

redacción médica

Opinión

Gestación por sustitución vs "interés superior del menor"



Ricardo De Lorenzo y Montero, presidente del Bufete De Lorenzo
Abogados

POR LEY

Otros artículos de Ricardo De Lorenzo

31 MARZO 2023. 18.10H

**La fecha de publicación de este artículo de opinión es el 21/05/2017 pero ha sido actualizado a fecha de hoy por su interés informativo.*

El **progreso humano** y el grado de civilización, debe medirse por el respeto, la valoración y la protección de los más **débiles y desfavorecidos** especialmente los niños.

Los niños han sido siempre considerados un colectivo sensible bajo cualquier planteamiento **jurídico, asistencial o social** y por ello se han producido, bajo esta consideración, múltiples preceptos jurídicos en el **espacio internacional** y en nuestro país.

En el primero de los ámbitos mencionados existe un elevado número de instrumentos debiendo señalar **dos convenciones de Naciones Unidas**: La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y la Convención de los Derechos de las

Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, y, en este mismo aspecto, otros dos convenios impulsados por la **Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado**: el convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, y el convenio relativo a la competencia, la ley aplicable y de medidas de protección de los niños de **19 de octubre de 1996**.

Deben destacarse, además, dos convenios del **Consejo de Europa** relativos a la adopción de menores: Lanzarote, 25 de octubre de 2007, y, Estrasburgo, 27 de noviembre de 2008. Esta amplia trayectoria cuenta con larga tradición desde que, en 1924 (Declaración de Ginebra), se concibió por vez primera al niño como sujeto de derecho y protección y, más adelante, en 1959, se aprobó la Declaración de los **Derechos del Niño**, basada en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948**.

En el espacio español, la **Constitución**, en su artículo 39, declara la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en especial, de los menores de edad, en sintonía con el marco internacional mencionado. Conviene recordar que los niños y adolescentes constituyen **el 17,8 por ciento de la población española**: más de ocho millones de personas.

En el terreno de la legislación ordinaria hay que mencionar la **Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor**, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada con el objeto de propiciar un marco regulatorio uniforme en todo el territorio del Estado.

Destaca, por otra parte, la **Ley Integral de Medidas contra la Violencia de Género** para permitir el desarrollo de las medidas aprobadas en el Plan de Infancia y Adolescencia 2013-2016, así como una profusión normativa en terrenos civil y penal, en aspectos sectoriales, estatales y autonómicos, de marcado carácter proteccionista hacia los menores.

Este marco normativo, sin embargo, devino insuficiente ante los cambios sociales producidos en el mundo de los menores y se hizo imprescindible actualizar los instrumentos de protección normativa, en garantía de cumplimiento del mandato constitucional y en sintonía con el marco internacional. Las recomendaciones, en este sentido, provenían tanto de instancias internacionales como nacionales. La jurisprudencia, por otra parte, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del **Tribunal Constitucional y Supremo de España** habían venido urgiendo la necesidad de una actualización normativa.

Actualización normativa que la **Sala Primera del Tribunal Supremo** siguiendo el ejemplo del art. 9 de la “Children Act británica de 1985”, a partir de la Sentencia nº 565/2009 de 31 de julio, había venido estableciendo mediante una serie de criterios, máximas de experiencia, medios y procedimientos para orientar la determinación del interés del menor y paralelamente su identificación a casos concretos dando soluciones desde la concreción práctica del concepto jurídico de "interés del menor", en muchos casos de **Derecho Sanitario** partiendo de la posición del Médico como “garante de la salud e integridad del paciente menor de edad resolviendo los conflictos que se presentaban en casos de "riesgo grave" y cuando los facultativos entendieran que era imprescindible una intervención médica urgente y sus representantes o el propio menor se negaran a prestar el consentimiento.

Este principio de prevalencia del “interés superior del menor”, se plasmaron en dos leyes la 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que transformaron el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, convirtiéndose así España en el primer país en incorporar la defensa del interés superior del menor como principio **interpretativo, derecho sustantivo y norma de procedimiento**, como recomendó la ONU en 2013, innovando así la **Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor**, el Código Civil,

la Ley de Adopción Internacional, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Integral de Medidas contra la **Violencia de Género** para permitir el desarrollo de las medidas aprobadas en el Plan de Infancia y Adolescencia 2013-2016.

Nuevo marco de derechos y deberes de los menores, que deberá tenerse en muy en cuenta en todos aquellos casos de **Gestación por Sustitución**, para la protección de los más vulnerables como deben ser los niños.

Pero antes, dado que los juristas nos debemos preocupar por la certeza y claridad de las palabras, con carácter previo deberíamos, no seguir utilizando eufemismos, cuando lo que se pretende es contratar a una mujer para que incube un embrión obtenido por fecundación in vitro, por muy populares que sean los términos de "**maternidad subrogada**", o "**vientre de alquiler**".

El término jurídico correcto "gestación por sustitución", lo encontramos en la **Ley 14/2206 de 26 de mayo** sobre técnicas de reproducción humana asistida (Llrrha) en sus apartados 2º y 3º, máxime cuando la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro.

Hablar de maternidad sería también incorrecto dado que el término engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra "sustitución" especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo. La palabra "**subrogada**", por su significado, se asocia con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: **gestación y material genético**.

En España los contratos de gestación por sustitución, se consideran nulos de pleno derecho, ya sean éstos gratuitos u onerosos, conforme el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre **Técnicas de Reproducción Humana Asistida** y por tanto no producen ningún efecto, habiendo sido necesarias dictar la Resolución, de 18 de febrero de 2009, y una posterior Instrucción, de 5 de octubre de 2010 -ambas dictadas por

la **Dirección General de los Registros y del Notariado**-, para admitir la inscripción registral de la filiación obtenida mediante dicha técnica fuera de España, en países cuyos ordenamientos jurídicos viene reconocida como lícita, con la finalidad de amparar el interés del menor y proteger sus derechos.

Los sistemas jurídicos occidentales tradicionalmente han entendido que, frente a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el **cuerpo humano, sus órganos y funciones** más esenciales, no pueden ser objeto de comercio.

De este modo, la libertad de los individuos para establecer contratos en mutuo provecho tiene límites. Con respecto a los hijos, la legalización de la gestación por sustitución puede **suponer mercantilizar la filiación**, ya que ésta dependerá, en última instancia, de una transacción económica.

Por otro lado, la experiencia ha demostrado que el niño queda en una posición muy vulnerable, dado que su situación depende de las cláusulas establecidas en dicho contrato, lo cual no asegura, en absoluto, **la protección de sus intereses y derechos**.

Por todo ello, ciertamente, el deseo de las parejas estériles debe ser escuchado por la sociedad y si es posible regularse, pero debiéndose trabajar en la creación de un marco regulatorio internacional común, con un previo y profundo debate entre los juristas que, desde muchas disciplinas, habrían de sentirse interpelados por el sentido y el alcance de una legislación cuyo objeto afecta de modo radical a **la dignidad de la persona y a derechos inviolables** que le son inherentes, dado que si se analizan todos los posibles casos, se puede observar cómo no hay un pronunciamiento judicial global y unificado, de hecho dentro de nuestro continente, observamos que la gran mayoría de los países prohíben la maternidad subrogada y contemplan la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución, lo que demuestra lo complejo y su dificultad para legislar este asunto y, por supuesto, lo complicado que es relacionarlo con el ordenamiento jurídico, así **como con la protección del menor y el orden público**.

El ejemplo lo tenemos que el único pronunciamiento expreso existente desde el **Parlamento Europeo** ha sido el efectuado en el año 2015, en el marco del Informe anual sobre **Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014)** y en concreto en el punto 115 del apartado dedicado al derecho de las mujeres y de las niñas estableciendo el principio, “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”, lo que conlleva la prohibición del tráfico de niños.

Intentar como en **Portugal** al que últimamente se pone de ejemplo, la incorporación de un marco legal como el de la Ley 25/2016 de 22 de agosto de 2016 en ese País, que intente garantizar los derechos de las partes implicadas, mediante el establecimiento de principios como el de gratuidad similar al seguido en el **Reino Unido y Canadá** no deja de ser con carácter general una utopía cuando contempla que los padres de intención o beneficiarios (como son llamados en la Ley) pueden hacerse cargo de los gastos derivados del control sanitario de la gestación. Además, claro está, de incidentalmente contrastar que no se ha producido la vulneración de los derechos de la madre gestante. Que su **consentimiento se ha obtenido de forma libre y voluntaria**, por escrito.

Su irrevocabilidad salvo el derecho a la **eventual interrupción del embarazo** si concurren las circunstancias legalmente fijadas, o el modo de proceder en caso de malformación o daño fetal consignados en el contrato de subrogación uterina firmado por todas las partes (gestante y futuros padres) no deja de ser encomiable, aunque lo trascendente será determinar si la madre gestante realmente obtiene o no un precio por ello, puesto que

ese altruismo oculta una realidad y es que, si no hay **compensación económica**, muy pocas mujeres estarán dispuestas a gestar el niño de otro. Todo lo demás es impudor y desde luego no se está teniendo en cuenta que ni las mujeres ni los niños pueden ser objeto de tráfico mercantil.