

Seminario: ¿HAY QUE REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA?

*Manuel Lezertua Rodríguez (Ararteko)
Bilbao (UPV/EHU-Sarriko), 18.12.2018*

Inauguración de la jornada:

Lehenik, bihotzez eskertu nahi dut **Carlos Romeo Casabona** irakasleak egin didan gonbidapen eskuzabala jardunaldi akademiko honi hasiera emateko, jardunaldiaren bi zuzendariekin batera, **Romeo** jauna bera eta **Itziar Alkorta Idiakez** irakaslea. Gaur aztertuko dugun gaia puri-purian dago, baina egiaz konplexua da eta eztabaida pizten du. Carlos Romeo jauna gai horretan oso aditua da, espezialista sendotua, eta Itziar Alkorta ere aditu ospetsua da.

Constituye para mí un verdadero honor abrir la reflexión académica que hoy va a tener lugar con la participación de personas expertas, que con toda seguridad aportarán puntos de vista variados respecto a la gestación subrogada. Sin duda, resulta hoy muy necesario ahondar en las **múltiples dimensiones** que presenta este fenómeno, cada vez más extendido en sociedades como la nuestra, que desborda lo jurídico, habida cuenta de sus connotaciones éticas, biológico/médicas y sociales. Pero no se puede desconocer que su práctica evidencia de manera creciente una **brecha profunda entre la realidad y el Derecho**. De ahí que parezca también importante que sea **justamente el ámbito jurídico el elegido** en esta jornada, para debatir ideas y aportar propuestas que permitan recortar esa brecha y asegurar que los derechos humanos que están en juego queden debidamente blindados.

Oraingo ez naiz gehiago luzatuko, izan ere, jarraian jardunaldi hau hasiko dut, zenbait gogoeta orokor eginez. Arartekoa naizen aldetik, hau da, Euskadin pertsonen eskubideak babesteko legebiltzar ordezkaria, nire ustez, gogoeta horiek kontuan hartu behar dira gai konplexu honi buruzko edozein azterketa egiteko orduan. Milesker, berriro ere, gonbidapen eskuzabal honengatik, eta nire desio onenekin, jardunaldi eztabaidetan aberatsa, hausnarketetan sakona eta proposamenetan oparoa iragartzen dut gaurko. Eskerrik asko.

Conferencia inaugural:

LA GESTACIÓN SUBROGADA: DERECHOS EN JUEGO, UN DEBATE ABIERTO

Debo anunciar desde ahora que, sin perjuicio de los debates que hoy puedan tener lugar aquí en torno a la mejor manera de abordar desde la política jurídica el

fenómeno de la gestación subrogada, cualquier aproximación que yo, en calidad de Ararteko del País Vasco, vaya a hacer a esta cuestión, debe partir esencialmente de un planteamiento en clave de derechos humanos de las personas afectadas, pues es esa, primordialmente, la vocación que una institución de defensa de los derechos de las personas como la que dirijo tiene encomendada por la ley.

Se trata, como ya anunciaba antes, de un tema de máxima actualidad social y jurídica, que presenta una **pluralidad de dimensiones que afectan** a los derechos de las personas: prioritariamente a la **dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres gestantes, y de los niños y niñas que nacen de ellas**, pero cuya concreta configuración legal también afecta –aunque en otro orden que es preciso diferenciar nítidamente del anterior- a las aspiraciones, intereses y derechos de los denominados padres y madres de intención.

La jurisprudencia más reciente, tanto a nivel estatal como internacional, así como la prolífica doctrina jurídica y social de los últimos años, dan cuenta del dinamismo de esta cuestión y de las muchas implicaciones que tiene, especialmente para las **mujeres gestantes –a quienes es preciso proteger de cualquier comercio ilícito o instrumentalización de su cuerpo-**, así como para los **niños y niñas** nacidos como resultado de esta técnica de reproducción, a quienes es preciso **proteger igualmente de cualquier forma de tráfico humano** y dotar, en todo caso, de todos los derechos que apareja la plena ciudadanía, lo cual plantea la necesidad del reconocimiento legal de su filiación, atendiendo a estándares de legalidad claramente definidos.

En ese sentido, no pueden desconocerse las **voces críticas** que, en especial desde algunas corrientes del feminismo, desconfían de cualquier intento de legitimación de esta forma de reproducción humana, por considerar que con ello se daría inexorablemente carta de naturaleza a una forma de **explotación de las mujeres**, mediante el **comercio con sus cuerpos**, que **pervierte la experiencia biológica de la maternidad, y perjudica y atenta contra la dignidad**, especialmente de las mujeres más vulnerables de los países más pobres. Tampoco cabe obviar rotundamente las **razones de “orden público” en que muchos Estados, con objeto de defender el interés superior del menor y oponerse a la regularización indirecta del tráfico humano**, fundamentan su negativa a registrar a los niños y niñas, nacidos de la gestación subrogada que tuvo lugar en otros países.

Con todo, no es posible soslayar una **realidad internacionalizada** (*cross-border surrogacy*), que desborda con mucho el marco jurídico estatal y que obliga a **avanzar hacia posiciones que compadezcan estos consistentes argumentos con la búsqueda de soluciones para encauzar esta realidad, desde el pleno respeto a la dignidad de las mujeres y a los derechos humanos mencionados**, al tiempo que ofrezcan una respuesta garantista y segura a los múltiples desafíos que ya, hoy y aquí, plantea esta cuestión. Afrontar estos desafíos supone, entre otras cosas, clarificar cuál es el alcance y qué se entiende por **consentimiento libre de las mujeres gestantes**, y cómo se asegura su **protección frente a cualquier forma –por sutil que esta sea- de comercio o explotación**; supone también garantizar una

familia adecuada, así como la plena ciudadanía, a todos los niños y niñas nacidos por esta vía de reproducción, y asegurar su protección frente a cualquier intento de tráfico humano; y finalmente, aunque en otro plano distinto, supone también **escuchar y ofrecer un cauce legal, igualitario y seguro, a las aspiraciones legítimas** –y profundamente humanas- de quienes desean formar una familia y, por razones de infertilidad biológica e incapacidad de gestar, acuden a técnicas de reproducción asistida –incluida la gestación por sustitución-, teniendo en cuenta las dificultades crecientes que el acceso a procesos de adopción plantea en la actualidad.

Por ahora, se está consolidando una **doctrina judicial en el TEDH**¹ que, sin pronunciarse propiamente sobre la legitimidad de la gestación subrogada -por respeto al margen de apreciación de los Estados-, sí propugna en cambio, con fundamento en el interés superior del menor y al amparo del respeto al derecho a la vida privada consagrado en el artículo 8 CEDH, que la defensa de la identidad de los hijos nacidos por esta vía de reproducción humana implica que estos no puedan quedar sustraídos de sus vínculos legales de filiación respecto a los padres comitentes. Así, de acuerdo con esta doctrina judicial, el concepto de vida familiar (un núcleo familiar *de facto*), entre padres de intención (padre biológico y su cónyuge) e hijos nacidos por medio de la gestación subrogada, ha de ser debidamente tenido en cuenta, eso sí, siempre que se de un vínculo biológico entre ellos. No obstante, parece claro que la aplicación de esta doctrina en los diferentes Estados miembros del Consejo de Europa no resuelve por sí sola los más amplios desafíos que suscita este fenómeno.

En España, **la nulidad radical de los contratos de gestación por sustitución**, que se deriva del artículo 10 de la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida* (LTRHA), no impide que en la actualidad estos contratos se lleven a cabo en terceros Estados, con demasiada frecuencia, sin las debidas garantías de los derechos de las mujeres gestantes, y de los niños y niñas nacidos de ellas.

Sin embargo, también existen **padres y madres comitentes que aseguran haber llevado a cabo esos contratos en otros países acogiéndose a marcos jurídicos garantistas y profundamente respetuosos de la dignidad y del consentimiento libre de las mujeres gestantes**, a quienes consideran –dicho en sus propias palabras- sus “heroínas”, y con quienes estas familias mantienen un vínculo afectivo y emocional transparente, que permite a sus hijos e hijas conocer en todo momento

¹ Sentencias TEDH Menneson c. Francia, de 26 de junio de 2014 (demanda nº 65192/11) y Labassée c. Francia, de 26 de junio de 2014 (demanda nº 65941/11) y STEDH Foulon c. Francia (demanda nº 9063/14) y Bouvet c. Francia (demanda nº 10410/14), de 21 de julio de 2016. Distinta es la posición de la Gran Sala en el asunto Paradiso Campanelli c. Italia (demanda nº 25358/12) (STEDH (Gran Sala), de 24 de enero de 2017), en la que el Alto Tribunal de Derechos Humanos dictaminó que las autoridades italianas, al retirar la custodia a los padres de un hijo gestado mediante maternidad subrogada, no habían incurrido en una violación del artículo 8 CEDH. No obstante, es preciso tener en cuenta que este divergente criterio de la Gran Sala se debe, en buena medida, a que los hechos enjuiciados en este último asunto eran sustancialmente diferentes a los que subyacen en los asuntos anteriores.

su historia vital y establecer los lazos afectivos que la mujer gestante desee mantener.

Concretamente **en Euskadi**, me consta que existen ya nutridas asociaciones de padres y madres de niños nacidos mediante esta técnica, familias que han acudido muy recientemente **al Ararteko en defensa del derecho a la imagen de sus hijos e hijas**, que -según exponen- se ve menoscabada por el tratamiento informativo sobre el origen biológico de estos niños y niñas -a su juicio, sesgado y erróneo, en tanto que vincula esta técnica inexorablemente a formas de comercio ilícito, explotación de mujeres y tráfico de menores-, que algunos medios de comunicación difunden, sin tener en cuenta el impacto que estas informaciones tienen luego en estos niños, sometidos con frecuencia a insultos y a acoso, por razón de su historia vital y su origen biológico. Estas familias han solicitado al Ararteko que les ayude a difundir el respeto por la diversidad familiar y, en concreto, por las familias conformadas de este modo (sus familias), a potenciar la comunicación adecuada y con conocimiento de causa respecto a la gestación subrogada por parte de las instituciones y de los medios de comunicación, y a apostar por el conocimiento fundado frente a la ignorancia actual que, a su juicio, es la principal causa del rechazo social que suscita esta técnica. Demandan, en suma, la **intervención del Ararteko, desde la perspectiva del interés superior de la infancia**, para apoyarles en la defensa de estos niños y niñas, y para que se promueva una política respetuosa con sus orígenes y una información veraz y adecuada sobre esta técnica de reproducción humana.

Así pues, **la controversia está servida**, y teniendo en cuenta todas estas implicaciones (y muchas otras que no he mencionado), y ante la ausencia de una regulación suficientemente clarificadora en nuestro ordenamiento jurídico de un tema de variadas y complejas dimensiones como este, se impone, sin duda, llevar a cabo un proceso de reflexión sosegado y debidamente fundado, como el que hoy va a tener lugar aquí, prioritariamente en el ámbito académico, pues es este el que mejor garantiza un debate objetivo y científico, que permita abonar el terreno para el **necesario consenso social en esta materia**.

Son muchas las **cuestiones** sobre la realidad multidimensional de la gestación por subrogación que siguen **abiertas** y que necesitan una **respuesta coherente desde el sistema jurídico**. Con toda seguridad se abordarán muchas de ellas en este foro, pero quisiera, antes de finalizar, formular -a título ejemplificativo y sin ánimo de exhaustividad- algunos interrogantes que, como Defensor del Pueblo del País Vasco, me inquietan especialmente:

1. ¿Cómo asegurar el consentimiento libre de las mujeres y proteger a las mujeres gestantes de países empobrecidos frente a la tentativa de explotación comercial de los países más ricos?
2. ¿Cómo hacer frente al potencial tráfico humano con menores que esta técnica, practicada sin control, puede generar?
3. Frente a la prohibición implícita (a través de la nulidad derivada del artículo 10 de la LTRA) de la gestación por sustitución, la legislación española

resulta sumamente permisiva con la donación de óvulos por mujeres jóvenes, a las que por poco más de 1000 euros se somete a intensos procesos de estimulación hormonal, cuyas consecuencias en su salud no están debidamente ponderadas. ¿Cómo proteger también a estas mujeres de una posible forma encubierta de explotación, en nuestros propios Estados europeos?

4. ¿Cómo dar respuesta al derecho a conocer la historia genética y biológica de los niños y niñas nacidos por gestación subrogada (y por otras técnicas de reproducción asistida), un derecho que, a partir de la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos (GDPR), se consagra para toda la ciudadanía europea?
5. ¿Cómo hacer frente a la desigualdad que se puede generar entre la madre y el padre comitentes, cuando ambos aportan su material genético, a partir de la presunción *iuris et de iure* de la maternidad de la mujer que ha parido (conforme al principio romano de *mater semper certa est*) frente a la presunción *iuris tantum* de la paternidad, en los procesos de gestación por subrogación que tienen lugar en terceros Estados?
6. ¿Cómo ofrecer una respuesta coherente a las legítimas aspiraciones de maternidad de las mujeres con problemas para llevar a término una gestación, cuando son los propios sistemas públicos de salud los que les generan expectativas de maternidad mediante la técnica de congelación de ovocitos (que, por ejemplo, los sistemas como el vasco ofrecen a las mujeres jóvenes antes de ser sometidas a tratamientos de quimioterapia para hacer frente a procesos de cáncer)?
7. ¿Cómo hacer frente a la situación de vulnerabilidad en que puedan estar quedando los niños y niñas ya nacidos mediante esta técnica, a la vista de la proliferación y difusión de informaciones que pueden estar generando un clima social, que de manera frecuentemente infundada recrimina a quienes han accedido a la gestación subrogada para tener hijos una serie de actos delictivos, como el comercio ilícito con los cuerpos de las mujeres, la compra de niños, etc., que no reflejan la realidad de sus concretas historias?

Horiek dira haurdunaldi subrogatuaz gaur egun erantzuteko dauden galdera ugariatatik gutxi batzuk. Ziur aski, beste asko ere jorratuko dira gaur hemen. Galdera horiei erantzuteko eta **adostasun akademikoak eta sozialak lortzeko oinarriak jartzeko** egiten den edozein pauso aurrerapen handia izango da, zalantza barik, gizarte zuzenagoa osatzeko bidean, **zientzia-aurrerapenek giza eskubideentzat sortzen dituzten erronka berriei aurre egin ahal izateko**. Zeregin bikain hori egitera deituta zaudete oraindanik.

Eskerrik asko zuen arretagatik.