

Apuntes sobre la eficacia en España de sentencia en virtud de acuerdo válido de gestación por sustitución

Deberemos de partir que las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público. Los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor (art. 15), y el respeto a su dignidad (art., 10.1 de la Constitución), integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión. La maternidad subrogada atenta contra la integridad moral

de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano. Priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico, que es reconocido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Atenta también contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada. Y puede atentar también a la integridad física y moral del menor, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes.

Este orden público es incompatible con que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren 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.

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, 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 entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor. Por tanto, el reconocimiento de los efectos de una sentencia, que supone el reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada validado en tal sentencia, es contrario al orden público.

Es significativo que los considerandos introductorios y el art. 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 exijan que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño, y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna -la gestación por sustitución constituye un enorme negocio en el que los padres comitentes desembolsan importantes cantidades de dinero, que en parte va a la madre gestante, por lo que el consentimiento de esta,

prestado antes del parto, ha sido obtenido mediante pago o compensación de algún tipo-.

Sobre el reconocimiento de la filiación con base en un contrato de gestación subrogada, el ordenamiento jurídico español prevé medios para determinar la relación paterno o materno-filial que son respetuosos con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor: en lo que es relevante en este asunto, la determinación de la filiación biológica del padre, si es que existe tal relación biológica entre los menores y alguno de los progenitores de intención, y la adopción cuando existe esa convivencia en un núcleo familiar, con las garantías propias de estas instituciones.

En 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, se declara: «[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».

La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (a cuya exposición de motivos alude el recurrente en el primer motivo de su recurso), considera, tanto en su preámbulo como en su articulado, que la gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres. En la regulación relativa a la realización de campañas institucionales de prevención e información, la ley considera la gestación subrogada como una forma de violencia en el ámbito reproductivo (artículo 10 quinquies), e introduce dos artículos nuevos (32 y 33) en los que reitera la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, indica que se promoverá la información de su ilegalidad y de la nulidad de pleno derecho de tales contratos, así como que las administraciones instarán la declaración de ilicitud de la promoción comercial de la gestación por sustitución.

Salvo mejor opinión