

Juezas y Jueces *para la* Democracia

COMUNICACIÓN sobre Gestación Subrogada

Cumbre Mujeres Juristas

Lisboa, noviembre 2018

Comisión de Igualdad de la Asociación Judicial Juezas y Jueces para la Democracia

Coordinadora: M^a Mercedes Boronat Tormo

En los últimos años, en que el avance feminista está dando pasos de gigante por la conquista, ya no de leyes formales de igualdad, sino de reales avances para que las mujeres empiecen a poder coger las riendas de su futuro, de decidir sobre sus destinos, desarrollar sus capacidades,... ello en condiciones de igualdad con los varones, ha aparecido un fenómeno que tenemos que considerar preocupante, y es el de la utilización del cuerpo de las mujeres para simple medio de conseguir la producción de un ser humano. Este fenómeno de la gestación subrogada, también llamado de los vientres de alquiler implica que, mediante un previo encargo, que contiene una contrapartida económica (que suele estar ligada a una situación de necesidad), y una renuncia a la condición de madre a la que está ligada biológica y jurídicamente la gestación, se lleve a cabo un embarazo y un parto, con posterior entrega del bebe a los comitentes.

Dicha práctica, se ser casi irrelevante, ha sufrido un aumento en los últimos años, mediante un proceso de internacionalización, debido a que las mujeres gestantes son contratadas en países ajenos a nuestra cultura de familia y normalmente con patrones sociales ligados a la pobreza, lo que ha motivado la existencia de un turismo reproductivo que busca encontrar la mujer que mejor se adecua a las exigencias del comitente/es.

Ello plantea múltiples interrogantes, no solo de carácter ético, sino y fundamentalmente, en lo que a nosotros interesa como juristas, de carácter legal al afectar directamente a los derechos de filiación y maternidad/paternidad.

La ley civil española parte de considerar que madre es aquella que gesta y pare al niño o la niña. De ahí que siempre se haya considerado indudable tal condición a través del aforismo latino ("mater sempre certa est"). Y precisamente de dicha condición surgen el conjunto de obligaciones y derechos legales que acompañan a la mujer que ha tenido un hijo/a. Por ello, desvincular

el embarazo de la maternidad supone tener que plantearse, necesariamente, las consecuencias que tal desvinculación implican.

Ante las voces que piden, incluso exigen, que se regule la situación legal derivada de una gestación de esta clase, debemos preguntarnos, en primer lugar, y ante el evidente hecho biológico de la gestación cuales son las premisas científicas que deben servir de base a su posible y regulación jurídica, y cuál debería ser el ámbito de dicha regulación, por las importantes consecuencias que actualmente está teniendo dicha práctica para las mujeres gestantes y para el fruto de dicha gestación.

El proceso por el que una mujer gesta a un bebe, implica una interacción biológica entre dos seres, uno de ellos dependiente del otro hasta su nacimiento que produce importantes cambios no solo en el cuerpo de la mujer, sino también en su cerebro. En el cuerpo, porque incorpora células madre de los seres gestados, que se almacenan en la médula ósea y se dispersan en los diferentes órganos maternos, dejando en la madre una huella en su sangre. Además, el embarazo hace aumentar la progesterona en el hipotálamo, reduciendo la respuesta emocional y física al estrés; aumenta también ciertos neurotransmisores cerebrales como la oxitocina, prolactina y dopamina, que crean el vínculo cognitivo y afectivo que caracteriza el cerebro materno, aumentando la empatía de la madre. Esos cambios permiten que la madre se vaya adaptando al proceso de su maternidad, convirtiéndolo en un cerebro receptivo a las necesidades del futuro niño. Es evidente que la gestante que abandona "voluntariamente" al ser engendrado, sufre una enorme pérdida en el aspecto emocional.

El feto, por su parte, se prepara afectivamente ante la voz, olor y sabor de su madre, cuyos cambios psíquicos afectarán a su personalidad futura. Ese lazo de unión madre-hijo, junto con la lactancia materna, será la base de la guía afectiva que tendrá el niño en sus relaciones con los demás. Se desconocen los problemas psicológicos o de otro tipo que pueda generar el desconocimiento por parte de la persona gestada por encargo, de quien sea su madre, pues no existen estudios sobre el tema, así como tampoco sobre los niños que, procedentes de gestación subrogada, son criados por padres o parejas homosexuales.

Por tanto, es evidente que separar gestación y maternidad implica disociar una situación biológica que plantea muchos interrogantes, de los que actualmente no se conocen las respuestas.

El actual marco jurídico, en España, y a partir de la Ley 35/1988 de 22 de Noviembre sobre Técnicas de reproducción humana asistida parecía claro,

dado que su Artículo 10 establece que: **“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 en favor del contratante o de un tercero; 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”;**

Por tanto, creíamos que estaba claro que nuestra regulación legal determinaba la imposibilidad de contratar una gestación por encargo, y que dicho contrato de gestación debía considerarse como no realizado, y sus consecuencias deben ser las propias de todo contrato nulo. Sin embargo, la práctica no ha sido coherente con la norma, pues los propios registros consulares españoles en diversos países, sobre todo del Este de Europa y América vienen aceptando la inscripción de los recién nacidos dando por válida la renuncia de la maternidad, que constituye una clara infracción del orden público español, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, el cual se define como una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, a causa de su incompatibilidad manifiesta con aquellos principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico del foro. Qué diferencia hay, podríamos preguntarnos, entre la compra de un bebe recién nacido al que las normas internacionales criminalizan con graves sanciones de prisión, con el encargo y posterior adquisición también por compra de un bebé?...

La respuesta de la jurisprudencia en nuestro país se produjo, por primera vez, por sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero del 2014 (nº 247/2014) que desestimó el recurso interpuesto por una pareja homosexual, y confirmó las resoluciones del Juzgado y la Audiencia, dejando sin efecto la inscripción del nacimiento de dos niños en el Registro Consular español de Los Ángeles, que habían sido obtenidos por gestación por sustitución. Muy resumidamente, argumenta el Tribunal que tal inscripción es contraria a la legislación española y al orden público internacional. La Sala niega la existencia de discriminación por razón de sexo, y en relación a la cuestión del interés del menor razona el TS que su concreción debe respetar los valores asumidos por la sociedad, entre los que ocupa un lugar relevante la integridad moral de la mujer gestante y la dignidad del menor de no ser convertido en un objeto de tráfico mercantil. Un voto disidente, al que se adscriben tres magistrados considera que la legalidad de la inscripción lo es con arreglo a la legislación californiana, por lo que, según los disidentes, no vulnera el orden público español, y tampoco atenta contra la dignidad de la madre y el niño al tratarse de una gestación reconocida en el Estado donde se ha llevado a cabo. Señala, por último, dicho voto, que negar la inscripción coloca al menor en un limbo jurídico.

Aunque la sentencia instaba al Ministerio Fiscal a actuar en consecuencia, no consta el resultado de tal actividad.

A nivel internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto en varias ocasiones situaciones parecidas, en las denominadas sentencias *Menesson y Labasse* (2015), y *Paradiso y Campaneli* (2015-2017), que resultan muy casuísticas. Se resuelve en las dos primeras con vínculo genético de los cónyuges varones con el ser gestado, de dos matrimonios heterosexuales, condenar a Francia, que tiene una previsión normativa similar a la española, a proceder a la inscripción de los menores, los cuales vivían en familia durante varios años, por lo que se había creado ya y mantenido una relación familiar, cuya ruptura hubiera supuesto un grave daños a los menores. Sin embargo en el caso *Paradiso*, en el que las autoridades italianas iniciaron de inmediato un proceso de adopción, al no existir ningún vínculo genético, se consideró un supuesto de tráfico de seres humanos.

A estas sentencias han seguido otras muchas, que han aumentado la confusión, pues, a pesar de considerarse nulo el contrato de gestación por sustitución, el uso de dicha figura carece, en la práctica, de efectos jurídicos, ni para la gestante cuyo nombre y circunstancias desaparece de la inscripción de nacimiento, ni tampoco para los padres/madres comitentes. Los que actualmente recurren a dicha práctica, y registran al nacido en el consulado español correspondiente, para después proceder a inscribirlo en el Registro Civil Español (por así permitirlo una Instrucción de la Dirección General de Registros del año 2010), cometen un fraude de ley, al proceder de un contrato nulo. Pero tal situación carece de efectos jurídicos, ya que ni el Ministerio Fiscal ni los interesados lo pretenden, lo que produce una situación de desprecio del sistema jurídico y escasa sensibilidad ante la situación de las mujeres gestantes, muchas de ellas pertenecientes a países pobres o en situación individual de pobreza, así como de los hijos habidos de dicha gestación que a los que se niega el conocimiento de quien los ha gestado y parido.

Entendemos que a pesar de la existencia de una decisión judicial o registral extranjera, que recoge una renuncia a la maternidad, el encargado del Registro Civil Español no está obligado a trasladar dicha inscripción, sino que debe comprobar la realidad del hecho y su legalidad, rechazándola si es contrario al orden público español.

El aumento de ésta práctica ha hecho prácticamente desaparecer la figura de la adopción internacional. Aunque se ignoran de forma concreta los datos de registros de nacimientos inscritos en el extranjero en los que no consta la identidad de la madre, que ha renunciado a su maternidad, se calcula que en el año 2017 superaron los 2000.

Las Juezas y jueces progresistas de España, creemos que debe abordarse la prohibición internacional de los vientres de alquiler/ gestación por sustitución, con criterios que dentro del marco jurídico, podemos mencionar seguidamente:

a) No existe el derecho a ser padres, ni tampoco el derecho de transmitir el propio material genético utilizando a un tercero (en este caso, la madre). Tal gestación no debe ser protegida por el ordenamiento jurídico. Entendemos que el estado de las técnicas de reproducción asistida permite un marco de actuación adecuado para los casos en los que existen dificultades para la reproducción. En cuanto a las parejas homosexuales, una mejor regulación de la adopción, actualmente abandonada, les permitiría atender a los menores necesitados de protección, de acuerdo con la normativa existente. Sorprende que la adopción, tanto nacional como internacional se encuentre sometida a férreos controles, que retrasan e incluso impiden a muchos padres/ madres deseosos de serlo, a hacerla efectiva, mientras que se acepta que otras personas accedan a la paternidad/maternidad, solo con el deseo y la economía suficiente para pagar los diversos gastos que requiere una gestación subrogada, en la que no se trata de atender a un nacido necesitado, sino de hacer efectivo un simple deseo mediante la utilización instrumental de una mujer.

No existe ese derecho porque nadie puede utilizar la facultad de contratar sobre un bien que no puede ser objeto de comercio. Porque no se trata de un derecho subjetivo ni puede ser esgrimido frente a otros con legitimidad.

c) Todos los niños/as tienen el derecho a conocer quiénes son sus progenitores, sobre todo a su madre, que es quien lo gesta y alumbró, y cuya identidad no debe ser escondida o falseada. El Código Civil español recoge este derecho en relación con la adopción, así como la obligación de conservar los expedientes para poder ser consultados por el adoptado mayor de edad o menor asistido por sus representantes legales (artículo 180). Sin embargo, en la situación actual, el hecho de que la gestación se realice en el extranjero, con legislaciones que permiten la renuncia de la maternidad, impide al menor conocer sus orígenes, pues se parte de realizar la inscripción de nacimiento en delegaciones consulares que no garantizan conocer tales datos. Entendemos que tales delegaciones consulares están infringiendo la ley nacional y que el Ministerio Fiscal español debería actuar en consecuencia.

d) Entendemos que la maternidad subrogada instrumentaliza el cuerpo de las mujeres, afectando sobre todo a las más vulnerables, que pueden verse constreñidas a someterse a dicha gestación por encargo, o a ser coaccionadas incluso a nivel familiar con la finalidad de obtener unos ingresos, que serían imposibles con un trabajo ordinario. Pero además, tales encargos de gestación

instrumentalizan a los gestados como un mero objeto de deseo o de capricho, con los consecuentes problemas asociados a situaciones en los que los menores, fruto de dichas gestación, no respondan a las expectativas de los padres comitentes. Se trata de una situación de "violencia obstétrica extrema" en palabras del grupo de académicas, filósofas y juristas feministas con Amelia Valcárcel, Victoria Camps y Alicia Mijares a la cabeza, que se agrupan bajo el lema 'No somos vasijas'.

b) En consecuencia con la premisa anterior, deben establecerse las consecuencias jurídicas ligadas a la nulidad del contrato de gestación por sustitución, establecida en el art 10 de la Ley 35/1988. En éste sentido debe alabarse la postura de la jurisprudencia constitucional portuguesa, pues frente a una Ley como la que entro en vigor en agosto del 2017 , que no afectaba a la dignidad de la mujer ni la del nacido, no obstante ha establecido que existía una excesiva indeterminación de los límites del contrato que podría restringir de forma indebida la autonomía de la gestante, y que limitaba la posible revocación del consentimiento dado por la gestante, en una interpretación que estimo es incontestable.

En conclusión, las juezas y jueces para la Democracia españoles entendemos que debe regularse esta figura, prohibiendo todos aquellos aspectos de la misma que puedan afectar a los derechos constitucionales de mujeres y niños, pero, además, no solo por la objetiva afectación a la dignidad de las mujeres y los niños, sino porque, adelantándonos a lo que suele ser habitual cuando entran en funcionamiento agencias que convierten en negocio dicha práctica, por el riesgo, que ya es una realidad en algunos países, de convertirse en un negocio de explotación de mujeres, incluso forzadas, al igual que ocurre con la prostitución, ello debe llevarnos a oponernos con toda firmeza a su aceptación legal, que debería quedar reservada a gestaciones dentro de la esfera de los parientes, ya que este sería el único sistema que garantiza la dignidad de las mujeres y el conocimiento por los hijos de su madre biológica.

En este sentido nos unimos a quienes proponen una prohibición internacional de dicha gestación, de manera que ningún país pueda alegar la legalidad de dicha situación en otro, con la finalidad perversa de incumplir las previsiones nacionales.