



LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA PARENTALIDAD: ¿UN INTENTO DE RECONOCER LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA UNIÓN EUROPEA?

THE PROPOSAL FOR A REGULATION ON THE RECOGNITION OF PARENTHOOD: AN ATTEMPT TO RECOGNIZE SURROGACY IN THE EUROPEAN UNION?

NATALIA M. OCHOA RUIZ

Universidad Camilo José Cela (Madrid)

C/ Castillo de Alarcón, 49. Urbanización Villafranca del Castillo – Villanueva de la Cañada – 28692 Madrid

nmochoa@ucjc.edu

RESUMEN:

Palabras clave:

Unión Europea, parentalidad, filiación, gestación subrogada, tráfico de seres humanos

Recibido: 17/02/2024

Aceptado: 27/04/2024

En el seno de la Unión Europea (UE) se está tramitando, desde diciembre de 2022, una propuesta de Reglamento sobre el reconocimiento de la parentalidad. Si se aprueba, la filiación de un menor quedará determinada por la ley del país donde resida habitualmente la mujer gestante, aunque se trate de un Estado no miembro de la UE. El texto obliga a los Estados a reconocer los certificados de nacimiento emitidos por terceros países en los que se establezca la filiación de un menor nacido por gestación subrogada. En este trabajo analizamos cómo la propuesta interfiere en las competencias exclusivas de los Estados miembros de la UE para regular la filiación y con las normas de Derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT:

Keywords:

European Union, parenthood, filiation, surrogacy, human trafficking

Within the European Union (EU), a proposal for a Regulation on the recognition of parenthood has been in the pipeline since December 2022. If approved, the filiation of a child will be determined by the law of the country where the pregnant woman habitually resides, even if it is a non-EU Member State. The text obliges States to recognize birth certificates issued by third countries establishing the parentage of a child born from surrogacy agreements. In this paper, we analyze how the proposal interferes with the exclusive competences of EU Member States to regulate parentage and with the rules of international human rights law, including the European Court of Human Rights' case law.

1. Introducción

La gestación subrogada (en adelante, GS) suscita importantes problemas legales. En la actualidad, ningún Estado miembro de la Unión Europea (UE) la admite en su modalidad comercial¹, de manera que las parejas o personas solas que desean tener un hijo por esta vía acuden a terceros países donde esta práctica está legalizada². Una vez nacido el bebé, los comitentes regresan a sus países de origen y tratan de obtener la transcripción del certificado de nacimiento extranjero por el que se establece la filiación del niño como hijo de los comitentes sobre la base del contrato de GS. Como la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos consideran nulos estos contratos, las autoridades nacionales con frecuencia deniegan la inscripción. Esta negativa ha dado lugar a una amplia litigiosidad ante los tribunales estatales y a varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Debemos tener presente que la GS no está regulada en ningún instrumento internacional. La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado (HCCH) está trabajando desde 2011 en un futuro instrumento internacional sobre filiación y GS, con especial énfasis en el reconocimiento de las sentencias y certificados extranjeros por los que se establece la filiación³.

1 La GS sólo se permite en Reino Unido, Grecia y en Portugal desde 2021, pero a título lucrativo y con diversos requisitos y controles. Lamm, E. «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho». *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. 2012: 12-17; Albert, M., «La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución». *Cuadernos de Bioética*. XXVIII 2017/2: 177-197.

2 En la práctica, los principales destinos son algunos Estados de los Estados Unidos (especialmente California), Ucrania y Rusia. Países como India o Tailandia, que eran antes destino de turismo de GS, han prohibido esta práctica como resultado de diversos escándalos. Andorno, R., «Intercountry Surrogacy and the Best Interest of the Child». Neto, L., y Teixeira Pedro, R. (eds.), *Debatendo a procriação medicamente assistida* (e-book). Porto, 2018: 127-136, 131. <https://cije.up.pt/pt/client/skins/geral.php?id=394&share=true> Georgia ha ilegalizado la GS para extranjeros desde el 1 de enero de 2024. <https://ge.usembassy.gov/message-for-u-s-citizens-new-law-banning-surrogacy-planned-in-georgia/> [Consulta: 31/01/2024].

3 Los trabajos avanzan con dificultad por las diversas cuestiones de derechos humanos que suscita la GS. Para tratar de solventarlos, el Grupo de Expertos ha propuesto la elaboración de una Convención de Derecho Internacional Privado sobre la filiación, excluyendo la GS, que se abordaría en un Protocolo separado. *Cfr. Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project: Final Report «The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage»*. Document Prel. Doc. No 1 of Nov-

En cuanto a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en diversas sentencias que analizaremos después, el TEDH se ha ocupado de ciertos problemas derivados del carácter transnacional de los contratos de GS, pero no se ha pronunciado sobre la conformidad de esta práctica con el Convenio de Roma de 1950 para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH)⁴.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) tan sólo ha conocido de dos casos relativos a la solicitud de permisos de maternidad de las madres comitentes. En ambos casos, el TJUE estableció que la denegación de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que había tenido un hijo gracias a un convenio de GS, no constituía una discriminación de acuerdo con el Derecho de la UE⁵.

Así pues, ante la ausencia de normativa internacional en la materia, corresponde a los Estados dar una respuesta a los casos que se les plantean. En la práctica, las soluciones jurídicas alcanzadas por los Estados miembros son dispares y colocan al menor en un limbo jurídico del cual no es responsable.

El 7 de diciembre de 2022, la Comisión Europea presentó una propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, conocido como Reglamento de parentalidad⁶. Con esta propuesta, la Comisión pretende armonizar a escala de la UE las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la filiación, con el fin de garantizar el interés superior y los derechos del menor⁷.

ember 2022. <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf> [Consulta: 31/01/2024].

4 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de septiembre de 1950. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

5 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014, *Z./A Government department and The Board of management of a community school*, C363/12, ECLI:EU:C:2014:159. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014, *C.D./S.T.*, C-167/12, ECLI:EU:C:2014:169.

6 COM(2022) 695 final, de 7.12.2022.

7 Comisión Europea: «Paquete sobre igualdad: la Comisión propone nuevas normas sobre el reconocimiento de la filiación en-

De acuerdo con el texto presentado, como regla general, la ley aplicable al establecimiento de la filiación será la ley del Estado de residencia habitual de la mujer gestante, ya sea un Estado miembro de la Unión o un tercer Estado. Los Estados miembros de la Unión quedarán obligados a reconocer las resoluciones judiciales y los documentos públicos de las autoridades extranjeras en los que se establezca la filiación. Además, la filiación establecida en un Estado miembro deberá reconocerse en todos los demás Estados miembros, sin procedimiento especial alguno, de acuerdo con el principio de reconocimiento mutuo. Se creará un certificado de filiación europeo, que los menores o sus representantes legales podrán solicitar al Estado miembro que haya establecido la filiación y utilizarlo para demostrar su filiación en todos los demás Estados miembros, que quedarán obligados a aceptarlo.

En este trabajo me propongo abordar las principales cuestiones jurídicas derivadas de la propuesta de Reglamento sobre parentalidad y, en particular, si el texto, en caso de prosperar, podría contribuir a normalizar la GS en el seno de la UE. Después de exponer el procedimiento de elaboración y el contenido esencial de la propuesta, trataré de justificar que la Unión carece de competencia para regular tanto la llamada *parentalidad* como la GS. La regulación de la GS colisionaría además con las normas vigentes de Derecho Internacional de los derechos humanos, incluyendo la jurisprudencia del TEDH. Para concluir, extraeré unas conclusiones sobre el estudio realizado.

2. Acerca de la competencia de la UE para regular la filiación (*parentalidad*)

La UE es una organización supranacional o de integración que ostenta las competencias atribuidas por los Estados en el Tratado de la UE (TUE) y en el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), adoptados ambos en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009⁸. La UE carece de competen-

cias propias u originarias: sólo posee las competencias que les atribuyen los Estados miembros a través de los tratados (competencias de atribución), cuya titularidad conservan estos. En efecto, según el art. 5.1 TUE, “la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución (...)”. Este principio supone que “la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan” (art. 5.2 TUE).

Las competencias de la UE son unas competencias determinadas, limitadas y expresas, ceñidas a las competencias atribuidas por los Estados miembros a las Instituciones europeas y de acuerdo con el alcance, condiciones y modalidades de ejercicio que se fijan. La UE no posee un poder normativo general, sino que su poder normativo viene definido para cada política o ámbito de actuación en una determinada disposición del TUE o del TFUE, que constituye la base jurídica de la actuación de la UE en cada caso. Toda competencia no atribuida a la UE en los Tratados corresponde a los Estados miembros, de acuerdo con los arts. 4.1 y 5.2 TUE. Por lo tanto, la UE sólo puede actuar (por ejemplo, adoptando reglamentos o directivas) en las materias cedidas por Estados a través del TUE y del TFUE⁹.

De acuerdo con los tratados, la UE carece de competencia legislativa plena para regular el Derecho de familia, incluida la filiación. Según el artículo 81 del TFUE, sus competencias se limitan al desarrollo de “una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales”, cooperación que “podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (apdo. 1 del artículo 81 TFUE).

En un análisis somero, la propuesta de Reglamento de Parentalidad parece ceñirse a las competencias conferidas por el artículo 81 TFUE. En efecto, según la Comisión, la propuesta tiene por objeto garantizar que

tre Estados miembros». Comunicado de prensa, Bruselas, 7 de diciembre de 2022, en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_7509 [Consulta: 31/01/2024].

⁸ DO C 326/13, de 26.10.2012.

⁹ Mangas Martín, A., y Liñán Noguera, D. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2020, 72-76.

la parentalidad, tal como esté establecida en un Estado miembro de la Unión, sea reconocida en toda la Unión, para que los niños mantengan sus derechos en situaciones transfronterizas, principalmente en materia de sucesión, alimentos y custodia, así como el derecho de sus progenitores a actuar como representantes legales suyos a efectos de escolarización o en el ámbito sanitario¹⁰. Pero, si profundizamos un poco, surgen diversas dudas.

3. Acerca del concepto de parentalidad

Es cierto que el texto no recoge expresamente el término “parentalidad” (*parenthood*), pero la Comisión lo emplea en sus comunicados de prensa y es el nombre con el que se conoce esta propuesta de Reglamento en el ámbito de la UE. Se trata de un neologismo: no aparece en el TUE, ni en el TFUE, ni en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE)¹¹, ni en ningún instrumento internacional jurídicamente vinculante de derechos humanos. Los instrumentos internacionales en la materia regulan la filiación¹² y reconocen derechos y obligaciones a los padres y las madres de los niños¹³. Así, la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los derechos del niño, a lo largo de su articulado, se refiere a los padres, tutores u otras personas responsables del niño¹⁴. Igualmente, el artículo 24 de la CDFUE alude al derecho del menor a mantener relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre.

En realidad, “parentalidad” no es un concepto jurídico, sino que procede del intento de algunos grupos de presión (especialmente el lobby LGBTIQ) de lograr el reconocimiento de ciertas situaciones familiares que no son aceptadas en todos los Estados miembros de la UE,

por ejemplo, la parentalidad de dos hombres o de dos mujeres de niños nacidos por técnicas de FIV como el método ROPA o por GS¹⁵.

El TJUE ha empleado el término *parentalidad* en la sentencia *Pancharevo* para dar cabida a la filiación de parejas homosexuales. El asunto concernía a dos mujeres, una búlgara y una británica, que habían contraído matrimonio en Gibraltar y habían tenido una hija en España en 2019. En el certificado español de nacimiento de la niña, las interesadas aparecían como «madre A» y «madre». Posteriormente, la madre A solicitó a las autoridades búlgaras que expidieran un certificado de nacimiento de la niña, por ser necesario para tramitar el documento de identidad búlgaro de esta. Las autoridades denegaron la expedición dicho certificado sobre la doble base de la falta de información acerca de la identidad de la madre biológica de la menor y de que la mención en un certificado de nacimiento de dos progenitores de sexo femenino era contraria al orden público de Bulgaria, que no permitía los matrimonios entre personas del mismo sexo¹⁶.

En su sentencia, el TJUE afirmó que el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio y a la filiación, era competencia de los Estados miembros. Por ello, los Estados miembros disponen de “la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo en su Derecho nacional, así como la *parentalidad* de estas” (el subrayado es de la autora). Sin embargo, deben respetar las disposiciones del Derecho de la UE sobre la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros, reconociendo para ello el estado civil de las personas establecido en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este¹⁷.

Por ello, el TJUE concluyó que, en el caso de un menor ciudadano de la Unión cuyo certificado de naci-

10 Comisión Europea: «Paquete sobre igualdad: la Comisión propone nuevas normas sobre el reconocimiento de la filiación entre Estados miembros». Comunicado de prensa, Bruselas, 7 de diciembre de 2022, en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_7509 [Consulta: 31/01/2024].

11 DO C 83/389, de 30.3.2010.

12 Por ejemplo, el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

13 Nótese que la propuesta de Reglamento habla de “progenitor” y “progenitora”.

14 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

15 La propuesta de Reglamento de parentalidad tiene una fuerte carga ideológica. La exposición de motivos indica que ésta se enmarca en la Estrategia de la UE para la igualdad de las personas LGBTIQ 2020-2025 (COM(2020) 698 final, de 12.11.2020), además de la Estrategia de la UE sobre los Derechos del Niño (COM(2021) 142 final, de 24.3.2021).

16 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, *Pancharevo*, C490/20, apdo. 23, ECLI:EU:C:2021:1008.

17 *Ibid.*, apdo. 52.

miento expedido por las autoridades competentes del Estado miembro de acogida designa como progenitores a dos personas del mismo sexo, el Estado miembro del que el menor es nacional está obligado, por una parte, a expedirle un documento de identidad o un pasaporte sin exigir la expedición previa de un certificado de nacimiento por sus autoridades nacionales y, por otra parte, a reconocer, al igual que cualquier otro Estado miembro, el documento procedente del Estado miembro de acogida que permita al menor ejercer con cada una de esas dos personas su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁸.

Sin ánimo de entrar en las implicaciones de la sentencia *Pancharevo* sobre el Derecho de familia de los Estados miembros, materia sobre la cual estos tienen competencias exclusivas, quisiera destacar que la citada sentencia sólo tiene efectos en materia de libre circulación de personas (LCP), regulada en el artículo 21 del TFUE. Sin embargo, el objeto del Reglamento de Parentalidad va más allá de la LCP. Así lo reconoce la Comisión, cuando afirma, en el preámbulo de la propuesta, que “el Derecho de la Unión aún no exige a los Estados miembros que reconozcan la filiación del hijo o de la hija determinada en otro Estado miembro con otros fines”¹⁹; esto es, fines distintos de la LCP, como como el derecho de sus progenitores a actuar como representantes legales suyos a efectos de escolarización o en el ámbito sanitario. Por lo tanto, la propuesta se adentra en áreas donde la competencia de la UE es más restringida.

Es llamativo que la Comisión insista en que la propuesta de Reglamento “solo exige el reconocimiento o la aceptación de los documentos que determinan o acreditan la filiación expedidos en un Estado miembro, mientras que el reconocimiento o la aceptación de los documentos sobre filiación expedidos en un tercer Estado seguirán estando regulados por el Derecho nacional”²⁰. En realidad, el texto establece que la ley aplicable a la determinación de la filiación será la ley del Estado de residencia habitual de la persona que dé a luz en el momento del nacimiento o, cuando no pueda

determinarse la residencia habitual de dicha persona, la ley del Estado de nacimiento del hijo o de la hija (artículo 17). Es decir, en el caso en que el niño haya nacido en un Estado no miembro, se aplicará la ley de ese país. Una vez que cualquier Estado miembro haya reconocido el certificado de filiación establecido en dicho país, el resto de los Estados miembros quedarán obligados a reconocerlo, sin necesidad de recurrir a procedimiento especial alguno (artículo 24).

4. Acerca de la competencia de la UE para armonizar las legislaciones estatales sobre filiación

Aunque, según la Comisión, la propuesta no pretende armonizar el Derecho sustantivo de familia, ni afecta a la competencia de los Estados miembros para regular la definición de familia, la determinación de la filiación o el reconocimiento de matrimonios o uniones registradas²¹, en la práctica, la obligación de los Estados miembros de reconocer o aceptar los documentos de filiación expedidos por un Estado miembro, que a su vez quedará obligado admitir los documentos de filiación expedidos en un *tercer Estado*, supondrá introducir situaciones nuevas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, no reguladas por sus respectivos parlamentos. El Reglamento podría amparar que se estableciera la parentalidad a favor de tres o más personas, si así lo determinan las autoridades del Estado donde ha nacido el niño²². Igualmente, todos los Estados quedarán obligados a aceptar los certificados de nacimiento de los niños nacidos por GS en el extranjero, una vez que dicho certificado se acepte en un Estado miembro, aunque sus respectivos ordenamientos jurídicos prohíban y sancionen la GS.

La propuesta de Reglamento se basa en un principio bien establecido en el Derecho de la UE, el *principio*

21 COM(2022) 695 final, 3-4.

22 En California se permite el reconocimiento de la parentalidad a más de dos progenitores. <https://es.nclrights.org/about-us/press-release/governor-signs-bill-protecting-children-who-have-more-than-two-legal-parents> [Consulta: 31/01/2024]. En 2017, San Diego (California) concedió un certificado de nacimiento reconociendo la paternidad de tres hombres homosexuales con respecto a dos niños nacidos por GS. Jenkins, I., *Three Dads and a Baby: Adventures in Modern Parenting*, Cleis Press, New Jersey, 2021.

18 Ibid., fallo.

19 COM(2022) 695 final, 2.

20 Ibid., 4.

de reconocimiento mutuo, que supone que una resolución dictada por un órgano judicial de cualquier Estado miembro de la UE produce efectos en el Estado en donde deba cumplirse, cuyas autoridades se habrán de limitar a reconocerla y a ejecutarla. Por su trascendencia, este principio se fundamenta en la *confianza recíproca* entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Así, el TJUE ha subrayado que la confianza recíproca se deriva del hecho de que los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos en el ámbito de la Unión, en particular en la CDFUE²³. Como se ha señalado, en cierto modo, supone una cesión de soberanía en la adopción de decisiones jurisdiccionales, ya que permite la ejecución, en el territorio de un Estado, de resoluciones dictadas por jueces extranjeros en aplicación de un ordenamiento jurídico distinto²⁴. Lo llamativo del asunto es que la propuesta de Reglamento pretende dar validez a las resoluciones judiciales y los documentos públicos de terceros Estados, cuyos sistemas de garantías legales puede ser deficientes. Sin embargo, el principio de reconocimiento mutuo y, en general, el ELSJ, se basan en el respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros (artículo 67 TFUE).

En la práctica, el reconocimiento mutuo opera en los instrumentos jurídicos de la UE como una alternativa a la armonización o aproximación de las legislaciones de los Estados miembros. En defecto de esta, los Estados asumen la confianza recíproca en los ordenamientos jurídicos del resto de los Estados miembros²⁵.

En este punto, el artículo 81 TFUE deja claro que la UE sólo puede regular los aspectos transfronterizos de la filiación y adoptar medidas de aproximación, y

no de armonización, de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en esta materia. Existen diferencias notables entre ambas nociones. La aproximación tiene un alcance más limitado respecto de la armonización; permite conseguir un acercamiento relativo de las legislaciones, conservando, no obstante, las diferencias normativas de los distintos ordenamientos nacionales en estas materias.

Sin embargo, la propuesta de la Comisión “armoniza las normas de los Estados miembros en materia de competencia internacional para la determinación de la filiación en situaciones transfronterizas y las normas de conflicto de leyes de los Estados miembros que designan el Derecho aplicable a la determinación de la filiación en situaciones transfronterizas”²⁶.

La propuesta de la Comisión emplea dos bases jurídicas: por un lado, se basa en la competencia para adoptar medidas para garantizar “el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución” [artículo 81.2.a) TFUE]. Por otro, en su competencia para desarrollar una “cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales”, cooperación que “podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (artículo 81.1 TFUE). En el primer caso, no podemos perder de vista que lo que se pretende es reconocer resoluciones de las autoridades terceros países. En el segundo, que el TFUE sólo permite la aproximación de las legislaciones, y no la armonización.

5. El procedimiento para la adopción del Reglamento

Según el artículo 81.3 TFUE, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se deberán establecer por el Consejo por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo (PE), siendo la

23 Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, *Aguirre Zárraga*, C-491/10 PPU, apdo. 70. ECLI:EU:C:2010:828. Vid. Ordóñez Solís, D. «La configuración del Espacio Judicial Europeo». *Cuadernos Europeos de Deusto*. 2014; 50: 105-139.

24 García Moreno, J. M. [Publicación en línea] «La regulación de la cooperación judicial en materia penal en el Tratado de Lisboa». *El Derecho.com*. 02-11-2010. <https://elderecho.com/la-regulacion-de-la-cooperacion-judicial-en-materia-penal-en-el-tratado-de-lisboa> [Consulta: 31/01/2024].

25 *Ibid.*

26 COM(2022) 695 final, 7. Aunque a la vez subraya que las medidas “no conducirán a la armonización del Derecho sustantivo de los Estados miembros sobre la definición de familia o sobre la determinación de la filiación en situaciones internas” (*ibid.*, 6).

consulta preceptiva, pero no vinculante. La exigencia de la unanimidad en el Consejo supone que, en caso de que un solo gobierno vote en contra, el reglamento no se podrá aprobar.

Sin duda, la Comisión podría intentar evitar el posible veto en el Consejo presentando la propuesta sobre la base de alguna otra disposición que permita legislar acudiendo al procedimiento legislativo ordinario, que permite el voto por mayoría cualificada en el Consejo, en lugar de la unanimidad. A este respecto, se ha sugerido el empleo del artículo 21 TFUE, que, como hemos mencionado, reconoce el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de la UE (LCP). Sin embargo, esta disposición no es adecuada. Nada impide a un niño, cualquiera que sea su forma de concepción o nacimiento, circular por el territorio de la UE o establecerse en un Estado miembro. El TJUE lo ha dejado claro en la sentencia *Pancharevo*, explicada más arriba.

Es jurisprudencia constante del TJUE que la Unión debe elegir la base jurídica adecuada. La propuesta de Reglamento apunta a la regulación de los aspectos transfronterizos de la filiación, más allá de la libertad de circulación y residencia, y la única base jurídica para ello es el artículo 81.3 TFUE²⁷.

La exposición de motivos de la propuesta se refiere a una serie de disposiciones en materia de derechos humanos, en concreto al artículo 3, apdos. 3 y 5, del TUE, que establecen el objetivo de la protección y promoción de los derechos del niño, y diversas disposiciones de la CDFUE (artículos 7, 21 y 24). A este respecto, debemos señalar que el artículo 3 del TUE se refiere únicamente a los objetivos de la UE, pero no otorga competencias a la Unión²⁸. La CDFUE tampoco otorga competencias a

la UE para regular la filiación o los derechos del niño. A *fortiori*, el artículo 51.2 de la CDFUE establece expresamente que: “La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados”. Por lo tanto, ni el artículo 21 del TFUE, ni el artículo 3 del TUE, ni la CDFUE, son bases jurídicas adecuadas para regular esta cuestión. La única posibilidad es el artículo 81.3 TFUE que, como hemos visto, exige la unanimidad entre los gobiernos de los veintisiete Estados miembros.

Aunque la consulta al PE no es vinculante, su postura puede influir en el Consejo. El PE ha mantenido una posición continuada de oposición a la GS. En 2014, condenó esta práctica, “que socava la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como mercancías”, y porque implica la “explotación reproductiva y la utilización del cuerpo humano para obtener beneficios financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo”, de modo que “debe ser prohibida y tratada con carácter de urgencia en los instrumentos de derechos humanos²⁹”.

Desde finales de 2022 se está tramitando una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas³⁰. En este caso, se está siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, en el cual el PE es colegislador con el Consejo y este último se pronuncia por mayoría cualificada. En la primera lectura, el PE ha aprobado incluir “la maternidad subrogada

27 El “test del centro de gravedad”, que consiste en determinar cuál es el objetivo principal y cuál es accesorio y aplicar la base jurídica del objetivo principal. Según Martínez Capdevila y Blázquez Navarro: “La aplicación del test del centro de gravedad supone retener como base jurídica la correspondiente al componente principal de una medida, ignorando la vinculada al elemento accesorio. Los procedimientos decisorios y el alcance de los poderes de las instituciones previstos en esta última quedan, de este modo, preteridos a favor de lo dispuesto en la base jurídica que opera”. Martínez Capdevila, C., y Blázquez Navarro, I. «La incidencia del artículo 40 TUE en la acción exterior de la UE». *RJUAM*. 2013; 28(2): 197-219, 210.

28 Mangas Martín y Liñán Noguerras, *op. cit.* 53.

29 European Parliament, «<TitreType>Report </TitreType><Titre>on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter</Titre><DocRef>(2015/2229(INI))</DocRef>, <NoDocSe>A8-0344/2015</NoDocSe>, de <Date>{30/11/2015}</Date>» 30 de noviembre de 2015, párr. 115. </Date>

30 Directiva 2011/36/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. DO L 101/1, de 15.4.2011. El 19 de diciembre de 2022, la Comisión presentó una propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (COM(2022)0732 – C9-0431/2022 – 2022/0426(COD)).

para la explotación reproductiva” entre los casos de explotación de seres humanos³¹.

Si el PE mantiene una postura coherente, debería oponerse también a la propuesta de Reglamento sobre Parentalidad, ya que implica reconocer efectos en toda la UE a los contratos de GS celebrados en terceros países. Sin embargo, en la votación del 14 de diciembre de 2023, el PE respaldó la propuesta de Reglamento con el principal argumento de la prohibición de discriminación de los menores por la familia a la que pertenece o las circunstancias de su nacimiento³². Aunque, como hemos señalado, el resultado de la votación en el PE no es vinculante para el Consejo, llama la atención la falta de coherencia con la postura que ha venido manteniendo sobre la prohibición de la GS.

6. Implicaciones del Reglamento: la aceptación de la gestación subrogada en la Unión Europea

Como hemos mencionado al principio, la GS no está regulada a nivel internacional ni europeo, aunque parece comportar la violación de diversos derechos humanos

31 Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior y Comisión de Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género. Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, 10 de octubre de 2023. COM(2022)0732 – C90431/2022 – 2022/0426(COD). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0285_ES.html [Consulta: 31/01/2024].

32 Parlamento Europeo: Reconocimiento de la filiación: igualdad de derechos para todos los niños. Nota de prensa. 14-12-2023. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20231208IPR15786/reconocimiento-de-la-filiacion-igualdad-de-derechos-para-todos-los-ninos> En su Informe sobre la propuesta de Reglamento de Parentalidad, la ponente del Parlamento insistió en que la propuesta no debía aplicarse a la filiación determinada en un tercer país, en los siguientes términos: “Los Estados miembros no estarán obligados a reconocer la filiación determinada en un país de fuera de la Unión, incluso si otros Estados miembros la reconocen”. En el debate, algunos diputados destacaron que la necesidad de salvaguardar el orden público requiere la exclusión de esta práctica del ámbito de aplicación del Reglamento, y que, por ello, la GS, remunerada o no, debería prohibirse en todos los Estados miembros, pues representa una práctica que viola la dignidad de la mujer al infringir la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro. Cfr. Informe sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, de 20 de noviembre de 2023. COM(2022)0695 – C90002/2023 – 2022/0402(CNS). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0368_ES.html [Consulta: 31/01/2024].

internacionalmente reconocidos, especialmente en su versión comercial³³. Dado que la UE no ha recibido competencias en materia de GS, es competencia exclusiva de los Estados miembros permitir o no esta práctica y regular sus efectos jurídicos.

En España, los contratos de GS son nulos de pleno derecho³⁴. En su sentencia 247/2014, de 6 de febrero, el Tribunal Supremo (TS) afirmó que la inscripción de la certificación extranjera en la que constaba la filiación de unos menores nacidos por GS infringía el orden público internacional español, por lo que no podía tener validez ni efectos. En particular, los contratos de GS vulneraban la dignidad de la mujer gestante y de los niños, al mercantilizar la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio 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 población³⁵.

En su Instrucción de 5 de octubre de 2010, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) estableció las condiciones para acceder a dicha inscripción en el Registro Civil³⁶. A pesar de la contundencia de la STS 247/2014, la DGRN ha continuado inscribiendo la filiación de los menores nacidos en el extranjero por GS sobre la base del principio del interés superior del menor³⁷. En particular, la Instrucción de 1 de febrero

33 Ochoa Ruiz, N., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada», en: Roldán Martínez, A. (dir.). *La persona en el S. XXI. Una visión desde el Derecho*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 63-98, 67-78.

34 Así lo establece el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), según el cual: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. La legislación española establece además sanciones administrativas (artículos 24.2 y 26.2 LTRHA) y tipifica penalmente (artículos 220.2 y 221.1 del Código Penal) esta práctica cuando se realice en territorio español.

35 STS 247/2014, de 6 de febrero. ECLI:ES:TS:2014:247.

36 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

37 Alemán Merlo, S., «Derechos fundamentales y gestación

de 2019 ha mantenido lo dispuesto en la Instrucción de 2010³⁸.

En la sentencia 277/2022, de 31 de marzo, el TS ha dejado claro que una persona que pretenda el reconocimiento de la filiación de un niño nacido por GS con el que no comparte material genético, deberá acudir a la vía de la adopción para que se reconozca la relación de filiación en España³⁹.

Esta solución se encuentra en sintonía con la jurisprudencia del TEDH. En algunos países, como Francia, Alemania o Suiza, sus respectivos tribunales han alcanzado soluciones similares a las del TS español⁴⁰. Es también acorde con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que los comitentes no sean reconocidos como padres, sino como tutores legales, o que uno de ellos sea reconocido como el padre legal (por ser el padre genético) y la madre de intención sea madre adoptante.

Así, se desprende de la jurisprudencia del TEDH que, si uno de los comitentes o padres de intención es también padre biológico del niño, el ordenamiento interno debe reconocer la filiación del menor⁴¹. Sin embargo, el cónyuge del padre biológico (padre o madre de intención sin vínculo genético con el niño) no tiene derecho a que se reconozca automáticamente la filiación, aunque esta venga establecida en un acta de filiación extranjera. El establecimiento de la filiación se puede realizar por otra vía, como la adopción, siempre y cuando las modalidades previstas por el Derecho interno garanti-

por sustitución: Vuelve el debate jurídico acerca de su regulación a raíz de la STS 277/2022, de 31 de marzo». *UNED Revista de Derecho Político*. 2023; 116: 225-253, 230-231. Sin embargo, la STS 247/2014 había indicado que la concreción de dicho interés debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, y que dicho principio sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma.

38 Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

39 STS 277/2022, de 31 de marzo. ECLI:ES:TS:2022:1153. Por lo demás, el TS ha continuado insistiendo en que la GS comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos (FJ 3).

40 Andorno, *ibid.*, 132-134.

41 TEDH, *Mennesson c. Francia*, nº 65192/11, sentencia de 26 junio de 2014.

cen la efectividad y la celeridad del reconocimiento, de conformidad con el interés superior del niño⁴². Es decir, la esposa o el marido o la pareja del padre biológico del niño nacido por GS aparecería como padre o madre adoptante.

Además, el Estado no está obligado a reconocer la filiación en todo caso. En el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* [GC], la Gran Sala del TEDH estimó que eran conformes con el Convenio Europeo de derechos humanos la retirada de la custodia y patria potestad de un niño que había nacido en Rusia por GS utilizando unos embriones que no tenían vínculo genético ni con la gestante ni con los comitentes⁴³.

En la sentencia *Fjölfnisdóttir c. Islandia*, el TEDH reafirmó esta postura. En este caso, las madres comitentes no tenían ningún vínculo genético con el bebé. El Tribunal subrayó que el derecho al respeto de la vida familiar no implica la necesidad de reconocer la filiación establecida en un acta de nacimiento extranjera cuando se trata de niños nacidos en el extranjero por GS que carezcan de vínculos genéticos con los comitentes. Con la figura del acogimiento permanente, el Estado demandado había alcanzado un justo equilibrio entre el derecho al respeto de la vida familiar y los intereses generales protegidos por la prohibición de la gestación subrogada en Islandia⁴⁴.

De este modo, el TEDH ha entendido que es conforme con el CEDH que los ordenamientos jurídicos internos no reconozcan a los comitentes como padres, sino como tutores legales, padres de acogida u otra figura similar, o que uno de ellos aparezca como el padre biológico y la madre de intención como madre adoptante.

42 TEDH, Opinión consultiva relativa al reconocimiento en Derecho interno de un vínculo de filiación entre un niño nacido de una gestación por sustitución practicada en el extranjero y la madre de intención, solicitada por la Corte francesa de Casación (Demanda nº P16-2018-001), de 10 de abril de 2019.

43 TEDH, *Paradiso y Campanelli c. Italia* [GC], no 25358/12, sentencia de la Gran Sala de 24 de enero de 2017. Ochoa Ruiz, N., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de enero de 2017, en el Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia [GC]». *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2017; 9.

44 TEDH, *Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia*, nº 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021. *Vid.* Ochoa Ruiz, N., «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia, demanda nº 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021». *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2021; 9.

El Tribunal de Estrasburgo ha reconocido un margen de apreciación a los Estados, siempre y cuando no se vulneren los derechos de los menores a su identidad y al respeto de su vida familiar.

Frente a la postura del TEDH (que se enclava en otra organización internacional, el Consejo de Europa, de la cual forman parte los veintisiete Estados miembros de la UE), la aprobación del Reglamento de parentalidad en el seno de la UE impondría una solución uniforme a los Estados miembros y vulneraría sus competencias exclusivas en materia de Derecho de familia.

De nuevo, aunque la Comisión subraya que su propuesta no pretende armonizar el Derecho de familia, los efectos sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros serán indudables y tenderán a modificar su legislación sobre familia y filiación. Podría constituir un nuevo paso en el sentido de configurar un régimen europeo de familia, contrario a los valores de cada país e incluso a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. La aprobación del Reglamento estimularía la lucrativa industria de la reproducción asistida e impulsaría la adquisición de bebés por GS, a través de los países donde está permitida o donde es más fácil obtener el reconocimiento de la filiación, ya que, una vez establecida la filiación en un Estado miembro de la UE, se solicitaría un certificado de filiación europeo, que se podría presentar ante cualquier otro Estado miembro, incluido el de la nacionalidad de los progenitores. En realidad, más que regular la parentalidad derivada de los contratos de GS, debería lucharse por restringir la oferta de servicios de GS en la UE sobre la base de la excepción de orden público (artículo 45.3 TFUE).

7. Conclusiones

Como principales conclusiones del análisis realizado, podemos señalar que la UE no tiene competencias para regular la llamada parentalidad ni la GS. La pretensión de regular los aspectos transfronterizos de la filiación mediante la propuesta de Reglamento de parentalidad esconde el intento de armonizar parcialmente el Derecho de familia, interfiriendo en las competencias exclusivas de los Estados. Como hemos visto, la adopción del

Reglamento de Parentalidad supondría la introducción de la obligación en todos los Estados miembros de reconocer los certificados de nacimiento emitidos por terceros países en los que se establezca la filiación de un niño por GS, normalizando esta práctica y estimulando la industria de la GS.

Esta regulación va más allá del principio de confianza mutua, basado en el respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros (artículo 67 TFUE) y puede ir en contra de los valores de la UE, proclamados en el artículo 2 del TUE, en particular el respeto de la dignidad humana, y de los derechos humanos reconocidos en la CDFUE, específicamente, los derechos de la mujer y el niño, reconocidos en diversos instrumentos internacionales, que forman parte de los principios generales del Derecho de la UE, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE.

El PE se ha opuesto en diversas ocasiones a la GS y ha llegado a calificar esta práctica como trata de personas. Es difícil, sin embargo, que prospere este Reglamento, ya que su adopción exige unanimidad entre los veintisiete Estados miembros de la UE, la mayoría de los cuales han prohibido la GS en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Es aquí donde radica nuestra esperanza.

Referencias

- Albert, M., «La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución». *Cuadernos de Bioética*. 2017; 28(93):177-197
- Alemán Merlo, S., «Derechos fundamentales y gestación por sustitución: Vuelve el debate jurídico acerca de su regulación a raíz de la STS 277/2022, de 31 de marzo». *UNED Revista de Derecho Político*. 2023; 116: 225-253.
- Andorno, R., «Intercountry Surrogacy and the Best Interest of the Child». Neto, L., y Teixeira Pedro, R. (eds.), *Debatendo a procriação medicamente assistida* (e-book). Porto, 2018: 127-136.
- García Moreno, J. M. [Publicación en línea] «La regulación de la cooperación judicial en materia penal en el Tratado de Lisboa». *El Derecho.com*. 02-11-2010. <https://>

- elderecho.com/la-regulacion-de-la-cooperacion-judicial-en-materia-penal-en-el-tratado-de-lisboa
- Jenkins, I., *Three Dads and a Baby: Adventures in Modern Parenting*, Cleis Press, New Jersey, 2021.
- Lamm, E. «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho». *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. 2012: 12-17.
- Mangas Martín, A., y Liñán Nogueras, D. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2020.
- Martínez Capdevila, C., y Blázquez Navarro, I. «La incidencia del artículo 40 TUE en la acción exterior de la UE». *RJUAM*. 2013; 28(2): 197-219.
- Ochoa Ruiz, N., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de enero de 2017, en el Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia [GC]». *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2017; 9.
- Ochoa Ruiz, N., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada», en: Roldán Martínez, A. (dir.). *La persona en el S. XXI. Una visión desde el Derecho*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 63-98.
- Ochoa Ruiz, N., «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia, demanda nº 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021». *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2021; 9.
- Ordóñez Solís, D. «La configuración del Espacio Judicial Europeo». *Cuadernos Europeos de Deusto*. 2014; 50: 105-139.