

## Tratamiento de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado.

Tratamento de barriga de aluguel em Direito Comparado.

Treatment of surrogacy in Comparative Law.

Ángela Ruiz SÁENZ<sup>1</sup>

**RESUMEN:** El progreso experimentado en las ciencias de la vida y de la medicina impulsado por los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos ha propiciado el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida como una solución al problema de la esterilidad, sustituyendo a la adopción como alternativa tradicional a la paternidad biológica. En este contexto, merece especial mención la maternidad subrogada dada la controversia que genera desde un punto de vista social, ético, biomédico y jurídico. La dispar regulación de ésta práctica en los derechos nacionales ha propiciado el “turismo reproductivo”, esto es, el traslado de parejas procedentes de países donde la práctica de la maternidad subrogada es ilegal a otros países en que su práctica es legal, lo que conlleva problemas de derecho internacional privado en cuanto al reconocimiento de la filiación de los nacidos mediante el uso de estas técnicas.

**Palabras Claves:** técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada, contrato, filiación

**RESUMO:** O progresso nas ciências da vida e medicina impulsionadas por avanços e descobertas da ciência moderna e tecnologia levou ao desenvolvimento de tecnologias de reprodução humana assistida como uma solução para o problema da infertilidade, a adoção substitui alternativa tradicional paternidade biológica. Neste contexto, menção especial dada disputas surrogacy gerados a partir de um ponto de vista social, ético, legal e biomédica. O regulamento díspares desta prática para o direito nacional levou ao “turismo reprodutivo”, isto é, a transferência de casais de países onde a prática da barriga de aluguel é ilegal em outros países onde a prática é legal, levando privadas internacionais questões de direito relativas ao reconhecimento da paternidade de crianças nascidas com o uso dessas técnicas.

---

<sup>1</sup> Investigadora del Grupo de Investigación de Derecho y Salud del Observatorio de Salud Pública de Cantabria (España). Profesora del Máster en Dirección y Gestión de Servicios Sanitarios de la Universidad de Cantabria. Asesora Jurídica del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria.

**Palavras-chave:** humana assistida, tecnologias reprodutivas, barriga de aluguel, contrato, filiação

**ABSTRACT:** The progress in the life sciences and medicine driven by modern advances and discoveries of science and technology has led to the development of assisted reproductive technology as a solution to the problem of infertility, replacing adoption as a traditional alternative to biological parenthood. In this context, deserves special mention surrogacy by the disputes generated from a social standpoint, ethical, legal and biomedical. The disparate regulation of this practice into national law has led to the “reproductive tourism”, that is, the transfer of couples from countries where the practice of surrogacy is illegal in other countries where the practice is legal, leading private international law issues relating to the recognition of the parentage of children born through the use of these techniques.

**Keywords:** assisted reproductive technology, surrogacy, contract, affiliation

## INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada, también conocida como gestación por sustitución o más comúnmente como maternidad de alquiler o vientre de alquiler, puede ser definida como aquella práctica en virtud de la cual, una mujer, a través de un acuerdo, con o sin precio, se compromete a gestar un bebé con el fin de entregarlo después del parto a aquella o aquellas personas que van a ser sus padres, biológicos o no, renunciando ella a su filiación.

Desde el punto de vista de quien aporte el material genético podemos distinguir entre una subrogación tradicional (o parcial), en la cual la madre de alquiler es inseminada artificialmente con el espermatozoides de la persona que contrata o de una de las personas que conforman la pareja que contrata o bien con el espermatozoides de un donante, resultando en todo caso que la madre de alquiler, en tanto que aporta su material genético, es además la madre biológica; y una subrogación gestacional (o plena) en la cual la madre de alquiler se limita a gestar el embarazo para lo cual le es transferido el embrión concebido mediante fecundación in vitro, pudiéndose llevar a cabo dicha técnica con gametos de la pareja contratante o gametos de donante.

La maternidad subrogada se apoya por lo tanto en las dos técnicas de reproducción humana asistida más comunes, esto es, en la inseminación artificial y en la fecundación in vitro. Pero a diferencia del uso aislado de estas técnicas, en las que la voluntad de ser madre pertenece siempre a la mujer gestante, en la maternidad subrogada la voluntad de ser madre queda dissociada de la gestación.

Desde el punto de vista de quien contrate la maternidad subrogada con una madre de alquiler podemos distinguir según se trate de una pareja heterosexual, homosexual o bien de una mujer o de un hombre solos.

Finalmente, desde el punto de vista económico podemos distinguir según la madre de alquiler actúe por solidaridad y de forma altruista o bien medie contraprestación económica. El ánimo lucrativo en la práctica de la maternidad subrogada constituye uno de los aspectos más criticados en tanto que pueda derivar en una explotación de las mujeres con menores recursos económicos, facilitando por otro lado el acceso a la paternidad a aquellas personas que gozan de mayor disponibilidad económica. Supone en definitiva una instrumentalización del más débil en favor del económicamente más poderoso y una cosificación tanto de las mujeres como de los propios niños convirtiéndolos en objeto de comercio vulnerando con ello el principio de indisponibilidad del cuerpo humano. Además podría llegar a darse el caso de que accedieran a estas técnicas mujeres, no por razones médicas sino más bien por razones de conveniencia, al objeto de evitar las repercusiones estéticas o profesionales que conlleva el embarazo.

Desde el punto de vista de derecho comparado existe una gran disparidad en la regulación de la práctica de la maternidad subrogada, pudiendo clasificar los países en tres grandes bloques según que la maternidad subrogada sea ilegal en cualquier caso, sea legal siempre y cuando no medie contraprestación económica o sea legal con independencia de que medie o no contraprestación económica. Ello teniendo en cuenta además que la mayor parte de los países ni siquiera regulan la práctica de la maternidad subrogada. En cualquier caso, esta disparidad en la regulación potencia el “turismo reproductivo”, esto es, el traslado de parejas procedentes de países donde la práctica de la maternidad subrogada es ilegal a otros países en que la práctica de la maternidad subrogada es legal, práctica que conlleva diversos problemas, resultando imposible un absoluto control en la calidad y seguridad de los servicios ofrecidos, pudiendo incluso presentar riesgos para las madres y los niños. Los casos de maternidad subrogada internacional aumentan día a día. Todo ello genera importantes problemas de derecho internacional privado relativos a la jurisdicción competente o la determinación de la filiación. En este sentido, el “Informe preliminar sobre los problemas derivados de convenciones alternativas de maternidad de carácter internacional” de la Conferencia de derecho internacional privado de la Haya de marzo de 2012 (1) analiza los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional. A través del citado documento se propone la adopción de un instrumento internacional que permita, no tanto la armonización de las normas de Derecho internacional privado relativas al establecimiento de la filiación en aquellos casos en los que media un contrato de maternidad por sustitución, sino el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades que favorezca el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en un Estado que admita esta forma de gestación por sustitución en otro Estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica. El documento de referencia propone asumir la doctrina del orden público atenuado para las situaciones legalmente creadas en el extranjero, lo cual permitiría reconocer los efectos jurídicos derivados de la gestación por sustitución realizada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, aun cuando esta práctica esté prohibida en el Estado en el que se pretende dicho reconocimiento.

En este sentido España, que como veremos a continuación es uno de los países en los que la maternidad subrogada está prohibida, cuenta con una Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la

Dirección General de Registros y Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>(2)</sup> que, con la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, permite la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución siempre que junto a la solicitud de inscripción se presente la resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. La exigencia de resolución judicial en el país de origen persigue controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como proteger los intereses del menor y de la madre gestante, permitiendo constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores. Consecuentemente, no cabe admitir como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante, en aras a proteger el derecho del menor a conocer su origen biológico<sup>2</sup>.

### **Países en los que la maternidad subrogada es ilegal**

En primer lugar cabe aludir a aquellos países en los que la maternidad subrogada es ilegal. Es el caso de España, Francia, Italia, Alemania o Suiza.

En *España* la gestación por sustitución está expresamente prohibida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (3) cuyo apartado primero declara la nulidad de pleno derecho de aquel 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. El precitado artículo 10.1 prohíbe por lo tanto cualquier tipo de gestación por sustitución con independencia de quien aporte el material genético, quien contrate la gestación o de que medie o no contraprestación económica. Cabe deducir que la nulidad del contrato deriva de la ilicitud de su objeto, bien por hallarse fuera del comercio de los hombres, bien por su contravención de las leyes o las buenas costumbres (artículo 1271 del código civil). En este sentido, aunque no existiera norma prohibitiva en el ordenamiento español, el contrato sería nulo por ilicitud de su causa y por razón de su objeto por lo que no se derivaría obligación alguna de la mujer gestante de entrega del nacido tras el parto. Consecuentemente, y en virtud de lo previsto en los apartadossegundo

<sup>2</sup> De conformidad con lo previsto en el artículo 7.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre 1989 sobre los derechos del niño “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. En un mismo sentido, el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional recoge el derecho de las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores

y tercero del precitado artículo 10, la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto de modo que la mujer que da a luz en virtud de un contrato de gestación por sustitución será la madre legal con independencia de quien haya aportado el material biológico, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. Consecuentemente la madre de deseo, incluso en el supuesto de haber aportado su material genético, carece de derecho a reclamar la maternidad, y ello porque el legislador español da prevalencia a la maternidad de gestación sobre la maternidad genética basándose para ello en la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los 9 meses de embarazo. No obstante, la Ley prevé la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación. Es decir, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna<sup>3</sup>. Consecuentemente, en la relación contractual prohibida por el precitado artículo 10, el miembro de la pareja estable no aparece como donante anónimo. Para el caso de que se haya contado con donante, habrá de atenderse a la regla general del anonimato e imposible determinación de la paternidad<sup>4</sup>. (4)

La declaración de nulidad del contrato no lleva aparejada sanción administrativa alguna ni la celebración del mismo tiene trascendencia penal pero ello significa simplemente que el acuerdo de voluntades que supone el contrato no tiene sanción, pero no implica que no tenga trascendencia jurídica alguna. En este sentido, la filiación del menor nacido por gestación por sustitución se otorga por disposición de la ley a la madre que lo ha dado a luz, lo que supone que la ley española prohíbe expresamente que la filiación en casos de gestación por sustitución no se inscriba a favor de persona que lo ha parido.

En *Francia* el artículo 16.7 del Código Civil señala que “*todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo*”. En este sentido, en mayo de 2010, el Comité Consultatif National d’Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé (Comité Nacional Consultivo de Ética para las ciencias de la vida y la salud) emitía un aviso (el nº 110) sobre los aspectos éticos planteados por la gestación por sustitución, afirmando que la misma es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos. No obstante lo anterior, en el año 2012 el Tribunal de Apelación de Rennes (Bretaña) ha permitido la inscripción en el

<sup>3</sup> Las acciones a las que se refiere el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, son las generales de la determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>4</sup> En virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes, teniendo derecho los hijos nacidos, así como las receptoras de los gametos y de los preembriones, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, prevé la Ley la revelación de la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En cualquier caso, dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará publicidad de la identidad de los donantes. El citado precepto trata por tanto de salvaguardar el derecho a la intimidad del donante frente al derecho del hijo a conocer su origen con el propósito de favorecer el acceso a las técnicas de reproducción humana artificial dada la dificultad de obtener material genético para llevarlas a cabo.

Registro Civil francés del nacimiento de dos niños gemelos nacidos en 2010 de padres franceses pero de madre de gestación india. Este fallo confirma una sentencia de primera instancia previa, aunque aún puede ser recurrido. Sendos certificados de nacimiento han sido autorizados en base al artículo 47 del código civil francés conforme al cual *“todo acto de registro civil de franceses y extranjeros celebrado en un país extranjero y redactado según los usos habituales en aquel país será considerado un acto administrativo auténtico”*.

En *Italia* la maternidad subrogada sea comercial o altruista también es ilegal. Así la Ley de 19 de febrero de 2004, n° 40 sobre “Las normas sobre la procreación médicamente asistida” señala en su artículo 12.6 (Capítulo V. Prohibiciones y sanciones) que *“quien, en cualquier forma, produce, organiza o anunciar la venta de gametos o embriones o subrogación de la maternidad, será castigado con prisión de tres meses a dos años y una multa de entre 600.000 y un millón de euros”*.

En *Alemania*, la Ley de protección del embrión 745/90 de 13 de diciembre de 1990 (5) señala en su artículo 1 relativo a “utilización abusiva de las técnicas de reproducción” que *“será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento”*. No obstante señala la Ley que no serán sancionadas *“la madre de sustitución ni tampoco la persona que desea tomar a su cargo el niño en forma definitiva”*.

En *Suiza* en virtud del artículo 119.2 d) de la Constitución Federal Suiza del 18 de abril de 1999 *“se prohíbe la donación de embriones, así como las todas las formas de maternidad de sustitución”*.  
(6)

### **Países en que la maternidad subrogada es legal siempre que sea altruista**

En segundo lugar, están aquellos países en que la maternidad subrogada es legal siempre que sea altruista. Son países como México, Canadá, Brasil o Reino Unido.

*México* cuenta con una Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal de 22 de abril de 2010 (7) que regula de manera exhaustiva los requisitos y formalidades para la práctica de la maternidad subrogada. El Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal fue una iniciativa presentada por el Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, en la V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al objeto de brindar certeza jurídica y resolver el problema de la infertilidad como un asunto de salud pública, basándose en principios de autonomía, dignidad, universalidad e información (8)

La citada Ley regula la Maternidad Subrogada como la práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer, definiéndola en su artículo 2 como *“la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de*

*un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su material genético*". Consecuentemente, la Ley no permite en principio que parejas homosexuales puedan recurrir a la Maternidad subrogada. Sí permite la Ley que las mujeres en estado civil diferente al señalado puedan acceder a esta práctica médica, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados para la madre biológica en la Ley, esto es, tratarse de una mujer con capacidad de goce y ejercicio que posea una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporte sus óvulos para la fecundación comprometiéndose mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejerciendo los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica.

La Maternidad Subrogada se realizará sin fines de lucro para la madre biológica y el padre, y la mujer gestante, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el periodo gestacional. Sin perjuicio de lo anterior, la madre biológica y el padre deben hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la gestación, hasta la total recuperación de la mujer gestante certificada por el médico tratante, con independencia si se logra o no el nacimiento.

La madre biológica, el padre y la mujer gestante, han de ser habitantes del Distrito Federal, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia de residencia, expedida por autoridad competente. Esta circunstancia imposibilita el turismo reproductivo a México por parte de parejas procedentes de países donde la maternidad subrogada está prohibida.

La mujer gestante deberá tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre. No obstante, en caso de que no exista una candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier mujer en la práctica de Maternidad Subrogada. Se reconoce además a la mujer gestante el derecho a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece el artículo 148 fracciones II y III del Código Penal<sup>5</sup>, sin que sea causa de responsabilidad civil y penal.

El consentimiento que otorguen las partes que intervienen en la práctica de la Maternidad Subrogada deberá realizarse ante Notario Público, mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada que para tal efecto disponga la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal. El consentimiento otorgado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada y la realización de esta práctica médica, no produce ninguna relación de parentesco o materno filial entre el menor

<sup>5</sup> El artículo 148, fracciones II y III, del Código Penal para el Distrito Federal (publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002), considera como excluyentes de responsabilidad penal en el delito del aborto "II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora; III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada".

nacido y la mujer gestante. En todos los casos los derechos de filiación serán a favor de la madre biológica y el padre. En caso de separación de la madre biológica y el padre, o del fallecimiento de uno o ambos antes de que nazca el menor producto de la Maternidad Subrogada, el Juez de lo Familiar resolverá la situación de este, en términos de las reglas sobre patria potestad, guarda y custodia y tutela que establece el Código Civil.

*Canadá* ha prohibido la subrogación comercial en 2004 a través de la aprobación de la Ley de Reproducción Humana Asistida (9), mientras que la subrogación altruista sigue siendo legal. En virtud de lo dispuesto en la Sección 6 de la citada Ley, nadie podrá pagar una recompensa a una persona de género femenino para que sea una madre sustituta, ni ofrecer pagar tal recompensa o publicitar para que dicho pago sea efectuado. De igual modo dispone la Ley que nadie podrá aceptar el pago de una recompensa por gestionar el servicio de una madre sustituta, ni ofrecerse a efectuar dicha gestión mediante una recompensa o publicitar el ofrecimiento de gestionar dicho servicio y nadie podrá pagar una recompensa a otra persona para que gestione el servicio de una madre sustituta, ni ofrecer pagar por dicha gestión ni publicitar para que se efectúe un pago por la misma. En relación con la madre sustituta señala la Ley que nadie podrá aconsejar o inducir a una persona de género femenino para que sea madre sustituta, ni proporcionar ningún tipo de tratamiento médico para que una persona de género femenino sea una madre sustituta, con el conocimiento, o con fundadas razones para creer que la persona de género femenino tiene menos de 21 años de edad.

*Brasil* prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica y lo hace sobre la base del artículo 199.4 de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (10) conforme al cual *“la ley dispondrá sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de transplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, prohibiéndose, todo tipo de comercialización”*. El 6 de enero de 2011 se publicó en el Diario Oficial la decisión del Consejo Federal de Medicina que apunta a combatir el llamado “vientre de alquiler” señalando que *“la donación temporal del útero nunca tendrá carácter lucrativo o comercial”*. La gestación por sustitución procede en aquellos supuestos en que exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. La madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica en una relación de parentesco hasta el segundo grado. El Consejo Federal de Medicina ha bautizado este procedimiento como “vientre solidario”.

En *Reino Unido* los acuerdos de subrogación comercial no son legales. Estos acuerdos fueron prohibidos por ley de 1985 (Surrogacy Arrangements Act 1985). La citada Ley ni prohíbe la maternidad subrogada ni sanciona a la madre subrogada ni a quienes solicitan sus servicios, sino que condena la negociación de dichos acuerdos con fines lucrativos, si bien se admite, al igual que en Grecia, el pago a la madre gestante de los gastos razonables que se deriven de la misma. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz. Sólo se transfiere (pasado un periodo de reflexión) a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales. La citada Ley



fue modificada por Ley de 1990 (Human Fertilisation and Embryology Act 1990) que introdujo la posibilidad de que las madres pudiesen mantener al bebé en el supuesto de que cambiaran de opinión y por Ley de 2008 (Human Fertilisation and Embryology Act 2008)

### **Países en que la maternidad subrogada es legal**

En tercer lugar están aquellos países en que la maternidad subrogada, medie o no contraprestación económica es legal. Es el caso de Ucrania, Rusia, India y parte de los estados de Estados Unidos.

En *Ucrania* la maternidad subrogada es legal. El nuevo Código de Familia de Ucrania (artículo 123, punto 2) dispone que, en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, los cónyuges serán los padres del niño, incluso en los programas de gestación por sustitución. El punto 3 de dicho artículo consagra a los cónyuges la posibilidad de realizar la fecundación in vitro con ovocitos donados. En cualquier caso, se considerará que el embrión procede de los cónyuges. De tal modo, habiendo dado su consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, los cónyuges ejercerán sin limitación alguna la patria potestad sobre los niños nacidos a consecuencia de dichas técnicas.

En *Rusia*, la maternidad subrogada no sólo es legal sino que es accesible para prácticamente todos los mayores de edad que deseen ser padres. El estado civil de los usuarios no tiene trascendencia, pudiendo acudir personas sin pareja o parejas no casadas. Hay ciertas indicaciones médicas<sup>6</sup> para acudir a la gestación por sustitución: ausencia del útero, malformaciones del útero o del cérvix, sinequia uterina, enfermedades somáticas en las cuales está contraindicado el embarazo, reiterados intentos fallidos de FIV cuando se generan embriones de alta calidad pero, una vez transferidos, no se consigue el embarazo. En cuanto a la madre de alquiler pueden serlo las mujeres de entre 29 y 35 años de edad que tenga al menos un hijo propio sano, una buena salud psicosomática y que hayan otorgado su consentimiento voluntario.

En Rusia el primer programa de gestación por sustitución fue llevado a cabo en 1995 en el Centro de FIV adjunto al Instituto de Obstetricia y Ginecología de San Petersburgo.

La inscripción registral de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada se rige por el Código de Familia de Rusia (artículos 51 y 52) y la Ley de Actos del Estado Civil (artículo 16). La madre de alquiler tiene que dar su consentimiento para que sea registrado el nacido<sup>7</sup>. No se requiere para tal efecto ni una resolución judicial ni el procedimiento de adopción. El nombre de la madre de alquiler nunca consta en el certificado de nacimiento. No es obligatorio que el niño tenga el vínculo

<sup>6</sup> Orden nº 67 del Ministerio de Salud “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina” de 26 de febrero de 2003.

<sup>7</sup> En virtud del artículo 51.4 del Código de Familia Ruso “los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el libro de Nacimientos como los padres del niño nacido mediante dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gestee, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya dado a luz”.

genético con alguno de sus padres comitentes.

Los niños nacidos de vientres de alquiler por encargo de personas solteras o parejas de hecho heterosexuales se inscriben por analogía de ley (artículo 5 del Código de Familia), para lo cual puede necesitarse una resolución judicial.

La legislación liberal ha convertido a Rusia en un destino atractivo para los “turistas reproductivos” que viajan al extranjero en busca de las técnicas no disponibles en sus respectivos países, resultando además que en Rusia los extranjeros gozan de los mismos derechos a la reproducción asistida que los rusos.

En la *India* la gestación por sustitución es legal hasta el punto de haberse convertido en líder en alquiler de vientres, resultando un destino muy popular para las parejas de los países industrializados debido a su bajo coste y a una legislación laxa. La vulnerabilidad por la falta de información así como la pobreza hacen de la maternidad subrogada en India una industria rica en madres portadoras disponibles. En la India no existe regulación específica sobre la gestación por sustitución. Las directrices que se siguen en la práctica de la maternidad subrogada son las previstas en la “Guía ética para la investigación biomédica y la Participación de seres Humanos” elaborada por el Consejo Indio de Investigación Biomédica en 2006 y la “Guía para la Reglamentación de Reproducción asistida” elaborada por el Ministerio de Salud en el año 2010. Asimismo, existe un borrador de Ley que lleva discutiéndose en el Parlamento desde el año 2010. (11)

En virtud de los documentos oficiales citados, la mujer subrogante no se involucra genéticamente en el embarazo, debe haber tenido al menos un hijo y contar con el consentimiento del esposo. En este sentido, la mujer subrogante solo entra en la transacción después de recibir el consentimiento del esposo o guardián, dependiendo en última instancia de la voluntad masculina, reflejo de una sociedad profundamente patriarcal fuertemente impregnada de valores religiosos. Una vez que la mujer firma el contrato se compromete a llevar adelante la gestación hasta el parto, perdiendo el derecho a una posible interrupción de éste.

A través de Sentencia de 29 de septiembre de 2008 la Corte Suprema de la India declaró la legalidad de la maternidad de alquiler comercial en la India señalando que “debido a la excelente infraestructura médica, la alta demanda internacional y la disponibilidad de madres portadoras a bajo coste, el fenómeno está alcanzando proporciones industriales”. (12)

Dicha sentencia discutía el supuesto del Bebé Manji Yamada<sup>8</sup> poniendo de manifiesto la necesidad

<sup>8</sup> En 2007 la pareja japonesa Ikufumi y Yuki Yamada contrataron una madre de alquiler en India. Ella sería el vientre de alquiler y aportaría los óvulos y el padre, Ikufumi, aportaría su material genético. Antes de que la niña naciera, sin embargo, los Yamada se divorciaron y la ex señora Yamada ya no quería a la niña, que no era biológicamente suya. Su padre si la quiso, pero la ausencia de una ley india para niños nacidos de una madre de alquiler se lo impidió. La única opción para él sería adoptarla, pero no podía en razón de una ley india de la época colonial que prohíbe a los hombres solteros adoptar niñas. La ausencia de regulación significó que la bebé Manji se convirtió en la primera “huérfana sustituta” de la India hasta que el padre finalmente pudo adoptarla luego de varios meses, después que intervino la

de una regulación normativa que permita solventar las cuestiones complejas susceptibles de plantear la maternidad de alquiler como es el divorcio de la pareja solicitante durante el embarazo.

En los *Estados Unidos* la situación varía mucho de unos estados a otros pudiendo agruparse los estados según que la maternidad subrogada esté prohibida (es el caso de Washington, Michigan, Utah, Arizona, Nuevo México o Nueva York) o permitida (como Florida, California o New Jersey) si bien unos estados se muestran más flexibles que otros. En este sentido, California es considerado el estado más liberal en tanto que cuenta con leyes más flexibles y trámites más simples. En todo caso el derecho a aplicar en cada estado está determinado en su mayor parte en la interpretación hecha por los tribunales<sup>9</sup>.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) “Informe preliminar sobre los problemas derivados de convenciones alternativas de maternidad de carácter internacional” de la Conferencia de derecho internacional privado de la Haya de marzo de 2012. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>. Acceso el 25 de febrero de 2013.

(2) Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de Registros y Notariado sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>. Acceso el 25 de febrero de 2013.

(3) Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf>. Acceso el 25 de febrero de 2013.

(4) Barber Cárcamo, R. Reproducción asistida y determinación de la filiación, REDUR 8, diciembre de 2010, 25-37

(5) Ley de protección del embrión 745/90 de 13 de diciembre de 1990. Disponible en: [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas\\_portada.2005-10-19.6421488354/pdf/alemleg.pdf](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas_portada.2005-10-19.6421488354/pdf/alemleg.pdf). Acceso el 25 de febrero de 2013.

(6) Constitución Federal Suiza del 18 de abril de 1999 .Disponible en: <http://www.wipo.int/>

---

Corte Suprema.

9 Uno de los primeros pronunciamientos en materia de maternidad subrogada tuvo lugar en el caso “*Baby M*”. En 1986 William y Elizabeth Stern contrataron a Mary Beth Whitehead para que engendrara un hijo con el esperma de él, pero cuando nació el bebé, su madre biológica se negó a cederles la custodia. Los tribunales de Nueva Jersey declararon que aquel contrato de maternidad subrogada era nulo. No obstante se valoró cuál era la mejor opción para los intereses de la niña, otorgando la custodia a la pareja contratante si bien reconociendo a la madre de alquiler el derecho a fijar un régimen de visitas.

Otro caso destacable es de “*Jhonson vs Calvert*” en el Estado de California en 1993. En este supuesto, el juez de primera instancia resolvió que los cónyuges aportantes del material genético eran el padre y la madre “genéticos, biológicos y naturales” y que el contrato de maternidad sustituta era válido y exigible. La maternidad se estableció no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención de tener el niño (es la denominada teoría de la intención).

[wipolex/es/text.jsp?file\\_id=179792](http://wipolex/es/text.jsp?file_id=179792). Acceso el 25 de febrero de 2013.

(7) Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal de 22 de abril de 2010. Disponible en: <http://xa.yimg.com/kq/groups/6370822/24230571/name/LEY>. Acceso el 25 de febrero de 2013.

(8) Hernández Ramírez, A, Santiago Figueroa, J. L. Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, Boletín Mexicano de Derecho Comparado 2011; XLIV1335-1348.

Disponible en: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=42721148011>. Acceso el 25 de febrero de 2013.

(9) Ley de Reproducción Humana Asistida de 2004. Disponible en: [www.bcn.cl/carpeta\\_temas/temas...10.../Canada-reproduccion.doc](http://www.bcn.cl/carpeta_temas/temas...10.../Canada-reproduccion.doc). Acceso el 25 de febrero de 2013.

(10) Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Brazil/esp88.html>. Acceso el 25 de febrero de 2013.

(11) Amador Jiménez, M. Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: Maternidad subrogada en India, Revista CS, n.º. 6 (Tema: “Ciencia, Tecnología y Sociedad”), 2010, 193-217.

(12) Sánchez Arísti, Rafael. La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos. Humanitas Humanidades Médicas (Tema del mes on line). n.º. 49, abril de 2010.

Disponible en: [http://www.fundacionmhm.org/www\\_humanitas\\_es\\_numero49/revista.html](http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/revista.html). Acceso el 25 de febrero de 2013.

Artigo apresentado em 25-02-13

Artigo aprovado em 14-07-15

Artigo publicado no sistema em 26-09-15