

TURISMO REPRODUCTIVO Y MATERNIDAD SUBROGADA

Javier García Amez

Servicio de Salud y en la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias

María Martín Ayala

*Servicio Jurídico de la Consejería de Hacienda
AAPP de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El caso específico de la maternidad subrogada. 3. Otras cuestiones de interés. 4. Posibles planteamientos. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

RESUMEN

El turismo reproductivo en la Unión Europea es una realidad que se ve incrementada con la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva de asistencia sanitaria transfronteriza. El libre acceso a las prestaciones sanitarias en igualdad de condiciones, sin que en la mayoría de los casos se exija autorización previa para ello, fomentará en muchos casos el llamado turismo para “ricos”, el posible fraude de ley y el turismo de circunvalación. Dicho problema genera mayor controversia en ámbitos como el reproductivo donde existen muchos supuestos en los que en el país de prestación son legales, estando prohibidos en el país de origen de los usuarios. Este es el caso de la maternidad subrogada en nuestro país cuyo contrato es declarado nulo por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, generando desplazamientos de nuestros ciudadanos nacionales hacia países terceros donde puede llevarse a cabo lo que a nuestro juicio constituye una práctica fraudulenta.

PALABRAS CLAVE

Turismo reproductivo, desigualdad, turismo de circunvalación, fraude de ley, maternidad subrogada.

1. INTRODUCCIÓN

La globalización en el ámbito médico tiene consecuencias en muchos aspectos de la asistencia sanitaria tales como la emigración médica por parte de profesionales sanitarios fundamentalmente desde países en desarrollo a países más desarrollados; la telemedicina dirigida a pacientes de otros países; la práctica y los frutos de los ensayos clínicos llevados a cabo en una pluralidad de estados; los intercambios de información sanitaria...

Pero, sin lugar a dudas, uno de los principales efectos de la globalización de la asistencia sanitaria es el llamado turismo sanitario o turismo médico. Y es este aspecto el que vamos a tratar a continuación.

Entendemos por turismo sanitario a la práctica de los pacientes que viajan desde sus países de origen a otros países para ahorrar en costes sanitarios recibiendo un tratamiento médico cubierto por el sistema sanitario de ese país o a costa de su aseguradora; o bien para acceder a un servicio que es ilegal o que no está disponible en su país de origen¹.

En lo que a nosotros nos atañe, por circunscribir el ámbito geográfico de este trabajo al de la Unión Europea, la Directiva 2011/24/UE de asistencia sanitaria transfronteriza², configura un nuevo marco que amplía las posibilidades de asistencia sanitaria en los países del espacio europeo, al garantizar el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea a recibir asistencia sanitaria segura y de calidad, tanto en el ámbito público como en el privado de otro Estado miembro de la Unión, abriendo una nueva ventana a lo que llamábamos turismo sanitario³.

La asistencia sanitaria transfronteriza regulada en la citada Directiva es una posibilidad añadida a la contemplada en los Reglamentos sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social existentes: Reglamento (CE) 883/2004; del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social; Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, que se aplican habitualmente cuando un ciudadano viaja o reside de forma temporal en otro Estado miembro de la Unión Europea o su autoridad sanitaria competente lo deriva a un servicio sanitario en otro Estado miembro.

Mientras que según lo dispuesto en el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social la asistencia sanitaria en otro país miembro requería la autorización previa del Estado, no contemplando un sistema de reembolso (sino que se abonaba directamente por el Estado); en la Directiva 2011/24/UE -cuyo plazo de transposición a la legislación nacional de cada Estado miembro venció el pasado 25 de octubre-, se establece una regulación mediante la cual el ciudadano que opta y recibe asistencia sanitaria transfronteriza abona directamente los gastos derivados de la misma, pudiendo solicitar con posterioridad el reembolso de dichos gastos en el Estado miembro en el que esté asegurado o donde tenga derecho a las prestaciones sanitarias con arreglo a su legislación y al precio al que éste los tenga tarifados, de acuerdo al marco de cobertura y de cartera de servicios de dicho país. Si bien es cierto que en algunos casos este tipo de asistencia requiere una autorización previa a la provisión de la asistencia por parte de la entidad responsable del aseguramiento del paciente en su país de afiliación⁴.

En este contexto no podemos obviar que dentro de la Unión Europea existen distintos modelos de protección asistencial, que vienen determinados en gran medida por la opción política de sus respectivos gobiernos. De tal modo que la falta de unificación de las “carteras de servicios europeas” generan enormes descompensaciones y desigualdades entre los países miembros.

Sin embargo esta Directiva no pretende establecer un modelo armonizado de prestaciones sanitarias a nivel europeo, sino que supone garantizar la libre elección del proveedor sanitario a nivel comunitario, por lo que se aplica a todo tipo de asistencia sanitaria que se preste a los pacientes, con independencia de cómo se organice, se preste o se financie en ese Estado miembro.

1 COHEN, G. “Las fronteras del derecho sanitario: Globalización y Turismo Médico”, <https://repositorio.uam.es/handle/10486/669286> consultado en fecha 15-05-2017. Pág.22.

2 Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, sobre la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, 2011 (DOUE de 4 de marzo de 2011), transpuesta a nuestro ordenamiento fuera de plazo a través del Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. (BOE núm. 34, de 8 de febrero de 2014).

3 En la misma línea se desarrolla con posterioridad el Reglamento (UE) n°282/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2014, relativo a la creación de un tercer programa de acción de la Unión en el ámbito de la salud para el periodo 2014/2020. (DOUE 21 de marzo de 2014).

4 Artículo 8 Directiva 2011/24/UE (supuestos contemplados que requieren autorización previa):

1. Aquella que requiera necesidades de planificación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate, o la voluntad de controlar los costes y evitar, en la medida de lo posible, cualquier despilfarro de los recursos financieros, técnicos y humanos y suponga que el paciente tenga que pernoctar en el hospital al menos una noche, o exija el uso de infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados y costosos.

2. Aquella que entrañe tratamientos que presenten un riesgo particular para el paciente o la población.

3. Aquella que sea proporcionada por un prestador de asistencia sanitaria que, en función de las circunstancias concretas de cada caso, pueda suscitar motivos graves y específicos de inquietud en relación con la calidad o seguridad de los cuidados, a excepción de la asistencia sanitaria sujeta a la legislación de la Unión que garantiza un nivel mínimo de seguridad y calidad en toda la Unión.

En el caso español, cuando se aplica la Directiva y su normativa de transposición, el paciente tiene derecho a todas las prestaciones de nuestro servicio público de salud, lo que significa que la configuración de la sanidad como un servicio público gratuito no es excusa para evitar la aplicación de la Directiva y del principio de la libre elección del profesional sanitario, por lo que el paciente español tiene derecho a recibir los tratamientos sanitarios incluidos en la cartera de prestaciones del Sistema Nacional de Salud en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea⁵, y al posterior reembolso de los gastos ocasionados con motivo de dicha asistencia⁶. Asimismo que se acota el ámbito subjetivo de este derecho limitándolo sólo a los pacientes que tienen la consideración de asegurado conforme a la normativa española, esto es, Real Decreto ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Como reflexión preliminar, nos resulta curioso que uno de los principios enunciados en la citada Directiva sea el de no discriminación, cuando es notorio que cada vez son más numerosos los flujos de pacientes con altos niveles de renta que van a desplazarse a determinados países como España, movidos por la alta calidad de nuestra sanidad, a quienes se les debe dar el mismo trato que a nuestros propios pacientes porque se prohíbe que se pueda establecer ningún tipo de medida discriminatoria por razón de la nacionalidad, lo que supone, en determinados casos, un desbordamiento en las listas de espera, y una clara disminución en las suyas propias.

Si bien existen opiniones muy cualificadas, cuya postura es muy positiva en relación a lo que supone la transposición de la mencionada Directiva, a nuestro juicio existen otras razones para otorgarle cierta mirada reticente, aún en el reconocimiento de que también ampara elementos positivos. Así, para el presidente de la Organización Médica Colegial, el doctor Rodríguez Sendín, J.J., dicha transposición “va a remover cimientos en el sistema sanitario español, algunos de gran calado que van a permitir, por

5 Este derecho a la movilidad de pacientes es extensivo a los medicamentos cuya comercialización esté autorizada en el Estado miembro de tratamiento. Quedan excluidos de su ámbito de aplicación los trasplantes de órganos, las vacunaciones realizadas específicamente para un determinado territorio y los tratamientos a largo plazo cuya finalidad sea ayudar a personas a realizar tareas rutinarias y diarias (cuidados de larga duración de atención a domicilio, residencias etc.)

6 CANTERO MARTÍNEZ, J. y GARRIDO CUENCA N. en “Ciudadanía, Asistencia Sanitaria y Unión Europea”, AF-DUAM 18, (2014), pág.119.

fin, ponernos de acuerdo en aspectos tales como tener una historia clínica única y que los pacientes puedan ejercer sus derechos en cualquier lugar del territorio español, además de hacer frente al fraude de las prescripciones o garantizar la autenticidad del médico, entre otras cuestiones”⁷.

Mostrándonos conformes en que dicha norma introduce un nuevo modelo de gestión en la atención, donde el ciudadano elige dónde es atendido, de acuerdo con lo que establece la normativa europea, estableciendo nuevos estándares de transparencia y de intercambio de información⁸, lo cierto es que se amplía la brecha entre necesidades y prestaciones.

De este modo podemos afirmar que en España, donde -con ciertos matices⁹- tenemos una cobertura sanitaria universal, dicha regulación beneficia a aquellos que pueden permitirse económicamente viajar a otro Estado miembro por razones de espera, calidad o legalidad, mientras que aquellos que carecen de medios para hacerlo se van a ver perjudicados en tanto que deberán abonar aquellos servicios que no están cubiertos por las diversas carteras de servicios autonómicas o incorporarse a listas de espera que se van a ver incrementadas por las razones anteriormente aludidas.

Visto desde otra perspectiva, se puede incluso afirmar que la Unión Europea utiliza el turismo médico como modo de reducir sus listas de espera. Siendo así, y tal como ya ocurre en Estados Unidos existe la amenaza de que la promoción del turismo médico pueda incidir en la competitividad de precios de los servicios médicos, abaratando y disminuyendo la calidad de los servicios sanitarios domésticos.

7 http://www.cgcom.es/noticias/2013/10/13_10_14_jornada_sanidad_transfronteriza consultada el 10-05-2017.

8 En la Directiva 2011/24/UE se establece un Punto Nacional de Contacto, cuya finalidad es garantizar información a los pacientes asegurados en España y a los pacientes de otros Estados que deseen asistencia en España, como por los proveedores de asistencia sanitaria en nuestro país, en lo que se refiere a sus ofertas de servicio, acreditación, calidad y seguridad, disponibilidad o precios y al seguro de responsabilidad civil que deben suscribir. La Directiva incorpora además un apartado dedicado a la cooperación en materia sanitaria que incluye la sanidad electrónica, la evaluación de las tecnologías sanitarias y el reconocimiento de recetas, entre otros aspectos.

9 Tras la entrada en vigor del Real Decreto ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE núm. 98, de 24/04/2012), y sus normas reglamentarias de desarrollo, se han restringido los colectivos sociales que pueden aspirar a la cobertura sanitaria universal, perjudicando por ejemplo a los inmigrantes sin autorización administrativa de residencia en España o los parados de larga duración que se trasladan al extranjero en busca de empleo una vez transcurridos 90 días de estancia en el nuevo país.

Ya adentrándonos en materia reproductiva, esto es aborto, técnicas de reproducción humana asistida, o maternidad subrogada, dicha problemática aumenta sustancialmente por el hecho de que muchos países del ámbito comunitario tienen prohibida o restringida su utilización, lo que supone que en ésta materia el turismo reproductivo supone una circunvalación de las prohibiciones domésticas.

En nuestro país, en cuanto al caso específico de la maternidad subrogada o gestación por sustitución, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida declara nulo aquel 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, de modo que se encuentra expresamente prohibida.

2. EL CASO ESPECÍFICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Tal y como anticipábamos y en relación al caso específico de la maternidad subrogada, la prohibición legal existente en nuestro país, unida al hecho de la transposición a la legislación nacional de la Directiva 2011/24/UE de asistencia sanitaria transfronteriza, ha incrementado el fenómeno que llamábamos turismo de circunvalación.

En este sentido, se entiende por turismo de circunvalación¹⁰ al turismo médico consistente en viajar a otro país para obtener servicios sanitarios que son ilegales en el país de origen pero legales o permitidos con ciertas restricciones, en el país de destino¹¹. Los tres casos principales en los que suele concurrir este fenómeno son el aborto, el suicidio asistido y las tecnologías o servicios reproductivos, donde se incluye la maternidad subrogada.

Para los nacionales de nuestro país, dicho turismo ha situado como destinos frecuentes para llevar a cabo contratos de gestación por sustitución a Ucrania o a otros países donde la opción es viable pero con restricciones, como es el caso de Reino Unido y Holanda¹².

10 COHEN, G. "Las fronteras del derecho sanitario: Globalización y Turismo Médico", <https://repositorio.uam.es/handle/10486/669286> consultado en fecha 15-05-2017. Pág.27

11 COHEN, G. "Circumvention Tourism", <http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Co-hen-final.pdf> consultado en fecha 16-05-2017. Pág.1309

12 Así, la gestación subrogada es posible para las mujeres sin útero, por enfermedades congénitas, como el síndrome de

En general, en este turismo de circunvalación, los pacientes asumen el coste de su tratamiento, de modo que suele tratarse de pacientes de rentas altas, hecho que atrae a un sector comercial compuesto por los llamados "facilitadores" o "intermediarios" con ánimo de lucro que atraen a pacientes, a posibles madres gestantes, seleccionan los hospitales de destino y el equipo médico, el viaje, la transmisión de historias clínicas. Existen incluso ferias temáticas para promocionar estos viajes.

De lo que se concluye que se ha generado un sustancioso y amplio negocio detrás de este tipo de turismo lo que conlleva inexorablemente a la comercialización y la explotación de las potenciales gestantes. Comprobamos de hecho que donde más proliferan éstas prácticas es en los países con mayor índice de pobreza y donde la mujer vive una situación de mayor desigualdad con respecto a los hombres, de modo que, en muchos casos, se someten a este proceso para cubrir necesidades propias y de su familia.

Trasladándonos a nuestro país, el debate sobre la maternidad subrogada se encuentra en plena efervescencia, y es que no se puede obviar que es uno de los temas bioéticos más controvertidos del momento por el cambio de paradigma que supone el modo de entender la maternidad y la filiación que la regulación de este supuesto supone.

En este contexto el Comité de Bioética de España, órgano colegiado independiente de carácter consultivo sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud, publicó el pasado 17 de mayo un informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, elaborado a iniciativa del propio Comité, dada la preocupación que suscitaba a sus miembros el debate presente en la opinión pública por el hecho, entre otros motivos, de que algunos personajes célebres de nuestro país habían recurrido a ella- y en algunas instituciones sobre la conveniencia de regular o, al menos, dotar de legalidad, a los contratos de maternidad subrogada¹³. Como se pone de manifiesto en

Rokytsky; afectadas por formas graves y no controladas de diabetes infarto-juvenil u otras patologías que desaconsejen la gestación y aquellas mujeres que, tras intentar y fracasar con las técnicas de reproducción asistida autorizadas actualmente (desde la inseminación artificial a la fecundación in vitro con donación de ovocitos) no tengan otra forma de ser madres.

13 http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf En 2016 este debate se suscitó por primera vez en una sede regional parlamentaria, concretamente de la Asamblea de Madrid.

el propio informe, son dos los principales problemas jurídicos que se plantean: el primero, como comentábamos con anterioridad, es que la maternidad subrogada es contraria a la ley nacional y, sin embargo, muchos españoles consiguen ser padres recurriendo a ella en otros países donde es legal. El otro problema es que de la práctica de la maternidad subrogada nace una nueva vida por cuyo interés el derecho tiene que velar y, entre otras cosas, reconocerle una filiación legal, ya que el artículo 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece claramente que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Si bien, no se trata aquí de hacer una exposición exhaustiva de la situación legal en términos de filiación, de los niños fruto de maternidad subrogada, hemos de señalar que, tras varios pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios, así como varias Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁴, la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil¹⁵, que entrará en vigor el próximo 30 de junio de 2017, va a suponer la práctica legalización en nuestro ordenamiento jurídico del convenio gestacional hecho por españoles en los países donde se encuentra legalmente aceptado. Ello es así porque podrán acceder al Registro Civil en nuestro país las certificaciones registrales expedidas por las autoridades públicas competentes de los estados de origen donde sí se contemplan este tipo de práctica, lo que se traduce en el reconocimiento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por sustitución realizado en país extranjero, siempre que se verifiquen diversos extremos entre los que se alude a que la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

En esta misma línea argumentativa favorable al reconocimiento del derecho a la inscripción registral de este tipo de filiación, basada en el interés superior del menor, se encuentra la reciente Sentencia de la sala cuarta del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016 donde se justifica que el encargado del Registro

14 Resolución de 18 de febrero de 2009 de la DGRN o la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

15 Artículo 96:” 3. El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no judiciales extranjeras en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales.”

Civil español, no determina la filiación jurídica conforme a nuestro derecho-aplicando la prohibición del artículo 10 de la LTRHA- sino que se limita a registrar una filiación ya determinada legalmente conforme a una legislación extranjera vigente¹⁶.

3. OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

Nos permitimos en este apartado a hacer un recorrido por distintos datos de interés ya mencionados o por mencionar a tener en cuenta en esta materia para, posteriormente, intentar llegar a determinadas conclusiones.

El artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que «Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana».

En esta misma línea se encuentra la Convención Europea de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950, la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, por la que se aprueba la Declaración Internacional de Derechos Humanos o Convenio del Consejo de Europa, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

Tras una serie de Reglamentos sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social existentes, este escenario se amplía con lo dispuesto en la Directiva 2011/24/UE, así como el Reglamento (UE) n° 282/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de Marzo de 2014, que pretende dar acceso a los ciudadanos de la Unión¹⁷, a una asistencia sanitaria

16 En contra de lo establecido por la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014-considerando la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en sus sentencias de 26 de junio de 2014, asuntos *Mennesson c. France* y *Labassee c. France*- que niegan el registro de la filiación así obtenida.

17 En palabras de CANTERO MARTÍNEZ, J. y GARRIDO CUENCA N. en “Ciudadanía, Asistencia Sanitaria y Unión Europea”, AFDUAM 18, (2014), pág.93:”es significativo que el protagonista y destinatario de las políticas sanitarias es el ciudadano de la Unión (...) cuando “el concepto protagonista sigue siendo el del “paciente asegurado en un Estado miembro” y no el de “ciudadano” o más asépticamente el de “paciente”.”

transfronteriza segura y de mayor calidad, con el fin de contribuir, a reducir desigualdades sanitarias y promover la igualdad y la solidaridad. Pero como comentábamos anteriormente la norma no da solución a la falta de coordinación de las prestaciones a nivel Europeo, donde en algunos países algunas prestaciones son legales y en otros están prohibidas siendo así el caso de la maternidad subrogada. Todo ello no parece responder a las aspiraciones de los primeros textos citados en los dos párrafos anteriores.

En España el contrato de gestación por sustitución es nulo en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Por su parte el artículo 6.4. del Código Civil establece que “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

Pero ante una posible aplicación de la Ley nacional más allá de nuestras fronteras, el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, exige que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional no resulte necesario dicho requisito.

En función de lo anterior, comprobamos que en 1979 la Organización de las Naciones Unidas aprobó una importante convención muy relacionada con la cuestión de la maternidad subrogada: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) en cuyo apartado 4.2. se afirma que “La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad, no se considerará discriminatoria”. Una de ellas puede ser la de evitar la separación entre gestación y maternidad, es decir el seguir atribuyendo la filiación por razón del parto, por la falta de dignidad que se atribuye al hecho del embarazo y al vínculo del niño con la madre gestante que conlleva ésta práctica. Por su parte, el artículo 6 de la CEDAW, establece que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres”. Para muchos, la maternidad subrogada es una forma de trata de mujeres pues supone la instrumentalización de la misma.

En cuanto al menor nacido fruto de la maternidad subrogada también le son de aplicación otros acuerdos internacionales. Así, el 20 de noviembre de 1989, en el marco de la Asamblea de las Naciones Unidas, se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, que ha sido ratificada por todos los Estados del mundo (excepto Estados Unidos) de cuyo seno nace en el año 2000, el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, ratificado por la inmensa mayoría de países, incluido ésta vez Estados Unidos. En el mismo se define la venta de niños (artículo 2) 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”. A estos efectos se podría entender que la maternidad subrogada en la que media retribución a la gestante es uno de los supuestos incluidos en esta definición. Por su parte, el artículo 3.1 prescribe: “Todo Estado parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos o actividades que a continuación se enumeran-entre las que se encuentra la venta de niños anteriormente definida-queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se ha cometido dentro como fuera de sus fronteras (...)”.

Visto lo anterior, ¿podríamos entender que se cumplen las premisas del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para poder aplicar la aplicación de la ley nacional más allá de nuestras fronteras?

Y en la misma línea: si en España nuestras normas consideran nulo el acto de contratar la gestación por sustitución ¿por qué se tolera su práctica en otros países de nuestro entorno donde es legal o hay menos restricciones? ¿no es el mismo acto aunque éste se lleve a cabo en el extranjero? ¿no son los mismos sujetos los que lo llevan a cabo? ¿no se trata entonces de una manifestación clara de doble conciencia?

No es fácil dar respuesta a estas preguntas, y sobre todo teniendo en cuenta la pluralidad de posiciones que existen al respecto. Sin embargo en el siguiente epígrafe intentaremos formular algunas respuestas alternativas.

4. POSIBLES PLANTEAMIENTOS

Tras las cuestiones analizadas anteriormente, y con la humildad que debe presidir la exposición de conclusiones en materias que suscitan tanta controversia, planteamos a continuación las siguientes líneas de acción que podrían ser consideradas en el momento de valorar una posible regulación:

En primer lugar, planteamos la posibilidad de seguir como hasta ahora, es decir, atendiendo al principio de “tolerancia externa”, que se aplica por ejemplo al caso del turismo para el suicidio asistido. Mediante este concepto se defiende que cuando “cierta norma es aplicable y aplicada en una sociedad por deseo de la mayoría mientras que simultáneamente miembros de una minoría pueden, aun así, actuar de acuerdo a su conciencia viajando al extranjero”, lo que puede evitar un choque frontal de opiniones que pueden poner en peligro la paz social. Sin embargo esta solución hace que nos cuestionemos que si en un estado democrático de derecho se decide penalizar una conducta internamente, sobre todo cuando se hace frente a la oposición de una minoría, es porque se llega a la conclusión de que los intereses dignos de protección superan los resultados de un pluralismo acomodaticio. De modo que si bien en términos personales podemos mostrarnos favorables en cuanto a la aplicación del principio de “tolerancia externa” en materia del suicidio asistido, debido a que en este caso se vería claramente apoyado por el principio de la autonomía de la voluntad cuyos efectos inciden únicamente en la vida de esa persona; en el caso del convenio gestacional los factores implicados son, en nuestra opinión distintos: la concurrencia del válido consentimiento de la madre de gestación, los derechos del niño fruto del contrato, la existencia de voluntad de los padres contratantes...

Aun así y en conjunto parece extraño pensar que la localización del acto prohibido importa a los efectos de considerar lo que hace del acto algo erróneo. De modo que, a no ser que se proporcione un buen argumento para justificar por qué el país de origen ve como algo distinto la acción llevada a cabo en el extranjero frente a la acción llevada a cabo domésticamente, es difícil de entender ésta incoherencia. Si el argumento es que hay un cambio de actitudes en las personas cuando se encuentran dentro o fuera de su país por tratarse de un contrato con madres de sustitución nacionales del país de destino u otros motivos, merecería sin duda una profunda reflexión ética, que abriría otros debates relativos a nociones de justicia global o universal.

Otro posible camino podría ser el de la aplicación de la llamada “jurisdicción prescriptiva” contraria a la “jurisdicción de aplicación”: Se trata del “principio de nacionalidad” que permite a un Estado proclamar su jurisdicción sobre los actos de sus ciudadanos independientemente de donde tengan lugar. Es decir la aplicación extraterritorial de la prohibición de contratar la gestación por sustitución cuando la conducta

del ciudadano en cuestión tenga lugar en un país en donde aquélla esté permitida. Sin embargo, conforme a las doctrinas vigentes de derecho internacional puede que un país tenga jurisdicción de prescripción para la aplicación extraterritorial de sus normas penales, pero que carezca de jurisdicción para aplicar la norma arrestando a sus ciudadanos en otros países. En este sentido, tal y como se ha comentado, puesto que muchos de los que viajan al extranjero para contratar dichos servicios, pretenden regresar posteriormente a sus países de origen la jurisdicción de prescripción, incluso si no va acompañada de la jurisdicción de aplicación, puede ser una herramienta poderosa de prevención y castigo del turismo de circunvalación. Ahora bien, incluso cuando hay un fundamento jurisdiccional, el mismo está normalmente constreñido por un estándar de “razonabilidad” en su ejecución real. No parece razonable el caso por ejemplo de la Alemania Federal donde contra el delito de aborto, se pretendió su aplicación extraterritorial y en su afán por detectar la realización de estas conductas se realizaron prácticas controvertidas tales como exámenes ginecológicos en las aduanas.

A sabiendas de que por los motivos esgrimidos, la jurisdicción de prescripción es de complicada aplicabilidad, lo cierto es que la mera existencia de dicha norma puede ser un factor disuasorio para quienes pretendan llevar a cabo ésta circunvalación. La simple tipificación ayudaría a detener la implicación de las aseguradoras, las actividades de los facilitadores e intermediarios, la eliminación de la publicidad, así como las ferias que se organizan para promover estas prácticas, lo que puede ayudar a reducir el número de individuos que hacen uso de estos servicios.

Otra vía y en la línea de lo establecido por el Comité de Bioética de España en su informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, podría consistir en dotar de verdadera eficacia legal a la nulidad de los contratos, de manera que resulte aplicable también a los celebrados en el extranjero. La mayoría de los miembros del Comité de Bioética de España entiende que todo contrato de gestación por sustitución, lucrativo o altruista, entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio, por ello concluyen en su informe que lo deseable sería promover a nivel internacional un marco común regulatorio que prohíba la celebración de contratos de gestación, en garantía de la dignidad de la mujer y del niño, como ocurre en el caso del tráfico de órganos.

En esta línea podría determinarse que, conforme a lo establecido en los artículos 96.3, y 98.1 de la nueva Ley 20/2011 del 21 de julio, del Registro Civil, se vulnera el postulado cardinal del orden público internacional español, al considerarse que el contrato gestacional es contrario al mismo, y plantear la no certificación registral de la filiación de los menores nacidos como consecuencia de estos contratos como medida disuasoria, manteniendo la posibilidad de su eventual adopción.

Por último, y en un plano totalmente opuesto, dando voz a los partidarios de su legalización se plantea el llevar a cabo una regulación en nuestro país en relación a la maternidad subrogada admitiéndose en determinados supuestos, tal y como se está haciendo en países vecinos como es el caso de Portugal, bajo determinadas premisas: como que debe ser un acto totalmente altruista, es decir, no puede mediar compensación económica alguna sin perjuicio de que los beneficiarios se hagan cargo de los gastos derivados del control sanitario de la gestación. En este sentido, los procesos de gestación subrogada comercial tienen una pena de hasta dos años de cárcel y multas de hasta 240 días, tanto para los padres como para la gestante, castigándose igualmente los procesos altruistas que no siguen las condiciones legales establecidas. En este caso la pena es de un año de cárcel o 120 días de multa. Asimismo se establece que sólo se podrá recurrir a éste método de procreación médicamente asistida en caso de ausencia de útero o lesión de éste órgano que impida el embarazo de forma absoluta y definitiva. Al concebirse como una técnica de reproducción asistida más, el proceso podrá llevarse a cabo en un centro médico autorizado, ya sea público o privado.

Igualmente se exige que al menos uno de los futuros padres deberá aportar la dotación genética y la gestante nunca será la donante de los óvulos que permitan la creación del embrión.

De acuerdo con lo anterior el planteamiento podría ser la regulación en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de la posibilidad de una gestación a favor de terceros para determinados supuestos y respetando los derechos de todas las partes implicadas, que en caso de no cumplirse, el contrato de gestación por sustitución debería declararse nulo y la gestante sería la madre legal del nacido mientras que los padres de intención no tendrían derecho sobre el mismo. En este modelo poderse formalizar el contrato e iniciar el tratamiento, debería ser necesaria

la autorización de un órgano colegiado cualificado, compuesto por profesionales como trabajadores sociales, médicos, psicólogos y abogados especialistas, que estudiara caso por caso su adecuación.

Muchas voces se plantean la conveniencia de continuar prohibiendo una práctica que de facto se realiza en otros países y por lo tanto no otorga la protección debida a los bienes que se pretendían proteger.

5. CONCLUSIONES

Podemos concluir que mediante la Directiva 2011/24/UE de asistencia sanitaria transfronteriza se unifica el acceso a las prestaciones pero no las prestaciones a las que se accede. Percibimos cierto retroceso a lo que se llamó Europa de los mercaderes, ya que el nuevo marco supone la introducción de una importante dosis de liberalización del sector sanitario y una gran oportunidad de negocio para la sanidad privada, tal y como se deduce de la propia exposición de motivos del Real Decreto 81/2014.

Ante este nuevo escenario, ya no son únicamente los pacientes privados los incentivados a viajar al extranjero en busca de un hijo fruto de una gestación subrogada, sino que en parte, la Directiva 2011/24/UE se alía con el turismo médico para promover los desplazamientos en materia de asistencia sanitaria.

Nos sentimos capaces de afirmar que en la mayoría de países donde la gestación por sustitución no es legal, se toleran tácitamente el turismo de circunvalación como forma de satisfacer a ciertas élites domésticas que de otro modo, presionarían para que en su país se legalizaran éstas prácticas.

Por otro lado sería deseable que cualquiera que sea el modelo instaurado sea aplicable también para quiénes, por carecer de recursos y oportunidad, no puedan sortearlas en el extranjero.

En definitiva, hemos de tratar de llegar a un consenso en relación a un modelo que otorgue mayor seguridad jurídica a todas las partes implicadas para lo que estamos convencidos que se están dando grandes pasos, tanto hacia futuro como hacia el pasado.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN. F. Y SÁNCHEZ-CARO, J. “Bioética y Ley de Reproducción Humana Asistida. Manual de Casos Clínicos”, Fundación Salud 2000, Granada, 2009.
- ALKORTA IDIAKEZ, I. “Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho Español y comparado, Thomsom Aranzadi, Pamplona, 2003.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L., “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales”, en Derecho y salud en la Unión Europea. Dres Pérez Gálvez, J.F.y Barranco Vela, R., Comares, Granada , 2013.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. y GARRIDO CUENCA, N. en “Ciudadanía, Asistencia Sanitaria y Unión Europea”, AFDUAM 18, (2014) <https://repositorio.uam.es/handle/10486/669286> consultado en fecha 15-05-2017.
- COHEN, G. “Las fronteras del derecho sanitario: Globalización y Turismo Médico”, AFDUAM, 18, 2014. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/669286> consultado en fecha 15-05-2017.
- COHEN,G.”CircumventionTourism” <http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Cohen-final.pdf> consultado en fecha 16-05-2017.
- DE MELO MARTIN, I. “Making Babies: Biomedical Technologies, Reproductive Ethics, and Public Policy”, London, Kluwer Academic Publishers, 1998.
- SALAS SALAZAR, C. “El Derecho Fundamental a la reproducción en la Constitución Española. Ewe Editorial Acad MIA Espa Ola 2012-05-07, 2012.
- VELA SÁNCHEZ, A. J. “A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”, Diario La Ley, Nº 8927, Sección Doctrina, 22 de Febrero de 2017, Wolters Kluwer, 2017.