

LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA RECIENTE
JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. UNA OPORTUNIDAD
PERDIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. A
PROPÓSITO DEL VOTO PARTICULAR FORMULADO A
LA STC 28/2024, DE 27 DE FEBRERO DE 2024*

Surrogate pregnancy in recent Spanish jurisprudence.
A lost opportunity by the Constitutional Court.
Regarding the private vote formulated for STC
28/2024, of February 27, 2024

JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ
Universidad Nacional de Educación a Distancia
juanmgoig@der.uned.es

Cómo citar/Citation

Goig Martínez, Juan Manuel (2026).
La gestación subrogada en la reciente jurisprudencia española.
Una oportunidad perdida por el TC. A propósito del voto particular
formulado a la STC 28/2024, de 27 de febrero de 2024.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 30(1), 225-252.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.30.08>

Resumen

La gestación subrogada se configura como un contrato oneroso o gratuito, en virtud del cual una mujer aporta la gestación, o también su óvulo —según los casos—, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes o padres de intención, que podrán aportar, o no, según los casos, sus gametos. La maternidad subrogada si-

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto Nacional de Generación del conocimiento. Investigación No Orientada Tipo B. Los derechos fundamentales en las integraciones. Estudio constitucional comparado (DEREGLOB). Referencia: PID2023-147570NB-I00 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, IP1 José Luis García Guerrero, IP2 María Luz Martínez Alarcón. Área Derecho, Subárea, Derecho.

que siendo un hecho social controvertido que sigue provocando opiniones dispares, pero que afecta a derechos fundamentales de los sujetos (madre gestante y niños gestados) implicados. En este trabajo, se estudiará el tratamiento de la gestación subrogada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con especial atención al voto particular emitido en materia de maternidad subrogada.

Palabras clave

Gestación por subrogación; dignidad del ser humano; libre desarrollo de la personalidad; contrato de subrogación; derechos humanos; igualdad.

Abstract

Surrogacy is configured as an onerous or free contract, by virtue of which a woman provides the pregnancy, or also her egg —depending on the case—, committing to deliver the child to the intended parents or parents, who may or may not contribute, depending on the case, their gametes. Surrogacy continues to be a controversial social fact that continues to provoke disparate opinions, but it affects the fundamental rights of the subjects (gestational mother and gestated children) involved. In this work, the treatment of surrogacy in the jurisprudence of the Supreme Court of the European Court of Human Rights and the recent jurisprudence of the Constitutional Court will be studied, with special attention to the dissenting vote issued on surrogacy matters.

Keywords

Gestation by surrogacy; dignity of the human being; free development of personality; surrogacy contract; human rights; equality.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: UNA DIFÍCIL CONCEPTUALIZACIÓN. II. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN ESPAÑA. III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. IV. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN: UNA DIFÍCIL CONCEPTUALIZACIÓN

La gestación subrogada es un proceso que permite tener descendencia a personas que, por motivos biológicos o por libre voluntad, no pueden, o no quieren, ser progenitores de forma natural. La gestación subrogada está considerada a nivel internacional como una técnica humana de reproducción asistida. Esta modalidad de gestación se ha incrementado de forma exponencial en los últimos años, provocando regulaciones dispares en los distintos Estados. Esta técnica de reproducción está regulada en países como Reino Unido, Canadá, EE. UU., Australia, México (Sinaloa, Tabasco), Brasil, Nueva Zelanda, Ucrania, Georgia, Rusia, Sudáfrica, Grecia, Israel, etc. Sin embargo, al igual que ocurre con otras prácticas que provocan dilemas morales o éticos como el aborto o la eutanasia, la gestación subrogada no goza de reconocimiento y admisión internacional, ni siquiera en los países donde está regulada.

La maternidad subrogada es actualmente una realidad innegable y uno de los temas más controvertidos de la actualidad debido, principalmente, a los aspectos éticos, morales o religiosos de esta práctica, su aplicación y los riesgos que puede suponer; pero también por las consecuencias jurídicas que tiene. A menudo se piensa que la gestación subrogada es una opción de «tratamiento» para las personas infértiles o una alternativa a la adopción, y por lo tanto se la considera una forma de satisfacer el deseo de ser padres. Sin embargo, la gestación subrogada también comporta una serie de efectos más complejos que la mera paternidad/maternidad, que giran en torno al género, la desigualdad y la protección de la madre gestante y del menor, el trabajo digno y con derechos, la remuneración, la explotación, etc.

Con carácter general entendemos la gestación subrogada como una técnica de reproducción asistida por la que una mujer accede a gestar el hijo de otra persona o pareja.

La maternidad subrogada adopta múltiples denominaciones: «gestación por sustitución», «alquiler de vientre, alquiler de útero», «gestación subrogada», «vientre sustituto», «subrogación materna», «maternidad por otro», «maternidad

sustituta», entre otras, pero existe coincidencia en que nos encontramos ante un acuerdo entre dos partes en el cual la mujer gestante acepta llevar adelante un embarazo por encargo de otra persona (comitente), y renuncia en favor de esta a sus derechos sobre el recién nacido (Chiapero, 2012) y también a sus propios derechos como mujer, derechos que son irrenunciables. La falta de una definición unívoca también obedece a la variedad tipológica (Velázquez, 2018)¹.

Al margen de las denominaciones más vulgarizadas de «vientre de alquiler» o «útero de alquiler», la terminología correcta para referirnos a este tipo de procedimiento es gestación subrogada, subrogación, gestación por subrogación o gestación por sustitución, aunque la Organización Mundial de la Salud (OMS) utiliza el término «gestación por subrogación»² para referirse a este tipo de práctica.

Para la RAE, la gestación (del lat. *gestatio*, *-ōnis*, ‘acción de llevar’) es la acción y efecto de gestar o gestarse, el embarazo, o la preñez. Identifica gestación por sustitución con gestación subrogada, y define la gestación subrogada como el «embarazo en que una mujer gesta un embrión ajeno».

Hablamos de un hecho jurídico-social —en pleno proceso de expansión— (Vela Sánchez, 2011), cuyo elemento indispensable es «el acuerdo de voluntades en virtud del que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquella o a aquellos/as el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado» (Bayarri Martí, 2015). Y su materialización tiene lugar mediante «el convenio —acuerdo o contrato— por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras personas a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto» (Peralta Andía, 2004: 37). El contrato tiene como objetivo detallar los derechos, obligaciones, intenciones y expectativas de las partes en relación con su acuerdo que, en lo que respecta a la madre gestante, afecta a sus derechos: renuncia a todos los derechos y reclamaciones sobre el menor nacido; la gestante sustituta declara y acepta que no es la madre legal, natural, jurídica o biológica del menor; renuncia a su integridad física y psicológica; renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica; renuncia a su

¹ Desde el punto de vista genético podemos hablar de gestación subrogada tradicional (cuando la gestante aporta el óvulo) y la gestación completa (cuando la gestante solo aporta el «vientre»). Desde el punto de vista económico, podemos hablar de gestación subrogada comercial y de gestación subrogada altruista.

² En este trabajo asumimos el término «gestación subrogada», pero también utilizaremos la expresión «maternidad subrogada».

libertad de movimiento y residencia; e incluso renuncia a sus derechos en caso de enfermedad grave, y queda sometida a las indicaciones y decisiones de los comitentes. A cambio recibe una contraprestación económica por someterse a los tratamientos y por las limitaciones que sufre en su actividad como madre gestante (Álvarez y Carrizo, 2014: 59-74). En general, el costo de la maternidad subrogada incluye honorarios de agencia, compensación, o no, y gastos sustitutos, honorarios legales y costos médicos en una clínica de fertilidad.

Desde el punto de vista de la actividad estatal, es creciente el interés por regular la maternidad subrogada, ya sea para prohibirla o permitirla y el aumento en el número de decisiones judiciales que se han pronunciado al respecto, motivado por los importantes dilemas y retos que rodean esta figura, consecuencia propia de todo el avance tecnológico y que implican, en la mayoría de ocasiones, un replanteamiento de las ideas o concepciones tradicionales en relación con la maternidad/paternidad, que incide directamente en ámbitos de derecho civil y penal (Vidal Fernández, 2025), y, sobre todo, en el sistema de principios, valores y derechos constitucionales.

II. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN ESPAÑA

España cuenta con una regulación sobre esta materia desde hace más de treinta años. Ya la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida establecía en su art. 10: «1. 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. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto».

Actualmente, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), que derogó la Ley 45/2003 que modificó a su vez la anterior ley, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, mantiene el contenido del art. 10, que vuelve a reconocer la nulidad de pleno derecho del 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, y que establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, reconoce la gestación por sustitución como una forma de violencia hacia las mujeres y declara ilícita la publicidad de esta práctica por atentar contra la dignidad de las mujeres.

Sin embargo, esta regulación tan escasa no solventaba los problemas jurídicos derivados de las decisiones adoptadas por autoridades extranjeras y españolas en el exterior, en Estados en los que la gestación subrogada es legal.

Como veremos al estudiar la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) sobre la gestación subrogada, el Alto Tribunal considera que la práctica «atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño» y supone una «explotación» de las madres; que la práctica es contraria a la legislación nacional, y que priva a la madre gestante y al niño de la dignidad propia de todo ser humano, pero, a pesar de recordar la ilegalidad que supone esta práctica, también ha entendido que, una vez realizados esos contratos, lo que ha de primar es el interés superior del menor. Por ello, ha rechazado las inscripciones en el Registro Civil de los bebés por vientres de alquiler porque lo contrario sería saltarse la ley, pero ha indicado como opción para los padres la posibilidad de que uno inscriba al niño —si puede acreditarse genéticamente la paternidad— y el otro lo adopte.

En este último sentido, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional permite la adopción de infancia en el extranjero, incluso en los casos en los que el nacimiento se produzca por gestación subrogada, pero exige para su posterior validez en España que las mismas (las adopciones) «no vulneren el orden público». Es decir, personas españolas pueden adoptar a una niña o un niño en el extranjero a través de un procedimiento judicial y homologar dicha adopción en España si cumplen con los requisitos legales correspondientes.

Sin embargo, Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia indica que «se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución [...] se obtuvieron mediante pago o compensación», prohibiendo *de facto* las adopciones internacionales cuando las mismas traigan como causa la gestación subrogada.

Por su parte, la reciente actualización en España del Código de Deontología Médica de 2022 considera en su art. 65.2 que la gestación por sustitución altruista «no es contraria a la Deontología Médica siempre que se preserve la dignidad de la mujer y el interés superior del menor, con la regulación oportuna y el control de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida». Por el contrario, su art. 65.1 considera que «la gestación por sustitución con contraprestación económica es contraria a la Deontología Médica. La comercialización del cuerpo de la mujer vulnera su dignidad».

Al estudiar la regulación de la gestación subrogada, no podemos olvidar que el art. 21 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina y el art. 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea contemplan la prohibición de comerciar con el cuerpo humano; que los arts. 7 y 8 de la

Convención sobre los Derechos del Niño reconocen el derecho del niño a conocer el origen e identidad de sus progenitores; que el art. 15 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone la nulidad de todo contrato o cualquier otro instrumento privado que limite la capacidad jurídica de la mujer; y que el *Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo* adoptado por el Parlamento Europeo el 30 de noviembre de 2015 condena la gestación por sustitución como contraria a la dignidad de la mujer y propone la prohibición de tal práctica³.

Más recientemente, la Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, 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, busca extender la acción europea más allá de la explotación laboral y sexual y, para ello, considera delitos a nivel de la UE el matrimonio forzado, la adopción ilegal y la maternidad subrogada para explotación reproductiva, sancionando a quienes «coaccionen o engañen a las mujeres que deciden actuar como madres sustitutas».

Sin embargo, el reconocimiento de la gestación subrogada como un acto nulo no ha implicado una normativa interna española capaz de definir el alcance de la violación de derechos como consecuencia de esta práctica, y han tenido que ser los tribunales españoles, sobre todo el Tribunal Supremo, quienes hayan identificado las violaciones al sistema constitucional español de valores, principios y derechos.

Un papel importante han jugado las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Ante la polémica cuestión de la inscripción en el Registro Civil de los menores en gestación subrogada realizada en el extranjero por encargo de españoles, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la Resolución de 18 de febrero de 2009, dictaminó que «los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas» en virtud del art. 10.1. LTRHA, pero permitió la inscripción de

³ Apartado Derechos de las Mujeres y las niñas, párrafo 115. El Parlamento Europeo «condena la práctica de la gestación por sustitución, que 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, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos».

una menor nacida por gestación subrogada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles.

En el año 2010, el Ministerio Fiscal se opuso a esta Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado ante el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 15 de Valencia, juzgado que dejó sin efecto la inscripción de nacimiento determinando la cancelación de la inscripción, fallo que fue ratificado por la Audiencia Provincial de Valencia.

Ante esta situación de inseguridad jurídica, en el año 2010 la Dirección General de los Registros y del Notariado emitió una nueva resolución en la que se establecen los requisitos para el régimen de registro de filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada, la Instrucción del 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. La STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, que estudiaremos más adelante, dio lugar a la Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actuación del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que anula la anterior y establece otras instrucciones (Vidal Fernández, 2024).

Posteriormente se dicta la Instrucción del 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución que, además de dejar sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019, establece:

Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequátur, u objeto del debido control incidental cuando proceda... El solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación.

Pero esta última instrucción hace afirmaciones de gran interés en lo que a nuestro trabajo respecta:

— La gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes.

- El interés preferente de los menores debe quedar en todo caso salvaguardado.
- Pero los poderes públicos también deben garantizar a la mujer una adecuada protección contra el peligro de abusos de situaciones de vulnerabilidad que es de todo punto inaceptable.
- Sería necesaria una actuación internacional coordinada para hacerle frente de forma eficaz.
- Todo ello hace necesario un tratamiento que permita valorar todas las circunstancias que se presenten en cada supuesto, con una prueba válida y suficiente de los hechos, datos y declaraciones de voluntad que concurren en el mismo.
- Reconoce los claros abusos contra las mujeres gestantes que en ocasiones se han dado. Se enfatiza la importancia de proteger a las mujeres embarazadas de posibles abusos.

Por lo tanto, nos encontramos con tres situaciones distintas, una desde el 5 de octubre de 2010 hasta el 14 de febrero de 2019, otra desde el 14 de febrero de 2019 hasta el 18 de febrero de 2019, y la última desde el 18 de febrero de 2019 hasta la actualidad, que van situando a la madre gestante y a los menores gestados en el centro del debate jurídico.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Aunque la mayoría de las sentencias que han abordado la gestación subrogada lo han hecho en relación con la inscripción del menor gestado por sustitución o en relación con el reconocimiento de la filiación, es preciso reconocer la valentía del Tribunal Supremo a la hora de calificar la gestación por subrogación y los efectos que de ella se derivan.

La STS núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247), fue la primera en abordar en profundidad el tema, dando lugar, además, a una modificación en el proceso y condiciones registrales⁴.

⁴ Se acompaña un voto discrepante en el que se establece que la gestación subrogada «a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y d) tratándose de un acuerdo volun-

Entiende el TS que, para el reconocimiento de decisiones extranjeras, la relación con otros ordenamientos jurídicos tiene un límite, y este límite consiste en que «no sea contraria al orden público internacional español, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan», para, a continuación, establecer que este orden público, en materia de relaciones paterno/materno-filiales y de regulación de la familia,

tiene[n] anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39). También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución). Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución). Todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4.º).

Por consiguiente, este orden social no puede aceptar modalidades de relaciones paterno/materno-filiales que

vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, «cosificando» a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando

tario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica». Voto discrepante firmado por el magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, al que se adhieren los magistrados José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol.

una especie de «ciudadanía censitaria» en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

Otras sentencias del Tribunal Supremo han reconocido la gestación subrogada como fuente de violación de derechos, valores y principios constitucionales.

En la STS 1153/2022, de 31 de marzo de 2022⁵ (ECLI:ES:TS:2022:1153), el TS entiende en su FJ tercero, con carácter general, que el contrato de gestación por sustitución comercial, además de (manifiestamente contrario) al orden público español, vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos, para ir desgranando, de manera específica las siguientes violaciones:

A) *La protección del menor*, sus derechos, y la prohibición de la venta de menores en virtud de:

- El art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que España es parte: «Los Estados parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma».
- El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, cuyo art. 2 a) define la venta de niños como «todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución».
- El Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, Asamblea General de la ONU, 15 de enero de 2018, reconoce que el contrato de gestación resulta gravemente lesivo para la dignidad e integridad moral del niño; para su integridad física, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes, y atenta también a su derecho a conocer su origen biológico.
- «El futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se “cosifica”, pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente».

⁵ El recurso de casación respecto de la sentencia de 1 de diciembre de 2020, dictada en grado de apelación por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio verbal de filiación núm. 174/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, sobre filiación.

B) *Los derechos de la madre gestante:*

- El apdo. 115 de 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) considera que la práctica de 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 con fines financieros».
- Se imponen a la gestante unas limitaciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano.
- La mujer se somete a un trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano.
- Los contratos de gestación, generalmente, atentan contra los derechos a la salud física, sexual y psicológica de la mujer gestante, a la confidencialidad médica, a la intimidad, a su libertad de circulación y residencia, incluso a su libertad de conciencia ante un posible aborto, entre otros derechos.

Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad.

Como indica la sentencia comentada, «el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. Un contrato de gestación por sustitución [...] entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio».

Sin embargo, también la jurisprudencia del TS aborda el tratamiento del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución, puesto que, aun cuando se han lesionado sus derechos, entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado, y los posibles vínculos familiares hay que protegerlos

de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido la existencia de una vida familiar *de facto* incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante (sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso *Paradiso y Campanelli*, apartados 140 y 151 y siguientes, y de 18 de mayo de

2021, caso *Valdís Fjölnisdóttir* y otros contra Islandia, apartado 62). Así lo exige el interés superior del menor (en los términos en que es reconocido por el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) y su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH.

Pero también indica el TS que «el contrato de gestación por sustitución del caso enjuiciado entraña un daño al interés superior del menor». Para el Tribunal Supremo, otros elementos han de ser tenidos en cuenta a la hora de valorar ese interés superior, en concreto, que los contratos de gestación por sustitución pueden lesionar gravemente la dignidad e integridad moral de los niños, pues, al convertirlos en objeto de un contrato que la gestante se obliga a entregar a los comitentes, pueden lesionar su integridad física si no se controla la idoneidad de los comitentes y pueden limitar su derecho a conocer sus orígenes biológicos.

Por su parte, la STS 5879/2024 de 4 de diciembre de 2024⁶ (ECLI:ES:TS:2024:5879), profundizando en el tema, va más allá, realizando afirmaciones muy interesantes en defensa de los derechos de la madre gestante y de los menores:

- A. La falta de inscripción de los menores gestados por sustitución no vulnera el principio de libre desarrollo de la personalidad que reconoce el art. 10.1. CE, «lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación, es la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos».
- B. La gestación subrogada es contraria a nuestro orden público, y para ello el Tribunal Supremo reconoce que la «Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, considera, tanto en su preámbulo como en su articulado, que la gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo.
- C. El art. 46.1.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, al regular las causas de denegación del

⁶ Recurso de casación respecto del auto 122/2023 de 25 de mayo, dictado en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de autos de *exequatur* núm. 639/2021 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Roque, sobre reconocimiento de resolución judicial extranjera.

reconocimiento, establece que las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público, indicando el TS a continuación que: «Los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor (art. 15), y el respeto a su dignidad (art. 10.1 de la Constitución), integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras», criterio sustentado por el TC en STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4.º.

- D. «La mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil».
- E. La concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses y criterios de los comitentes de la gestación subrogada, sino 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 sobre estado civil e infancia.
- F. La protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución, sino que habrá de partir de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar en que estén integrados los menores.
- G. En general, la solución dada a la protección del interés del menor también debe de salvaguardar los derechos de las madres gestantes y de los niños en general.

La jurisprudencia del TS estudiada entiende la existencia de ciertos bienes jurídicos: el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor (la posible afectación al derecho a la investigación de la paternidad y el derecho del menor a conocer su identidad biológica). En las sentencias 45/2022, de 27 de enero (ECLI:ES:TS:2022:243; 558/2022), de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2022:3002), y 754/2023, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:1958), el TS ya indicó: «El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la

libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la gestación subrogada a través de diversas sentencias que han sido adoptadas por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional, pero su jurisprudencia está vinculada con el derecho a la vida familiar del art. 8 del CEDH (Amezúa Amezúa, 2022) y la garantía de la protección del interés superior del menor. El TEDH está contribuyendo al reconocimiento de la gestación por subrogación afirmando criterios sólidos para proteger el interés superior del menor y reconocer la filiación de los padres cuando hay algún vínculo biológico y además se hayan desarrollado en el tiempo lazos afectivos como los lazos propios de una convivencia familiar entre los padres de intención y el niño, pero en la jurisprudencia del TEDH destaca la ausencia clamorosa de preocupación por la gestante contratada.

En las SSTEDH, *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), del 26 de junio de 2014, el TEDH entiende que la sanción por una filiación creada en fraude de ley por los padres intencionales no puede suponer un rechazo al reconocimiento de dicha filiación en el Estado de acogida, en la medida en que ello afecta directamente a la vida privada de los menores (Puppinck y Hougue, 2017). «No reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y quienes han sido reconocidos como sus padres en el país de nacimiento vulneraría el derecho a la vida privada de esos niños [art. 8 CEDH], debido a la situación de incertidumbre jurídica en la que se les situaría en relación con su filiación».

En la STEDH *Paradiso y Campanelli c. Italia* (n.º 25358/12), de 24 de enero de 2017, se analizó el derecho al respeto a la vida privada y el derecho a la vida familiar del art. 8 del CEDH, determinando el TEDH que el art. 8 del CEDH no garantiza el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia. El caso de *Paradiso y Campanelli* no se ha considerado como un supuesto de gestación por sustitución puro, a diferencia de los casos de *Mennesson-Labassee*, y supuso un giro de la jurisprudencia del TEDH respecto a la sentencia del 2015 (Ruiz Martín, 2019: 778-791).

En STEDH *A. M. c. Norway* (n.º 30254/18), de 24 de marzo de 2022, el TEDH reconoció que el derecho a la vida privada y familiar es un derecho muy heterogéneo y difícil de determinar, tal y como hizo la STEDH *A. L. c. Francia* (n.º 13344/20), de 7 de abril de 2022.

El TEDH puso de manifiesto en la STEDH *Valdís Fjölfnisdóttir and Others c. Iceland* (n.º 71552/17/21), de 18 de mayo de 2021, la tensión entre la prevención de la subrogación comercial transnacional y el interés superior de

los niños nacidos de la subrogación. «La subrogación comercial —indica el TEDH— plantea serias preocupaciones sobre la mercantilización de los niños y la referencia a los puntos de vista morales que prevalecen en la sociedad. Estas preocupaciones han motivado a una gran mayoría de países europeos a prohibir explotación de las madres sustitutas; es decir preocupa la gestación subrogada comercial a nivel doméstico». Ello plantea un dilema a los tribunales nacionales: (a) si reconocen la paternidad legal de los futuros padres, corren el riesgo de fomentar aún más el turismo mundial de subrogación; (b) si rechazan el reconocimiento, corren el riesgo de vulnerar los derechos del niño nacido de la subrogación. Indica el TEDH que «la resolución de este dilema requiere un marco integral y consistente que combine medidas preventivas contra el turismo de subrogación global y, por otro lado, establezca reglas que protejan el interés superior de los niños nacidos de subrogación transnacional tanto como sea posible». En este sentido, esta jurisprudencia del TEDH sobre gestación subrogada transnacional debe entenderse como una llamada de atención a los legisladores de los Estados signatarios para que elaboren marcos jurídicos holísticos que aborden el tema del turismo de subrogación global.

El TEDH ha declarado que el hecho de que las autoridades suizas denegaran el reconocimiento de la resolución judicial extranjera que consideraba a ambos miembros de la pareja como «padres» del menor viola el interés superior del menor. Así, en la STEDH *D. B. y otros c. Suiza* (n.º 58252/15 y 58817/15), de 22 de noviembre de 2022, el Tribunal determina que la imposibilidad general y absoluta, durante un período de tiempo significativo, de obtener el reconocimiento de la relación entre el niño y el miembro de la pareja que no aportó el material genético supone una injerencia en el derecho de respeto a la vida privada.

Interesante es también la STEDH *K. K. y otros c. Dinamarca* (n.º 25212/21), de 6 de diciembre de 2022, en la que el Tribunal tomó como base la imposibilidad de la demandante de convertirse en «madrstra» de los menores nacidos a través de gestación subrogada por haber remunerado económicamente a la madre biológica de sus hijos, con el fin de que esta consintiese la adopción, algo prohibido por la legislación danesa. Es esta última sentencia la que ha abordado la protección de los derechos de la madre biológica, pero de manera indirecta.

IV. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si, como hemos visto en las páginas precedentes, la jurisprudencia del TS ha sido valiente a la hora de caracterizar la gestación subrogada y ha puesto de

manifiesto la afectación a valores, principios y derechos para la madre gestante y para el menor, no ha sido así por parte del Tribunal Constitucional (TC).

El TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la gestación subrogada en la STC 28/2024, de 27 de febrero de 2024⁷ (ECLI:ES:TC:2024:28), pero no ha entrado en la determinación de sus efectos constitucionales y jurídicos, habiendo limitado su fundamentación a los derechos violados en el caso concreto: derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho (art. 24 CE), en relación con el reconocimiento de la filiación, concebido como uno de los aspectos esenciales que configuran la identidad de la persona (art. 10.1 CE), y con la protección de la familia y de los niños (art. 39 CE).

Llama la atención que el TC solo se refiera muy de pasada a la afectación que la gestación por subrogación pueda tener en los derechos de la madre gestante y en los del menor gestado cuando afirma expresamente: «Este tribunal es consciente de que, en contextos como el analizado en el presente caso, en el que el nacimiento del menor ha tenido su origen en una gestación por sustitución desarrollada en el extranjero, *la determinación de la filiación del menor en favor de quien suscribió ese contrato para satisfacer su deseo de ser padre o madre puede ir en contra de valores y derechos constitucionalmente reconocidos*».

Y llama la atención, precisamente porque el TC recoge los razonamientos de la Audiencia provincial para denegar la adopción.

Como indica el TC, la Audiencia provincial de Madrid, en el auto núm. 279/2019, de 30 de mayo, manifestó que «la maternidad subrogada es contraria al orden público español por contrariar el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo [...] Los contratos de gestación por sustitución son contrarios al sistema de derechos y libertades reconocidos por nuestra Constitución y por los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España». Haciendo mención del *Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo*, adoptado por el Parlamento Europeo el 30 de noviembre de 2015, el tribunal recordaba que «el Parlamento Europeo había condenado la gestación por sustitución por atentar contra la dignidad de la

⁷ Recurso de amparo 5067-2019. Dictado respecto de las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid en proceso de adopción (contra el auto de 30 de mayo de 2019, dictado por la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación 578-2018, y contra la providencia de 28 de junio de 2019 del mismo tribunal). Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): sentencia de apelación que, en un supuesto de gestación subrogada, no satisface las exigencias del canon de motivación reforzada que rige para los casos en los que la esfera personal y familiar de un menor se ve afectada al estar en juego la construcción de la identidad del menor y la protección de los lazos familiares creados con la recurrente.

mujer, al tratar su cuerpo y sus funciones reproductivas como si fueran una materia prima». El tribunal de apelación se centraba en los hechos del caso, indicando que «el contrato en el que se conviene la gestación por la que nace el adoptando ha de reputarse nulo de pleno Derecho».

Solo por estas afirmaciones de la Audiencia Provincial de Madrid, el TC debería haber entrado a tratar el tema de la gestación por subrogación. Pero, además, en la sentencia citada, el TC hace otras afirmaciones de enorme importancia para el caso. Recuerda el TC que ni «por la acción de los poderes públicos como por la práctica social» se puede situar «a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (por todas, SSTC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 3, y 172/2021, de 7 de octubre, FJ 3)». «El nacimiento constituye una de las categorías expresamente prohibidas de discriminación previstas en el art. 14 CE y, al hilo de la misma, este tribunal se ha pronunciado sobre distintas desigualdades de trato por razón del origen o la modalidad de la filiación (por todas, SSTC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 4, y 105/2017, de 18 de septiembre, FJ 4)». Indica de esta manera cómo la gestación subrogada afecta a la dignidad.

También reconoce el TC que «los elementos constitutivos de la identidad de la persona, vinculados al libre desarrollo de la personalidad y al respeto a la dignidad de que somos titulares los seres humanos, así como las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, gozan de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional». El TC ha reconocido «el vínculo existente entre el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad de que somos titulares los seres humanos (art. 10.1 CE) y la determinación de los elementos constitutivos de la identidad de una persona (por todas, SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 4, y 130/2022, de 24 de octubre, FJ 4)», subrayando que

establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 4).

El TC ha identificado distintos atributos esenciales que configuran la identidad propia de cada persona, y reconoció también «el vínculo entre el derecho del hijo a conocer su identidad y la obligación que el art. 39.2 CE impone a los poderes públicos de posibilitar la investigación de la paternidad».

Finalmente, en su sentencia, el TC reconoce que «el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas

concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos», según lo previsto en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ese tratado internacional, ratificado por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990, destaca entre los acuerdos internacionales a los que hace referencia el art. 39.4 CE, además de constituir canon hermenéutico de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades que nuestra Constitución reconoce *ex art.* 10.2 CE (por todas, SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3, y 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4) y que «el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente en supuestos en que se invoca el interés superior del menor (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, y 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 2, entre otras)».

Ello nos lleva a la idea de que en el proceso de maternidad se debe evitar la afectación de la dignidad de la persona, ya sea de la mujer gestante, o el/la menor gestada, y ello se puede producir en los procesos de gestación subrogada, pues convierte a la mujer gestante en un instrumento para la reproducción, ya que se gesta para otra persona sobre la base de una relación contractual, es un instrumento para lograr lo que los comitentes quieren. En este aspecto el TC ha dictado suficiente jurisprudencia que prohíbe la comercialización con seres humanos: en la STC 53/1985 de 11 de abril (ECLI:ES:TC:1985:53), se prohíbe instrumentalizar a una persona⁸, y en la STC 224/1999, de 13 de diciembre (ECLI:ES:TC:1999:224), se considera que no se puede considerar como objeto de mercado a la persona⁹; además, se prohíbe comercializar con

⁸ Esta sentencia dice expresamente: «Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos “que le son inherentes” [...] al valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15). La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución [...] la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física».

⁹ Expresamente se indica en la sentencia, aunque referido a un tema de acoso sexual, que «no puede permitirse hoy, ni siquiera residualmente, la perpetuación de actitudes

el cuerpo y con el material biológico humano en la STC 212/1996, de 19 de diciembre¹⁰ (ECLI:ES:TC:1996:212).

En otras sentencias, el TC ha ido más allá reconociendo en la STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023¹¹ (ECLI:ES:TC:2023:44), aunque en relación con la regulación legal del derecho al aborto, que «el embarazo, el parto y la maternidad condicionan indiscutiblemente el proyecto de vida de la mujer». En estas situaciones, la decisión de la mujer,

con las consecuencias que ello implica en todos los órdenes de la vida de la mujer —físico, psicológico, social y jurídico—, enlaza de forma directa con su dignidad, entendida por este tribunal como «el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 7). La dignidad de la persona así definida se configura, por ello, como «un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3, y 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). Y, además, garantiza a toda persona un ámbito mínimo de autonomía que incluye las decisiones que puede considerarse que afectan al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), «un principio que protege la configuración autónoma del propio plan de vida» (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8). Partiendo de esta premisa, hemos declarado que el libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado si se impusieran a la persona decisiones u opciones vitales de naturaleza particularmente íntima y personal.

En íntima conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad proclamados por el art. 10.1 CE, se encuentra el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE).

El derecho a la integridad personal protege, de acuerdo con la doctrina del TC, «la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o

con las cuales implícitamente se pretende dosificarla, tratándola como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal».

¹⁰ Expresamente en dicha STC se afirma que la «patrimonialización» de la persona sería desde luego incompatible con su dignidad (art. 10.1 CE).

¹¹ Recurso de inconstitucionalidad 4523-2010. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), frente a cualquier injerencia, en definitiva, que sea concebida como acción esencialmente positiva de terceros sobre el sustrato corporal o espiritual de la persona. Junto a esa dimensión «negativa», enunciada en términos de incolumidad o derecho de defensa, nuestra doctrina también ha subrayado la «dimensión positiva» que tiene el derecho a la integridad física y moral «en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad» (en este sentido, entre otras, SSTC 221/2002, de 25 noviembre, FJ 4; 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4; 62/2007, de 27 de marzo, FJ 3, y 160/2007, de 2 de julio, FJ 2). En esa vertiente positiva, el derecho a la integridad personal presenta un significado primordial como derecho de autodeterminación individual que protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/2004, de 2 de noviembre, FJ 13, y 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

Indica también el TC en la STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023 (ECLI:ES:TC: 2023:44):

El embarazo es, en primer término, un proceso biológico de la máxima trascendencia para el cuerpo de la mujer en cuanto implica alteraciones sustanciales de carácter morfológico y fisiológico en prácticamente todos los sistemas corporales: endocrino, circulatorio, inmunológico, musculoesquelético, dérmico, respiratorio, excretor, digestivo y, por supuesto, reproductor. El parto, por otra parte, constituye un evento fisiológico complejo, naturalmente doloroso y arriesgado, que en gran parte de las ocasiones demanda la práctica de algún tipo de intervención quirúrgica en el cuerpo de la madre, ya sea una intervención de menor entidad (episiotomía) o una de mayor relevancia médica (cesárea). A estas alteraciones estrictamente físicas del cuerpo se unen cambios relevantes a nivel psico-emocional; de hecho, el embarazo aparece identificado en la literatura científica como un potente estresor, y puede llegar a derivar en síntomas de depresión perinatal. Partiendo de estas premisas, y teniendo en cuenta la doctrina que sostuvimos ya en 1985 para validar la constitucionalidad del aborto en caso de indicación terapéutica, puede afirmarse que el embarazo y el parto, aun cuando no presenten complicación adicional de ninguna clase, generan por sí mismos una afectación relevante de la integridad física de la mujer que se ve sometida a ellos.

En la STC 92/2024, de 18 de junio (ECLI:ES:TC:2023:92)¹², el TC vuelve a reiterar, entre otras muchas afirmaciones, y aunque relacionado con

¹² Recurso de inconstitucionalidad 3630-2023. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso en relación con diversos

la interrupción voluntaria del embarazo, que «el derecho a la mujer a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE)».

Estas afirmaciones que realiza el TC son extrapolables a la madre gestante que a través del contrato de gestación ve vulnerados su dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y su integridad personal, pues su libertad de decisión se puede encontrar seriamente amenazada por su situación socioeconómica en el momento de firmar un contrato de maternidad subrogada que atenta contra su propia condición de persona y cuyo contenido debería examinarse y estudiarse para analizar el alcance y consecuencias en la afectación de los derechos de la madre gestante y, en definitiva en su dignidad, a la hora de interpretar por parte del TC.

Y, además, en la gestación subrogada se puede afectar a la dignidad del niño nacido porque significaría para él tener un mínimo de dos madres (la gestante y la biológica) o incluso tres (la solicitante, la gestante y la donante de los óvulos), con lo que se obviaría el principio básico del derecho civil español *mater semper certa est* ('la madre siempre es cierta'). Pero también afecta al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad, puesto que uno de los factores fundamentales y necesarios para garantizar el crecimiento y el desarrollo de un menor es conocer su identidad y su cultura, y se afecta su derecho a la igualdad, puesto que existe el derecho del niño a conocer su origen biológico como en el caso de la adopción, pero no en el caso de la donación anónima de gametos (Igareda González, 2015: 3-19). El menor puede sentirse desplazado en relación con sus iguales; la gestación subrogada supone una discriminación a estos menores al privarles del conocimiento de su origen cultural y genético frente a otros nacidos en situaciones «similares», por ejemplo, los adoptados, todo ello con base en el art. 14 de la Constitución Española, que reconoce el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por cualquier condición, como es el nacimiento (Arroyo Gil, 2020: 51).

Tal vez lo que resulte más interesante en la STC 28/2024, de 27 de febrero (ECLI:ES:TC:2024:28), sea el voto particular que formula la magis-

preceptos de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

trada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 5067-2019, en la que pone de manifiesto cómo en los fundamentos jurídicos de la sentencia se «invisibiliza el problema estructural que existe en el ordenamiento español respecto del fenómeno de la gestación por sustitución o para otros, realizado en el extranjero por mujeres no protegidas por las garantías básicas de nuestro sistema constitucional», aproximación que sí «estaba presente en el pronunciamiento de la Audiencia Provincial anulado por la sentencia de amparo, que no debió quedar fuera del razonamiento del Tribunal Constitucional, porque es esencial para comprender el argumento subyacente a la irrazonable resolución judicial que, por esa razón, es considerada contraria al art. 24.1 CE».

Establece la magistrada Balaguer que:

- «Resulta contrario a la seguridad jurídica del art. 9.3 CE que el mismo legislador que prohíbe una práctica en España no prevea restricción suficiente para las prácticas equivalentes realizadas fuera de nuestro país, porque ello legaliza *de facto*, por inacción y por la vía de la necesaria protección de los menores, lo que se considera ilegal en nuestro sistema».
- «La sentencia resolutoria pudo ofrecer pautas interpretativas en clave de derechos fundamentales y con perspectiva de género, de modo que los órganos de la jurisdicción ordinaria tuvieran a su alcance un argumentario adecuado para resolver los conflictos planteados».

Y trae a colación normativa nacional e internacional con relación a los argumentos que debería haber abordado la sentencia.

En primer lugar, el art. 12.3 del Código Civil, que preceptúa que, en ningún caso, tendrá aplicación la ley extranjera que resulte contraria al orden público, para afirmar:

Teniendo en cuenta la naturaleza de concepto jurídico indeterminado de la noción de orden público, el margen de creación es amplio en el contexto descrito de insuficiencia legal. Y, en la construcción de dicha idea de orden público, debería primar no una visión moral o ética de las relaciones familiares, sino una visión de derechos fundamentales en la que estén presentes los derechos del niño o la niña nacidos y los derechos de su madre [...] Los derechos de los comitentes actuarán siempre de forma subordinada a los del menor [...] la garantía de orden público debe articularse en torno a dos ideas fundamentales: una adecuada comprensión de lo que es el interés superior del menor, que no suponga el reconocimiento automático de los efectos de un contrato que es nulo de pleno derecho en España; y una correcta evaluación de las condiciones en las que el contrato ha sido firmado en el país de origen.

En segundo lugar, el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que considera que el interés superior es «la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos». En este sentido, resulta del máximo interés la conceptualización de la noción de «interés superior del menor» que se hace en el voto particular que se alinea con el Comité de los Derechos del Niño que define el contenido del «interés superior del niño» de una forma más extensa:

- «En su observación General n.º 14 de 29 de mayo de 2013 (OG14), el Comité subraya que el interés superior abarca tres dimensiones (derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento) y que, como derecho sustantivo, el interés superior a tener en cuenta no es solo el de un niño en concreto [...] sino también el interés superior de los niños considerados como grupo o en general; siendo ese interés superior “una” consideración primordial y no “la” consideración primordial a que se atenderá en la adopción de las medidas que afecten a los niños. El Comité admite así que el interés superior de un niño considerado individualmente puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos, por ejemplo, los de otros niños, el público en general o sus madres (biológicas o no), y proporciona pautas para la resolución de esos conflictos [...]».
- «[...] el interés del niño y el interés de la infancia, entendida como el conjunto de los niños y las niñas, es fundamental cuando nos referimos a un sistema de gestación por sustitución globalizado y esencialmente mercantilizado, en el que la legalización del modelo, por vía normativa o por vía jurisprudencial, puede poner en riesgo a niños y niñas gestados y nacidos en países del sur global». Habiendo establecido previamente que «el Comité de los Derechos del Niño insiste en la necesidad de evitar que la desregulación de la gestación por sustitución pueda dar carta de naturaleza a la venta de niños o a la práctica de adopciones ilegales, así como en la necesidad de garantizar el derecho de los niños nacidos por reproducción asistida a conocer sus orígenes¹³».

En tercer lugar, y relacionado con el interés superior del menor, la Opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019, que subraya que,

¹³ Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Ucrania, de 27 de octubre de 2022, CRC/C/UKR/CO/5-6, § 21.

en los casos de negativa de las autoridades de los Estados parte a reconocer el vínculo de filiación legalmente constituido en el extranjero entre un menor nacido mediante gestación por sustitución y quienes acudieron a esa práctica para tener un hijo, la valoración del interés superior del menor no puede limitarse a considerar la fragilidad de esos lazos y su relevancia en la construcción de la identidad social del menor, sino que también es preciso considerar la protección de los niños contra los riesgos de abuso que implican los acuerdos de gestación por sustitución, así como su derecho a conocer sus orígenes biológicos (§ 41).

Finalmente, el Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, de 15 de enero de 2018, A/HRC/37/60, en cuyo estudio temático sobre la gestación por sustitución y la venta de niños,

se concretaban los riesgos de abuso que implican la gestación por sustitución señalando que esta práctica equivale a la venta de niños, prohibida por el artículo 2 a) del Protocolo facultativo de la Convención de los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en aquellos casos en «que la madre de alquiler o un tercero reciban «remuneración o cualquier otra retribución» a cambio de trasladar al niño» (§ 42), y que esas prácticas pueden además desembocar en una adopción ilegal (*ibid.*, § 8).

Indica el voto particular:

El interés del menor [...] no ha de entenderse como el interés único o predominante de una toma de decisión judicial en todo supuesto en que intervenga un menor. Ni siquiera hay que entender el interés superior del menor desde una perspectiva individual y aislada [...] en la determinación de la filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución, entiendo que otros elementos han de ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el interés superior del menor; véase, la mercantilización del fruto de la gestación y la cosificación de los niños que tales prácticas suponen, la posible lesión de la integridad personal de los menores en que puede derivar la desregulación de estas prácticas, así como la necesidad de salvaguardar el derecho de los niños a conocer su origen biológico.

En sus últimas reflexiones, el voto particular ultima que

la gestación por sustitución no altruista, que es la mayoritariamente presente en todo el mundo, independientemente de que la madre reciba una contraprestación económica o no (porque falta altruismo siempre que hay intermediarios que se benefician económicamente de la transacción), mercantiliza la maternidad y el fruto de esta, cosificando a las gestantes y a los niños, y limitando el principio-de-recho de dignidad humana (art. 10.1 CE), el derecho a la libre determinación sobre

la propia vida (art. 10.1 CE en relación con el art. 18 CEDH), y la prohibición de discriminación por razón de sexo. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW) se refiere a la necesidad de proteger a las mujeres gestantes frente a la explotación, la coerción, la discriminación y el tráfico de personas (Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Ucrania, de 1 de noviembre de 2022, CEDAW/C/UKR/CO/9, § 46). En la misma línea el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España el 23 de julio de 1999), que establece en su art. 21 que «[e]l cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro», previsión que encuentra traducción en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de la que se deriva una clara prohibición del contrato. [...] Es preciso considerar contrario a la dignidad humana, *ex* art. 10.1 CE, el contrato que tenga por objeto o prestación un embarazo por sustitución, cuando se trate de un acuerdo que mute la naturaleza de la mujer de sujeto de derechos a objeto de tránsito mercantil, limitando su libertad personal [...].

Una apreciación final del voto particular adquiere especial relevancia:

el sistema de fuentes español en este ámbito es defectuoso y conlleva una inseguridad jurídica notable, lo que debería mover al legislador a actuar de forma eficaz e inmediata teniendo presentes los límites constitucionales a los que me he referido en este voto. Mientras eso sucede, la intervención judicial es imprescindible y la interpretación del insuficiente marco normativo debe pivotar en torno a los cuatro elementos esenciales a los que he hecho referencia: 1) el interés superior del menor, individualmente considerado; 2) el interés superior de los menores a verse protegidos de actuaciones atentatorias de su dignidad como colectivo; 3) la garantía del principio de dignidad humana que debe proyectarse tanto sobre el menor como sobre su madre biológica; y 4) la garantía de los derechos de esa madre biológica, de modo que pueda llegarse a la conclusión de que los mismos no fueron conculcados en el curso de la totalidad del proceso de gestación.

En el contrato de gestación subrogada y en el propio proceso de gestación se encuentran involucrados numerosos valores constitucionales, puesto que no existe, en puridad, la subrogación altruista —ya que exige, en todo caso, la firma de un contrato, la renuncia de derechos fundamentales y compensaciones económicas (Castellanos Claramunt, 2019)—, y también vulnera la dignidad y diversos derechos de la mujer (integridad física y psicológica y derecho a la filiación); la gestación subrogada cosifica a la mujer, y puede convertir a los recién nacidos en objeto de transacción contractual y comercial, vulnerando también su derecho a conocer su origen.

Desde luego, el TC no es legislador, y la normativa española es clara en la prohibición de la gestación por subrogación y en la nulidad de los contratos

que atentan contra el orden público, pero sería necesaria una normativa adecuada, pues es cierto que en un mundo globalizado el hecho de que, aisladamente, un Estado declare nulos los contratos de gestación por sustitución no evita que la legislación de otro Estado permita esta modalidad contractual de reproducción humana, no pudiendo entenderse que la laguna normativa haya quedado adecuadamente cubierta por las sucesivas instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Pero la ley debe ser respetuosa con el contenido constitucional, en especial con los derechos, valores y principios, lo que dificulta una regulación de la gestación por sustitución jurídicamente segura, precisamente por afectar derechos, principios y valores constitucionales, pese a la postura contraria defendida por algún sector doctrinal (Cabezudo Bajó, 2021).

Bibliografía

- Álvarez Rodríguez, Aurelia y Carrizo Aguado, David (2014). Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho internacional privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime, niño, ¿de quién eres? *La Notaria*, 2, 59-75.
- Amezúa Amezúa, Luis Carlos (2022). La jurisprudencia del TEDH sobre la gestación por subrogación: un arduo camino para su regulación. *Papeles El tiempo de los derechos*, 12.
- Arroyo Gil, Antonio (2020). Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego. *Estudios de Deusto*. 68 (2), 41-73. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp41-73](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp41-73).
- Bayarri Martí, María Luisa (2015). Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España. *Revista Digital Noticias Jurídicas*, 1-6.
- Cabezudo Bajó, María José (2021). *Desarrollo de un modelo de gestación por sustitución o «surrogacy» en el marco de la jurisdicción*. Granada: Comares.
- Castellanos Claramunt, Jorge (2019). Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico-filosófico: avance técnico, retroceso humano. *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, 17, 62-80. Disponible en: <https://doi.org/10.4995/reinad.2019.11933>.
- Chiapero, Silvina María (2012). *Maternidad subrogada*. Buenos Aires: Astrea.
- Igareda González, Noelia (2015). La inmutabilidad del principio *mater semper certa est* y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 21, 3-19.
- Peralta Andía, Javier Rolando (2004). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima: Moreno S.A. Editores.
- Puppincck, Gregor y Hougue, Clair (2017). Surrogacy: general interest can prevail upon the desire to become parents – about the *Paradiso and Campanelli v. Italy* Grand Chamber judgment of 24th. *Revue Lamy de Droit Civil*, 146.

- Ruiz Martín, Anna María (2019). El caso *Campanelli y Paradiso* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia *de facto* y su aportación al debate de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11 (2), 778-791. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5020>.
- Velázquez, Lourdes (2018). Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 26, 15-25.
- Vela Sánchez, Antonio José (2011). La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler. *Diario La Ley*, 7608, 1.
- Vidal Fernández, Clara (2024). La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Salas de lo Civil y de lo Social) sobre la gestación subrogada. *Diario La Ley*, 10599, 3.
- Vidal Fernández, Clara. (2025). La relevancia penal de la gestación subrogada. *Diario La Ley*, 10656, 4.