

## Mujeres por derecho y gestación subrogada

21 julio 2022

Núria Flaquer Molinas. Diputada responsable de la Comisión de Mujeres Abogadas del Colegio de la Abogacía de Barcelona



La gestación subrogada es uno de aquellos ámbitos en los que se pone de manifiesto la necesidad de reflexionar de manera amplia y sosegada sobre los límites de la ciencia y de la ética. Asimismo, representa todo un reto para el mundo del Derecho, ya que no siempre resulta fácil articular a través de una norma las posibilidades que se derivan de los avances tecnológicos, con los distintos dilemas morales que pueden surgir en torno a la utilización de los mismos en términos humanistas. Precisamente, en los procesos de maternidad por sustitución entran en liza el deseo irremediable de formar una familia por parte de los comitentes (es decir, quienes contratan un útero ajeno para engendrar a un niño para integrarlo como propio dentro de su unidad familiar) y los derechos, también irrenunciables, de los menores y de las gestantes involucrados en aquellos.

No podemos obviar que se trata de un fenómeno de carácter global, cuyo tratamiento jurídico puede diferir sustancialmente de un país a otro. Desde los que cuentan con regulaciones más permisivas, que admiten la gestación subrogada como una Técnica de Reproducción Asistida (TRA) más, hasta los que proscriben totalmente este tipo de acciones. También se producen importantes diferencias en cuanto a los costes derivados de todo el procedimiento y la forma en cómo las autoridades de cada Estado van a reconocer la filiación de un menor nacido de una madre gestante, respecto de quienes finalmente asumirán esa función de criar y cuidar al menor como sus padres.

En España, el art. 221 del Código Penal tipifica como delito –con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda, por tiempo de cuatro a diez años- la entrega de un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Con la misma pena son castigadas las personas que reciben a este menor, así como las que actúan como intermediarios, aunque la entrega de aquél se hubiese efectuado en país extranjero.

Por otro lado, el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, dispone la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. Asimismo, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, concretamente en su art. 26, dispone como requisito para la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras, que las mismas no vulneren el orden público, considerándose que se transgrede el mismo precisamente cuando se haya *“prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación.”*

Tal es el criterio que podemos apreciar en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo Nº 277/2022, dictada con fecha de 31 de marzo del presente año. Una resolución en la que se pone de manifiesto que, *“tanto la madre como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad”*. La Sentencia resulta interesante por cuanto analiza el periplo obligacional (y emocional) que asume una madre gestante en virtud de un contrato de maternidad subrogada, respecto del cual el Tribunal presume que existe una situación económica y social de vulnerabilidad de la mujer, precisamente porque *“acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, y a ser tratada como una persona libre y autónoma”*.

Asimismo, el Tribunal pone de manifiesto en su razonamiento que la Unión Europea condena la práctica de la gestación subrogada, a la que considera contraria a la dignidad de la mujer por utilizar el cuerpo y las funciones reproductivas de la misma como si de una materia prima se tratara. Incluso llega a citar la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (la CEDAW, por sus siglas en inglés), recordando la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas apropiadas que resulten necesarias para suprimir todas las formas de trata de las mujeres. Sin olvidar tampoco los deberes que se derivan del art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño para los países parte (y que la sentencia también refiere) de impedir la venta o la trata de niños para cualquier fin o forma.

Aun así, y en consonancia con lo manifestado más arriba, se trata de una realidad que trasciende de las fronteras de los países y que resulta sumamente compleja. Precisamente, en la Instrucción de 18 de febrero de 2019 la Dirección General de los Registros y del Notariado, y a falta de un marco internacional claro y de una actuación coordinada a nivel global en este ámbito, se adoptan una serie de directrices para la inscripción de un menor nacido en el extranjero a resultas de una gestación por sustitución en el Registro Civil consular. El objetivo de la citada normativa es regular las prácticas que en materia de gestación subrogada habían desbordado las pautas jurídicas que se habían estipulado en la anterior Instrucción de 5 de octubre de 2010. Una norma que se dictó con apenas cuatro días de diferencia de una Instrucción anterior que no se llegó a publicar, evidenciando lo dificultoso del asunto, y con la que se intenta acotar la filiación en estos supuestos para evitar favorecer un

fenómeno en el que tanto el TS como la DGRN consideran que “se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes”.

Han transcurrido más de 45 años desde que se dieran los primeros casos de gestación subrogada en California, cuando se publicó un anuncio por parte de una agencia, el que una pareja que no podía tener descendencia buscaba la inseminación artificial de una mujer para que engendrara por ellos a un hijo al que inscribirían como propio, a cambio de una remuneración. Una práctica que desde entonces se ha ido extendiendo por todo el mundo y que cada vez resulta más recurrida. Por lo que, ciertamente, la gestación subrogada debe ser abordada desde la ética y el derecho, situando como ejes principales del debate el interés superior del menor, la protección integral de la mujer y la evitación de la mercantilización de la vida humana.



Valora este contenido.



Puntuación: 4.5