

Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto

Surrogacy. The importance of the decisions of the European Court of human rights and their impact

Eleonora Lamm

Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET, Argentina)

Doctora en Derecho con línea de investigación en bioética

elelamm@gmail.com

Fecha de recepción: octubre de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 3 de noviembre de 2014

1. INTRODUCCIÓN. LOS INTERROGANTES

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) puso fin a un conflicto sociojurídico sensible y pendiente como lo es la gestación por sustitución, resolviendo en fecha 26/06/2014 dos casos similares: «Mennesson» (demanda n.º 65192/11) y «Labassee» (demanda n.º 65941/11) ante el mismo país, Francia.

Admitir los acuerdos de gestación extranjeros significaba determinar el vínculo filial entre las parejas y los niños con todos los derechos y deberes que se derivan de este reconocimiento jurídico. La contracara de la misma moneda, rechazar tales acuerdos, implicaba negar todo lazo jurídico entre ellos y, a la vez, dejar a los niños en una situación de total desprotección, siendo que en la práctica continuaban viviendo con la pareja, consolidándose el vínculo afectivo que se deriva de toda interacción de cuidado y protección que brindan los padres a sus hijos. ¿Cuál era entonces la mejor decisión a adoptar de conformidad con el principio rector del «interés superior del niño»? Justamente, esto es lo que respondió la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos en los dos primeros casos que llegan a estudio sobre gestación por sustitución.

¿Cuál es la mirada que debería primar en torno a la gestación por sustitución? ¿Sobre esa base, qué lugar debería darle la ley y los operadores jurídicos en general? ¿Cuáles son las resistencias que aún persisten, pero que con el tiempo irían cediendo? ¿Qué implicancias e impacto tiene lo dicho al respecto por la máxima instancia judicial en materia de Derechos Humanos?

2. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA A RAÍZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FEBRERO DE 2014

El 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo de España (TS) se pronunció, por primera vez, en un caso de gestación por sustitución internacional; la situación sometida a decisión arrastra una larga historia (casi seis años) que involucra los derechos de dos niños y de un matrimonio conformado por dos personas de sexo masculino.

En una votación reñida (5 votos contra 4) la sentencia confirmó lo decidido (cancelar la inscripción de nacimiento) y, consecuentemente, dejó a estos dos niños sin la nacionalidad española y sin los beneficios que devienen de su titularidad. Como explica Vila Coro: «Sin registro no hay ciudadanía, y sin ciudadanía se les niegan todos los derechos básicos que de ella se derivan. No podrán ser beneficiarios de la cobertura sanitaria de sus padres. No habrá prestaciones de maternidad ni paternidad para ser cuidados por sus padres, que tampoco podrán disfrutar de las deducciones en el IRPF ni tener descuentos por familia numerosa. Quedarán sin protección en caso de divorcio y sin derechos hereditarios en caso de quedar huérfanos». De no proceder la inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución internacional «noventa días después de volver a casa, pasarán a ser inmigrantes sin papeles en su propio país. Su exención de visado como ciudadanos americanos expirará y sus padres no podrán conseguir un permiso de residencia para sus hijos, porque esa figura no existe. No existe porque los hijos de españoles son españoles».

Aunque la mayoría del TS utiliza como pretexto el argumento de la defensa del interés superior del niño, lo desatiende absolutamente. En el caso, los mellizos, de nacionalidad española, son colocados en un limbo jurídico incierto, aunque se siguen creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. A los fines de dar una solución, afirma, en consonancia con las sentencias anteriores, que el propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que, si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los niños en tal núcleo familiar.

La solución propuesta por la mayoría es manifiestamente insuficiente por diversas razones: No reconoce a *ambos* padres y obliga a uno de ellos a erigirse en padre biológico, y al otro a comenzar un proceso de adopción. En definitiva, la mayoría conduce a la absurda solución de tener que recurrir a la adopción para encontrar la solución definitiva. Cabe cuestionarse además qué pasaría en caso de ser una pareja heterosexual en la que ambos aportaron sus gametos. ¿Podría acaso imponerse a la mujer la adopción de su propio hijo genético? En todos los casos, ¿es equitativo e igualitario prever distintas soluciones para los miembros de la pareja?

¿De qué interés superior del niño estamos hablando entonces? No se puede invocar judicialmente el interés superior cuando el efecto inmediato de la sentencia que dispone la cancelación de la inscripción es la desprotección, desde que se niega a los niños sus derechos básicos como ciudadanos españoles y se los priva de padres a efectos legales.

No obstante las fundadas críticas a la decisión del TS, la injusticia de esta sentencia no se limitó al caso, sino que la consecuencia inmediata fue paralizar las inscripciones que se venían realizando de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, de conformidad con la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, dejando a muchos recién nacidos en un limbo legal.

3. LA ANSIADA DECISIÓN DEL TEDH

Pocos meses después de la decisión del TS, se pronuncia el TEDH, echando por tierra la pretendida defensa del interés superior del niño que argumentaba el TS. El TEDH viene a precisar qué debe entenderse por interés superior del niño en los casos de gestación por sustitución, estableciéndolo como criterio imperante en toda decisión.

El TEDH declaró, por unanimidad, que Francia ha violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el respeto por el derecho a la vida privada respecto de las niñas nacidas por gestación por sustitución en el extranjero.

El TEDH observa que las autoridades francesas, a pesar de ser conscientes de que las niñas habían sido identificadas en los Estados Unidos como hijas del Sr. y la Sra. Menneson, en un caso y del Sr. y la Sra. Labassee en el otro; negaron el estado filial bajo el derecho francés y dicha contradicción ha socavado la identidad de las niñas dentro de la sociedad francesa. Para el Tribunal las sentencias francesas que excluían o negaban por completo el establecimiento de una relación jurídica de filiación entre las hijas nacidas como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución que era totalmente legítimo bajo las normas del Estado en que se realizó, desconociendo a quiénes figuraban según esa legislación como padres, generaron un estado de inseguridad jurídica en el derecho francés y sobrepasaron el amplio margen de apreciación de los Estados. El TEDH observó que aunque los países gozan de un amplio margen de apreciación, en virtud de las difíciles cuestiones éticas involucradas y la falta de consenso sobre esta materia en Europa, ese margen de apreciación debía volverse estrecho cuando se trataba de la filiación, que involucra un aspecto clave de la identidad de los individuos.

Por otro lado, la conculcación de derechos de las niñas además, según lo expone el TEDH, se deriva de la imposibilidad de heredar, excepto que el Sr. y la Sra. Menneson realicen un testamento, lo cual significaba que sus derechos hereditarios serían menos favorables. Al respecto, el Tribunal consideró que esta situación implicaba privarlas de un componente más de su identidad derivada o relacionada con el parentesco.

El TEDH entiende que el respeto por la vida privada se vincula con la esencia de la identidad, incluyendo su filiación, la cual se ha visto afectada de manera significativa. Se asevera que las decisiones adoptadas por el Estado francés no fueron compatibles con el interés superior de los niños, el que debe guiar cualquier decisión sobre ellos.

En definitiva, según el TEDH si bien un Estado parte del Convenio podría prohibir la gestación por sustitución, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de los niños, a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad.

Ahora bien, el TEDH, al igual que el TS, pone énfasis en el vínculo biológico, pero mientras Francia negó todo vínculo, incluido el del padre biológico (en ambos casos, los hombres habían aportado su material genético); en España el TS admite que el hombre que aportó sus gametos pueda ser reconocido.

El TEDH destaca la importancia de la paternidad biológica como un componente de la identidad de cada individuo, por lo cual, se entiende que no podría decirse que es en el mejor interés de las niñas privarlas de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica estaba establecida y se procuraba su pleno reconocimiento. Por ende, al impedirse el reconocimiento y establecimiento de dicho vínculo biológico, el Estado francés habría excedido el margen de apreciación permitido.

Atento a este argumento, entiendo que para que las sentencias del TEDH redunden en *todos* los supuestos en el mejor interés del niño nacido por gestación por sustitución, hay que conferirle un justo peso a la importancia de este vínculo biológico. Así, aunque ambos tribunales, TS y TEDH, apelan al vínculo biológico, mientras el TS permite el vínculo con aquel que aportó sus gametos pero requiriendo la adopción por el padre «no biológico» o madre comitente, de la sentencia del TEDH no parece exigirse ese extremo, o por lo menos no debiera exigirse, «alivianando» así el peso que el TEDH pareciera atribuir a ese vínculo. Me explico.

Como desde hace ya tiempo se viene sosteniendo, por ser la gestación por sustitución una especie dentro del género de reproducción humana asistida, la voluntad procreacional debe ser la determinante de la filiación, con independencia de si los comitentes aportan o no su material genético.

Efectuar distinciones en la determinación de la filiación según se aporte material genético puede dilatar y condicionar el acceso a la filiación (en contra del derecho del niño a estar inmediatamente inscrito, de conformidad con el art. 7 de la CDN) y puede llevar a facilitar la determinación de la filiación respecto del comitente que sí lo hizo, o cuando sí lo hizo tratándose de una persona sola, generando situaciones desiguales y discriminatorias, que, además, redundarían en perjuicio del niño.

La solución más conveniente e igualitaria y lo mejor para el niño es que desde su nacimiento tenga su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente, sin supeditarla a la comprobación de ningún vínculo genético y sin hacer distinciones según este haya sido o no aportado. Incluso aunque pudiera exigirse que al menos uno de los comitentes aporte su material genético, ello solo debiera ser a los efectos de acceder a la gestación por sustitución, no a los efectos de establecer la filiación.

4. EL IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH Y LAS DEUDAS PENDIENTES

Las dos sentencias del TEDH que condenan a Francia a reconocer la filiación de 3 niñas nacidas por gestación por sustitución vienen a alterar directamente los efectos de la sentencia del TS del pasado febrero (835/2013). Sucede que aunque estas sentencias no conciernen directamente a España, sientan un precedente para todos los Estados que son parte del Convenio europeo de derechos humanos que debe ser tenido en cuenta. A diferencia de la doctrina del TS, el TEDH establece claramente que el interés superior del niño está por encima del orden público.

Según informa la revista *La Ley Derecho de Familia*, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha emitido un informe, de fecha 11 de julio de 2014, en relación al régimen registral de la filiación de los nacidos fuera de España mediante gestación

por sustitución, tras la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, que rechazaba dicha inscripción. Según dicho Informe, la DGRN establece que

[e]n el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello.

Así fue como el 29 de julio de 2014 y a 2 días de cumplir 6 meses, Galileo fue registrado como ciudadano español. Ese día, con la inscripción de Galileo, se reanudaron las inscripciones y comenzaron nuevamente a reconocerse los derechos de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero.

No obstante, aunque se reanudaron las inscripciones en los registros civiles, reconociéndose así derechos, el reconocimiento no es total, ni igualitario. Pareciera que la conquista ha de ser escalonada... como si los derechos hubiera que ganarlos, como si no fueran propios de las personas. Sucede que, no obstante estar inscritos y ser españoles, el INSS deniega sistemáticamente las prestaciones de maternidad a los padres o madres de niños nacidos por gestación por sustitución.

Sin embargo, como pone de manifiesto Pedro Fuentes Castro en una carta pública del 2 de septiembre de 2014 dirigida a la ministra de Empleo y Seguridad Social, las familias no se han resignado y han acudido a los Tribunales a pedir justicia y los magistrados les han dado la razón y han dictado Sentencias contra el INSS que se han ido acumulando. No obstante, la Dirección General ha dado orden de recurrir uno tras otro los fallos judiciales. En vez de dedicar los recursos ministeriales a los graves problemas sociales de España, se emplean en denegaciones, recursos y contrarrecursos y se dedica la abogacía del ministerio a escamotear «la atención del menor durante la etapa inicial de su vida familiar».

Además, y por otro lado, la reanudación de las inscripciones procede «con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica».

En este sentido, el Ministerio de Justicia había previsto una reforma de la Ley del Registro Civil que permitía la inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, siempre y cuando figurase la gestante como madre y sus padres de intención homologasen en España la sentencia judicial que se dicta en el país de origen.

Estas premisas fueron fuertemente criticadas por las familias afectadas que consideraban, por un lado, que ese procedimiento de exequátur ponía trabas y dilaciones innecesarias y, por otro, que inscribir a la gestante era inaceptable, pues ni ella quiere figurar ni la regulación de la gestación por sustitución en países como Estados Unidos

lo permite, entre otros problemas. Concretamente, la asociación Son Nuestros Hijos exigía que se respete la identidad del niño y se reconozca a los mismos progenitores que señala la partida de nacimiento del país donde nació y que la entrada de la partida de nacimiento extranjera sea por control incidental por parte del funcionario del registro consular. Dos puntos que ya estaban establecidos en la instrucción de la DGRN de 5 octubre de 2010.

Ante esto, el 9 de julio de 2014 el Ministerio de Justicia publicó una nota de prensa en la que daba a conocer que representantes del Ministerio se han comprometido con los miembros de la asociación Son Nuestros Hijos a mejorar la última modificación de la Ley del Registro Civil aprobada el pasado 13 de junio para la inscripción de los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, adaptándola a lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a los fines de facilitar la inscripción en favor del niño de la forma más rápida posible.

Pareciera que finalmente no figurará la gestante como madre del niño a inscribir y que la instrucción no recogerá la obligación de tramitar este procedimiento de exequátur, estableciendo que el registro se hará de forma prácticamente automática. Como la norma citada ya está en tramitación, tendrán que ser los grupos parlamentarios, en particular el Grupo Popular en el Congreso, quienes enmienden la normativa. Ésta es la voluntad expresada desde el Ministerio.

Aunque se hace eco de las necesidades de los niños y de las familias, no puede dejar de advertirse que se trata de modificar una ley que aún ni siquiera ha entrado en vigor; un «parche» a lo que todavía no es ley vigente, que denota y pone de manifiesto que a la gestación por sustitución hay que darle reglas, pero aparentemente no quiere hacerse de manera directa o sincera.

Además, si de lo que se trata es de una ley de registro civil, entonces perfectamente también se podría añadir un apartado que permita la inscripción de los niños que nacen por gestación por sustitución en España y modificar así la LTRHA (alguna vez se modificó la LTRHA, agregándose un tercer apartado en el art. 7 para permitir la comaternidad, con la Ley 3/2007 que reguló el acceso registral de personas trans...).

Se criticó y se critica fuertemente la falta de rango legal de la IDGRN de 2010. Ahora lo tendría, pero ¿sólo para la gestación por sustitución internacional? Entiendo que, aunque con fines loables, esta solución no deja de ser inconstitucional por violar el principio de igualdad.

Por otro lado, todas estas soluciones solo sirven para quienes acuden a la gestación por sustitución en Estados Unidos, donde si bien podría alegarse que existen mayores garantías y protección de derechos, lo cierto es que también es mucho más oneroso que en otros lugares, lo que sigue conllevando una discriminación y exclusión para quienes no tienen esas posibilidades. Además, aunque entiendo que la exigencia de *resolución judicial* facilita controles y evita el tráfico de niños y la posible y muchas veces mal presumida y prejuiciosa explotación, se necesita una solución comprensiva

más amplia. Después de todo, si el niño nace en India, Ucrania, o en cualquier otro lugar, es también, aunque de más está decirlo, sujeto de derechos y no puede quedar en el limbo jurídico sin protección.

Es hipocresía y un disparate jurídico que se permita la gestación por sustitución en el extranjero pero no en España, aunque se lo plantee como el primer paso para una regulación integral que zanjaría cualquier otra vulneración de derechos.

Entiendo que el legislador español tiene que adoptar una posición justa, uniforme, coherente e igualitaria, en el sentido en que necesariamente debe tomar en cuenta que la prohibición de la gestación por sustitución no evitó que ésta se llevara a cabo, especialmente en el extranjero, no pudiendo obviar esta realidad ni conferir respuestas diferentes para los casos locales.

La evolución en las concepciones sociales y en la ciencia deben ser contempladas por el derecho que debe adaptarse, captar y normar las nuevas realidades que se presentan en estos días para dar al nacido la certeza de una filiación que coincida con su realidad.

Para un grupo de personas, la gestación por sustitución es la única oportunidad real de tener un hijo, por lo que cabe concluir que el rol del Estado debe ser crear un ambiente que maximice las posibilidades de éxito y felicidad para las personas que quieren formar una familia, en lugar de establecer desventajas o estigmatizarlas.

Se trata, entonces, de promover un marco jurídico que privilegie y represente una garantía para el ejercicio de los derechos, que respete y promueva el derecho de las personas a una maternidad o paternidad libre y responsable, que reconozca la diversidad con la cual está integrada nuestra sociedad y que sea el ejemplo de normas de una sociedad democrática, plural, incluyente y diversa.