



## EL NIÑO Y LA MUJER GESTANTE: LOS DOS “ESLABONES” DÉBILES EN LA CADENA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

José Antonio Díez

[PÁG. 31] Para citar este artículo puede utilizarse el siguiente formato:  
**José Antonio Díez** (2018): “El niño y la mujer gestante: los dos “eslabones” débiles en la cadena de la maternidad subrogada”, en *Revista europea de Historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, nº 13 (diciembre de 2018). Ver el contenido en <http://www.eumed.net/rev/rehipip/13/diez.html>.

RESUMEN: El debate sobre la aceptación legal de la maternidad subrogada (MS, en adelante) es uno de los más controvertidos en el escenario jurídico, político, ético y social actual. Aunque las técnicas de reproducción asistida ya habían preparado el terreno para este “tipo” de maternidad, se puede decir que con la Maternidad subrogada “se plantea, por primera vez en la historia, la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad”. Hasta finales del siglo XX, había un consenso generalizado en el ordenamiento internacional y en las leyes nacionales sobre la necesidad de prohibir este tipo de maternidad por atentar contra la dignidad de la mujer y contra los derechos de los niños engendrados por ese medio. En la actualidad, la percepción de este género de maternidad como una práctica negativa, está siendo cuestionada, por su aprobación en algunos países, especialmente la que responde a motivos altruistas y la cada vez más numerosa demanda de parejas (tanto heterosexuales, como homosexuales) que, a falta de sanción jurídica en sus países de origen, acuden a través de agencias especializadas, aquellos lugares donde está aprobada o tolerada, para satisfacer su deseo de tener un hijo concertando un acuerdo con una mujer que se compromete a gestarlo, para entregárselo una vez alumbrado.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada, Filiación, patria potestad, Reproducción asistida, Declaraciones internacionales, Derechos humanos, Registro civil, Vínculo de apego.

ABSTRACT: The debate on the legal acceptance of surrogate motherhood (MS) is one of the most controversial in the current legal, political, ethical and social scenario. Although the techniques of assisted reproduction had already paved the way for this "type" of maternity, it can be said that with surrogate motherhood "the possibility of dissociating pregnancy from motherhood is raised for the first time in history". Until the end of the twentieth century, there was a generalized consensus in the international order and in national laws on the need to prohibit this type of motherhood for violating the dignity of women and against the rights of children engendered by that means. Currently, the perception of this kind of motherhood as a negative practice is being questioned, due to its approval in some countries, especially the one that responds to altruistic motives and the increasingly numerous demand of couples (both heterosexuals and homosexuals), that, in the absence of legal sanction in their countries of origin, they go through specialties agencies, those places where it is approved or tolerated, to satisfy their desire to have a child by reaching an agreement with a woman who commits to gestate it, to give it to her after childbirth.



[PÁG. 32] KEYWORDS: Surrogacy, Filiation, Parental authority, Assisted reproduction, Civil Registry, International declarations, Human rights, Attachment link pregnancy.

## 1. Introducción

El debate sobre la aceptación legal de la maternidad subrogada (MS, en adelante) es uno de los más controvertidos en el escenario jurídico, político, ético y social actual. Desde el punto de vista biológico, "esta modalidad de gestación implica la implantación de un embrión creado por la tecnología de la fecundación in vitro (FIV) en una madre sustituta, o madre gestante, mediante un contrato con ella"<sup>1</sup>. En términos jurídicos, la MS se puede definir como «(...) un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser *una* persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos»<sup>2</sup>. Aunque las técnicas de reproducción asistida, ya habían preparado el terreno para este "tipo" de maternidad, se puede decir, con palabras del Comité de Bioética de España (CBE), que con la MS "se plantea, por primera vez en la historia, la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad"<sup>3</sup>.

La MS se puede analizar desde distintas perspectivas: jurídica, ética-social y política, etc. Dentro de las distintas ópticas y actores que concurren, voy a detenerme específicamente en dos: la situación de las mujeres gestantes o madres "portadoras" y los derechos de los niños engendrados por esa vía.

## 2. Situación legal en la Unión Europea y en España

Antes de entrar a analizar esas dos facetas específicas, parece obligado hacer una breve referencia a la situación legal de la MS, tanto en los países de la UE como en España.

En los países de la Unión, el tratamiento legal de la MS (tanto la comercial como la altruista) es muy variado: desde aquellos en donde está expresamente prohibida, como Austria, Francia, Alemania, Italia o España; otros en que no existe legislación en la materia, pero se tolera en la práctica, como Bélgica (donde se autorizó la MS altruista, en condiciones y, en principio, sólo para mujeres que no tienen útero o a las que se les ha extirpado por alguna patología), e igualmente, Holanda, Irlanda o Dinamarca; finalmente, solo Gran Bretaña y Grecia cuentan con una legislación específica que autoriza la maternidad subrogada de carácter altruista. Portugal promulgó una ley de MS en 2016, permitiendo sólo el acceso a las parejas heterosexuales en las que la mujer fuera estéril, pero su Tribunal Constitucional anuló varios puntos de esta ley en abril

<sup>1</sup> N. Jouve de Barrera, "Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, XXVIII 2017/ 2ª, pp. 153-162.

<sup>2</sup> Sentencia n.º 826 de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011.

<sup>3</sup> Comité de Bioética de España, "Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la Maternidad Subrogada", mayo 2017. <https://www.bioeticaweb.com/informe-del-comite-de-bioetica-de-espana-sobre-los-aspectos-eticos-y-juridicos-de-la-maternidad-subrogada/>.



[PÁG. 33] pasado<sup>4</sup>, con lo que la aplicación de la ley ha quedado, de algún modo, en suspenso, a expensas de que el Parlamento introduzca las modificaciones señaladas por el TC.

En España, la ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida prohíbe expresamente (artículo 10) y, en consecuencia, establece que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”. Por otro lado, en lo que se refiere a la filiación de los hijos nacidos por esa vía, debemos atenernos al principio general de nuestro Derecho civil de que será el parto quien determine la filiación.

De todos modos, cuando se aprueba la ley 14/2006, existía un consenso generalizado a todos los niveles sobre la necesidad de prohibir los “vientres de alquiler”. Sin embargo, en los últimos 10 años, se han multiplicado los casos de ciudadanos españoles -y de otros países europeos- que viajan a países -lo que se ha dado en llamar “turismo reproductivo- donde las leyes autorizan o toleran la MS (Ucrania, Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos, especialmente) para obtener, con la mediación de agencias que trabajan en ese “sector”, un hijo, con la pretensión de que los “comitentes” lo inscriban como tal en el Registro Civil español. Las distintas respuestas que la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) ha dado a ese cúmulo de solicitudes no han sido unánimes. En la práctica, existe una diversidad de posiciones entre la DGRN y el Tribunal Supremo que genera inseguridad jurídica para las partes afectadas, especialmente para los hijos.

Así, una Resolución, de 18 de febrero de 2009, permitió la inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos por maternidad subrogada en el extranjero<sup>5</sup>, estableciendo una serie de condiciones, que fueron explicitadas posteriormente por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución que estableció los requisitos para la correcta inscripción de su filiación. Tanto la Resolución, como la Instrucción fueron revocadas tiempo después por la sentencia de 15 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, y posteriormente por el Tribunal Supremo, que resolvió en casación el recurso de los interesados.

El tribunal de instancia estimó, al amparo del principio de jerarquía normativa, que debía otorgarse preferencia al art. 23 de la Ley de Registro Civil, que

---

<sup>4</sup> [https://elpais.com/internacional/2018/04/24/actualidad/1524600093\\_546573.html?rel=mas](https://elpais.com/internacional/2018/04/24/actualidad/1524600093_546573.html?rel=mas). El TC criticó varios puntos de la ley: que no exista la posibilidad de que la gestante se arrepienta, lo que impide "el ejercicio pleno de su derecho fundamental al desarrollo de la personalidad"; la "indeterminación excesiva" de la ley en los límites que se imponen a las partes del contrato, lo que en la práctica supone que se pueden realizar negociaciones sobre las condiciones del embarazo que podrían ser excesivas. Impone "una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad" de las personas nacidas por gestación subrogada.

<sup>5</sup> Los comitentes eran dos varones españoles, casados entre sí y residentes en España, que viajan a California, donde la maternidad de alquiler está permitida, y contratan allí los servicios de una mujer con esa finalidad. La mujer queda embarazada de gemelos mediante técnicas de reproducción asistida, usando gametos de uno de los varones. Tras el nacimiento de los niños, que según la ley californiana son hijos de esos dos varones, acuden al Consulado español de Los Ángeles para inscribirlos en el Registro civil, pero el cónsul rechaza la pretensión porque el Derecho español considera inválidos los contratos de maternidad subrogada. Los dos varones recurren ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), que les da la razón en esa Resolución de 2009.



[PAG. 34] establece que "las inscripciones podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española". Con posterioridad, la STS de 6 de febrero de 2014<sup>6</sup>, confirmó la sentencia de instancia, considerando "... contrario a nuestro orden público el reconocimiento por las autoridades del Registro Civil español de la inscripción del nacimiento de los menores, sin que también se exija que en el Registro extranjero existan garantías análogas a las establecidas en España y que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española"<sup>7</sup>. No admitió, por tanto, el argumento del "interés superior del menor" como medio para conseguir resultados contrarios a la ley, pues "la aplicación del principio de la consideración primordial del *interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma*, y que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor".

No obstante, la cuestión no quedó, ni mucho menos, "cerrada", toda vez que el propio Supremo «instó al Ministerio Fiscal a que, (...) ejercite las acciones pertinentes para determinar, en la medida de lo posible, la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, su *efectiva integración en un núcleo familiar "de facto"*». En el ánimo de los magistrados pesó, en ese momento, el enfoque que dio a la MS el TEDH en la paradigmática sentencia *Menesson y Labasse v/Francia* (2014); considerando que para garantizar, de modo primordial, el interés del menor, basta la probabilidad de que alguno de los recurrentes fuera el padre biológico, y quedara constancia de que estaba integrado en el núcleo familiar; con base en esa presunción, se instó al Ministerio Fiscal a proteger a los menores y a procurar su integración en ese núcleo familiar. Ese presupuesto fue posteriormente revisado por la sentencia recaída en el caso *Paradiso y Campanelli v/Italia* (2017).

### 3. *El interés del menor en la maternidad subrogada*

Entre las múltiples consecuencias que deben examinarse al valorar la aceptación de la MS, es indiscutible que la "atención primordial al interés del menor" tiene una relevancia esencial. El artículo 3.1. de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, lo consagra como principio básico al que deben atender, de modo primordial, Tribunales, autoridades administrativas y órganos

---

<sup>6</sup> STS 6 de febrero de 2014 (recurso núm. 245/2012), F.J. Cuarto, n. 6.

<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3533-los-hijos-nacidos-de-vientre-de-alquiler-no-pueden-ser-inscritos-en-el-registro-civil-espanol/>.

<sup>7</sup> Una sentencia muy reciente del TSJ de Madrid n. 209/2017, 13 de marzo de 2017 resolvió que no puede autorizarse su traslado y entrada en España. La decisión denegatoria se basaba en que el menor, nacido en Moscú por el procedimiento de gestación subrogada, había sido inscrito en el registro local identificando como padre y madre, respectivamente, al matrimonio que había concertado un contrato de gestación por subrogación con una madre gestante extranjera, bajo mediación de una agencia rusa, sin aportación de material genético por ninguno de los comitentes. En este caso, la Sala apoyó la negativa de salvoconducto acordada por la autoridad consular, argumentando que la ley aplicable al posible beneficiario del salvoconducto era la española; una nacionalidad que, como se ha dicho, le era negada al menor en cuestión.



[PÁG. 35] legislativos. Este interés superior<sup>8</sup> ha de observarse, por tanto, de modo ineludible a la hora de regular la MS e, íntimamente ligado con ello, en la adopción de medidas encaminadas de modo efectivo a la prevención y persecución del tráfico de niños.

En conexión con ese presupuesto, el art. 7 de la Convención, añade respecto a la filiación, que la inscripción del niño habrá de producirse «inmediatamente después de su nacimiento», de modo que se garantice su derecho a un nombre, a la adquisición de una nacionalidad y «en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos». En contrapartida, el mismo artículo encomienda a los Estados Partes la obligación de velar «por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional»<sup>9</sup>. En este sentido, cabría aplicar, por analogía con la adopción, la previsión contenida en el artículo 180.6 del Código civil, según la nueva redacción de la Ley 26/2015, de 28 de julio: "6. Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos" (artículo 180.6 del Código Civil, según la nueva redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio).

Otro riesgo asociado a la MS es del tráfico de niños; lo señala la propia Convención sobre derechos del Niño, cuyo Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Nueva York, 2000) precisa, además, que "por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución (art. 2)"<sup>10</sup>.

#### 4. La situación de la madre "gestante"

##### 4. 1. Normativa internacional<sup>11</sup>

Hasta el presente, el ordenamiento y las declaraciones de las instancias internacionales son coincidentes en cuatro presupuestos que afectan directamente a la MS:

1. La prohibición de comercio o trata de seres humanos (Convenio del Consejo de Europa sobre la trata de seres humanos de 16 de mayo de 2005, arts. 4, 5 y 6<sup>12</sup>).

---

<sup>8</sup> En términos similares se pronuncian otros instrumentos internacionales, como el Convenio de La Haya de 29 de Mayo de 1993 sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional. Instrumento de ratificación de 30 de junio de 1995. BOE número 182, de 1 de agosto de 1995.

<sup>9</sup> M. P. García Ruiz, "Gestación subrogada: estado legal y jurisprudencia de la cuestión", *Revista de Jurisprudencia*, 1 de diciembre de 2017. <https://elderecho.com/gestacion-subrogada-estado-legal-y-jurisprudencia-de-la-cuestion#>.

<sup>10</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, ratificado por España (BOE, núm. 27, de 31 de enero de 2002).

<sup>11</sup> Sobre normativa internacional en esta materia, cfr. J. A. Díez Fernández, "Perspectivas de la "maternidad subrogada en España: la incidencia de la sentencia de Estrasburgo en el "caso Paradiso" publicada en Unir Revista 15 febrero 2017. El enlace ha desaparecido, pero una versión definitiva del artículo puede consultarse en el blog de Curso de Expertos de Ética sanitaria de la Universidad de Málaga. <http://expertosenetica.uma.es/?p=376>.

<sup>12</sup> Convenio nº 197 Consejo de Europa, firmado en Varsovia el 16-5-2005. Ratificado por España: BOE n. 219, de 10-9-2009 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-14405>.



[PÁG. 36] La prohibición de comerciar con el cuerpo humano o alguna de sus partes (arts. 21 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de 4 de abril de 1997, y art. 3 de Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

3. El derecho de los hijos a conocer su origen y la identidad de sus progenitores, al que ya hemos aludido (artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989).

4. La Convención para la eliminación de la discriminación de la mujer, de 1979, contiene, entre otras, tres precisiones, que afectan a la MS: a) reconocimiento de la maternidad como función social y la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos (art. 5.b); b) la proscripción de toda forma de discriminación contra la mujer: en concreto, la trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer (art. 6). c) la nulidad de contratos o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer (art. 15, 2 y 3).

#### 4.2. Parlamento Europeo y Consejo de Europa

Por su parte, el Parlamento Europeo ha venido manteniendo una postura constante de oposición a la MS desde que lo abordó por vez primera en 1989<sup>13</sup>, hasta las recomendaciones contenidas en el Informe anual de 2015, sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo que “condena la práctica de la gestación por sustitución, como contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima”<sup>14</sup>. Con posterioridad, la Comisión de Asuntos Sociales del Consejo de Europa, con fecha de 23 de noviembre, decidió posponer *sine die*, un proyecto de resolución favorable a la MS, presentada por la diputada belga P. De Sutter<sup>15</sup>, concluyendo que «a pesar de que hay una amplia mayoría en contra de la subrogación con fines lucrativos, tampoco deben permitirse los acuerdos de subrogación altruistas, ni se debería alentar a los Estados a que permitan este tipo de acuerdos, si quieren establecer unas normas mínimas con miras a la protección de las madres de alquiler y los niños nacidos por sustitución”<sup>16</sup>.

#### 4.3. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

La doctrina del TEDH se encuentra contenida fundamentalmente en las dos sentencias paradigmáticas ya mencionadas: el caso particular ya muy conocido

---

<sup>13</sup> La Resolución A 2-372/88 de 16 de marzo de 1989, n. 11, acordó la prohibición de toda forma de maternidad bajo comisión, instando a que se declarase punible la mediación comercial, y las campañas que promueven tal actividad.

<sup>14</sup> N. 115 del Informe anual de sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0344+0+DOC+PDF+V0//ES>.

<sup>15</sup> <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-EN.asp?newsid=6355&lang=2&cat=8>.

<sup>16</sup> Conviene aclarar que la mención a la maternidad subrogada, desapareció sin embargo del Informe Anual de 2016. Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2016, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la UE al respecto (2015) (2016/2219(INI)) (cfr. Albert, M., “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Bioética*, XXVII, 2017/2ª).



[PÁG. 37] *Menesson y Labasse c/Francia*, de 26 de junio de 2014<sup>17</sup> y el caso *Paradiso y Campanelli c/Italia*<sup>18</sup>, de 24 de enero de 2017. Ambas versan sobre una posible vulneración del artículo 8 (respeto a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH) en el que han podido incurrir Francia e Italia, respectivamente, al negar la inscripción de los hijos nacidos por maternidad subrogada en el extranjero.

En el primero de ellos, la Corte apreció vulneración del art. 8 de la CEDH al acreditarse: 1) la existencia de un vínculo biológico entre el Sr. Mennesson, que aportó los gametos, y los gemelos nacidos como consecuencia de la MS: de modo que, biológicamente, era el padre de los niños; 2) la duración de la convivencia entre los niños y el matrimonio Mennesson, que se prolongó durante más de 10 años. Por esos motivos, la Corte concluyó que el Estado francés había vulnerado el derecho a la vida privada de los recurrentes y de los hijos engendrados, al impedir el establecimiento de una relación legal de filiación entre ellos y su padre biológico. Sin embargo, en la segunda de las demandas, la Corte constata algunas diferencias importantes, en la medida en que en el caso *Paradiso* el niño no tiene *conexión biológica* con los compradores italianos; expresando, además, un principio que sienta un antecedente muy significativo, respecto al alcance de la Convención en materia de MS: "(...) la Convención no reconoce el derecho a ser padre" y que "los intereses públicos" prevalecen sobre el "deseo de ser padres" de los peticionarios<sup>19</sup>. Y en apoyo de esta conclusión, expresa su sintonía con la resolución del tribunal de instancia italiano de retirar la custodia a los comitentes, al establecer que el matrimonio actuó movido por un deseo narcisista o como un medio para resolver los problemas de la pareja y no pensando en el mejor interés del menor (parágrafos 37, 190 y 207 de la sentencia de 2017)<sup>20</sup>. Haber "permitido -concluye- que el niño se quedara con los solicitantes (...) habría equivalido a legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes normas del derecho italiano" (§ 215).

La doctrina del TEDH, hasta el momento, se ha inclinado por acogerse en sus resoluciones al principio del margen de apreciación por parte de los Estados, por entender que se trata de cuestiones éticas que el tema en cuestión suscitaba y la necesidad, por ello, de que los Estados dispusieran de un amplio margen de apreciación en sus opciones relativas a la gestación por subrogación, limitado, no obstante, cuando se tratase de la filiación, considerando siempre el superior interés del menor.

## 5. Madres gestantes y niños convertidos en objeto de comercio.

### 5.1. Consideraciones generales: posible "instrumentalización" de madre y del hijo

Los defensores de la MS y de su inclusión dentro de los nuevos "derechos reproductivos", parten de la legitimidad de separar gestación y maternidad. Entienden que, en nombre de la "soberanía" de la voluntad reproductiva de cada uno, no cabe imponer límites biológicos arbitrarios; por el contrario, es

<sup>17</sup> Asuntos 65192/11 (*Menesson c/ Francia*) y 65941/11 (*Labassée c/Francia*) de 26 de junio de 2014. Vid. Texto sentencia en <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4804614-5854905>.

<sup>18</sup> TEDH Gran Sala, caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*, nº 25358 de 24 de enero de 2017.

<sup>19</sup> C. Martínez de Aguirre, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada". The Family Watch. Escritos jurídicos TFW 4/2017.

<sup>20</sup> Comité de Bioética de España. Informe cit. p. 23.



[PÁG. 38] perfectamente legítimo que el ser humano pueda sortearlos mediante la tecnología. Vincular inexorablemente la maternidad a la gestación sería aceptar la tiranía de la biología sobre la libertad individual, dicen<sup>21</sup>.

Frente a esta postura, quienes se oponen a la MS, en todas sus modalidades y desde muy distintas posturas ideológicas, coinciden en que supone una instrumentalización de la madre gestante, que socava en la raíz, su dignidad<sup>22</sup> y la del hijo concebido, y subvierte en lo más hondo el sentido de los vínculos materno-filiales. Desde una visión de conjunto de estas implicaciones, dirá E. Montero: «La madre portadora está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional, y no como un acontecimiento que concierne a todo su ser. Tiene proscrita la formación de todo vínculo sentimental con el niño que porta. [...] Tendrá que vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo»<sup>23</sup>. Según sintetiza el CBE, la atribución de la filiación a los comitentes en los casos de gestación por sustitución puede llevarse a cabo o «realizarse antes del nacimiento del niño o bien, después del pago, si la gestante se ratifica en su voluntad de renunciar al niño que ha gestado. El primero proporciona, en principio, una total seguridad jurídica al niño, pero a costa de instrumentalizar a la mujer. El segundo deja margen para la autonomía de la mujer, pero generando una enorme incertidumbre sobre quiénes serán los padres del niño», y sobre su mismo futuro<sup>24</sup>.

El deseo de tener un hijo -por mudable- no es garantía de que pueda asegurarse que los padres actúan en interés del menor<sup>25</sup>. Ciertamente, ese riesgo de cosificación del hijo se da en toda relación paterno-filial, pero no es extraño que pueda acentuarse por el afán de tenerlo a toda costa. En la MS comercial ese riesgo se incrementa en la medida en que los comitentes tienen la opción de elegir aspectos que afectan directamente a las condiciones de desarrollo del niño y a sus características futuras. Ese deseo, además, estará condicionado la mayor parte de las veces a la capacidad económica de los padres comitentes<sup>26</sup>.

## 5.2 Casos contra MS: conflictividad

La MS da lugar a numerosos conflictos éticos y legales, debido a la concurrencia de intereses que implican a comitentes, madres gestantes, hijos y los propios ordenamientos jurídicos de los países. Junto con los que hemos analizado con más detalle, por haber dado origen a relevantes decisiones judiciales, citaremos aquí sintéticamente, algunos casos expresivos de la diversidad de conflictos que origina la MS.

---

<sup>21</sup> Comité de Bioética de España. Informe cit., pág. 29.

<sup>22</sup> Vid. Manifiesto “No somos vasijas”, propuesto por un grupo de inspiración claramente feminista <http://nosomosvasijas.eu/>. Vid. igualmente Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto [2015/2229 (INI)]. Parágrafo 115: «El cuerpo de la mujer y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; (...) con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo (...)».

<sup>23</sup> Montero, E., «La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas», *Persona y Derecho*, 72 (2015), pp. 229-230.

<sup>24</sup> Comité de Bioética de España, informe cit. p. 36.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 33.



[PÁG. 39] En el caso de la MS altruista, es corriente que la madre gestante sea un familiar (hermana, madre, etc.) de uno de los integrantes de la pareja, o del hombre o la mujer que desean individualmente tener un hijo. En esos supuestos se crea obviamente, un doble vínculo entre el niño concebido y la madre gestante: (madre y abuela; madre y tía) y no parece lo mejor para el niño el desarrollo del niño vivir en un ambiente familiar que asegurar el clima más favorable para su desarrollo (vid. casos *Tracey Thompson*<sup>27</sup>, madre de alquiler de su hija, 2016; *Anne Marie Casson*, 46 años, gestó un hijo para su hijo gay, con un óvulo donado y esperma del propio hijo<sup>28</sup>) (vid. Informe CBE, pág. 11).

En el ámbito de la MS comercial, los conflictos son más frecuentes. Desde casos en que la futura filiación del niño concebido puede quedar al albur de los cambios en la relación afectiva entre los comitentes; como el caso de *Jaycee Louise Buzzanca*, una niña nacida en EE.UU. en 1995, por MS a partir de la implantación de un embrión de padres genéticos diferentes a los comitentes y sin relación genética con la madre gestante. A poco de nacer la niña, los padres contratantes se separaron y la madre gestante pidió la custodia de la niña, pero luego se arrepintió. Al final, la niña fue declarada huérfana por un juez<sup>29</sup>.

Otras, el niño nacido no responde a las expectativas de la pareja, por nacer con alguna enfermedad, y los comitentes se desentienden y la agencia intermediaria se niega a pagar a la gestante (caso de una mujer mexicana, en Sinaloa, México 2015)<sup>30</sup>.

En otras ocasiones, da lugar a prácticas eugenésicas como el paradigmático caso "*Baby Gammy*"<sup>31</sup>, en que una pareja australiana contrató a una mujer tailandesa que tuvo una gestación gemelar; uno de los niños padecía síndrome de Down, el otro, una niña, era normal. Los padres contratantes se llevaron a Australia a la niña normal y dejaron al niño con síndrome de Down con la madre subrogada (*The Mirror*, 10-VIII-2014). O el caso de la madre de alquiler que, después de haber firmado un contrato con los comitentes y nacida la hija ("*Caso Baby M.*"), se arrepiente de su decisión y no quiere entregarla<sup>32</sup>. Más recientemente, el caso de *Melissa Cook* (2015); a la que se implantaron 3 embriones, de los que –en contra de la praxis habitual en las técnicas FIVET– concibió dos y fue obligada por los comitentes a abortar uno de ellos<sup>33</sup>.

Aún más lacerante es el descubrimiento de las siniestras *baby factories*, granjas humanas en países del Tercer Mundo donde viven futuras madres gestantes en un régimen de semi-esclavitud: Nigeria (2012)<sup>34</sup> y, además [42

<sup>27</sup> <http://www.elmundo.es/salud/2016/01/08/568fe042268e3ed1488b4694.html>

<sup>28</sup> [https://www.religionenlibertad.com/vida\\_familia/41037/una-mujer-de-46-anos-gesta-un-bebe-con-el-semen.html](https://www.religionenlibertad.com/vida_familia/41037/una-mujer-de-46-anos-gesta-un-bebe-con-el-semen.html).

<sup>29</sup> S. E. Sommer, "Genética, clonación y bioética. ¿Cómo afecta la ciencia nuestras vidas?". Biblos, Buenos Aires, 1998, 69-70.

<sup>30</sup> [https://www.huffingtonpost.es/2017/08/09/un-dramatico-caso-de-ventre-de-alquiler-en-mexico-acaba-con-el\\_a\\_23071789/](https://www.huffingtonpost.es/2017/08/09/un-dramatico-caso-de-ventre-de-alquiler-en-mexico-acaba-con-el_a_23071789/).

<sup>31</sup> <https://www.bbc.com/news/world-australia-30892258>.

<sup>32</sup> [https://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html).

<sup>33</sup> <https://nypost.com/2015/11/25/surrogate-carrying-triplets-says-dad-demanding-she-abort-one/>.

<sup>34</sup> <https://www.abc.es sobre vientres de alquiler y maternidad subrogada>.



[PÁG. 40] reciente, en Ucrania (2018)<sup>35</sup>; en Vietnam se desmanteló la red de venta de bebés (caso Babe 1013)<sup>36</sup>, etc.

### 5.3 La maternidad subrogada “altruista”. La experiencia de Gran Bretaña

La inmensa mayoría de las propuestas favorables a la MS, que se han presentado en nuestro entorno, enfatizan la idea de que solo es aceptable la MS altruista y bajo estrictas condiciones. Entienden como un acto de solidaridad ayudar desinteresadamente a tener un hijo a una pareja que, por medios ordinarios, no puede lograrlo. Desde el punto de vista jurídico, se podría equiparar a la donación de órganos inter vivos (evidentemente, salvando la distancia de que un hijo no es un “órgano”, ni está en juego la vida de los beneficiarios de la donación)<sup>37</sup>.

Gran Bretaña fue uno de los primeros países en legalizar en 1985 la MS, mediante la *Surrogacy Arrangements Act*. Esa ley reconoce validez a los contratos de gestación de sustitución, pero lo hace buscando fórmulas que garanticen un entorno libre de presión para la gestante. Así, la mujer que da a luz es, por defecto, la madre legal del niño. Durante las seis primeras semanas de vida del niño su filiación viene determinada como si el contrato de gestación por subrogación no existiese. Transcurridas esas seis semanas, el contrato no surtirá efectos jurídicos si cualquiera de las partes se niega a actuar conforme a lo pactado.

La experiencia de la implantación de esta ley, dirá M. Albert es que, legalizada la MS «la mujer gestante y el niño concebido se convierten en objeto de comercio, en un medio para constituir una familia mediante el alquiler de un útero ajeno. Una vez abierta esta posibilidad, se produce un aumento de la demanda de mujeres gestantes, pero no necesariamente de la oferta. En realidad, se trata de dos efectos paralelos: uno, que el “altruismo” de la maternidad subrogada se revela insuficiente para cubrir la demanda. Pocas mujeres ceden su útero si no es por una motivación económica causada por una necesidad. Dos, que una vez que se convierte en una práctica lícita y entra en la órbita de lo que es “contratable”, los demandantes del servicio buscan fuera de Reino Unido el foro donde puedan encontrar condiciones más favorables para la contratación, en términos económicos y en términos de seguridad jurídica»<sup>38</sup>.

### 6. La maternidad no se puede reducir a pura biología: el síndrome de apego

Como ya hemos señalado, la aceptación de la MS puede implicar importantes alteraciones en la relación materno-filial que se establece durante el embarazo. «En esa etapa se establecen unos vínculos fundamentales que perdurarán a lo largo de toda la vida, sino como un servicio que cualquier mujer puede prestar a otra o a un hombre, de forma desinteresada o lucrativa, pero sin especiales efectos negativos ni para ella ni para el niño que ha gestado»<sup>39</sup>. Esa visión, a

<sup>35</sup> <https://www.religionenlibertad.com/polemicas/626203382/Ucrania-acoge-la-fabricacion-barata-de-ninos-en-vientres-de-alquiler-ANos-trataban-como-ganadoA.html>.

<sup>36</sup> <https://www.womenworldplatform.com/files/20150610084815-v-alquiler-impresion.pdf>

<sup>37</sup> Comité de Bioética de España. Informe cit., p. 24.

<sup>38</sup> M. Albert, “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, Cuadernos de Bioética, XXVII 2017/2<sup>a</sup>, pp. 177-197.

<sup>39</sup> Comité de Bioética de España. Informe cit., p. 22.



[PÁG. 41] nuestro juicio, no solo suscita evidentes reparos éticos, sino que, además, no es congruente con los nuevos hallazgos de la biología sobre la relación que se da en el embarazo entre feto y madre y los efectos que la separación tras el nacimiento puede tener en cada uno de ellos (lo que se conoce como vínculo de apego). La gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes.

Aunque está sobradamente estudiado que el embarazo provoca una serie de cambios psíquicos en la mujer gestante, es más reciente el descubrimiento de que «la relación psicológica que mantienen madre e hijo va a ser determinante en la construcción de la futura personalidad de éste»<sup>40</sup>.

La mujer gestante guarda en su cuerpo memoria de cada embarazo, especialmente porque incorpora células madre procedentes de la sangre de aquellos que ha gestado. Se ha descubierto igualmente que, «durante el embarazo, el embrión activa en favor de su madre, unos mecanismos de “tolerancia inmunológica” a través de una red de sustancias que liberan y actúan localmente y silencian todas las células maternas que generarían el natural rechazo hacia lo extraño»<sup>41</sup>.

Es muy sintomático que las mismas entidades que promueven la MS y las agencias intermediarias, traten de preparar a las madres de alquiler para que reconozcan y sepan hacer frente a las posibles manifestaciones de vínculo de apego por el bebé<sup>42</sup>.

### 7. A modo de conclusión

En estos momentos, el debate sobre la legalización de la MS en nuestro país sigue estando muy presente. Desde el punto de vista político, las posturas –salvo en el caso del partido *Ciudadanos* que aboga claramente su regulación legal– no están del todo decantadas. En abril de 2017, precisamente el Grupo de *Ciudadanos* presentó en el Congreso una Proposición de Ley<sup>43</sup>, reguladora del derecho a la gestación subrogada, «en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro», aludiendo, al parecer, a legitimar solo la MS altruista. El futuro de esa propuesta es incierto, puesto que, a fecha de hoy, tanto el PSOE como su socio mayoritario, *Podemos*, se inclinan por mantener la prohibición de cualquier modalidad de MS. La reciente jurisprudencia internacional (sentencia *Paradiso-Campanelli*), no ha sentado, ni mucho menos, una doctrina firme sobre la legalidad de la MS. Como en otros casos donde se plantean supuestos conflictivos (aborto, matrimonio homosexual, eutanasia) para los que los Estados dan soluciones diversas, acaba apelando al principio del margen de discrecionalidad de las legislaciones internas, para no entrar del todo en el fondo de la cuestión. De todos modos, la doctrina del TEDH en ese caso propone algunas claves y establece algunos límites para evitar una aceptación acrítica, por parte del legislador, de la regularización de la MS, en

---

<sup>40</sup> Ibidem, pp. 12 y 13.

<sup>41</sup> Natalia López Moratalla, Enrique Sueiro Villafranca, “Células Madre y vínculo de apego en El cerebro de la Mujer. Informe Científico Sobre La Comunicación materno-filial en el embarazo”. Universidad de Navarra, Madrid, 3 de junio de 2008. Vid. También de N. López Moratalla, “Comunicación materno-fetal en el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*, XX 3<sup>er</sup>/2009, pp. 303-315.

<sup>42</sup> [https://elpais.com/sociedad/2018/09/22/actualidad/1537642197\\_642629.html](https://elpais.com/sociedad/2018/09/22/actualidad/1537642197_642629.html).

<sup>43</sup> Proposición de Ley (nº 122/000117), presentada en abril de 2017, en el Congreso (vid. BOCG, 8 de septiembre de 2017, núm. 145-1).



[PÁG. 42] particular la apelación a una situación de hecho propiciada por los interesados y contraria al ordenamiento de un país, para imponerla al legislador en base a una lógica de “fait accompli”<sup>44</sup>.

En nuestra opinión, la prohibición que mantiene ordenamiento, tiene escasa eficacia legal, mientras no esté apoyada en un acuerdo o instrumento internacional que, al amparo de los Convenios existentes sobre la materia (la Convención de ONU para la eliminación de la discriminación de la mujer, de 1979; Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; Convenio del Consejo de Europa sobre la trata de seres humanos de 2005, etc.) que establezca un marco regulatorio que garantice la tutela de la dignidad de las madres gestantes y de los niños gestados, como la implementación de barreras eficaces para evitar el tráfico transfronterizo de seres humanos. De otra parte, ese marco internacional debe implementar medidas eficaces para evitar la desprotección jurídica de los niños mediante procesos de maternidad subrogada internacional en los que pueden estar inmersos actualmente ciudadanos españoles. Con ese fin, tal como señala el Informe del CBE, debe garantizarse que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo.

## BIBLIOGRAFÍA

Albert, M., “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Bioética*, XXVII, 2017/2<sup>a</sup>.

Comité de Bioética de España, “Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la Maternidad Subrogada”, Bilbao, 16 de mayo de 2017.

Díez Fernández, J. A., “Perspectivas de la “maternidad subrogada” en España: la incidencia de la sentencia de Estrasburgo en el “caso Paradiso”, publicado en *Unir Revista*, 15 de febrero de 2017.

García Ruiz, M. P., “Gestación subrogada: estado legal y jurisprudencia de la cuestión”, *Revista de Jurisprudencia*, 1 de diciembre de 2017.

Juve de la Barreda, N., “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII 2017/ 2<sup>a</sup>, pp. 153-162.

López Moratalla, N., “Comunicación materno-fetal en el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*, XX (3), (2009), pp. 303-315.

López Moratalla, N., Sueiro Villafranca, E., “Células Madre y vínculo de Apego en el cerebro de la mujer. Informe Científico sobre la comunicación materno-filial en el embarazo. Universidad de Navarra, Madrid, 3 de junio de 2008.

Martínez de Aguirre, C., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada”. *The Family Watch*. Escritos jurídicos TFW 4/2017.

Montero, E., “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, 72 (2015), pp. 229-230.

Sommer, S. E., “Genética, clonación y bioética. ¿Cómo afecta la ciencia nuestras vidas?”, *Biblos*, Buenos Aires, 1998, pp. 69-70.

Recibido el 12 de octubre de 2018. Aceptado el 2 de noviembre de 2018

<sup>44</sup> J. A. Díez Fernández, op. cit.