

## **La maternidad subrogada de alquiler o voluntaria y sus implicaciones bioéticas y jurídicas.**

*Principios y medidas legales en defensa de la dignidad de la reproducción humana*

### 1. INTRODUCCIÓN.

#### UNA PRÁCTICA EN RÁPIDA EXPANSIÓN

En los años 70 y 80 la maternidad subrogada se limitaba a la práctica por la cual una mujer se ofrecía para ser inseminada por el marido de una mujer infértil que no podía producir óvulos sanos. Esta forma de subrogación, llamada, subrogación reproductiva, prácticamente ya no se utiliza.

Los progresos tecnológicos de la reproducción asistida, y particularmente el perfeccionamiento de las técnicas de fecundación in vitro, han cambiado significativamente los resultados de estas prácticas, ofreciendo a las parejas estériles nuevas posibilidades de tener hijos con sus propios gametos. Una cantidad creciente de parejas recurre a la fecundación in vitro (con sus propios gametos o de donantes), para después transferir el embrión producido al útero de otra mujer, que actuará como “madre subrogada” de su propio hijo. En este caso no hay una relación genética entre la madre subrogada y el niño, lo que apoya que el niño nacido no es hijo genéticamente suyo (*Ver diálogo genético entre el embrión y su madre gestacional, [clicar AQUÍ](#)*)

Esta práctica, denominada “[maternidad subrogada](#)” o “subrogación gestacional”, hace referencia a que la pareja que quiere tener un hijo por este medio, acuerda con una mujer dispuesta a gestar y dar a luz (casi siempre por medio de una remuneración) el embrión obtenido por fecundación in vitro, de esta manera la pareja contratante se reserva el derecho a ser padres legales del niño.

La subrogación gestacional, se utiliza frecuentemente en los países que toleran de alguna manera esta práctica, aceptando las relaciones comerciales que se establecen por parte de las clínicas especializadas, las agencias de asesoramiento legal y las personas implicadas en ella. Entre los países que admiten la maternidad subrogada están California, en Estados Unidos, India, Tailandia (Ver reciente prohibición, [clicar AQUÍ](#)) y Rusia.

También se admite en algunos países de Latinoamérica en los que la legislación permite esta práctica, por lo que en ellos han surgido numerosas clínicas de FIV especializadas, estudios de abogados, que tratan los aspectos médicos y legales de estos contratos, tanto en el país de origen de las parejas como en el de la madre subrogada. Toda una organización que capta jóvenes necesitadas (frecuentemente a través de Internet) dispuestas a ser madres subrogadas por una suma de dinero, poniéndolas en contacto con la pareja contratante. Así, se realiza un contrato que establece que la madre subrogada, entregará el niño cuando nazca a los padres biológicos.

## **2. Modalidades de la subrogación**

Sin embargo, la subrogación también se puede realizar de forma altruista. Así, una mujer fértil, puede establecer un acuerdo con otra mujer infértil, comprometiéndose a llevar a término el embarazo de un niño concebido tras una fecundación in vitro, sin que medie una remuneración, lo que se denomina subrogación gestacional altruista. Esta modalidad es la menos frecuente, pero es muy citada por aquellos interesados en promover la práctica de la subrogación.

Solo dos países de la Unión Europea permiten legalmente la subrogación gestacional altruista. Pero en ningún país se permite que la subrogación pueda realizarse por medio de una compensación económica, aunque la interpretación y la puesta en práctica de este principio difiere significativamente de país a país.

Por otra parte, el que en varios países se hayan pronunciado sentencias favorables, tras los hechos consumados, concediendo a la pareja contratante la filiación legal del niño subrogado, favorece indirectamente la subrogación. Hay países, como España, que han dado pasos importantes para legalizar esta práctica al desvincular al niño de la mujer que lo gestó y dio a luz, al facilitar registrar civilmente al niño, argumentando que no se puede dejarlo sin protección legal (Ver [AQUI](#)).

Aunque no se tengan datos estadísticos, todo parece indicar que numerosas parejas están recurriendo a la subrogación gestacional fuera de la Unión Europea (un dato interesante es que entre los refugiados del terremoto de Nepal se identificaron más de 20 niños nacidos por subrogación. (Ver noticia en el OB, [clique AQUI](#)).

Las demoras y las condiciones económicas de este largo proceso que incluye fertilización in vitro, transferencia del embrión y su gestación, depende en gran medida del contrato realizado y del país en que la transacción se ha efectuado.

### **3 Una forma de enajenación de la madre subrogada**

#### 3.1 Apropiación de la madre subrogada

La expresión, usada frecuentemente, de “vientre de alquiler”, no es adecuada, porque no solo es un órgano el que se pone al servicio de terceros por una remuneración, sino que es la persona entera.

Un trabajador presta su trabajo al empleador, por un salario para realizar diversas tareas, pero sus derechos están protegidos por un contrato de trabajo y por la legislación social vigente, en cambio la madre subrogada está incomparablemente más expuesta y desprotegida por su contrato de subrogación. Ella provee a la pareja que la contrata una función que normalmente se realiza en un ámbito estrictamente privado, como es gestar su propio hijo, en estrecha relación con su familia y específicamente con su esposo. Pero además, en estos casos, la función de gestar está regida por un contrato de obligado cumplimiento, en cuanto a los tiempos y a otras condiciones que disponga la pareja que ostenta el derecho sobre el niño en gestación en el vientre de la madre subrogada.

El acto de adquirir semejante dominio sobre el cuerpo de otro por motivos económicos supone un nuevo y grave problema social y humano. La subrogación gestacional determina un uso e instrumentalización de la mujer que no tiene precedentes. Es una ofensa grave contra la dignidad humana, aun más inaceptable si consideramos que, en la mayoría de los casos, se trata de mujeres pobres, atraídas por una suma de dinero, que ni ella ni su familia podrían conseguir en mucho tiempo, dados los bajos salarios de los países en donde esta práctica se realiza.

#### 3.2 La intromisión en la privacidad de la persona

En los Estados Unidos, por ejemplo, los contratos de subrogación incluyen cláusulas sumamente restrictivas que condicionan la vida de la madre subrogada, su dieta, sus actividades deportivas, su vida sexual, chequeos médicos exhaustivos, que van más allá de los requeridos normalmente, visitas por sorpresa para comprobar que se cumplen las condiciones establecidas, y los llamados padres genéticos se reservan el derecho de asistir al parto, provocar el aborto en el caso que se detecte algún defecto en el feto en gestación y en algunos casos rescindir el contrato. Además, las condiciones impuestas a la madre subrogada deben ser cumplidas inexorablemente, so pena de incumplimiento de contrato y exponerse a severas penas.

En algunos casos, se llega a mantener recluida a la madre de alquiler durante toda la gestación, fuera del ámbito familiar y estrechamente vigilada.

### 3.3 Embarazo sin sentimiento afectivo hacia el niño

Las agencias de subrogación enfatizan la importancia que tiene que la madre subrogada acepte su situación como una mera transacción comercial, en la que se debe evitar toda forma de apego al niño, durante el embarazo y el nacimiento de éste. Para ello, se prevé una atención psicológica para evitar que el desprendimiento del niño al nacer y la entrega a sus padres biológicos sea más llevadera para la madre subrogada. Si bien no hay estudios, los especialistas afirman que esa separación equivale al sufrimiento que experimenta la madre que da un niño en adopción.

### 3.4 La libertad del consentimiento de la madre subrogada

A la mayoría de las mujeres que, viviendo en un estado extremo de pobreza, se les presenta la oportunidad de ganar en un solo año lo que no podrán ganar en una vida de trabajo se les hace difícil entregar el debido consentimiento informado. En ese sentido un estudio del Parlamento Europeo afirma que, “Las presiones económicas en la subrogación comercial no deben ser subestimadas” al considerar el libre consentimiento de la madre subrogada. Es muy difícil reconocer un consentimiento válido en estas situaciones de vulnerabilidad<sup>1</sup>.

## **4. La subrogación gestacional y la cosificación del niño**

### 4.1 Separación del niño de la madre subrogada

La relación que el niño establece con la mujer que lo gesta y da a luz no es un tema de menor importancia. Frecuentemente se separa al niño de su madre subrogada brutalmente, ya que lo que se pretende es que inmediatamente pase a los brazos de la madre contratante, cortando así el lazo de apego que los une, lo que, según los expertos, puede provocar en el subconsciente de la criatura un sufrimiento que se podría reavivar en la adolescencia, expresándose “en depresión, ansiedad, síntomas físicos, sentimientos de inseguridad o tendencias suicidas”.

### 4.2 El niño se trata como un producto que debe someterse a un estándar de calidad

El niño es tratado, como un objeto de compra-venta y en muchos contratos se establece que la madre subrogada deberá devolver el dinero si no logra dar a luz o el hijo no tiene las condiciones de salud

establecidas, lo que acentúa la inseguridad que afecta, tanto a la madre subrogada, como al niño. Esta forma de transacción, que afecta tanto al niño como la madre subrogada, viola la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece “la prohibición de hacer del cuerpo humano y sus partes una fuente de ganancias económicas”.

## **5. La maternidad fragmentada**

¿Cuando un niño viene al mundo por medio de la subrogación gestacional, quién es su verdadera madre?

Hasta ahora era incuestionable que la mujer que gesta y da a luz un niño es la verdadera y única madre. Sin embargo, es un hecho que en la maternidad subrogada, de alquiler o voluntaria, la función materna queda dividida entre varias mujeres, la madre biológica, la que lo gestó y dio a luz al niño, y la que lo criará como su única madre, con un vínculo genético o no, y en ocasiones una eventual donante de ovocitos.

Sin embargo, en la legislación de algunos países la madre subrogada gestacional, sigue siendo considerada la madre legal. Así, la legislación inglesa afirma que, “La madre subrogada es la madre legal de la criatura, siempre que no haya cedido su condición, después de haber dado a luz, transfiriendo así sus derechos a los padres contratantes”.

De hecho, se han presentado casos de madres subrogadas, que al dar a luz han querido quedarse con el niño lo que ha suscitado iniciativas legales para proteger a la madre subrogada en estos casos.

Ante este complejo problema, las parejas que contratan a madres subrogadas están solicitando que se les reconozcan sus derechos exclusivos de padres de la criatura nacida. Si esto ocurriese, la maternidad dejaría de estar vinculada al hecho físico de la mujer que gestó al niño y que lo dio a luz. Se reconocería así que el deseo de ser padre y madre es suficiente para otorgar el derecho de paternidad y abriría las puertas, no solo a las parejas infértiles, sino a individuos solos, parejas del mismo sexo, etc., que podrían reclamar su “derecho a la paternidad”. La maternidad ya no quedaría vinculada a realidades físicas (gestación y dar a luz), sino al deseo o la intención de ser padres, sería la total destrucción del fundamento de la paternidad legal. Por otra parte, equivaldría a reconocer el “derecho al hijo”, independientemente de la relación marital y por lo tanto hacer del niño “un objeto al cual uno tiene derecho”, lo que excluiría el concepto de don del hijo que posee sus propios derechos como persona.

El Magisterio de la Iglesia Católica alerta sobre este particular afirmando, que el niño debe ser exclusivamente el fruto “de la entrega mutua de los esposos, de su amor y fidelidad”<sup>ii</sup>. Lo que no ocurre en la maternidad subrogada, tanto de alquiler como voluntaria (no solo por la transferencia del embrión, sino también por la fecundación in vitro que supone), “que ofende la dignidad y el derecho del niño a ser concebido, llevado en el vientre, dado a luz y criado por sus propios padres; lo que no es así, es en detrimento de la familia; una división de la unidad del matrimonio creando una disociación del carácter moral, psicológico y físico propio de ésta”<sup>iii</sup>. En suma, “es contrario a la unidad del matrimonio y a la propia dignidad de la procreación de la persona humana.”<sup>iv</sup>

## **6. La confusión legal**

El derecho del niño ante esta intrincada situación legal

La situación legal del niño nacido de la madre subrogada presenta importantes problemas legales. No solo porque pueden intervenir hasta dos mujeres y un hombre, como vimos anteriormente, en su concepción y gestación, sino porque esta práctica se realiza en muchas ocasiones en países distintos al de los padres contratantes en que se prohíbe este tipo de gestación. Dada las diversas legislaciones de los países, determinar legalmente la filiación del niño producido por la maternidad subrogada puede ser muy controvertido.

Sin duda, el derecho del niño a tener padre y madre, y una nacionalidad concreta, debe estar protegido por ley, ya que el niño, en cuanto persona objeto de derecho (nacionalidad, estatus migratorio, ejercicio de la patria potestad, etc.) debe prevalecer sobre cualquier otra consideración.

En ese sentido, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, reconoce el derecho de todo niño “a adquirir su nacionalidad”, y por el gran incremento de niños fruto de la subrogación, varios informes del Parlamento Europeo, demandan el establecimiento de “un mutuo reconocimiento legal de la paternidad en todas las decisiones judiciales y administrativas respecto a estos niños”.

## **7. ¿Cómo lograr normativas comunes a nivel Internacional y en la Unión Europea?**

La regulación legal de la maternidad subrogada, reclama una solución urgente. La Conferencia de la Haya sobre la Ley Internacional Privada está analizando este tema con la finalidad de proporcionar una

protección internacional de los derechos y bien estar, no solamente del niño, sino también de las otras partes implicadas en la subrogación materna. La misma preocupación está presente en diferentes informes de la Unión Europea y en los ámbitos administrativos y judiciales de diferentes países.

Creemos que no sería correcto reconocer el hecho consumado del mercado de la maternidad subrogada y el consecuente desarrollo del “turismo reproductivo”. La justicia y la compasión con las parejas infértiles, no absuelven a los legisladores de la responsabilidad de implementar los medios para detener esta práctica en defensa de la dignidad y los derechos fundamentales de las personas afectadas.

Los Estados Miembros de la EU han tenido siempre como inaceptable la cosificación del cuerpo de la madre subrogada y del niño, por lo que llegar a un acuerdo debería ser consensuado en este sentido.

Ante esta difícil situación, habría una sola actitud justa: *implementar prácticas legales de común acuerdo que pudieran comenzar rechazando el certificado de nacimiento de origen o los reconocimientos de las decisiones legales del país de origen, en aquellos casos en que la subrogación se haya realizado pagando más de lo estrictamente necesario para cubrir los gastos de manutención y atención médica.*

Todo lo cual no significa olvidar que el reconocimiento de los derechos del niño es el principal objetivo de cualquier medida legal o administrativa que se aplique en estos casos. Ver documento original “[SURROGASY AND HUMAN DIGNITY](#)” de la Conferencia de Obispos de la Unión Europea, (*clicar [AQUÍ](#)*)

### **Nuestra valoración ética del trabajo del Grupo de Bioética de la Conferencia de Obispos de la Unión Europea.**

Nos adherimos a los principios expuestos, tanto en lo que hace referencia a los fundamentos biológicos de la paternidad, como a la ilicitud de la maternidad subrogada de cualquier tipo. Sin embargo, el texto de la COMECE, se decanta por una ética cuestionable cuando hace referencia a la maternidad subrogada altruista, en la que no intervienen intereses comerciales, pues la reconoce indirectamente como legítima, lo que daría un derecho a la paternidad automática y exclusiva a las parejas que no “hayan pagado más de lo estrictamente necesario”, lo que, nos parece, que no es coherente con los principios recogidos en el mismo documento, ni con el Magisterio de la Iglesia

católica expuesto en *Donum Vitae*, en donde se condena explícitamente la subrogación en cualquier circunstancia<sup>1</sup>.

A nuestro juicio, todas las medidas relativas a la maternidad subrogada, de alquiler o altruista, deberían orientarse a prohibir esta práctica, cualesquiera que sean las circunstancias que se den, lo que no implica dejar de reconocer los inalienables derechos del niño a una paternidad y nacionalidad reconocida legalmente. En cualquier caso, la madre subrogada debería ser reconocida como la única madre legal del niño por el hecho de haberlo gestado y dado a luz.

Justo Aznar y Manuel Zúnin

Observatorio de Bioética

Universidad Católica de Valencia

*Traducción del trabajo del “Group on Bioethics” de la Conferencia de Obispos de la Unión Europea – COMECE titulado **Subrogación Gestacional. La cuestión europea y las reglas internacionales.** Febrero de 2015.*

---

<sup>i</sup> La Convención para la Protección de los Niños y Cooperación en los Casos de Adopciones Internacionales, 1993 estipula que “Una adopción regida por esta Convención solo se realizará si las autoridades competentes del país de origen hayan asegurado que el consentimiento no haya sido inducido por medio de una retribución económica o alguna compensación de cualquier tipo...” (Art. 4 c 3.)

<sup>ii</sup> *Donum Vitae* II. A. 1.

<sup>iii</sup> *Ibid.* II. A. 3. Y II. B. 8. y Catecismo de la Iglesia Católica, Sección 2376

<sup>iv</sup> *Ibid.*

---

<sup>1</sup> “la maternidad sustitutiva (subrogada, esto es nuestro) representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; y ofende la dignidad y el derecho del hijo al ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres”