

PRESENTACIÓN

Por

MARÍA DÍAZ CREGO / MIGUEL PÉREZ-MONEO
Profesora Titular de Derecho Constitucional / Profesor Agregado interino de Derecho
Constitucional
Universidad de Alcalá / Universidad de Barcelona

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Constitucional 31 (2020)

El presente monográfico tiene su origen en el proyecto de investigación “Los derechos sexuales y reproductivos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿un análisis con perspectiva de género? (CCG2016/HUM-008), financiado por la Universidad de Alcalá (dirección a cargo de Profa. María Díaz Crego) y bajo cuyo paraguas organizamos dos Seminarios centrados en la gestación por sustitución. En una primera Jornada, celebrada el 9 de marzo de 2018 en la Universidad de Alcalá (coordinación a cargo de Profa. María Díaz Crego, en colaboración con las Profas. Lara Redondo y Sara Turturro), se debatió sobre los derechos fundamentales e intereses a tener en cuenta al regular esta práctica, así como sobre el tratamiento jurídico que han dado a la misma distintas instituciones internacionales y algunos países de nuestro entorno. En un segundo Seminario, celebrado el 24 de marzo de 2018 en la Universidad Complutense de Madrid (coordinadores Prof. Javier García Roca, Profa. María Díaz Crego y Prof. Miguel Pérez-Moneo), los Profs. Manuel Atienza y Antonio Arroyo presentaron las diferentes aristas de este fenómeno y, tras ellos, representantes de las cuatro formaciones políticas que tenían mayor peso político en el Congreso de los Diputados en ese momento expusieron la posición mantenida por su formación en torno al tratamiento jurídico de la gestación por sustitución.

Fruto de estos encuentros, se elaboraron una serie de trabajos académicos que analizan desde distintas perspectivas los problemas jurídicos que plantea la gestación por sustitución, una práctica que está suscitando intensos debates tanto en el plano internacional como nacional. No en vano las cifras de menores nacidos fruto de una gestación por sustitución y las cifras de negocio asociadas a esta práctica parecen haber crecido exponencialmente en todo el mundo. En 2014, la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado informaba que el número de

contratos de gestación por sustitución transnacionales había crecido de forma significativa durante los últimos cinco años y que continuaba haciéndolo. Según la organización, varios miles de menores nacían al año en el mundo fruto de estos contratos, aunque la cifra podía estar subestimando el fenómeno dada la escasez de datos oficiales al respecto y la existencia de distintas vías que permiten a los comitentes o padres de intención esconder el origen de un nacimiento en el extranjero¹. El estudio de esa organización internacional también perfilaba claramente los contornos del fenómeno, al señalar que Estados Unidos e India se encontraban entre los Estados más populares para acudir a esta práctica, aunque quienes la utilizaban para tener descendencia provenían de todas las regiones del planeta². El carácter transnacional del fenómeno parecía evidente, y ello a pesar de que no hay cifras claras sobre el número de menores nacidos a través de contratos de gestación por sustitución en los países que permiten esa práctica que son trasladados después al extranjero y que los Estados más atractivos para acudir a esta práctica puedan haber cambiado, especialmente tras la modificación del panorama legal en India.

En España, como en otros países que consideran nulos los contratos de gestación por sustitución celebrados en su territorio³, el fenómeno presenta indiscutiblemente esa dimensión transnacional, en la medida en que, vedada la posibilidad de tener un hijo vía gestación por sustitución en el país de nacionalidad o residencia, quienes desean acudir a esta práctica viajan a países más permisivos, tratando después de instar el reconocimiento del vínculo de filiación con el menor nacido a través de esta práctica en el país de origen. En cuanto a las cifras, los datos sobre los menores nacidos fruto de una gestación por sustitución que residen en España parecen dudosos: en 2017, el Gobierno cifró en 979 el número de niños nacidos vía contratos de gestación por

¹ Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: "[A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements](#)", Prel. Doc. No 3C, Marzo 2014, pp. 56-58. Las conclusiones referidas al aumento del fenómeno se mantienen en posteriores estudios de la misma organización internacional, ver: Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: "[Background note for the meeting of the Experts' group on the parentage / surrogacy project](#)", Enero 2016, p. 11.

² Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: "[A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements](#)", Prel. Doc. No 3C, Marzo 2014, p. 58.

³ Para una aproximación a la situación en otros países europeos, ver: Policy Department on Citizens' Rights and Constitutional Affairs of the European Parliament, '[A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States](#)', 2013.

sustitución transnacionales entre 2010 y 2016⁴, pero algunas asociaciones indican que podrían tratarse de entre medio millar y un millar cada año⁵.

Las cifras de negocio asociadas a esta práctica también parecen haber crecido en los últimos decenios. De hecho, la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado apuntaba en 2012 que el negocio de las mayores clínicas dedicadas a la gestación por sustitución internacional había aumentado entre 2006 y 2010 en un 1000%⁶ y algunos autores estiman la cifra de negocio anual de la industria dedicada a esta práctica en 6 billones de dólares⁷.

Más allá de las dudas que puedan plantear todas estas estimaciones, parece claro que la gestación por sustitución es un fenómeno transnacional en plena expansión gracias a diversos factores. Una serie de elementos parecen haber tirado fuertemente de la “demanda” de esta práctica: el aumento de las tasas de infertilidad en determinados países (los más desarrollados), la creciente aceptación de formas de familia no convencionales en ciertos Estados, las mayores restricciones impuestas por algunos países a la adopción internacional y avances médicos que han hecho más atractiva la gestación por sustitución al permitir no sólo establecer un vínculo genético entre el padre comitente y el bebé, sino también diluir el vínculo genético entre la madre gestante y el niño gracias a la utilización de ovocitos de una donante o de la comitente, suelen incluirse entre los factores que animan a determinados sectores de la población a acudir a los contratos de gestación por sustitución para tener un hijo⁸. A esta complejidad, se añade el elemento que hace posible la “oferta” de este tipo de contratos, véase, la existencia de mujeres que, por distintos motivos, acceden a gestar para otros. En este sentido, la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado advertía que las gestantes no pueden ser tratadas como un colectivo uniforme⁹. A pesar de ello, la misma organización alertaba sobre el vínculo entre el aumento de la

⁴ Al respecto, ver: Pilar Álvarez, “El Gobierno cifra en 979 los hijos inscritos desde 2010 por gestación subrogada”, *El País*, 8 noviembre de 2017 (accesible en https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html)

⁵ Ver: Son Nuestro Hijos, “[SNH se felicita por la regulación de la gestación subrogada en Portugal y espera que llegue más allá](#)”, Nota de prensa, 13 de mayo de 2016.

⁶ Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: “[A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements](#)”, Doc. pré. No 10, Marzo 2012, p. 8.

⁷ Ver: Seema Mohapatra: “Achieving Reproductive Justice in the International Surrogacy Market”, 21 ANN. HEALTH L. 190, p. 193 (2012).

⁸ En este sentido, ver: Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: “[A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements](#)”, Doc. pré. No 10, Marzo 2012, pp. 6-7.

⁹ En este sentido, ver: Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: “[A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements](#)”, Prel. Doc. No 3C, Marzo 2014, p. 62.

gestación por sustitución transnacional en ciertos países, normalmente con economías emergentes, y la existencia de bolsas de mujeres pobres que se prestaban a gestar para otros, normalmente de países mucho más ricos, elemento que permitía asemejar parcialmente los contornos de este fenómeno a los que en su momento planteara la regulación de la adopción internacional¹⁰.

Estos factores han encontrado en el Derecho un aliado que ha permitido, cuando no alentado, la expansión internacional del fenómeno: ante la ausencia de una regulación internacional de la gestación por sustitución, la permisividad de algunos ordenamientos nacionales, unida a la prohibición de la práctica en otros suelen apuntarse como los ingredientes necesarios del cóctel en el que se ha convertido la gestación por sustitución transnacional¹¹. De hecho, varios autores han subrayado ya la adaptabilidad de las agencias que han convertido la gestación por sustitución en su nicho de negocio, indicando como el cambio de dirección en un Estado hacia una regulación más restrictiva del fenómeno ha ido acompañado de un traslado de estas agencias hacia países con regulaciones mucho más permisivas¹².

A esta complejidad se añaden los notables dilemas éticos y morales que plantea la gestación por sustitución, relacionados con nuestra imagen de la maternidad, la procreación, nuestra idea de familia o nuestra concepción del ser humano. En esa lógica, las preguntas que plantea la gestación por sustitución surgen a millares y son de profundo calado: ¿debe el legislador permitir la gestación por sustitución como expresión de la autonomía de la mujer gestante, de la libertad de la misma de decidir sobre su propio cuerpo conforme a sus propios criterios o, por el contrario, debe negar esa posibilidad en el entendimiento de que la desequilibrada relación entre ambos sexos, la situación estructural de dominación del hombre sobre la mujer (más marcada en muchos de los países de los que proceden los menores nacidos a través de la gestación por sustitución) impide a la mujer tomar una decisión de ese calibre con plena autonomía?; ¿la respuesta a esta pregunta depende del tipo de gestación por sustitución del que hablemos o es independiente del carácter comercial o altruista de la misma y de las garantías que la norma incluya a fin de preservar los derechos de la mujer gestante?; ¿el carácter altruista de la gestación por sustitución es garantía de la autonomía de las decisiones tomadas por la gestante o, por el contrario, refuerza su discriminación estructural al reincidir en el mensaje de la ausencia de valor de todo lo asociado al

¹⁰ En este sentido, ver: Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: "[A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements](#)", Doc. pré. No 10, Marzo 2012, p. 7.

¹¹ Ibidem, pp. 6-7.

¹² Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: "The parentage / surrogacy project: an updating note", Doc. pré. No 3A, Febrero 2015, p. 11.

mundo femenino?; ¿es la gestación por sustitución un nuevo fenómeno de coparentalidad que conviene explorar, sobre todo en aquellos casos en que queda fuera de las reglas del intercambio comercial y en que se subraya la relación de cooperación entre las personas que intervienen, o transforma de forma radical nuestra idea de la procreación humana y la maternidad, obviando el vínculo que la gestación crea entre madre e hijo con consecuencias relevantes para ambos?; ¿supone la gestación por sustitución una vulneración de los derechos del menor nacido de esta práctica al someterlo a las reglas del mercado y mercantilizar la filiación o una regulación garantista de la gestación por sustitución podría preservar el interés superior del menor y proteger adecuadamente sus derechos?; en fin, y sin ánimos de exhaustividad ¿existe un derecho a tener hijos del que se derive una obligación de los poderes públicos de permitir la gestación por sustitución o los únicos derechos en liza cuando hablamos de esta práctica son los de la gestante y los menores nacidos mediante esta práctica?

Estas y otras cuestiones son abordadas en los trabajos incluidos en este monográfico desde una perspectiva eminentemente jurídica. Desde esta lógica, y dadas las implicaciones de la gestación por sustitución a nivel ético, moral, social y económico, no extraña que su tratamiento jurídico se haya convertido en un auténtico desafío tanto para los legisladores nacionales como para el Derecho internacional. La respuesta jurídica a ese desafío pasa, necesariamente, por una ponderación adecuada de la triada de derechos fundamentales e intereses que se hallan en juego en todo contrato de gestación por sustitución (gestante, niños nacidos de contratos de gestación por sustitución y comitentes), así como de la consideración de las implicaciones que tiene esta práctica para bienes o intereses colectivos, normalmente protegidos por el legislador a través de las cláusulas de orden público. Estas cuestiones son analizadas con detalle, al hilo del caso español, en el primer apartado del monográfico.

Octavio Salazar Benítez estudia así la trascendencia que tiene el debate sobre la regulación de la gestación por sustitución desde la perspectiva de los derechos fundamentales de las gestantes. Recordando que, en ese debate, los derechos de los menores y su interés superior no pueden ser parte de la ecuación, en la medida en que solo serán relevantes cuando el niño ha nacido porque el ordenamiento permite tal práctica, el autor analiza las implicaciones que tiene la regulación de la gestación por sustitución para los derechos de las gestantes desde una perspectiva de género centrada en la autonomía reproductiva de las mujeres. Rechaza así los argumentos de aquellos que defienden la necesidad de permitir la gestación por sustitución entendiéndola como una expresión de esa autonomía reproductiva, como un legítimo ejercicio del derecho de las mujeres a decidir sobre su función reproductiva. La libertad reproductiva de las mujeres, derecho fundamental que el autor deriva de la dignidad, el

libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), y el derecho a fundar una familia (art. 12 CEDH), protegería su capacidad de decisión sobre su propia gestación, no sobre la posibilidad de gestar para otros. La libertad reproductiva de las mujeres no ampararía el uso instrumental de su cuerpo por otros, sino que pretendería garantizar su autonomía, buscando que se respete su decisión de ser (o no) madres y que tal decisión no suponga un lastre para su proyecto vital. Frente a aquellos que defienden la gestación por sustitución como un ejercicio legítimo de la libertad de las mujeres de decidir sobre su propio cuerpo, el autor adopta un concepto relacional de autonomía, subrayando que las condiciones sociales, culturales y económicas en que viven numerosas mujeres les impiden actuar de forma plenamente autónoma, de modo que la legitimación de la gestación por sustitución tan solo multiplicaría su subdiscriminación.

Pilar Benavente Moreda y **Javier Nanclares Valle** analizan el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución desde la perspectiva de los derechos de los menores nacidos de contratos de gestación por sustitución y de la protección del interés superior de los mismos. Benavente centra su estudio en dos grandes cuestiones. Por un lado, analiza la inconsistente respuesta que ha proporcionado nuestro ordenamiento jurídico al reconocimiento de la filiación de los menores nacidos fruto de un contrato de gestación por sustitución transnacional como consecuencia de los diferentes posicionamientos al respecto adoptados por el Tribunal Supremo y la Dirección General de Registros y Notariado. Contraponiendo esos posicionamientos con los adoptados en otros supuestos de determinación de la filiación (por ejemplo, en los casos de doble maternidad matrimonial y no matrimonial por posesión de estado), la autora concluye que el tratamiento recibido por los menores nacidos de contratos de gestación por sustitución ha de entenderse como discriminatorio, en la medida en que ha ido variando a través del tiempo al albur de las decisiones de las autoridades nacionales y se diferencia, sin justificación suficiente, del adoptado en otros casos de determinación de filiación. Por otro lado, la autora analiza las dos proposiciones de ley dirigidas a regular la gestación por sustitución presentadas en 2017 y 2019 por Ciudadanos desde la perspectiva de los derechos de los niños nacidos de esos contratos y de la determinación de su filiación. Tras analizar las debilidades de ambas propuestas, la autora sugiere la conveniencia de evitar una remisión genérica a las reglas del Código Civil sobre determinación, reclamación o impugnación de la filiación biológica para determinar la filiación legal de los menores nacidos a través de estos contratos -en caso de ser autorizados en nuestro país- y de construir nuevos criterios reconociendo una nueva fuente filiatoria derivada de la voluntad procreacional.

Por su parte, Nanclares analiza también el complicado escenario al que se enfrentan los niños nacidos de contratos de gestación por sustitución en el extranjero en lo que se

refiere a la determinación de su filiación en nuestro país. Alejándose de una mecánica identificación del interés superior de los menores nacidos de este tipo de contratos con el reconocimiento de la filiación con los padres comitentes, que se considera materialista por beneficiar a la parte privilegiada de los contratos de gestación por sustitución, el autor defiende que la protección de ese interés superior no exige necesariamente el reconocimiento de efectos a las certificaciones registrales emitidas por autoridades extranjeras en casos de gestación por sustitución, sino que se haya mejor protegido por la aplicación de las normas de nuestro ordenamiento en materia de determinación de la filiación. Lejos de soluciones mecánicas, estas normas persiguen la protección de los menores y el adecuado respeto de sus derechos fundamentales a la vida privada y familiar. Con un posicionamiento parcialmente distinto que la autora precedente, Nanclares defiende así que los derechos del niño nacido por esta vía se encuentran adecuadamente protegidos en nuestro ordenamiento, en la medida en que éste les permite conocer sus orígenes genéticos y biológicos -con determinados límites-, así como establecer vínculos de filiación basados en éstos, a través de una acción de reclamación de paternidad, para el caso del progenitor varón vinculado genéticamente al menor nacido del contrato, y a través de una posible adopción, para el caso de la madre comitente, tenga ésta sí o no vínculos genéticos con el niño. Ambas vías de determinación de la filiación parecen, a ojos del autor, adecuadas a la jurisprudencia del TEDH en la materia y suficientemente garantistas y rápidas, protegiendo convenientemente los intereses de los menores, al menos en aquellos casos en que es una pareja heterosexual la que acude a la gestación por sustitución en el extranjero utilizando los gametos del varón.

María Díaz Crego aborda la problemática regulación de la gestación por sustitución desde la perspectiva de los intereses de los comitentes, planteándose así si podemos hablar de la existencia de un eventual derecho fundamental a tener hijos del que se pudiera derivar una obligación positiva de los poderes públicos de permitir la gestación por sustitución, tal y como han defendido algunos autores. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, del Tribunal de Justicia de la UE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el trabajo concluye que la libertad reproductiva no conlleva un derecho a tener (o no) hijos, sino a que se respete la decisión de tenerlos o no tenerlos, esto es, a que se garantice la libertad del individuo a la hora de adoptar decisiones sobre su propia función reproductiva. Si bien la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece haber incluido en ese derecho fundamental el acceso a técnicas de reproducción humana asistida, ese contenido parece limitado a las técnicas autorizadas por el legislador nacional siempre que la norma interna sea coherente, clara y previsible, y no se ha extendido a la gestación por sustitución, en

relación con cuya regulación los Estados siguen contando con un amplio margen de apreciación. Se señala así que, en el debate sobre la regulación de la gestación por sustitución, los comitentes podrán hacer valer así su interés, legítimo y loable, de tener un hijo, pero no su derecho fundamental a tenerlo: los únicos derechos fundamentales a tener en cuenta antes del nacimiento del niño son, por tanto, los de las gestantes.

Como broche final de este primer apartado, el trabajo de **Fernando Simón Yarza** subraya que los posicionamientos en torno al tratamiento jurídico de la gestación por sustitución se han visto influenciados frecuentemente por una “concreta retórica” de los derechos fundamentales que se ha centrado en posiciones individuales y ha dejado en segundo plano importantes argumentos asociados al bien común y al orden público, conceptos que protegen derechos de colectivos más amplios que los de las partes de un concreto litigio y crean las condiciones necesarias para que todos podamos disfrutar de nuestros derechos fundamentales. Partiendo de una concepción de la gestación por sustitución como una forma análoga -o idéntica, cuando el comitente carece de vínculos con el hijo- a la transmisión contractual de la filiación, el autor analiza el tratamiento jurídico que las autoridades españolas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han dado al fenómeno, discute la existencia de un eventual “derecho a tener hijos”, que apoyaría la posición de los comitentes en todo contrato de gestación por sustitución, y critica una concepción del interés superior del menor que -entiende- solo tiene en cuenta los intereses -definidos en varios casos de un modo hipotético, sin base real- de determinados niños nacidos a través de esta práctica y no del conjunto de los menores. El autor rechaza así la solución proporcionada al problema de la gestación por sustitución por parte de las autoridades españolas y el Tribunal Europeo apuntando que, al desechar los argumentos basados en el bien común y el orden público en los casos de determinación de la filiación de los niños nacidos de contratos de gestación transnacionales, ambos han privilegiado los intereses de los comitentes y los intereses -supuestos- de algunos de los menores nacidos a través de estos contratos, frente a los derechos de las gestantes y de la mayoría de los niños nacidos a través de esta práctica.

Analizados los contornos del debate en torno al tratamiento jurídico de la gestación por sustitución, los apartados segundo y tercero del monográfico estudian la cuestión desde la perspectiva del Derecho internacional y comparado. Hasta la fecha, las instituciones internacionales no han adoptado un posicionamiento claro sobre la regulación de la gestación por sustitución. Desde la estricta perspectiva de los derechos humanos en juego, los escasos pronunciamientos de los órganos del sistema universal de derechos humanos no parecen aportar mucha luz al debate sobre el tratamiento jurídico de este fenómeno. El Comité de Derechos del Niño ha alertado a varios Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño o sus Protocolos sobre el riesgo de

venta o explotación de niños que suponen determinadas regulaciones en la materia¹³, y sobre normativas que no reconocen el vínculo de filiación entre los menores nacidos a partir de esta práctica y los comitentes, planteando problemas vinculados a la indeterminación del estatus legal de los menores¹⁴, pero sus pronunciamientos -dictados al hilo de informes periódicos de Estados parte- han sido poco detallados y parecen aportar escasos instrumentos para abordar los problemas que plantea la regulación de la gestación por sustitución.

En el marco de los sistemas europeos de protección de los derechos humanos y, especialmente, del sistema nacido en torno al Consejo de Europa, el debate ha sido más rico. El Parlamento Europeo ha condenado tajantemente esta práctica en varios informes anuales sobre los derechos humanos en el mundo, haciendo especial hincapié en la mercantilización del cuerpo y las funciones reproductivas de las mujeres que la misma supone¹⁵. Por su parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha sido incapaz de adoptar un posicionamiento al respecto, en tanto ha rechazado solicitar al Comité de Ministros que aprobara unas directrices europeas para proteger a los niños nacidos mediante gestación por sustitución¹⁶, tras tensos debates en los que se subrayaban las profundas implicaciones que esta práctica tiene desde la perspectiva de los derechos de las mujeres gestantes y de los niños nacidos a través de la misma¹⁷.

Y, en medio del debate político, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han adoptado sus primeros

¹³ Entre otros, CDN, "List of issues in relation to the combined third and fourth periodic reports of India", (CRC/C/IND/Q/3-4), 25 Noviembre 2013, par. 2.

¹⁴ Entre otros, CDN, "List of issues in relation to the combined third and fourth periodic reports of Germany" (CRC/C/DEU/3-4), 10 Julio 2013, par. 7.

¹⁵ 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, P8_TA(2015)0470, par. 115, es especialmente contundente al respecto, indicando que la gestación por sustitución 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 (...)". En la más reciente Resolución del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 2018, sobre el Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el Mundo 2017, P8_TA(2018)0515, par. 48, el Parlamento reclama principios claros que aborden las violaciones de derechos humanos asociadas a esta práctica.

¹⁶ El 11 de octubre de 2016, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa decidía, por 83 votos contra 77 (7 abstenciones), rechazar el Informe provisional elaborado por la relatora Ms. De Sutter, "Children's rights related to surrogacy", pidiendo al Comité de Ministros que aprobara Directrices europeas en la materia y colaborara con los trabajos que se estaban desarrollando en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Toda la información sobre el informe y los resultados de la votación puede encontrarse en la página web de la Asamblea: <http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-EN.asp?VoteID=36189&DocID=16001&MemberID>

¹⁷ El debate Plenario es accesible en la página web de la Asamblea: <http://assembly.coe.int/Documents/Records/2016/E/1610111530E.htm>

pronunciamientos en la materia. Si bien las decisiones del primero tienen nulo impacto en la regulación del problema a nivel nacional¹⁸, los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son mucho más densos, perfilando los contornos en el marco de los cuales pueden moverse las autoridades nacionales en lo que al tratamiento jurídico de esta práctica se refiere.

En esta lógica, el trabajo elaborado por **Encarna Carmona y Lara Redondo** para este monográfico analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, dictada al hilo de los casos en los que el Alto Tribunal ha tenido que pronunciarse sobre el no reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño nacido de una gestación por sustitución practicada en el extranjero y los comitentes, todos residentes en países europeos -Francia, Italia, Bélgica- que prohíben la gestación por sustitución en territorio nacional. A la luz de la jurisprudencia estudiada, las autoras apuntan como los pronunciamientos del Alto Tribunal se ven claramente influenciados por el tipo de asuntos que ha analizado: el Tribunal ha dejado de lado los complejos problemas que la gestación por sustitución plantea desde la perspectiva de los derechos de las gestantes, en la medida en que han sido padres comitentes, junto con los niños nacidos de este tipo de contratos, los que han planteado sus casos ante Estrasburgo. Quizás por ese motivo, el Tribunal ha hecho girar su razonamiento, esencialmente, en torno a los derechos a la vida privada y familiar de los niños nacidos de estos contratos. Aunque la jurisprudencia europea parece obligar a los Estados parte a reconocer la relación de filiación entre los comitentes y el menor, al menos cuando exista un vínculo genético con uno de ellos, el Tribunal ha reiterado que los Estados parte cuentan con un amplio margen de apreciación en lo que a la regulación de la gestación por sustitución se refiere, manteniendo un posicionamiento sobre la cuestión que parece lejos de estar cerrado. Como broche de oro, la reciente Opinión consultiva del Tribunal sobre la gestación por sustitución -la primera de su género- se centra en una cuestión de gran trascendencia: el reconocimiento del vínculo de filiación en relación con la madre intencional. El reconocimiento del vínculo de filiación con el padre intencional suele ser admitido por numerosos ordenamientos nacionales que prohíben la gestación por sustitución siempre que exista vínculo genético. Sin embargo, el reconocimiento de idéntico vínculo con la comitente plantea muchos más problemas, al poner en tela de juicio el principio de determinación de la filiación materna a través del parto, fuertemente enraizado en la cultura jurídica de muchos Estados europeos. A pesar de ello, el Tribunal

¹⁸ STJUE de 18 de marzo de 2014, Gran Sala, asuntos Z. y A Government Department (as. C-363/12) y C.D. y S.T. (as. C-167/12), sobre la concesión de permisos de maternidad/paternidad a los comitentes.

Europeo de Derechos Humanos parece exigir ese reconocimiento, tal y como se explica en el trabajo.

Los trabajos desarrollados en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, analizados en el trabajo de **Antonia Durán Ayago** para este monográfico, también se centran en la determinación de la filiación en los casos de gestación por sustitución transnacionales. Los trabajos de la institución parten de la constatación de la existencia de un creciente número de este tipo de contratos, del tratamiento jurídico diverso que dan al mismo los Estados parte y de las consecuencias que tiene ese tratamiento jurídico sobre los derechos de los niños nacidos de este tipo de contratos - véase, indeterminación de la filiación en el Estado de residencia y, como consecuencia de ella, problemas relacionados con la determinación de la nacionalidad, el reconocimiento de derechos sucesorios o de derechos de visita y alimentos tras un divorcio, por citar tan solo algunos. Partiendo de estas consideraciones, la institución comenzó sus trabajos en la materia en 2010, después de que la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico de la Convención sobre Adopción Internacional constatará, en una de sus reuniones, el aumento de este tipo de contratos e hiciera notar las posibles interacciones entre los casos de gestación por sustitución y adopción internacional. Tras la producción de una serie de estudios en la materia, la institución creó un Grupo de expertos que trabaja, desde 2015, sobre la posibilidad de elaborar un instrumento internacional que regule la determinación de la filiación en situaciones transfronterizas, incluyendo los casos específicos de filiación en el contexto de la reproducción asistida y, en particular, los acuerdos de gestación por sustitución. Aunque todavía no contamos con una propuesta de texto normativo en la materia, los trabajos del Grupo de expertos parecen apuntar hacia la posible elaboración de una convención internacional que regule el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre filiación, que se acompañaría de un protocolo centrado en los casos de filiación resultantes de contratos de gestación por sustitución transnacionales. Los expertos han apuntado en varias ocasiones que la convención no impondría a los Estados parte autorizar la celebración de este tipo de contratos en su territorio, centrándose únicamente en la determinación de la filiación, y que su contenido debe garantizar suficientemente los derechos de todas las partes implicadas, especialmente de los niños y las gestantes.

Analizados los posicionamientos más relevantes en el plano internacional, el apartado de Derecho comparado del monográfico aborda el estudio del tratamiento jurídico de la gestación por sustitución en países que han seguido opciones legislativas muy diversas. Se ha intentado así combinar el análisis de ordenamientos jurídicos especialmente abiertos en la materia (India, Estados Unidos), con otros que autorizan la gestación por sustitución de una forma mucho más limitada (Portugal) y otros que prohíben la práctica

en su territorio, pero han tenido que lidiar con el problema de la determinación de la filiación de los niños nacidos a través de estos contratos en terceros Estados (Francia, Italia, Alemania, Países Bajos, Finlandia, Irlanda).

Amaya Úbeda de Torres analiza así el caso específico de los Estados Unidos y, más concretamente, de la legislación californiana. Aunque los Estados Unidos presentan un panorama muy complejo en la materia, con Estados que prohíben los contratos de gestación por sustitución, otros que no los regulan y otros que los reconocen ya sea en su formato comercial o altruista¹⁹, el caso californiano resulta de especial trascendencia en la medida en que California se ha convertido en uno de los principales destinos a nivel mundial para tener un hijo mediante un contrato de gestación por sustitución, tal y como explica la autora. Muy garantista de la posición de los comitentes, la regulación californiana se caracteriza por permitir la gestación por sustitución comercial, incluso cuando los comitentes no son residentes en el país, por el control judicial del proceso y el carácter plenamente ejecutable de los contratos de gestación por sustitución una vez formalizados. El control de la idoneidad de los padres de intención, de la aptitud de la gestante o del contenido posible de los contratos de gestación por sustitución - por ejemplo, en relación con los tratamientos médicos a los que se tenga que prestar la gestante- son inexistentes y el consentimiento, una vez proporcionado, es irrevocable, lo que, a ojos de la autora, plantea problemas en relación con el respeto de los derechos de las gestantes y de los niños nacidos de este tipo de práctica.

En su trabajo para este monográfico, **Amrita Pande** estudia el caso de la India, otro de los países que, en la década pasada, se convirtió en uno de los destinos más atractivos para la práctica de la gestación por sustitución. Tras conocidos escándalos ligados al trato recibido por algunas gestantes y menores nacidos de esta práctica, India ha decidido prohibir la gestación por sustitución comercial transnacional, limitando el posible acceso a la misma a parejas heterosexuales nacionales que lleven más de 5 años casadas y consigan convencer a una familiar para que geste a un hijo por ellas de forma altruista. La autora del trabajo analiza el cambio de régimen jurídico en el país, defiende que el carácter altruista de la gestación por sustitución en el contexto de un país fuertemente patriarcal y con sólidos lazos familiares no hará sino ahondar en la opresión de las mujeres y aboga por una solución más matizada, que tenga en cuenta la dimensión internacional del problema, y aporte soluciones dirigidas a empoderar a las mujeres gestantes a través de la promoción de una mayor transparencia en el ámbito

¹⁹ Sobre la regulación de la gestación por sustitución en los diferentes Estados de los Estados Unidos, ver: Alex Finkelstein, Sarah Mac Dougall, Angela Kintominas, Anya Olsen: Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking. Report of the Columbia Law School, May 2016.

financiero, médico y en relación con las relaciones humanas que se entretajan como consecuencia de los contratos de gestación por sustitución.

Itziar Gómez analiza el caso de Portugal, que plantea notable interés ya que la legislación portuguesa es una de las más recientes aprobadas en el continente europeo autorizando la gestación por sustitución (2016) y la nueva legislación ha sido objeto de una notable litigiosidad, con dos decisiones del Tribunal Constitucional del país pronunciándose sobre su adecuación al marco constitucional luso. Gómez explica así los principales elementos que caracterizaban la propuesta inicial del legislador luso para autorizar la gestación por sustitución: carácter altruista de la gestación por sustitución, prohibición de la llamada gestación por sustitución tradicional -en la que la gestante aporta material genético-, exigencia de la existencia de un problema médico que impida o desaconseje la gestación por parte de la madre comitente y control del proceso por un organismo público -*Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*-. A pesar del carácter restrictivo y excepcional del modelo, los dos pronunciamientos constitucionales en la materia han puesto en cuestión su respeto de los derechos fundamentales tanto de las gestantes, como de los niños nacidos de tal práctica, especialmente en lo que se refiere a la garantía de la autonomía de la gestante a lo largo de todo el proceso y una vez finalizada la gestación -su consentimiento era originalmente irrevocable una vez iniciada la gestación-, así como a la preservación del interés superior del niño en los casos de declaración de la nulidad del contrato o de respeto del derecho de los menores a conocer su identidad, dada la inicial garantía de anonimato de la gestante. A la luz de estos pronunciamientos, Gómez reflexiona sobre la imposibilidad de conciliar el respeto de la autonomía de la gestante con los intereses de los comitentes y plantea la necesidad de repensar estos contratos a la luz, no sólo de los derechos de los adultos implicados, sino de los niños que nacerán fruto de esta práctica.

Los trabajos de **Hubert Alcaraz** y **Anna Alberti** abordan el estudio del tratamiento jurídico que recibe la gestación por sustitución en dos países europeos en los que la práctica no se permite, Francia e Italia, pero en los que las autoridades nacionales han tenido que lidiar con los problemas que plantea la gestación por sustitución transnacional, decidiendo sobre el reconocimiento de la filiación de niños nacidos a través de esta práctica en otros países, que han sido después trasladados a su territorio. Ambos casos presentan notable interés, en la medida en que los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han referido a estos dos Estados. En su análisis del caso francés, Alcaraz detalla cómo las autoridades francesas han transitado de la prohibición de los contratos de gestación por sustitución celebrados en el país y la negativa a reconocer el vínculo de filiación entre niños nacidos de esos contratos en el extranjero y comitentes al reconocimiento de esos vínculos de filiación como

consecuencia de las condenas al país por parte de Estrasburgo. Las autoridades internas reconocen ahora el vínculo de filiación con el padre comitente cuando éste es, además, el padre biológico. El reconocimiento del vínculo de filiación con la madre comitente podía producirse hasta fechas recientes vía adopción o por posesión de estado, pero la reciente Opinión consultiva del Tribunal Europeo en la materia y el posterior pronunciamiento del Tribunal de Casación francés parecen abrir una vía más expedita: la transcripción del acta de nacimiento extranjera cuando la comitente es designada como madre legal. A la luz del cambio de posicionamiento de las autoridades francesas, el autor se pregunta hasta cuando el legislador podrá mantener la hipocresía de seguir prohibiendo en Francia lo que es legal en el extranjero. En su análisis del caso italiano, Alberti dibuja un panorama semejante, en el que la prohibición y sanción penal de la gestación por sustitución en el país viene acompañada de un panorama más que incierto para aquellos que deciden embarcarse en un proyecto de gestación por sustitución transnacional, tratando después de reconocer el vínculo de filiación con el niño nacido en Italia. Si bien el reconocimiento de ese vínculo es posible con el padre intencional que ha aportado sus gametos, el panorama parece mucho más confuso en relación con el que no tiene vínculo genético alguno con el menor, tal y como pone de manifiesto la reciente sentencia de la Corte de Casación italiana respecto de dos comitentes varones que acudieron a la gestación por sustitución en Canadá, analizada por la autora en su trabajo.

Por su parte, el trabajo de **Lara Redondo** para este monográfico se centra también en el reconocimiento de la filiación de los niños nacidos fruto de un contrato de gestación por sustitución. Sin embargo, el trabajo analiza las normativas internas de varios Estados europeos que prohíben la práctica, de otros que la toleran y de uno, Ucrania, que tiene una regulación muy permisiva en la materia. El trabajo muestra así una cierta tendencia de los Estados europeos a aplicar las reglas generales sobre reconocimiento de la filiación a los casos de gestación por sustitución, inclusive transnacionales. De este modo, el principio de *mater sempre certa est* ha derivado en el reconocimiento habitual de la gestante como madre legal del menor nacido de este tipo de contratos, mientras el vínculo de filiación con el padre intencional sí se ha podido establecer cuando el mismo había aportado sus gametos. La regulación ucraniana, excepcional por su apertura a la gestación por sustitución, incluso comercial, y una reciente sentencia de la *High Court* irlandesa, casada por el Tribunal Supremo del país, han puesto en tela de juicio ese primer principio, al menos para aquellos casos en los que la madre intencional ha aportado también sus gametos, discutiéndose así si debe privilegiarse el vínculo creado a través del embarazo o el genético y el porqué de privilegiar el segundo en el caso de la

filiación paterna frente a la materna. Un debate, sin duda, interesante, que pronto llegará a otros ordenamientos.

Finalmente, **Miguel Pérez Moneo** recoge en su contribución al monográfico las posiciones manifestadas por representantes de las cuatro formaciones políticas que tenían mayor peso político en el Congreso de los Diputados en 2018 (Grupo Parlamentario Popular -Javier Maroto Aranzábal; Grupo Parlamentario Socialista -Ángeles Álvarez Álvarez; Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea- Sofía Castañón; Diego Suárez Pardo, Grupo Parlamentario Ciudadanos) en torno a la regulación de la gestación por sustitución y a la proposición de ley presentada por Ciudadanos en 2017²⁰ con el objetivo de derogar el actual art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida -que declara nulo todo contrato de gestación por sustitución celebrado en nuestro país-, y permitir la gestación por sustitución en nuestro país cuando se cumplieran ciertas condiciones. La proposición de ley indicada caducó con la disolución de las Cortes en marzo de 2019, el Grupo de Ciudadanos presentó, ya durante la XIII Legislatura, una nueva proposición de ley que contenía novedades respecto de la primera²¹, pero esa proposición también caducó en septiembre de 2019, con la disolución de las Cortes, sin haber sido debatida. A pesar de tan movido escenario, los representantes de las principales formaciones políticas españolas, se limitaron a valorar la primera iniciativa presentada por Ciudadanos, que era la que se discutía en el Congreso en el momento de celebración del Seminario, pero sus posicionamientos no han perdido actualidad, en la medida en que se refieren a los grandes trazos de la propuesta normativa y a la conveniencia o no de dotar de eficacia jurídica a este tipo de contratos en nuestro país. Si bien la formación Ciudadanos defendió la necesidad de autorizar la celebración de este tipo de contratos en nuestro país, aludiendo al interés de las familias y la autonomía de las mujeres, el resto de las formaciones se mostraron reacias, cuando no contrarias a ello, en unos casos, por considerarlo contraria a la dignidad y los derechos de las gestantes, en otros, por las profundas implicaciones éticas y morales que tendría la autorización de tal práctica. A la luz de los posicionamientos de nuestras formaciones políticas y teniendo en cuenta el nuevo equilibrio de fuerzas en el Parlamento nacional tras las elecciones de noviembre de 2019, parece que la posibilidad de una modificación

²⁰ Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en el Congreso, el 27 de abril de 2017, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Propositiones de Ley, 8 de septiembre de 2018, núm. 145-1, pp. 1 y ss.

²¹ Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en el Congreso, el 3 de julio de 2019, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIII Legislatura, Propositiones del Ley, 16 de julio de 2019, núm. 46-1, pp. 1 y ss.

del actual art. 10 de la Ley 14/2006, queda descartada, al menos en el inmediato futuro. No obstante, dada la dimensión trasnacional del fenómeno, cabe augurar que el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución continuará siendo un dilema al que nuestras autoridades habrán irremediabilmente de hacer frente.