

Perspectivas de la “maternidad subrogada” en España: la incidencia de la sentencia de Estrasburgo en el “caso Paradiso” (I)

José Antonio Díez
Profesor en el Grado de Derecho
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

“Lo peor que le puede pasar a un recién nacido es que le separen de su madre”.

(Dr. Nils Bergman, neonatólogo)

Esta revista ha publicado recientemente algunas noticias sobre la maternidad subrogada (en adelante, MS), relativas tanto los aspectos éticos [1], como a las novedades legislativas en el Derecho comparado [2]. En este “post” trataré de aportar algunas consideraciones sobre las propuestas políticas que se están debatiendo en nuestro país sobre una eventual legalización de esta práctica -sin obviar los antecedentes legislativos y jurisprudenciales- y la incidencia que pueda tener en una futura regulación la recientísima sentencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo en el caso Paradiso-Campanelli contra Italia[3], que ventilaba la demanda de una pareja a la que la Justicia italiana denegó la inscripción de un niño gestado en Rusia mediante técnicas de MS.

Antes de desarrollar estas ideas, parece oportuno ofrecer una definición, en términos jurídicos, de la MS. En una sentencia del 2011, la Audiencia Provincial de Valencia la definía como “(...) un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos»[4].

El debate actual en España:

La posibilidad de una futura regulación de la MS en nuestro país ocupa en las últimas semanas la cabecera de muchos medios de comunicación, y ha estado precedido por la aprobación en algunos Parlamentos autonómicos de iniciativas favorables a esta práctica.

Resulta llamativo (y más en un país como el nuestro, donde el debate ideológico está de ordinario encasillado en posiciones políticas muy marcadas y la “transversalidad” brilla por su ausencia) que este tema suscite un paradójico rechazo entre posturas de izquierda y feministas[5] y adhesiones -entre tibias y entusiastas- en políticos de corte presuntamente conservador.

Desde el Gobierno, el ministro de Justicia anunció en diciembre pasado que, antes o después, se deberá afrontar la regulación de esta nueva realidad social y “establecer algunos límites para evitar que haya un mercadeo, que se convierta en un negocio el encargo de una gestación”. Más lejos, han ido algunos responsables del PP, como Javier Maroto, quien, con vistas al futuro Congreso nacional de su partido, ha adelantado que presentará enmiendas para su legalización porque: “La maternidad subrogada ha permitido tener hijos a muchas familias con garantías protegiendo a los progenitores y a los niños” y, además, se ha “demostrado que tienen un carácter altruista” (sic).

Legislación y jurisprudencia española.

En España está prohibida expresamente la gestación por sustitución. La ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas reproducción humana asistida (LTRHA) establece en el artículo 10, que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. En consecuencia, “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Tres años después, las reclamaciones de algunas parejas que deseaban inscribir en España a sus hijos gestados mediante MS, llevó a la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) a dictar una Resolución, con fecha 18 de febrero de 2009, que permitía la inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos por maternidad subrogada en el extranjero, estableciendo una serie de condiciones. Posteriormente, una Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución estableció los requisitos para la correcta inscripción de su filiación. Para una parte de la doctrina, esta Instrucción, vendría a legalizar de facto la gestación subrogada, basándose en la obligación de garantizar el interés superior del menor.

Sin embargo, la resolución de la DGRN, tras ser recurrida por el Ministerio Fiscal, fue revocada por la sentencia de 15 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia quien, al amparo del principio de jerarquía normativa, estimó que debía otorgarse preferencia al art. 23 de la Ley de Registro Civil, que establece que “Las inscripciones podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”. Con posterioridad, la STS de 6 de febrero de 2014[6], confirmó la sentencia de instancia, revocando la Resolución de 2009 y anulando la Instrucción de 2010. Este pronunciamiento paralizó e, incluso, denegó las inscripciones en los consulados a partir de ese momento, dejando como única alternativa que el padre biológico acreditara genéticamente su paternidad inscribiendo al niño, y que el otro lo adoptara como sucede en otros países.

El Supremo consideró “(...) contrario a nuestro orden público el reconocimiento por las autoridades del Registro Civil español de la inscripción del nacimiento de los menores, sin que también se exija que en el Registro extranjero existan garantías análogas a las establecidas en España y que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española”. No admitió el argumento del “interés superior del menor” como medio para conseguir resultados contrarios a la ley, pues “la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma, y que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor”.

[1] <http://www.unir.net/derecho/revista/noticias/la-maternidad-subrogada-frente-a-la-etica-y-el-derecho/549201566132/>

[2] <http://www.unir.net/derecho/revista/noticias/otro-pais-dice-no-a-la-maternidad-subrogada-camboya/549201568426/>

[3] TEDH Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli contra Italia, nº 25358 de 24 de enero de 2017.

[4] Sentencia n.º 826 de la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011.

[5] La eurodiputada E. Valenciano (PSOE), con ocasión con ocasión de la discusión del Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo se preguntaba si los vientres de alquiler pueden ser un modo de explotación de los cuerpos de los más pobres <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20151216&secondRef=ITEM-015&language=ES&ring=A8-2015-0344> En un sentido similar, se manifestó Beatriz Gimeno (Podemos) en el debate celebrado en la Asamblea de Madrid en marzo pasado http://www.religionconfidencial.com/iglesia-estado/maternidad-Podemos-PSOE-PP-Cs_0_2675132478.html Más contundente aún es la postura de la Federación Española para la Defensa de la Sanidad Pública (FEDSP), comunicado de junio pasado “cuando el embarazo no responde a los propios deseos de maternidad, sino que está forzado para satisfacer el deseo de otr@s, y/o condicionado por su situación socioeconómica, se está reforzando la desigualdad de género al situar su cuerpo a disposición de los demás. Las políticas públicas deben ser garantes de los derechos, no de los deseos individuales”.

[6] <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3533-los-hijos-nacidos-de-ventre-de-alquiler-no-pueden-ser-inscritos-en-el-registro-civil-espanol/>