UAB
Universitat Autònoma de Barcelona

Dipòsit digital de documents de la UAB

This is the **published version** of the book part:

Igareda, Noelia [et al.]. «Subrogación de la maternidad». *Barbarismos "queer" y otras esdrújulas*, 2017, p. 396-402

This version is available at https://ddd.uab.cat/record/335429

under the terms of the IN COPYRIGHT license.

BARBARISMOS QUEER

Noelia Igareda González

SUBROGACIÓN DE LA MATERNIDAD

1. ¿Qué es la subrogación de la maternidad?

La subrogación de la maternidad es la técnica por la cual una mujer gesta voluntariamente un hijo/a para otra persona o pareja, los padres comitentes, que se convierten en padres legales del bebé. Existen diversas modalidades, desde la subrogación total donde la mujer gestante es inseminada aportando sus propios óvulos, y después de la gestación y el parto entrega el bebé al padre biológico, renunciando a todos sus derechos, y admite la adopción de la pareja. También está la subrogación parcial donde la mujer gestante es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante (propios o incluso de donantes de gametos).

La subrogación de la maternidad suele llevarse a cabo mediante la suscripción de un contrato entre la mujer gestante y los padres o padre/madre comitente. Puede ser un contrato altruista, en la que la gestante presta gratuitamente su útero para gestar un bebé para esa persona/pareja, y en todo caso, puede recibir una compensación económica por los gastos médicos, laborales y molestias que dicha gestación pueda ocasionarle. Pero también puede ser con contrato lucrativo, en los que medie una contraprestación económica para la gestante como pago por los servicios de gestación que está prestando a la persona/pareja comitente.

Subrogar o sustituir son sinónimos, sustituta es la persona que hace las veces de otra, implica poner a una persona o cosa en el lugar de otra. Además desde un punto de vista jurídico es especialmente aplicable porque mediante la subrogación en general lo que se reemplaza son los derechos y deberes de una persona.

2. Un mismo fenómeno con una multiplicidad de nombres

Existen una multiplicidad de términos utilizados para denominar esta fenómeno: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes,

madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporal de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes, entre otras (Lamm, 2012).

Cada una de estas denominaciones tiene una lectura política, legal y ética del fenómeno. Algunas hacen alusión directamente al desvalor que suscita este tipo de acuerdos (alquiler de útero, maternidad sustituta, maternidad de encargo o madres de alquiler). Los principales argumentos en contra de esta práctica ponen el énfasis en la mercantilización del cuerpo de la mujer gestante, ya que su admisión permitiría a los hombres contratar sobre partes del cuerpo humano, y esto atentaría a la dignidad humana y supuestamente convertiría al ser humano en un medio y no en un fin en sí mismo. Las partes del cuerpo están fuera del comercio jurídico (*res extracomercium*) y mucho menos pueden ser objetos de una transacción lucrativa (Igareda, 2015).

Igualmente la aceptación de la gestación por sustitución implicaría legalizar una hecho antinatural, como es que una mujer que ha gestado a un nuevo ser humano en su vientre (tenga o no relación genética con él) sea capaz tras el parto de entregarlo a otra pareja. Quienes consideran la aceptación de esta práctica una violación a la dignidad de la mujer gestante, están una vez más identificando la capacidad gestacional de la mujer como su seña de identidad como persona, y su atributo de humanidad por excelencia. No reconocen por tanto como elemento inherente de su dignidad la autonomía reproductiva, la capacidad de tomar decisiones libremente sobre sus proyectos y planes de vida (al igual que sucede en el debate sobre el aborto).

Otros argumentos contrarios a esta técnica de reproducción asistida, que también suscriben estas denominaciones con connotaciones negativas son los que parten de que su admisión supone abrir nuevas formas de explotación de las mujeres (Corral, 2013; Cambrón, 2001; Tubert, 1991; Pateman, 1995).

También subyacen razones en contra de esta práctica en estas denominaciones porque entienden que supondría legalizar una forma de compraventa de niños/as, y además podría generar numerosos problemas legales y litigios como por ejemplo en los supuestos donde la madre gestante reclamara para sí el bebé, los casos de rechazo por ruptura de la pareja comitente antes de que el menor nazca, o cuando el menor nace con alguna discapacidad, entre muchos otros (Quiñones, 2008).

Otras denominaciones buscan definiciones del fenómeno más neutrales (como por ejemplo la maternidad subrogada o maternidad sustituta) donde sin perder de vista que se trata de transacciones en torno al fenómeno de la maternidad, se buscan denominaciones que no impliquen tanto desvalor, y se centran más en el formato jurídico que posibilita dichos acuerdos (la subrogación o un contrato de sustitución).

En tercer lugar están las calificaciones del fenómeno que intentan utilizar categorías jurídicas que recojan el acuerdo de voluntades y consentimientos de personas libres y autónomas, evitando juicios morales sobre las consecuencias de dichas acuerdos (es el caso de la gestación por sustitución o la donación temporal de útero).

En este sentido, utilizando estas categorías se está poniendo de relieve que la mujer no está tomando decisiones sobre su cuerpo como si éste fuera de su propiedad, sino que está tomando decisiones respecto a los trabajos de su propio cuerpo respecto al embarazo, parto, fecundación in vitro o extracción de óvulos.

La condena de la gestación por sustitución por considerarse un hecho antinatural, también participa de la consideración de “natural” o “normal” de los parámetros de conducta humana que una sociedad determinada quiere elevar a consideración normativa. El argumento de lo que es natural aparece con frecuencia cuando se trata de cuestiones relativas a la reproducción de la mujer, por ejemplo para justificar ciertos comportamientos típicamente femeninos y derivados de su naturaleza: el carácter más instintivo, emocional, irracional, vulnerable, dulce, pacífico, etc. O para precisamente condenar actitudes o actos contrarios a los roles y estereotipos de género femeninos (Beauvoir, 1949).

Permitir la gestación por sustitución estaría en coherencia con una postura legal cada vez más cercana a la consideración de la maternidad y la paternidad como decisiones voluntarias, buscadas y libremente consentidas de las personas en el ejercicio de su autonomía reproductiva y de su derecho a la reproducción (Gómez Sánchez, 1994; Igareda, 2011). El hecho que exista o no un vínculo genético entre los progenitores y el hijo/a, o el dato de quien ha sido el cuerpo que ha gestado ese hijo/a debería ser datos meramente biológicos que no deberían impedir el reconocimiento por parte del derecho de esas nuevas formas de paternidad y maternidad, donde prima el respecto a la voluntad de las personas de reproducirse y de garantizar a la nueva vida, un

respeto a sus derechos fundamentales y dotarle de una familia en la que crecer feliz y sano/a.

Estas denominaciones del fenómeno más centradas en el libre consentimiento de las partes contratantes pretenden resaltar el hecho de que la mujer está consintiendo libremente en ceder de manera el uso de su útero. Muchos de los recelos que suscita la admisión de esta técnica tienen que ver una vez más en las dificultades en admitir la plena capacidad de obrar de las mujeres cuando tienen que tomar decisiones de gran transcendencia para su vida, y en especial, para cuestiones relacionadas con su reproducción.

La denominación gestación por sustitución es la escogida por la legislación española, y a pesar de que no estar permitida en nuestro ordenamiento jurídico, es la denominación más precisa con la realidad, ya que la gestante no quiere ser madre, y sustitución porque está gestando para otros.

La gestación por sustitución no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico ya que el art. 10[1] de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) declara nulos los contratos que se establezcan para tal fin. Ya lo había estado en la ley anterior[2], siguiendo la recomendación del Informe Comisión Especial de Estudio de la Fecundidad in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (Comisión Palacios), 10 abril 1986[3].

3. La maternidad por subrogación en otros idiomas y lugares del mundo

Las traducciones de la gestación por sustitución no contienen grades cambios semánticos en las otras lenguas cooficiales del Estado español.

---

1 Artículo 10 Gestación por sustitución

"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 de 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."*

2 La Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida

3 Los argumentos utilizados era la unidad de valor en la maternidad y la distorsión deshumanizadora que la maternidad por sustitución representaría. También que abriría a nuevas formas de manipulación del cuerpo femenino y de explotación de las mujeres (Souto, 2006, pp. 181-195).

En los países latinoamericanos se utiliza principalmente gestación por sustitución o maternidad subrogada. Más allá de la discusión doctrinal a favor y en contra de la admisión y regulación de dicha práctica, éstas han sido las denominaciones más frecuentes en aquellos países de América Latina donde se ha discutido su admisión (como por ejemplo en el proyecto de Código Civil en Argentina, aunque finalmente no se admitiera) o donde se ha llegado a admitir y regular (como por ejemplo en la Ley de Maternidad subrogada del Distrito Federal de México, el Código Civil del Estado de Tabasco o el Código de Familia del Estado de Sinaloa).

En el mundo anglosajón el fenómeno no ha recibido tantas denominaciones diversas, aunque su admisión o no, no está exenta de críticas y controversias, al igual que ocurre en la tradición legal continental. La denominación más común es subrogación (*surrogacy*) o madres por subrogación (*surrogate mothers*), otorgando un mayor protagonismo a la forma y efectos jurídicos para llevar acabo dicho acuerdo, que al posible contenido ético y moral que la práctica suscita. La mayoría de las legislaciones que han admitido alguna de las modalidades de gestación por sustitución han utilizado las categorías de leyes de subrogación (como por ejemplo las *Surrogacy Acts* de diferentes territorios de Australia, del Reino Unido, de las leyes de técnicas de reproducción asistida de Canadá, Nueva Zelanda o Sudáfrica).

Más ocasionalmente se utilizan en el mundo anglosajón denominaciones diferentes como gestación subrogada (*gestacional surrogacy*), aunque se hace más para poder distinguir los diferentes tipos de gestación por sustitución (con óvulo o no de la gestante, con gametos o no de los padres comitentes).

4. Bibliografía

Beauvoir, Simone (1949, ed. 2001a Vol. I, 2001b Vol. II)*, El segundo sexo*, Cátedra, Madrid.

Cambrón, Ascensión (ed.) (2001), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Trotta, Madrid.

Corral, Eduardo (2013), “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?, *Revista de Derecho y Genoma humano*, nº 38, 2013, pp. 45-69.

Gómez Sánchez, Yolanda (1994), *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid.

Lamm, Eleonora (2012), "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*", InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3.

Igareda, Noelia (2011), "El hipotético derecho a la reproducción", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 23, 2011, pp. 252-270

--(2014), "La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 835/2013 sobre la gestación por sustitución", *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 40, Enero-Junio 2014, pp. 171-194.

--(2015), "La inmutabilidad del principio "mater sempre certa est" y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, enero 2015, pp. 3-19, disponible en: http://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/2410

Pateman, Carole (1995), *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona.

Quiñones, Ana (2008), "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2008.

Souto, Beatriz (2006), "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución", *Feminismo/s,* diciembre 2006.

Tubert, Silvia (1991), *Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología*, Siglo XXI, Madrid.