ♀ (ovulatorio + uterino) ■ Pareja homosexual masculina ■ Varón sin pareja
	Gametos de donante Ovocito de una donante de ovocitos + espermatozoide de donante	Materna: donante de ovocitos Paterna: donante de semen (ninguna contribución genética de los subrogantes)	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pareja heterosexual con factor ♀ (ovulatorio + uterino) y factor ♂ ■ Mujer sin pareja con factor ♀ (ovulatorio + uterino)
Portadora de la gestación + Donante de ovocitos (IA o FIV)	Ovocitos de donante Ovocito de la mujer subrogada + espermatozoide del varón subrogante	Materna: mujer subrogada Paterna: varón subrogante	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pareja heterosexual con factor ♀ (ovulatorio + uterino) ■ Pareja homosexual masculina ■ Varón sin pareja
	Gametos de donante Ovocito de la mujer subrogada + espermatozoide de donante	Materna: mujer subrogada Paterna: donante de semen (ninguna contribución genética de los subrogantes)	<ul style="list-style-type: none"> ■ Pareja heterosexual con factor ♀ (ovulatorio + uterino) y factor ♂ ■ Mujer sin pareja con factor ♀ ovulatorio además del uterino

- Cuando se utiliza semen de un donante y la madre subrogada, además de portadora de la gestación, aporta también el ovocito. La estimulación de la ovulación y la punción folicular se realiza en la mujer subrogada. Los ovocitos se inseminan con semen de banco, por lo que el hijo nacido no tendrá ninguna contribución genética de la pareja: la contribución materna será de la madre subrogada que aporta el ovocito y la paterna, del donante que aporta el espermatozoide. Se trata de una situación igual a la donación de embriones o a la adopción.
- Cuando se utiliza semen de un donante, la madre subrogada solo es portadora de la gestación y existe una tercera mujer que actúa como donante de ovocitos. La estimulación de la ovulación y la punción folicular se realiza en la donante de ovocitos. El semen con el que se insemina procede de un donante y los embriones se transfieren a la madre subrogada, que únicamente es portadora. En este caso, al igual que en el supuesto anterior, no habrá ninguna contribución genética de la pareja. Genéticamente, la contribución materna será de la donante de ovocitos y la paterna, del donante que aporta el espermatozoide.

Consideraciones adicionales

Somos conscientes que, en este momento, en la Ley de reproducción asistida de nuestro país está vigente una prohibición de la subrogación uterina, aunque como especialistas en reproducción sabemos que existen diferentes indicaciones médicas que tan solo tienen esta opción terapéutica para reproducirse. Consideramos que esta opción debería ser posible siempre que esté bien regulada y no se vulneren los derechos tanto de la madre subrogada como de los subrogantes. En nuestra opinión la autorización debería realizarse caso a caso, tras valorar las indicaciones, el estado civil de los subrogantes, la procedencia de los mismos, etc.

La autorización de la subrogación uterina en España supondría un beneficio para nuestros pacientes, que no tendrían que recurrir a centros de otros países para realizar el procedimiento.

Los países que tienen regularizada esta práctica han adoptado diferentes modelos. El modelo estadounidense nos parece extremadamente mercantilista; consideramos que la compensación económica que perciba la madre subrogada debe estar regulada por las autoridades sanitarias, igual que lo está la que perciben los donantes (de ovocitos o semen) en nuestro país.

Creemos que el modelo indio puede considerarse, en algunos aspectos, una explotación de las clases desfavorecidas.

Parece que el modelo inglés sería el que mejor se adecuaría a nuestra situación, aunque no debería limitarse a familiares, sino que debería contemplar la posibilidad de que la madre subrogada fuera externa a la familia y recibiera una compensación económica justa.

Con el fin de evitar posibles problemas o reclamaciones futuras, y a pesar de que el proceso se vuelve más complejo (por la intervención de tres partes), debería evitarse la contribución genética por parte de la madre subrogada, que se limitaría únicamente a ser portadora de la gestación.

Una vez analizados estos modelos, consideramos indispensable disponer de un registro oficial de subrogación uterina, al igual que con las demás TRA, para poder tener un mayor conocimiento de los casos y de su evolución.

**Aspectos
psicosociológicos de
la subrogación uterina**

Diana Guerra-Díaz

La subrogación, con sus implicaciones, probablemente es, hoy en día, una de las fórmulas más controvertidas en la formación de nuevas familias.

La subrogación es una práctica clínicamente viable, y en ciertas ocasiones, como puede ser en la esterilidad por causas médicas (la infertilidad derivada de la falta de útero, graves malformaciones del mismo o lesiones medulares que impidan el embarazo), puede ser más o menos aceptada (Abellán, Sánchez-Caro, 2009). Sin embargo, en general la subrogación es causa de dilemas éticos, legales y morales en la mayoría de las ocasiones. Este método suele entenderse como la búsqueda de una mujer fértil que inicie, gestee y traiga al mundo a un niño, a cambio de una compensación económica, de tal modo que la subrogada se encuentra embarazada a propósito, con la intención de dar el bebé a otros y con la claridad de que este no formará parte de su familia (Van den Akker, 2007). La maternidad subrogada consiste en la sustitución de la gestación de la madre a cuyo nombre va a quedar el futuro hijo por otra distinta con la que se llega a un acuerdo para que renuncie a cualquier derecho sobre aquel. Usualmente, y como se ha citado previamente, lo anterior pasa por una retribución económica a la gestante (Abellán, Sánchez-Caro, 2009).

Las críticas a la subrogación han aparecido desde diferentes posiciones religiosas, morales y sociológicas. A modo de ejemplo, se discute sobre la posible explotación inherente a una situación en la que mujeres con desventajas económicas tienen hijos para otras de mejor nivel socioeconómico, particularmente en aquellos casos en que el contrato de subrogación se lleva a cabo a través de una transacción económica.

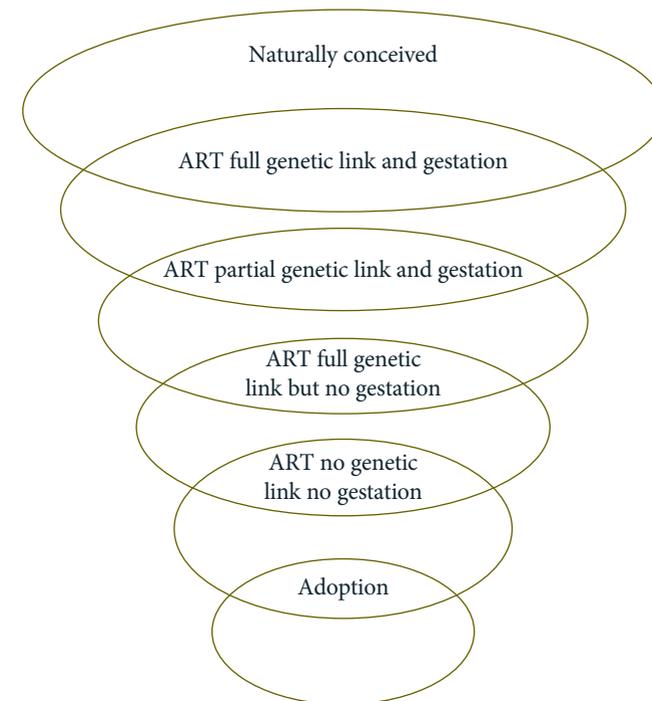
Estudios sobre actitudes en poblaciones infértiles anteriores han demostrado que la subrogación es el camino menos aceptado para tener un hijo (Dunn et al., 1988). La opinión pública ha puesto en evidencia que la aceptación de la subrogación tiende a ser muy limitada. Los aspectos religiosos cumplen un papel importante en la aceptación de esta práctica. Las investigaciones muestran que las personas que practican una religión aceptan menos la subrogación como una opción para ellos mismos (Murphy et. al., 2002). También hay estudios que ponen de manifiesto que la subrogación comercial se considera como inaceptable, aunque la gestacional no comercial (altruista) se

percibe como más aceptable, pero de forma relativa al compararla con la subrogación genética (Van den Akker, 2007).

En la figura 1 se puede observar que, antes que la adopción, las TRA en las que no hay gestación son las menos populares o preferidas por la población general.

Figura 1

Espiral de preferencias desde la concepción natural genéticamente relacionada hasta la adopción sin vínculos genéticos o biológicos. Tomado de Van den Akker (2007)



El número estimado de familias creadas mediante esta técnica es poco preciso, al igual que el de las familias adoptivas o creadas mediante TRA. Existe un vacío en la bibliografía médica sobre la prevalencia y el conocimiento de estas familias, ya que a muchos les puede parecer poco ético el seguimiento de estos niños, debido a su posible carácter intrusivo. Desde principios de la década de 1970, se calcula que más de 25.000 mujeres han actuado como madres subrogadas, dando a luz de una forma legal y mediante un proceso comercial en Estados Unidos (Keen, 2007).

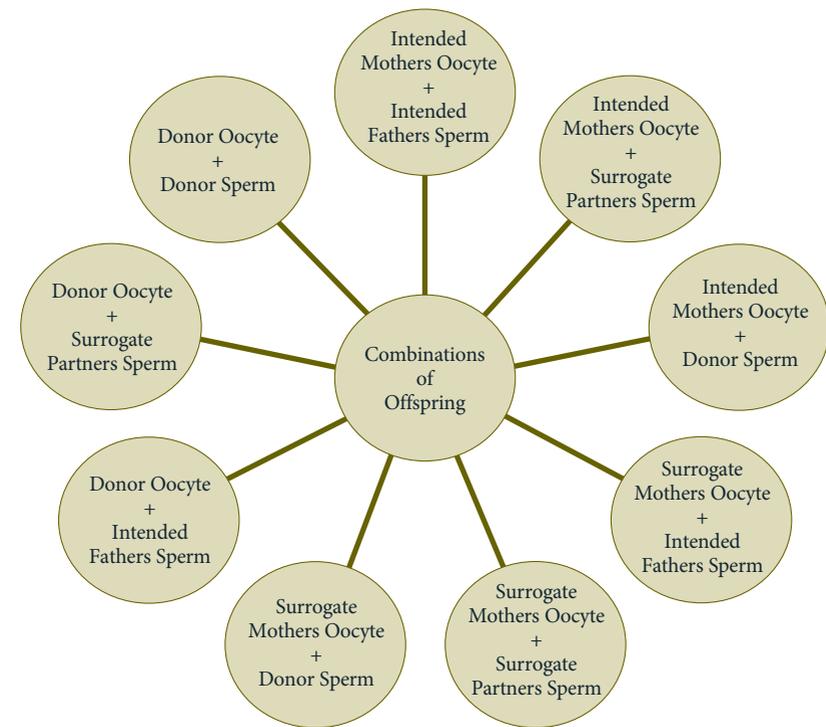
Cuando se habla de subrogación, se plantean varias posibilidades: una de carácter genético, en referencia al uso del ovocito de la subrogada, y cuya práctica no está ampliamente aceptada, a pesar de que se conozca desde tiempos remotos (Schenker, 1997); la segunda, la llamada subrogación gestacional, engloba aquellas combinaciones donde la subrogada no utiliza sus ovocitos (Van den Akker, 2007). Específicamente se plantea que se pueden utilizar gametos de la pareja que realiza el «encargo»; emplear óvulos o espermatozoides de donantes diferentes de la pareja o la madre subrogada; usar ambos gametos de los donantes; utilizar el semen de la pareja que encarga y el óvulo de la subrogada y, finalmente, emplear semen del donante y el óvulo de la madre subrogada (Abellán, Sánchez-Caro, 2009).

Algunas de estas posibilidades de combinación de gametos en un útero externo al de los padres que subrogan o solicitan este trámite pueden resultar muy extrañas y ser rechazadas por nuestra sociedad europea. En la figura 2 se puede observar las múltiples opciones que hay de concebir un hijo mediante esta técnica (Van den Akker, 2007).

Strathern (2002) plantea una nueva terminología para la concepción de la maternidad y la paternidad dentro de las situaciones particulares de infertilidad, al definirla como una «nueva realidad». Esta se refiere a una parentalidad no basada únicamente en los cromosomas (Van den Akker, 2007).

De acuerdo con Van den Akker (2007), desde el punto de vista psicológico se plantean tres cuestiones de interés. En primer lugar, ¿existen condiciones psicológicas o sociales particulares que caractericen a los individuos que utilizan este procedimiento?; en segundo término, ¿cuáles son los efectos psico-

Figura 2
Las nueve posibles (en teoría) formas de nacer tras los arreglos de subrogación cuando la gestación se realiza a través de la madre subrogada



lógicos de la subrogación en las poblaciones involucradas en estas triadas?, y por último, ¿cuáles son los efectos a largo plazo en cada uno de los miembros de la triada y en la descendencia?

Los estudios realizados entre la población general se encuentran muy influidos por la opinión negativa de los medios de comunicación. Parece que la idea de la subrogación se convierte en algo de naturaleza subversiva, ya que

amenaza dos conceptos tradicionales que han resultado tranquilizadores durante largo tiempo para el mundo occidental: la familia y la maternidad. En una época en la que cada vez con más frecuencia la estructura familiar tradicional se está fragmentando, dado que las tasas de divorcio y separación aumentan y florecen las familias alternativas, la subrogación representa el punto máximo de desestabilización de la conceptualización familiar tenida hasta el momento (Markens, 2007).

Las actitudes sobre la parentalidad tradicional y la no tradicional entre personas fértiles e infértiles parecen diferir enormemente. En las poblaciones con condiciones normales de reproducción no se ha visto la necesidad de redefinir el concepto de parentalidad y, por lo tanto, mantienen lo que Festinger (1957) llama «un estado cognitivo consonante». Este último se describe como un estado de equilibrio entre los pensamientos o creencias (por ejemplo, sobre la familia) y las acciones o comportamientos (tener familia a través de la ayuda de otros).

Se considera que las parejas infértiles que eligen la subrogación como alternativa a su problema lo hacen después de mucho tiempo de pensar cómo puede funcionar este patrón de familia para ellos; es decir, pasan de un estado cognitivo disonante —la elección de una subrogada y la utilización de los ovocitos de esta o los propios para crear una familia— a uno consonante —un hijo deseado que no se puede tener de otra manera— (Van den Akker, 2007).

En la experiencia clínica de la autora se observa que se trata de parejas que, en su mayoría, no tienen ninguna posibilidad de acceder a otras TRA y no contemplan la adopción como una alternativa aceptable. De los 70 casos españoles entrevistados entre 2000 y 2006, solo 2 parejas fueron rechazadas para seguir el proceso por presentar algunos de los miembros de la pareja una psicopatología en el momento de realizar las pruebas para ser aceptados. En los 68 casos restantes, se observó que, desde el momento en que las parejas empezaban a informarse sobre la subrogación, 65 casos habían llegado a un estado cognitivo consonante y habían llegado a utilizar pensamientos positivos que harían que vivieran la experiencia con una buena adaptación. Otros 3 casos tuvieron dificultades para llegar a ese estado cognitivo consonante,

por lo que decidieron no explicar en su entorno familiar y social el proceso, y buscaron estrategias para simular un embarazo y explicar la llegada de sus hijos en su entorno.

En nuestra cultura se considera, por lo general, que las mujeres que se prestan a un embarazo y a tener un hijo para otras personas, y en el que interviene o no un trato comercial, deben tener un alto grado de psicopatología o una motivación extraña. Tal y como se ha dicho, el concepto de la maternidad tradicional se ve amenazado por la imagen de mujeres que renuncian voluntariamente a un niño que han llevado durante meses consigo y que entregan a una pareja relativamente desconocida para ellas.

En cuanto a las madres subrogadas, se han realizado estudios para conocer las características y motivaciones de las mujeres que ejercen esta práctica. Ellas mismas consideran que esta actividad requiere un tipo especial de persona. Una de las dificultades que refieren es que algunas de ellas son muy jóvenes, por lo que pueden no entender las consecuencias y el posible arrepentimiento de sus decisiones al cabo de un tiempo de haber entregado al bebé. Actualmente no existe suficiente información sobre la psicopatología potencial en estas mujeres, y algunos estudios no han hallado ningún tipo de trastorno (Van den Akker, 2003; Hanafin, 1987), mientras que en otros se han encontrado problemas psicológicos menores (Franks, 1981).

El aspecto más difícil de estudiar y que básicamente resulta inquietante desde el punto de vista ético es el de la motivación que puedan tener estas mujeres para realizar una subrogación. Ragone (1994) menciona a las mujeres subrogadas estadounidenses como mujeres que quieren «dar el regalo de la vida». Para algunas subrogadas, el dinero es una de las razones para ejercer esta función; gran parte de las mujeres del estudio mencionaron que lo hacían de manera altruista, ya que disfrutaban del embarazo y el parto, y muchas mencionaron que la subrogación «añadía algo a sus vidas» (mejoraba su autoestima, autoconfianza y el desarrollo de una amistad inusual con las familias subrogantes, especialmente con la madre). Según Van den Akker (2005), algunas de las subrogadas pasan por una fase de desarrollo personal positivo. Entregar al bebé supone un evento positivo para las subrogadas, y muchas de ellas comentaron que se sentían tranquilas al saber que todo había acabado

ya. Los sentimientos se movían entre la felicidad y la tristeza en una porción de las subrogadas estudiadas.

Finalmente, los resultados sobre las consecuencias que pudieran derivarse en las familias creadas mediante la subrogación son muy escasos. Algunos sugieren que, al igual que en la adopción, el vínculo gestacional o genético es menos importante en la relación madre-hijo que el fuerte deseo de tener descendencia. (Singer, Brodzinsky, Ramsay, Steir, Waters, 1985; Golombok, 2006).

En cuanto a los niños nacidos mediante subrogación, los resultados de los pocos estudios realizados hasta el momento son muy alentadores sobre su salud mental. Los niños nacidos mediante esta técnica no difieren de aquellos nacidos a través de métodos naturales. De acuerdo con lo planteado por algunos estudios, por ejemplo, el primero de Golombok y Murray (2004) sobre familias que habían tenido hijos a través de subrogación informaron de un buen funcionamiento familiar y un desarrollo adecuado de los niños con sus madres subrogadas comparándolos con una muestra de familias que concibieron de forma natural. Los niños de estos estudios son todavía muy pequeños para poder concluir que no tengan algún problema por el hecho de haber sido concebidos en otro útero. En cualquier caso, parece poco probable que este sea el problema que dificulte una buena relación con sus padres. Lo que sí puede resultar problemático y aún está por estudiar es el hecho de haber sido gestado con un gameto donado o el secreto que puedan haber guardado los padres a este respecto. En los pocos estudios realizados en este sentido, se observa que la mayoría de los padres que recurren a la donación de gametos prefieren guardar el secreto, por lo que desconocemos cómo influirá esto en sus hijos en el futuro (Golombok et al., 1996).

La subrogación uterina como técnica de reproducción parece ser hoy en día un tema controvertido y poco estudiado, posiblemente debido a las condiciones éticas, morales y religiosas que conlleva un tema como este y por las dificultades evidentes que genera la idea de crear una familia por métodos diferentes a los naturales. Sin embargo, al igual que las otras TRA, parece importante empezar a pensar en la subrogación como una nueva oportunidad para aquellas poblaciones que no se benefician de los métodos clínicos aceptados actualmente.

La evidente escasez de resultados empíricos que se encuentran publicados actualmente en las revistas más importantes, además de la poca posibilidad de discusión y de difusión de un tema como este, parece retrasar la evolución normal de una técnica que, como muchas otras, puede generar a medio y largo plazo nuevas alternativas, tanto para personas con dificultades de reproducción como para mujeres que se beneficien de esta tarea (subrogadas) económica y personalmente.

Plantear hoy en día una conclusión definitiva sobre lo adecuado o inadecuado de esta técnica parece prematuro, sobre todo teniendo en cuenta los pocos estudios realizados hasta la fecha. Sin embargo, y de acuerdo con la teoría investigada, al parecer los resultados sociales, psicológicos y emocionales, tanto para la descendencia como para las parejas subrogantes y las mujeres subrogadas, son a priori positivos. Es inevitable pensar en los numerosos casos de explotación de mujeres a través de estos medios y de las muchas maneras que se utilizan, fuera de la ley, para lograr estos resultados. No obstante, parece importante que si se piensa en este tema bajo la perspectiva legal, los procedimientos y resultados podrán, de una manera u otra, controlarse mejor y lograr realizarse de la mejor manera posible.

También es cierto que la única manera de lograr comprender y aceptar este procedimiento es conociendo los resultados que hasta el momento se hayan podido obtener mediante estudios científicos. Sin embargo, hoy en día España no cuenta con ningún tipo de información referente a este tema debido a la prohibición legal de estas prácticas. Es interesante plantear la cuestión de si somos o no un país preparado para asumir esta nueva TRA dentro de los procedimientos habituales en nuestra comunidad. ¿Se encontrarían mujeres dispuestas a subrogar sus úteros en favor de otras mujeres? ¿Qué les motivaría a ello? ¿Deberían tener un vínculo familiar con las personas que necesitaran esta técnica? Al respecto vale la pena pensar en la evolución de las otras TRA en nuestra sociedad: por ejemplo, la donación de gametos. En un principio, a estas técnicas se las aceptó con dificultad y ahora forman parte de la baraja de posibilidades que existen para dar soluciones a aquellas parejas con dificultades de reproducción.

Referencias bibliográficas

- Abellán, F., y Sánchez-Caro, J. *Bioética y ley en reproducción humana asistida. Manual de casos clínicos*. Granada: Comares, 2009.
- Dunn, P. C.; Ryan, I. J., y O'Brien, K. «College students' acceptance of adoption and five alternative fertilization techniques», *J Sex Res*, 24, 1988, págs. 282-7.
- Franks, D. «Psychiatric evaluation of women in a surrogate mother program», *Am. J Psychiatry*, 138, 1981, págs. 1378-9.
- Festinger, L. *A Theory of Cognitive Dissonance*. Stanford: Stanford University Press, 1957.
- Golombok, S.; Brewaeys, A.; Cook, R.; Giavazzi, M. T.; Guerra, D.; Mantovani, A.; Van Hall, E.; Crosignani, P. G., y Dexeus, S. «The European study of assisted reproduction families: family functioning and child development», *Human Repr*, 11, 1996, págs. 2324-31.
- Golombok, S., y Murray, C. «Families created through surrogacy: parent-child relationships in the first year of life», *Fertil Steril*, 80(3, Suppl S50), 2004, págs. 133.
- Golombok, S.; MacCallum, F.; Murray, C.; Lycett, E., y Jadva, V. «Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2», *Psychology and Psychiatry*, 47, 2, 2006, págs. 213-22.
- Hanafin, H. «Surrogate parenting: reassessing human bonding», documento presentado en la American Psychological Association Convention, Nueva York, 1987.
- Keen, J. «Surrogate relishes unique role», *USA Today*, 2007. Disponible en : http://www.usatoday.com/news/health/2007-01-22-surrogaterole_x.html. Acceso el 23.03.08.
- Markens, S. *Surrogate motherhood and the politics of reproduction*. Berkeley: University of California Press, 2007.
- Murphy, M.; Jones, D.; Hallam, Z.; Martin, R.; Hakin, R., y Van den Akker, O. B. A. «Infertility in focus: how far would you go», documento presentado ante la Society for Reproductive and Infant Psychology Conference, Sheffield, 2002.
- Ragone, H. *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*. Boulder: Westview Press, 1994.
- Schenker, J. «Infertility evaluation and treatment according to Jewish law», *Eur J Obstet Gynecol Reprod Biol*, 71, 1997, págs. 113-21.
- Singer, L.; Brodzinsky, D.; Ramsay, D.; Steir, M.; y Waters, E. «Mother-infant attachment in adoptive families», *Child Development*, 56, 1985, págs. 1543-51.
- Strathern, M. «Still giving nature a helping hand? Surrogacy: a debate about technology and society», *J Mol Biol*, 319, 2002, págs. 985-99.
- Van den Akker, O. B. A. «The function and responsibilities of organisations dealing with surrogate motherhood», *Hum Fertil*, 1, 1998, págs. 10-3.
- Van den Akker, O. B. A. «The importance of a genetic link in mothers commissioning a surrogate baby in the UK», *Hum Reprod*, 15, 2000, 1849-55.
- Van den Akker, O. B. A. «The acceptable face of parenthood. The relative status of biological and cultural interpretations of offspring in infertility treatment», *Psychol Evol Gender*, 3, 2001, págs. 137-53.
- Van den Akker, O. B. A. *The Complete Guide to Infertility: Diagnosis, Treatments, Options*. Londres: Free Association Books, 2002.
- Van den Akker, O. B. A. «Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy», *J Reprod Inf Psychol*, 21, 2003, págs. 145-61.
- Van den Akker, O. B. A. «A longitudinal pre pregnancy to post delivery comparison of genetic and gestational surrogate and intended mothers: confidence and gynecology», *J Psychosom Obstet Gynecol*, 26, 2005, págs. 277-84.

Van den Akker, O. B. A. «Coping, quality of life and psychological symptoms in three groups of sub-fertile women», *Patient Educ Couns*, 57, 2005, págs. 183-9.

Van den Akker, O. B. A. «Psychosocial aspects of surrogate motherhood», *Hum Reprod Update*, 12, 2006, págs. 91-101.

Van den Akker, O. B. A. «Psychological trait and state characteristics, social support and attitudes to the surrogate pregnancy and baby», *Hum Reprod*, 22, 2007, págs. 2287-95.

**La práctica de la
subrogación uterina:
el caso de la India**

Joan Ortiz Heredia

Introducción

Hasta tiempos muy recientes, cuando una mujer se encontraba ante la imposibilidad de gestar a sus propios hijos, ya fuere por el motivo de salud que fuere —endometriosis, falta de ovulación, miomas, cáncer de útero, síndrome de Asherman, o simplemente una causa de infertilidad no definida—, la única opción que le restaba era la de la adopción.

Ahora bien, la ciencia y la medicina reproductiva cambiaron de una forma radical esta situación, al ofrecer alternativas a todas aquellas mujeres y parejas con problemas de fertilidad; de esta manera, se abría una puerta para la consecución de ese fin, es decir, poder tener un hijo propio. Así, es comúnmente sabido que si se recurre a las técnicas de fertilidad es posible la fecundación de los óvulos de la mujer con el esperma de su pareja; incluso en nuestro Estado, si se recurre a una donación de esperma; estaríamos ante la técnica médica *in vitro*. Dentro de esta práctica podemos encontrarnos ante mujeres que estén en condiciones de poder quedar embarazadas por sí mismas de sus propios embriones y dar a luz a su hijo, o ante el supuesto de aquellas que no podrían nunca dar a luz, ya fuere con embriones obtenidos *in vitro* y transferidos a su útero, debido a determinados problemas de salud (por ejemplo, paredes de la matriz excesivamente finas). Las diferencias entre ambos supuestos son claras y evidentes: en el primer caso, una mujer puede gestar en su útero si recurre a técnicas de laboratorio (*in vitro*) y dar a luz a su propio hijo; en el segundo, la mujer, aunque es posible que recurra a sus propios óvulos, y por ende embriones, no puede llevar dentro de sí a su hijo ni por tanto darle a luz. Nos encontraríamos en este último caso ante la posibilidad de recurrir al denominado *vientre de alquiler* o *maternidad subrogada*.

Maternidad subrogada

Las actuales técnicas científicas reproductivas están en condiciones de poder ayudar a las mujeres y parejas con problemas de fertilidad recurriendo a la FIV e implantando los embriones obtenidos en una mujer distinta sin pro-

blemas de salud y con una posibilidad probada de dar a luz. Ahora bien, son unas situaciones para las cuales en nuestro Estado existe una prohibición normativa (art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre TRA).

En la práctica podemos distinguir los siguientes supuestos de hecho dentro de la maternidad subrogada:

- Mujer que puede quedar embarazada, pero en la cual, por la razón médica que fuere, se producen abortos de repetición; incluso, puede que los médicos desaconsejen el embarazo por la propia salud de la gestante. En este supuesto sería viable la obtención de embriones totalmente propios; esto es, con óvulos de la mujer y esperma del marido, a través de la FIV. Una vez obtenidos estos embriones en el laboratorio, deberán implantarse en el útero de otra mujer, conocida como *madre subrogada*. El nacido sería idéntico genéticamente a la mujer y a su pareja, dado que la madre subrogada no transfiere ningún material genético al feto que lleva en su útero.
- Mujer que no produce óvulos y que no puede quedar embarazada por motivos médicos; el esperma del marido es adecuado. Podría recurrirse a una donación de óvulos en la India y fecundarlos con el esperma del marido. Es imprescindible recurrir a un vientre de alquiler. El nacido guardará relación genética tan solo con el padre.
- Pareja que realiza el encargo a otra mujer para que les geste un hijo y que se compromete a entregarlo una vez haya nacido, tras recurrir a donación de óvulos y esperma. En este caso el nacido no guarda ningún vínculo genético con los padres. Estaríamos ante una situación no permitida en la India, ni por supuesto en nuestro Estado, ya que en realidad estaríamos hablando de una adopción internacional encubierta.
- Pareja que no puede intentar tener un hijo con esperma ni óvulos propios, pero la mujer puede dar a luz al feto que lleve dentro de su útero. Podría, en este caso, recurrirse a una donación de embriones en la India. El nacido podría ser registrado sin problemas en España a nombre de los padres, dado que nuestra legislación regula la filiación por parto.

- Mujer que no produce óvulos, pero que puede gestar por sí misma. Ante esta situación (legal en España), esa mujer podría recurrir a una donación de óvulos y fecundarlos con el esperma de su pareja, o buscar incluso una donación de esperma (anónimo, legal en España). En el resultado final nos encontraremos con un nacido cuya madre no ha puesto nada genéticamente en su hijo, pero que, en cambio, será madre a todos los efectos en nuestro Estado, dado que la filiación viene dada por el parto. No sería preciso, por lo tanto, recurrir en este caso a la maternidad subrogada.

Ahora entraremos a valorar los dos primeros supuestos, los cuales son en la práctica aquellos que en mayor número de ocasiones se producen en la India recurriendo a la maternidad subrogada.

En ambos casos se otorga siempre el debido contrato entre los *intended parents* (los que desean tener un hijo y no pueden), y la madre subrogada. En la práctica existen muchos modelos de contrato en la India que regulan la relación entre ambas partes, unos más extensos que otros, algunos válidos y otros nulos de pleno derecho, incluso a los ojos de la legislación india. Efectivamente, en la práctica, este abogado se ha encontrado con contratos de gestación por sustitución en los que expresamente figuraba una cláusula en virtud de la cual era la madre de alquiler o subrogada la que debía facilitar el certificado de nacimiento a nombre de los *intended parents*, algo a todas luces alega en la India, dado que, al igual que en nuestro país, solo las autoridades con competencia en la materia pueden facilitar ese certificado de nacimiento.

En el contrato que se otorgue entre los *intended parents* y la madre subrogada, es imprescindible que se regulen, con absoluta seguridad y precisión, todos y cada uno de los detalles que van a regir durante la relación jurídica entre ambas partes, tales como los nombres de todos los otorgantes, direcciones, teléfonos, importe a percibir por la madre subrogada, dónde tendrá lugar el alumbramiento, renuncia expresa al nacido por parte de la madre subrogada y todos aquellos detalles que se pudieran precisar en cualquier relación jurídica. A pesar que en la práctica son muchas las parejas que recurren a un vientre de alquiler fuera de España y que realizan el proceso

de forma individual, consideramos, dada la experiencia y práctica observada, que resulta imprescindible el contar con apoyo de profesionales expertos en la materia, incluidas clínicas indias con dilatada experiencia, así como apoyo legal tanto en el inicio del proceso como a su finalización. Se entiende por preparación del contrato a suscribir entre los *intended parents* y la madre subrogada, la legalización y notorización, el seguimiento del proceso de gestación y la inscripción del nacido ante las autoridades españolas en la India.

El principal problema que puede surgir a la hora del nacimiento del hijo es el que la madre subrogada se niegue a efectuar la entrega a los *intended parents*. En la práctica, desde el año 2005, cuando la India empezó a trabajar en materia de gestación por sustitución, nunca se ha producido un solo caso en ese sentido. Estaríamos en cualquier caso ante un incumplimiento contractual por parte de la madre subrogada. En el propio contrato suscrito en un inicio entre los *intended parents* y la madre subrogada deberá citarse —no es un requisito en la India, pero sí resulta imprescindible desde el punto de vista de las garantías jurídicas— el nombre de un abogado o de un gabinete jurídico al cual se sometan ambas partes voluntariamente en caso de que entre ambos surja, a lo largo del proceso, cualquier tipo de problema o disputa. Podemos decir que nos encontramos ante la figura de un árbitro, quien de este modo evitaría el que los problemas entre los *intended parents* y la madre subrogada hubieran de finalizar ante los tribunales de la India.

En el extremo supuesto de que la madre subrogada decidiera finalmente no hacer entrega del nacido a los *intended parents*, estos tendrán abierta la opción de interponer una demanda ante los tribunales de justicia de la India, la cual sería estimada con total seguridad dado que la surrogación está contemplada en la India. Los criterios que deben regir el proceso se encuentran establecidos por el Indian Council of Medical Research (ICMR) desde el año 2005, ya que existe un contrato previo entre las partes por el cual la madre que alumbró al nacido renuncia al mismo en el momento de la concepción, un acuerdo que, a los ojos de las autoridades y la legislación indias, es completamente válido. No debemos olvidar que siempre estamos hablando del supuesto de la subrogación en la India, ya que, como se ha comentado con

anterioridad, nuestro derecho declara nulo aquel contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

Situación en nuestro Estado

Dispone el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre TRA que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o un tercero».

No queda ninguna clase de dudas: la maternidad subrogada se encuentra prohibida en nuestro Estado y cualquier contrato que se celebrara entre dos partes regulando esa situación será totalmente nulo. Queda pues claro que si en nuestro Estado se alumbrara a un nacido mediante una gestación por sustitución la filiación vendrá determinada por el parto, como se ve en el artículo 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo: «La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto».

El resto de la normativa aplicable a supuestos como los que estamos comentando en este estudio son el Decreto de 14 de noviembre de 1958, BOE del 11 de diciembre (actualizado en el BOE de 19 de septiembre de 1986) del Reglamento de Registro Civil, los artículos 112 y siguientes del Código Civil, y el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961.

Posibilidad de regulación en España

Desde el momento en que cada día hay más parejas con problemas de fertilidad que acuden al extranjero para llevar a cabo un procedimiento de gestación por sustitución, resulta obvio que sería conveniente poder disponer de un cuerpo legal en nuestro Estado que regule dicho proceso y que dé amparo legal a un hecho como este.

Si existiera esa legalización del vientre de alquiler en España, ganarían en garantías jurídicas todas las personas que intervienen en este proceso, como son la propia pareja, la madre subrogada, las clínicas, etc.

Consideramos imprescindible la regulación de los siguientes aspectos:

- La subrogación tendría que quedar limitada a aquellas parejas con problemas médicos para gestar sus propios hijos. Así, no sería posible llevarlo a cabo por razones estéticas, por ejemplo.
- Deberían poder acogerse los matrimonios de homosexuales, dado que desde el momento en que pueden adoptar deberían también poder acceder a esta forma de paternidad.
- Habría que garantizar el anonimato de las donantes de óvulos y de esperma.
- Garantías jurídicas para la madre subrogada, que abarcarían desde el plano médico de la salud (VIH, hepatitis, etc.) hasta el económico (fijando unas cantidades mínima y máxima a satisfacer).
- Revisión de los supuestos legales en que pudiere practicarse un aborto.
- Determinar quién puede decidir sobre el aborto, plazos, etc.
- Determinar la relación jurídica entre los *intended parents* y la madre subrogada.
- Modificación de la normativa relativa a la Ley y Reglamento del Registro Civil (requisitos para la inscripción del nacido).
- Aspectos médicos a tener en cuenta en cualquier proceso (conservación de los embriones, número máximo de estos a transferir en la subrogada, requisitos para el almacenamiento de esperma, óvulos, embriones, etc.)
- Derogación del artículo 10 de la Ley de reproducción asistida.

**¿Es necesaria la
subrogación de úteros?**
Carme Valls-Llobet

Las primeras subrogaciones

Una de las primeras organizaciones en el mundo que se dedica a conectar mujeres que se ofrecen para alquilar sus úteros con personas que desean tener hijos y no pueden tenerlos ha sido COTS (Childlessness Overcome Through Surrogacy), una asociación sin ánimo de lucro que Gena Dodd y Kim Cotton fundaron hace 12 años. Gena tenía un hijo cedido por la madre biológica y Cotton había sido, en 1985, la primera madre de alquiler británica, lo que fue todo un escándalo en aquel momento pero que sirvió para abrir un debate en la sociedad. Desde que Cotton se había decidido a dar aquel primer paso la sociedad médica británica no había dejado de discutir sobre la ética de la «gestación de sustitución» hasta que, finalmente, incluso la sanidad pública parece haber reconocido más o menos tácitamente que las madres de alquiler son la última opción para las parejas que de otra manera no podrían convertirse nunca en padres.

El papel de COTS se limita a poner en contacto posibles madres y parejas desesperadas. Este trabajo es perfectamente legal en Gran Bretaña, ya que el único requisito establecido por la ley es que no medien grandes cantidades de dinero: ambas partes firman un contrato en el que se establece qué gastos —comida, seguro médico, transporte— deberán correr a cargo de los futuros padres y envían una copia a la agencia. Por lo demás, tan solo se exige buena salud por parte de la madre y la certeza de que las parejas que acuden a COTS han intentado hasta el último de los métodos de fertilidad antes de decidirse por esta posibilidad.

Hasta ahora, según consta en su página web, COTS ha proporcionado niños a 350 parejas. «Todas heterosexuales», explica Jayne Frankland, voluntaria en la asociación, «porque nos regimos por un decreto de 1994 que obliga a las parejas a solicitar un permiso oficial, la *Parental Order*, antes de pedirnos ayuda. Básicamente, se exige que los futuros padres estén casados, vivan en Gran Bretaña y que al menos uno de los dos tenga un vínculo genético con el niño. Las parejas homosexuales pueden acceder también a una madre subrogada, pero el proceso legal es mucho más complicado y nosotros no lo contemplamos».

¿Consecuencias psicológicas?

El primer hijo que nació de una madre subrogada tiene en la actualidad unos 18 años, y no hay estudios que demuestren las consecuencias psicológicas que este hecho podrá tener en el futuro, para las personas concebidas por este método.

No es obligatorio que los progenitores digan la verdad sobre la forma en que los hijos han sido concebidos, pero saberlo tarde, como en los casos de adopciones, ha comportado problemas psicológicos por el peso que juega en las psiques el papel imaginario de unos padres biológicos desconocidos, durante la adolescencia, momento en el que pueden existir conflictos cotidianos con los progenitores con los que se convive cotidianamente y que se han convertido en padres simbólicos. Pero este simbolismo se rechaza cuando el adolescente descubre que le han mentado, y vive este engaño como una traición que pone en crisis toda la credibilidad de la relación.

Vasanti Jadvá presentó un trabajo en la 24.^a reunión anual de la Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana, celebrada en julio de 2008, realizada con 165 personas de entre 13 y 61 años nacidas por donación de esperma. En este estudio se constataba que solo el 9% de los hijos nacidos con IA cuyos progenitores eran una pareja heterosexual recibieron información sobre su origen durante la infancia, mientras que el 56% de los vástagos de parejas homosexuales y un 63% de los hijos de madres solteras recibieron información durante la infancia. La autora recomienda que el menor asuma cuanto antes que fue concebido por inseminación de un donante, ya que esto evita la sensación de traición cuando se le informa en la vida adulta. Durante el año 2010 una corriente de hijos adoptados se han asociado para buscar a sus padres biológicos, por lo que algunas asociaciones recomiendan que se mantengan lazos con la familia biológica de origen, de la misma manera que actúan algunas familias que han utilizado madres de alquiler en la India. La antropóloga Diana Marre, de la Universitat Autònoma de Barcelona, está realizando un trabajo sobre «La interacción familiar y social de los menores adoptados», donde propugna un sistema de «adopción abierta» que facilite la transparencia y el contacto con los orígenes biológicos.

Ilegal en España

La Ley de reproducción asistida de 1988 prohibió expresamente la «gestación de sustitución» reconociendo todos los derechos a la madre biológica. Literalmente advertía: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero». Tampoco permitía aplicar la figura de la adopción, porque cuando se entrega un niño a unos padres distintos de los biológicos (se producen unas 2.000 adopciones al año), es imprescindible la presencia de un juez.

La subrogación uterina es prácticamente imposible, por lo menos dentro de la legalidad vigente, porque la actual regulación de 2006 mantiene la prohibición establecida en la ley de 1988.

Las parejas españolas viajan al extranjero para subrogar

Decenas de parejas españolas han viajado a Estados Unidos para contratar los servicios de madres de alquiler. Las parejas pagan de 75.000 a 95.000 euros a cambio de que una mujer les ceda su útero en alquiler a través de una empresa.

Varias empresas ofrecen catálogos en los que se muestran fotografías de las posibles madres disponibles con información específica de cada una de ellas: historial médico de la posible gestante, raza, origen, religión, estudios cursados y rasgos de la personalidad. La mayoría son mujeres de entre 25 y 35 años que ya han tenido hijos de sus parejas y que cobran entre un 20 y un 25% del total. La mayoría del dinero que pagan los contratantes se lo queda la empresa, la cual también paga los contratos, la estancia de la pareja y la implantación del embrión.

En un artículo de *Le Monde* fechado el 20 de junio de 2009 se lee lo siguiente: «En la India, donde la práctica de la subrogación está autorizada, más de

3.000 maternidades proponen este servicio. El número de demandas, procedentes del mundo entero, crece fuertemente. El “servicio” cuesta aproximadamente unos 13.000 euros, de los cuales la madre de alquiler percibe entre 2.000 y 4.000 euros, una suma importante en un país donde el salario anual medio se sitúa alrededor de los 550 euros».

El coste en Gran Bretaña es de unos 20.000 euros, pero solo para mujeres que sean oriundas del país.

Una primera reflexión general

Hemos de pensar en cuáles son los derechos de una madre de alquiler, como también podríamos reflexionar sobre los derechos de los padres donantes de semen. Además, las madres de alquiler ponen en peligro su salud y se han de someter a tratamientos hormonales, cuyos efectos a largo plazo no han podido todavía comprobarse si se repiten muchas veces en la misma madre de alquiler. La donación de esperma no comporta ningún tratamiento hormonal para el varón. También debería explorarse hasta qué punto en los países como la India, es la precaria situación económica de las posibles madres la que las aboca a acceder a la maternidad subrogada, como una fórmula de ayudar a su familia económicamente.

Una segunda reflexión tendría que centrarse en la necesidad de concebir, aunque sea con los óvulos o el esperma de otro, un hijo propio. ¿Solo podemos querer a aquellos concebidos con nuestros propios genes? ¿Se puede considerar saludable la necesidad de concebir hijos que sean propios genéticamente a cambio de poner en peligro la vida de la madre? ¿Podemos pensar que no hay ningún riesgo en un embarazo y que es seguro que no va a tener complicaciones? ¿Se advierte de todos estos riesgos a las madres de alquiler?

La industria de la reproducción, en un mundo en que está claro el exceso demográfico de la especie humana, nos ha de hacer pensar hasta qué punto tener un hijo puede ser una forma de conseguir vínculos entre parejas. Así, algunas madres de alquiler relatan sus experiencias y se preguntaban hasta

qué punto su intervención ha sido de alguna utilidad: «No he vuelto a saber nada de aquella primera pareja. La niña cumplirá cuatro años en junio y me gustaría tener alguna noticia de ella, asegurarme de que está bien, de que es feliz... A veces creo que esta primera elección fue un tremendo error. La mujer tenía casi 50 años, dos hijos de un matrimonio anterior y un nieto recién nacido. Él era más joven, alrededor de los 40, y parecía el único ilusionado de verdad con la idea de ser padre. No es la situación ni el ambiente ideal para un niño».

Deberíamos plantearnos el sentido de tener hijos. ¿Se conciben para amarlos o para poseerlos? En cierta manera, se trata de la misma relación de propiedad que expresan muchas relaciones de pareja posesivas. ¿El sentido de la paternidad o maternidad es poseer la prole o conseguir seres humanos «autónomos, solidarios y gozosos»?

¿La subrogación es solo un negocio?

Si es un negocio, como es el caso en Estados Unidos y en la India, ¿podemos asegurar que en sus componentes se puede establecer un contrato entre personas que «consienten libremente» a hacerlo?

Las oficinas que relacionan a las parejas demandantes y las potenciales madres de alquiler pretenden vincular a personas adultas y «consentidoras», y esto parece ocurrir en Gran Bretaña, donde está prohibido el ánimo de lucro en la subrogación. Pero contrariamente a los testimonios seleccionados por los medios de comunicación, que muestran mujeres jóvenes perfectamente equilibradas y dispuestas a asumir un embarazo de nueve meses solo por amor, o por el deseo de hacerle un favor a otra persona que no puede, la realidad es a menudo más sórdida, como hemos visto en el documental emitido por el programa de TV3 *30 minuts*, «Nens made in India» (Niños made in India). ¿Se puede hablar de «consentimiento» en el caso de relaciones sociales entre individuos que no están en pie de igualdad? ¿Hasta qué punto nos encontramos en una nueva forma de mercado lucrativo a costa de mujeres que quieren salir de la miseria? ¿Es una nueva forma de explotación sexual?

No propongo prohibir, ni reprimir estas acciones, pero sí evitar su banalización, como si nada ocurriera en el profundo cuerpo-mente de las mujeres que se ven obligadas a ejercerlos y que se han de preparar para limitar la propia inversión afectiva y mental que siempre acompaña a un proceso de maternidad. Se anima a las mujeres a que se alienen en favor de las parejas que desean hijos propios; se estimula que formen parte de un mercado que acompaña a otro lucrativo negocio como la venta de óvulos, que no se ha regulado y que provocará en el futuro el posible cruce genético de hermanos y hermanas, ya que no existen bancos de genes. No se trata tampoco de prohibir la solidaridad entre hermanas, o amigas, pero no a costa de defender la familia tradicional que tiene hijos para poder dejarles herencias.

Conviene distinguir, como nos invita a hacerlo Sylviane Agacinski (2009), entre el derecho a tener un hijo y el derecho a un hijo, que no pueden equipararse con el derecho a la salud, a la educación o al trabajo. Se puede sufrir por no poder tener hijos propios, pero nada puede justificar que esta frustración sea resuelta al precio de transformar a otras mujeres en «fábricas de niños», en opinión de Josette Trat (2010).

Una revisión de las relaciones económicas que se pueden establecer en el alquiler de úteros, entendido como negocio en el que todas las partes pueden ganar algo, la hace Zamora Bonilla (1998), cuando analiza si, desde el punto de vista liberal o utilitarista, el hecho de que todas las partes del negocio mejoren su situación (más dinero, un hijo deseado) puede justificar el alquiler. Pero el utilitarismo se contradice con el hecho de que un nuevo embarazo puede tener riesgos, además de suponer un desgaste físico y psíquico para las madres, y de que no solo es el beneficio económico el que mueve la mayoría de las decisiones de los seres humanos. Entre el deseo de obtener la mayor riqueza posible y el de vivir de acuerdo con los propios valores, existe una interdependencia no siempre negativa (Sen, 1987). ¿Únicamente podemos estar satisfechos con más dinero? ¿Solo con la generación de hijos a los que consideremos «propios» podemos llenarnos de satisfacción? ¿Solamente podemos dar amor o nos vemos capaces de amar a los hijos que han nacido de nuestras células, de las de nuestra pareja o de ninguno de los dos?

Referencias bibliográficas

Agacinski, S., debate sobre las madres de alquiler con Ruwen Ogien organizado por *Le Monde*, 20 de junio de 2009.

Sen, A. *On Ethics and Economics*. Oxford: Basil Blackwell, 1987.

Trat, J. «Mères porteuses: un enfant à tout prix», *Tout est à nous*, 16, 9 de julio de 2010, pág. 10.

Zamora Bonilla, J. «Úteros en alquiler», *Isegoría*, 18, 1998, págs. 205-12.

**La maternidad por
sustitución: ¿una
vía para extender los
derechos reproductivos
de las mujeres?**

Francesca Puigpelat Martí

Introducción

La Ley 35/1988 de técnicas de reproducción asistida, una de las primeras leyes europeas que reguló esta materia, era, según Pitch, modesta y eficaz. En la medida en que no trató de imponer un único modelo de familia y dejó un amplio margen a la decisión individual consiguió que sus disposiciones fuesen observadas. Sin embargo, a pesar de su «modestia», no permitió la maternidad de sustitución.

La Ley 14/2006, actualmente vigente, sigue manteniendo en su artículo 10 la nulidad del contrato de sustitución y el hecho de que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución vendrá determinada por el parto. Lo que no hace la legislación española, como sí hacen algunas europeas, es castigarla penalmente. Pero en el caso de que la maternidad de sustitución se realizase en España la atribución de la maternidad a la comitente podría dar lugar a la comisión de los delitos de entrega de hijos a terceros para alterar o modificar el estado civil y al de suposición de parto.

El hecho de que la legislación española sea más permisiva que otras europeas ha determinado que España se haya convertido en un lugar de destino de lo que se denomina *turismo procreativo*, de la misma forma que los son aquellos países en los que la maternidad de sustitución está permitida. Según Orejudo (2009), este turismo reproductivo, más allá de los aspectos sanitarios, puede convertirse en una clase de turismo legal cuando el paciente, además de recibir un tratamiento que facilite o posibilite la procreación, pretenda crear un vínculo de filiación conforme al derecho del Estado al que se desplaza, que no se establecería con arreglo a la ley del país de origen. Así ocurre cuando el Estado al que se viaja acepta la legalidad de la maternidad de sustitución y considera que los comitentes son los progenitores legales de los niños que nazcan. El hecho de que esta práctica sea legal en el país de destino comporta, a su vez, que los tribunales penales españoles no puedan perseguir a estas personas, ya que su competencia sobre los delitos de los españoles cometidos en el extranjero se halla condicionada a la exigencia de la doble incriminación.

El problema se plantea, sin embargo, cuando se pretende que esta filiación sea reconocida por el Estado español, como se ha visto en el caso que ha

dado lugar a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 18 de febrero de 2009. Esta, en la que se ordena la transcripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera, tiene su origen en el recurso interpuesto por dos hombres españoles, casados y residentes en España, contra un auto del encargado del Registro Consular español en California en el que les denegaba la inscripción del nacimiento de sus dos hijos concebidos por una madre subrogada californiana, basándose la prohibición del artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción asistida.

Este caso es de gran interés, pues evidencia los problemas que se derivan de la existencia de legislaciones divergentes en un mundo cada vez más interconectado. No examinaré, sin embargo, los problemas de derecho internacional privado derivados del reconocimiento en España de la eficacia jurídica de la práctica de la maternidad por sustitución realizada en el extranjero. Estos han sido rigurosamente analizados ya en algunos trabajos específicos (Quiñones, 2009; Orejudo, 2009). Pero este caso permite, e incluso obliga, a volver a reflexionar sobre las razones que subyacen en la prohibición que la legislación española, igual que la mayoría de europeas, hace de la maternidad de sustitución.

Este consenso es indicativo de las reservas que genera esta práctica, aunque los argumentos utilizados para justificar su prohibición sean muy distintos. Los más frecuentes son: que es contraria a la dignidad de la madre y del hijo; que altera el orden natural; que entroniza la compraventa de los hijos; que puede dar lugar a la explotación de las mujeres pobres y que favorece solo a las mujeres y parejas de las clases altas (Puigpelat, 2001: 122). También hay, sin embargo, algunas legislaciones que la permiten y argumentos que la justifican.

No examinaré aquí el alcance y la razón de todos ellos. Me interesa fundamentalmente situar el tema en el contexto de la discusión feminista, en la que hay posiciones encontradas sobre la misma, y ver en qué medida podría ser aceptable, desde esta perspectiva, una modificación de la actual regulación. La discrepancia sobre este tema reproduce, en cierta medida, la tensión existente dentro del feminismo en torno a la idoneidad de las propias técnicas de

reproducción para contribuir a la liberación de las mujeres, objetivo común a todo el movimiento feminista.

El feminismo y la maternidad por sustitución

Algunos de los argumentos mencionados en contra de la maternidad por sustitución son también compartidos por el feminismo. Voy a centrarme, sin embargo, en el examen de los argumentos que Carmel Shalev y Carol Pateman utilizan a favor y en contra, respectivamente, de la maternidad por sustitución. Y no solo porque son expresivos de dos posiciones totalmente antagónicas sobre esta práctica, sino también porque son representativos de dos corrientes muy significativas en el seno del movimiento feminista: el feminismo liberal y el radical.

Carmel Shalev (1992) admite, como sostienen muchas feministas, que en el contexto social actual las TRA han aumentado el control de los hombres sobre los procesos reproductivos disminuyendo el que tradicionalmente tenían las mujeres sobre ellos. Pero cree que estas contienen también elementos liberadores al permitir, siguiendo a Roberston, ir más allá del derecho a reproducirse o no, que habían introducido los métodos anticonceptivos. En relación con la maternidad por sustitución valora todos aquellos aspectos que sirven para poner en entredicho la cultura patriarcal: la madre subrogada engendra fuera del vínculo conyugal, rompe la conexión entre maternidad biológica y social y permite participar a las mujeres en la economía de mercado por medio del embarazo como un trabajo remunerado. Oponerse a ella no solo negaría a las mujeres su autonomía, sino que supondría mantener una visión tradicional de la maternidad como un acto que debe ser altruista y desinteresado.

Pero no solo se limita la autonomía y la responsabilidad de las mujeres cuando se prohíbe celebrar contratos de subrogación. Se actúa también de forma paternalista al permitir que las mujeres gestantes vulneren el acuerdo inicial alegando que debe tomarse en consideración el instinto materno

que se desencadena de forma natural durante la gestación y el parto (Shalev, 1992: 126).

Para Carol Pateman (1995), sin embargo, el contrato de sustitución no es una vía para el reconocimiento de la autonomía de las mujeres, más bien lo contrario. Este no es más que una nueva forma del contrato sexual, un nuevo modo de acceso y uso de las mujeres por parte de los hombres. Le parece especialmente sospechoso, cuando se dice que es un servicio que una mujer presta a otra, que no se vea especialmente problemática la forma en que los hombres participan en el contrato y que significa la solicitud de este servicio. Cree que lo que realmente esconde este contrato es que la madre sustituta recibe un dinero a cambio de que un hombre haga uso de la propiedad específica de la mujer, su útero. Pero no solo de este, sino también del derecho sobre «su capacidad fisiológica, emocional y creativa de su cuerpo, es decir, de sí misma como mujer» (Pateman, 1995: 295). Extender a las mujeres la concepción del «individuo» como propietario de su persona y concebir la libertad como la capacidad de hacer lo que uno quiera consigo mismo comporta, según Pateman, «barrer toda relación intrínseca entre la mujer como propietaria, su cuerpo y sus capacidades reproductivas» (Pateman, 1995: 296). De esta forma no hay nada específico a la condición de la mujer. Si hasta el presente esta condición se había considerado inseparable de la maternidad, con el contrato de sustitución ha sido separada.

Considera, sin embargo, que no deja de ser paradójico que una mujer pueda ser madre sustituta porque en cuanto individuo que presta un servicio, su condición de mujer es irrelevante, pero, a su vez, «puede ser una madre “sustituta” solo porque es una mujer» (Pateman, 1995: 298).

Cuando se examina lo que subyace en los dos planteamientos que hemos expuesto vemos, de acuerdo con Pitch, que lo que se discute son las distintas formas de concebir la subjetividad. En Shalev, esta, en consonancia con el planteamiento liberal, no viene mediada por el cuerpo, sino que solo se trataría de la capacidad abstracta de elección racional. En Pateman, por el contrario, la subjetividad no puede prescindir de todo aquello que hace de una persona lo que es y esto inevitablemente incluye su cuerpo y su sexo (Pitch, 1998: 38).

Tomadas en su totalidad de forma excluyente, ninguna de las dos posiciones me parece satisfactoria. El respeto de la autonomía y la responsabilidad personal no queda siempre garantizado a través del contrato y tampoco impide, de admitirse este, que puedan establecerse bastantes restricciones a la libertad de disposición de las partes. Estas reservas se fundamentan en la creencia de que parece dudoso que un mercado reproductivo globalizado, basado en la ley de la oferta y de la demanda y una amplia libertad de contratación, sea la forma más apropiada de garantizar los derechos de la madre gestante, los de las comitentes y los de los bebés nacidos sobre la base de estos acuerdos. Tampoco me parece que este modelo de intercambio sea el más adecuado para propiciar que la reproducción se constituya sobre la base de relaciones personales de vinculación e interdependencia afectiva.

Por otra parte, tampoco el contrato de sustitución puede verse solamente como una nueva forma de acceso de los hombres al cuerpo de las mujeres. No me parece que la maternidad por sustitución pueda entenderse de este modo cuando es la única forma a través de la cual una mujer puede satisfacer su proyecto autónomo de maternidad biológica. Este sería el caso de que la comitente tuviera óvulos fecundables, pero no pudiera gestar por razones médicas. En este supuesto es una mujer la que accede al cuerpo de otra para satisfacer su propio proyecto de maternidad genética, aunque indirectamente ello pueda contribuir también a la realización del proyecto de paternidad genética de su pareja. El acceso del hombre al cuerpo de la mujer para satisfacer su deseo de paternidad genética siempre ha sido necesario, pero lo que puede permitir la maternidad de sustitución es que una mujer pueda satisfacer su deseo de maternidad genética y social gracias a otra fémina.

Maternidad por sustitución y derechos reproductivos de las mujeres

La maternidad por sustitución no debería plantear reservas en el caso de una mujer comitente que no puede gestar por razones médicas pero sí puede aportar óvulos propios. Prohibir a una mujer que no puede gestar por causas

médicas que se ponga de acuerdo con una madre sustituta para gestar un embrión con el que la comitente tiene una relación biológica me parece una limitación excesiva de sus derechos reproductivos. La maternidad biológica forma parte del proyecto de vida de muchas mujeres y es, precisamente, la que constituye el núcleo del derecho a la reproducción. El deseo de ser madre biológica, además de social, no puede minusvalorarse y hacerlo supone no solo una falta de respeto a la autonomía personal, sino también desconocer el alcance que la reproducción tiene para el mantenimiento de cualquier sociedad.

La crítica necesaria a los estereotipos sociales existentes sobre la maternidad no puede llevar a desconocer que la frustración de este proyecto de vida puede, además, causar fuertes sufrimientos psíquicos. Es cierto que dar una importancia excesiva a nivel personal a la consecución de la maternidad biológica es problemático y que sería positivo favorecer aquellos cambios que sirvan para relativizar la identificación de la maternidad o paternidad social con la biológica. Tal vez las TRA no sean, precisamente, el mecanismo más adecuado, pues contribuyen a reforzar el deseo de maternidad biológica al generar la expectativa de que gracias a ellas se podrán resolver todos los problemas de esterilidad. Ahora bien, también es cierto que, en la medida en que utilizan la donación de gametos, están contribuyendo a que se acepte que la maternidad y paternidad sociales no siempre se corresponden con el sustrato biológico (Birke, Himmelweit y Vines, 1992: 244).

Abordar los problemas de infertilidad como una cuestión individual subsanable desde las TRA sí puede tener una consecuencia negativa, y es que hace menos necesario intervenir seriamente sobre aquellos factores socioeconómicos que, en muchos casos, pueden ocasionarlos. Sabemos, por ejemplo, que la infertilidad femenina aumenta según la edad en que la mujer accede a la maternidad. Como hoy en día las mujeres llegan más tarde a la maternidad para poder integrarse satisfactoriamente en el mercado laboral cada vez es más necesario que recurran a las TRA. Si estas no existiesen se haría más evidente que debe incidirse en la transformación de las estructuras sociolaborales para hacer posible que las mujeres puedan tener los hijos antes sin que ello impida su promoción profesional.

La maternidad por sustitución, cuando se aborda desde una perspectiva contractual, plantea el problema de cuál es el objeto del contrato. Es frecuente hablar de *maternidad subrogada*, *maternidad por sustitución* o *maternidad de alquiler*, pero también de *subrogación uterina*, por lo que parece que el objeto del mismo no es más que el alquiler del útero de una mujer a cambio de una contraprestación económica. Es decir, se trataría solo de un contrato de servicios procreativos.

Entendiéndolo de esta manera, podría sostenerse que la prohibición de la maternidad por sustitución afectaría de forma distinta a la madre gestante y a la genética. Para la primera, la prohibición supondría un límite paternalista a su derecho sobre el propio cuerpo, mientras que para la segunda se trataría de una limitación a su autonomía reproductiva.

La limitación del derecho de la gestante al uso de su propio cuerpo que supone la prohibición tiene como objetivo, según algunas feministas, evitar la instrumentalización del cuerpo femenino, de algún modo parecida a la que se da en la prostitución. Pero esta analogía pasa por alto algunas diferencias importantes.

En primer lugar, la maternidad subrogada parcial no comporta solamente que la gestante pueda disponer libremente de su cuerpo durante un período de tiempo determinado a cambio de una contraprestación económica. La madre gestante se compromete, además, a entregar a la criatura que ha formado y a ceder sus derechos de maternidad, teniendo en cuenta que en la mayoría de legislaciones la filiación viene determinada por el parto. Precisamente, por este motivo, se alega contra la maternidad por sustitución que esta, más que un arrendamiento de servicios procreativos, lo es de obra. Y se considera, por ello, que la maternidad por sustitución es una forma de venta de niños que atentaría contra la dignidad de estos. Pero ello va demasiado lejos, puesto que olvida que el niño, en el caso de la subrogación parcial, también es hijo de la madre genética y que ha sido ella la que ha iniciado el procedimiento para poder tener descendencia.

En segundo término, a diferencia de la prostitución femenina, la maternidad subrogada parcial con un óvulo de la comitente ha de verse, como hemos

señalado, más que como un instrumento al servicio de los hombres, como una ampliación de los derechos reproductivos de la madre genética; la capacidad de decisión de esta no debe minusvalorarse, como hacen las autoras al afirmar que el deseo de ser madre biológica responde básicamente a presiones de su pareja. Por ello, me parece oportuno dejar en un segundo plano el aspecto económico del acuerdo de sustitución, que no debería basarse fundamentalmente en el ánimo de lucro de la gestante, y enfatizar que la maternidad por sustitución parcial extiende los derechos reproductivos de las mujeres. De ahí mi propuesta de concebirla ante todo como un mecanismo de cooperación entre dos mujeres para poder llevar a cabo un proyecto de maternidad biológica.

Pero, como ya apuntábamos, admitir la maternidad por sustitución parcial no obliga necesariamente a que esta modalidad procreativa solo pueda constituirse a través de un contrato sujeto a las leyes del mercado. Es comprensible que la figura contractual pueda parecer especialmente idónea para dar cauce a la autonomía personal, pues históricamente el contrato ha supuesto, y todavía supone, una forma de establecer vínculos más allá de las formas tradicionales predeterminadas por la adscripción a un estatus. Sin embargo, dadas las características de esta prestación, no me parece conveniente, desde una perspectiva feminista, que la sustitución se configure como una relación puramente contractual y económica, exigible siempre según los términos establecidos en el momento de suscribir el acuerdo y que finaliza de manera necesaria después del parto.

Es particularmente problemático que estas relaciones contractuales vengan mediadas por agencias privadas que obtienen beneficios en este mercado reproductivo. Sin compartir totalmente la tesis del efecto degradante de los mercados, las páginas de presentación de las agencias de intermediación californianas son un ejemplo claro de un modelo de maternidad de sustitución que no comparto. Tampoco me parece deseable el modelo indio de madres de alquiler que conviven conjuntamente durante el embarazo bajo el cuidado del personal de las clínicas en las que se lleva a cabo la implantación del embrión, pese a que la contraprestación económica que reciben sirva para mejorar sustancialmente sus condiciones de vida y las de su familia.

A mi juicio, la maternidad subrogada debería visualizarse como una forma de colaboración entre dos mujeres que se relacionan entre sí como personas concretas para llevar a cabo un proyecto parental. El procedimiento adecuado para encauzar esta ayuda podría ser a través de un organismo público de sustitución, cuyo concurso no sería tan determinante cuando la ayuda para la sustitución parcial la prestase una familiar de la mujer que no puede gestar. La gestante podría recibir una compensación económica, pero solo debería poder llevar a cabo un número muy limitado de sustituciones y habría que establecer una serie de mecanismos que facilitasen la existencia de lazos afectivos entre la madre gestante y la criatura.

Este proceso compartido de maternidad no está, sin embargo, exento de dificultades. Durante el embarazo pueden plantearse conflictos entre la autonomía de la gestante y su deber de diligencia. Es discutible hasta qué punto la autonomía de la madre gestante pueda restringirse en relación con su forma de vida durante el embarazo más allá de las limitaciones que se consideran socialmente adecuadas, como abstenerse de fumar, tomar alcohol o drogas y llevar a cabo las visitas médicas ordinarias. También pueden surgir haber conflictos después del parto si la madre gestante se niega a entregar al bebé.

En relación con el período de gestación un problema difícil de resolver es el de la interrupción voluntaria del embarazo. En el caso de la reproducción sexual normal la decisión última sobre la interrupción voluntaria del embarazo debería corresponder a la madre gestante, y ha de valer la misma norma para los casos de TRA sin maternidad subrogada. Así, cuando la mujer gestante aporta óvulos propios, fecundados con semen de un donante o de su pareja, para satisfacer un proyecto maternal o parental compartido y propio, la decisión de interrumpir la gestación ha de recaer en ella. También debería ser así cuando la mujer gesta un óvulo donado, fecundado con el semen de su pareja, para satisfacer un proyecto parental compartido. En cambio, cuando se utilizan las TRA en casos de maternidad por sustitución, esta regla no parece tan evidente. Si la mujer gesta un óvulo procedente de otra, fecundado con el semen de la pareja de esta o ajeno, para satisfacer un proyecto maternal o parental de la mujer que ha aportado el óvulo, puede parecer más discutible que la decisión última únicamente corresponda a la gestante.

En este caso se dan algunas circunstancias específicas. En el aborto el conflicto se plantea normalmente entre el valor de la vida embrionaria y los derechos de la madre, pero en la maternidad por sustitución parcial hay que añadir el conflicto que puede darse entre la madre gestante y la comitente sobre si seguir adelante o no con el embarazo. Si lo que fundamenta el aborto voluntario es, como creemos, el respeto de la autonomía reproductiva y no el derecho al propio cuerpo o a la intimidad, lo más coherente sería en este caso que la decisión última se confiase a la madre comitente, excepto en el caso de que tal decisión —ya sea la de interrumpir o la de continuar el embarazo— pusiese en peligro la vida o la salud de la embarazada.

Lo deseable sería que la interrupción del embarazo requiriera el consentimiento de las dos mujeres implicadas. No puede desconocerse, sin embargo, que una interrupción del embarazo afecta derechos legítimos de la gestante, que no puede imponerse en contra de su voluntad y que es factible realizarla a espaldas de la madre comitente. Por ello es aconsejable que la regulación de la maternidad subrogada delimite los supuestos en los que cabe la interrupción del embarazo y las consecuencias de su incumplimiento. Es en el momento del acuerdo de sustitución cuando la gestante podría reservarse el derecho a negarse a la interrupción del embarazo. También es en dicho acuerdo donde, por el contrario, podrían ambas partes acordar que el embarazo se interrumpiera cuando cualquiera de ellas no deseara su continuación, dentro de los supuestos legales. Finalmente cabe también acordar que la decisión de interrumpir el embarazo quedase en manos de la madre comitente.

Si la gestante no acepta que la madre genética pueda decidir la interrupción del embarazo por cualquier circunstancia legalmente permitida, desde luego puede no aceptar la sustitución, pero puede también acordar con la madre comitente que si esta no desea proseguir el embarazo, pueda continuarlo la gestante asumiendo la maternidad de la criatura que nazca. Ello puede ser de aplicación cuando se detectan, por ejemplo, malformaciones fetales que justificarían la interrupción voluntaria del embarazo para la madre genética pero no para la gestante: la discrepancia podría resolverse asumiendo la gestante la maternidad. En la medida en que la madre comitente ha sido la que

ha implicado en un proyecto parental a otra persona y el interés del menor ha de ser protegido, podría acordarse asimismo que en tal caso debiera contribuir al mantenimiento del bebé.

La maternidad por sustitución, aunque supone una ampliación de los derechos reproductivos de las mujeres, plantea problemas complejos, más allá del de la interrupción voluntaria del embarazo. Para abordarlos de forma satisfactoria sería conveniente, como ya señalábamos, su regulación legal. Esta debería incluir controles institucionales para decidir en caso de conflicto en favor de los intereses de las criaturas implicadas en los acuerdos.

La admisión de esta subrogación parcial permite equiparar la situación de la mujer que no puede gestar con la de aquella que, gracias a las TRA, puede satisfacer su deseo de maternidad gestando un óvulo donado. La admisión de la maternidad de sustitución cuando esta es utilizada para satisfacer solo el deseo de paternidad biológica de la pareja masculina de una mujer que no puede aportar sus óvulos, el de una pareja de varones o el de una mujer sola que no puede aportar óvulos propios suscita mayores problemas.

Me parece especialmente problemática la admisión de la maternidad por sustitución cuando la pareja comitente o el comitente —sea una mujer o un hombre— no aportan óvulos ni gametos. Aunque las TRA no tienen como único objetivo paliar problemas de infertilidad, sí parece razonable defender que no deben utilizarse para propiciar una forma alternativa de adopción sin los costes de esta. En estos casos se hace difícil distinguirlo de una forma de adquisición de niños, pero también conceptualizarlo como parte del derecho a la reproducción de los comitentes, cuando estos no se reproducen de ninguna forma.

Podría sostenerse que sí lo es en relación con la madre gestante, y más cuando esta también aporta el óvulo. Creo, sin embargo, que ello es discutible. El contenido del derecho a la reproducción debe estar referido, al menos en principio, a la intención de asumir personalmente la paternidad o maternidad social, aunque posteriores circunstancias pudiesen hacer excusable su no asunción. En el caso de la maternidad por sustitución la finalidad no es ayudar a la mujer gestante a que pueda reproducirse para ejercer de madre

social, sino que ella pueda contribuir con su trabajo reproductivo a que alguien pueda reproducirse con la intención de ejercer también la maternidad o paternidad social.

Esta objeción no sería, por tanto, aplicable a la sustitución cuando esta se presta para facilitar el deseo de paternidad biológica de los varones, heterosexuales u homosexuales, aunque la madre gestante no tenga intención de asumir la maternidad social. En este caso, sin embargo, sería necesario salir al paso de los argumentos que enfatizan la posible instrumentalización de la capacidad creativa del cuerpo de las mujeres por parte de los hombres y si puede quedar compensada por los aspectos liberadores que Shalev atribuye a la maternidad de sustitución en la medida en que esta supone participar a las mujeres en la economía de mercado por medio de la remuneración de su trabajo procreativo.

Teniendo en cuenta lo que ha ocurrido con los trabajos de poco valor añadido es dudoso que una vez admitida la normalidad de esta prestación remunerada, un mercado globalizado favorezca una valoración adecuada de lo que supone para las mujeres la gestación y el parto. Tampoco puede desconocerse que muchas de las gestantes casadas de los países pobres ni tan siquiera tienen capacidad jurídica de obrar. También es discutible que la mujer gestante deba volverse totalmente invisible pese a la aportación fundamental que lleva a cabo en el proceso reproductivo.

Aunque el principio del no anonimato del parto podría ser discutible, si se interpreta como una forma de atribuir a las mujeres la responsabilidad del cuidado de los demás, creo que debería defenderse si se visualiza como una forma de reconocer el papel preponderante de las mujeres en la reproducción, en la medida en que la gestación y el parto no son equivalentes a la donación de óvulos o de semen.

A su vez, cualquiera que sea el alcance que quiera otorgarse a la maternidad por sustitución, como forma de extensión de los derechos reproductivos, no deberían dejarse de lado los intereses del niño. Estos deberían incluir la posibilidad de conocer, si así lo desea, la identidad de la madre gestante e incluso, cuando sea el caso, la de los donantes de gametos.

Referencias bibliográficas

- Birke, L.; Himmelweit, S., y Vines, G. *El niño del mañana. Tecnologías reproductoras en los años 90*. Barcelona: Pomares Corredor, 1992.
- Orejudo Prieto de los Mozos, P. «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de la maternidad por sustitución», 2009.
- Pateman, C. *El contrato sexual*. Barcelona: Anthropos, 1995.
- Pitch, T. *Un diritto per due*, Milán: Il Sagitario, 1998.
- Puigpelat, F. «Feminismo y maternidad por sustitución», *Zona Franca*, 9/10, 2001, págs. 121-7.
- Quiñones Escámez, A. «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», *InDret*, 3, 2009. Disponible en: www.indret.com
- Shalev, C. *Nascere per contratto*. Milán: Dott. A Giufrè, 1992.

**La regulación jurídica de
la maternidad subrogada**
Itziar Alkorta Idiakez

Aproximación histórica

La maternidad subrogada fue concebida para proporcionar un hijo a las mujeres que, pese a producir óvulos, no podían gestar debido a problemas uterinos o cardíacos severos. Se obtenía un óvulo de dicha mujer, que se fecundaba en el exterior del cuerpo con semen de su pareja. Posteriormente, el embrión se implantaba en otra mujer, que debía prestarse a gestarlo y a entregar la criatura resultante a los comitentes. En esta hipótesis, los comitentes son padres genéticos, y la que lleva a término el embarazo es la madre biológica. Es decir, la sustitución se limita a la gestación.

El primer caso documentado de este tipo acaeció en 1989. Una mujer que no podía desarrollar un embarazo por padecer problemas uterinos y cardíacos graves, pero que producía óvulos sanos y fecundables, encargó a otra que gestara el embrión obtenido con uno de sus óvulos y el semen de su marido, y les entregara al recién nacido a cambio de un precio. En este supuesto, aun cuando la gestación la lleva a cabo otra mujer, el nacido porta la información genética de la pareja comitente (Utian, 1989).

Las primeras regulaciones de la subrogación uterina

La primera regulación española de reproducción asistida fue aprobada en 1988. Algunos años antes la Surrogacy Act británica de 1985 había prohibido la práctica comercial de la subrogación uterina en Gran Bretaña. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida humana consideró nulo de pleno derecho el contrato de subrogación uterina, fuera hecho con o sin precio. La filiación del nacido a consecuencia de un acuerdo de este tipo se reconocía a la madre que daba a luz. El contrato de subrogación estaba sancionado por la propia norma como una práctica muy grave. La nueva Ley 14/2006, que deroga la anterior, mantiene la misma redacción.

La positivización de la práctica por parte del Congreso de los Diputados español coincide en el tiempo con la irrupción del caso *Baby M.* en EE.UU.

Este caso marcó la pauta de la percepción social de la maternidad subrogada y condicionó su posterior regulación en América y también en Europa (N.J. Super. Ch., 1988). En el caso *Baby M.*, una acomodada pareja estadounidense, el matrimonio Stern, contrató a través de una agencia intermediaria de Nueva York a una mujer norteamericana para que gestara un embrión concebido mediante IA con semen del varón de la pareja comitente y del óvulo de la gestante. Cuando nació la criatura, la madre gestacional se negó a entregarla aduciendo que era su madre legal. En primera instancia, el juez reconoció la validez del contrato de subrogación y condenó a la madre biológica a entregar la niña a los comitentes; en cambio, en segunda instancia, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, basándose en el mejor interés del nacido y apelando también a la prohibición de venta de las criaturas según la Ley del aborto vigente en ese estado, consideró el contrato inválido pero aún así mantuvo la custodia a los subrogantes y amplió a la madre gestacional su régimen de visitas.

El litigio *Baby M.* ha sido profusamente estudiado en la bibliografía jurídica americana. La tesis de E. Scott (2009), por ejemplo, consiste en que el juicio fue presentado por los medios de comunicación de tal forma que la hostilidad hacia la maternidad subrogada se convirtió en norma (N.J. Super. Ch., 1988). Se produjo una reacción de pánico social ante la subrogación. Las feministas, los grupos religiosos y los provida argüían que el alquiler de útero explotaba a mujeres pobres que no entendían el alcance de su acción o se veían compelidas a aceptar esta forma de obtener ingresos —que se comparaba con la prostitución— y además lo entendían como un caso de commodificación, venalización o venta de niños. La clase política reforzó esta argumentación. No hay que olvidar que la FIV había sido descubierta poco tiempo antes y la sociedad temía que este fenómeno fuera a desnaturalizar la procreación: entonces se llegaba a citar *Un mundo feliz* de Aldous Huxley.

Como consecuencia de dicha reacción, las primeras leyes americanas sobre maternidad subrogada fueron prohibitivas y punitivas, y se castigaba sobre todo la práctica comercial de la subrogación uterina (Illinois). No obstante, la prestación fue declarada legal en algunos estados como California, que admitían la compensación a la gestante.

En las dos últimas décadas la evolución de la práctica de la maternidad subrogada apunta hacia un uso casi exclusivo de la subrogación parcial, es decir, de la gestación por sustitución, en la que el embrión proviene de la pareja comitente. El uso combinado de la FIV junto con la posibilidad legal en determinados países de establecer la paternidad y maternidad de la pareja comitente ha llevado a la preferencia, en este sentido, de la subrogación uterina.

La práctica comercial de la maternidad subrogada: problemas legales

En los últimos años se han expresado peticiones en España y en Europa para que se admita la práctica de la subrogación uterina, tanto por parte de parejas heterosexuales que desean tener acceso a dicha posibilidad como de parejas homosexuales masculinas que consideran la maternidad subrogada plena como una forma alternativa a la adopción. Entre tanto, sigue vigente la prohibición de la práctica en España, y California se ha convertido en el destino preferido de muchas parejas españolas que requerían este tipo de servicio para poder tener descendencia.

La contratación de madres subrogadas en el extranjero topa, sin embargo, con una dificultad importante. La DGRN, y los consulados, que se rigen por sus resoluciones, no permiten la inscripción del nacido mediante maternidad subrogada como hijo de la pareja comitente, pues argumentan que la práctica de la maternidad subrogada está prohibida en España y que la criatura ya tiene una madre biológica. No obstante, existe una novedad importante en esta doctrina. La resolución del 18 de febrero de 2009 permitió a un matrimonio homosexual de nacionalidad española inscribir como suyos a dos bebés gemelos nacidos en California a través de una madre subrogada. La resolución invoca el interés superior de los menores y su derecho a una identidad, lo cual se traduce en el derecho a una filiación única válida en todos los países, y no variable en función de que se cruce una frontera. Se afirma además que la certificación de nacimiento californiana constituye una decisión

que no vulnera el orden público internacional ni lesiona derechos básicos en España, ya que el derecho español admite la filiación de dos varones o dos mujeres en el caso de adopción por parte de un matrimonio homosexual. Se trata, con todo, de una resolución que no es firme. La fiscalía ha recurrido la decisión invocando un fraude documental, ya que en la certificación de nacimiento no figura la madre; además, aduce que en el caso californiano existe *forum shopping*.

La solución británica

El Reino Unido (Quiñones, 2009), como hemos visto, proscribió la práctica comercial de la maternidad subrogada. Se prohíbe contratar este servicio y se penaliza la actividad comercial concatenada, tanto los intermediarios como la publicidad. No obstante, el recurso a la subrogación uterina está autorizado por motivos terapéuticos, siempre que dicha práctica no implique la ejecución de un contrato. La filiación del nacido se determina con respecto a la madre que da a luz y solo se transfiere (pasado un período de reflexión) a los padres intencionales si estos lo solicitan ante los tribunales. La maternidad subrogada ha de serlo a título gratuito, si bien se admite el pago a la gestante de los gastos razonables que se deriven de la misma.

En las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del nacido respecto de los padres intencionales mediante una *parental order* que reasigna a los mismos la filiación inicialmente establecida con respecto a la madre gestante. Se suceden así dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la madre que da a luz es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez en favor de los padres intencionales. De tales requisitos se hacían eco las leyes de 1985 y la reformada de 1990 (al igual que la práctica de los tribunales).

Esta regulación se ha visto reforzada, desde el pasado 1 de abril de 2009, con la entrada en vigor de la Ley sobre embriología y fertilización humana (Human Fertilisation and Embryology Act, 2008, que viene a seguir los mis-

mos principios que la Subrogacy Arrangements Act, de 18 de julio de 1985, modificada por la Ley de 1 de noviembre de 1990), la cual flexibiliza algunas condiciones (N.J. Super 267, 1988), notablemente, aquella que extiende la posibilidad de que se establezca la filiación del menor respecto de las personas que hayan contraído una unión civil registrada del mismo sexo.

Tal requisito funciona como una condición de competencia judicial, interna e internacional, y de ley aplicable, que permite limitar los casos en que la filiación y la responsabilidad parental del menor (*parental responsibility*) se verá establecida de acuerdo con la ley inglesa, y tanto si la maternidad subrogada tiene lugar en el territorio como en el extranjero. Las condiciones o requisitos materiales que prevé la ley inglesa vienen a precisar su alcance extraterritorial (como condiciones de reconocimiento), un punto que es objeto de discusión en los tribunales (Quiñones Escámez, 2009).

Admisibilidad de esta práctica

En mi opinión, la demanda de autorización de la maternidad subrogada en España, que tampoco ha alcanzado un eco importante en la sociedad, podría resolverse sin necesidad de autorizar expresamente dicha práctica en términos comerciales. Téngase en cuenta que parece haber acuerdo en la doctrina jurídica y bioética española en torno a la necesidad de prohibir la práctica comercial de la subrogación uterina. Por otra parte, en tanto siga vigente la prohibición de establecer la maternidad legal de la comitente, y aun cuando cambie la jurisprudencia de la DGRN, es innegable que la práctica de la maternidad subrogada conllevará riesgos legales importantes para las personas involucradas en esta práctica, incluidos los nacidos mediante la misma.

La solución a la demanda social de la subrogación uterina sin caer en la práctica comercial de la misma podría consistir en admitir la gestación por sustitución en casos muy tasados, velando al mismo tiempo por los derechos de la madre gestante. Manteniendo la redacción actual del artículo 10 de la Ley 14/2006, que reconoce la maternidad legal de la mujer que da a luz, podría articularse un mecanismo, análogo al de la ley británica, por el que, tras la

inscripción del nacido como hijo de la madre gestante, se admita la adopción por parte de la pareja comitente. Dicha solución requeriría ampliar los supuestos de adopción nominativa para dar cabida a la pareja biológica comitente. Este *iter* legal permitiría, además, asegurar el derecho del nacido de conocer la identidad de la madre gestante, cuyos datos constantes en el Registro Civil deberían ser accesibles de manera restringida, en forma parecida a los de la adopción.

Al igual que en la regulación inglesa, el acuerdo previo entre la madre gestante y la subrogada carecería de efectos vinculantes y no sería exigible por parte de la pareja. Parece conveniente que se respete un período de reflexión a la madre que da a luz a fin de evitar que esta práctica se convierta en un negocio.

El supuesto terapéutico más claro para la admisión de dicha práctica sería, precisamente, el que dio origen a la misma: la mujer que por motivos de salud no puede sobrellevar el embarazo pero dispone de óvulos viables. En este caso, la mujer comitente podría acordar con otra la cesión del óvulo fecundado con el semen de su pareja para que esta última lo gestara y, sin mediar precio, cediera al nacido a la comitente en el caso de que así lo decidiera en tiempo y forma.

Por otra parte, para evitar la comercialización de la gestación por sustitución, parece conveniente que la autorización de esta práctica se limite a las mujeres españolas, tal como hace la ley inglesa con respecto a las británicas. La afluencia de demanda extranjera para la subrogación uterina puede reducirse, y con ello evitar la comercialización encubierta de la misma, si se exige que la ciudadanía española o, al menos, la residencia permanente sean condiciones para acceder al tratamiento. En el mismo sentido, la Ley británica (HFE Act 1990) establece en su sección 30.3.b que: «*The husband or the wife, or both of them, must be domiciled in a part of the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man*».

La exigencia de la ciudadanía o residencia puede justificarse como medida de carácter general cuando se trata de asegurar el cumplimiento de derechos que corren el riesgo de decaer si los destinatarios de la norma no permanecen en

el territorio en el que se garantiza la aplicación de la misma. Es el caso, por ejemplo, del derecho del nacido a tener una filiación legalmente establecida, que no estaría garantizado en aquellos países en los que no se admite la práctica de la subrogación uterina.

En cualquier caso, es preciso insistir, tal como se ha venido haciendo por gran parte de la doctrina internacional en materia de reproducción asistida, que la práctica de solicitar asistencia para la reproducción en otros países solo puede evitarse mediante una armonización internacional que establezca unos mínimos tanto para prohibir las prácticas que no se consideran éticamente admisibles por la comunidad internacional como para establecer unos derechos básicos de los usuarios de los sistemas de salud de los Estados firmantes, que adquirirían obligaciones con respecto a sus ciudadanos en materia de reproducción asistida.

Referencias bibliográficas

N.J. Super. Ch. «In the Matter of Baby M», 225 N.J. Super 267, 1988.

Quiñones Escámez, Ana. «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3, 2009. (Este texto ha servido de referencia para el resumen de la regulación inglesa.)

Scott, Elizabeth S. «Surrogacy And The Politics Of Commodification», *Law And Contemporary Problems*, 72, 2009, pág. 109.

Utian, W. H. et al. «Preliminary experience with in vitro fertilization-surrogate gestational pregnancy», *Fertil. Steril.*, 52, 1/1989, págs. 633-8.

Debate y conclusiones

El debate que siguió a la presentación de los escritos de los participantes procuró circunscribirse a las cuestiones más generales implicadas en el tema objeto de la jornada. La lectura de los textos evidenció, por lo pronto, algo que es peculiar de este tema y es que no existe una única denominación para referirse a él. Se usan de forma indistinta las expresiones *maternidad de sustitución*, *maternidad subrogada*, *subrogación de útero*, *madres de alquiler*, *alquiler de útero*, etc. En todos estos casos el punto de referencia común alude al hecho de que una mujer, por medio de un contrato previo al embarazo, se compromete a gestar y entregar a la criatura resultante a las personas que han encargado la gestación (llamadas *comitentes*) a cambio de una contraprestación económica. La aportación de la mujer puede, sin embargo, ser plena o parcial; es plena cuando la mujer no solo aporta la gestación, sino también el óvulo, y parcial cuando solo aporta la gestación. Pero, como se puede ver en los textos, también hay otras variables muy significativas en relación con su valoración y que dependen de la contribución genética aportada por la pareja o personas comitentes, de sus características personales y de los motivos que determinan el contrato de subrogación.

Todos los ponentes compartían la creencia de que la maternidad subrogada es una realidad compleja cuya práctica puede generar situaciones conflictivas en relación con los derechos de las personas implicadas y que estas deberían ser cuidadosamente ponderadas. Pero también coincidían en que esa dificultad viene agravada por el hecho de que en torno a este tema están implicadas profundas convicciones ideológicas, morales y religiosas, algunas de las cuales tienden a inclinarse por la adopción de soluciones paternalistas y perfeccionistas.

La regulación jurídica española se valoró como excesivamente restrictiva y se señaló la conveniencia de plantear su revisión, aunque pudo constatarse un amplio margen de divergencia en cuanto a su alcance y al modelo de regulación deseable.

Los participantes estaban de acuerdo en que el legislador debería permitir la subrogación parcial cuando la mujer comitente aporta sus óvulos pero no puede gestar por razones médicas de diversa naturaleza. También consideraron que debería permitirse la subrogación parcial a aquellas parejas en que la mujer, por razones médicas, no pueda gestar ni aportar óvulos pero sí puede utilizarse el semen de su pareja.

No se llegó a ninguna conclusión definitiva entre los asistentes respecto a si debería permitirse, además, la maternidad subrogada plena, en la que la gestante también aporta el óvulo y si debería autorizarse a los matrimonios o personas homosexuales a que recurrieran a la maternidad por sustitución, aunque sí les está permitida la adopción, y que las parejas y mujeres solas lesbianas pueden recurrir a las TRA.

Sí hubo coincidencia, sin embargo, en que no debería admitirse la maternidad por sustitución cuando no hay aportación genética de ninguna de las personas comitentes. Esta modalidad difícilmente puede justificarse como una forma de ejercicio del derecho a la reproducción. Se trataría más bien de una forma distinta de adopción, que eludiría los límites que normalmente se imponen a esta, y a la que tal vez podría ser aplicable una de las críticas que suele hacerse a la maternidad de sustitución como una forma de «compraventa de hijos». Tampoco se consideró aceptable en aquellos casos en los que pese a haber contribución genética de los comitentes se recurre a ella no por indicaciones médicas sino por simples razones estéticas o de comodidad.

En relación con el modelo de regulación, a algunos de los participantes no les pareció que el modelo a seguir sea el del estado de California, donde acuden muchas personas para eludir las restricciones de sus países de origen a la maternidad subrogada. Lo que plantea serias reservas de este modelo es el amplio reconocimiento que otorga a la autonomía individual de las partes que suscriben el contrato, y la existencia de unas agencias de intermediación privadas que obtienen grandes beneficios a cambio de sus servicios.

Pese a la libertad y la seguridad jurídica que proporciona la regulación californiana, muchas personas se desplazan a la India para contratar esta práctica a unos precios más bajos. En este país, los supuestos en los que se admite

la práctica de la subrogación son más restrictivos, pero concurren unas circunstancias que, para algunos de los participantes en las jornadas, la convierten en especialmente inaceptable. El peligro de la mercantilización e instrumentalización, inherente al modelo anterior, sigue persistiendo pero, además, concurre el de la posible coerción a las madres sustitutas, pues es muy dudosa la autonomía que tienen las mujeres indias que se prestan a esta práctica.

Por ello, a algunos participantes les pareció que el modelo inglés podría ser un buen punto de referencia para orientar un cambio legislativo. En este modelo está permitida la subrogación por motivos terapéuticos, pero está prohibida la intermediación y la publicidad, aunque esté permitido el pago de gastos razonables a la madre de alquiler. Se permite a la mujer un tiempo de reflexión antes de la entrega del hijo y la madre subrogada aparece como progenitora legal hasta que se obtenga de los jueces una *parental order* que reasigne la filiación a los comitentes.

Más allá de la preferencia por uno u otro modelo, todos los asistentes coincidieron en que una regulación satisfactoria debería contemplar todas las cuestiones que se han mostrado conflictivas en la práctica de la sustitución. Como se menciona en los textos, no parece que sea conveniente dejar a la sola disposición de las partes y del mercado los siguientes asuntos: la decisión sobre el aborto, el uso de la coacción para entregar al recién nacido, la forma de vida que debe llevar la embarazada, los gastos a compensar, los permisos de maternidad, las consecuencias derivadas de la rescisión de un contrato de gestación, las personas y supuestos en que puede ser razonable recurrir a ella, etc.

También fue objeto de discusión una cuestión que, sin ser específica de la maternidad de sustitución, es uno de los ejes centrales sobre los que pivotan la mayoría de las legislaciones que regulan el uso de las TRA: el anonimato de las donaciones y la imposibilidad de las criaturas nacidas a través de estas técnicas de conocer su origen genético. Para la mayoría de los asistentes este modelo es el más apropiado en la medida en que favorece las donaciones, evita posibles conflictos en las relaciones familiares y no parece que existan evidencias de que el desconocimiento de la concreta identidad genética sea una causa de problemas psicológicos en los nacidos con aportaciones de donantes.

Solo de forma minoritaria se apostó, sin embargo, por el modelo sueco del no anonimato. A la objeción de que desincentivaría las donaciones se contestó que con ello también se evitarían los peligros de una mercantilización despersonalizada de la reproducción y la instrumentalización de las personas que participan en ella. Y aunque sea cierto que no es probable que el desconocimiento de la identidad genética plantee problemas psicológicos, ello no justifica que se prive de la posibilidad de su conocimiento a las personas que quieran conocerla, cuando en otros contextos jurídicos sí se admite. Además, en la medida en que se extienda el uso de estas técnicas es probable que este interés en conocer aumente, como se puede comprobar ya por las búsquedas que a través de Internet realizan las personas nacidas gracias a ellas y que les permite contrastar la amplia existencia de conexiones genéticas comunes.

Todos los asistentes coincidieron en la necesidad de disponer de un registro oficial para los casos de subrogación, de la misma forma en que está establecido para las demás TRA, y que se controlase realmente su implementación.

Autores

- Itziar Alkorta, profesora titular de Derecho Civil y vicerrectora de Calidad e Innovación Docente de la Universidad del País Vasco.
- Montserrat Boada, directora de los Laboratorios de Reproducción Asistida del Institut Universitari Dexeus.
- Bonaventura Coroleu, jefe del Servicio de Medicina de la Reproducción del Institut Universitari Dexeus y presidente de la Sociedad Española de Fertilidad.
- Diana Guerra, psicóloga clínica del IVI Barcelona.
- Joan Ortiz, abogado del Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona y coordinador jurídico de NQ Abogados España.
- Francesca Puigpelat, catedrática de Filosofía del Derecho y codirectora del Postgrau sobre Gènere i Igualtat de la Universitat Autònoma de Barcelona.
- Carme Valls-Llobet, médica endocrinóloga y presidenta de la Fundació Catalunya Segle XXI.

Títulos publicados

Cuadernos de Bioética

25. *La ética, esencia de la comunicación científica y médica*
24. *Maleficencia en los programas de prevención*
23. *Ética e investigación clínica*
22. *Consentimiento por representación*
21. *La ética en los servicios de atención a las personas con discapacidad intelectual severa*
20. *Retos éticos de la e-salud*
19. *La persona como sujeto de la medicina*
18. *Listas de espera: ¿lo podemos hacer mejor?*
17. *El bien individual y el bien común en bioética*
16. *Autonomía y dependencia en la vejez*
15. *Consentimiento informado y diversidad cultural*
14. *Aproximación al problema de la competencia del enfermo*
13. *La información sanitaria y la participación activa de los usuarios*
12. *La gestión del cuidado en enfermería*
11. *Los fines de la medicina*
10. *Corresponsabilidad empresarial en el desarrollo sostenible*
9. *Ética y sedación al final de la vida*
8. *Uso racional de los medicamentos. Aspectos éticos*
7. *La gestión de los errores médicos*
6. *Ética de la comunicación médica*

5. *Problemas prácticos del consentimiento informado*
4. *Medicina predictiva y discriminación*
3. *Industria farmacéutica y progreso médico*
2. *Estándares éticos y científicos en la investigación*
1. *Libertad y salud*

Informes de la Fundació

4. *Las prestaciones privadas en las organizaciones sanitarias públicas*
3. *Clonación terapéutica: perspectivas científicas, legales y éticas*
2. *Un marco de referencia ético entre empresa y centro de investigación*
1. *Percepción social de la biotecnología*

Interrogantes éticos

3. *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*
2. *Afectividad y sexualidad. ¿Son educables?*
1. *¿Qué hacer con los agresores sexuales reincidentes?*

Para más información: www.fundaciongrifols.org

FUNDACIÓ
VÍCTOR
GRÍFOLS
i LUCAS