

**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**

SARA ALEMÁN MERLO

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO Y MARCO JURÍDICO. III. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS BIENES CONSTITUCIONALES AFECTADOS. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

Fecha recepción: 10.05.2022
Fecha aceptación: 27.09.2022

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

SARA ALEMÁN MERLO¹

Investigadora predoctoral
Universidad de Barcelona²

1. INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada como alternativa reproductiva³ es una práctica profundamente controvertida a distintos niveles, especialmente desde una perspectiva jurídica, por cuanto se trata de una realidad social al alza a la que el Derecho debe dar una respuesta efectiva. En la actualidad, el ordenamiento jurídico español establece la proscripción de esta figura, mas ello no ha logrado atajar las problemáticas que acarrea la transnacionalidad de dicha práctica.

Lo cierto es que muchos españoles, cada vez con mayor asiduidad⁴, viajan a países extranjeros en los que está permitida la gestación por sustitución (en adelante, GS) para acceder a dicho método, y luego regresan a España, donde pretenden inscribir el

¹ Investigadora predoctoral FPI en el marco del Proyecto PID2019-104414GB-C32. Departamento de Ciencia Política, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona. Avenida Diagonal 684, CP 08020 - Barcelona. E-mail: salemann@ub.edu

² El presente trabajo se inscribe dentro de las actividades de GEDECO (Grupo de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo), SGR consolidado de la Generalitat, del que formo parte.

³ No se trata de una técnica de reproducción asistida de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1 y 2 de la LTRHA, por lo que se utiliza esta terminología extraída de BELLVER CAPELLA, V. (2015). «¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional». *SCIO. Revista de Filosofía*, núm. 11, p. 21.

⁴ La Asociación Española de Abogados de Familia señala que llegan al país alrededor de 1.000 niños nacidos por gestación por sustitución. Datos obtenidos del «Informe Final: ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?». Instituto Vasco de la Mujer (2018), p15.

registro de la filiación del hijo gestado mediante subrogación con base en la consideración del principio de la protección del interés superior del menor.

Una prueba más de ello es el caso que ha dado lugar a la reciente *STS (Sala de lo Civil) núm. 277/2022, de 31 de marzo*, por la que el Tribunal Supremo ha resuelto que una persona que pretenda el reconocimiento de la filiación de un bebé nacido por gestación subrogada, y con el que no comparte material genético deberá acudir a la vía de la adopción del menor para que se reconozca dicha relación de filiación en España.

A raíz de esta significativa sentencia, y también de las problemáticas relativas a los menores nacidos por esta práctica y abocados a una incierta situación debido a la guerra en Ucrania⁵, ha vuelto a resurgir con fuerza en el debate público la discusión acerca de la posibilidad de admitir legalmente esta práctica.

Desde el ámbito académico, pueden plantearse muchas complejidades jurídicas respecto la legalización del contrato de gestación por sustitución⁶, pero una de las grandes controversias doctrinales en España⁷ versa sobre la compatibilidad de dicho acuerdo con nuestro marco constitucional, en la medida en que la legalización de la práctica de la GS no parece que logre asegurar de modo suficiente la salvaguarda de los derechos fundamentales de las partes implicadas.

Por ello, en este estudio se pretende demostrar que la legalización no es la solución óptima a esta problemática jurídica, en tanto la persistente falta de garantías suficientes no lograría esa mejora en la salvaguarda de la dignidad y los derechos del menor y la gestante, y por ende debería mantenerse la prohibición de la práctica.

La metodología seguida para probar esta cuestión es jurídico-constitucional, con base en un examen del marco normativo y jurisprudencial español y europeo, así como en el análisis y la revisión de los argumentos jurídicos esgrimidos por la doctrina patria en relación con la práctica de la GS y los derechos constitucionalmente protegidos que se ven afectados.

⁵ RTVE (28.03.2022). «El limbo de los bebés nacidos de madres de alquiler durante la guerra en Ucrania». Disponible en:

<https://www.rtve.es/noticias/20220328/guerra-ucrania-gestacion-subrogada-explotacion/2321529.shtml>

⁶ Una completa reseña de las problemáticas y los argumentos jurídicos que se confrontan en el debate sobre la gestación por sustitución puede encontrarse en FIELD, M.A. (1988). *Surrogate Motherhood. The Legal and Human Issues*. Cambridge MA, Harvard University Press.

⁷ En la doctrina española pueden encontrarse dos posicionamientos contrapuestos ante la figura de la GS: la posición abolicionista que entiende que se trata de una práctica incompatible con el debido respeto a la dignidad y los derechos de la gestante y del menor y, en consecuencia, abogan por su prohibición absoluta (a modo ilustrativo, defienden esta postura autores como ARECHEDERRA ARANZADI, L.I.; MARRADES PUIG, A.; SALAZAR BENÍTEZ, O.; SIMÓN YARZA, F., entre otros); y la posición que aboga por la legalización de la GS debido a la necesidad de respetar la autonomía reproductiva tanto de los comitentes como de la gestante al decidir llevar a cabo esta práctica, y sostienen que la regulación de la GS reducirá las malas prácticas como las que se dan con el turismo reproductivo (en este sentido, se pronuncian autores como ATIENZA, M.; LAMM, E.; VELA SÁNCHEZ, A.J.; VILAR GONZÁLEZ, S., entre otros).

En definitiva, el objetivo del presente artículo es precisamente analizar la posible compatibilidad de la regulación de la figura de la GS con los derechos y libertades fundamentales garantizados en la Constitución Española. Para ello, se examinarán los bienes constitucionalmente protegidos que se encuentran en juego por la práctica de la GS y se tratará de comprobar, respecto de cada una de las partes, si la afectación soportada es de tal magnitud que no tenga cabida dentro del marco constitucional español.

2. CONCEPTO Y MARCO JURÍDICO

Para abordar este estudio de forma adecuada, en primer lugar, habrá que asentar el concepto de gestación por sustitución y, a continuación, analizar sucintamente el estado de la cuestión en España, tanto desde un punto de vista normativo como jurisprudencial.

Existen centenares de definiciones de la GS, mas ninguna es unánimemente aceptada en la medida en que puede resultar poco concreta y/o incompleta según los elementos que abarque. De todos modos, buena parte de la doctrina⁸ se ha adherido al uso de la definición realizada por *la Sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011*, por considerarla sumamente completa. Esta Sentencia define la GS como «un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida [TRA], aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos (FJ 1)».

De este concepto pueden extraerse los elementos esenciales de dicha práctica: en primer lugar, el requisito de que la gestante y los padres intencionales —que pueden ser o bien una persona de forma individual, o bien una pareja, casada o no, hetero u homosexual— firmen un contrato. En segundo término, en dicho acuerdo la gestante se compromete a gestar por cuenta de los padres comitentes un embrión fecundado (o varios) mediante TRA⁹, a partir de gametos que pueden ser de los comitentes, de la propia gestante o procedentes de donación¹⁰. En tercer lugar, dicho acuerdo de gestación puede ser de carácter oneroso o de naturaleza gratuita (aunque cabe reseñar que en esta modalidad se suele aceptar la posibilidad de compensar económicamente

⁸ Entre otros autores, VELA SÁNCHEZ y VILAR GÓNZALEZ en las obras citadas en este artículo.

⁹ Cabe señalar que también el encaje constitucional de las TRA fue cuestionado (en especial respecto a la colisión con el potencial derecho fundamental a la vida de los no nacidos) al introducirse en nuestro ordenamiento en la anterior Ley 25/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida, que fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad y resuelto en la STC núm. 116/1999, de 17 de junio.

¹⁰ VILAR GÓMEZ, S. (2018). *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Madrid, Wolters Kluwer, p.30.

a la gestante, como sucede en el caso objeto de la *STS 277/2022, de 31 de marzo*). Por último, la gestante se obliga de forma irrevocable a entregar al bebé que nazca a los comitentes, renunciando a la filiación materna¹¹.

Debe señalarse que, en el marco internacional, no existe instrumento normativo alguno que regule la GS de forma unificada, ni puede encontrarse una postura comúnmente aceptada, por lo que cada Estado la regula de manera muy distinta¹².

Actualmente, en España la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, declara en su art. 10.1 que «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». Asimismo, entendemos que el ordenamiento español verdaderamente prohíbe¹³ la GS en la medida en que sanciona administrativa (arts. 24.2 y 26.2 LTRHA) y penalmente (arts. 220.2 y 221.1 CP) dicha práctica cuando se realice en territorio español¹⁴.

No obstante, a pesar de que la gestación por encargo se configure como una práctica no permitida en el ordenamiento español, dado el aumento del «turismo reproductivo de elusión jurídica»¹⁵ que ha habido en la última década, se ha originado un conflicto en cuanto a la posibilidad de extraer consecuencias jurídicas de dicho contrato en amparo del interés superior del menor: en concreto, respecto a la inscripción de menores gestados en un país extranjero y al reconocimiento de prestaciones sociales para los comitentes.

En España, ya desde un inicio, la jurisprudencia civil consideró unánimemente que la certificación extranjera en la que constase la filiación de un menor nacido por GS infringía el orden público internacional español, por lo que no podía tener validez ni efectos¹⁶. En este sentido, a modo ilustrativo, cabe referirse a la conocida *STS (Sala de lo Civil) núm. 247/2014, de 6 de febrero*, en la que el Supremo se opuso a reconocer la filiación determinada en el extranjero, puesto que entendía que los

¹¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas: Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, p. 136.

¹² En todo caso, *grosso modo*, pueden distinguirse cuatro grandes opciones de tratamiento legal: la prohibición expresa por ley, la alegalidad, la legalización de la modalidad altruista y la legalización de la modalidad comercial. En PERMANENT BUREAU, HCCH (2012) «*A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*», p.9 y ss.

¹³ En sentido contrario se pronuncian autores como ATIENZA, M. (2015). «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos». *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 63; en claro contraste a lo señalado desde la DGRN en su Resolución de 18 de febrero de 2009: «es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las leyes españolas (vid. art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo)».

¹⁴ QUICIOS MOLINA, S. (2019). «Regulación por el ordenamiento español de la Gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar». *Revista de Derecho Privado*, vol. 103, núm. 1, pp. 7-10.

¹⁵ COHEN, I.G. (2012). «Circumvention Tourism». *Cornell Law Review*, vol. 97, p. 1309.

¹⁶ De lo contrario, se estaría produciendo una suerte de «legalización por vía indirecta» para los casos llevados a cabo en el extranjero.

contratos de GS vulneran la cláusula de orden público internacional al atentar contra principios tan básicos de nuestro ordenamiento jurídico¹⁷ como son la dignidad tanto de los menores como de las mujeres gestantes, así como su derecho a la integridad física y moral, o el libre desarrollo de la personalidad, entre otros.

Doctrina que ha seguido reiterando en su reciente *STS 277/2022, de 31 de marzo*, al señalar que la GS impone a la gestante unas restricciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral que «entraña una explotación de la mujer» y resulta «incompatible con la dignidad de todo ser humano», toda vez que también supone «un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio» (FJ 3.12).

No obstante, con la excusa de contraponer el interés superior del menor con el orden público como si la protección de ambos fuera incompatible, la DGRN ha mantenido su postura de permitir la inscripción en el Registro Civil de la filiación de los menores nacidos en el extranjero por GS con base en el principio del interés superior del menor¹⁸ y, por medio de su *Instrucción de 5 de octubre de 2010*¹⁹ estableció las condiciones²⁰ para acceder a dicha inscripción en el Registro Civil.

Por consiguiente, en la práctica se siguen dando respuestas distintas y contradictorias en materia de inscripción, puesto que los Registros españoles por norma general suelen inscribir dicha filiación contradiciendo el marco de interpretación de los principios de protección del interés superior del menor y de orden público fijados por la jurisprudencia del TS y el TEDH.

Cabe señalar que, hasta la fecha, el Tribunal de Estrasburgo no se ha pronunciado de forma directa sobre la conformidad con el CEDH de la regulación de la GS en ningún Estado parte, puesto que no se le ha planteado todavía un caso de fondo, sino sobre aspectos adyacentes derivados del carácter transnacional de este tipo de contratos. Así pues, ha resuelto que el *derecho al respeto de la vida privada* reconocido en el

¹⁷ En sentido contrario, VELA SÁNCHEZ, A.J. (2015). *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Madrid, Editorial Reus, p.210, quien entiende que «tal convenio gestacional no es contrario a la dignidad de la mujer gestante ni a la del hijo así nacido, por lo que no vulneraría nuestro orden público», en la medida en que la protección de dichas dignidades no es «el único valor fundamental que debe asegurarse».

¹⁸ Lo cual constituye «una clara vulneración del sistema de fuentes», pues termina suponiendo «el reconocimiento por vía reglamentaria de una práctica legalmente inadmitida», según VALERO HEREDIA, A. (2019). «La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales». *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, p. 435

¹⁹ Que sigue vigente, de conformidad con lo dispuesto en la *Instrucción de 1 de febrero de 2019*. Además, con la reforma de la Ley 20/2011, del Registro Civil, se configuró con rango legal la posibilidad de inscribir a los menores nacidos por esta práctica (arts. 24 y 96 LRC, entre otros).

²⁰ La necesidad de que el material genético pertenezca por lo menos a uno de los padres intencionales, la existencia de un consentimiento libre e irrevocable por parte de la gestante, y la presentación de una resolución judicial extranjera que acredite dicha filiación, entre otras.

art. 8 del CEDH exige el reconocimiento de la relación entre los padres intencionales y el niño para así salvaguardar el interés superior del menor²¹.

Así las cosas, debido a las precitadas discrepancias entre los procederes de la DGRN y lo dispuesto por la jurisprudencia española y europea, se producen situaciones divergentes y discriminatorias en relación con el reconocimiento de la filiación de menores nacidos en el extranjero fruto de un contrato de GS. Consiguientemente, la cuestión a debatir es si el marco jurídico actual es adecuado para hacer frente a este asunto, o si la legalización de la GS sería la vía óptima para solventar dicha problemática en nuestro país.

3. ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS BIENES CONSTITUCIONALES AFECTADOS

A fin de aportar un nuevo enfoque respecto a la respuesta jurídica que dentro del marco establecido por la Constitución Española debe darse a la problemática jurídica que supone la GS, se tratará de comprobar la existencia y el alcance de la afectación de los derechos e intereses de los involucrados en lo que podríamos denominar el «triángulo de la gestación por sustitución» —comitentes, gestante y menor—, así como determinar los correspondientes «parámetros de ponderación que garanticen la protección de aquellos que deban priorizarse»²² al enfrentarse a la resolución del encaje constitucional de la GS.

3.1. *Deseo o «derecho» a tener un hijo propio de los padres intencionales*

El primer vértice del triángulo que conforman las partes implicadas en un contrato de GS es el de los comitentes, puesto que su deseo de convertirse en padres por medio de esta técnica es la razón principal que motiva el mero planteamiento de legalizar un contrato de estas características.

Dado que los deseos actualmente no juegan ningún papel vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, y que en los dos otros vértices nos encontramos derechos fundamentales en juego, lo que debe estudiarse primeramente es si existe verdaderamente un derecho a tener hijos que, por ende, pueda contraponerse y ponderarse frente a los derechos fundamentales de las otras partes implicadas.

Así pues, en primer lugar, debe analizarse qué es un derecho fundamental, es decir qué significación y funciones tiene dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Resulta clarificadora en este sentido la jurisprudencia de nuestro TC que ha señalado que «los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de

²¹ SSTEDH *Mennesson v. Francia* y *Labasse v. Francia*, de 26 de junio de 2014; *Foulon y Bouvet v. Francia*, de 21 de julio de 2016; y *Karine Laborie v. Francia*, de 19 de enero de 2017.

²² VALERO HEREDIA, A. (2019). «La maternidad subrogada», op. cit., p. 424.

defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (...). En consecuencia, el Tribunal advierte que «de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa»²³.

Aclarado este punto, resulta necesario acudir a continuación al marco jurídico español para ver si recoge un derecho reproductivo que implique una obligación positiva para el Estado de garantizar el «tener un hijo *propio*»²⁴ o si solo puede calificarse como un deseo legítimo de un individuo, no vinculante para el poder público.

Algunos autores²⁵ entienden la libertad de decisión en cuanto a la procreación como un equivalente del «derecho de tener hijos», que implica la obligación positiva del Estado de garantizar el ejercicio de dicho derecho por medio del uso de TRA u otras prácticas como la GS.

Sin embargo, esta deducción no parece que pueda extraerse de los textos normativos que conforman el marco jurídico vigente en España. En el marco interno, cabe destacarse que nuestra Carta Magna no recoge un «derecho a tener hijos» ni a «formar una familia», sino que en su art. 39 protege la familia y sus vínculos una vez creados (tanto de los hijos como de las madres, al margen de su filiación y estado civil respectivamente).

No obstante, parte de la doctrina trata de sustentar la existencia de dicho derecho en nuestro ordenamiento jurídico. A modo ilustrativo, en este sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ ha defendido la opción de reconocer este derecho de libre decisión de reproducirse o no dentro del ámbito de autonomía individual o libertad personal que recoge el art. 17 CE²⁶, y ROCA TRÍAS lo encuadra en los derechos de integridad física y de protección de la salud (arts. 15 y 43 CE)²⁷.

²³ STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 4).

²⁴ Debe recordarse que en el ámbito de las TRA y, muy especialmente, de la GS lo que se discute no solo es el derecho a tener un hijo en un sentido amplio (que bien podría satisfacerse con la adopción), sino concretamente de tener un hijo *propio*, entendiéndose por tal el que posea vinculación genética con al menos uno de los comitentes.

²⁵ Entre otros: ILIADOU, M. (2017). «Surrogacy and positive obligations under the European Convention on Human Rights». *Revista Española de Derecho Europeo*, vol. 62, núm. 2, pp. 127-160; o LAMM, E. (2017). «Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución». *Gaceta Sanitaria (SESPAS)*, vol. 31, núm. 6, p. 539.

²⁶ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). *El derecho a la reproducción humana*, op. cit., p. 58.

²⁷ ROCA TRIAS, E. (1988). *La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección fundamental*, Vitoria-Gasteiz, Trivium, p. 25.

Asimismo, otros autores como LAMM o VELA SÁNCHEZ entienden que el «derecho a procrear»²⁸ se sustenta en el libre desarrollo de la personalidad reconocido por el art. 10 CE y que exige el respeto a «la configuración autónoma del propio plan de vida»²⁹. Así, entienden la libertad reproductiva como el derecho a decidir libre y autónomamente sobre la propia capacidad reproductiva, sin injerencias externas. Por ello, parte de la doctrina entiende que la prohibición de la GS lesiona esta libertad reproductiva, así como el libre desarrollo o incluso la dignidad de los comitentes.

Empero, la jurisprudencia del TC ha esclarecido que la libertad reproductiva se deriva de la autonomía personal, y no se trata, por tanto, de un derecho fundamental autónomo, sino de «intereses jurídicos invocables ante la jurisdicción ordinaria según su particular configuración legal»³⁰. Asimismo, ha circunscrito el contenido de dicha libertad a la garantía de adoptar decisiones libres y autónomas sobre su función reproductiva, mas no ha derivado de dicha libertad la obligación positiva del Estado de, por ejemplo, autorizar el acceso a métodos anticonceptivos³¹ o a la interrupción voluntaria del embarazo³². Tampoco, por tanto, a la luz de la jurisprudencia constitucional, puede extraerse de la protección de la autonomía personal y reproductiva un deber estatal de facilitar la reproducción mediante el acceso a todas las técnicas científicamente posibles, incluyendo la GS.

Ahora bien, dado que el art. 10.2 CE nos obliga a interpretar los derechos fundamentales de conformidad con los textos internacionales ratificados por España en la materia, resulta necesario abordar este escenario.

En el marco europeo, tampoco se encuentra un reconocimiento expreso del «derecho a tener un hijo». En amparo del derecho a la vida privada y familiar (art. 7 CDFUE), en materia de gestación por sustitución, el TJUE solo se ha pronunciado en dos ocasiones³³ en relación con las obligaciones que se derivan de ciertas Directivas Europeas para la concesión de permisos de maternidad a madres comitentes.

Por su parte, el TEDH ha desarrollado en sus sentencias el ámbito de protección de los derechos reproductivos en el marco del art. 8 CEDH, y ha reconocido el derecho a que se respete la decisión de ser (o no) padre o madre³⁴ dentro del ámbito del derecho a la vida privada, en la medida en que protege tanto la identidad del individuo y su autonomía personal, como sus relaciones con otras personas.

²⁸ LAMM, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universitat de Barcelona: Publicacions i Edicions, p. 233; VELA SÁNCHEZ, A.J. (2011). «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler». *Diario La Ley*, 7608, p. 8.

²⁹ Entre otras, STC 215/1994, de 14 de julio (FJ 4).

³⁰ ATC 40/2017, de 28 de febrero (FJ 5).

³¹ STC 145/2015, de 25 de junio (FJ 5).

³² STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 11).

³³ SSTJUE de 18 de marzo de 2014 (Asuntos C-363/12 y C-167/12).

³⁴ SSTEDH *Evans v. Reino Unido*, de 10 de abril de 2007; y *Dickson v. Reino Unido*, de 4 de diciembre de 2007.

Sin embargo, el TEDH ha destacado que el respeto a esta decisión no implica el reconocimiento de un derecho de formar una familia bien adoptando, bien de forma biológica³⁵. Es decir, el TEDH lo ha configurado como un derecho de libertad en tanto que debe protegerse la autonomía individual, del que también dimanaban obligaciones positivas como la exigencia de que los Estados parte del Convenio tengan un sistema normativo que proteja dicho respeto a la decisión de ser (o no) padre³⁶. Pero en ningún caso ha establecido que del mismo se deduzca una obligación estatal de autorizar o regular una determinada TRHA para acceder a su uso, entre ellas la GS³⁷.

Cierto es que la jurisprudencia europea ha impuesto la obligación de reconocer la filiación de los menores nacidos por GS en virtud del interés superior del menor y de su derecho a la vida privada, pero ello no implica en ningún caso que se haya pronunciado al respecto de una obligada autorización de la GS como medio para tener un hijo.

En este sentido, cabe destacarse que el TEDH tampoco ha derivado de la existencia de un derecho al respeto de la decisión de ser (o no) padre/madre una obligación de los legisladores nacionales a autorizar prácticas como la interrupción voluntaria del embarazo (salvo en circunstancias muy concretas)³⁸ o el acceso a determinados medios anticonceptivos³⁹. Por consiguiente, resulta coherente interpretar que tampoco deriva una obligación positiva de permitir el acceso a concretas TRA, ni tampoco a la GS: máxime ante la inexistencia de un consenso europeo al respecto de su regulación, fruto de las controversias ético-morales y la relevancia de los intereses y derechos que se encuentran en juego.

Por último, a nivel internacional, en el marco de los Pactos y Convenios Internacionales ratificados por España, tampoco puede encontrarse un reconocimiento de un derecho de reproducción del que dimane una obligación positiva de los Estados a autorizar la GS. Por una parte, el Comité de DDHH de la ONU ha protegido la autonomía reproductiva de las mujeres⁴⁰ al amparo de los derechos recogidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, focalizando la protección en la libertad de las personas en el ámbito reproductivo, proscribiendo injerencias externas y consecuencias negativas derivadas de las decisiones reproductivas tomadas.

³⁵ STEDH *Paradiso Campanelli v. Italia*, de 24 de enero de 2017: «El derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia» (§141).

³⁶ STEDH *V.C. v. Eslovaquia*, de 8 de noviembre de 2011.

³⁷ DÍAZ CREGO, M. (2020). «La posición de los comitentes en el debate en torno a la gestación por sustitución: a las vueltas con el supuesto derecho a tener hijos». *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 31, p. 16.

³⁸ STEDH *A, B y C v. Irlanda*, de 16 de diciembre de 2010.

³⁹ Decisión del TEDH *Pichon y Sajous. v. Francia*, de 2 de octubre de 2001.

⁴⁰ COOK, R.J. (1997). «UN Human Rights Committees advance reproductive rights». *Reproductive Health Matters*, vol. 5, núm. 10, p. 151.

Pero, nuevamente, no ha impuesto obligaciones positivas a los Estados en materia reproductiva⁴¹.

Más incisivo ha sido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en materia de acceso a TRA y en el desarrollo de la protección al derecho a la salud sexual y a la autonomía reproductiva⁴². Este Comité entiende que los Estados no están obligados a facilitar la propia reproducción autorizando unas concretas TRA, sino que poseen una amplia libertad en dicha elección legislativa, si bien en su regulación debe permitir un acceso no discriminado.

Así pues, tras estudiar el marco jurídico vigente en España, tanto a nivel interno como internacional, puede afirmarse que, si bien se ha constatado el reconocimiento y consiguiente protección de la libertad reproductiva y del derecho al respeto a la decisión de ser (o no) padres, de ello no se deriva que exista una obligación positiva de los Estados de garantizarla autorizando cualquier técnica existente. Más bien el reconocimiento de la libertad reproductiva implica el derecho de acceso a aquellas TRA permitidas por el legislador nacional, sin sufrir discriminación alguna. Consiguientemente, de ningún modo cabe derivar la obligación del legislador interno —en este caso al español— de autorizar una técnica como la GS en su territorio.

De este modo, el examen del encaje constitucional de la legalización de la GS debe realizarse desde la consideración de que, en el primero de los vértices, aquel que propiamente da inicio al esquema triangular, nos encontramos con unos comitentes que no ejercitan ningún derecho fundamental, sino que expresan su legítimo deseo de usar la GS como vía para tener un hijo. Esta cuestión resulta harto relevante puesto que en los otros dos vértices se encuentran en juego derechos fundamentales, tanto de la gestante como del menor.

La libertad reproductiva alcanza el uso de técnicas en la propia reproducción. Pero en la medida en que esta práctica requiere del uso de la capacidad reproductiva de un tercero (la gestante), el marco jurídico vigente exige que la limitación de los derechos de esta gestante se realice bien con base en un fin social superior que constituya en sí mismo algún valor constitucionalmente reconocido y que su priorización resulte de la propia Constitución⁴³; bien para proteger otro derecho constitucionalmente reconocido⁴⁴, siempre con respeto al principio de proporcionalidad en sentido amplio.

Por lo tanto, tal y como destaca DÍAZ CREGO, «la reflexión habrá de girar sobre los objetivos que persigue tal regulación, sobre su legitimidad y sobre la proporcionalidad de la injerencia»⁴⁵, pues nos encontramos ante un verdadero ejercicio de

⁴¹ A excepción de permitir el acceso a abortar de forma segura en determinados casos que pongan en riesgo el derecho a la vida, integridad personal y seguridad reproductiva de la madre.

⁴² A modo ilustrativo, Dictamen del Comité DESC respecto de la *Comunicación 22/2017, S.C. y G.P. v Italia*, de 28 de marzo de 2019.

⁴³ STC 22/1984, de 17 de febrero (FJ 3).

⁴⁴ Por todas, STC 91/1983, de 7 de noviembre.

⁴⁵ DÍAZ CREGO, M. (2020). «La posición de los comitentes», op. cit., p. 34.

ponderación de bienes constitucionales que nace no fruto del ejercicio de un derecho legalmente reconocido, sino de un respetable deseo humano. En definitiva, como concluyen el Comité de Bioética en su Informe de 2017 y el Tribunal Supremo en su última sentencia en materia de GS: «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»⁴⁶.

3.2 *Libertad reproductiva y autodeterminación personal frente a la dignidad y la integridad física y psíquica de la gestante*

Con casi toda seguridad, el segundo vértice del triángulo de derechos e intereses que dibuja la GS es el que provoca mayor controversia y da pie a dos posicionamientos absolutamente contrarios: quienes consideran esta práctica supone un atentado contra la dignidad de la gestante, y la de aquellos que entienden que se trata de una manifestación de la autonomía de la voluntad de dicha mujer gestante.

Consiguientemente, en tanto los bienes protegidos constitucionalmente que se encuentran en juego principalmente son la dignidad y la libertad de la gestante, debemos dilucidar las exigencias de ambas para poder contrastar su afectación por la práctica de la GS.

Ambos valores aparecen jurificados en textos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y también a nivel supranacional en el propio Tratado de la Unión Europea en su art. 2, como fundamento de dicho tratado, y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Pero interesa concretar el examen desde la perspectiva constitucional por lo que, si acudimos a la Constitución Española de 1978, lo primero que cabe señalar es que se trata de una norma «cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de la convivencia política e informar todo el ordenamiento jurídico»⁴⁷. Este núcleo axiológico del ordenamiento constitucional se traza en los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE, que proclaman los principios, valores y fundamentos esenciales que informan dicho ordenamiento y cuya conjunción permite afirmar que la dignidad de la persona es el «valor supremo».

Así, por una parte, la Constitución establece en su art. 10.1 la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. No cabe duda de que se trata de un concepto complejo y con diversas connotaciones, pero a efectos de este análisis resultan relevantes las implicaciones jurídicas del mismo. Para esclarecerlas, cabe acudir a la definición dada por el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la CE: «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona»⁴⁸ que se proyecta sobre los derechos individuales y, por consiguiente, debe «permanecer

⁴⁶ STS 277/2022, de 31 de marzo (FJ 3.12).

⁴⁷ STC 9/1981, de 31 de marzo (FJ 3).

⁴⁸ STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 8).

inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan al disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»⁴⁹.

De esta concepción, ALEGRE MARTÍNEZ rescata que la naturaleza jurídica de la dignidad reconocida constitucionalmente tiene un triple carácter: «en primer lugar, la base y la razón de ser de los derechos inviolables inherentes a la persona», es decir que el reconocimiento de los derechos fundamentales trae causa obligada de la prevalencia del valor de la dignidad⁵⁰. En segundo lugar, «la dignidad funciona como un fin, tanto del reconocimiento de los derechos como de la previsión de garantías para la protección en el ejercicio de los mismos». Por último y como consecuencia de lo anterior, «la dignidad se convierte en un límite»⁵¹, puesto que en la medida en que la existencia de derechos trae causa de la dignidad, el respeto a la dignidad, tanto de los demás como la propia (dado que los derechos que le son inherentes son irrenunciables) funciona como límite de los derechos propios. Así pues, la dignidad contribuye a la configuración de los derechos fundamentales y sirve como pauta de interpretación y aplicación de los mismos⁵².

Por otro lado, nuestra Carta Magna señala la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) que debe emplearse como parámetro de interpretación de todas las normas que lo integran y tiene diversas expresiones, entre las cuales encontramos el principio de autonomía de la voluntad. Este concepto esencial del Derecho privado parte del entendimiento de que toda persona puede «regir y ordenar su propia conducta mediante sus propias normas sin depender de nadie ni ser obligado a ella por un impulso externo»⁵³. Esta libertad general de acción es reconocida al individuo para el desarrollo libre de su personalidad moral como principio en el mentado art. 10.1 CE.

Ahora bien, esta libertad de decisión y acción no es ilimitada, puede verse restringida en su ejercicio por la exigencia de respeto a los derechos y libertades de los demás, y el mantenimiento de la paz social, siempre de forma ponderada y según permita el marco constitucional⁵⁴. Por tanto, debe remarcar que no es suficiente con la

⁴⁹ STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 4).

⁵⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1992). *El sistema constitucional español*, Madrid, Editorial Dykinson, p. 163.

⁵¹ ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. (1996). *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento Constitucional español*, León, Universidad de León, pp. 74-75.

⁵² GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (2005). «Dignidad y ordenamiento comunitario». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, p. 226.

⁵³ SORO RUSELL, O. (2016). *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*, Madrid, Editorial Reus, p. 10.

⁵⁴ Tal y como destacó el Tribunal Supremo en la paradigmática STS 247/2014, de 6 de febrero, la «posibilidad de elección tiene unos límites que (...) vienen constituidos por el respeto al orden

clásica condición de prohibición de daños a terceros, sino que el valor de la dignidad humana, fundamento del orden político y la paz social, también opera como límite.

Habiendo aclarado las exigencias de los bienes constitucionales contrapuestos, resulta pertinente regresar a la pregunta formulada al principio para resolver su enfrentamiento en el ámbito de la GS y la gestante: ¿la decisión libre de prestarse a gestar un menor para otros puede o no anular la consideración de que este proceso implique un atentado contra su dignidad?

Ante el argumento de la autonomía de la gestante, en tanto ella consiente libre y conscientemente gestar para terceros, deben puntualizarse varios aspectos. Primeramente, debe recordarse que la libertad de autodeterminación no es ilimitada, sino que puede restringirse este derecho de decisión, entre otros, cuando se vulnere la propia dignidad humana.

A pesar del grado de contingencia que tiene la cláusula de dignidad⁵⁵, buena parte de la doctrina y de los Tribunales⁵⁶ asume generalizadamente la definición asociada a su afectación negativa, por lo que ha venido manejando la fórmula del objeto (*Objektformel*) para rechazar la instrumentalización del ser humano: «se entiende que se verá menoscabada [la dignidad] cuando un ser humano sea degradado a la condición de objeto o de simple medio para conseguir un fin»⁵⁷. Así pues, si bien un objeto puede usarse como un medio al servicio de un determinado fin; la persona y también su cuerpo y funciones, no pueden ser instrumentalizados para un fin que le sea ajeno, por lo que consiguientemente no puede ser objeto de transacción⁵⁸.

En este sentido, cabe destacar que no solo el Estado puede potencialmente reducir al ser humano a un mero objeto, carente de voluntad, sino que también el propio titular puede atentar contra su propia dignidad al renunciar al ejercicio de su libertad⁵⁹. Así, un individuo por mucho que consienta libre y voluntariamente no puede venderse como esclavo ni puede autorizar a que se lo mutile, puesto que atenta contra el principio de indisponibilidad del propio cuerpo, con base en el respeto a la dignidad humana.

Por lo tanto, aunque la gestante se preste de forma voluntaria, e incluso altruista, a la GS se verá objetivamente reducida a llevar a cabo un papel instrumental, puesto que se utiliza su función reproductiva para satisfacer un fin ajeno. Esto se ve plasmado en la exigencia contractual de vivir su embarazo desde una perspectiva estrictamente funcional, como una experiencia extraña a sí misma, por lo que se le prohíbe

público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución» (FJ 3.4).

⁵⁵ Así lo advierten los distintos autores de la obra colectiva CHUECHA, R. (Dir.) (2015). *Dignidad humana y derecho fundamental*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

⁵⁶ A modo ilustrativo, véase la STJUE de 9 de octubre de 2001 en el asunto C 377/98.

⁵⁷ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2020). «Incertidumbres y algunas certezas sobre la gestación subrogada en Portugal». *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 31, p. 19.

⁵⁸ VALERO HEREDIA, A. (2019). «La maternidad subrogada», op. cit., p. 431.

⁵⁹ ALVARADO TAPIA, K.P. (2015). «El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España». *Revista IUS*, vol. 10, p. 26.

formar un vínculo emocional con el menor que gesta. Asimismo, contractualmente, las decisiones relevantes respecto a la gestación y el nacimiento como son la opción de mantener el contacto con la gestante tras el parto o cuántos embriones se transfieren⁶⁰, entre otras, quedan a la sola voluntad de los padres contratantes.

Precisamente, el Tribunal Supremo en su reciente *STS 277/2022, de 31 de marzo* (FJ 3.7) recoge la situación en que se encuentra la madre gestante: «Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual (...) renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica».

Asimismo, el Supremo denuncia la regulación por contrato de «cuestiones como la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, cómo será el parto (por cesárea, «salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal»), qué puede comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia, de modo más intenso según avanza el embarazo, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, hasta recluirla en una concreta localidad distinta de la de su residencia en la última fase del embarazo. La madre gestante se obliga «a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre». Y, finalmente, se atribuye a la comitente la decisión sobre si la madre gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufra alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal».

Todo lo expuesto constata como en la GS quien dispone realmente de su cuerpo y sus funciones de reproducción y gestación no es la gestante sino los comitentes⁶¹, lo cual permite al Tribunal Supremo concluir que tanto la gestante como menor nacido por GS son «tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos».

Con todo, podría cuestionarse si la situación de la GS se puede asimilar análogamente a realizar un trabajo arduo a cambio de una retribución en beneficio de una tercera persona. Ciertamente, existen condiciones laborales que pueden ser degradantes y contrarias al respeto de la dignidad, razón por la cual el legislador ha adoptado un marco normativo riguroso y estricto para garantizar que cuando un individuo ponga su capacidad de trabajo a disposición de un tercero lo haga «en tanto que persona».

Por el contrario, la gestante se compromete a «poner a disposición» de una(s) tercera(s) persona(s)⁶² su útero y su capacidad de gestar a cambio de una «compensación», cosa que resulta incompatible con el principio de indisponibilidad del cuerpo

⁶⁰ Elemento determinante clínicamente para considerar si se trata o no de un embarazo de riesgo.

⁶¹ VALERO HEREDIA, A. (2019). «La maternidad subrogada», op. cit., p. 432.

⁶² Precisamente esta puesta a disposición en beneficio de terceros es lo que impide trasladar a la GS «los argumentos de consentimiento del paciente ante cualquier intervención sobre su propio cuerpo», destaca SALAZAR BENÍTEZ, O. (2017). «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos». *Revista De Derecho Político*, núm. 99, p. 95.

humano: los contratos de GS tienen por objeto las funciones de reproducción y gestación de la mujer y también su cualidad de madre, ambos «elementos que pertenecen al propio ser de una persona»⁶³ y, por tanto, son bienes jurídicos indisponibles. En la medida en que corresponden «al ámbito de las personas y no al de las cosas»⁶⁴, se encuentran fuera del comercio de los hombres, es decir, no pueden ser objeto de contrato alguno, tampoco a título gratuito. Así pues, la gestante se obliga a realizar un acto que roza la alienación y que no puede asimilarse a ninguna otra prestación laboral.

Pero es que, además, si la GS se convirtiese en una opción de trabajo para las mujeres, es decir en un medio de supervivencia⁶⁵ para alcanzar la estabilidad y bienestar económicos necesarios para ellas y sus familiares, no cabría hablar de un libre ejercicio de la autodeterminación: «en tanto las mujeres deban ofrecer sus cuerpos y su útero, y sean empujadas a convertirse en «fabricantes de bebés» para paliar sus necesidades básicas, la libertad reproductiva estará viciada desde sus inicios, al margen de que de esta forma estamos avalando la creación de un mercado»⁶⁶.

Además, debe advertirse que dicho contrato de GS en virtud del cual los deseos de los padres intencionales justificarían el uso de la mujer gestante como un medio o instrumento⁶⁷, se supone que se contrae en un pretendido contexto de libertad e igualdad de condiciones para pactar, sin tener en consideración que en muchos casos esta autonomía es más que cuestionable dado que las gestantes se encuentran en situación de especial vulnerabilidad socioeconómica, cosa que aumenta el riesgo de explotación de mujeres⁶⁸.

Precisamente, el Tribunal Supremo en su reciente *STS 277/2022, de 31 de marzo*, agudamente destaca que «no es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a

⁶³ MONTERO, E. (2015). «La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas y las cosas». *Persona y Derecho*, núm. 72, p. 8.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁶⁵ SALAZAR BENÍTEZ, O. (2017)., op. cit., p. 105.

⁶⁶ MIR CANDAL, L. (2010). «La maternidad intervenida: reflexiones en torno a la maternidad subrogada». *Revista Red Bioética/UNESCO*, vol. 1, p. 12.

⁶⁷ SALAZAR BENÍTEZ, O. (2020). «La autonomía de las mujeres en juego: la gestación para otros desde una perspectiva de género». *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 31, p. 38.

⁶⁸ De hecho, en la *STS 277/2022, de 31 de marzo*, el Tribunal advierte que «la lógica perversa de un mercado que tenga por objeto la gestación subrogada de niños favorece que estos contratos se celebren y ejecuten cada vez con más frecuencia en aquellos Estados en los que se otorgan mayores prerrogativas a los comitentes y, correlativamente, se acentúe la vulneración de ... la dignidad de la mujer gestante» (FJ 3.11). En este sentido, cabe reseñar la experiencia británica pues, a pesar de haber legalizado una suerte de modelo de gestación para otros de carácter altruista, la falta de oferta ha generado una proliferación del turismo reproductivo a países que admiten la modalidad comercial, con condiciones de protección de derechos de la gestante bastante laxas. Véase: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/mar/14/childless-britons-increasingly-surrogate-babies>

ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano» (FJ 3.8).

Por tanto, de todo lo expuesto y analizado, puede constatarse que la mercantilización del cuerpo y los derechos de la gestante resultan objetivamente insoportables dentro del marco constitucional actual. Así las cosas, parece claro que la dignidad, en tanto que razón de ser y fin de los derechos fundamentales, debe a su vez operar como límite de los mismos.

No obstante, a pesar de todo lo argumentado hasta el momento, no puede darse por resuelto el conflicto que surge entre la libre autodeterminación y la dignidad humana, puesto que el rechazo de la GS altruista siempre requiere de una mayor fundamentación⁶⁹.

En este sentido, cabe recordar que el TC entiende que la dignidad se manifiesta singularmente «en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás»⁷⁰. Por tanto, se refleja en la libertad personal de la mujer a tomar decisiones sobre su propia vida, su cuerpo y su reproducción. Así las cosas, debemos cuestionarnos si ante el consentimiento libre, auténtico, informado y competente por parte de la gestante en un contrato de GS altruista, cabe oponer el atentado de la dignidad como límite. ¿O es precisamente al no respetar esta decisión libre y autónoma que se la está objetivando?

Para resolver esta cuestión, debemos analizar las implicaciones de dicho consentimiento. En primera instancia, debe destacarse que el consentimiento de los comitentes y de la mujer gestante no son simétricos, puesto que el de esta última implica el asentimiento de intromisiones continuadas durante todo el proceso en varios de sus derechos fundamentales, principalmente en su derecho a la integridad física y psíquica (art. 15 CE) y en su libre autodeterminación (arts. 10, 17 CE), tal y como se observa en las cláusulas del contrato transcritas en la *STS 277/2022, de 31 de marzo* (FJ 1). Tampoco es simétrico en la medida en que la gestante renuncia anticipadamente a los derechos y deberes propios de la maternidad del bebé que gesta⁷¹.

Por otra parte, cabe señalar el desajuste que existe entre la prestación del consentimiento y la imposibilidad de revocación una vez ha iniciado la gestación. La aceptación inicial no garantiza necesariamente que se mantenga dicho consentimiento a lo largo de la ejecución del contrato. Debe tenerse en consideración la advertencia realizada por el Tribunal Constitucional portugués respecto al consentimiento informado en el marco de la GS: la gestación es un «proceso complejo, dinámico y único» en el que se desarrolla una relación entre la embarazada y el feto. Este vínculo puede producir mutaciones en la autoconciencia de la gestante que no pueden anticiparse

⁶⁹ Puesto que diversos autores entienden que «la opción de la gestación altruista elimina una buena parte de las objeciones», tal y como sostiene MATIA PORTILLA, F.J. (2019). op. cit., p. 116.

⁷⁰ STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 8).

⁷¹ STS 277/2022, de 31 de marzo: «La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad» (FJ 3).

completamente *ex ante*⁷². Consecuentemente, no puede tenerse por suficientemente informado el asentimiento prestado al inicio del contrato «respecto a la totalidad de ese proceso antes de que el mismo se materialice»⁷³.

Por ello, la falta de información suficiente en el momento de emitir el consentimiento impide que este pueda reputarse completamente libre. En consecuencia, por mucho que *a priori* el consentimiento no estuviese viciado, ello no logra garantizar de forma suficiente la concurrencia de voluntariedad a lo largo del proceso y, entonces, si *a posteriori* la gestante se opusiese a ejecutar el contrato, «una eventual ejecución forzosa del mismo o una penalización pecuniaria por su incumplimiento»⁷⁴ supondrían una afectación intolerable de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante. En otras palabras, se produce una grave afectación de la libertad y autonomía individual de la gestante puesto que contractualmente «queda presa de unas condiciones que la someten a una presión a veces insoportable»⁷⁵, de las que tiene difícil (o casi imposible) salida.

Así pues, el elemento definitorio de la GS, sea comercial o altruista, que es la prestación del consentimiento permanente e irrevocable por parte de la gestante (después del inicio del procedimiento de TRA)⁷⁶ es indiscutiblemente inconstitucional por limitar desproporcionadamente el respeto al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de la gestante.

En definitiva, la configuración del contrato de GS, en todas sus modalidades, resulta incompatible con la protección constitucional de la dignidad y los derechos fundamentales de la gestante, en la medida en la que es tratada como un medio para satisfacer un fin ajeno, y no como un fin en sí misma. En consecuencia, nuestro actual marco constitucional «no puede amparar conductas que sean contrarias a las demandas de la dignidad de la persona que, por esencia, es irrenunciable»⁷⁷.

⁷² En muchas ocasiones, la gestante no ha podido prever o entender cabalmente en el momento en el que se ofrece a gestar al bebé lo que le implicará entregarlo, incluyendo el posible sufrimiento o daños que le pueda causar. Así lo recoge SUNSTEIN, C.R. (1992). «Neutrality in Constitutional Law (With Special Reference to Pornography, Abortion, and Surrogacy)». *Columbia Law Review*, vol. 92, p. 46.

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal 225/2018, de 24 de abril (§43).

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ MARRADES PUIG, A. (2017). «La gestación subrogada en el marco de la CE: una cuestión de derechos». *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 65, p. 17.

⁷⁶ De hecho, si se compara con el consentimiento que los distintos instrumentos jurídicos exigen en la práctica de la adopción la diferencia es notoria, pues se prohíbe consentir antes del parto a la misma y se requiere un periodo de mínimo 6 semanas tras el parto antes de que la gestante pueda prestar dicho consentimiento a la adopción (véase art. 4 del Convenio de La Haya de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional).

⁷⁷ VALERO HEREDIA, A. (2019). «La maternidad subrogada», op. cit., p. 431.

3.3. *Dignidad e interés superior del menor*

Corresponde ahora examinar el último vértice del triángulo: el tratamiento jurídico-constitucional de la GS desde el enfoque de la dignidad y los derechos del menor nacido por esta vía, así como la protección de su interés superior en tanto no se regule dicha práctica.

Previamente, debe tenerse presente que el menor es el que mayor protección exige dada su incapacidad de proteger y defender por sí mismo sus derechos. Así, el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) establece el marco de la protección del interés superior del menor, como principio rector consagrado en nuestro ordenamiento por medio del art. 39.4 CE⁷⁸ y que implica la orientación y limitación en las decisiones de conformidad con los derechos de los niños y prevaleciendo de forma prioritaria en caso de ponderación.

En este contexto, parte de la doctrina ha abogado por la necesidad de reconocer el vínculo de filiación que une al menor nacido por GS y los comitentes. Por su parte, el sector opuesto entiende que el interés de los menores exige la persecución de prácticas como la GS que mercantilizan la filiación y terminan «convirtiendo a los menores en un objeto sometido a las reglas del mercado»⁷⁹.

Bien se parta de una u otra posición, cabe examinar los riesgos que pueden afectar al menor en el marco de la GS:

i) Riesgo de cosificación del menor e instrumentalización de la vida humana

Los defensores de la GS señalan que el deseo y la firme voluntad de ser padres que tienen los comitentes los guiará a actuar en interés superior del menor. No obstante, el Comité de Bioética de España⁸⁰ advierte que ese mismo deseo puede implicar el riesgo de percibir al menor como un objeto, como «propiedad de otro» —en mayor medida que en otra relación paterno-filial—, puesto que los comitentes pueden escoger ciertos aspectos sobre las características tanto del menor (como puede suceder en otras TRA) como de la mujer gestante. En este sentido, ya existen casos⁸¹ en el

⁷⁸ Véase también el desarrollo en arts. 2 y ss de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

⁷⁹ DILLARD, C. (2010). «Future Children as Property». *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 17, pp. 47-80.

⁸⁰ VV.AA. (2017). «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada», pp. 30-39. Disponible en:

http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

⁸¹ Entre otros muchos ejemplos, noticia de la BBC sobre el abandono de una pareja australiana de uno de los gemelos nacidos por GS porque tenía síndrome de Down:

https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm
O el abandono de un menor enfermo y que después fue sustraído de la madre gestante en México: https://www.huffingtonpost.es/2017/08/09/un-dramatico-caso-de-vientre-de-alquiler-en-mexico-acaba-con-el_a_23071789/

ámbito comparado en los que cuando el menor no cumple con «las expectativas por las que fue adquirido será difícilmente admitido» por aquellos comitentes. De hecho, la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado en un *Informe de febrero de 2015* ya advirtió de las graves amenazas respecto a «los derechos humanos, incluidos los del menor, en relación con los contratos de GS internacional, señalando las siguientes: abandono de niños por parte de los comitentes por razones de salud o de preferencia de sexo, (...)»⁸².

Por ello, el TS, en la ya mencionada *Sentencia 247/2014, de 6 de febrero* (FJ 6 y 8), señala que el ordenamiento jurídico español no acepta ni en materia de adopción ni de TRA la vulneración de la dignidad del menor por medio de la mercantilización de la filiación. Por el contrario, señala que con la GS se produce una «cosificación» del niño al determinar su filiación en favor del que realiza el encargo por medio de un contrato, cosa que lo convierte en un objeto del tráfico mercantil, máxime en el marco de la modalidad comercial. En la misma línea, en su *Sentencia 277/2022, de 31 de marzo*, advierte que se cosifica «al futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes ... pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente» (FJ 3.9).

Y es que precisamente una de las razones que justifican la existencia en nuestro ordenamiento del art. 10 LTRHA, como norma de orden público, es el respeto al interés del menor que exige no considerarlo como objeto de un contrato orientado a su generación⁸³ y a la alteración previa de su filiación.

ii) Riesgo de tráfico de menores.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000) establece en su art. 2: «Por venta de niños se entiende 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». Resulta bastante evidente que la modalidad comercial de GS encaja en esta definición puesto que, aun compartiendo carga genética con uno de los comitentes, lo cierto es que a la gestante se le paga por renunciar a su maternidad legal y entregar al menor que ha parido.

En este mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo en su reciente *STS 277/2022, de 31 de marzo*, al considerar que la gestación por sustitución en su modalidad comercial encaja al completo en la definición de «venta de niños» descrita en el precitado art. 2 del Protocolo Facultativo en la medida en que concurren los tres elementos que exige dicha concepción: «a) «remuneración o cualquier otra

⁸² Documento disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>

⁸³ QUIÑONES ESCAMEZ, A. (2009). «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada». *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, p. 39.

retribución»; b) el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes); y c) el intercambio de «a» por «b» (pago por la entrega del niño). La entrega a que se obliga la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (esto es, de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución».

En consecuencia, el Supremo determina que se lesiona gravemente «la dignidad e integridad moral del niño (y puede también serlo para su integridad física habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes) que se le considere como objeto de un contrato, y atenta también a su derecho a conocer su origen biológico» (FJ 3.5).

Con todo, cabe cuestionarse si la GS altruista logra atajar dicho peligro, de manera que debe discutirse nuevamente acerca del objeto del contrato: o bien se presta un servicio de gestación de un niño a cuya filiación consiente renunciar, o bien incluye la eventual entrega a los comitentes del menor al que la gestante ha dado vida⁸⁴. Asimismo, cabe destacar que la mayoría de normativas de otros Estados que admiten la modalidad altruista de GS siempre prevén que exista compensación económica para la gestante (como también sucede en el caso objeto de la *STS 277/2022, de 31 de marzo*), por lo que persiste el riesgo de tráfico de menores y de instrumentalización de la gestante en la medida en que dicha compensación puede amagar una retribución encubierta⁸⁵.

En todo caso, lo cierto es que la cuestión de fondo, moral y jurídica, se refiere a la legitimación de un contrato que pone en circulación el cuerpo, la integridad física y psíquica de la gestante, así como la transmisión contractual de la filiación o del propio menor, más allá de la existencia o no de compensación económica.

La cuestión para formular en este sentido sería qué produce una mayor lesión en la esfera de derechos del menor: ¿la legalización de la GS o la situación actual de incertidumbre para los menores nacidos por esta vía?

iii) Problemas relacionados con la protección de los derechos fundamentales del menor nacido por GS.

⁸⁴ ARECHEDERRA ARANZADI, L.I. (2018). *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo*, op. cit., p. 307: «En la gestación por sustitución se adquiere un hijo. La donación de un hijo es inaceptable como es la venta de un hijo», es decir entiende que la GS no es un contrato de servicio, sino un acto de disposición, sea oneroso o gratuito.

⁸⁵ Por ejemplo, en Canadá, país donde se encuentra legalizada la modalidad altruista en virtud de la *Assisted Human Reproduction Act* (2004), CBC News ha destapado este tipo de problemáticas debido a la falta de «oversight» de las gestaciones subrogadas, teóricamente de carácter altruista pero que se ha podido constatar que existen pagos encubiertos mediante el uso de «trusts» o de facturas a reembolsar falsas, en CBC NEWS (02.03.2020). «Why a lack of oversight of surrogacy in Canada leaves some parents feeling taken advantage of». Disponible en: <https://www.cbc.ca/news/health/surrogacy-agencies-expenses-costs-oversight-canada-1.5476965>

No puede rehuirse de la problemática que afecta a los derechos de los menores nacidos a través de GS en un país con el cual los padres intencionales no tienen vínculo alguno. Al ser trasladados al Estado de procedencia de los comitentes, surgen trabas respecto al reconocimiento e inscripción de la filiación de dicho menor, en la medida en que debe encajarse esta situación con el respeto del interés superior del menor y del orden público dentro del marco jurídico-constitucional español.

En primer lugar, debe respetarse el derecho a la vida familiar del menor, cosa que de conformidad con la jurisprudencia del TEDH implica mantener el vínculo familiar desarrollado con los comitentes⁸⁶, aunque no puede ni debe obviarse que el origen de la vida familiar se encuentre en hechos constitutivos de delito, en cuyo caso no puede invocarse el interés superior del menor ni la preservación de dicha vida familiar como «excusa para inaplicar las disposiciones penales correspondientes»⁸⁷.

Hay autores que entienden que sobre la conducta defraudatoria de los comitentes debe primar el interés superior del menor, bloqueando así los efectos sancionadores que pudiera haber sobre el reconocimiento de la filiación en favor de los comitentes⁸⁸. También en esta línea interpretativa se ha basado en varias ocasiones la DGRN para seguir inscribiendo la filiación determinada en el extranjero en el Registro Civil de los menores con base al entendimiento de que su interés superior exige que estos queden al cuidado de los padres comitentes⁸⁹.

Por el contrario, otros defendemos que el interés superior del menor «no puede alegarse como paraguas después de violar la ley»⁹⁰, y en el mismo sentido ha argumentado el TS que entiende que ha de ser un criterio de interpretación e integración de la ley para colmar lagunas, y no un criterio de transgresión o elusión normativa (STS 247/2014, de 6 de febrero, FJ 5).

En consecuencia, debe repararse en la advertencia que hizo el TS respecto al recurso abusivo del «interés superior del menor» como fundamento que avale terminantemente el reconocimiento de la filiación producto de una GS transnacional, puesto que tal argumentación «debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera

⁸⁶ SSTEDH caso *Paradiso Campanelli v. Italia* de 24 de enero de 2017 (§140 y §151 y ss); y caso *Valdís Fjölfnisdóttir y otros v. Islandia* de 18 de mayo de 2021 (§62).

⁸⁷ NANCLARES VALLE, J. (2020). «El interés superior del menor en la gestación por sustitución». *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 31, p. 21.

⁸⁸ Entre otros, PRESNO LINERA, M.A. JIMENEZ BLANCO, P. (2014). «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia». *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, p. 25; o HERNÁNDEZ LLINÁS, L. (2020). «Gestión por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas». *Revista De Derecho Político*, núm. 107, p. 204

⁸⁹ Entre otras, RDGRN de 18 de febrero de 2009.

⁹⁰ M HUALDE MANSO, M.T. (2012). «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, p. 7.

sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él». Resulta esencial remarcar este fragmento porque refleja la primacía absoluta del orden público ante una apreciación individualista de los intereses en controversia, puesto que con dicha cláusula se pretende velar, en último término, por la dignidad y los derechos fundamentales de toda la población⁹¹, incluyendo así a las partes que no comparecen en el caso concreto ante los Tribunales⁹².

En todo caso, paralelamente, la jurisprudencia advierte que debe salvaguardarse el derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) y, en concreto, el derecho a la identidad personal del menor. Esto implica, entre otras cosas, que el menor tiene derecho a conocer quiénes son sus progenitores biológicos⁹³ y, en su caso, a establecer los vínculos jurídicos de filiación correspondientes con ellos. Para ello, el TS señala que la determinación de la filiación debe realizarse conforme a los criterios previstos legalmente, y no atribuyendo eficacia a certificaciones extranjeras contrarias a las normas sustantivas y principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

Así, el art. 10 LTRHA se opone a que el contrato de GS sea un título válido para determinar la filiación y, consiguientemente, fija una solución que otorga mayor seguridad jurídica y, por tanto, es más acorde al respeto a la identidad personal del menor. Por una parte, el establecimiento de la paternidad del comitente con vínculo biológico podrá hacerse por vía judicial, de acuerdo con el art. 10.3 LTRHA (así lo recoge también la STS 277/2022, de 31 de marzo, FJ 4.9), de manera que se asegure debidamente la protección del niño y el respeto a su derecho a la identidad.

Por otro lado, la madre legal será la gestante por aplicación de la regla general en un principio, si bien en aras del interés superior del menor, mediante los mecanismos legales permitidos, se podrá posteriormente establecer la filiación en favor de la madre intencional, aunque no haya vínculo genético, de conformidad con lo dispuesto en el Dictamen del TEDH⁹⁴.

⁹¹ En esta misma línea se pronunció también la Gran Sala del TEDH en el caso *Paradiso Campanelli* al conectar el marco del orden público con la protección de los derechos humanos (§ 197) y constatar que la cláusula de orden público no opera como una mera restricción de los derechos, sino que a su vez sirve como marco de protección de dichos derechos.

⁹² SIMÓN YARZA, F. (2020). «El debate sobre los vientres de alquiler, los derechos humanos y el bien común». *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 31, p. 9.

⁹³ En el *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada* de 2017 se defiende que en estos casos el Derecho debería garantizar al hijo «el conocimiento de sus orígenes biológicos: no solo a conocer circunstancias relativas a la gestante y al embarazo que puedan afectar a su propia salud, sino a conocer la identidad de la persona que lo gestó» (p.37).

⁹⁴ *Opinión Consultiva de 10 de abril de 2019*, en respuesta a la *Cour de Cassation* francesa sobre el asunto *Memesson*. El TEDH no exige necesariamente el reconocimiento del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero: se deja al margen de apreciación nacional de cada Estado la elección del procedimiento que reconozca dicha filiación.

En España, en su última sentencia al respecto, el Tribunal Supremo ha reiterado⁹⁵ que dicho mecanismo es la institución de la adopción —«cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción» (FJ 4.10)—, dado que al estar sometida al control judicial asegura adecuadamente la protección de los derechos e intereses del menor ante el riesgo de tráfico de menores: «el «estudio de circunstancias socio-familiares» o ... la idoneidad del adoptante o de los adoptantes para asumir la condición de progenitor respecto del menor adoptado no deben ser consideradas como un obstáculo para la satisfacción del interés superior del menor objeto de la adopción, sino como actuaciones encaminadas a su satisfacción» (FJ 4.11).

DE VERDA Y BEAMONTE⁹⁶ o FARNÓS AMORÓS⁹⁷ cuestionan el uso de la adopción para conseguir los efectos de filiación deseados en vez de admitir directamente la GS, siendo el primero un procedimiento más largo y complejo, para conseguir el mismo resultado. Resulta fácil hacer frente a esta objeción, puesto que es bien conocida la importancia de las garantías formales para velar por los derechos fundamentales: «no [se] anula la inscripción de la filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución respecto de los comitentes para obligarles a dar un rodeo, «cumplir unas formalidades y llegar al mismo sitio»⁹⁸, si el proceso es más complejo es porque busca garantizar la debida protección de los derechos de la mujer que da en adopción y del menor en mayor medida que lo hace el mecanismo de la GS. Y dado los riesgos que implica esta práctica, no puede desmerecerse esa mayor salvaguarda de los derechos fundamentales y la dignidad de las partes implicadas.

Además, cabe señalar que de conformidad con el art. 34.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria se atribuye carácter preferente a la tramitación del expediente de adopción y el art. 176.2.2º CC exime de intervención de la entidad administrativa en caso de adopción del hijo del cónyuge del adoptante o de la persona unida por análoga relación de afectividad, por lo que se cumple con la exigencia de celeridad que impuso en dicho Dictamen el TEDH.

Por lo tanto, puede afirmarse que la jurisprudencia española se ha acogido debidamente a la doctrina marcada por el Tribunal de Estrasburgo en cuanto a la prevalencia de la protección del interés superior del menor, si bien la interpretación del «criterio de orden público» sigue manteniendo lo decretado en la mentada STS 247/2014

⁹⁵ Ya en el ATS 335/2015, de 2 de febrero, el Supremo había señalado que para acceder a la filiación en caso de que el comitente sea el padre genético del menor, por medio de la reclamación judicial de paternidad, y la adopción por parte del otro comitente.

⁹⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2010). «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución: (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)». *Diario La Ley*, núm. 7501, p. 5.

⁹⁷ FARNÓS AMORÓS, E. (2015). «La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología». *Anuario de Derecho Civil del Ministerio de Justicia*, vol. 68, p. 93.

⁹⁸ ATS 335/2015, de 2 de febrero (FJ 6).

(posteriormente ratificada en el Auto 335/2015 y en la reciente STS 277/2022). Consiguientemente, en ocasiones, la aplicación de esta doctrina implica el rechazo de la inscripción de la filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante GS con base en la certificación extranjera, en la medida en que la determinación de dicha filiación debe realizarse por los medios que prevé el ordenamiento jurídico español y que han sido subrayados por la precitada jurisprudencia del Supremo.

En definitiva, el marco diseñado por el Supremo trata de alcanzar un equilibrio justo entre el interés de las partes implicadas —incluido el interés superior del menor— y la preservación del ordenamiento jurídico: «esta solución satisface el interés superior del menor, valorado *in concreto*, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar ... los derechos de las madres gestantes y de los niños en general». Cabe reseñar que el Tribunal entiende que dichos derechos «resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños»⁹⁹.

Así pues, una vez examinados los riesgos que implica la legalización de un contrato como el de la GS respecto a la dignidad, los derechos e intereses del menor, pero también las dificultades que entraña la prohibición actual en España y que pueden suponer un cierto perjuicio para las partes implicadas, cabe concluir que la GS puede producir graves daños en la esfera de derechos y el interés superior del menor dada la mercantilización que se produce respecto de él o su filiación. Por ello, para respetar los derechos e intereses del menor, el ser gestado debería seguir estando fuera del comercio, puesto que su conversión en objeto de transacción contradice frontalmente «las exigencias mínimas de dignidad sobre las que se sustenta nuestro sistema constitucional»¹⁰⁰.

En todo caso, cuando el menor ya ha nacido por GS la protección de sus derechos e intereses adquiere una fuerza superior, y en consecuencia se requiere un marco común para que todas las instituciones del Estado velen adecuadamente por dicho interés superior sin que se produzcan situaciones de desamparo.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos abordado el encaje constitucional de la figura de la GS a través del examen de la afectación de los bienes constitucionales protegidos por dicha práctica, en vistas a su posible legalización como medio para resolver los distintos problemas

⁹⁹ STS 277/2022, de 31 de marzo (FJ 4.14).

¹⁰⁰ SALAZAR BENÍTEZ, O. (2020). «La autonomía de las mujeres en juego: la gestación para otros ...», op. cit., p. 38.

que la actual situación jurídica de proscripción y elusión supone. Así, tras el análisis de los vértices del denominado «triángulo de la GS», podemos apuntar varias conclusiones:

- Los comitentes, quienes propician la creación del triángulo, no ejercitan un derecho fundamental a ser padres amparado por el marco jurídico vigente, sino que se trata de un respetable deseo y, por consiguiente, no puede priorizarse jurídicamente esta legítima aspiración sobre la dignidad y los derechos de la gestante y del menor.
- La libre autodeterminación de la gestante al contraer el compromiso contractual de gestar para otros (en todas sus modalidades) no permite superar el atentado contra su dignidad que el mismo implica si no existe la posibilidad de revocar el consentimiento hasta el momento de entregar al menor, pues ello imposibilita entenderlo como plenamente informado *ex ante*. En consecuencia, se produce una cosificación tal que resulta incompatible con el respeto a su dignidad, valor supremo en la Constitución Española.
- Se constatan elevados riesgos de dañar la esfera de derechos y el interés superior del menor nacido por GS, dada la mercantilización y cosificación que se produce respecto de él o su filiación, cosa que a su vez entraña el riesgo de amparar el tráfico de menores.
- En cuanto a la inseguridad jurídica y la discriminación que sufren aquellos nacidos fruto de la GS transnacional, se comprueba que buena parte se debe al quebrantamiento por parte de la DGRN del marco legal y jurisprudencial que niega la protección jurídica incondicionada de unos vínculos familiares constituidos en vulneración de dicho marco jurídico pero que, en todo caso, permiten reconocer el vínculo con los padres intencionales.
- En atención a los problemas prácticos que presenta la práctica de la GS en España, se aboga por continuar profundizando en la proscripción de esta práctica que atenta objetivamente contra la dignidad y los derechos de la gestante y el menor. Resulta incoherente que la GS se mantenga prohibida en el Derecho interno, pero jurídicamente se pase por alto respecto a lo que suceda en el extranjero.
- Por consiguiente, dada la ineffectividad de la tipificación recogida en el art. 221 CP, debe frenarse el turismo reproductivo con la previsión en el Código Penal de sanciones específicas y concretas¹⁰¹ tanto para los comitentes como para las agencias intermediarias que tramitan los contratos de GS en

¹⁰¹ No puede obviarse la problemática que supone la comisión del delito en cuestión en el extranjero en virtud de las exigencias del principio de territorialidad (arts. 8 CC y 23.1 LOPJ). Sin embargo, excepcionalmente, pueden aplicarse las leyes penales españolas a determinados hechos cometidos fuera de nuestro territorio (persecución de delitos transnacionales al amparo del art. 23.4 LOPJ). A mayor abundamiento, consúltese MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2019). «Vigencia espacial de la ley penal» en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (Coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, Madrid, Agencia Estatal BOE, pp. 148 y ss.

el extranjero. Asimismo, debe preverse legalmente que la nulidad de los contratos también sea aplicable a aquellos celebrados en el extranjero, de manera que la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos en otro país por medio de GS no pueda realizarse cuando el contrato no se ajuste al marco fijado en nuestro ordenamiento, sino que deba atenderse a las vías determinadas jurisprudencialmente para evitar el desamparo de los menores nacidos por esta práctica.

Así pues, tras el examen realizado, se confirma la dificultad de encajar constitucionalmente un modelo de GS que logre salvaguardar suficientemente la dignidad y los derechos fundamentales de las partes implicadas de conformidad con lo reconocido y garantizado en nuestra Carta Magna, por lo que la vía regulatoria no resulta ser la solución óptima a esta problemática jurídica, en tanto no logra una mejora en la salvaguarda de la dignidad del hijo y de la madre gestante.

En definitiva, se comparte la valoración que por reiteración ha realizado el Tribunal Supremo en la reciente STS 277/2022, de 31 de marzo, en relación a los contratos de GS: «vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios a nuestro orden público» (FJ 3.12). Por ende, la GS «no puede aceptarse por principio» en tanto en cuanto esta práctica «entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor» intolerables en nuestro marco constitucional.

Title:

Fundamental rights and surrogacy: The legal debate on its regulation returns in the wake of the Supreme Court of Spain's judgment 277/2022, of March 31st

Summary:

I. INTRODUCTION. II. CONCEPT AND LEGAL FRAMEWORK. III. LEGAL ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL RIGHTS AFFECTED. IV. FINAL CONSIDERATIONS.

Resumen:

A raíz de la reciente STS (*Sala de lo Civil*) núm. 277/2022, de 31 de marzo, ha vuelto a resurgir con fuerza en el debate público la discusión acerca de la posibilidad de regular la gestación por sustitución en nuestro país. A fin de aportar un nuevo enfoque respecto a la respuesta jurídica que dentro

del marco establecido por la Constitución Española debe darse a la problemática jurídica que supone esta práctica, en el presente artículo se trata de comprobar la existencia y el alcance de la afectación de los derechos e intereses de los involucrados en lo que podríamos denominar el «triángulo de la GS» —comitentes, gestante y menor—. De tal manera que, tras el correspondiente ejercicio de ponderación, se puede alcanzar una valoración acerca de la incompatibilidad de una posible regulación de la creciente figura de la gestación por sustitución con el marco constitucional español.

Abstract:

In the wake of the recent STS (Civil Chamber) no. 277/2022, of 31 March, the discussion about the possibility of regulating surrogacy in our country has re-emerged with force in the public debate. In order to provide a new approach to the legal response which, within the framework established by the Spanish Constitution, should be given to the legal problems involved in this practice, this article attempts to verify the existence and scope of the impact on the rights and interests of those involved in what we could call the «GS triangle» — the clients, the gestational carrier and the minor. In such a way that, after the corresponding balancing exercise, an assessment can be made of the incompatibility of a possible regulation of the growing figure of surrogacy with the Spanish constitutional framework.

Palabras clave:

gestación por sustitución, derechos fundamentales, dignidad humana, interés superior del menor, orden público.

Key words:

Gestational surrogacy, fundamental rights, human dignity, child's best interest, public-policy.

