

Gestación por sustitución y vulneración de derechos de madres gestantes y niños

Comentario a la STS de 31 de marzo de 2022

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

La gestación por sustitución analizada en esta sentencia no es solo un compendio de criterios de legalidad ordinaria, nacional o internacional, sino la denuncia de la infracción de los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del interés del menor, al socaire del respetable derecho de la madre comitente, pero que no concilia bien con la filiación biológica irrenunciable por precio. La sentencia llama la atención por su solidez argumentativa –que, por otro lado, es lo que se espera del Tribunal Supremo– y estima el bien fundado recurso de casación que interpone el Ministerio Fiscal. Si el tema es polémico y hunde sus raíces en la evidencia de su práctica en distintos países y de la prohibición expresa en el nuestro por la Ley de técnicas de reproducción asistida, no es menos polémico que la reafirmación de la ética y la jurisprudencia contrarias, a pesar de su fundamento, no encuentren acomodo y respeto en quienes recurren alegando el interés del menor, aun cuando se contradiga la norma interna. Como tampoco está falto de contienda que se aspire a reconocer el derecho de la madre comitente por encima del de la madre gestante, que actúa condicionada por su vulnerabilidad, y cuyos deseos, al margen de lo que diga en contrato, son, en numerosos casos, más el fruto de la debilidad que de la verdadera libertad. Un derecho que se sustenta en un contrato pandémico, con un clausulado virulento, donde hasta se dispone de la libertad de movimientos y de la vida de otra persona, sin que encuentre un calificativo adecuado la denominación de la legalización de un negocio inadmisibles de los intermediarios; el mismo que se denunciaba en las originarias adopciones internacionales respecto de las agencias mediadoras al margen de la legalidad, o extramuros de ella por su ineficacia o inexistencia. ¿Hasta qué punto el contrato de gestación –a cuya lectura detenida remito al lector– no representa un «negocio jurídico criminalizado?».

La madre futura, la biológica, no llega a decidir sobre su vida cuando está en peligro; será la comitente, como dice el contrato (y reproduzco literalmente) quien podrá cancelar el embarazo «para preservar la vida de la gestante sustituta».

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de abril de 2022).

La gestación por sustitución puede significar, por consiguiente, la compra de un niño. Es así de simple. O se puede decir, de manera más técnica, que la madre biológica renuncia a su hijo y lo entrega, a cambio de un dinero, a otra persona. O como contempla la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, la gestación así acordada es el contrato que «conviene 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». La madre que da a luz a un hijo, que no puede cancelar el embarazo, nunca podrá reclamar su derecho como madre ni contactar con él –salvo pacto en contrario–. Esta madre es la denominada «gestante sustituta», al parecer informada médica y psicológicamente de todos los riesgos, así como de las consecuencias jurídicas de la decisión; y el nacido es la mercancía, el objeto de la transacción, carente de cualquier posibilidad de oposición al ser un *concepturus* o *nasciturus* sin derechos. Porque el contrato de gestación por sustitución así lo prevé. Pero lo que no prevé es la vulneración de la dignidad o intimidad de esa mujer, a quien tan solo se la considera como un objeto reproductor que renuncia a los derechos derivados de la maternidad; incluso podría decirse a la salud, porque la sentencia da por hecho que la madre gestante se somete a «tratamientos médicos que la ponen en riesgo».

En definitiva, cuando se alega el interés del menor o el derecho a esa gestación en el extranjero, aun cuando la ley española lo prohíba, se vulnera el orden público interno; se vulneran también los derechos fundamentales y los convenios internacionales; la doctrina del Tribunal Supremo determinada esencialmente en la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (NCJ058246); y sitúa la decisión de la gestación en un acto de voluntad no libre porque la madre gestante, en muchas ocasiones, se encuentra en situación de clara vulnerabilidad social y económica.

La sentencia del Tribunal Supremo va de eso: de un contrato de gestación por sustitución nulo con arreglo a nuestra legislación y de un intento de legalizar una situación de hecho no reconocida, contradiciendo otra biológica, aludiendo a la posesión de estado de la madre española. Si se compra a un niño (o se vende), renunciándose a él, la madre biológica, la madre comitente, contravienen la norma española; e independientemente de que el negocio se haya realizado en el extranjero con arreglo a una norma lícita en el país de origen, la filiación no puede ser inscrita en nuestro registro civil a nombre de la adquirente por «sustitución», aun cuando haya poseído el estado de hijo o se haya ejercido de madre después, y aun cuando haya una certificación registral extranjera o resolución judicial extranjera que así lo permita (por otro lado, solo reconocida en ese país). Por ello, por tal circunstancia anómala, con el fin de legalizar la filiación generada, habiendo transcurrido un tiempo desde la adquisición por contrato y viviendo el menor en compañía de la adquirente, se solicita del juzgado de primera instancia el reconocimiento de la filiación extramatrimonial por constante posesión de estado. Es decir, se acude al artículo 131 del CC, que dice así: «Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado». El juzgado dice no; la audiencia, al recurrirse la sentencia, dice sí. Luego viene la casación interpuesta por el Ministerio Fiscal, por entender vulnerados el precepto indicado *in fine* y el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de

mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), ya transcrito. El recurso presenta interés casacional, al contravenir la doctrina del Supremo, concretamente la STS (Pleno), núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Por la otra parte, la madre adquirente, se alega que esa sentencia protege la familia *de facto*, que la gestación por sustitución se realizó fuera de España y que la posesión de estado es suficiente, aun cuando la sentencia extranjera o la certificación extranjera no sean reconocidas en España.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto del fiscal con los siguientes argumentos, que pasamos a desarrollar:

Si el último inciso del artículo 131 del CC prohíbe la filiación por constante posesión de estado cuando contradiga otra legalmente establecida, y el 10 de la LTRHA, en su párrafo 2.º, establece que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto», tenemos un claro problema, pues el parto determina la filiación de esa criatura por la madre por sustitución y no por adquisición. Hay una vulneración legal de un artículo, el 10, en relación con el 131 del CC, y la posesión de estado no nos sirve como criterio de determinación filial. Ni sirve la invocación del interés del menor. Ni los derechos invocados por quien se opone al recurso. Son precisamente los derechos de la mujer y del niño los que se consideran infringidos, y por ello la doctrina del Supremo fijada en la sentencia aludida se considera vulnerada. Esencialmente, esta sentencia nos recuerda que el fiscal se opuso por lo siguiente:

El Ministerio Fiscal rechaza la aplicación del principio de respeto del interés superior del menor en los términos en los que lo hace la Audiencia Provincial. Invoca los bienes jurídicos tomados en consideración por la sentencia de esta sala 835/2013, de 6 de febrero de 2014, a saber, el respeto a la dignidad e integridad moral de mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor en los términos previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Alega que, con la solución adoptada por la Audiencia, se impediría la investigación de la paternidad y el derecho del menor a conocer su identidad biológica. Y, por último, alega la posibilidad del acogimiento del menor por la madre de intención, así como que las limitaciones a la adopción por razón de edad son superables.

Y porque hay una «huida» del derecho español para acogerse al extranjero, y el interés del menor no puede contravenir la norma que contraviene el orden público interno (como así lo reconoce el auto de 2 de febrero de 2015 del Tribunal Supremo).

No es solo un criterio de legalidad ordinaria, sino de infracción de los más elementales derechos fundamentales y del interés del menor –pero en el sentido contrario al pretendido por la madre, cuya filiación le va a ser denegada por posesión de estado–. Porque se vulnera el artículo 35 de la Convención de los Derechos del Niño, que claramente proscribe la venta de los niños. También anunciada en el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil

y la utilización de niños en la pornografía, firmada y ratificada por España; así como en el artículo 2 a) del Protocolo Facultativo, donde se define 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». Por consiguiente, ¿cómo comprar para legalizar puede ser válidamente admitido por un Estado que ha suscrito esas normas internacionales y que tiene una legislación claramente opuesta a esa transacción en los artículos 10 de la LTRHA y 131 del CC? Sin embargo, llama la atención la discusión de esa evidencia cuando de manera tan manifiesta está proscrita. La vía de la posesión de estado fue admitida por la audiencia, sirviéndose de los parámetros habituales para su aceptación: la existencia de un trabajo estable, la satisfacción de las necesidades educativas, médicas; la existencia de relaciones con la familia extensa, etc.

Y las dudas que pudieran generarse las resuelve con la mención de la «incertidumbre inquietante» que generaría la situación de espera, invocando al respecto las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la mencionan (en la misma línea de la sentencia francesa a la que aludiremos después). Dice así, literalmente: «Porque sería abocar al menor a lo que el TEDH considera "una incertidumbre inquietante", ha de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada». Curioso observar que en esa inquietud se invoca la aceptación positiva del interés del menor, cuando en la misma se puede invocar precisamente lo contrario por la vía de la adopción. Nuestro Tribunal Supremo interpreta ese interés precisamente en el otro sentido, en el negativo –como veremos más adelante–, y no tenemos que olvidar el argumento del fiscal: la huida hacia otro país para soslayar la norma interna. Tampoco que la vulneración de la ley española impide invocar el interés. Sucede, finalmente, que son varios los razonamientos; que es del conjunto de donde se deduce la sinrazón de una sentencia de la audiencia que parece ignorar la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, expuesta en la del pleno. Y sucede que se ignora una esencial invocación de la Carta de los Derechos del Niño, que tiene por misión proporcionarle una protección especial,

enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los arts. 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el art. 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

El fundamento de derecho tercero de la sentencia es un compendio de razones legales nacionales e internacionales tan contundente que basta con su simple lectura para estimar el recurso de casación. La pretensión de legalizar ilegalidades es un fraude cuando la cuestión debatida no admite dudas. Sin embargo, en el mundo del derecho se produce el cuestionamiento, porque siempre hay un enfoque diferente y un precepto en el que ampararse.

El 131 el CC es el precepto y la oposición manifestada un pobre argumento. En contra de la filiación por posesión de estado están, por tanto, un acogimiento con fines de adopción o una adopción que va a generar la filiación adoptiva, pero no por naturaleza (como es lógico), porque esta solo pertenece a la madre biológica. La batería de motivos son los siguientes:

Dice el Informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, Asamblea General de la ONU, de 15 de enero de 2018, que invoca la sentencia:

«Para cualquier fin o en cualquier forma» que emplea el citado artículo 35 de la Convención supone que la gestación por sustitución no es una excepción a la prohibición de venta de niños establecida en dicha norma, porque la gestación por sustitución entra de lleno en la definición de «venta de niños» del artículo 2 a) del Protocolo Facultativo cuando concurren los tres elementos exigidos en dicha definición: a) remuneración o cualquier otra retribución; b) el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes); y c) el intercambio de «a)» por «b)» (pago por la entrega del niño). La entrega a que se obliga la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (esto es, de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución. Resulta gravemente lesivo para la dignidad e integridad moral del niño (y puede también serlo para su integridad física, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes) que se le considere como objeto de un contrato, y atenta también a su derecho a conocer su origen biológico.

Pero es que, además, se produce una vulneración flagrante de los derechos de la madre y del niño (que confirma el Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada de 2017, así como en otros informes encargados por instituciones públicas y en la mayoría de la literatura científica existente sobre esta cuestión). No es un derecho prevalente de la madre por adquisición por contraposición a los derechos de la madre gestante, ni es la infracción del derecho del hijo a una familia, así reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, cuando se dice: «Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión», no es la prevalencia precisamente contraria por eludir la norma y el orden público: la dignidad, la intimidad, la salud, etc. de la madre gestante y el verdadero interés del menor que ha sido comprado. Porque ambos son tratados como objetos. Si se lee el contrato que firma la madre gestante –transcrito en lo esencial por la sentencia que se está comentando–, la madre entrega al niño con renuncia previa a él antes del parto; se somete a tratamientos médicos; tiene una restricción de movimientos; «la madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad»; permite que la futura madre «puede estar presente en el momento del nacimiento del niño», etc. Se llega al extremo de que «la comitente» pueda decidir «si la madre gestante debe seguir o no con

vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal». Es decir, ¡la madre que adquiere decide sobre la vida de la gestante! El contrato que se firma dice literalmente: «La madre futura no puede cancelar el embarazo excepto para preservar la vida de la gestante». Incluso llama poderosamente la atención la renuncia al aborto de la madre gestante con la siguiente cláusula: «La gestante sustituta está de acuerdo en que solo se someterá a un aborto cuando un médico tratante o un especialista determine con un certificado por escrito que la vida o salud de la gestante está en peligro». Por consiguiente, el «yo decido sobre mi cuerpo» de quienes son partidarias del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no es aplicable a quien, a cambio de un precio, es contratada por la madre comitente, aun cuando, en un momento determinado de la gestación quisiera abortar –imaginemos dentro de los plazos legalmente establecidos, en su caso–. Porque si la situación de vulnerabilidad determina muchos de estos contratos, ¿quién nos dice que no existe un proceso de manifestación de voluntad viciada por la necesidad o la situación de indigencia. O quién descarta el deseo de interrupción del embarazo de la madre gestante. ¿Son válidas, de verdad, esas cláusulas, a las que remito al lector para su instrucción y sorpresa?

¿Cómo no entender entonces, tras todo lo dicho, la siguiente reflexión de la STS?:

La Unión Europea 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.

¡Se está fomentando, en definitiva, un negocio impropio que comercia con el cuerpo y la vida de la madre sustituta y del niño indefenso aún no nacido!

Cuando de contrario se apuntan cosas como: que el 10 de abril de 2019, a instancias de una solicitud del Tribunal de Casación francés, se emite un dictamen en relación con el reconocimiento en el derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre «comitente», acudiendo precisamente al interés superior del niño, porque sería contraproducente para ese menor y para sus derechos el no reconocimiento, «ya que lo colocaría en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad» (lo mismo que dice la sentencia de la APM recurrida en casación), al impedirles el acceso futuro a la nacionalidad de la madre comitente, por ejemplo, o «que garantiza la relación paterno-filial o les puede resultar más difícil permanecer en el país de residencia de la madre comitente, o puede verse menoscabado su derecho a heredar el patrimonio de la madre comitente o incluso su relación constante corre peligro si los padres se separan o el padre comitente fallece»; cuando se nos dice de contrario por el tribunal francés esas cosas en la tan conocida sentencia, a tales cuestiones da respuesta la de nuestro Tribunal Supremo por la vía de la adopción.

Porque la filiación por adopción produce los mismos efectos que la adquirida por naturaleza, y la incertidumbre futura familiar (o de legalidad ordinaria) encuentra este otro camino de convalidación, sin que debamos dar validez a la eficacia de un contrato de gestación tan criticado por la sentencia del Tribunal Supremo, que estima íntegramente el recurso de casación del fiscal precisamente valorando ese interés del menor, pero llegando a conclusiones contrarias. Pues no se olvide que son más los países que prohíben la gestación por sustitución que aquellos que la admiten. Se vulneran, por tanto, los derechos fundamentales de la mujer gestante y del niño, siendo «contrarios a nuestro orden público»; y como recalca el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, por muy noble que sea desear un hijo, no «puede realizarse a costa de los derechos de otras personas». El enfoque es muy distinto, en definitiva. No es solo la perspectiva del derecho de la comitente, sino la de la gestante y el interés del menor. Y este, el menor, no se canaliza como lo invoca la sentencia del tribunal francés, sino de la siguiente forma que pasamos a analizar:

Al estudiarse, por tanto, cuál debe ser el interés más digno de protección, se nos recuerda que la conducta de comprar un niño puede ser criminalmente relevante, sancionable por el derecho penal. Se invoca el artículo 221.1 del CP, pues «mediando compensación económica» se entrega «a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación». Evidentemente, el contrato de gestación por sustitución elude el procedimiento de la adopción. Obsérvese también que son contrarias al orden público las «adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor», las que no respetan los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres, o se obtuvieron mediante pago o compensación. El sistema adoptivo español da respuesta al problema y con la idoneidad para ser padres o madres por adopción, previsto en la norma (arts. 175 y ss. del CC), el sistema propuesto es el más conveniente, el que ofrece mayor seguridad jurídica. Al no existir un padre biológico o desconocerse en la gestación subrogada, los consentimientos previstos en el Código Civil serán fáciles de conseguir. La edad de la adoptante, en este supuesto, no será un problema («la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años»). La idoneidad, teniendo en cuenta el tiempo previo de convivencia, su formación o cualificación, su situación laboral, sus aspectos psicológicos, sociales, familiares, etc., tampoco (art. 176.3); pues la idoneidad es «la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción». En lo relativo al consentimiento antes citado, si repasamos el contenido del artículo 177 del CC, el de la madre gestante se tiene (o se podría obtener) y el de la madre comitente, también. Y si no hay que oír o asentir, o si fueran necesarios estos requisitos tan complementarios como secundarios, se acude a los siguientes apartados del precepto sobre su regulación.

Esa adopción, perfectamente constituida, es legal y respeta precisamente el interés del menor, así como los derechos fundamentales, y permite un control superior, evitando la in-

intermediación interesada de las agencias privadas (léanse los puntos 5 y ss. del fundamento jurídico sexto de la sentencia). Por todo ello, el Tribunal Supremo concluye diciendo que, «las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito de prontitud en la acreditación de dicha idoneidad (material, afectiva, etc.), junto con la aplicación, en su caso, de la previsión contenida en el artículo 176.2.3.º del Código Civil».

¿Cuál es el interés que nuestro más alto tribunal está priorizando? Pues evidentemente el más acorde con el de todos los que concurren en el conflicto; sin que la dignidad, la salud, la intimidad de la madre biológica se vean vulneradas por el deseo legítimo de otra madre no biológica a serlo y de aquella a permitírselo, al margen del comercio y de la confiscación de una voluntad viciada por la necesidad, o de un comercio ilícito de agencias mediadoras que deben ser controladas por las Administraciones públicas. Y, por supuesto, enfocando la cuestión también desde la perspectiva de un menor cuyos derechos han de ser respetados por su indefensión, por su expectativa de futuro como persona física con capacidad de obrar plena y porque la Convención de los Derechos del Niño, interpretada correctamente por la sentencia del Tribunal Supremo (así como el resto de normas o de recomendaciones nacionales e internacionales y dictámenes de ética o bioética invocados), nos lleva o compartir la resolución del Supremo (con los aportes o fundamentos del fiscal), por ética, jurídica fundada y sólida.