REVISTA GENERAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL

ISSN 1886-6212

CONSEJO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

DIRECTOR
Ángel J. Gómez Montoro
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Navarra

SUBDIRECTORA
Isabel Giménez
Profesora Contratada-Doctora de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

SECRETARIO
Pablo Guerrero Vázquez
Profesor Ayudante-Doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Zaragoza

N.º 31 ENERO 2020 (EXTRAORDINARIO)

¿PROHIBIR O REGULAR? EL DEBATE EN TORNO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

- Nota del Consejo Editorial de la *Revista General de Derecho Constitucional*. (RI §422167)

- Introducción- María Díaz Crego, Profa. Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá, y Miguel Pérez-Moneo, Prof. Agregado interino de Derecho Constitucional de la Universitat de Barcelona. (RI §422141)

Parte I: Derechos fundamentales vs. intereses afectados: el triángulo de la gestación por sustitución

- La autonomía de las mujeres en juego: la gestación para otros desde una perspectiva de género.
  Women´s autonomy at stake: surrogacy motherhood from a gender perspective (RI §422142)
  Octavio Salazar Benítez
  La maternidad subrogada está generando en los últimos años un intenso debate político, jurídico y ético. Un debate que, al menos en su dimensión jurídica, se ha centrado en la protección del interés superior del menor, tal y como se refleja en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en el reconocimiento de un supuesto derecho a la paternidad/maternidad. Sin embargo, los derechos de las mujeres gestantes suelen situarse en un segundo plano. En estas páginas se analiza de qué manera la gestación subrogada incide en la autonomía de las mujeres y como, por tanto, es necesario analizarla desde una perspectiva de género.

- Los derechos de los menores nacidos del contrato de gestación por sustitución.
  The best interest of the children born out of a surrogacy agreement (RI §422143)
  Pilar Benavente Moreda
  En el debate sobre el reconocimiento de la Gestación por sustitución resulta esencial analizar los intereses que entran en conflicto: el de la mujer gestante y su derecho a decidir o no sobre su propio cuerpo y/o su posible mercantilización,

la necesaria protección de los menores nacidos como consecuencia de dicho proceso y, en su caso, los intereses de los progenitores comitentes y el discutido derecho a ser padres. El presente trabajo analiza la Gestación por sustitución, atendiendo al "interés superior del menor" y por tanto desde la perspectiva de los derechos de los menores que nacen como consecuencia de un proceso de Gestación por sustitución. El trabajo, que se enmarca en el derecho español, estudia en primer lugar, los problemas que surgen para la determinación de la filiación y para la inscripción en el registro de dichos menores y las contradicciones en las que, en este tema, están incurriendo el Tribunal Supremo (TS) y la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN). Igualmente se analizan, desde la perspectiva de la protección del menor, los derechos sociales que les corresponden a los progenitores comitentes (prestaciones por maternidad y/o paternidad). Y nuevamente las contradicciones en las que los tribunales han venido incurriendo ante la ausencia de una legislación completa y permisiva sobre la materia.

- El interés superior del menor en la gestación por sustitución.
  The best interest of the child in gestational surrogacy (RI §422144)
  Javier Nanclares Valle
  La celebración en el extranjero de contratos de gestación por sustitución y el intento de inscribir la filiación derivada de dichos contratos en el Registro civil plantea un conflicto entre las pretensiones de los padres intencionales y el deseo del Estado de preservar su propio ordenamiento jurídico. En estos casos se ha querido ver una inevitable confrontación entre el orden público y el interés superior del menor, como conceptos antagónicos, y se ha propuesto la atribución de la paternidad y maternidad con base en una determinada visión del interés del hijo, que llevaría a inaplicar las propias reglas sobre determinación de la filiación. El artículo examina la relación entre ambos conceptos y sostiene que el interés superior del menor forma parte del orden público y que su defensa pasa por el respeto de los derechos fundamentales del hijo, que se logra principalmente a través de la correcta aplicación de las normas sobre determinación de la filiación y sobre adopción.

- La posición de los comitentes en el debate en torno a la gestación por sustitución: a vueltas con el supuesto derecho a tener hijos.
  The place of the contracting parents in the debate on gestational surrogacy: grappling with the supposed right to having children (RI §422145)
  María Díaz Crego
  La posición de los comitentes en el debate en torno a la gestación por sustitución es una cuestión crucial y a la par controvertida, en la medida en que algunos autores tratan de justificar la necesidad de autorizar esta práctica en la existencia de un supuesto derecho fundamental a tener hijos biológicos, que asistiría a los comitentes dentro de un contrato de gestación por sustitución, y del que se derivaría la consecuente obligación de las autoridades de facilitar la procreación mediante la utilización de distintas técnicas de reproducción humana asistida o, incluso, de la gestación por sustitución. En esa lógica, el presente trabajo analiza la jurisprudencia interna e internacional a fin de determinar si existe un derecho fundamental a tener hijos del que se derive la obligación indicada.

- El debate sobre los vientres de alquiler, los derechos humanos y el bien común.
  The debate on the commodification of the womb, Human Rights and the Common Good (RI §422146)
  Fernando Simón Yarza
  En los últimos años, el recurso a la transmisión contractual de la filiación en países donde están permitidos los llamados vientres de alquiler ha sido utilizado para eludir la prohibición de esta práctica. A ello ha contribuido la actitud de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado —que ha transgredido el Derecho vigente, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Supremo— y la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el presente artículo, se ofrecen una exposición crítica de las decisiones más relevantes al respecto, junto con una crítica del discurso de los derechos que ha servido para legitimar esta práctica. El autor advierte que existe una conexión ineludible entre las restricciones de los derechos en aras del preservar el orden público y de promover el bien común, por un lado, y la tutela de los derechos humanos del conjunto de la sociedad, por otro.

Parte II: La gestación por sustitución en Derecho internacional

- La gestación por sustitución en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
  Surrogate motherhood in the case law of the European Court of Human Rights (RI §422147)
  Encarna Carmona Cuenca y Lara Redondo Saceda
  El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto ya siete demandas individuales y ha dictado su primera Opinión consultiva, en el marco del Protocolo núm. 16, en materia de gestación por sustitución. El Tribunal no se ha pronunciado directamente todavía sobre la regulación de la gestación por sustitución en ningún país europeo, sino sobre aspectos colaterales derivados del carácter trasnacional del fenómeno de la gestación por sustitución. Sus

pronunciamientos traen así causa del complejo laberinto jurídico al que se enfrentan aquellos que, a fin de eludir la prohibición de la gestación por sustitución en su país, deciden acudir a otros países con el fin de tener descendencia tratando después de instar el reconocimiento de la relación de filiación en su país. A pesar de haberse centrado únicamente en este aspecto, la jurisprudencia del Tribunal marca importantes líneas a los Estados parte del Convenio Europeo en el tratamiento de la gestación por sustitución trasnacional. En esta jurisprudencia del Tribunal Europeo es preciso destacar que, en términos generales, no se ha aplicado la perspectiva de género. Esto es especialmente grave si se tiene en cuenta el especial papel que juega la mujer en la reproducción humana.

- Los trabajos en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución.
  Surrogacy and the Hague Conference on Private International Law (RI §422148)
  Antonia Durán Ayago
  Desde 2010, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha venido realizando un intenso trabajo en la búsqueda de un instrumento internacional que contribuya a reducir la incertidumbre jurídica que en muchos casos se genera cuando nos encontramos ante filiaciones transfronterizas. En este trabajo se exponen los hitos más significativos de este proceso aún inacabado, prestando especial atención al fenómeno de la gestación por sustitución.

Parte III: La gestación por sustitución en Derecho comparado

- Un análisis de la legislación de California sobre la gestación por sustitución. (RI §422149)
  Amaya Úbeda de Torres
  El análisis de la gestación por sustitución en California es necesario, ya que California es uno de los lugares de mayor turismo internacional en este campo, con una legislación que autoriza esta práctica en todas sus formas, incluyendo la comercial, y que tiene particularidades relevantes. En efecto, la legislación existente ha tenido efectos más allá de sus fronteras, puesto que muchas de las personas que han recurrido a esta técnica y que han concluido este tipo de acuerdos han vuelto a sus países de origen, donde la gestación por sustitución está prohibida, abriendo toda una serie de interrogantes jurídicos y problemas de reconocimiento legal. El objeto de esta contribución es describir, primero, las características propias del contexto californiano, explicando los factores jurisprudenciales y de derecho interno que han dado lugar a la codificación posterior de la gestación por sustitución en el Código de Familia de California. La legislación establece una apuesta clara por garantizar la seguridad jurídica de la filiación del menor así concebido y reconocer la parentalidad sobre la base de la intención de concebir, sin que la relación genética u otros factores que pudieran alterar dicho reconocimiento tengan mucha cabida en la regulación existente. Hay además una atención particular prestada a la relación contractual a través de toda una serie de garantías procesales, guardando silencio acerca de la posible compensación económica que pueda pagarse al realizar el acuerdo o de otros aspectos sustantivos, como el interés superior del menor. A continuación, se analiza esta legislación a la luz de su compatibilidad con los estándares de derechos humanos y teniendo en cuenta los tres intereses jurídicos existentes en la relación establecida: los del menor nacido, los de la mujer gestante y por último los de los comitentes o padres de intención. En fin, los debates existentes acerca de la necesidad y de los límites de una posible regulación internacional de la gestación por sustitución son examinados también.

- From boom to a ban: transnational commercial surrogacy in India. (RI §422150)
  Amrita Pande

- Incertidumbres y algunas certezas sobre la gestación subrogada en Portugal: descripción normativa y respuestas jurisprudenciales.
  Uncertainties and some certainties about subrogated gestation in Portugal: normative description and jurisprudential responses (RI §422151)
  Itzíar Gómez Fernández
  En un contexto en que se elevan voces, con suficiente peso político, que abogan por la regulación de la gestación subrogada en España, volver la vista al modelo portugués resulta sumamente interesante, porque aborda uno de los problemas básicos a que se puede enfrentar un legislador bienintencionado dispuesto a asumir el reto regulador: cómo hacer compatible el proyecto parental de quienes no pueden desarrollarlo, sin la participación de una mujer que les preste su útero para gestar, y la garantía de la autonomía y de la dignidad de esa misma mujer.

- La gestación subrogada en Francia, paradojas y restricciones.
  Gestational surrogacy in France: paradoxes and restrictions (RI §422152)

Hubert Alcaraz
La evolución del régimen jurídico francés sobre maternidad subrogada desde 1994 hasta nuestros días es el objeto del presente estudio. La clara prohibición civil y penal de esta práctica —por contravenir el orden público y comercializar el estado civil de las personas— ha sido paulatinamente modificada tras las condenas del TEDH y la opinión consultiva de la Corte de Estrasburgo de 2019. Corresponde afrontar la actualización de la legislación bioética conforme a estos nuevos avances y dar solución a los interrogantes que la opinión consultiva no ha resuelto.

- La maternità surrogata in Italia. (RI §422153)
  Anna Alberti
  In Italia la disciplina legislativa ordinaria vieta la maternità surrogata. Ma la giurisprudenza riconosce la genitorialità alle coppie che hanno stipulato accordi di surrogazione all'estero. A tale esito si perviene circoscrivendo il divieto legislativo, ridimensionando la portata del limite rappresentato dall'ordine pubblico internazionale e assegnando prevalenza al principio del best interest of the child. Il saggio discute questi approdi giurisprudenziali provando a inquadrare la tematica nell'ottica del diritto costituzionale.

- Experiencias europeas comparadas de reconocimiento de filiación.
  Surrogacy and establishment of legal parentage in europe: first thoughts in the light of the European Convention on Human Rights (RI §422154)
  Lara Redondo Saceda
  La proliferación de acuerdos de gestación por sustitución en Europa, especialmente los acuerdos transfronterizos, ha incrementado las controversias en materia de reconocimiento de la filiación. Nos encontramos ante unos ordenamientos jurídicos carentes de reglas específicas para esta situación en materia de determinación de la maternidad y la paternidad. En este contexto, cabe preguntarse si las normas tradicionales de reconocimiento de la filiación son útiles para afrontar esta realidad. Asimismo, el incremento de casos en esta materia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos invita a reflexionar sobre los estándares convencionales europeos y su conexión con los ordenamientos internos de los países del Consejo de Europa.

Parte IV: La gestación por sustitución en el debate político español

- La gestación por sustitución en el debate político español .
  Surrogacy in the spanish political debate (RI §422155)
  Miguel Pérez-Moneo
  La realidad de la gestación por sustitución y los problemas jurídicos que, principalmente, el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos ha generado han suscitado un vivo debate en el que han intervenido organizaciones feministas, Comités de bioética u organizaciones de familias que han recurrido a la gestación por sustitución para acceder a la paternidad o la maternidad. Con la propuesta legislativa presentada en abril de 2017 de fondo, se organizó en mayo de 2018 una Mesa redonda sobre gestación por sustitución a la que acudieron cuatro de las formaciones políticas con representación en el Congreso de los Diputados. Defendieron tres posturas diferenciadas: la necesidad de regular la figura y, por lo tanto, la oportunidad de la propuesta legislativa; la imperatividad de prohibir la gestación por sustitución, por ser contraria a la dignidad de las mujeres; la importancia de que se inscriba la filiación de los menores nacidos por gestación por subrogación en el extranjero y que, sin embargo, puede verse en peligro de proseguir el debate parlamentario.

© **PORTAL**DERECHO 2001-2024