

JOHN AVILÉS MOREIRA¹: “GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CAMBIOS EN EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN.”

“SURROGATIVE GESTATION: CHANGES IN THE PARENTAL FILIATION”

Resumen. El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis sucinto del panorama actual de la gestación por sustitución, tanto a nivel nacional como internacional. Por medio de este análisis se pondrá de manifiesto la falta de uniformidad en torno a este contrato en los distintos Estados, los principales escollos que impiden una regulación unánime y las consecuencias que tiene la convivencia de distintos ordenamiento jurídicos en un mundo donde las relaciones humanas no se detienen forzosamente en las fronteras.

Abstract. This paper aims to analyse concisely the current situation towards the surrogacy agreement, both in Spain and overseas. This analysis highlights the lack of consistency of this agreement in different countries, as well as the main obstacles that prevent an unified regulation. Finally, this paper examines the co-existence of different legal systems and its consequences in a world where human relationships do not necessarily end at borders.

Palabras claves: Técnicas de reproducción asistida -Gestación por sustitución - Interés superior del menor- Convenio Europeo de Derechos Humanos - Derecho al respeto a la vida privada de los menores- Derecho a la Reproducción.

Key words: Assisted reproductive technologies -Surrogacy agreement - The best interest of the child- European Convention on Human Rights - Children’s right to respect for their private life - Right of reproduction.

¹ Estudiante de Máster. Universidad de Sevilla. john.aviles91@gmail.com

1. Introducción

El avance y desarrollo de las ciencias médicas ha incidido en diversas esferas del Derecho, teniendo una especial trascendencia en relación con las técnicas de reproducción y las relaciones familiares. Las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva la filiación biológica, ya que junto al hecho biológico existen otros vínculos, como puede ser la filiación adoptiva o el consentimiento a la fecundación con contribución de donante (reproducción asistida).

Una técnica de reproducción que provoca mayor debate actualmente es la gestación por sustitución, también conocido como “vientres de alquiler”. La gestación por sustitución consiste en 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 su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos². Esta técnica plantea un amplio debate social ya que suscita cuestiones éticas delicadas, es por ello, que al tener cada Estado una concepción ética distinta no existe una regulación unánime sobre la gestación por sustitución.

El problema que plantea esta falta de uniformidad, es que si bien es un contrato autorizado en algunos países, sus efectos no son reconocidos en otros, provocando un grave detrimento a los nacidos por medio de esta técnica, viéndose abocados a una incertidumbre jurídica respecto a su filiación legal.

Para evitar que los menores se vean afectados, ha habido recientes pronunciamientos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) que reconocen ciertos efectos de este contrato aún en países donde no son válidos.³

² FJ 1º SAP Valencia 10ª 23 de noviembre de 2011.

³ SSTEDH de 26 de junio de 2014 caso *Mennesson c. Francia* y caso *Labassee c. Francia*; de 15 de enero de 2015 caso *Gözüm c. Turquía*, este caso se refiere a la negativa de la solicitud de la madre adoptiva de tener su propio nombre inscrito en los documentos personales del hijo adoptado, en lugar del nombre de la madre biológica del niño; y de 27 de enero de 2015 caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, en este caso las autoridades italianas dan a los servicios sociales un niño de nueve meses que había nacido en Rusia como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución al cerciorarse de que el niño no tenía

2. TEDH: Sentencias Mennesson vs Francia y Labassee vs Francia

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH).

El CEDH fue adoptado en 1950 para proteger los derechos reconocidos en él de manera efectiva; esto exige que deben ser protegidos a la luz de las condiciones de vida presente. Los cambios producidos en la sociedad actual justifican que el Tribunal esté realizando una interpretación evolutiva del convenio adaptándolas a estas condiciones de vida. Así lo establece el TEDH en el caso *Selmouni c. Francia* “el convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales” (párrafo 101 de la sentencia de julio de 1999) y en el caso *Airey c. Irlanda* “el convenio debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento” (párrafo 26 de la sentencia de 9 de octubre de 1977).

Es por medio de esta interpretación evolutiva que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace del Convenio, que se ha dado respuesta a los problemas que se plantean hoy en día con los nuevos modelos de familia y en especial las relaciones paterno-filiales como consecuencias de un contrato de gestación subrogada.

Es patente el incremento de personas que ante la prohibición en sus países de la técnica reproductiva de la gestación por sustitución, se trasladan fuera de sus fronteras con la voluntad de alcanzar la paternidad, lo que se ha denominado “turismo reproductivo”. En el informe sobre los problemas derivados de los convenios de maternidad subrogada de carácter internacional elaborado en la Conferencia de la Haya en marzo de 2012 se constata que entre 2006 y 2010 se ha incrementado en un 40% los contratos internacionales de gestación por sustitución⁴. Una vez que estas personas

vínculos biológicos con los padres contratantes. Los padres demandantes reclamaron que no se había respetado los derechos del niño y la negativa a reconocer la relación paterno-filial como consecuencia de la gestación subrogada.

⁴Informe sobre los problemas derivados de los convenios de maternidad subrogada de carácter internacional elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya (marzo de 2012), disponible en <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf> (último acceso el 21 de febrero de 2016).

realizan esta práctica y regresan a sus países de origen se encuentra con la dificultad de desplegar los efectos del contrato en dichos países, donde en muchas ocasiones, no pueden obtener el reconocimiento de la relación de filiación entre los padres de intención y los hijos nacidos a través de un contrato de gestación por sustitución, quedando desprotegidos los intereses de los menores.

Ante esta problemática, el TEDH se ha pronunciado en los casos *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, estos casos que se trata de dos parejas francesas que celebran un contrato de gestación por sustitución en Estados Unidos y al regresar a Francia no se les reconoce la relación de filiación derivada de estos contrato al ser un contrato ilícito en su País de origen. En estos casos, el Tribunal de Estrasburgo entiende que el no reconocimiento por parte del Estado francés de los efectos de este contrato produciría la violación del artículo 8 del CEDH en su esfera de vida privada de los menores, por lo que el estado francés ha sobrepasado el margen de apreciación permitido⁵.

La falta de reconocimiento de los efectos de este contrato tiene importantes consecuencias sobre los derechos a la vida privada y familiar del menor: la determinación del parentesco, su filiación o indirectamente el reconocimiento de otros derechos civiles; como los derechos sucesorios, administrativos, sociales o políticos; como la nacionalidad.⁶

La jurisprudencia del TEDH en relación con la gestación por sustitución puede producir un cambio en esta materia en los Estados Miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos debido al alcance general que tiene el efecto de cosa interpretada de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo⁷. Es cierto, que no se deduce de ella una intención de interferir en la regulación interna de los Estados Miembros para permitir o regular la gestación por sustitución en su derecho interno. Sin embargo, ésta pone de manifiesto la existencia de un límite a la libertad legislativa de los Estados en esta materia, el cual es, el interés superior de los niños nacidos como consecuencia de un ~~contrato de gestación por sustitución~~. Por lo cual, el Tribunal puede controlar que la

⁵ Sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014 en el caso *Menesson c. Francia*. Párr. 100.

⁶ *Ibid.* Párr. 97, 98, y 99.

⁷ Carrillo Salcedo, J. A. (2003). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid, Tecnos. Pág. 63

libertad legislativa de los Estados coloque a los menores en situación de incertidumbre jurídica que socave su identidad dentro de la sociedad.⁸

3. Situación de la gestación por sustitución en España.

Si bien, existe diferencias entre el caso Español, donde se deja siempre la posibilidad de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico (art. 10.3 Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida) o remotamente la adopción, con el caso francés, donde la jurisprudencia del Tribunal de Casación es mucho más restrictiva en relación con la filiación como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, que no reconoce, en estos casos, ni la transcripción del acta de nacimiento, ni la filiación adoptiva ni la posesión de estado como medio para obtener la filiación de los niños nacidos por medio de un contrato de gestación por sustitución. Sin embargo, las personas que recurren a esta técnica también se encuentran con dificultades a la hora de obtener este reconocimiento en nuestro país. Todo esto se debe a la compleja legislación interna, caracterizada por un enmarañado jurídico y posturas doctrinales contradictorias, que en vez de arrojar luz sobre este tema, producen una especie de "esquizofrenia jurídica", que en muchos casos, va en detrimento del interés del menor.

En nuestro derecho interno dependiendo de la vía escogida para obtener el reconocimiento de la filiación esta podrá tener lugar o no. Por lo cual, la filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada se está reconociendo por vías como son las circulares o las instrucciones de la D.G.R.N siempre que se cumplan ciertos requisitos⁹,

⁸ Presno, M., & Jimenez, P. (2014). Cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución. *Diritti Comparati: Comparare i diritti fondamentali in Europa*. <http://www.diritticomparati.it/2014/09/cambio-de-paradigma-en-el-tratamiento-jur%C3%ADdico-de-la-gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.html>. (último acceso el 15 de septiembre de 2015).

⁹La D.G.R.N. establece como requisito para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. El encargado del registro civil, en el caso de que la resolución tenga su origen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria deberá controlar incidentalmente, si tal resolución puede ser reconocida en España. En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido mediante un contrato de gestación por sustitución, sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible

es decir, la D.G.R.N., es partidaria de aplicar un orden público atenuado, manteniendo la prohibición del contrato de gestación aunque admitiendo sus efectos y por tanto la inscripción. Por otro lado, la doctrina del Tribunal Supremo se decanta por la aplicación de forma estricta del orden público que se desprende del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que declara nulo el contrato de maternidad subrogada y obliga a determinar la filiación por el parto en favor de la madre. Esto se desprende de la STS de 6 de Febrero de 2014, en la cual el Tribunal Supremo entiende que el reconocimiento de este contrato supondría vulnerar “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 negocios 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.”

El hecho de que España aún no ha sido demandada en relación a este hecho, hace que solo se aplique el efecto de cosa interpretada en relación con la gestación por sustitución. Aunque no se descarta que en un futuro próximo las partes demandantes en la STS Sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, acudan al tribunal de Estrasburgo para obtener el reconocimiento de la filiación que los tribunales nacionales le han negado. De todo esto se deduce que el reconocimiento se ha convertido en una cuestión meramente formal, olvidando que están en juego intereses superiores como pueden ser; los de los menores, que están más allá de cualquier burocracia, y que para su debida protección no se debería dar distintas soluciones para un mismo problema.

incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción, quedando a salvo en tal caso el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad del art. 10.3 de la ley 14/2006. Resolución de 18 de febrero de 2009, instrucción de 5 de octubre de 2010 y Circular de fecha de 11 de julio de 2014 de la D.G.R.N.

4. Necesidad de una regulación unitaria de esta técnica.

Si bien es cierto que las voces que abogan por la prohibición de la gestación por sustitución basan sus argumentos en: evitar un tráfico internacional de menores bajo el amparo de este contrato; dotar de transparencia al origen biológico del nacimiento y proteger a la mujer gestante para que no se vea vulnerado su dignidad ni la del niño mercantilizando la gestación y permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos¹⁰. Todos estos intereses podrían ser protegidos con una adecuada regulación unitaria, que controle y limite esta práctica, en la que se salvaguarde el interés superior de los menores y se proteja a la mujer gestante, para evitar su explotación.

Como hemos visto ni la prohibición expresa ni el silencio ha evitado que esta técnica reproductiva se realice; es más, ante la prohibición se han utilizado vías alternativas que han generado un conflicto mayor, y que, en algunos casos han implicado que se violen derechos fundamentales. Todo esto podría impedirse con una adecuada regulación, con la que se evitaría que se recurra a un “mercado negro de vientres de alquiler” en el que los derechos de las mujeres estarían totalmente desprotegidos y a merced de personas que desean tener un hijo a cualquier costa.¹¹

5. ¿Es posible una regulación de la gestación por sustitución a nivel internacional y europeo?

Como hemos dicho la gestación por sustitución suscita cuestiones éticas delicadas en los distintos países. Si realizamos un análisis de los ordenamientos de los Estados Miembros del CEDH podemos ver que no existe una regulación unánime en torno a la gestación por sustitución¹². Estas divergencias se deben fundamentalmente a

¹⁰ Lamn, E. (2012) Gestación por Sustitución: Realidad y Derecho. InDret. Pág. 30

¹¹ Ibid. Pág. 31.

¹²La gestación por sustitución está expresamente prohibida en catorce de estos Estados; Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía además habría que añadir a Francia; en otros diez o está prohibido según las disposiciones generales o no tolerado siendo la cuestión de su legalidad incierta. Es el caso de Andorra, Bosnia y Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y San Marino; sin embargo,

cuestiones éticas, que son el principal escollo al que se enfrenta una posible regulación unitaria de la gestación por sustitución, sin embargo ante el inmovilismo del legislador son los tribunales, como el TEDH, que da una solución a este problema.

El efecto indirecto de las sentencias del TEDH, puede plantar la semilla para una futura regulación unitaria a nivel europeo. Esto se debe a que las sentencias del TEDH son obligatorias, ya que los Estados partes se han comprometido a acatarlas en los litigios que sean parte (art. 46.1 CEDH) y tiene dos efectos: el efecto de cosa juzgada respecto del Estado demandado (inter partes); en segundo lugar, el de cosa interpretada con efectos erga omnes, ya que además de aplicar el convenio, el Tribunal tiene competencia para interpretarlo. El efecto de cosa interpretada tiene alcance general respecto de todos los Estados partes en el CEDH.¹³

Si bien, como ya se ha dicho anteriormente, no se deduce de ella una intención de interferir en la regulación interna de los Estados Miembros para permitir o regular la gestación por sustitución en su derecho interno. Sin embargo, ésta pone de manifiesto la existencia de un límite a la libertad legislativa de los Estados en esta materia, el cual es, el interés superior de los niños nacidos como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución.

A nivel internacional una posible regulación unitaria no se vislumbra a corto plazo por las grandes diferencias culturales existentes en los distintos países y a la falta de órganos judiciales, como el TEDH, que por medio de sus pronunciamientos marquen unos límites que deben ser respetados por los estados para la efectiva protección de los derechos en juego.

6. Conclusiones

Las cuestiones éticas y culturales no deben ser un impedimento para el avance científico. ~~Es por medio de las modernas técnicas reproductivas que muchas personas~~

está expresamente autorizada en siete (siempre que se cumplan unos requisitos estrictos). Caso de Albania, Georgia, Grecia, los Países Bajos, Reino Unido, Rusia y Ucrania; También parece ser tolerada en cuatro (Bélgica, República Checa, y posiblemente en Luxemburgo y Polonia).

¹³Carrillo Salcedo, J. A. (2003). El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Op.cit. Pág. 63.

pueden tener un hijo biológico propio, lo que se podría llamar el “derecho a la reproducción”.

No puede obviarse, que la gestación por sustitución es la única técnica reproductiva con la que una pareja de varones homosexuales pueden tener un hijo bibliológicamente propio, por tanto, en los países donde se encuentra permitido el matrimonio homosexual, como el nuestro, los principios insoslayables de igualdad y no discriminación supone un argumento más a favor para la regulación y legalización de esta práctica¹⁴.

Es patente la gran evolución que ha sufrido nuestra sociedad en estos años, tanto cultural, social, como tecnológicamente, produciéndose grandes avances sociales como es la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. Es por ello que el legislador no debe ignorar estos cambios sociales y debe regular conforme a ello. En palabras de Elisabeth Roudinesco “No deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. La gestación por sustitución es la continuación de la procreación médicamente asistida. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el aborto... ¡Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera hijos.”

No debemos olvidar que el derecho no es inalterable, es una herramienta que debe dar soluciones a los problemas actuales de una sociedad, si el derecho no es válido o no da respuesta a todas la problemática no hay que tener miedo a cambiarlo.

Si bien, el derecho no puede ser un obstáculo para el progreso científico y de la humanidad, este debe actuar de soporte para que este progreso se produzca de manera sostenible, evitando que se conculquen derechos fundamentales mediante una regulación adecuada que pondere los distintos derechos en juego.

¹⁴ Lamn, E. (2012) Gestación por Sustitución: Realidad y Derecho. InDret. Pág. 32.

Bibliografía y Fuentes de Conocimiento:

I. Fuentes de Conocimiento

1. Jurisprudencia

i) Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 9 de octubre de 1977 caso Airey c. Irlanda.
- STEDH de 28 de julio de 1999 Selmouni c. Francia.
- STEDH de 26 de junio de 2014 caso Mennesson c. Francia.
- STEDH de 26 de junio de 2014 caso Labasse c. Francia.
- STEDH de 15 de enero de 2015 caso Gözum c. Turquía.
- STEDH de 27 de enero de 2015 caso Paradiso y Campanelli c. Italia.

ii) Sentencias de Tribunales Nacionales

- SAP Valencia 10ª de 23 de noviembre de 2011.
- STS (Sala de lo Civil, sección 1ª) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

iii) Otros

- Resolución de la D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009.
- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la D.G.R.N., sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE núm. 243, 7 de octubre de 2010.
- Circular de la D.G.R.N. de 11 de julio de 2014.

2. Legislación

- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

II. Bibliografía

i) Monografías

- Carrillo Salcedo, J. A. (2003). El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Madrid, Tecnos.
- Lamn, E. (2012) Gestación por Sustitución: Realidad y Derecho. InDret.

ii) Artículos en Revistas

- Presno, M., & Jimenez, P. (2014). Cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución. *Diritti Comparati: Comparare i diritti fondamentali in Europa*. <http://www.diritticomparati.it/2014/09/cambio-de-paradigma-en-el-tratamiento-jur%C3%ADdico-de-la-gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.html>

iii) Otros

- Informe sobre los problemas derivados de los convenios de maternidad subrogada de carácter internacional elaborado en la Conferencia de la Haya en marzo de 2012. <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>