

APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA ÉTICA Y JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

AN APPROACH TO THE LEGAL AND ETHICAL PROBLEM OF SURROGATE MOTHERHOOD

José López Guzmán

*Universidad de Navarra. Campus Universitario s/n
Pamplona, 31080
jlguzman@unav.es*

Ángela Aparisi Miralles

*Universidad de Navarra. Campus Universitario s/n
Pamplona, 31080
aparisi@unav.es*

Resumen

La maternidad subrogada es un tema que presenta, en la actualidad, una gran complejidad. Para algunos, se trata de una práctica lícita, que debe ser admitida jurídicamente. Frente a ello, los sistemas jurídicos occidentales tradicionalmente han entendido que, frente a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el cuerpo humano, sus órganos y funciones más esenciales, no pueden ser objeto de comercio. De este modo, la libertad de los individuos para establecer contratos en mutuo provecho tiene límites. Con respecto a hijo, la legalización de la maternidad subrogada supone mercantilizar la filiación, ya que ésta dependerá, en última instancia, de una transacción económica. Por otro lado, la experiencia ha demostrado que el niño queda en una posición muy vulnerable, dado que su situación depende de las cláusulas establecidas en dicho contrato, lo cual no asegura, en absoluto, la protección de sus intereses y derechos. Por todo ello, cabe concluir que, ciertamente, el deseo de las parejas estériles debe ser escuchado por la sociedad. Sin embargo, no todos los deseos de los adultos deben ser considerados como derechos, máxime si ello implica lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y los hijos.

Palabras clave: Maternidad por subrogación, dignidad humana, alquiler de úteros, madres de alquiler

Abstract

Surrogate motherhood is an issue which currently gives rise to considerable complexity. Some consider that it is a justifiable practice which should be permitted by law. However, western legal systems have traditionally understood that whereas objects can be traded freely, persons, including the human body, its organs and most essential functions, cannot be the object of commerce. This means that the freedom of the individual to make contracts for mutual benefit is limited. Regarding the child, legalization of surrogate motherhood means converting the parent-child relationship into a commercial relationship, since in the last instance this would depend on a financial transaction. Moreover, experience has shown that the child is left in a very vulnerable position, since his or her situation depends on the clauses set forth in the contract, which in no sense guarantees that his or her interests and rights will be protected. For all these reasons, we must conclude that the wish on the part of infertile couples should be taken seriously by society. However, not all desires that adults have should be regarded as rights, particularly if this is detrimental to the dignity and rights of other subjects involved, particularly those of vulnerable women and their children.

Key words: Surrogate motherhood, surrogate mother, human dignity, rent-a-womb.

1. Introducción

En la actualidad, la gestación de un hijo ya no es, necesariamente, el resultado de una relación íntima e interpersonal entre un hombre y una mujer, que han decidido constituir una familia. Por el contrario, es evidente que han cambiado profundamente los parámetros fundamentales de esta realidad: por un lado, el hijo puede considerarse como un elemento más por el que se opta, o no, en el contexto de estilos de vida propios de una sociedad de consumo; por otro, la concepción natural puede ser susti-

tuida por un proceso de «producción» del hijo y, en consecuencia, subordinado a las reglas de la técnica e, incluso, del mercado. Para permitir esta profunda transformación, la sociedad ha sido muy permeable a cambios antropológicos y éticos, habitualmente seguidos de modificaciones semánticas. En este proceso, con frecuencia la realidad es reinterpretada y designada con nuevos términos. López Moratalla mantiene que en el ámbito de la reproducción artificial se ha creado un nuevo lenguaje en el que, por ejemplo, para describir la transmisión de la vida humana el término «procreación» ha sido

sustituido por el de «reproducción»¹. De este modo, la modificación del lenguaje no queda en un mero cambio superficial, sino que implica –y persigue decididamente– provocar un cambio profundo en el modo de entender la realidad.

Como es sabido, las modificaciones, o modalidades, que se presentan actualmente en el ámbito de la reproducción humana son muy variadas. Muchas de ellas responden a deseos e intereses individuales que han conseguido adquirir un barniz de legitimidad social y jurídica. En muchos casos, se caracterizan por la primacía del interés o deseo del adulto sobre los derechos y bienes más fundamentales de los hijos. Seguidamente se recogen algunas de estas posibilidades.

1. En primer lugar, se puede prescindir del marco de la complementariedad varón-mujer para concebir y educar a una nueva vida. En la actualidad existe una variada gama de posibilidades que sustituyen al contexto tradicional: parejas de varones, parejas de mujeres, varones solos o mujeres solas. A ello hay que añadir la intervención de terceras y cuartas personas: desde las nuevas uniones *poliamor*², a la posibilidad de gestar con gametos ajenos a los de la pareja (la mujer puede recibir el esperma de otro varón, dar el suyo para que con un gameto masculino –de su pareja o de un banco de semen–

puedan ser transferidos a una madre de alquiler, etc.).

2. En este contexto, en muchos casos, también se pierde el carácter íntimo e interpersonal del proceso de gestación. No se procrea tras un relación sexual, fruto del amor de dos personas que se entregan y se perpetúan, sino que esa reproducción es, como ya se ha indicado, resultado de la técnica (se realiza sin acto sexual, en soledad, en la camilla de una clínica, etc.). Esta realidad ha dado lugar a un nuevo escenario, en el que ciertos términos como, por ejemplo, madres «de alquiler», madres «subrogadas», «bancos de esperma», crioconservación de embriones, ...han irrumpido con fuerza. Como consecuencia de ello, se han introducido en el mercado variadas «ofertas» reproductivas en el marco de la «industria de la fertilidad»³ e, incluso, del denominado «turismo» de la reproducción.

Podríamos preguntarnos cómo se ha llegado a esta situación, y si realmente estamos ante un beneficio, o un riesgo, para el ser humano, para la sociedad en su conjunto e, incluso, para las futuras generaciones. Sobre la primera cuestión, podríamos afirmar que son muchos, y muy complejos, los factores que han propiciado desembocar en esta realidad: entre ellos estaría la progresiva irrupción de una sociedad tecnológica, en la que la técnica, presentada siempre como un pro-

1 López-Moratalla, N., «El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano», *Persona y Bioética*, núm. 14 (2), 2010, 122.

2 Vid. Miller, B., «Sexual orientation and the legal regulation of marriage», en Aparisi (edit.), *Persona y Género*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2011.

3 Se puede elegir el donante de esperma por catálogo, incluso por *internet*. En dichos catálogos se puede acceder a datos muy precisos del donante: peso, altura o etnia, etc. El «pedido» sigue el mismo procedimiento empleado para, por ejemplo, la compra un libro en la biblioteca virtual o un vestido en una de las grandes tiendas *online*.

greso indiscutible, puede llegar, incluso, a imponerse al ser humano. Se produce así una primacía de la *poiésis* (producción técnica) sobre la *praxis* (ética), propia de la modernidad. Ello, a su vez, conecta con una nueva forma de practicar la medicina (por ejemplo, la denominada medicina del «deseo» o del «cliente»).

Además, en relación a las nuevas tecnologías reproductivas podemos afirmar que el pensamiento que actualmente se engloba bajo el rótulo genérico de «ideología de género»⁴ ha propiciado, en los últimos años, el recurso a las mismas, en el contexto de los denominados «derechos sexuales y reproductivos»⁵. Así, por ejemplo, se reclama el reconocimiento de un derecho a la subrogación del vientre materno o, lo que es lo mismo, la posibilidad de llevar a cabo la gestación de un hijo propio o ajeno en el útero de otra mujer, previo acuerdo contractual remunerado⁶.

4 De cualquier manera, conviene matizar que el «movimiento de género» nunca ha constituido un pensamiento uniforme, ni tan siquiera una corriente organizada. Es más bien el resultado de diversas aportaciones de carácter interdisciplinar, entre las que se incluyen trabajos científicos, contribuciones provenientes de la sociología, la antropología, la filosofía, etc. Sobre la justificación y el significado de la expresión «ideología de género» vid. Aparisi, A. «Persona y género: ideología y realidad» en *Persona y género*, Aparisi, A. (edit.), Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011.

5 Vid. López Guzmán, J., «Nuevas tecnologías reproductivas y postfeminismo de género», en Aparisi, A. (edit.), *Persona y género*, op. cit.

6 Vid. Shalev, C., *Birth power. The case for surrogacy*, Yale University Press, New Haven, London, 1989; Palazzani, L., «Los valores femeninos en bioética», en Aparisi, A., Ballesteros, B., *Por un feminismo de la complementariedad*, Eunsa, Pamplona, 2002, 63.

En relación a la segunda cuestión planteada, y en concreto si las nuevas tecnologías reproductivas son un bien, o no, para el ser humano, podemos responder que, a primera vista, lo que se observa es una profunda modificación de las relaciones interpersonales, especialmente en el ámbito familiar. Dicha modificación puede, incluso, provocar un cambio en la forma de comprendernos a nosotros mismos. Por ejemplo, los progenitores, en muchos casos, se convierten en simples y eficientes donadores de gametos⁷. De esta forma, surge toda una nueva tipología de posibles «padres»: los padres *biológicos* (que han colaborado con sus gametos), los padres *sociales* (que hacen las funciones de padres, pero no lo son biológicos), la madre *portadora* (que gesta al hijo, pero lo entregara a otra persona), la *mujer padre* (mujer lesbiana que desempeña el rol social de padre), etc. Estas nuevas modalidades de ser padre o madre configuran, a su vez, un nuevo escenario social, con notable repercusión en el desarrollo de los propios sujetos y de su descendencia.

El objeto del presente trabajo es aproximarse a un aspecto muy concreto de esta nueva situación: la diversa problemática que genera la admisibilidad ética y jurídica de la maternidad por subrogación. Se trata, ciertamente, de un tema que reviste una gran complejidad y actualidad. Frente a la opción de profundizar en alguno de los problemas o perspectivas que plantea la cuestión (aspectos antropológicos, jurídicos, sociopolíticos,

7 López-Moratalla, N., «El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano», *Persona y Bioética*, 14 (2), 2010, 136.

económicos, etc.), o de presentar una visión panorámica y general del tema, hemos escogido la segunda posibilidad, adoptando por un enfoque bioético de la materia.

2. Problemática relativa a la madre portadora

2.1. De la solidaridad gestacional al contrato de subrogación

La posibilidad de recurrir a la maternidad por subrogación surgió en el marco abierto por las nuevas tecnologías reproductivas. En el caso concreto de mujeres que padecían una patología uterina, se suscitó la posibilidad de poder recurrir al útero de otra mujer. El primer acuerdo de maternidad subrogada documentado, con empleo de la inseminación artificial, se llevó a cabo en 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane, el cual creó en Michigan la *Surrogate Family Service Inc.* Su finalidad declarada fue ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitándoles el acceso a madres sustitutas y gestionando los trámites jurídicos necesarios para llevar a cabo la subrogación. Esta iniciativa contribuyó a divulgar una imagen *solidaria* de la maternidad por subrogación: determinadas mujeres ofrecían sus úteros para que permitir que mujeres incapaces de gestar pudieran tener hijos biológicos. Sin embargo, esta visión inicial se ha ido difuminando, siendo sustituida por otra perspectiva, en la que concurren otro tipo de finalidades menos altruistas. Progresivamente se pasó a una segunda etapa,

en la que se comenzó a admitir, e incluso justificar, que la maternidad subrogada conllevara asociada una transacción económica. De esa forma, y de forma coloquial, se empezó a hacer referencia a los «vientres de alquiler».

Recientemente, en junio de 2011, el grupo feminista israelí *Isha L'Isha* ha manifestado que lo que ahora sucede con la subrogación nada tiene que ver con la inicial visión del «regalo altruista que se hacía a una pareja infértil». Según la citada asociación, la maternidad subrogada es un proceso con gran potencial de daño, una «granja de la fertilidad» en la que se utilizan máquinas humanas a cambio de una compensación económica⁸, lo cual implica, en realidad, una nueva forma de esclavitud.

Por otro lado, en la actualidad, este tipo de maternidad ha dejado de ser una opción excepcional, a la que recurrían parejas con imposibilidad de llevar a cabo una gestación. Se trata de una posibilidad que se ofrece a cualquier persona que desee un hijo y no pueda gestarlo, como es el caso, por ejemplo, de los homosexuales. A pesar de tratarse de una técnica sumamente costosa, ha adquirido un especial protagonismo por ser una opción adoptada por numerosos personajes famosos⁹. La publicidad generada por estos procesos ha dotado a

8 http://www.bioedge.org/index.php/bioethics/bioethics_article/9577/ (Consulta: 15/06/2011)

9 Son bien conocidos los casos de Michael Jackson, Nicole Kidman, Sharon Stone, Elizabeth Banks, Sarah Jessica Parker, Angela Basset, Robert de Niro, Dennis Quaid, Elton John, Ricky Martin, Miguel Bosé, etc.

la maternidad subrogada de un aura de normalidad que tiende a privar al hecho en sí de su relevancia antropológica¹⁰.

2.2. Posible instrumentalización de la madre uterina

En aquellos países en los que la maternidad por subrogación es aceptada legalmente, se la tiende a considerar como un contrato entre las partes, cuyo contenido suele ser denominado «servicio gestacional». En realidad, se entiende que el propio cuerpo, con todas sus implicaciones físicas y psíquicas, racionales y emocionales, puede ser objeto de una transacción económica. Dicha transacción suele estar muy bien retribuida, debido a las consecuencias físicas y psicológicas que la situación puede acarrear a la portadora.

Desde ciertos sectores se sostiene que, a pesar de los problemas que se suscitan, es preferible regular la maternidad por subrogación que prohibirla, ya que siempre va a haber países que la permitan y, de esta forma, se evitaría la especulación y el turismo procreativo. Tampoco faltan los que consideran que la subrogación no plantea ningún problema ético. Un ejemplo de esta visión la encontramos en el siguiente texto de Camacho¹¹: «la ma-

ternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda».

Consideramos que esta postura representa, por un lado, una visión teórica, formal, e «idílica» de la maternidad por subrogación, ya que no da cuenta de la compleja problemática que se plantea en la realidad –como intentaremos mostrar más adelante-. Por otro lado, presupone una concepción dualista de la persona, que la disgrega en dos: por un lado, su razón y su autonomía y, por otra, su dimensión corporal¹². Es más, según este

10 Como ejemplo, se puede recordar la explicación del proceso que aportaba Elizabeth Banks, acudiendo a una metáfora culinaria: «Hicimos un 'pastel de bebé' y lo cocinamos en el horno de otra mujer» (<http://www.decine21.com/especial/Elizabeth-Banks-tiene-un-hijo-con-una-madre-de-alquiler-2664> (Consulta: 10/06/2011)).

11 Martín Camacho J. Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. 2009.

<http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> (Consulta: 2/09/2011)

12 Como señala Donati, el dualismo cartesiano lleva a cabo «una pericolosa scissione fra dimensioni coporee e dimensioni psichico-culturali, nonché spirituali della persona umana. Scissione che é una delle cause principali delle successive distorsioni e alienazioni indotte nell'uomo moderno» (Donati, P., «Il problema della umanizzazione nell'era della globalizzazione tecnologica», en *The humanization of care in the age of the advanced technology*, Universidad Campus Biomédico, Roma, 2000, 65).

planteamiento, típico de la modernidad, la persona en realidad es pura autonomía: el sujeto humano se reduce a un ser pensante y autónomo, mientras que su cuerpo es «algo», una cosa de la que puede disponer a discreción y que no le constituye esencialmente como persona. En consecuencia, el dualismo considera que la dimensión corporal, al igual que el resto de la naturaleza, puede ser tratada como un objeto disponible y susceptible de cualquier transacción. Ello, como se puede advertir, desemboca en un liberalismo extremo, que no establece límites a la libertad contractual. Todo puede ser objeto de un contrato, también el cuerpo humano y sus funciones más esenciales.

En esta línea, la concepción dualista de la persona legitima perfectamente el contrato de alquiler de vientre. El cuerpo de la mujer portadora queda reducido a desempeñar un papel puramente instrumental. Como señala Montero, la mujer «...está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que concierne todo su ser. Tiene proscrita la formación de todo vínculo sentimental con el niño que porta en ella. Dicho de otra forma, la madre portadora pone a disposición de la pareja interesada sus funciones reproductivas, pero esta fuerte implicación corporal no se traduce en un empeño de todo su ser: la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. De ahí la ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y

espíritu»¹³. Por ello, en muchos casos las madres portadoras sufren por tener que entregar obligatoriamente a los niños que han llevado en su seno. En más de un 10% de los casos necesitan terapia intensa para poder superarlo¹⁴.

Por otro lado, la realidad demuestra que las mujeres más pobres o vulnerables son las que se encuentran más expuestas a ese tipo de explotación. De manera especial, en aquellos contextos culturales en los que existe una mayor subordinación de la mujer al varón, y rigen estrictos sistemas patriarcales, las mujeres están especialmente desprotegidas ante la posible instrumentalización de su cuerpo y consiguiente utilización para fines ajenos. Como señala Palazzani, muchas feministas están en contra de la subrogación de vientre como práctica lucrativa «ya que, además de convertir a la mujer en un objeto, conduce a una clara discriminación entre mujeres ricas y pobres, ejercitando una especie de coerción económica sobre la mujer más necesitada»¹⁵. A su vez, la subrogación altruista también es criticada, al convertir el papel femenino materno en una «trampa compasiva»¹⁶. En

13 Montero, E., «La *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas a prueba de la maternidad de alquiler» (inédito).

14 Wilkinson, S., «The exploitation argument against commercial surrogacy», *Bioethics* 17 (2), (2003), 180.

15 Palazzani, L., «Los valores femeninos en bioética», en Aparisi, A., Ballesteros, B., *Por un feminismo de la complementariedad*, op. cit., 68.

16 Lindermann Nelson, H, Lindermann Nelson, J., «Cutting motherhood in two: some suspicions concerning surrogacy», *Hypatia*, 4/3, (1989), 91; Naraya, U., «The 'gift' of a child», en Boling, P (ed.), *Expecting trouble: surrogacy, fetal abuse, and new*

esta línea, algunos autores han planteado el problema fundamental de la autonomía real (no meramente formal) de la mujer ante estas situaciones¹⁷. En esta línea, también desde una perspectiva feminista, Donchin¹⁸ señala que la subrogación suele ser más una preferencia adaptativa que una decisión autónoma plenamente libre.

Otro de los aspectos a considerar en este ámbito es el de la asimetría (cultural, económica...) que suele existir entre la madre portadora, por una parte, y los que la contratan o los intermediarios que organizan el servicio (entidades privadas, gestores, abogados, centros de fecundación in vitro, etc.) por otra, en cuanto a información suministrada, privacidad, cláusulas impuestas, etc. Esto puede hacer, de nuevo, que la autonomía y los derechos de la portadora se vean amenazados¹⁹.

En definitiva, volvemos a la cuestión que se planteaba al principio de este epígrafe: ¿hasta que punto puede ser admisible ética y legalmente que el contenido de un contrato sea el propio cuerpo de la mujer?²⁰ Desde la antigüedad romana,

los sistemas jurídicos occidentales se han apoyado en la distinción básica entre personas y cosas. Se ha entendido que, frente a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el cuerpo humano, no pueden ser objeto de comercio. En esta línea, para muchos, el contrato de maternidad por subrogación debería estar prohibido de igual forma que se prohíbe, por ejemplo, que los participantes en un ensayo clínico lo hagan por una compensación económica, o sea retribuida la donación de sangre. A este respecto, el Comité Nacional de Ética francés indicó, en 2010, que la gestación por cuenta ajena comportaba riesgos éticos muy graves que ninguna norma jurídica podía evitar. Representa una nueva forma de explotación de la mujer²¹, negando la indisponibilidad del cuerpo humano que, como ya se ha indicado, no puede ser considerado como un objeto de comercio.

3. El respeto a la dignidad del nuevo ser

Como es sabido, el hijo fruto de un procedimiento de subrogación es obtenido tras el acuerdo llevado a cabo entre los futuros padres, mujer portadora, entidades intermediarias, bufete jurídico, etc. En dicho contrato se especifican las cláusulas que regularán las condiciones del proceso hasta el nacimiento, así como las contraprestaciones económicas del mismo. De acuerdo con ello, distintos autores han entendido que, en realidad, el contrato de subrogación se asemeja peli-

reproductive technologies, Westview Press, Boulder, 1995, 182.

17 Cambrón, A., «Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos». Cambrón, A., (Coordinadora), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Trotta, Madrid, 2001, 210.

18 Donchin, A., «Reproductive tourism and the quest for global gender justice», *Bioethics*, 24 (7), (2010), 323-32.

19 Damelio, J.; Sorensen, K., «Enhancing autonomy in paid surrogacy», *Bioethics*, 22 (5), (2008), 270.

20 El artículo 1271 del Código civil español establece que «Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras».

21 Wilkinson, S., «The exploitation argument against commercial surrogacy», *Bioethics*, 17 (2), (2003), 169.

grosamente a un contrato de compraventa de niños. De cualquier manera, el análisis del procedimiento legal establecido para obtener el reconocimiento jurídico de la paternidad y maternidad pone en evidencia la negación de algunos principios y fundamentos básicos del derecho de filiación. En primer lugar se reconoce, como un derecho de la madre gestante, la posibilidad de abandonar al niño al nacer. En consecuencia, se admite legalmente la facultad de la madre de renunciar a sus deberes y responsabilidades con respecto al mismo.

Asimismo, la legalización de la maternidad subrogada supone dar un paso adelante en la posibilidad de mercantilizar la filiación, ya que esta dependerá de un contrato con un fuerte contenido económico. Es más, los acuerdos económicos detallarán los incentivos, los motivos, y posibles razones, de una u otra parte, para suspender el proceso de gestación por aborto, con sus consiguientes, e importantes, consecuencias económicas²². Esto contrasta fuertemente con la institución de la adopción, ya que en estos supuestos todos los organismos legales competentes vigilan para que los niños no sean objeto de transacción económica. Además, aquellos progenitores biológicos que trafican con sus hijos son objeto de sanciones legales²³.

22 Hanna, J.K., «Revisiting child-based objections to commercial surrogacy», *Bioethics*, 24 (7), (2010), 342.

23 Landes, E.; Posner, R., «The economics of the baby shortage», *The Journal of Legal Studies*, 7 (2), (1978), 323-48.

Por otro lado, la maternidad por subrogación tolera la posibilidad de una filiación fragmentada. De hecho, en la hipótesis extrema, el niño podría tener hasta cinco progenitores: una madre biológica, un padre biológico, una madre uterina o gestante, una madre legal y un padre legal.

3.1. El hijo como objeto de litigio

Como ya se ha indicado, la maternidad subrogada conlleva complejas relaciones que, a su vez, pueden generar un amplio abanico de cuestiones ético-legales: relación de la madre de alquiler con los donantes de los gametos o con los receptores del hijo, ya que pueden ser los mismos o diferentes sujetos (también hay que considerar que la propia madre de alquiler puede ser, al mismo tiempo, la donante del gameto femenino dando lugar a un nuevo escenario de relaciones entre *madre-madres* e hijo); posibles derechos de la madre portadora sobre el niño; disposiciones legales relativas a su futura relación con el gestado; etc.

Estas complejas situaciones han generado, en la práctica, un aumento de litigios derivados de los procesos de subrogación. La experiencia americana es bastante reveladora²⁴. Son numerosos los casos de contratos de alquiler de útero que terminan en los tribunales. Algunas de las cuestiones discutidas

24 Otros ejemplos de contratos de subrogación, y sobre la problemática legal y ética que suscitan se pueden consultar en: Brophy, K.M., «A surrogate mother contract to bear a child», *Journal of Family Law*, 20, (1981), 263-91.

son: si la madre portadora cumple con las condiciones impuestas en el contrato por la parte contratante, especialmente en lo referente a estilo de vida, salud (por ejemplo, si se cuida lo suficiente, fuma, bebe, trasnocha,...); situaciones en que la madre portadora se niega u obstaculiza la entrega del niño; casos en los que los padres contratantes imponen el aborto a la madre portadora; situaciones en las que, por diversas causas (divorcio, malformaciones en el hijo, cambio de opinión, no querer hacerse cargo del niño...) los padres contratantes pretenden rescindir el contrato, etc. En este sentido podemos mencionar el caso conocido como *Baby M.*, que generó un vivo debate en 1986 en Estados Unidos. La mujer gestante, tras dar a luz a su hija, decidió no entregarla al matrimonio contratante. Los problemas suscitados, además de los derivados del incumplimiento del contrato, estuvieron determinados por las circunstancias del caso: la madre sustituta había sido inseminada con semen del varón de la pareja contratante. Los tribunales, tras un largo proceso con varias apelaciones, decidieron otorgar la custodia al varón, concediendo derechos de visita a la madre sustituta.

Otro caso significativo tuvo lugar en Vancouver en el año 2010²⁵. Una pareja contrató a una madre de alquiler para gestar un embrión obtenido de sus gametos. Antes de cumplirse el primer trimestre, los donantes fueron informados de que el feto padecía el síndrome de

Down, por lo que decidieron que se abortara. Sin embargo, la madre subrogada se negó a que se le practicara el aborto. Esta situación generó un conflicto relativo a la interpretación del contrato. Las alegaciones de una y otra parte (sobre el necesario control de calidad del producto y resultado final, objeto contratado, derechos adquiridos, etc.) pusieron en evidencia la triste realidad del proceso de cosificación del hijo.

Por último, podemos mencionar la situación de Manji, niña nacida en la India tras un contrato de subrogación. Una pareja japonesa, Ikufumi y Yuki Yamada, contrataron una madre de alquiler, a través de una empresa india especializada en la gestión de este tipo de transacciones. Con anterioridad a la fecha del nacimiento, los Yamada se divorciaron y Yuki decidió retractarse con respecto a la aceptación de Manji. Dicha negativa generó problemas de índole legal²⁶, fundamentalmente el relativo a quien debía ser considerado progenitor de la niña y si era jurídicamente admisible el repudio de la misma por los padres contratantes²⁷.

En definitiva, estos casos, entre muchos otros, ponen de relieve que la maternidad por subrogación no es, como algunos entienden, una práctica acordada entre adultos que no perjudica a terceros y que, necesariamente, produce beneficios para todos los sujetos implicados. Por el

26 Parks, J., «Care ethics and the global practice of commercial surrogacy», *Bioethics* 24 (7), (2010), 333.

27 La situación puede asemejarse a un contrato de adquisición de un artículo por encargo que admite la posibilidad de renuncia al mismo con posterioridad.

25 Blackwell, T., «Couple urged surrogate mother to abort fetus because of defect», *National Post*, Oct 6, (2010).

contrario, tiene consecuencias negativas para las partes más vulnerables y, especialmente, cosifica al hijo, subordinándolo a los deseos de los adultos.

3.2. Alteraciones en el desarrollo de la identidad del hijo

Cabe plantearse las consecuencias, en el ámbito psicológico, de que el contexto en el que surge el nuevo ser se encuentre alterado²⁸. Muchos de los problemas psicológicos van a estar asociados a la información facilitada. Así, por ejemplo, Siegel y col.²⁹ mantienen que es conveniente que los padres comuniquen pronto a sus hijos que han nacido por subrogación, así como las características de este proceso (donación de gametos, procedencia, etc.). Si se hace de esa forma, el conocimiento de su origen biológico puede tener menos impacto en su psicología. En cualquier caso, en estas situaciones existe una alteración relativa a la identidad más profunda de la persona, por lo que los riesgos de patología y sufrimiento siempre están presentes.

Una situación especialmente compleja puede plantearse en los supuestos de maternidad subrogada entre familiares. En países, como EE.UU o Canadá, en los que está legalmente admitida la práctica

de la reproducción artificial intrafamiliar, se pueden generar situaciones imposibles en el orden natural: por ejemplo, que una madre de edad avanzada, ante la imposibilidad de que su hija pueda hacerlo, dé a luz a su nieto, que una mujer sea, al mismo tiempo, madre y tía de su hijo, en el caso de donación de ovocitos entre hermanas, etc.

En estas prácticas, la confusión de los distintos roles y funciones familiares es tan profunda que, no sólo se pueden generar problemas jurídicos (entre los familiares donantes y los padres legales)³⁰ y morales, sino también psicosociales. En concreto, el riesgo más importante que se presenta en este tipo de casos es el del impacto psicológico, especialmente en el hijo que llega a conocer su verdadera procedencia. Por este motivo, y para que la reacción sea lo menos negativa posible, se establece la necesidad de un adecuado asesoramiento a las familias. Los miembros de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) han elaborado una serie de recomendaciones³¹ para que los especialistas puedan informar y aconsejar, tanto a los familiares donantes, como a los padres. De esta forma, se intenta reducir el riesgo de posibles futuros problemas psicosociales³².

28 Los expertos del Comité Nacional de Ética de Francia señalaron, en 2010, que nadie puede prever las consecuencias de un proyecto no habitual y complejo sobre la psique de un niño, que conocerá en su día que fue objeto de un contrato, o la de los otros hijos de la madre biológica o de sus padres jurídicos.

29 Siegel, S., Dittrich, R., Vollmann, J., «Ethical opinions and personal attitudes of young adults conceived by in vitro fertilisation», *Journal of Medical Ethics*, 34, (2008), 236-240.

30 <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/reproduccion-asistida-familiares/> (Consulta: 10/06/2011).

31 Se pueden consultar en la revista *Human Reproduction*, volumen enero, (2011).

32 <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/reproduccion-asistida-familiares/attachment/pregnant/>

No obstante, como ya se ha indicado, en estos casos la alteración de los roles y patrones familiares es tan incisiva (por ejemplo, cuando una madre es, al mismo tiempo, abuela) que, aunque se puedan reducir los riesgos de patologías, estos no se pueden evitar completamente. Muchos países prohíben legalmente esta práctica al entender que existe una clara primacía de los deseos de los adultos sobre los derechos e intereses legítimos de los hijos. Tal es el caso, por ejemplo, de España.

3.3. El derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos

Otro aspecto a considerar en este apartado es el del derecho del hijo a conocer quienes son sus progenitores³³. Con respecto a la adopción, es bien conocido que, frente a otros momentos históricos, en la actualidad se tiende a reconocer legalmente el derecho de los hijos a conocer sus orígenes biológicos. En España, la Constitución establece, en su artículo 39 que «La ley posibilitará la investigación de la paternidad». Sin embargo, la situación legal es distinta, en general, en relación a la fecundación in vitro con donantes de gametos y, en particular, en el supuesto de la maternidad por subrogación. Es evidente que, tras esta diferencia de trato subyace una discriminación legal, sólo explicable por los motivos económicos que pueden impulsar a donar gametos o a gestar un embrión. No se entiende bien esta diferencia de

criterio, si no es por razones económicas y puramente contractuales: los donantes de gametos y las madres portadoras lo hacen, fundamentalmente, por lucro y, desde esta perspectiva, su intención es desvincularse totalmente del destino de los futuros hijos. Por su parte, los padres legales o de acogida no desean posibles interferencias en sus futuras relaciones familiares. En el caso de la subrogación, las cláusulas establecidas en el contrato de gestación asegurarán este extremo y, por ello, cerrarán completamente las puertas a que el hijo pueda ejercer el derecho a conocer a su madre uterina.

4. Aspectos económicos: maternidad subrogada y «turismo» de la fertilidad

La existencia de legislaciones que aceptan la figura de la maternidad por subrogación (por reconocimiento jurídico expreso, por tolerancia jurídica ante ausencia de normas...), unido a contextos culturales, económicos, sociales, etc. que puedan favorecerla, ha determinado el surgimiento de lo que se suele denominar «industria de la fertilidad»³⁴, «turismo procreativo» o «turismo de la fertilidad»³⁵. En realidad, en algunos

34 Se puede elegir el donante de esperma por catálogo, incluso por Internet. En esos catálogos se puede conocer el peso, la altura o la etnia del donante y realizar el «pedido» al igual que se compra un libro en la biblioteca virtual o un vestido en una de las grandes tiendas online.

35 Gametos de individuos de unos países son utilizados en otros y, con mucha frecuencia, se buscan vientres de alquiler en países menos desarrollados, debido a su menor coste económico y emocional... Por ello, entre otras razones, desde hace algunos años, y desde distintos sectores, se viene solicitando

33 Smajdor, A., «Who's your daddy?», *British Medical Journal*, 342, (2011), d3619.

países la maternidad subrogada se ha convertido en un auténtico reclamo³⁶. Por ejemplo, en la India concurren una legislación muy permisiva, unos precios muy competitivos y unas condiciones sociales y sanitarias favorables: el modelo familiar es muy patriarcal –con la limitación de derechos de las mujeres que ello conlleva–, éstas suelen tener hábitos saludables –como, por ejemplo, no tomar alcohol–, esta técnica no plantea problemas culturales o religiosos³⁷ y, además, se percibe por muchas instancias como algo positivo, en la medida en que genera ingresos económicos considerables para las clínicas especializadas, las madres portadoras y sus familias, las entidades o personas intermediarias e, incluso, para los propios Estados.

Los aspectos que son tenidos en cuenta, por parte de los padres contratantes, para elegir un país de destino, han variado en la última década. En 1991, Knoppers indicaba que el Estado escogido para contratar a una madre gestante venía determinado, fundamentalmente, por la existencia de una legislación permisiva³⁸. En la actualidad, también

valora el coste económico del proceso. Por ejemplo, el precio total de un contrato de subrogación en la India era, en 2007, de unos 10.000 dólares. Ese mismo proceso en USA oscilaba entre los 60.000 y 80.000 dólares³⁹.

Actualmente, otro aspecto que es especialmente considerado es la garantía legal del anonimato de la madre portadora. Por último, en la elección de un determinado país, influyen, asimismo, otros elementos de tipo religioso, cultural, etc. Por ejemplo, Malasia y Corea del Sur son dos de los principales destinos asiáticos de los contratos de subrogación. Por afinidad religiosa y cultural, los musulmanes suelen optar por el primer destino. También es importante tener en cuenta el papel que desempeña *internet* en el recurso al «turismo procreativo».

5. Conclusión

La maternidad subrogada es un tema que presenta, en la actualidad, una gran complejidad. Para algunos, se trata de una práctica lícita, que debe ser admitida jurídicamente. Se entiende que los contratos de madres de alquiler se celebran entre adultos autónomos y responsables, no perjudican a terceros y redundan, necesariamente, en beneficios de todos los sujetos implicados. No obstante, frente a esta visión idílica y formal, la realidad demuestra las profundas implicaciones éticas y jurídicas, así como los numerosos

una armonización legal internacional para hacer frente a los fenómenos secundarios negativos provocado por este turismo con fines reproductivos. Vid. Koch, H.G., «El control de la natalidad y el derecho penal», *Eguzkilore*, núm. 5, (1992), 131.

36 Siva, N., «Rise in assisted reproduction tourism in Asia threatens local medical services», *British Medical Journal*, 343, (2011), d5453.

37 Parks, J., «Care ethics and the global practice of commercial surrogacy», *Bioethics*, 24 (7), 2010, 334.

38 Knoppers, B.M.; LeBris, S., «Recent advances in medical assisted conception: legal, ethical and social issues», *American Journal of Law and Medicine*, 17, 1991, 329-33.

39 Semba, Y.; Chang, C.; Hong, H.; Kamisato, A.; Kokado, M.; Muto, K., «Surrogacy: donor conception regulation in Japan», *Bioethics*, 24 (7), (2010), 356.

problemas, de toda índole, que genera esta técnica. Con respecto a la madre portadora, conlleva un serio riesgo de instrumentalización de su cuerpo, ignorando la distinción básica entre personas y cosas, a efectos de la celebración de un contrato. Los sistemas jurídicos occidentales tradicionalmente han entendido que, frente a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el cuerpo humano, no pueden ser objeto de comercio. De este modo, la libertad de los individuos para establecer contratos en mutuo provecho tiene límites, en concreto, cuando el objeto de dicho contrato es el mismo ser humano, su cuerpo y sus funciones más esenciales, tal y como ocurre con el contrato de alquiler de útero.

Con respecto a hijo, la legalización de la maternidad subrogada supone mercantilizar la filiación, ya que ésta dependerá de la celebración de un contrato con un fuerte contenido económico. Por otro lado, la experiencia ha demostrado que el niño queda en una posición muy vulnerable, dado que su situación depende de las cláusulas establecidas en dicho contrato, lo cual no asegura, en absoluto, la protección de sus intereses y derechos⁴⁰. La posibilidad de confusión de roles y funciones entre los progenitores puede tener efectos muy negativos en su equilibrado desarrollo, especialmente en los supuestos de subrogación entre familiares (por ejemplo, cuando una mujer es, al mismo tiempo, madre y abuela del niño, etc.).

40 Hanna, J.K., «Revisiting child-based objections to commercial surrogacy», *op. cit.*, 341.

En definitiva, el deseo de las parejas estériles debe ser escuchado por la sociedad. Sin embargo, no todos los deseos de los adultos deben ser considerados como derechos, máxime si ello implica lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y los hijos.

Referencias bibliográficas

- Aparisi, A., Ballesteros, B., *Por un feminismo de la complementariedad*, Eunsa, Pamplona, 2002.
- Aparisi, A (edit.), *Persona y Género*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2011.
- Blackwell, T., «Couple urged surrogate mother to abort fetus because of defect», *National Post*, Oct 6, (2010).
- Boling, P (ed.), *Expecting trouble: surrogacy, fetal abuse, and new reproductive technologies*, Westview Press, Boulder, 1995.
- Brophy, K.M., «A surrogate mother contract to bear a child», *Journal of Family Law*, 20, (1981), 263-91.
- Cambrón, A., (Coordinadora), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Trotta, Madrid, 2001.
- Damelio, J.; Sorensen, K., «Enhancing autonomy in paid surrogacy», *Bioethics*, 22 (5), (2008), 269-77.
- Donati, P., «Il problema della umanizzazione nell'era della globalizzazione tecnologica», en *The humanization of care in the age of the advanced technology*, Universidad Campus Biomédico, Roma, 2000.
- Donchin, A., «Reproductive tourism and the quest for global gender justice», *Bioethics*, 24 (7), (2010), 323-32.

- Hanna, J.K., «Revisiting child-based objections to commercial surrogacy», *Bioethics*, 24 (7), (2010), 341-7.
- Knoppers, B.M.; LeBris, S., «Recent advances in medical assisted conception: legal, ethical and social issues», *American Journal of Law and Medicine*, 17, 1991, 329-33.
- Koch, H.G., «El control de la natalidad y el derecho penal», *Eguzkilore*, núm. 5, (1992), 123-33.
- Landes, E.; Posner, R., «The economics of the baby shortage», *The Journal of Legal Studies*, 7 (2), (1978), 323-48.
- Lindermann Nelson, H, Lindermann Nelson, J, «Cutting motherhood in two: some suspicions concerning surrogacy», *Hypatia*, 4/3, (1989), 85-94.
- López-Moratalla, N., «El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano», *Persona y Bioética*, núm. 14 (2), 2010, 120-40.
- Montero, E., «La *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas a prueba de la maternidad de alquiler» (inédito).
- Parks, J., «Care ethics and the global practice of commercial surrogacy», *Bioethics* 24 (7), (2010), 333-40.
- Semba, Y.; Chang, C.; Hong, H.; Kamisato, A.; Kokado, M.; Muto, K., «Surrogacy: donor conception regulation in Japan», *Bioethics*, 24 (7), (2010), 348-57.
- Shalev, C., *Birth power. The case for surrogacy*, Yale University Press, New Haven, London, 1989.
- Siegel, S., Dittrich, R., Vollmann, J., «Ethical opinions and personal attitudes of young adults conceived by in vitro fertilisation», *Journal of Medical Ethics*, 34, (2008), 236-240.
- Siva, N., «Rise in assisted reproduction tourism in Asia threatens local medical services», *British Medical Journal*, 343, (2011), d5453
- Smajdor, A., «Who's your daddy?», *British Medical Journal*, 342, (2011), d3619.
- Wilkinson, S., «The exploitation argument against commercial surrogacy», *Bioethics* 17 (2), (2003), 169-87.

Recibido: 09/03/2012
Aceptado: 15/07/2012

