



GESTACION POR SUSTITUCION

Sentencia de Pleno del TS, nº277/2022, de 31 de marzo

Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona

Mayo 2022

CASO: Doña Rosaura, incapacitada médicamente para el embarazo y fertilidad, soltera, formalizó en el Estado Mexicano de Tabasco - según la legislación del aquel país – contrato de gestación por sustitución con Doña Antonia -madre gestante-. Se lleva a cabo a través de embriones creados por fertilización in vitro. Óvulos y esperma procedentes de donantes anónimos. El referido documento fue ratificado en expediente judicial no contencioso, seguido en el Juzgado Primero Familiar de Primera Instancia del Distrito Judicial del Centro del Estado de Tabasco de los Estados Unidos Mexicanos.

Doña Rosaura, tenía 46 años cuando nace el menor Imanol en 2015, por lo que en vida siempre tendrá más de 45 años que dicho menor.

Se deduce de la sentencia que no se ha inscrito el parto de la madre gestante o se ha hecho con su anonimato.

Frente a la denegación de la inscripción de nacimiento del niño por el Registro Civil Central, D. Claudio, padre de la comitente, interpone en 2018 demanda de reclamación de filiación por posesión de estado (nomen, tractatus, fama), fundada en el artículo 131 del Código Civil y en el interés superior del menor; se opuso a la pretensión el Ministerio Fiscal, alegando que la aplicación del principio 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, y argumenta la infracción del artículo 10.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

En España no se permite la renuncia a la filiación antes de la gestación, sino que la filiación materna en gestación por sustitución será determinada por el parto -10.2 Ley 14/2006-, y conforme al Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, el asentimiento de la madre para la adopción no podrá prestarse antes de que hayan transcurrido seis semanas desde el parto – art. artículo 177 del Código Civil Español-.

La STS 277/2022, de 31 de marzo, señala que “*conductas vinculadas con este tipo de contratos, en las que, mediando compensación económica, se entregue a otra persona un hijo o cualquier menor, pueden quedar encuadradas en el art. 221.1 del Código Penal cuando se hayan eludido los procedimientos legales aplicables de guarda, acogimiento o adopción*”.

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico, está claro que la filiación materna por nacimiento se determina en técnicas de reproducción asistida por el parto o, dicho en otras palabras, madre es la que ha parido, salvo en la variante de fecundación in vitro para parejas de mujeres denominada ROPA.

La demanda señaló que el menor Imanol vive con la “comitente” – D^a Rosaura -, y el demandante “abuelo”, se haya plenamente integrado en la familia, como hijo y nieto, y es públicamente conocido, y lleva los apellidos de la demandada que le impusieron al nacer y constan en la documentación registral extranjera. No se discutió la integración en la familia como hijo y nieto del menor.

La demanda solicitaba que Doña Rosaura fuera declarada la madre del menor Imanol, y se ordenara la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente, respetando los apellidos que al menor le impusieron al nacer y constan en la documentación registral extranjera.

El Juzgado de Primera instancia desestimó la demanda, sin perjuicio de que la comitente pudiera instar, a la que hoy es la Dirección General de Infancia, Familia y Fomento de la Natalidad de la Comunidad de Madrid, expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor.

Por tanto, había que entender conforme al criterio de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 19 de febrero de 2019, que no concurría ninguna de las circunstancias en el litigio del art. 176.2 del CC, que posibilitara la solicitud de adopción directa, y que también faltaba el requisito de que la diferencia de edad entre adoptante y adoptando no puede superar los 45 años – art. 175.1 del Código Civil-, salvo en los casos de adopción directa.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 19 de febrero de 2019 **deriva a la comitente a la vía administrativa, y a la posibilidad del acogimiento con fines de adopción – anterior acogimiento preadoptivo-, regulado en el artículo 176 bis del Código Civil.**

Es decir, que se declare el desamparo, y a la vez se solicite la adopción y su idoneidad administrativamente para ser adoptante, y que la Entidad pública delegue mediante resolución motivada la guarda del menor declarado en situación de desamparo en la madre comitente para su adopción, lo que no debió convencer al demandante que apeló la sentencia, adhiriéndose al recurso su hija.

La sentencia de 1 de septiembre de 2020 de la Audiencia Provincial, teniendo ya el menor 5 años de integración en la unidad familiar de la comitente, declaró que no siendo viables en este supuesto las soluciones consistentes en acudir a la figura jurídica de la adopción por diferencia en la edad -175.1 CC, ni existiendo padre biológico identificado (al ser el material genético proveniente de donante desconocido) que permita instar la correspondiente acción de filiación respecto del mismo, no siendo tampoco posible acudir a la vía del acogimiento familiar, ni a la del art. 176.2 del Código Civil, porque sería abocar al menor a lo que el TEDH considera «una incertidumbre inquietante», ha de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada, siendo conforme a las exigencias del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, CEDH) el no mudar la naturaleza del modelo familiar en el que vive.

Por tal razón, en el fallo acordó declarar que Doña Rosaura es la madre del menor Imanol nacido en 2015 en México ordenando la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente, respetando los apellidos que al menor le impusieron al nacer y constan en la documentación registral extranjera, condenándola a estar y pasar por dicha declaración con las obligaciones dimanantes de la condición de madre.

El Ministerio Fiscal alegó en el recurso de casación que interpuso que la sentencia recurrida, cuyos fundamentos fácticos no cuestiona, determina una filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio y en contra del artículo 10 LTRHA y del art. 131 del Código Civil, pues el apartado segundo de este último precepto legal excluye de la declaración de la filiación manifestada por la constante posesión de estado el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada, en este caso por el apartado segundo del artículo 10 LTRHA. Al hacerlo, la sentencia se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la determinación de la filiación de los menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales establecida en la STS también de Pleno 835/2013, de fecha 6 de febrero de 2014.

El Ministerio Fiscal rechaza la aplicación del principio de respeto del interés superior del menor en los términos en los que lo hace la Audiencia Provincial. Invoca los bienes jurídicos tomados en consideración por la referida STS 835/2013, a saber, el respeto a la dignidad e integridad moral de mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor en los términos previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Alega que, con la solución adoptada por la Audiencia, se impediría la investigación de la paternidad y el derecho del menor a conocer su identidad biológica. Por último, alega la posibilidad del acogimiento del menor por la madre de intención, así como que las limitaciones a la adopción por razón de diferencia de edad son superables.

La Sentencia de Pleno del TS, nº277/2022, de fecha 31 de marzo de 2022, que resuelve el recurso, en su fundamento tercero ratifica el criterio jurisprudencial de que la gestación por sustitución es manifiestamente contraria al orden público español, si bien lo centra en la gestación comercial, es decir por una remuneración, respecto de la anterior STS 835/2013, y lo fundamenta extensamente, llegando a señalar que la gestación por sustitución comercial entra de lleno en la definición de venta de niños, y en el punto 4 del fundamento cuarto la STS 277/2022 señala que “conductas vinculadas con este tipo de contratos, en las que, mediando compensación económica, se entregue a otra persona un hijo o cualquier menor, pueden quedar encuadradas en el art. 221.1 del Código Penal cuando se hayan eludido los procedimientos legales aplicables de guarda, acogimiento o adopción”.

Pero a la vez establece que si el niño está integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado, es decir, si el menor tienen relaciones familiares de facto con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial en su favor, la solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido la existencia de una vida familiar de facto incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante (sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 140 y 151 y siguientes, y de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 62).

Así lo exige el interés superior del menor (en los términos en que es reconocido por el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio), y su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH, que de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH incluye el derecho a la identidad, dentro de la cual tiene gran importancia la determinación de su filiación y su integración en un determinado núcleo familiar. familiar – **puntos 7 y 8 del fundamento cuarto de la STS, nº277/2022-**.

En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de la filiación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA. Pero cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción.

Entiendo que excluye a la comitente de la acción de reclamación de maternidad fundada en el artículo 311 del CC, por las razones que señalaba el Ministerio Fiscal en los motivos de su recurso, teniendo en cuenta que el artículo 10.2 de la Ley 14/2006 señala que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución queda determinada por el parto, y en este caso Doña Antonia era la madre gestante, y por lo tanto si la comitente interpone una acción de reclamación de filiación basada en la posesión de estado, como en este caso se reclamaba por demanda de su padre a la que se adhiere en apelación, se estaba reclamando una filiación que contradecía otra legalmente declarada, aunque no se hubiera inscrito en este caso el parto de la madre gestante o se hubiera hecho con su anonimato.

En el punto 12 y 13 del fundamento cuarto señala que en el presente caso, **las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden ser suficientes para dar por cumplido con prontitud el requisito de la acreditación de dicha idoneidad para la adopción de la adoptante, junto con la aplicación, en su caso, de la previsión contenida en el art. 176.2. 3.º del Código Civil – llevar más de un año bajo la tutela de la adoptante, en relación esto último con el artículo 237 del CC, relativo a la guarda de hecho-, tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años.**

El Tribunal Supremo también señala que la diferencia de edad – 175.1 CC- no es un requisito de carácter absoluto, es decir insalvable, pues lo deja supeditado a la idoneidad del adoptante y al interés del menor, y es cierto que el Convenio Europeo en materia de adopción tan sólo señala que deberá existir una diferencia de edad adecuada entre el adoptante y el menor, y en favor del interés superior del menor esta diferencia deberá ser preferentemente de al menos 16 años, y entiendo que el Tribunal Supremo está haciendo valer en interés del menor el rango supralegal del Tratado en virtud del art. 96.1 CE, que ha sido ratificado y publicado en el BOE de 13 de julio de 2011.

Es decir , cuando el niño nacido en el extranjero, fruto de una gestación por sustitución, pese a las normas legales y convencionales que se referencian en la sentencia de pleno del TS nº 277/2022, de fecha 31 de marzo de 2022, entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado, cabe que los comitentes o la comitente solicite su adopción directa, vía 176.2.3º del CC en relación con el artículo 237 del código civil, sin que la cuestión de diferencia de edad máxima de 45 años sea un obstáculo absoluto, siempre que de las pruebas aportadas en el procedimiento -en este caso de reclamación de filiación del artículos 131 del código civil y artículos 764.1 y 767.3 de la ley de enjuiciamiento civil-, se pueda derivar la acreditación de la idoneidad para la adopción de los comitentes, y con esa solución se satisface el interés superior del menor, valorado in concreto.

Finalizo la aportación amigo lector, esperando haya sido de su interés.

