

**Informe de la
CÁTEDRA DE BIOÉTICA “JÉRÔME LEJEUNE”
sobre la llamada
“MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN”**

Madrid | 10 de febrero de 2017

Índice

- I. Consideraciones bioéticas generales
- II. La maternidad subrogada en España
- III. La maternidad subrogada fuera de España
- IV. La propuesta de la Cátedra de Bioética Jérôme Lejeune

I. Consideraciones generales en torno a la “maternidad por subrogación”

Tal como afirmó la Asociación Española de Bioética y Ética Médica en su Asamblea General de 2016¹:

1. **“La maternidad por subrogación es, inequívocamente, una nueva forma de explotación neocolonial de la mujer**, contraria a la dignidad humana, pues usa del cuerpo femenino, y toda su persona, como un objeto de negocio, incluso en el caso de ejercerla altruistamente. La mujer viene siempre utilizada, aún con su consentimiento informado, y padece consecuencias tanto de carácter médico en su propio cuerpo como de carácter ético.



2. La maternidad por subrogación es un proceso que, cada vez con más intensidad, se está convirtiendo en un **negocio muy lucrativo**, basado en la mercantilización del cuerpo de las mujeres. Ello ha generado un fenómeno emergente, denominado “turismo reproductivo”. En este negocio se observa la presencia de dos partes en situación de desequilibrio:

a) Por un lado, parejas-clientes extranjeras ricas, que recorren el mundo en busca de una descendencia, producto de las últimas tecnologías, y a precio más asequible que en sus países de origen. En este primer grupo también debe incluirse a los centros especializados en esta tecnología reproductiva (uno de los últimos negocios más rentables a nivel global) y a los bufetes de abogados de alto nivel como a los agentes intermediarios, que obtienen enormes beneficios.

b) Por otro lado, mujeres pobres, o en situaciones de necesidad, víctimas, muchas veces de sociedades altamente patriarcales, que se ven abocadas a alquilar su cuerpo y, en definitiva, su persona, a cambio de una retribución económica. La gran desigualdad cultural y educativa, hace que el desequilibrio entre las partes contratantes sea aún mayor. Si a ello se une Estados indiferentes a este drama humano con ordenamientos legales permisivos, se consigue una indefensión de las mujeres que son objeto de comercio y de los niños que se convierten en una mercancía a adquirir.

3. El contrato de “gestación por sustitución” (vehículo jurídico para la maternidad subrogada) es nulo de pleno derecho en el ordenamiento jurídico español. No está prohibido en sentido estricto, simplemente, no tiene ningún efecto. Es madre quien da a luz.

4. La nulidad de este contrato se basa en razones de orden público, vinculadas al respeto a la dignidad de la mujer gestante y del hijo. Este último **no puede convertirse en objeto de ningún negocio jurídico, ya que sólo las cosas, y nunca las personas, pueden ser compradas o vendidas**. De la misma manera, el cuerpo de la madre tampoco puede ser objeto de un contrato de “alquiler”, puesto que nuestro cuerpo no es propiedad nuestra en sentido estricto y por esto, no podemos vender sus partes, ni disponer a voluntad de ellas.

5. No existe un “derecho a la procreación” y por tanto un “derecho al hijo”, ni tampoco un derecho a la vida privada que justifiquen un hipotético derecho a la maternidad subrogada. Tener un derecho significa poder exigir frente a los demás y al Estado la realización de una determinada prestación. Para disfrutar de un derecho se requieren razones que vayan más allá de nuestros deseos y justifiquen la pretensión exigida desde la perspectiva del bien común.

6. El derecho español da una respuesta a la situación de los hijos nacidos como consecuencia de la realización de un contrato nulo, pues el padre biológico siempre puede determinar la filiación del niño a su favor, quedando la posibilidad de que su cónyuge le adopte. Por esta razón, nuestro ordenamiento jurídico es plenamente

respetuoso con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia como ha señalado nuestro Tribunal Supremo.

7. A la hora de evaluar en qué consiste el mejor interés del menor, no puede confundirse la perspectiva del juez con la del legislador. El primero juzga una situación de suya ilícita, en la que es preciso buscar la mejor solución para los menores nacidos que no deben sufrir las consecuencias negativas de la ilicitud de la conducta de los adultos. El legislador, en cambio, ha de preguntarse si el mejor interés de los niños, en general, consiste o no en venir al mundo como objeto de un negocio jurídico. Es un grave error, por tanto, plantear la regulación legal de la maternidad subrogada desde la experiencia de los casos concretos”.

8. Aunque la subrogación del útero pueda responder a una motivación inicialmente altruista por parte de la mujer, y aunque la práctica haya sido legalizada en algunos estados teniendo en cuenta esta variableⁱⁱ, la gestación subrogada constituye en último término un proceso precedido de una transacción económica o en el que se acuerda un pago periódico durante la gestación, ya sea en concepto de compensación o para la cobertura de costes sanitarios.

9. **Debería buscarse en primer lugar el bien del menor**, y no que esté quede supeditado al derecho de los comitentes y a su decisión. Por otro lado, La posibilidad (real, sucedida en otros países) de abandono de niños (partos gemelares), por patología (caso “baby Gammy”, en Tailandia) o por preferencia de sexo, lo que supondría una grave discriminación que atenta contra el principio de no discriminación del menor o de toda persona discapacitada.

II. La maternidad subrogada en España

La maternidad mediante gestación subrogada o vientre de alquiler es ilegal en España. Jurídicamente, el contrato de maternidad subrogada en nuestro país, se considera nulo de pleno derecho por el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistidaⁱⁱⁱ.

Penalmente, aparece tipificada como delito en el artículo 221 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal^{iv}, donde se recoge la sanción para aquellos que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación.

Dicha conducta se castiga con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. Además, en el apartado segundo del mismo precepto, se consigna el castigo tanto para la persona que lo recibe como para el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en un país extranjero.

Sin embargo, a pesar de esta normativa, España ha reconocido la filiación por subrogación a partir de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 26 de junio de 2014^v sobre los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia)^{vi} y 65941/11 (Labassee c/ Francia)^{vii}, por la que se declara la violación del Art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos sobre el derecho a la vida privada y familiar, por no reconocer la relación de filiación de los nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo.

Es decir, a partir de esta sentencia, nuestro país permite la inscripción en el Registro Civil del niño nacido fuera de España mediante vientre de alquiler en base al interés del menor^{viii}. Pero no modifica en ningún caso la prohibición sobre la maternidad subrogada.

III. La maternidad subrogada fuera de España

Aunque en algunos países europeos como Albania, Georgia, Croacia, Holanda, Rusia, Reino Unido, Grecia y Ucrania la maternidad subrogada es legal, en la gran mayoría de los estados de Europa está prohibida. En este sentido, además de en España, la gestación por vientre de alquiler está expresamente prohibida en Alemania, Austria, Estonia, Finlandia, Islandia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza Turquía y Francia^{ix}.

Al igual que ha ocurrido en el caso español, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 26 de junio de 2014 sobre los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/ Francia) ha derivado en el reconocimiento del derecho de filiación por subrogación en todos los países de la Unión Europea.

Por otra parte, en algunos estados europeos la maternidad subrogada está parcialmente tolerada. Este es el caso de Bélgica, Luxemburgo, Polonia o la República Checa. En otros, como es el caso de Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania, San Marino y Bosnia-Herzegovina no se cuenta con un desarrollo normativo que prohíba expresamente esta práctica de gestación^x.

En cuanto a la legalidad de la maternidad subrogada fuera de Europa, es reconocida en siete estados de Estados Unidos, así como en México, Australia, India y Tailandia^{xi}. En el caso de estos dos últimos países, a fin de controlar el aumento del llamado “turismo reproductivo”, los gobiernos locales han emitido leyes que prohíben la suscripción de contratos de gestación subrogada para las personas extranjeras.

IV. La propuesta de la Cátedra de Bioética “Jérôme Lejeune”

La regulación de la maternidad subrogada es uno de los temas que más protagonismo ha tomado en la agenda pública, tanto a nivel nacional como internacional. El auge de la industria de los vientres de alquiler y el desarrollo de un mercado globalizado, requiere de un análisis exhaustivo sobre el impacto económico y el negocio que se genera en torno a esta fórmula de concepción y gestación, así como también sobre las

cuestiones médicas, legales y éticas derivadas de la mercantilización del útero de miles de mujeres en todo el mundo.

De este modo, resulta deseable que, antes de iniciar cualquier tipo de desarrollo normativo que busque la regulación del mercado de los vientres de alquiler, las sociedades realicen una aproximación previa a esta realidad desde los postulados de la bioética. Se trata, por tanto, de ofrecer respuestas eficaces a las cuestiones bioéticas y biojurídicas que se plantean ante la maternidad subrogada antes de legislar sobre el asunto de los “vientres de alquiler”. Está en juego el bien de las personas y del menor.

Consideramos por tanto necesaria una reflexión interdisciplinar, ponderada y rigurosa sobre las siguientes cuestiones:

1. **Problemas de carácter médico para la salud de la mujer y el feto gestado**, derivados de la hiperestimulación de la fertilidad de las mujeres que alquilan su útero para satisfacer la demanda mundial de gestación subrogada. En gran parte de las ocasiones, la realización de los tratamientos de fertilidad excede las recomendaciones médicas, pudiéndose dar situaciones perjudiciales para la salud de la mujer y que podrían tener consecuencias en el desarrollo saludable del feto.
2. **Indisponibilidad de la vida humana y dignidad del embrión y feto humanos**, ya que la gestación subrogada implica una serie de cuestionamientos éticos y legales en torno a la toma de decisiones sobre la vida del futuro ser. En este sentido, se debe tener en cuenta la **integridad física del feto humano** ya que durante la gestación subrogada ésta resulta vulnerada de manera continuada, debido a la discriminación eugenésica sistemática en aquellos casos en los que el futuro bebé presenta algún tipo de enfermedad o discapacidad.
3. **Vulnerabilidad y autonomía de la mujer, cuyo cuerpo viene utilizado y mercantilizado como un objeto más**. La gestación subrogada impone un modelo de negocio donde los órganos reproductivos de la mujer son vistos como un recurso en términos económicos, despojando de todo valor la dimensión personal del individuo y el propio proceso de concepción.
4. **Nuevas formas de neocolonialismo y explotación reproductiva en países del tercer mundo**. Muchas mujeres son inducidas en países en desarrollo a participar del negocio de la maternidad subrogada como una forma de subsistencia ante la imposibilidad de disponer de otra fuente de ingresos. De este modo, se produce un aprovechamiento de una situación de indefensión para alimentar un mercado muy lucrativo para las compañías de fertilidad que lo dirigen y que, en comparación, no resulta nada beneficioso para las mujeres, ni en términos de sostenibilidad financiera y ni en bienestar psicológico y físico a medio y largo plazo.
5. **Uso de FIVET y bancos de óvulos y esperma**. Falta de control sobre la calidad y, sobre todo, la trazabilidad del material genético, debido a que los bancos de óvulos y esperma operan de forma global. Esto imposibilita que pueda haber un control sobre el origen de los óvulos y el esperma con el que se produce el embrión. Por este motivo, se han dado muchos casos sobre niños nacidos que compartían material genético, es decir, en que se había utilizado el mismo esperma o los mismos óvulos más para su concepción y gestación mediante FIVET.

6. **Eliminación del carácter íntimo e interpersonal de la gestación.** Los intercambios bioquímicos y afectivos que el recién nacido mantiene con la madre, cuyo vínculo de apego se instaura al comienzo del embarazo mediante un intercambio constante, van creando, organizando y sosteniendo las bases de la identidad del niño. Por tanto, si se considera que hay un vínculo entre el niño y la madre gestante, la ruptura de dicho vínculo de forma radical (tras el embarazo) podría generar en la madre una serie de consecuencias todavía no bien valoradas, y en el recién nacido podría afectar al desarrollo de su identidad.
7. **Mercantilización de la filiación y problemas derivados del registro del hijo gestado en un útero en el extranjero, así como la búsqueda del mejor interés para el menor.** Aunque la legislación de buena parte de países permite el registro de los niños gestados en un útero fuera del país, los trámites para lograrlo pueden alargarse muchos meses, produciendo situaciones traumáticas que pueden marcar al bebé de por vida. De igual forma, este tipo de registros derivados de la gestación subrogada reducen el valor de la filiación al depósito de una transacción económica, sin tener en cuenta ningún otro factor.
8. **Derecho del hijo a conocer a sus padres biológicos.** Y es que a pesar del reconocimiento de este en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y a diferencia de lo que ocurre en el caso de las adopciones, a las personas nacidas de la gestación subrogada les resulta negado el derecho de conocer a sus progenitores (en caso de una FIVET heteróloga de donante o donantes anónimos).
9. **Abandono de niños con discapacidad intelectual o física.** Resultan muy numerosos los casos de progenitores, que amparándose en el supuesto derecho que les otorga el haber realizado una transacción económica, rechazan la paternidad del bebé nacido por gestación subrogada cuando este no satisface sus criterios subjetivos de lo que resulta mejor. Y en el peor de los casos, desean que ese bebé sea eliminado eugenésicamente antes el parto mediante un aborto, sin tomar parte en esta decisión la mujer gestante (que podría ser además la madre biológica).

La **Cátedra de Bioética “Jérôme Lejeune”** considera que **por estos y otros problemas es necesario un debate riguroso y profundo en España** sobre la cuestión. Un debate que no responda solo a necesidades políticas o inmediatas de una de las partes (los comitentes), sino que tenga en juego las cuestiones médicas, éticas y legales de las personas cuyos cuerpos y vidas están en juego, a saber, las de la mujer gestante y, sobre todo, la del más vulnerable, el menor.

NOTAS

ⁱ Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Conclusiones Jornada Anual sobre Maternidad subrogada, octubre 2016.

ⁱⁱ Algunos países europeos como Reino Unido y Holanda permiten la maternidad subrogada siempre y cuando se considere que no existe una motivación lucrativa intrínseca al proceso. Fuente: "Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos", de Early Institute, 2014. http://earlyinstitute.org/wp-content/uploads/2015/04/EMFR_Early-Institute_TEXTO_MAPAS-corregidos.pdf

ⁱⁱⁱ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

^{iv} <https://www.boe.es/boe/dias/1995/11/24/pdfs/A33987-34058.pdf>

^v <http://hudoc.echr.coe.int/webServices/content/pdf/003-4804617-5854908>

^{vi} [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145389#{"itemid":\["001-145389"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145389#{)

^{vii} [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180#{"itemid":\["001-145180"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180#{)

^{viii} [http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3927-justicia-se-compromete-a-adequar-la-legislacion-para-facilitar-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-los-ninos-nacidos-de-039;vientres-de-alquiler039;/](http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3927-justicia-se-compromete-a-adequar-la-legislacion-para-facilitar-la-inscripcion-en-el-registro-civil-de-los-ninos-nacidos-de-039;vientres-de-alquiler039/)

^{ix} Fuente: "Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos", de Early Institute, 2014. http://earlyinstitute.org/wp-content/uploads/2015/04/EMFR_Early-Institute_TEXTO_MAPAS-corregidos.pdf

^x Fuente: "Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos", de Early Institute, 2014. http://earlyinstitute.org/wp-content/uploads/2015/04/EMFR_Early-Institute_TEXTO_MAPAS-corregidos.pdf

^{xi} Fuente: "Surrogacy: Human Right or Reproductive Exploitation?" <http://yaleglobal.yale.edu/content/surrogacy-human-right-or-reproductive-exploitation>