

MATERNIDAD SUBROGADA

Surrogate motherhood

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

Cómo citar / Citation

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2022).
Maternidad subrogada (Tribuna)
Cuadernos de Derecho Privado, 4, pp. 2-6
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.29>

Resumen

La Sala de lo Civil del TS, en su Sentencia de 31 de marzo de 2022, reitera la contravención del orden público español del reconocimiento de la maternidad subrogada como título de atribución de la maternidad del comitente de un contrato de gestación subrogada. El autor elogia la toma de postura del TS, en línea con el CEPDHLF y con la jurisprudencia del TEDH, frente a los postulados defendidos, *v.gr.*, por la DGSJyFP, y afirma que los contratos de gestación por sustitución entrañan una explotación de la mujer gestante y un daño a los intereses superiores del menor.

Abstract

The private law division of the Spanish Supreme Court, in its judgment of 31 March 2022, reiterates its doctrine on the lack of validity of the surrogacy contract as grounds for attributing maternity to the intended mother. The author praises the Supreme Court's position, aligned to the ECHR and the case-law of the European Court of Human Rights, and against the arguments posed by, *i.e.*, the Spanish Directorate General for Legal Certainty and Public Faith. The Supreme Court, followed by the author, asserts that surrogacy contracts entail the exploitation of the surrogate mother and that are harmful for the best interests of the child.

La Sala primera de nuestro Tribunal Supremo ha vuelto a rechazar la maternidad subrogada como título de atribución para reconocer la maternidad del comitente de un contrato de maternidad subrogada otorgado en el extranjero, en un país (California la vez anterior, México ahora) en el que semejante otorgamiento es válido y disfruta de semejante eficacia. Y es que ello –reitera la Sala- es contrario al orden público español, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), que declara nulo de pleno derecho estos contratos, y que la filiación materna del niño será la determinada por el parto. Pero es que, además –se abunda ahora en la Sentencia- ese contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales

sobre derechos fundamentales en los que España es parte. De ahí que se enfatice esa contradicción en el fundamento de derecho tercero: «contraria (manifiestamente contraria, podemos precisar) al orden público español».

Se trata de una Sentencia del Pleno de la Sala, de 31 de marzo de 2022 [JUR 2022, 119236], con el mismo ponente que la anterior dedicada a esta materia, sin que se recoja, a diferencia de esa sentencia anterior, de 6 de febrero de 2013 [RJ 2014, 833], voto particular discrepante alguno.

El punto de partida en este caso es una demanda en la que los padres de la comitente del contrato de gestión subrogada ejercen frente a ella la acción de determinación legal de filiación materna por posesión de estado (art. 131 CC) respecto del menor nacido en ejecución de ese contrato. En la contestación a la demanda se reconocen los hechos sobre la filiación del menor, sin oponerse a la declaración de maternidad solicitada y que se haga constar como apellidos del menor los que le fueron impuestos al nacer. Es obvio que las partes, estaban previamente de acuerdo sobre el contenido y la procedencia de la demanda para conseguir el fin perseguido, que no es otro que el reconocimiento de la maternidad de la comitente. El Ministerio Fiscal solicita que se dicte sentencia «de conformidad con lo probado y acreditado en autos».

La sentencia del Juzgado de primera instancia desestima la demanda, con los argumentos de que el principio de la consideración primordial del interés superior del menor no puede utilizarse para contrariar la ley, sino para aplicarla y colmar sus lagunas, y que el artículo 10 LTRHA impide el reconocimiento de la filiación pretendida. Recurrida la sentencia por ambas partes, con la oposición del Ministerio Fiscal, la Audiencia Provincial de Madrid revoca la sentencia apelada, y estima sustancialmente la demanda. Es el Ministerio Fiscal quien interpone recurso de casación contra la misma, por infracción del último inciso del art. 131 CC en relación con el art. 10 LTRHA, dando así lugar a la casación de la sentencia por la Sala primera.

La contradicción entre el contrato de gestación y nuestros derechos fundamentales afecta tanto al derecho del niño como al derecho de la madre gestante nos dice la Sentencia.

En efecto, dicho contrato es contrario al artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que España forma parte, que prohíbe la venta de niños, definida 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»; definición en la que queda comprendida la gestación por sustitución comercial, con la consiguiente vulneración de los derechos de la madre gestante y del niño fruto de la gestación.

La Sentencia acierta en transcribir las cláusulas que se integran en el contrato de gestación, ya que su lectura –que recomiendo a quien tenga interés por el tema- permite concluir con pleno conocimiento que «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». De ahí que la Sentencia concluya que «No es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de la 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». Comentario que se complementa con la siguiente observación: «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» (fundamento de derecho tercero, apartado 8, *in fine*).

La Sala es consciente de la realidad que trata de combatir, que cuenta con el favor de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (la mencionada STS anterior, de 6 de febrero de 2013, confirmaba la cancelación de la inscripción practicada por Resolución de la Dirección, que aceptaba la filiación del nacido en California a favor del comitente del correspondiente contrato de maternidad subrogada) y con el de la propia Audiencia de Madrid cuya sentencia se recurre, manifiestamente contraria a nuestro orden público, al orden público internacional y al Derecho de la Unión Europea, . La propia Sentencia transcribe el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, en el que se 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»; estimando 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» (fundamento de derecho tres, apartado 10).

De ahí que denuncie la pasividad de las Administraciones públicas responsables de la protección del menor para combatir esta práctica, así como la buena acogida que en ocasiones recibe de la opinión pública.

No cabe sino elogiar la defensa de nuestro orden público en esta materia por parte de la Sala primera de nuestro Tribunal Supremo. Son muestras evidentes de la misma los siguientes pasajes de los fundamentos de derecho que dedica a describir el éxito comercial de la gestación subrogada: “Las agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país, hacen publicidad de su actividad (basta con usar como términos de búsqueda «gestación subrogada» u otros similares en un buscador de Internet para encontrar una amplia oferta de estas agencias dirigida al público español) 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 o vulnere los valores y derechos reconocidos en Constitución Española». 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” (fundamento de derecho cuarto, apartado 6).

También son muestras de la defensa de nuestros principios constitucionales los pasajes que se dedican a descalificar las falsas valoraciones asumidas en ocasiones por la opinión pública para justificar la maternidad subrogada en aras de un pretendido derecho a crear una familia: «No se trata solamente de que el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales 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 (sentencia [TEDH] de 24

de enero de 2017, caso *Paradiso y Campanelli*, apartado 141). Es que, como concluye el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, 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» (fundamento de derecho tercero, apartado 12).

Ojalá que esta jurisprudencia reciba el apoyo de nuestras autoridades y de la doctrina.