

¿La gestación subrogada vulnera los derechos humanos?

La falta de un marco normativo internacional acerca de la gestación subrogada genera situaciones de vulnerabilidad para las madres gestantes y los niños, llegando a situaciones de violaciones de derechos y de venta de niños.

Gestación subrogada y derechos de las mujeres

La gestación o maternidad subrogada es una práctica de reproducción mediante un “tercero”, es decir, una “gestante” o “madre de alquiler” y los “aspirantes a progenitores”, los cuales definen un contrato donde esta se queda embarazada y da a luz a un niño, sobre el cual no conserva la patria potestad ni la responsabilidad materna (OHCHR, 2023).

Esta práctica cada vez se está volviendo más habitual y ya son varios los defensores de derechos humanos que la declaran inaceptable, ya que discrimina a las mujeres instrumentalizando sus cuerpos con fines económicos, culturales y políticos (A/HRC/40/51, 2018). Se ven implicados sus

derechos sexuales, reproductivos y humanos, como el derecho a la vida, la integridad física y moral y la autonomía, (Heredia, 2019) esta última limitada por contratos preestablecidos durante los nueve meses de embarazo, e incluso con sanciones económicas por cambiar de opinión o querer abortar (Palmero, 2018).

Además, las mujeres gestantes suelen proceder de países en desarrollo como Camboya, India, Nepal, República Democrática Popular Lao y Tailandia, con algunas excepciones como Ucrania o determinados estados de Estados Unidos de América, mientras que las aspirantes a progenitoras proceden de países desarrollados de mayor nivel económico, como Alemania, Canadá, España, EUA, Francia, Israel, Italia, Noruega, Reino Unido e Irlanda del Norte, así pues, a través de esta práctica se

establece una relación de poder por el nivel socioeconómico (UN News, 2018).

Aunque parece imprescindible abordar esta temática con una perspectiva de género e interseccional desde la protección que ofrecen los derechos humanos (Palmero, 2018), son escasas las aportaciones que ha hecho la Comunidad Internacional acerca de este controvertido asunto. De hecho, así lo recalco la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y abusos sexuales en su Informe de 2018 ante la Asamblea General de la ONU.



Fuente: Foto de Shutterstock

La regulación internacional y la venta de niños

La falta de regulación internacional y de normativas ha supuesto un auge en los

contratos internacionales de gestación subrogada, los cual suponen una enorme preocupación, por la enorme situación de vulnerabilidad que sufren las madres gestantes, debido a los contratos firmes que se establecen, por un lado, y para los niños, por el otro, ya que se dan situaciones de adopción irregular equiparables a una situación de compraventa (A/HRC/40/51, 2018).

Las principales fuentes reguladoras que prohíben la venta de niños son:

El art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), que especifica:

“Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”

Y el art. 2.a del Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2002), donde se determina la venta de niños como:

“[...] todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de

remuneración o de cualquier otra retribución.”

Pese a la existencia de este marco normativo, existen dos tipos de gestación subrogada, una “con ánimo de lucro” y la otra de carácter “altruista” (A/HRC/40/51, 2018).

En cuanto a la primera, se concibe con carácter comercial puesto que la madre gestante obtiene una remuneración por los servicios prestados, además, en este tipo de gestación existe toda una red de trabajadores y entidades que también se benefician, como profesionales de la salud o abogados. Conforme al artículo 2.a del Protocolo Facultativo, se considera venta de niños si se cumple con tres elementos; (1) si existe una remuneración o cualquier otra retribución para la madre gestantes, (2) si hay

traslado del niño, ya sea físico o jurídico refiriéndonos al traslado de la patria potestad o (3) el hecho de que haya la preposición “por” para los casos anteriores, es decir, que exista una remuneración “por” un traslado.

Por lo que hace a la gestación subrogada altruista, no se entiende como venta de niños puesto que teóricamente es acto gratuito sin ánimo de lucro, aunque, la línea entre ambos se desdibuja ya que en la mayoría de casos se realizan pagos a las madres gestantes y a los intermediarios.

Regulación y situación en España

La gestación por sustitución en España está regulada por el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción



Fuente: Foto de UNICEF/Kate Holt Mujer amamantando a su bebé en Belgrado, Serbia.

humana asistida, la cual prohíbe el derecho a establecer un contrato por “estos servicios”.

“Artículo 10. Gestación por sustitución.

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 a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

Aun así, esta práctica se realiza a nivel transnacional, donde es necesario que la madre gestante renuncie a la patria potestad del niño antes de ser gestado y que haya una orden judicial que asegure que se ha respetado el interés superior del niño y los derechos humanos de esta. Mediante este proceso y el posterior traslado del niño empieza el proceso de adopción de los aspirantes a progenitores.

A pesar de la regulación actual, el Tribunal Supremo se ha posicionado en múltiples ocasiones declarando que los contratos de

gestación por sustitución vulneran los derechos de las mujeres gestantes y de los niños, al ser tratados como meros objetos, deshumanizándoles y apartándoles de sus derechos fundamentales (Tribunal Supremo, 2022). Además, la nueva Ley Orgánica 1/2023, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la considera como una violencia contra las mujeres.

Recomendaciones de la ONU para la protección de los niños

A partir del informe de la Relatora Especial se aportan determinadas prácticas para asegurar el respeto de los derechos de los niños y madres gestantes, a nivel internacional, vinculadas a estas prácticas, y con el objetivo de prevenir la venta o trata de niños y mujeres.

De entre estas se encuentra (OHCHR, 2023):

- Adoptar una legislación clara que prohíba la venta de los niños, tal y como se establece en la Convención de los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo.

- Crear medidas preventivas y de protección de la venta de niños en el ámbito de maternidad subrogada de carácter comercial, creando sistemas debidamente regulados, donde se garantice que la madre gestante conserve la patria potestad en el momento del nacimiento, que los pagos se hagan antes del traslado legal o físico del niño y que rechace la aplicabilidad de las disposiciones contractuales sobre la paternidad, la responsabilidad parental o la restricción de los derechos (por ejemplo, a la salud y a la libertad de movimiento) de la madre subrogada.
- Crear medidas de protección y prevención para la venta de niños en el ámbito de la maternidad subrogada altruista, como una regulación adecuada de los pagos y que estos estén sujetos a la supervisión de tribunales o autoridades.
- Garantizar que, en todas las decisiones sobre la paternidad y la responsabilidad parental en relación con un acuerdo de maternidad subrogada, un tribunal o

autoridad competente realice una determinación del interés superior del niño después del nacimiento.

- Instar al Comité de Derechos Humanos del Niño y al Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, para que se unan en la elaboración de un marco basado en los derechos humanos por tal de poner fin a las vulneraciones de los derechos en este ámbito.

Conclusiones

Parece ser que aún queda un largo camino que recorrer en la protección de los derechos humano de las mujeres y niños que están involucrados en las prácticas de gestación subrogada.

Apoyando lo establecido por la Relatora Espacial, y con el auge de los contratos de maternidad subrogada. Es necesario involucrar esfuerzos por parte de la comunidad internacional, con el objetivo de establecer un marco global basado en los derechos humanos que proteja y garantice los derechos de las madres gestantes y los niños, de las distintas

formas de explotación y vulneración de sus derechos. Además, de aportar más información y datos de estas prácticas, con el objetivo de establecer deliberaciones más precisas sobre las repercusiones de estas prácticas sobre los derechos de los agentes involucrados.

Ester Cecilia Chico

Graduada en Psicología

Estudiante de Máster en Derechos Humanos,
Democracia y Globalización en la Universitat
Oberta de Catalunya.

Referencias

- Convención Sobre los Derechos del Niño (1989). <https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/convencion-sobre-los-derechos-del-nino.pdf>
- Heredia, A. V. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, (43), 421-440.
- Informe [A/HRC/40/51] de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y abusos sexuales. <https://undocs.org/es/A/HRC/37/60>
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006, pp. 18917-18928. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>
- Ley Orgánica 1/2023, de 1 de enero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 1, de 2 de enero de 2023, pp. 1-35. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2023/01/02/pdfs/BOE-A-2023-1.pdf>
- OHCHR. (2023). Surrogacy. Recuperado de <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-sale-of-children/surrogacy>
- Palmero, M. J. G. (2018). Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional. *Dilemata*, (26), 39-51.
- Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPSC.aspx>
- RTVE. (2022, 29 de marzo). Gestación subrogada: regulación en España en 2022, claves [Artículo de noticias]. <https://www.rtve.es/noticias/20230329/gestacion-subrogada-regulacion-espana-claves/2433889.shtml>
- Tribunal Supremo(31/03/2022). Sentencia núm. 277/2022. <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/0e6219d460d65731>

UN News. (6 de marzo de 2018). La gestación subrogada puede convertir a los niños en mercancías.
<https://news.un.org/es/story/2018/03/1428492>

Publicado por:



**Asociación para las
Naciones Unidas
en España**
United Nations Association of Spain

Con el apoyo de:



Generalitat de Catalunya
**Departament d'Igualtat
i Feminismes**

ANUE no hace necesariamente como suyas las opiniones expresadas por sus colaboradores