

Fundar una familia a través de la maternidad subrogada

POR CELSA NÚÑEZ Socia directora de ICN LEGAL

La mayoría de personas, en algún momento, se plantea fundar una familia. Es algo lógico y natural en nuestro mundo. Si además se tiene una relación de pareja estable heterosexual y la mujer está en edad de procrear, la manera de conseguirlo no es difícil y además puede ser gratificante. El resultado es un embarazo natural que, tras nueve meses de gestación, da lugar al nacimiento de un nuevo ser. Esto ha sido lo más habitual y normal hasta hace unas pocas décadas. Pero, ¿qué ocurre si, la mujer no se queda embarazada aun después de costosos y largos tratamientos de fecundación o si una pareja de homosexuales desea formar una familia? ¿Qué sucede si una mujer no quiere paralizar su ascenso profesional o pasar por el peaje corporal de un embarazo? ¿Qué alternativas tiene una persona soltera? Es cierto que queda la adopción, pero no es fácil y, además, nadie te asegura el resultado.

La mayoría de personas, en algún momento, se plantea fundar una familia. Es algo lógico y natural en nuestro mundo. Si además se tiene una relación de pareja estable heterosexual y la mujer está en edad de procrear, la manera de conseguirlo no es difícil y además puede ser gratificante. El resultado es un embarazo natural que, tras nueve meses de gestación, da lugar al nacimiento de un nuevo ser. Esto ha sido lo más habitual y normal hasta hace unas pocas décadas.

Pero, ¿qué ocurre si, la mujer no se queda embarazada aun después de costosos y largos tratamientos de fecundación o si una pareja de homosexuales desea formar una familia? ¿Qué sucede si una mujer no quiere paralizar su ascenso profesional o pasar por el peaje corporal de un embarazo? ¿Qué alternativas tiene una persona soltera?

Es cierto que queda la adopción, pero no es fácil y, además, nadie te asegura el resultado. Muchas

personas se quedan a medio camino.

Los norteamericanos se dieron pronto cuenta de ello y en persecución del 'American Dream' decidieron que el sueño de fundar una familia podía estar al alcance de todos, siempre y cuando tuviera el dinero para ello. Por eso, desde hace ya cuatro décadas realizan la práctica conocida como gestación subrogada, o 'vientre de alquiler', la cual consiste, básicamente, en utilizar el vientre de una mujer para transferirle embriones de una pareja o persona que desean concebir un hijo, pero a quienes por determinadas circunstancias no les resulta posible. También se da la otra alternativa, en la que no hay transacción mercantil de por medio, la altruista.

Pero, ¿qué ocurre en España? Dicha práctica está totalmente prohibida y roza la categoría de crimen. Por esa razón, las gestaciones se producen fuera de nuestras fronteras: la mayoría de las veces en Estados Unidos, aunque cada vez más en países como la India y Rusia, al ser menos costoso.

Aun así, ya hay tribunales que se van dando cuenta de que nuestra sociedad está cambiando y buen ejemplo de ello ha sido la reciente decisión del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, ha resuelto, en dos sentencias con fecha de 20 de octubre de 2016, sendos recursos de casación para unificación de doctrina en los que se planteaba si la maternidad por subrogación o sustitución puede considerarse situación protegida a los fines de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento, con la particularidad de que en uno de los casos el solicitante de la prestación era un varón.

En uno de los casos se trata de una trabajadora que tiene un hijo en virtud de un contrato de gestación por sustitución, hijo que consta inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la actora como madre y su pareja varón como padre.

¿Qué ocurre en España? Dicha práctica está totalmente prohibida y roza la categoría de crimen

La Dirección General de los Registros y el Notariado emitió una Circular para autorizar a los cónsules a aplicar la Instrucción

En el otro supuesto se trata de un español que concierne una reproducción asistida en la India, utilizándose su material genético. La madre gestante alumbró dos niñas y aceptó que el hombre asumiera, en exclusiva, "todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad". Las menores fueron inscritas en el Registro Consular como hijas de los padres biológicos -la madre de alquiler y el varón español-, siendo trasladadas a España por su progenitor. La Seguridad Social española denegó las prestaciones de maternidad solicitadas por el padre de las menores puesto que la Ley de Reproducción Asistida proclama la nulidad del contrato de maternidad por sustitución.

El Supremo dice que no hay conducta fraudulenta en ambos recurrentes: "No se está creando una prestación de Seguridad Social, sino interpretando las exigencias de las actuales conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico". Es decir, en virtud de que la atención a los menores se privilegia en la normativa de la Seguridad Social, las diversas prohibiciones que afectan a la inscripción en el Registro o al propio contrato de maternidad por sustitución quedan al margen del problema de dar o no la prestación por maternidad o paternidad.

Hay una norma -menor- también interesante en este ámbito, una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. La Instrucción da un cierto marco jurídico a los niños que llegan de fuera de nuestras fronteras tras una gestación subrogada.

Tampoco hay que dejar de lado las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en tres sentencias impulsa la inscripción de los nacidos por gestación subrogada y aclara que negar dicha inscripción supone violar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tras estas sentencias, la Dirección General de los Registros y el Notariado emitió una Circular que autorizaba a los cónsules españoles a aplicar la Instrucción antes mencionada.

Como se ve, las periferias de la ley impulsan, poco a poco, la normalización de la maternidad subrogada. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿el interés superior del menor no se tutelaría de una manera más completa -y segura- eliminando las sombras y resolviendo el limbo jurídico que caracteriza a la maternidad subrogada en España? ¿O es que el interés superior del menor no es tan superior? Poner de acuerdo a la jurisprudencia, la práctica registral y el marco jurídico sólo puede aportar estabilidad a una realidad en la que se mueven muchas personas.

Porque uno podrá estar o no de acuerdo, pero lo cierto es que, como siempre, la sociedad va por delante de las leyes, sobre todo en España.

Vamos a ver si es verdad que se cumplen pronto las frases de ese famoso poema "Mas otra España nace" y dejemos atrás "esa España de cerrado y sacristía".

Las periferias de la ley impulsan, poco a poco, la normalización de la maternidad subrogada. Sin embargo, cabe preguntarse: ¿el interés superior del menor no se tutelaría de una manera más completa -y segura- eliminando las sombras y resolviendo el limbo jurídico que caracteriza a la maternidad subrogada en España? ¿O es que el interés superior del menor no es tan superior? Poner de acuerdo a la jurisprudencia, la práctica registral y el marco jurídico sólo puede aportar estabilidad a una realidad en la que se mueven muchas personas. Porque uno podrá estar o no de acuerdo, pero lo cierto es que, como siempre, la sociedad va por delante de las leyes, sobre todo en España. Vamos a ver si es verdad que se cumplen pronto las frases de ese famoso poema "Mas otra España nace" y dejemos atrás "esa España de cerrado y sacristía".