

Capítulo 2: La inseminación artificial en la mujer soltera y la maternidad subrogada

2.1 Debates jurídicos en torno a la inseminación en la mujer soltera

Un conocido diario español daba como noticia importante, el 20 de mayo de 2002, que una joven americana, de 18 años de edad, se iba convertir en la primera mujer cuyo hijo engendrado con semen de donante iba a conocer a su padre. El banco de esperma de California empezó a funcionar en 1982, y fue pionero en abrir sus puertas no sólo a parejas, sino también a mujeres solas y a homosexuales que querían ser madres. En 1983 ese banco se convirtió también en el pionero en los Estados Unidos en dar a sus donantes la posibilidad de encontrar a sus hijos una vez cumplieran los 18 años y viceversa, si el donante no hubiera firmado un contrato expreso de anonimato, que aun así podría ser revocado.

Esto trae a colación el derecho de las mujeres a la procreación sin pareja y las consecuencias que puede conllevar esta decisión.

Ya hemos dado nuestra opinión sobre el derecho a la inseminación de la mujer. Ahora haremos especial referencia a la mujer sola, es decir, a la mujer soltera porque a la viuda y divorciada ya nos hemos referido.

En la exposición de motivos de la ley española, en el punto III se dice que desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente. La doctrina está dividida en torno a si se debe permitir o no la inseminación de la mujer soltera.

Montes Penadés considera que “la mujer soltera no debe ser sometida a los tratamientos que venimos considerando sino por razones que se centren en el remedio, tratamiento o terapéutica de una patología que le impida ser madre por medios naturales” (Montes Penadés, 1997: 38). Los partidarios de esta limitación, en general, la justifican argumentando que no puede ser

considerado el derecho a procrear como absoluto, ni un hijo puede tener nunca consideración de ser objeto de un derecho subjetivo. Gómez Sánchez, en su libro “El derecho a la reproducción humana”, sostiene que se debe tener en cuenta que el reconocimiento de la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de sus progenitores estén o no casados entre sí, lleva implícito el reconocimiento de que el matrimonio no es requisito jurídico necesario para la procreación. Siendo así jurídicamente, las mujeres pueden acceder a la maternidad sin necesidad de que su status esté legitimado por determinado vínculo jurídico ni por la presencia de un hombre. Nadie discute que hoy día es un tema de suma actualidad, y lo es desde el mismo momento en que empezaron estas técnicas.

La posibilidad de que la mujer soltera pueda acceder a las técnicas de reproducción asistida, sin convivir con pareja, es sin duda una de las cuestiones que más problemas ha planteado en torno a si es constitucional o no. Y ello es así, dentro del ordenamiento jurídico español, porque la filiación sólo queda determinada respecto de ella y en consecuencia se mantiene que puede vulnerar los siguientes artículos del ordenamiento español: el art.39.2 de la Constitución española, puesto que como ya hemos señalado no se permite la investigación de la paternidad y además, como sabemos la ley protege el anonimato del donante. Igualmente puede conculcar los artículos 10 y 15 de la Constitución.

Bernardo de Quirós ha criticado duramente la posibilidad de la inseminación de la mujer soltera por el perjuicio que puede causar en el desarrollo de la personalidad del hijo; y no debería facilitarse el uso de estas técnicas si el nuevo ser ha de venir al mundo en condiciones ambientales notoriamente insuficientes para el conveniente desarrollo de su personalidad.

2.2 Leyes y acciones

El art.6.1 de la Ley española de técnicas de reproducción asistida establece que toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización

de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar.

Esta disposición se contradice con la propia ley en la que se establece que es lícito el empleo de estas técnicas para luchar contra la esterilidad y la prevención de enfermedades hereditarias en la descendencia.

Una parte de la doctrina española entiende que el art.6 de la ley española permite a las mujeres sin pareja beneficiarse de la donación de semen anónimo y de embriones.

Hay quien fundamenta esta facultad en el derecho individual de la mujer a formar una familia (como los autores Gómez Sánchez y Carcaba Fernández). Otra parte de la doctrina (autores como Gafo, Pantaleón Prieto y Fábregas Ruiz) considera que el recurso de gametos donados no se puede considerar un derecho propiamente dicho, sino un simple interés, que debe ceder ante el derecho del nacido a investigar su paternidad. Con la Ley española en la mano es difícil negar que la mujer soltera pueda ser usuaria de estas técnicas, pero sí podemos afirmar que hay una contradicción entre la exposición de motivos que señala que las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad evitar la esterilidad y, a renglón seguido, establece que toda mujer puede ser usuaria de estas técnicas. Soy partidario de que la mujer soltera, tal y como está redactada la ley española, pueda ser inseminada cuando demuestre que efectivamente es estéril, y en este sentido se ha pronunciado parte de la doctrina española.

Por ejemplo, Encarna Roca propone que sólo las mujeres infértiles puedan acceder a semen donado. Según esta autora, el derecho a la salud de la mujer puede justificar el recurso a gametos por parte de la mujer sola infértil, dado que, aunque quiera, esta mujer no podría tener hijos por medios naturales. (Encarna, 1999).

En los últimos meses la prensa ha dado noticias de que se han proporcionado gametos a mujeres lesbianas, cuyo deseo expreso es compartir las tareas parentales con sus compañeras. La ley sólo permite

prestar consentimiento con efectos de asumir la paternidad al varón casado o conviviente con la mujer inseminada, pero no a la pareja del mismo sexo.

En cuanto a la posibilidad de adoptar al nacido del semen donado, las leyes autonómicas de parejas de hecho, se limitan a reconocer a las parejas homosexuales la posibilidad de adopción conjunta, pero cierran el paso a la adopción del hijo biológico de la pareja, no obstante en la Comunidad de Navarra se ha dado el caso reciente de que un juez ha autorizado la adopción de un hijo de su compañera, recurriendo a la Ley de parejas de hecho, y por tanto habrá que esperar a que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad o no de la ley.

2.3 Los primeros casos de la maternidad subrogada

Desde siempre la relación de filiación (relación de padres e hijos), aparte de la adoptiva, se producía por procreación natural. Desde que en el año 1978 nace en Inglaterra la niña Louise Brown, primera persona humana fruto de las técnicas de reproducción, se produce una alteración del sistema tradicional de la procreación humana, que, hasta entonces, como hemos dicho, requería exclusivamente de la unión carnal de los progenitores.

Surge una realidad nueva: ya es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna. Puede ocurrir además que, junto con el procedimiento artificial de fecundación, el hijo haya nacido de la unión de gametos ajenos a las personas que toman la decisión de que ese hijo nazca, e incluso que la gestación se produzca en mujer diferente.

Esta nueva realidad ha provocado, pues, una quiebra de los principios de filiación y paternidad tal como eran concebidos desde el Derecho romano hasta nuestros días. “Madre no hay más que una”, se ha dicho siempre; y siempre se había pensado, además, que era cierto; en contraposición con la paternidad, de la que siempre se había dicho: “hasta el día del juicio final, no sabremos de quién son los sermones, de quién es el dinero y de quién son los hijos”: Pero hay que hablar en pasado: en los tiempos que corren, una persona puede tener absoluta constancia, por datos y archivos de laboratorio, de quién es su padre y, al tiempo, tener dos madres, la que le

ha concebido (madre biológica, genética) y la que le ha parido (madre legal o madre subrogada en su caso). Es el tema de la fecundación artificial en general y de la maternidad subrogada en particular.

Aunque el fenómeno de las madres portadoras, pues así se les conoce también, no ha podido surgir hasta que el desarrollo de las ciencias biológicas aplicadas al hombre y de las correspondientes técnicas lo han hecho posible, ello no impide que podamos encontrar incluso remotos precedentes, que guardan una cierta analogía con dicha figura.

En los primitivos pueblos patriarcales y polígamos en los que resultaba imprescindible la existencia de hijos para la guerra, la defensa y el pastoreo y constituía un grave oprobio la esterilidad femenina, pueden encontrarse algunos ejemplos. Se recuerda el caso de Sara, que no podía dar hijos a su marido Abram, pero tenía una sierva egipcia llamada Agar y dijo a su esposo: “ruégate que entres a mi sierva; quizás tendré hijos de ella, y Sara, mujer de Abram, tomo a Agar su sierva egipcia y la dio a su marido por mujer, el cual cohabitó con ella y concibió”. Parece ser que se ajustó el patriarca, al cual más tarde el señor cambiaría de nombre por el de Abraham, al Código de Hammurabi, que regulaba toda la vida conyugal. Según dicha normativa, la mujer estéril podía dar a su marido una esclava por mujer, perdiendo así el marido todo el derecho a repudiar a su esposa. Si la esclava no daba hijos del esposo a su ama, ésta podía venderla. Si la mujer principal no daba hijos a su marido, ni le proporcionaba esclava para tenerlos, podía el marido tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, pero no de la misma categoría que la mujer principal, pero si la esclava proporcionada por la mujer dio hijos al señor, no podía éste tomar concubina.

Pero también pueden encontrarse otros casos que no encuentran el mismo apoyo legal, como el de Raquel, que dijo a Jacob: “he aquí mi sierva Billa; entra en ella y parirá sobre mis rodillas y yo también tendré hijos de ella”, donde no existía la misma razón tenida en cuenta por el Código de Hammurabi, puesto que Jacob tenía otras mujeres y no eran estériles.

De todas maneras, la conducta de Sara hace decir a San Agustín “Exigió así el débito conyugal, usando de su derecho el útero ajeno”.

En los medios de comunicación son frecuentes las noticias que aluden a este artificio de la ciencia; así la prensa se ha referido muy a menudo a ellos, en los Estados Unidos se publicó en 1975 un anuncio de prensa solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente, a petición de una pareja estéril y con ofrecimiento de remuneración. El 10 de enero de 1983 nació un niño microcéfalo en la localidad de Lansig en el Estado de Michigan, que había sido gestado por una madre portadora, Judy Stiver, tras un normal embarazo después de haber sido artificialmente fecundada. El niño fue rechazado en el primer momento por su madre biológica y por la pareja contratante. Judy alegó que el bebé “pertenecía” a un tal Alexander Malahoff, que le había contratado, prometiéndole 10.000 dólares tras la entrega de la criatura.

En 1985 el matrimonio Stern contrató con Mary Beth Whitehead, de 29 años la gestación para ellos de un niño. Mary Beth fue inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, quedando embarazada y dando a luz a su término una niña, que sería más tarde mundialmente famosa como Baby M.

Es de resaltar cómo a fines de 1986 se produjeron más de cien casos de madres portadoras en los Estados Unidos.

Más llamativo y reciente ha sido el caso de una mujer de 53 años, postmenopáusica, que el 28 de noviembre de 1992 dio a luz a un niño que es su propio nieto, cuyo notable suceso ha ocurrido en la localidad de Búfalo, Nueva York. La feliz abuela-madre, se ha tenido que someter a cuatro implantes de óvulos de su nuera en tres años, óvulos que fueron fertilizados en un laboratorio con esperma de su hijo.

En su momento, para este niño que ha venido a este mundo habrá una explicación: “tu madre se hizo una vez la histerectomía; por eso naciste del vientre de tu abuela; claro que con la semilla de tu padre”, debiendo estar a

la mano, en tal momento, un jurista y un psiquiatra para detallar las explicaciones.

En Gran Bretaña, el primer caso conocido en fue el de Mary Stewart, de 28 años, que dió a luz en el hospital de Inverneis (Escocia), entregando después la criatura al padre biológico, como se había acordado. Mary Stewart atendió a un anuncio publicado en un diario por una estéril pareja.

De mayor difusión fue el caso de Kirsty Tevens (nombre supuesto), mujer de 26 años y madre de dos hijos que, tras haber optado, de acuerdo con su esposo, no tener más descendencia, más tarde decidió, también con el consentimiento de su cónyuge, tener un hijo para otra pareja. Como consecuencia del acuerdo con la pareja estéril, el varón de ésta y Kirsty Tevens mantuvieron relaciones sexuales en pocas ocasiones, hasta que logró la concepción del niño. No fue una relación amorosa, sino meros contactos puramente físicos que no tenían otra finalidad que la procreación.

De amplia repercusión y de contenido en los diversos medios de comunicación mundiales fue el caso de la señora Kim Cotton, de 28 años, que dio a luz una niña para una pareja estéril el 4 de noviembre de 1984, mediante inseminación artificial con semen del marido de la pareja contratante. La niña nació en el Victoria Maternity Hospital, habiendo mediado en el acuerdo de gestación la agencia Surrogate Parenting Association, filial de la norteamericana National Centre For Surrogate Parentage, acordando los tribunales ingleses la retención legal de la niña ante la denuncia de los funcionarios de servicios sociales del Gobierno.

La señora Cotton se había comprometido en su convenio a no mantener relaciones sexuales dos semanas antes de la inseminación artificial y a no reanudarlas hasta la confirmación del embarazo por un ginecólogo, así como abstenerse de fumar y beber alcohol, suscribiendo asimismo una cláusula penal para el supuesto a que se negara a entregar la criatura. En la suma que se le entregó iba incluido los derechos de la Agencia intermediaria y la retribución de la señora Cotton, que había manifestado a

la prensa que necesitaba el dinero para realizar diversas mejoras en su hogar.

En Francia el fenómeno de las madres portadoras inició su desarrollo hacia 1982 con la fundación por el doctor Sacha Galler, director del CEFER (Centro de Investigación de Técnicas de Reproducción), la primera asociación destinada a poner en contacto matrimonio y parejas estériles con futuras madres portadoras. La asociación determinaría la creación de otras dos “Sainte Sara” y “Alma Mater”, además de “Les Cigones”, que desaparecerían pronto. Consecuencia de tal actividad sería la producción en 1987 de más de cien nacimientos mediante tales técnicas, habiendo gestionado “Alma Mater” sesenta y seis.

De mucha repercusión en la prensa mundial fue el caso de las gemelas, Cristine y Magali, de la Grande Motte, localidad del Herault. Cristine fue inseminada artificialmente a sus 31 años con espermatozoides de su cuñado, Danis Sevault, marido de su hermana gemela. La portadora dio a luz a un niño en 1983 y manifestó haber aceptado el embarazo y parto por el profundo amor que sentía por su hermana.

En Italia hay que señalar que se sintieron profundamente conmovidos por el caso de una joven que dio a luz a su hermano. El suceso ocurrió en Roma y adquirió tal celebridad que fue presentado por el primer canal de la RAI en el programa Viaje en torno al hombre, de Sergio Zabolí. Una mujer de 48 años, madre de tres hijos y separada de su marido, convivía desde varios años atrás con un hombre más joven que ella, al que llevaba trece años de edad. Deseando la nueva pareja tener un hijo de ambos se encontraron con la grave dificultad de que la mujer no podía tener más hijos por motivos de salud. Todo pareció urdido por el ginecólogo Severino Antinori, que implantó el óvulo fecundado artificialmente a la joven hija, que tras la normal gestación dio a luz a su propio hermano.

En España no nos consta que exista ningún supuesto de maternidad subrogada. Lo único que se ha conocido fue una suplantación de parto, un tribunal de Valencia, publicaba el periódico Las Provincias, juzgó el primer

caso de madre de alquiler en España. Un matrimonio cuarentón había alquilado a una joven embarazada para que les entregara la criatura tras el parto y el bebé sería inscrito como hijo biológico del matrimonio. El niño nació prematuro en la Clínica Virgen del Consuelo de Valencia, el 3 de junio de 1991, quedando ingresada en dicho centro la madre biológica. Debido a los problemas de peso que presentaba el recién nacido se aconsejó su traslado a La Fe, en cuyo hospital los médicos sospecharon de un matrimonio, ya mayor, que reclamaba el niño y mientras ello ocurría la madre de la criatura se fugó de la clínica en que se hallaba internada y nadie desde entonces la ha vuelto a ver y al parecer sólo se conoce su extrema juventud y su pertenencia a la etnia gitana.

De todo lo expuesto se deduce que estamos ante un tema de importancia y que no es pura y simplemente ficción.

2.4 Concepto y modalidades

El mundialmente conocido informe Warnock, al que ya hemos hecho referencia en distintas ocasiones, define a la maternidad subrogada como: “aquella práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entrégaselo después de que nazca”.

Por su parte el Grupo de Trabajo creado en la Dirección General de los Registros y del Notariado (D.G.R.N) definía al contrato de maternidad subrogada como “supuesto de fecundación artificial con semen del marido en mujer distinta de su esposa previo convenio de los tres: marido, mujer y madre alquilada, para que el hijo sea del matrimonio”.

Como fácilmente puede observarse son múltiples las modalidades que se pueden

presentar de maternidad de alquiler.

a).- Por su “modalidad”: el fenómeno puede ser gratuito o retribuido. Ha de entenderse por maternidad subrogada retribuida u onerosa aquella en que la

portadora reciba una retribución o contraprestación a sus servicios que le produzca un enriquecimiento. Esta contraprestación puede consistir en dinero o en otra cosa, como por ejemplo una colocación en un buen puesto de trabajo.

b).- Desde el punto de vista de los “elementos personales” y atendiendo a la madre subrogada, ésta puede ser soltera, casada, viuda o divorciada, teniendo esta distinción gran trascendencia en la determinación de la filiación del nacido.

Incluso si es casada la madre gestante, puede actuar con o sin consentimiento de su cónyuge.

c).- Por la “forma de realizarse” la subrogación cabe a la vez en múltiples variedades:

I. Puede ser que la madre sustituta aporte sólo su persona para la gestación del parto:

*Bien implantándole un embrión de la pareja contratante.

*Implantándole un embrión formado por el óvulo o espermatozoide de un miembro de la pareja y de otra persona,

* O bien implantándole un embrión resultante de espermatozoides y óvulos ajenos a la pareja contratante.

II. Puede también la madre sustituta aportar además de su útero su propio óvulo, fecundada artificialmente con espermatozoide del marido de la pareja contratante, o bien artificialmente también con semen de un varón anónimo.

Estas son las más importantes de las combinaciones que por medio de la inseminación artificial y de la fecundación *in vitro* pueden resultar.

2.5 ¿Es o no un contrato la maternidad subrogada?

Tenemos que preguntarnos, en primer lugar, si tal acuerdo de gestación por subrogación puede estimarse un genuino contrato y, en caso afirmativo, señalar qué clase de contrato es y cuáles son sus características.

Para determinar tal cuestión no puede tomarse como referencia la terminología utilizada por la Ley española 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, pese a que en su art.1.1 se aluda expresamente a contrato, porque dicha normativa es tan defectuosa jurídicamente, que cualquier calificación legal habría que tomarse con toda prevención y cautela.

Si aceptamos la concepción más amplia del contrato, que entiende tal figura jurídica como equivalente a cualquier convención dirigida a crear relaciones obligatorias y a modificar o extinguir las existentes, a constituir derechos reales y relaciones familiares, no ofrecerá duda alguna que el pacto de gestación de este tipo –sin cuestionar ahora su licitud – reviste tal naturaleza contractual.

Si, por el contrario, de acuerdo con una concepción acogida en el nuevo Código Civil italiano, que en su art.1321 estima el contrato como un acuerdo entre dos o más partes para crear, regular o extinguir entre ellas una relación jurídico-patrimonial, habrá que concluir que no cabría reputar como una entidad contractual el acuerdo de gestación para terceros, al menos siempre que tal convención fuera gratuita.

Hoy, como ha puesto de manifiesto Díez-Picazo, se puede aplicar la idea de contrato para designar todos los negocios jurídicos bilaterales del Derecho Privado, abarcando tanto a los de Derecho patrimonial como a los de Derecho de Familia o de Sucesiones (Díez-Picazo, 1986).

En este sentido, que parece ser el más dominante en la doctrina, debe reputarse como contrato el acuerdo de maternidad subrogada.

Admitida la naturaleza contractual de esta figura, conviene determinar dos aspectos: ¿qué clase de contrato es?, ¿cuáles son sus características fundamentales? Para Lacruz Berdejo el contrato puede calificarse de diversos modos, pero Herrera Campos señala que no cabe duda que existen diversos tipos de contratos: **1)** Uno de arrendamiento de obra o de servicios (art.1544CC), entre el médico, la pareja y la madre portadora. **2)** Un contrato atípico entre la madre de gestación y la pareja destinataria de la criatura. **3)** Un contrato de arrendamiento de servicios entre el médico y el hospital.

Prescindiendo de la relación médico centro hospitalario, y centrándonos en lo que se ha llamado “alquiler de útero” por algún sector de la doctrina, se ha calificado este contrato como un contrato de arrendamiento de obra o de servicios. Así algunos autores entienden que se trata de un arrendamiento de obra, puesto que lo que se contrata es el resultado, es decir, la entrega del hijo nacido a la pareja comitente.

Yo entiendo que es difícil el encaje del alquiler del útero en la figura del arrendamiento de obra, porque por una parte puede ser gratuito, y por otra porque el cuerpo humano no se puede calificar jurídicamente como “una cosa”, motivo por el cual tampoco puede ser considerado este contrato como un comodato.

Otros autores lo consideran como un arrendamiento de servicios, considerando que lo fundamental es que la mujer subrogada se obliga a prestar un servicio que consiste en la incubación en su propio útero.

Igualmente entiendo rechazable esta postura, puesto que a la madre gestante no se le contrata porque sepa hacer algo: su actuación no constituye un “hacer”, según la *lex-artis*.

No han faltado tampoco otras concepciones ajenas a las figuras locativas, creyéndose ver una analogía entre la maternidad de sustitución con el contrato de mandato, en cuanto una mujer casada o emparejada delega en otra su rol de madre hasta el parto. Por acuerdo, la madre portadora se compromete a llevar a término el embarazo y también a abortar si la

criatura presenta riesgo de taras y, finalmente, a dejar a la madre artificial adoptar al niño después de su nacimiento.

Con mayor exageración, Rebellin-Devichi llega a comparar tal convención de maternidad de sustitución con los acuerdos de prostitución en que alquila una parte del cuerpo, aunque aquí entienden los expertos que todo el organismo de la mujer se pone al servicio del embarazo.

Finalmente, algún sector doctrinal ha identificado este contrato como una compraventa futura por aplicación analógica, ciertamente forzada, de los artículos 1261.2, 1273, 1445 y 1447 del Código civil español.

Bernaldo de Quirós, por último, sostiene que realmente en estos supuestos no existe la figura del contrato, sino más bien un negocio jurídico de carácter familiar parecido a la adopción. Se trataría de la “adopción de un *naciturus*”.

A la vista de cuanto queda expresado podemos concluir que se trata de un contrato innominado –ello con abstracción de su ilicitud y de la nulidad de pleno derecho decretada por el legislador sobre tal acuerdo. Me estoy refiriendo a la legislación española, que no puede encasillarse ni parificarse con otras tradicionales figuras contractuales, porque se trataría de una figura innominada de carácter mixto, en cuanto participa de la *locatio operis*, de la *locatio operarum*, del mandato, requiere la colaboración de terceros: centro hospitalario y médicos; puede ser oneroso o gratuito; está sujeta en cuanto a su consecuencia a una condición mixta. En fin, la complejidad es muy grande y no permite su encuadre en las habituales figuras contractuales.

2.6 La maternidad subrogada a la luz de la legislación española

En este punto voy a dedicar mi atención a examinar la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico español, prestando especial atención su prohibición expresa, así como a los problemas de filiación que se presentan cuando nace el hijo de encargo, haciendo previamente una ligera

referencia al *iter* legislativo de la ley de técnicas de reproducción asistida en materia de maternidad, que es el tema que ahora nos interesa.

2.6.1 El *iter* legislativo

En España, y antes de iniciarse la tramitación de la Ley especial que regula esta materia, existieron dos informes que de alguna forma han influido en la elaboración de dicha Ley: El Informe del Grupo de Trabajo creado en la D.G.R.N., y el Informe de la Comisión Parlamentaria creada el día 2 de noviembre de 1984, conocido como “Informe Palacios”, por ser éste el nombre del presidente de esta Comisión, diputado del grupo socialista.

a).- Grupo de Trabajo creado en la D.G.R.N.

Este grupo presidido por el Director General de los Registros y del Notariado don Gregorio García Ancos, fue un grupo muy variado, pero con un destacado número de juristas entre los que figuraban Luis Diez-Picazo, Antonio Rodríguez Adrados y los letrados de la dirección general, Don Jesús Diez del Corral y Manuel Peña Bernaldo de Quirós.

Se puso de manifiesto que en esta materia de maternidad subrogada se enfrentan dos principios: el principio de libertad (la libertad de la mujer para decidir sobre su maternidad) y el principio del bien del hijo (el hijo debe venir al mundo en condiciones adecuadas para el pleno desarrollo de su personalidad y no puede ser instrumentalizado para la satisfacción de intereses de parejas estériles).

En cuanto a la atribución de la maternidad de los hijos nacidos de la subrogación, la tesis más compartida del grupo fue la de atribuir la maternidad a la madre biológica y no a la madre que pare.

En síntesis, aunque este informe influyó poco en la elaboración de la ley especial, debo citarlo por lo acertado de sus razonamientos y por ser el pionero en España en tratar esta materia.

b).- Informe de la Comisión Parlamentaria.

Como ya he señalado el día 2 de noviembre de 1984, por la Mesa del Congreso de los Diputados, se creó una comisión con el nombre de “Comisión Especial de Estudios sobre la Fecundación Extracorporea” y que posteriormente cambió su nombre por el de “Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana”.

Con relación a la maternidad subrogada el informe Palacios llegó a las siguientes

conclusiones:

“Deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia. Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, y los equipos médicos que la realicen. Deberán ser objeto de sanción los Centros Sanitarios o servicios en los que se realizarán las técnicas para la gestación de sustitución”.

c.- Es pertinente abordar ahora la Ley de Técnicas de reproducción asistida, Ley 35/1988 de 22 de noviembre, cuya génesis, en síntesis, fue la siguiente:

El grupo parlamentario socialista presentó una proposición de Ley, la número 122/000062 y la mesa de la cámara en su reunión de 5 de mayo de 1987 acordó admitirla a trámite. El 20 de octubre de 1988, de conformidad con lo establecido en el art.90 de la Constitución, el pleno del Congreso aprobó la Ley actual y se publicó en el BOE el 25 de noviembre.

2.6.2 Consecuencias de la prohibición legal

El legislador ha decretado la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, onerosa o gratuita, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero (art.10.1 de la Ley española).

Lo primero que tenemos que preguntarnos es sobre la conveniencia de que la ley descienda a este terreno de explicitar la nulidad, o lo que es lo mismo, si debe legislarse en ese punto y, por otra parte, decidir si tal declaración normativa determinate de la nulidad de pleno derecho era precisa o no, por encontrarse ya determinada en otros lugares del ordenamiento jurídico civil.

¿Es preciso legislar en este punto?

Entre la doctrina española, Vidal Martínez no se mostró partidario de establecer una prohibición expresa, pero estimaba la nulidad radical de cualquier convenio de maternidad de subrogación conforme a la normativa vigente anterior a la ley especial, estimando que mediante el juego de la equidad o por recurso de la responsabilidad extracontractual, en el caso de que alguna consecuencia justa pudiera derivarse de estos hechos.

En la doctrina española apenas se discute la nulidad de los contratos de gestación de sustitución, porque en el derecho español se habría de llegar a una solución parecida invocando los arts.1271 y 175 del Código civil.

El contrato celebrado entre la madre portadora y la pareja debe estimarse nulo.

La nulidad del contrato lo es en virtud de su objeto, pues la capacidad regenerativa es, desde luego, indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una *res extra commercium* (art.1271 del CC). Además, constituirá un servicio que iría contra las leyes, la moral o las buenas costumbres y la causa del contrato sería ilícita por ir contra la moral (art.1275 CC).

Sin embargo, ha sido Lledó Yagüe quien más ha desarrollado este tema de la nulidad, incluso con anterioridad a la ley 35/1988, con notorio acierto a mi juicio, afirmando que repugna a los principios de orden público familiares aplicables a las relaciones interpersonales, ya que el objeto de este contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma y sería vejatorio tratarla cual mercancía. Se trata de un contrato ilícito y congruente

la afirmación de *lege lata*, por la nulidad del contrato, entre otras razones porque queda fuera de la autonomía de la voluntad de las partes negociar en una materia cuya indisponibilidad es absoluta.

Éste es también el criterio del Derecho extranjero, al menos de los países comunitarios, y con la excepción de algunas legislaciones de diferentes estados como Australia, Nueva Zelanda y algunos estados de Estados Unidos.

En Francia se ha puesto de relieve que el niño no puede constituir objeto de un contrato, pues las reglas relativas al estado de las personas son de orden público. La negación del estado de maternidad, al permitir a la madre portadora devolver el niño recién nacido y obligándola a renunciar a lo que de ella es, supone una forma sutil de suicidio y la reducción de la criatura a un simple objeto.

En Italia se ha cuestionado la licitud con referencia a la cesión de úteros, aunque no falten autores, como Lancillo, que la admitan limitadamente, pero si la portadora aporta su óvulo, la mayoría de la doctrina estima que se trata de un contrato nulo.

Se trata de un contrato ilícito, porque el art.5 veda los actos de disposición del propio cuerpo, dicho contrato es contrario a las buenas costumbres, por uso desviado del útero, *res extra commercium*, por lo que debe reputarse nulo.

También en los países hispanoamericanos encontraremos tal repudio. En Puerto Rico se penaliza la entrega de un menor para su adopción a cambio de dinero o de otros bienes o beneficios materiales.

En Argentina la acción u omisión son consideradas ilícitas cuando sean contrarias a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres (art. 1830 Código civil argentino), en cuyo supuesto la consecuencia sería la nulidad absoluta del contrato (art.1795, VI y 2225).

También en los Códigos de Paraguay (art.357.b) y Perú (art.219.4) se afirma la nulidad del contrato por ilicitud del objeto al igual que ocurre en los de Chile, Ecuador y Colombia.

En virtud de que resulta innecesaria tal declaración de nulidad, he de ocuparme de la nulidad establecida en el art.10.1 de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre que es de “pleno derecho” y referida al contrato y que encuentra su razón de ser que se ha celebrado con violación de una prescripción o prohibición legal fundada sobre motivos de interés público.

A tal se refiere el art.6.3 del Título Preliminar del Código civil: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

El contrato de maternidad subrogada resulta nulo por la tajante declaración del art.10.1 de la ley en comento, pero por ir en contra de una norma prohibitiva de tal convención. Los efectos de tal nulidad son:

a).- Que se produce *ipso iure* por sí misma, siendo por ello apreciable de oficio, aunque no se haya alegado por la parte “efecto inmediato”, si bien puede resultar necesario, al igual que ocurre en los casos de inexistencia, destruir la apariencia del contrato por medio de la acción de nulidad.

b).- Es *absoluta erga omnes* y tiene un efecto general que alcanza a todos y no tan sólo a los contratantes y sus causahabientes.

c).- Es definitiva, al no caber contra ella ni la prescripción ni la confirmación (efecto definitivo).

Las consecuencias de tal nulidad consisten en que, si las partes se hubieran entregado alguna cosa, debe devolverse con sus frutos e intereses, y, si no es posible, su equivalente económico (art.1303 y 1307 del Código Civil).

En consecuencia, de cuanto llevamos dicho, la mujer gestante para otra no resultará obligada, ni a entregar el niño, ni siquiera a una indemnización por no hacerlo.

Pero no puede contemplarse aquí una obligación natural, a efectos de la irrepetibilidad de lo entregado —en este caso la criatura—, porque estamos refiriéndonos a la entrega de un hijo, o sea de una persona y no de cosa o dinero.

Por tanto, de la nulidad del contrato serán nulos asimismo los pactos accesorios, relativos a determinadas obligaciones de la gestante (no fumar, suprimir ciertas actividades, no abortar, etc.) y la responsabilidad posible en que puede incurrir será siempre extra contractual.

Se plantea la cuestión, presupuesta la nulidad de tales contratos, si podrá exigirse, al menos, el pago de daños y perjuicios y cuál sería su alcance en el supuesto que resultará procedente.

Hay que concluir señalando que no se debe permitir la adopción del niño por parte de la pareja que lo encargó, ya que de esta forma conseguiría el propósito, pese a la prohibición establecida.

La Ley española declara la nulidad de tal contrato de maternidad portadora, pero nada dice de los intermediarios en tal acuerdo, ni sobre su responsabilidad. No ocurre lo mismo en Francia en que el art.535.1 del Code Penal castiga con 10 días a 6 meses de prisión a cualquiera que con ánimo de lucro haya aportado o intentado aportar su mediación para recoger o adoptar un niño.

El informe Palacios recomendó que “deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que correspondiera (sic), las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien y los equipos médicos que los realicen “. (Recomendación 116).

A mi juicio es totalmente equivocado meter en el mismo saco a una pareja estéril y obsesionada por tener un hijo en su hogar y familia o una mujer que más o menos altruistamente se presta a realizar tareas de incubadora, con los facultativos que participan lucrativamente en tales prácticas prohibidas por la ley y sin cuya colaboración técnica no podrían alcanzar el éxito pretendido, al menos cuando la pareja aporte espermatozoides y óvulo, y no digamos nada de los intermediarios de este extraño mercado humano.

Sin embargo, tal intermediación lucrativa no se encuentra entre las infracciones graves o muy graves del art.20 de la ley.

2.6.3 Problemas de filiación

La nulidad que acabamos de examinar determina que carezca el negocio jurídico de los efectos pretendidos por las partes, es decir: que no produzca efectos jurídicos. Pero como acertadamente puso de manifiesto Montes Penades, el acuerdo de subrogación podrá ser nulo, pero no es nulo el hijo que nace.

En consecuencia, si a pesar de la prohibición de la maternidad subrogada, si a pesar de que son nulos todos estos contratos se acudiese a la subrogación o al alquiler, el hijo así nacido, ¿de quién sería?, ¿quién sería la madre?, ¿la suplente o la que contrató los servicios?, ¿y quién sería el padre?, ¿el varón progenitor?, ¿o el varón de la pareja que contrató la subrogación? ¿Y la filiación del así nacido, que carácter tendrá? Es decir, después de estudiar ahora el problema de la validez, debo dedicar mi atención a la filiación de los nacidos de madre suplente, de sustitución, de subrogación.

Tradicionalmente en esta materia regía el principio formulado por Paulo de *“mater semper certa est”*, la maternidad siempre es cierta y conocida. Evidentemente este principio regía para los casos en los que una mujer que pone su óvulo, fecundado en el acto sexual y que luego gesta y alumbró al hijo. Pero la aplicación de estas técnicas presenta una nueva realidad: la mujer que no busca ni desea un hijo y que no proporciona tampoco el

óvulo, ni hay acto sexual, sino que sólo pone su útero para la gestación de un óvulo ajeno fecundado *in vitro*.

Puede ocurrir también que la mujer gestante haya puesto su propio gameto. En definitiva, puede haber tres mujeres implicadas en el nacimiento del nuevo ser: la llamada “comitente” que es la que contrata los servicios, la que proporciona el óvulo, y la que lleva a cabo la gestación. A veces estas tres funciones recaen sólo en dos mujeres en combinaciones distintas: **a)** la comitente pone su gameto y la otra realiza la gestación, **b)** la gestante, además de gestar, pone su gameto.

Si una de las tres mujeres o de las dos, ha de ser madre, lo único claro es que ninguna de ellas es la madre que Paulo daba siempre como cierta, ni la suya es la maternidad histórica, clásica, esa categoría jurídica y social perfectamente acuñada y reconocida. Pero en todo caso al así nacido hay que darle una madre.

Los especialistas médicos y los juristas creen que la función que más se acerca a la madre, entre las de aquellas tres participaciones mencionadas, es la de la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación. La mayor parte de las leyes, proyectos e informes hacen madre a la mujer que gesta y pare el nuevo ser, proceda de quien proceda el gameto o preembrión.

Tal es el criterio seguido en la Ley española al decir el art.10 que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

Entiendo, desde el punto de vista estrictamente jurídico, que nada hay que objetar

al criterio seguido por la Ley, por las siguientes razones:

- 1.- Es el sistema más seguro y acertado.
- 2.- Coincide con el sistema del art.47 de la Ley de Registro Civil.

3.- Es congruente con la invalidez e ineficacia de cualquier convenio de gestación de sustitución.

4.- Es solución disuatoria frente a quienes pretendan saltarse la Ley. Sabemos, pues, que el hijo es de la madre que pare, ¿pero qué clase de hijo es?, ¿y quién es el padre, ¿o no tiene padre? En consecuencia, hay que dar respuesta a estos interrogantes y hay que efectuar las siguientes distinciones:

a) Que la madre gestante no esté casada.

b) Que la madre gestante esté casada.

Primer Supuesto, Madre Gestante No Casada:

Del tenor literal del concepto que venimos examinando, se deduce que en el supuesto de que la madre gestante no esté casada, el hijo se inscribirá como hijo no matrimonial de la madre gestante y ello aún en el supuesto de que el gameto femenino utilizado fuera de la mujer que contrató los servicios. Sabemos quién es la madre, y en este caso ¿quién es el padre?:

Si el progenitor varón es el miembro de la pareja que arrendó los servicios, entiendo que el hijo podría inscribirse como hijo no matrimonial de él.

Si el progenitor varón es un donante anónimo, entiendo que en este caso, el hijo así nacido carecería de filiación paterna, o sea: jurídicamente no tendría padre.

Pero para este supuesto señala el art.10 “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a lo que establece el Código Civil”, sin embargo, yo entiendo que esta posible reclamación de la paternidad por parte del padre biológico tiene poco sentido, por dos razones fundamentales:

a).- En primer lugar porque conforme a las reglas generales del Código Civil, el posible reclamante carece de acción para reclamar la filiación

paterna extramatrimonial si no existe la posesión de estado, así se desprende del art.133 del Código Civil.

b).- En segundo lugar porque según la ley de reproducción asistida, en los artículos 5 y 8 de la misma se establece que “el donante de gametos” carece de vínculo de parentesco con el hijo cuya herencia genética lleva.

Segundo Supuesto, Madre Gestante Casada.

Para el supuesto que la madre gestante estuviera casada, “*prima facie*” el hijo podría inscribirse como hijo matrimonial de la pareja gestante, en virtud de la presunción de paternidad del art.116 del Código Civil, puesto que según la ley se presume que el padre es el marido de la mujer.

Sin embargo, esta filiación matrimonial podría ser impugnada por el marido de la gestante, lo cual sería sumamente fácil ya que desde el primer momento existe una certeza indubitada y prueba positiva de la no paternidad del cónyuge de la gestante a la vista del pertinente expediente médico. Como señala Vercovitz el hecho de la inseminación artificial equivaldría, en este caso, a una separación de hecho a los efectos de la procreación y consiguientemente la misma inseminación destruye la presunción legal de paternidad.

En consecuencia con lo anterior, parece que cuando la mujer gestante está casada aunque en principio el hijo podría inscribirse como matrimonial de la pareja gestante, lo normal es que se inscriba como hijo no matrimonial de la madre gestante y sin filiación paterna.

José María Peman publicó en el diario español ABC el 10 de marzo de 1970 un artículo titulado: “Carta de un hijo *in vitro* a su mamá”, en el que con cierta dosis de humor revelaba el dramatismo que produce la simplificación de los problemas que surgen de la aplicación de estas técnicas, y dice así:

“En la soledad de la noche escribo hoy a mi madre. No sé si te acuerdas de mí. Tú eres la señorita Pérez de un pueblo ampurdanés. Hasta que te aburríste de ser la señorita Pérez de un pueblo y decidiste lograr una escala

social... tener un hijo “*in vitro*”. No sé dónde buscaron mis semillas ni a qué manipulaciones me sometieron. Sólo sé que yo, sin comerlo ni beberlo, me encontré fecundado en una probeta de laboratorio. Luego me llevaron a la señorita Pérez y tú me diste hospedaje durante unos meses en el claustro materno. Como quien invita a un amigo a pasar una temporada en el hotel Don Pepe de Marbella. Cuando nací hubo gran conmoción polémica. La iglesia guardó reservas reticentes. Y el Gobernador Civil te envió un ramo de claveles por conducto de su secretario particular para no comprometerse del todo. Yo me sentía como el Licenciado Vidriera de Cervantes: Frágil y transparente. Tú estabas sola y melancólica, a pesar de que sobre una consola de la casa se colocó, adornada con lazos y flores, la probeta en que fui engendrado”.