



ESCRITOS JURÍDICOS TFW

PRODUCIDO POR EL ÁREA DE DERECHO DE THE FAMILY WATCH

Padres a La Carta, Hijos por Encargo y Madres de Alquiler

Camino Sanciñena Asurmendi – Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Oviedo.

4/2014

El número 4 de la publicación “Escritos Jurídicos”, producidos por el Área de Derecho de The Family Watch, analiza una materia con gran impacto mediático: los “vientres de alquiler” y la filiación que originan.

Introducción

La maternidad por subrogación consiste en la gestación, convenida en un contrato, con o sin precio, por una mujer, que renuncia a la filiación materna y consiente que la filiación del niño o niños quede determinada a favor del contratante(s) o de un tercero(s). El supuesto se conoce de diversos modos: maternidad subrogada o maternidad por sustitución, vientres de alquiler o madres de alquiler.

Este contrato de gestación subrogada siempre ha estado prohibido en España. Tanto la ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, como la actualmente en vigor Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, han establecido, con idéntica redacción en sendos artículos 10, la proscripción de la gestación por sustitución.

La prohibición se articula estableciendo la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. Además la ley recoge para el caso de que se produzca en la práctica, que la filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada queda determinada por el parto, sin perjuicio de la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

Esta prohibición tiene su campo de actuación en el ámbito civil, no penal. Se sanciona con la nulidad radical para que ese contrato no surta ningún efecto. La norma aplicable a la gestación por sustitución, el artículo 10 de la Ley de reproducción humana asistida, establece en su apartado primero, la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación con una mujer y la renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. El segundo apartado prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, y el tercero deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

No obstante esta prohibición, algunos españoles han acudido al extranjero, a algún país que admite el contrato de gestación por sustitución, y lo han celebrado allí, con la intención de que ese contrato tenga efectos civiles en España y puedan inscribir a los niños nacidos como consecuencia de esa gestación, como biológicamente propios.

Por ello, se ha planteado ante nuestro Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado, la inscripción de la filiación de los niños nacidos como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, celebrado por algún nacional español. Y, en general, la eficacia que tenga en España un contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero; dado que los españoles, que para evitar la prohibición legal realicen un contrato de este tipo en el extranjero, están incurriendo en un fraude de ley, y no se impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Es decir, se mantendrá que la gestación realizada en el extranjero al amparo de un contrato, no tendrá efectos civiles en España.

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad recientemente de resolver por primera vez, mediante la Sentencia de Sala de lo Civil, Sección Pleno, de 6 de febrero de 2014, referenciada a lo largo de este escrito. El fallo niega la inscripción de la filiación solicitada de los niños a favor de los padres comitentes.

La dignidad de la mujer y el hijo

La decisión legislativa de prohibir el contrato de gestación subrogada ha sido también asumida por otros muchos ordenamientos. Como dice el Tribunal Supremo: «en un número considerable de países de nuestro entorno jurídico más próximo, enten-

diendo como tal la Unión Europea, la gestación por sustitución no está permitida, siendo prácticamente unánime su prohibición cuando tiene carácter oneroso». Y tiene como base los principios y derechos fundamentales y «otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional».

La legalización generalizada de los contratos de gestación por sustitución, como claramente expone el Tribunal Supremo, «vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población».

En efecto, es fácilmente constatable que los contratos de gestación por sustitución implican una vulneración al respeto a la maternidad y a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, por la que convierten la maternidad en objeto del contrato y del tráfico jurídico, con la consiguiente mercantilización.

En ese sentido, la denominación «vientres de alquiler» es una expresión bien gráfica, aunque no se adecúa técnicamente con un alquiler, sino con el encargo para la fabricación de los embriones que se transfieren al útero para su gestación y desarrollo, posterior parto y entrega del infante(s) al comitente(s).

La madre gestante debe renunciar a la maternidad, y su identidad permanece oculta. Esto significa dar un paso atrás en las conquistas sociales adquiridas en los últimos años. Antes, la legislación española permitía la renuncia por la madre a la filiación materna, mientras que ahora, abrogada esta posibilidad, ya no cabe el ocultamiento de la maternidad.

La regulación preconstitucional con la finalidad de facilitar la adopción de recién nacidos, evitar abortos e infanticidios de niños no deseados, y proteger la honra de la mujer embarazada, admitía la ocultación de los datos de filiación materna. El artículo 167 del Reglamento del Registro Civil permitía que el parte del nacimiento realizado por «los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad», de manera que en la casilla sobre la identidad de la madre se ponía desconocida. Asimismo, el artículo 47 de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 y el artículo 182 del Reglamento del Registro Civil concedían a la madre desconocer el hecho de su maternidad, aun cuando en el parte facultativo se hubieran puesto sus datos de identidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 interpretó esta normativa según la Constitución Española, y la consideró derogada, impidiendo la elusión de la identidad de la madre en el parte médico de nacimiento. En el supuesto, una madre, en estado de viuda, había comparecido en la Consejería de Asuntos Sociales manifestando encontrarse embarazada, en el octavo mes de gestación, y que debido a sus circunstancias, estimaba que no podría hacerse cargo de su futuro hijo, por lo que hacía renuncia anticipada del mismo, una vez que nazca, en favor de la entidad pública, a los efectos de su guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción, que debería tramitarse respecto del nacido, «como si de un menor desamparado y de padres desconocidos se tratase». Unos pocos años después, la madre entabló reclamación de maternidad de la niña ya adoptada. El conflicto tuvo gran trascendencia mediática, y el Tribunal Supremo declaró la no constitucionalidad de la normativa registral que permitía el ocultamiento de la maternidad.

Asimismo, la legalización generalizada de los contratos de gestación por sustitución «cosifica» al niño, convirtiéndolo en objeto del contrato, «re-produciéndolo» con la finalidad de entregarlo a los padres comitentes. Se mercantiliza la filiación, convirtiéndola en objeto del contrato, cuando los estados civiles son irrenunciables e intransferibles. No cabe hablar de un «derecho a procrear», ni de «derecho al hijo». Existe el derecho a que no impidan procrear, o la libertad de tener los hijos que se quiera. El hijo, en cuanto persona, es sujeto del derecho, y no objeto.

En este sentido, por ejemplo, en la elaboración de instrumentos legales internacionales sobre la adopción internacional, se ha asentado como principio básico el establecimiento de las medidas adecuadas para mantener al niño en su familia de origen, y para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños. Para ello se requiere que la madre preste libremente su consentimiento, después del nacimiento del niño y que no obtenga pago o compensación de clase alguna (considerandos introductorios y artículo 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993).

Los contratos de maternidad subrogada pueden dar lugar al tráfico de niños, a la vulneración de las normas de adopción, e incluso incurrir en una conducta tipificada como delito de alteración de la paternidad de los artículos 220 y 221 del Código penal, mediante el establecimiento falso y fraudulento de una paternidad (biológica) que modifica las relaciones familiares con un menor y elude los procedimientos legales de guarda, acogimiento y adopción.

El reconocimiento de paternidad, junto con otras circunstancias, ha sido considerado un delito de alteración de la paternidad y condenado a dos años de prisión, en la Sentencia (Penal) de la Audiencia Nacional de 20 de febrero de 2008. En el caso, los dos varones acusados se habían trasladado a Uruguay, donde contactaron con una mujer embarazada. Cuando tuvo lugar el nacimiento, uno de ellos, a quien previamente se le había denegado la aptitud para ser padre adoptante de un menor extranjero, efectuó un reconocimiento de filiación, inscribieron al niño en el Registro, y tras una compensación económica (2070 € entre los que se incluían la manutención durante el embarazo), se trajeron al niño a España.

La Sentencia (Penal) de la Audiencia Provincial de Málaga de 24 de junio de 2008 condenó a las acusadas por un delito de alteración de la paternidad. En el caso de autos, eludiendo los procedimientos legales de adopción, la intermediaria acusada había contactado en una prisión francesa con una mujer embarazada, obtenido el recién nacido, que entregó a la otra acusada, cuyo marido efectuó un reconocimiento de paternidad en escritura pública.

El Tribunal Supremo afirma también que los contratos de gestación por sustitución pueden fomentar la «explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza»; y que no encuentra justificación en el hecho de que esas mujeres jóvenes hayan prestado su consentimiento con la libertad, el conocimiento y la capacidad suficientes, por lo que si voluntariamente aceptan el contrato de gestación subrogada, no se les está ni cosificando, ni mercantilizando.

En efecto, el Derecho sabe muy bien que en situaciones de necesidad se pueden consentir cosas que no se consentirían en una situación de bonanza o bienestar. Por ejemplo, nuestra legislación de la usura –ya centenaria, pues data de 1908– establece la nulidad de los intereses usurarios o leoninos, libremente consentidos por el deudor, en atención al estado de necesidad, y no porque se entienda que el deudor carezca de la suficiente capacidad de consentir, de conocimiento o de libertad.

Así, el mero consentimiento de las partes no justifica la validez de cualquier contrato celebrado, sino que corresponde al Derecho atender al contenido del contrato, a su objeto y causa, para admitir su validez, cuando no vaya en contra de la ley, la moral o el orden público; o declarar la nulidad de pleno derecho, cuando efectivamente un contrato, pacto o cláusula vulneren la ley, la moral o el orden público.

La prohibición de la maternidad por subrogación no ocasiona una discriminación por razón de sexo u orientación sexual, sino que se prohíbe en sí misma y con independencia del sexo del comitente(s). En frase de la sentencia, «la solución habría de ser la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer».

La solicitud de inscripción de la filiación (biológica) a favor de uno o dos varones puede llamar la atención del Encargado del Registro civil, y dejar de manifiesto la existencia de una maternidad subrogada, mientras que la solicitud de inscripción de la filiación (biológica) a favor de una mujer o pareja/matrimonio heterosexual no resulta ni tan llamativa, ni implica de suyo la concurrencia de una gestación por sustitución.

Tampoco quedan los varones discriminados con respecto a las mujeres, porque éstas puedan acudir a las técnicas de fecundación in vitro, ya que son ellas mismas las que gestan el hijo. Tal y como afirma la Sentencia: “La desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye en principio la existencia de un trato discriminatorio por el hecho de que la consecuencia legal de uno y otro supuesto sea diferente”.

La filiación: efecto directo y principal

El contrato de gestación por sustitución tiene como efecto principal la determinación de la filiación del niño a favor del comitente(s). En este sentido, la Sentencia afirma que «la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución».

La intención final de los comitentes o padres intencionales, que acuden al extranjero y contratan una maternidad subrogada, busca establecer un vínculo paterno-filial con los niños y en la inscripción en el Registro civil de la filiación de esos niños a su favor.

El nacimiento de los niños y la determinación de la filiación a favor del comitente(s) es consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución, que consiste en la gestación y ulterior parto –es decir, nacimiento–, de los niños. La renuncia de la madre gestante a la maternidad es también obligación esencial de este tipo de contratos.

El contrato de gestación por sustitución es nulo en España y, por tanto, carece de efectos jurídicos, entre los que se incluyen, el acceso al Registro civil español de la filiación que se deriva del contrato de gestación. En efecto, es nulo el contrato y su ejecución, pues no se puede disociar el contrato de sus consecuencias jurídicas.

La Sentencia niega que la inscripción en el Registro Civil español de la filiación resultante del contrato de gestación, sea una consecuencia última y periférica del contrato.

El artículo 10 de la Ley española, además de establecer la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, determina la filiación del niño alumbrado como consecuencia de tal contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto, y el padre biológico podrá entablar acción de reclamación de paternidad según las reglas generales.

En España la filiación no se rige solo por factores biológicos, la filiación biológica no es la única, pues cabe una filiación por adopción, determinada por criterios legales. Pero lo que pretenden los comitentes o padres intencionales mediante el contrato de gestación por sustitución es la determinación a su favor de una filiación biológica.

Distinto es el supuesto de la filiación originada por adopciones internacionales, con la derivada de los vientres de alquiler. En la adopción, el niño es un prius, y se puede decir parafraseando el voto de la sentencia que «es al niño al que se da una familia»; pero en el supuesto del vientre de alquiler, el niño no es un prius al contrato de gestación, sino la consecuencia directa y principalmente querida, la finalidad del contrato, por lo que es «a la familia a la que se le da un niño».

La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida es también diferente de la filiación originada por el contrato de maternidad subrogada, pues en aquella, la maternidad queda determinada por el parto.

Por otro lado, la Sentencia debate sobre una cuestión técnica, cual es el control de legalidad que implica el propio contrato de gestación por subrogación, o el reconocimiento en España de la decisión de la autoridad extranjera determinando la filiación a favor de los padres intencionales.

Tanto el control de legalidad como el reconocimiento de las decisiones extranjeras quedan sometidos, cada uno a su manera, al orden público de España. En efecto, el reconocimiento tanto de las decisiones extranjeras como de las certificaciones de nacimiento, requieren para tener efectos en España, que no vulneren el orden público internacional español. De manera que España no puede aceptar la determinación de una filiación acorde con las leyes extranjeras, pero contraria al orden público español.

La Sentencia concreta: «Es necesario que no sea contraria al orden público internacional español, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan». El orden público español comprende las normas reguladoras de los aspectos fundamentales de la familia y, en concreto, de las relaciones paterno-filiales, los derechos y deberes fundamentales y los principios constitucionales: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias, y el respeto a su dignidad que constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (artículo 10.1 de la Constitución), el derecho a la integridad física y moral de las personas (artículo 15), el derecho a contraer matrimonio (artículo 32), el derecho a la intimidad familiar (artículo 18.1), la protección de la familia y de la infancia, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (artículo 39).

La Sentencia integra las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto, el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en el orden público internacional español. Y como el reconocimiento y el acceso a nuestros registros de las situaciones producidas en el extranjero, tienen que manifestar la conformidad y respeto con las normas, principios y valores que representan el orden público internacional español, concluye que la decisión de la autoridad registral extranjera de atribuir la condición de padres a quienes encargaron los niños, contratando en el extranjero la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz, «es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia».

El Tribunal Supremo considera que el fraude de ley cometido impide la atenuación del orden público, ya que los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España son muy intensos. En el supuesto quedó probada la intensidad de los vínculos de los promotores, pues ambos eran nacionales y residentes en España, y se habían desplazado al extranjero únicamente para celebrar «el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España».

No modifica la calificación de orden público español, la Instrucción de la Dirección de los Registros y del Notariado sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de 5 de octubre de 2010, que prevé los criterios, requisitos y condiciones para el acceso al Registro civil de la filiación derivada de contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero. Tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 habrá que entender que esta Instrucción se ha convertido en papel mojado.

El interés superior del menor

El interés superior del menor es aplicado en nuestro ordenamiento y en los ordenamientos de los países de nuestro entorno, tal y como establece el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

Asimismo, este principio se reconoce en el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y con naturaleza constitucional en el artículo 39 de la Constitución Española, con repercusión en la legislación interna (Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor).

Al igual que respecto al orden público, la Sentencia analiza qué se entienda por el interés superior del niño o del menor. Establece que resulta un concepto jurídico indeterminado, esto es, «una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial».

El interés superior del niño exige una determinación de su filiación acorde con criterios previstos legalmente en España. Así, no requiere siempre y a como de lugar, la fijación de una filiación. En este sentido, la regulación del Código civil permite que se impugne la filiación ya determinada respecto de un menor, sin que se prevea la determinación de otra filiación alternativa, «de modo que el éxito de tal acción supone privar al menor de la filiación hasta ese momento determinada». En consecuencia, continua afirmando la Sentencia: «la anulación de una filiación que es contraria al ordenamiento jurídico, pese a que no se sustituya inmediatamente por otra que sí lo sea, tiene encaje adecuado en nuestro ordenamiento jurídico, pues este considera perjudicial para el menor, dentro de ciertos parámetros, la determinación de una filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación». Por tanto, se puede concluir que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone un perjuicio para el menor.

El interés superior del niño tampoco justifica cualquier integración del menor en una familia de buena posición que estuviera interesada en él, bien fuera mediante el tráfico de niños o el robo de bebés, que tanto sufrimiento está causando en España, y aun cuando la situación se presente en la práctica como un «hecho consumado». Por lo que no se puede afirmar que el no reconocimiento de la relación de filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución, respecto de los padres intencionales o comitentes, vulnere el interés superior del menor.

En suma, dado que en España el contrato de gestación por sustitución está prohibido y no produce efecto, sería amparar un fraude de ley por la vía de los «hechos consumados», el “reconocer eficacia” al contrato de gestación por sustitución.

© The Family Watch 2014

Las opiniones expresadas en este documento no reflejan necesariamente los puntos de vista de la International Federation for Family Development, The Family Watch o cualquier otra institución. Se publica bajo una licencia Creative Commons de atribución no comercial 3.0 Unported.
