https://info.nodo50.org/El-Tribunal-Supremo-y-la-gestacion-subrogada.html

El Tribunal Supremo y la gestación subrogada

- Noticias - Noticias Destacadas -

Fecha de publicación en línea: Domingo 10 de abril de 2022

Copyright © Nodo50 - Todos derechos reservados

Parece que últimamente solo hablo de gestación subrogada. El mes pasado escribí dos artículos y ahora el Tribunal Supremo se acaba de quedar a gusto en una durísima sentencia en la que habla de este tema. El problema se enmarca en las siguientes coordenadas:

1.- Los contratos de gestación subrogada son nulos en España. El artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida los anula de modo taxativo (incluyan o no precio) y declara que, en estos casos, la filiación sigue las reglas generales: la materna se determina por el parto y la paterna puede reclamarse como en cualquier otro caso. Además, el artículo 221 del Código Penal, que castiga la simulación de paternidad con hasta 5 años de prisión, podría aplicarse en estos casos.

2.- Esto supone un problema en caso de que ciudadanos españoles se vayan a lugares donde esos contratos sí son legales y encarguen allí un hijo. Ese hijo se inscribe en el país de nacimiento de acuerdo con su ley, que, como permite esta clase de contratos, considera progenitores a los contratantes y no a la subrogante. Cuando los contratantes vuelven a España ¿cómo se inscribe ese bebé? En el país de nacimiento está inscrito como hijo de los contratantes, pero eso ha sido posible de acuerdo con un contrato que es nulo según el derecho español.

3.- El Tribunal Supremo español ha venido pronunciándose en contra de inscribir a los menores como hijos de los contratantes. Sin embargo, hay una instrucción de la DGRN que permite hacerlo en ciertos casos (esencialmente, cuando haya una resolución judicial del tribunal del lugar de nacimiento que establezca la filiación a favor de los contratantes). Y también hay sentencias del TEDH que se pronuncian a favor de la inscripción.

Es en este marco donde se plantea este procedimiento. Una mujer española, Adela, fue a México, donde encargó un hijo (Mateo) por subrogación con esperma procedente de un donante desconocido. Luego volvió a España con Mateo, pero probablemente los registros españoles le denegaron la inscripción. Así que dejó pasar unos años y pactó con su padre (Santiago, el que sería abuelo del niño) un supuesto procedimiento judicial: Santiago demandaría a Adela para que reconociera la filiación por posesión de estado, Adela se allanaría y todos contentos. Mateo sería inscrito como hijo de Adela.

¿Qué es eso de la posesión de estado? Es un medio que tiene el derecho para convalidar situaciones irregulares. Básicamente: si yo he creído toda mi vida que X e Y son mis padres, si nos hemos tratado recíprocamente como padres e hijo y si todo el mundo a nuestro alrededor creía que esa era la relación que teníamos, se puede determinar la filiación a favor de X e Y aunque resulte que, por lo que sea, no son mis padres biológicos. He adquirido este estado civil a base de poseerlo de forma pública.

El plan de Santiago y Adela era perfecto salvo por una minucia: en juicios donde hay implicados menores, siempre interviene el Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal se opuso a que Mateo fuera inscrito como hijo de Adela y recurrió todo lo que tuvo que recurrir. El Juzgado de Primera Instancia se pronunció en contra de la inscripción, la Audiencia Provincial lo hizo a favor y cierra el ciclo el Tribunal Supremo, que, como ha dicho la prensa, ha rechazado la inscripción.

Lo primero que llama la atención en la sentencia es que hace una glosa bastante extensa del contrato de gestación subrogada (FJ Primero.2). No lo voy a explicar entero, porque pone los pelos de punta, pero básicamente prevé el embarazo de la subrogante con óvulos donados por la «futura madre» (terminología del contrato), el parto por cesárea y la entrega inmediata del bebé a dicha «futura madre». Por supuesto, la gestante desde ese momento se obliga a desaparecer: ni será considerada madre ni podrá tener ninguna información sobre el bebé.

Copyright © Nodo50

Entre las cláusulas más distópicas están: renuncia de la gestante a la confidencialidad médica, renuncia a su libertad de movimientos (se le prohíbe salir de perímetros cada vez más reducidos según avanza el embarazo), sumisión a cualquier prueba médica que determinen la «futura madre» o los médicos, prohibición de tatuarse o de tomar medicamentos durante el embarazo, etc. Quizás lo más horrible es el derecho que tiene la «futura madre» a mantener con vida a la gestante hasta el término del embarazo en caso de muerte cerebral de esta. Este fue el contrato que firmó Adela, y en estas condiciones nació Mateo.

El Tribunal Supremo empieza recordando que, según su propia jurisprudencia, los contratos de gestación subrogada son contrarios («manifiestamente contrarios», precisa ahora el Supremo) al orden público español. El concepto de orden público es importante, aunque difícil de definir. En este contexto, se refiere a los valores más básicos que informan el derecho de un país: las instituciones de un país no pueden reconocer resoluciones extranjeras que vayan contra su orden público, por mucho que sean legales en el país de origen y que se hayan cumplido las demás formalidades.

¿Por qué estos contratos (o, más bien, la pretensión de darles efectos en España) son contrarios al orden público español? En primer lugar, porque, como ya se ha dicho, aquí son nulos. Pero también porque, y cito al Supremo, «el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos». Se cita específicamente la prohibición de la venta de niños, mencionada en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 35) y definida en el Protocolo Facultativo de dicho tratado (artículo 2.a) 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».

Esto incluye la gestación subrogada. Sí, el Tribunal Supremo español ha declarado que la gestación subrogada es compraventa de niños. En sus palabras, «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».

Sigo citando al Supremo, porque lo dice él mejor que yo [FJ Tercero]:

> «7.- Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como **meros objetos**, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. [Aquí el Supremo explica de nuevo las condiciones del contrato]
>
> 8.- No es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese **trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos** a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano. Y, como ocurre en estos casos, aparece en el contrato la agencia intermediadora **cuyo negocio lo constituye este tipo de prácticas vulneradoras de los derechos fundamentales**.
>
> 9.- En definitiva, el futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se «cosifica» pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente. Para que el contrato llegue a buen término, se imponen a la gestante unas **limitaciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano**».

Copyright © Nodo50

El Tribunal Supremo sigue así durante un buen rato, acumulando opiniones de instituciones internacionales (como el Parlamento Europeo), de expertos en derechos fundamentales (como la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños) o del Comité de Bioética de España. Todas contrarias a la gestación subrogada por razones similares. Y termina diciendo:

> «los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios a nuestro orden público. No se trata solamente de que el art. 8 del CEDH no garantice el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues **el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia** (…). Es que (…) **el deseo de una persona de tener un hijo**, por muy noble que sea, **no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas**. Un contrato de gestación por sustitución como el que es objeto de este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio».

O sea, lo que decíamos hace unas semanas en los artículos que he enlazado al principio: tener un hijo es un deseo, no un derecho, y no puede pasar por encima de los derechos de otras personas.

Vale, los contratos de gestación subrogada son contrarios al orden público español, pero ¿qué pasa con el principio de superior interés del menor? ¿No permitiría obtener la posesión de estado? Al fin y al cabo, no se trata de convalidar el contrato de gestación subrogada (que eso ya queda claro que no), sino de darle efectos jurídicos a una situación pública y notoria: Adela está ejerciendo como madre de Mateo a todos los efectos, digan lo que digan los papeles.

Aquí el Tribunal Supremo vuelve a sacar la artillería. Cita toda clase de normas nacionales e internacionales, al margen de las ya mencionadas, que excluyen o persiguen la gestación subrogada, o que establecen previsiones para evitar darles efectos jurídicos a estas situaciones. Pero, por desgracia, la realidad es más compleja (FJ Cuarto):

> «6.- Estas previsiones de las leyes y convenios internacionales contrastan radicalmente con lo que sucede en la práctica. Las agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país, hacen publicidad de su actividad (…) pese a que el art. 3.1 de la Ley General de Publicidad considera ilícita «la publicidad que atente contra la dignidad de la persona (…)». Estas agencias han organizado en España «ferias» presenciales de gestación subrogada en las que publicitan y promueven sus «servicios». Con frecuencia se publican noticias sobre personas famosas que anuncian la traída a España de un «hijo» fruto de una gestación por sustitución, sin que las administraciones competentes para la protección del menor adopten iniciativa alguna para hacer efectiva esa protección, siquiera sea para comprobar la idoneidad de los comitentes. El Informe del Comité de Bioética pone de relieve la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que **en la práctica no existan obstáculos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución comercial en la que se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales** de la madre gestante y del niño, si ha tenido lugar en el extranjero.
>
> 7.- La consecuencia de lo expuesto es que el niño nacido en el extranjero fruto de una gestación por sustitución, pese a las normas legales y convencionales a que se ha hecho referencia, **entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar** durante un tiempo prolongado».

Copyright © Nodo50

Por supuesto, una vez que existe ese núcleo familiar, debe ser protegido. En casos como el presente, el instrumento apropiado es la adopción: Adela tiene que iniciar un expediente para adoptar a Mateo. Las normas sobre adopción (que obligan a valorar la idoneidad del adoptante) no son un obstáculo para satisfacer el interés superior del menor, sino una forma de satisfacer ese interés. Pero lo que no se puede hacer es saltarse las normas de adopción y conseguir la adopción vía posesión de estado, aunque solo sea porque este mecanismo no puede contradecir otra filiación legalmente determinada (artículo 131 CC) y, en este caso, la ley española deja muy claro que la filiación corresponde a la gestante.

Estamos ante una sentencia muy interesante, por tres razones. La primera, la dureza del lenguaje: el Tribunal Supremo no ahorra epítetos, en especial contra las agencias de intermediación, a las que pone de vuelta y media, y contra las instituciones españolas que no impiden su actuación. Deja muy claro que, de acuerdo con la normativa española, la gestación subrogada es compraventa de seres humanos y conlleva cosificar tanto a la gestante como al bebé.

En segundo lugar, la sentencia complementa otra que se dictó en 2013 sobre el mismo tema, y a la cual no deja de citar: aquella sentencia dejó claro que estos contratos son contrarios al orden público español, y esta evita darle efectos jurídicos a la situación consumada de que hay menores viviendo con quienes no son sus padres sino sus compradores. Y, por último, la sentencia intenta encajar esta línea jurisprudencial en ciertos pronunciamientos del TEDH, posteriores a 2013, que sí han obligado a los Estados a inscribir en esta clase de supuestos. Como siempre, el derecho es complejo y es difícil hablar de absolutos en sentencias internacionales, que tienen que aplicarse a muchas legislaciones.

Esperemos que esta sentencia suponga un aldabonazo en las conciencias de nuestras instituciones, y que se pongan las pilas para perseguir a las agencias de intermediación, que son las verdaderas artífices de que esto se haya convertido en un problema.

Copyright © Nodo50