

¿Cosifica la *maternidad de alquiler* a la madre gestante y al hijo?

Beatriz Hermida Bellot

Profa. Derecho Civil

Universidad Cardenal Herrera-CEU

1. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de *maternidad de alquiler* o *gestación subrogada*?¹

Lo que comúnmente se conoce como vientre de alquiler, también llamada gestación por sustitución o gestación subrogada, podemos definirla como: aquella forma de reproducción en virtud de la cual una persona –hombre o mujer– o una pareja, cualquiera que sea su condición sexual, casados o no, –llamados padres intencionales–, acuerdan con otra mujer –llamada madre gestan-

1. Hermida Bellot, B. (2016). *Gestación subrogada, ¿técnica o forma de reproducción?: conceptualización, marco jurídico y problemática en el ordenamiento jurídico español*. Universidad CEU Cardenal Herrera, Facultad de Derecho, Empresa y Ciencias Políticas, Departamento de Derecho Privado y Disciplinas Jurídicas Básicas. <https://repositorioinstitucional.ceu.es/jspui/handle/10637/8597?mode=full>

te— que esta, bien sometiéndose a alguna técnica de reproducción asistida, bien de manera natural, se comprometa a fecundar y gestar el embrión que pertenecerá a los padres intencionales.

La madre gestante, en el acuerdo de gestación por sustitución renuncia a la maternidad que le pertenece por el hecho de dar a luz.

Puede aportar sus propios gametos para la formación del embrión, en cuyo caso estaremos ante una gestación por subrogación plena; o bien, los recibirá de los padres intencionales o de donante en cuyo caso estaremos ante una gestación por sustitución parcial.

Se trata, por tanto, de una forma de reproducción que, generalmente, se realiza a través de una técnica de reproducción asistida, normalmente la fecundación *in vitro*, aunque no necesariamente; por ejemplo, si la madre gestante va a aportar sus propios gametos, nada impediría, en el hipotético caso de que se admitiera la gestación subrogada en nuestro Derecho, que celebrara un contrato con los padres de intención por el que acuerden que la madre gestante tendrá relaciones sexuales con el padre de intención y que posteriormente renunciará a la maternidad a favor del padre y de su esposa. Por lo tanto, la aplicación de la técnica de reproducción asistida concreta

(fecundación *in vitro*) no es esencial (aunque sí que es lo habitual) para que se dé la gestación subrogada y por ello, no deberíamos considerarla una técnica de reproducción asistida en sí, sino una forma de reproducción que se puede realizar —o no— aplicando una técnica de reproducción asistida. Esto es importante porque si la consideramos como una técnica de reproducción asistida más, debería ser aceptada y regulada en nuestro Derecho como cualquier otra técnica de reproducción asistida, según la legislación vigente. Porque lo esencial de la gestación subrogada no es tanto el procedimiento técnico que se utiliza para que tenga lugar la fecundación sino qué es lo que conlleva: la renuncia a la maternidad.

Esta forma de reproducción se puede llevar a cabo bien de manera absolutamente gratuita, en los casos en los que no medie ni remuneración ni compensación por la labor realizada por la gestante, o bien de manera comercial o lucrativa, cuando la gestante reciba alguna cantidad de dinero por el trabajo realizado de fecundación, gestación y parto, ya sea una mera compensación por gastos y servicios prestados, ya sea una remuneración o precio.

Algunas voces consideran que la gestación por sustitución en la que no se pacta una remu-

neración por servicios sino una compensación por gastos o daños sufridos es altruista y no comercial. El Comité de los Derechos del Niño ha criticado la fina línea divisoria existente entre una y otra y la dificultad de probar cuándo estamos ante una remuneración y cuándo ante una verdadera compensación.

2. ¿Qué dice el Derecho Español?

La única norma que destina nuestro ordenamiento jurídico a la materia es el artículo 10 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida de 26 mayo del año 2006, que dispone:

«1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

Haciendo un breve análisis de este artículo vemos que el apartado primero del mismo decla-

ra nulo el contrato de gestación por sustitución, ya sea comercial, ya sea altruista.

En el segundo apartado se señala que, si llegara a producirse la gestación subrogada y el nacimiento de un bebé, éste se consideraría hijo de la madre portadora, la gestante, y no de los padres de intención, por lo que se aplica en nuestro Derecho el principio *mater semper certa est*, la madre siempre es cierta, y no se tendría en cuenta lo pactado en el contrato de gestación subrogada.

Por último, deja a salvo el apartado tercero la posibilidad de que el padre biológico reclame la paternidad conforme a las reglas generales de reclamación de la paternidad. De esta manera, si quien ha celebrado el contrato con la madre gestante no es padre biológico, no podría ejercitar esta acción de paternidad, y la mujer que contrata el vientre de alquiler no podría ejercitar esta acción nunca pues como acabamos de ver, el artículo reconoce el principio de que la madre siempre es la que da a luz.

En resumen, a la vista de este artículo, y refiriéndonos siempre al hipotético caso en el que se llevase a cabo la gestación subrogada en España, nacido un niño mediante esta práctica, el contrato se consideraría nulo, inexistente; se consideraría como madre, la madre subrogada, la que da a

luz, y el padre, siempre que hubiera aportado sus gametos, sometiéndose a una prueba de paternidad podría reclamar la paternidad conforme al procedimiento legal oportuno.

Sin embargo, esta prohibición en el Derecho español no impide el nacimiento de niños mediante gestación subrogada en otros países.

3. ¿Cuáles son las principales controversias y complicaciones jurídicas que plantea?

Ante esta situación se produce una huida al extranjero de personas que desean tener hijos a través de esta vía, siendo los países más frecuentes: EE. UU., India, Ucrania, México, entre otros. Surge así el llamado turismo reproductivo.

En los últimos años, se han modificado las legislaciones de algunos países en los que se estaban produciendo verdaderos abusos a mujeres, países en los que se habían creado las llamadas «granjas de mujeres» que producían en masa niños para compradores del primer mundo; de manera que ahora han limitado sus fronteras a nacionales de dichos países para generar esta práctica, prohibiendo la entrada a extranjeros y así evitando el turismo reproductivo, como la India o Tailandia.

Actualmente, estos no son destinos buscados por personas que desean celebrar un contrato de gestación subrogada y, de esta manera, se han acabado con los abusos producidos a mujeres en dichos países. No sucede así en otros, que todavía lo permiten.

Con todo, si un español quiere contratar una madre subrogada, no puede hacerlo en España, pues lo prohíbe, como hemos visto, el art. 10 Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, pero se puede ir al extranjero a obtener su deseada descendencia.

El reto jurídico se plantea cuando quien acude a un Estado en el que es legal la gestación por sustitución pretende que el vínculo de filiación creado en dicho Estado se reconozca en nuestro país a través de la inscripción del nacido en el Registro Civil español como hijo y con la nacionalidad de los padres comitentes (los que han contratado la gestación subrogada).

Ante la falta de regulación legal, ha sido la jurisprudencia, tanto de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en la actualidad, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), como de los tribunales la que ha tenido que ir dando solución a los problemas prácticos que han ido surgiendo sobre la cuestión. De esta

manera y una vez vista la situación legal, vamos a ver la situación jurisprudencial:

Podemos encontrar dos posturas bien diferenciadas y contradictorias. Por un lado, la de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado (la Ley del Registro Civil la define como centro directivo y consultivo del Registro civil en España que resuelve sobre cuestiones que se planteen sobre estado civil e inscripción en el Registro Civil. Estas resoluciones son vinculantes). Y, por otro lado, tenemos la postura de los tribunales españoles. Paradójicamente, ambas fundamentan en parte sus tesis en la defensa y protección del interés superior del menor.

a) Postura del Tribunal Supremo

En el tema que nos ocupa, el Alto Tribunal en Sentencia de 6 de febrero de 2014, niega la posibilidad de inscripción directa de la filiación de los menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero.

Para ello se basa en la prohibición del artículo 10 y señala que el principio de interés superior del menor no puede utilizarse como excusa para contrariar lo dispuesto en la ley, añadiendo que

el interés superior del menor no es el único principio que hay que tomar en consideración en este caso, sino que también hay que ponderar otros como el principio de legalidad o el de orden público². Además, el Tribunal Supremo considera que, denegando la inscripción directa de estos menores, no se vulnera el derecho del menor a una identidad única (argumento que utilizan quienes defienden la inscripción directa de los menores en el Registro Civil) porque aplicando el artículo 10 en su párrafo tercero se puede reconocer igualmente la filiación de los menores, respetando la legalidad, aunque el procedimiento sea más largo, ya que implica ejercitar una acción de filiación.

Es decir, los padres de intención deberían acudir al procedimiento de determinación de la filiación mediante el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación y realización de pruebas de paternidad para así determinar la paternidad

2. Conjunto de normas o principios que en un momento histórico determinado reflejan el esquema de valores esenciales de una comunidad; estas normas, como el art 10 no pueden dejarse de lado por la voluntad de las partes ni por aplicación de normas extranjeras porque responden a ciertos principios esenciales de nuestra comunidad.

y la madre de intención podría adoptar al hijo de su cónyuge o conviviente.

De esta manera, el Tribunal Supremo lo que en definitiva hace es denegar la inscripción, pero consentir la filiación determinada por la resolución judicial y la certificación extranjera. Los detractores de esta postura entienden que esto va en contra del interés superior del menor pues quedaría sin filiación y sin identidad propia hasta que se tramitara la acción de reclamación de la filiación y posterior adopción a la que antes hemos hecho referencia.

El Tribunal Supremo basa su postura en el hecho de que en nuestro Derecho la inscripción no es constitutiva (aunque sí que supone el reconocimiento de la filiación), por lo que los menores pueden tener la filiación determinada por las autoridades extranjeras, pero no estar inscritos en el Registro Civil español, hasta que se resuelva su situación por la vía legal (la del ya comentado párrafo tercero del artículo 10 Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida).

El problema que plantea la solución del Tribunal Supremo es el siguiente: ¿qué ocurre cuando el nacido no es hijo biológico de ninguno de los padres de intención? Es decir ¿qué ocurre si el menor ha sido concebido mediante la utilización de

gametos donados? En este caso el menor quedaría totalmente desprotegido y sería imposible reconocer su filiación respecto de los padres de intención.

b) Postura de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado

El citado órgano aboga por la inscripción de los niños nacidos mediante gestación subrogada en el Registro Civil español, y la Instrucción de 5 de octubre de 2010 establece los requisitos para que se pueda practicar esta inscripción, exigiendo para ello como requisito previo la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada en el país en el que se ha producido la gestación subrogada en la que se acredite el control del cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato, la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. Esta resolución judicial determinará la filiación del nacido señalando como padres a los padres de intención y sin mencionar a la madre gestante (dato importante de cara a la protección, o desprotección del menor, en orden al conocimiento de sus orígenes biológicos regulado en el art. 7 Convención de los Derechos del niño 20 noviembre 1989). Presentando esta resolución

judicial se podrá practicar la inscripción de estos niños en España por la vía del reconocimiento o del exequatur³. De manera que, con esta solución, aunque esté prohibida en España la gestación subrogada, los niños nacidos mediante este sistema en el extranjero podrán inscribirse en el Registro Civil español, así, la gestación subrogada no se puede celebrar en España, pero sus efectos se pueden conseguir acudiendo al extranjero a realizar esta práctica.

Los movimientos en contra de la gestación subrogada critican esta solución en aras a la discriminación que produce pues, solo quien tenga medios económicos para salir del país y contratar una madre de alquiler podrá cumplir su deseo de ser padre o madre por esta vía.

Establece la instrucción que con ella se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

En este caso, la cuestión que se plantea es: ¿qué ocurre cuando la gestación subrogada se ha producido en un país en el que dentro del pro-

3. Reconocimiento en nuestro país de la validez de una sentencia extranjera.

ceso de determinación de la filiación no se dicta una sentencia judicial?

Para estos casos la Instrucción deja a salvo la posibilidad de que se pueda aplicar el párrafo tercero del artículo 10 Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida y obtener la paternidad conforme a las reglas generales de reclamación de la misma.

El hecho de que el Tribunal Supremo y la Dirección General no se pongan de acuerdo sobre cómo solucionar este conflicto legal produce una enorme inseguridad jurídica a quienes recurren a legislaciones extranjeras para ser padres por esta vía.

La Conferencia de la Haya ha trabajado para la consecución de un acuerdo internacional que solucione esta situación sin llegar, por el momento, a ninguna conclusión en firme.

4. ¿Por qué la maternidad de alquiler cosifica a la madre gestante y al hijo?

Mediante el contrato de gestación subrogada, las partes acuerdan que, a cambio de un precio o, como mínimo, una compensación por los servicios prestados, la madre gestante contratada gestará el embrión transferido, renunciará a la ma-

ternidad que le corresponde por el hecho de dar a luz y entregará al nacido a favor de las personas que lo han encargado.

Nos encontramos con un contrato en el que el objeto del mismo no solo es el precio o la compensación pactada sino, en definitiva, una persona, el nacido. ¿Puede un sujeto ser objeto de un contrato? Esta es la cuestión que hace quebrar la gestación subrogada desde el punto de vista de la ética pues, a la postre, de ello se deriva la cosificación de una persona.

¿Podemos entender que el menor puede resultar ser un tercero perjudicado?

Con esta práctica, como hemos comentado anteriormente, se puede privar al menor del conocimiento de sus orígenes biológicos ya que queda a discreción de los padres intencionales ponerle en conocimiento de sus orígenes, o no, de hecho, se suele pactar en el contrato que la madre gestante nunca pueda dar a conocer su identidad al nacido. En nuestro ordenamiento jurídico y en el Derecho internacional, esto choca directamente con el derecho de los menores a conocer sus orígenes biológicos.

Se plantea, además la cuestión de si se puede considerar la gestación subrogada como un supuesto de venta o tráfico de niños.

El artículo 2 del 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 de 25 de mayo de 2000, señala:

«A los efectos del presente Protocolo: a) 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».

A la vista de este artículo es fácil pensar que la definición de gestación subrogada encaja perfectamente en la definición de venta de niños.

Por otro lado, la maternidad de alquiler obliga a romper el llamado vínculo de apego que se produce entre la madre gestante y el bebe en gestación, y que física y psicológicamente afecta a la madre que va a tener que entregar al hijo al dar a luz. Vulneramos uno de los vínculos y de las relaciones naturales más fuertes que existe en la naturaleza de los seres humanos, que se da durante el embarazo, y esto no puede ser a coste cero ni para la madre ni el hijo nacido.

Además, pueden surgir durante el procedimiento cuestiones imprevistas que pudieran comprometer la situación del menor, ¿qué ocurri-

ría si el niño –inesperadamente– naciera con una discapacidad congénita o anomalía cromosómica y los padres decidieran resolver el contrato? ¿se le queda la madre de alquiler que, *a priori*, renunció a la maternidad?; de igual modo, ¿qué ocurriría si los padres intencionales se divorcian antes del nacimiento?

Son cuestiones que no tienen solución prevista, por ello, se hace necesario, que las autoridades públicas tomen cartas en el asunto bien para regular y dar carta de naturaleza a la gestación subrogada, bien para determinar las opciones que tiene el menor nacido que no ha sido parte en el contrato de gestación, sino que es, más bien, como apuntábamos, un tercero perjudicado.

Por lo que respecta a la gestante, todas las obligaciones que asume desde la firma del contrato en lo que a su propio cuerpo se refiere (someterse a uno o varios procesos de hormonación en la mayoría de los casos, cumplir estrictas medidas de seguridad, someterse a un control alimentario, generalmente, además, exonera a los comitentes de los daños físicos y psíquicos que pueda sufrir, etc.) demuestran que esta pone a disposición de los padres comitentes todo su cuerpo, en general, así como su actividad y salud física y mental, no

solo su útero (o cavidad física incubadora), como en algún caso se defiende.

La gestación subrogada, conlleva, además, la idea de que la mujer es un objeto del que se puede disponer a cambio de un precio o una compensación, por lo que la gestación subrogada se convierte en un supuesto de mercantilización de la mujer y de su capacidad gestativa. Debemos de tener en cuenta que la capacidad gestativa de la mujer es la expresión más significativa de su condición femenina y de su maternidad, así quien pone su vientre en alquiler, no está haciendo uso del derecho a disponer de su propio cuerpo, está alquilando su esencia y, por tanto, su dignidad. El cuerpo humano, por ser el cuerpo de una persona que ostenta una dignidad inalterable, no puede reducirse a una cosa, a un objeto susceptible de compraventa y de explotación para obtener dinero. Justificar y autorizar este tipo de actos nos convertiría en responsables directos o cómplices de una lamentable degradación del ser humano.

El propio proceso de selección de la mujer gestante la cosifica de manera indiscutible. Y, de hecho, las agencias intermediarias tienen mujeres a la carta que ofrecen a los padres de intención para que, bajo criterios de buena salud o carac-

terísticas físicas, puedan elegir candidata a gestar su bebé.

Por último, no podemos dejar de mencionar otros interrogantes que se derivan de esta práctica ¿qué sucede si la madre gestante decide abortar? ¿pueden los padres intencionales obligarle a abortar si el feto viene con patologías congénitas? Suelen recogerse en el contrato cláusulas relativas a estas cuestiones siendo los padres de intención los que tienen el poder decisorio sobre estas cuestiones, de nuevo, convirtiendo a la mujer gestante en un mero objeto útil.