

GESTACIÓN SUBROGADA Y PATERNIDAD  
HOMOPARENTAL: UNA REVISIÓN CRÍTICA DEL MARCO  
JURÍDICO ESPAÑOL

*SURROGACY AND SAME-SEX PARENTHOOD: A CRITICAL  
REVIEW OF THE SPANISH LEGAL FRAMEWORK*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 296-371*

José Manuel DE  
TORRES PEREA

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de abril de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar si el recurso de la maternidad subrogada puede justificarse en el caso particular del acceso de un varón homosexual a la paternidad biológica. A diferencia de la pareja conformada por dos mujeres, aquella integrada por dos varones precisa de la colaboración de una madre gestante para acceder a la paternidad biológica. Para abordar esta cuestión, se realiza primero un estudio detallado del estado actual de la maternidad por sustitución en el ordenamiento jurídico español, atendiendo a su tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial. Se revisa críticamente la evolución de la jurisprudencia desde la STS de 6 de febrero de 2014 hasta la STS de 25 de marzo de 2025, así como la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 28/2024. A lo largo del trabajo se estudia si existe una contradicción interna en el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y se examina cómo dicha norma ha dado lugar a soluciones judiciales que oscilan entre el respeto al interés superior del menor y la protección de la dignidad de la mujer. Finalmente, se proponen dos modelos legislativos alternativos y se valora si, a la luz de los principios constitucionales y los derechos fundamentales implicados, resulta legítimo permitir el acceso de los varones homosexuales a la paternidad biológica mediante gestación subrogada.

**PALABRAS CLAVE:** Gestación subrogada; paternidad biológica; familias homoparentales; derecho a la reproducción; interpretación evolutiva de la Constitución; interés superior del menor; dignidad de la mujer; filiación.

**ABSTRACT:** *The primary aim of this study is to analyze whether the use of surrogacy can be justified in the specific case of a homosexual man seeking access to biological parenthood. Unlike a couple formed by two women, a couple composed of two men would require the collaboration of a gestational mother in order to achieve biological parenthood. To address this issue, a detailed examination of the current legal status of surrogacy under Spanish law is undertaken, considering its treatment in legislation, legal scholarship, and case law. Particular attention is given to the evolution of jurisprudence from the Supreme Court judgment of 6 February 2014 to that of 25 March 2025, as well as the doctrine established by the Constitutional Court in Decision 28/2024. This work examines whether an internal contradiction exists within Article 10 of the Law on Assisted Human Reproduction Techniques, and analyzes how this provision has led to judicial decisions that oscillate between upholding the best interests of the child and safeguarding the dignity of women. Finally, two alternative legislative models are proposed, and an assessment is made as to whether, in light of the relevant constitutional principles and fundamental rights, it is legitimate to allow homosexual men access to biological parenthood through surrogacy.*

**KEY WORDS:** *Surrogacy; biological parenthood; same-sex families; right to reproduction; evolutionary constitutional interpretation; best interests of the child; women's dignity, legal parentage.*

**SUMARIO.- INTRODUCCIÓN.- I. EVOLUCIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.-1. El punto de partida la STS de 6 de febrero de 2014 y su voto particular.- A) *La impugnación del criterio de la DGRN a favor de la inscripción.- B) Una propuesta de sentencia que devino en voto particular.- C) Una construcción jurisprudencial del interés del menor que se aparta de los criterios usualmente sostenidos en la materia.- D) La solución aportada por la STS de 14 de febrero de 2014 mediante la aplicación del artículo 10.3 del TRHA como modelo seguido por la jurisprudencia posterior.- 2 La Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2024, de 27 de febrero.- A) El auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de mayo de 2019.- B) La estimación parcial del recurso de amparo.- C) El equívoco subyacente en la comprensión del interés del menor invocada en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.- D) El voto particular.- a) El interés del menor.- b) Significado constitucional de la gestación por sustitución.- c) Distinción entre gestación por sustitución altruista y no altruista.- 3. La STS de 25 de marzo de 2025.- 4. La Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de abril de 2025 para adaptar su criterio a la doctrina del Tribunal Supremo.- II. DIVERSOS ENFOQUES ANTE LA NECESARIA REFORMA EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.- 1. Diseños legislativos alternativos.- 2. La propuesta del Ministerio de Igualdad de abril 2025. Prohibición absoluta del inscripción a favor del padre biológico.- A) *Bases conceptuales para la comprensión del artículo 10.3 de la LTRHA en contraste con la propuesta del Ministerio de Igualdad. B) Una instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que no implementa la desconexión legal con la paternidad biológica anunciada por el Ministerio de Igualdad.- 3 ¿Cabe advertir una inconsistencia interna en el artículo 10 de la LTRHA?.- 4. Dos enfoques legislativos alternativos para una reforma necesaria.- A) Propuesta “de lege ferenda” construida sobre el interés del menor como única consideración primordial.- B) Propuesta “de lege ferenda” construida sobre otras consideraciones primordiales.- a) La protección de la dignidad de la mujer como criterio prioritario para impedir su cosificación.- b) Análisis crítico de la iniciativa impulsada por el Ministerio de Igualdad en abril de 2025, relativa a la prohibición categórica de la inscripción registral de la filiación del padre biológico.- III. EL RECURSO A LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO MEDIO PARA QUE UN VARÓN HOMOSEXUAL ACCEDA A LA PATERNIDAD BIOLÓGICA.- 1. Consideración del interés superior del menor como punto de partida y eje central en la toma de decisiones.- 2. Un enfoque sustentado en consideraciones primordiales distintas del interés superior del menor.- A) *La protección de la dignidad de la mujer y su no cosificación como consideración primordial ¿La solución italiano-francesa-alemana como modelo a seguir?.- B) Gestación por sustitución y vínculos jurídicos: el TEDH frente a las tentaciones de desvinculación radical entre menor y comitente.- C) Paternidad, orientación sexual y gestación por sustitución: el desarrollo de la personalidad del varón homosexual como consideración primordial en el acceso a la paternidad por maternidad subrogada.- 3. ¿Existe un derecho constitucional a la reproducción? El acceso del varón homosexual a la paternidad mediante gestación por sustitución.- A) Planteamiento de la cuestión.- B) El recurso a la interpretación evolutiva de la Constitución.- 4. Una propuesta adaptada a la nueva realidad social.- IV. REFLEXIÓN FINAL.- V. CONCLUSIONES*****

## INTRODUCCIÓN.

A veces, el sendero hacia la justicia se revela tortuoso y desafiante. Esto es especialmente cierto cuando en dicho camino encontramos obstáculos que parecen insalvables y que provienen de la propia ley o de criterios que se han interiorizado en la mente colectiva, criterios contra los que parece insano luchar. Cuando la justicia y la norma entran en conflicto, la seguridad jurídica suele

• José Manuel de Torres Perea

PTU de Derecho Civil, Universidad de Málaga. Correo electrónico: jmdetorres@uma.es

inclinan la balanza en favor de lo normativo. Así lo expresó con crudeza el célebre magistrado Oliver Wendell Holmes al afirmar: 'Hacer justicia no es mi trabajo, mi trabajo es aplicar la ley'<sup>1</sup>.

Los tribunales españoles se han enfrentado en diversas ocasiones a este tipo de dilemas, en los que ceñirse a soluciones cautelosas y tradicionales conduce a auténticos callejones sin salida. Acude a mi memoria el célebre caso en que el Tribunal Supremo condenó a unos padres, miembros de la confesión de los Testigos de Jehová, por la muerte de su hijo al no facilitar una transfusión sanguínea; sin embargo, el Tribunal Constitucional acabó absolviéndolos al considerar que su actuación se hallaba amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa<sup>2</sup>. Lo verdaderamente trágico del caso estriba en que fueron los propios médicos quienes, pese a contar con una orden judicial que autorizaba la transfusión, optaron por no llevarla a cabo al considerar inapropiado proceder ante el rechazo absoluto y vehemente manifestado por el menor, de tan solo trece años. Sin embargo, ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Constitucional se atrevieron a contemplar la posibilidad de que el menor hubiese actuado con la madurez suficiente dentro de los márgenes de su capacidad natural, conforme al artículo 162 del Código Civil entonces vigente. En su lugar, optaron por enredarse en la disyuntiva de declarar culpables a unos padres que, en realidad, no pudieron oponerse a la ejecución de la orden judicial, o bien absolverlos bajo el argumento de que el derecho a la propia libertad religiosa prevalecía sobre el derecho a la vida de otro. La profesora Santos Morón ha formulado una crítica lúcida y certera a estos pronunciamientos, que evidencian la parálisis a la que pueden llegar los órganos judiciales cuando se enfrentan a creencias profundamente arraigadas en la conciencia colectiva<sup>3</sup>.

Evoco este precedente porque el caso que ahora nos ocupa constituye otro ejemplo paradigmático de la dificultad de nuestros tribunales para afrontar de manera frontal determinadas cuestiones de gran calado. En lugar de ello, suelen optar por resguardarse bajo el amparo de postulados tradicionales, lo que los conduce a soluciones que distorsionan el derecho y evidencian la inviabilidad de satisfacer, de forma simultánea, todos los intereses en juego. La sanción de nulidad del contrato entre comitente y madre de gestación en el párrafo primero del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (LTRHA)<sup>4</sup> ha empujado a los tribunales a realizar auténticos ejercicios de funambulismo jurídico

- 1 DWORKIN, R.: *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p.11, cuenta la anécdota en la que el juez Lerner se despidió diciendo: "Do justice, sir;", a lo cual contestó Oliver Wendell Holmes: "That is not my job. My job is to play the game according to the rules".
- 2 STC 154/2002, 18 julio, (RTC\2002\154), Ponente Pablo Manuel Cachón Villar, BOE 188/2002.
- 3 SANTOS MORÓN, M.J.: "Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio, *La Ley*, 2002, núm.7º pp.1634-1636.
- 4 Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) 14/2016, de 26 de mayo, BOE n.126, 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."

en su intento de armonizar la rigidez normativa con soluciones justas para casos concretos que sean compatibles con el interés del menor.

De hecho, desde un primer momento, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, se ha reiterado la necesidad de que el legislador lleve a cabo una reforma del marco normativo vigente. En esta petición subyace el sentir de que el artículo 10 TRHA encierra una incongruencia al establecer en su tercer párrafo que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” por contradecir lo dispuesto en el primer párrafo, al conferir efectos jurídicos a un acto que podría contradecir la sanción de nulidad del art.10.1, de forma que dicha nulidad quedaría desprovista de efectos jurídicos efectivos. ¿Qué sentido tendría declarar absolutamente nulo un contrato, para acto seguido prever que una vez realizado el efecto jurídico que produce pueda ser validado? Esta contradicción resultaría aún más problemática si se consideran los fundamentos que han llevado a calificar este tipo de contratos como contrarios al orden público, pues hasta el momento, la postura mayoritaria ha sido considerar que la gestación subrogada es manifiestamente inadmisibles y, por tanto, debe ser rechazada. Si la gravedad del hecho es tan considerable, no sería coherente que el ordenamiento previera una vía tan accesible para que el infractor pueda, *de facto*, eludir la sanción de nulidad del contrato entre comitente y madre de gestación, al conseguir que los efectos de dicho contrato queden validados por la ley.

Desde esta perspectiva al aplicar este precepto, los tribunales habrían incurrido en la contradicción que el propio texto legal encierra, viéndose forzados a ofrecer soluciones que rozarían la incongruencia y que, según algunos, bordearían el fraude de ley. Por tanto, el primer reto que se nos presenta es determinar si existe una incongruencia jurídica interna en el art. 10 LTRHA.

En el caso español, la cuestión reviste una complejidad particular por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque, como reza el adagio, ‘no se pueden poner puertas al campo’: desde la soberanía nacional no es posible imponer a otros Estados el cumplimiento de nuestras normas. Así, por más que la ley sancione con nulidad el contrato entre comitente y madre de gestación en España, su práctica continuará realizándose en otros países, permitiendo que ciudadanos españoles sigan accediendo a esta vía para alcanzar la paternidad. En segundo lugar, esta sanción de nulidad establecida por la normativa civil española no se ha visto respaldada por una sanción penal que disuada eficazmente su práctica; antes bien, la ausencia de consecuencias jurídicas de mayor calado ha hecho que la ciudadanía no perciba en la legislación vigente un verdadero impedimento fáctico para recurrir a la gestación por sustitución con fines reproductivos.

Los modelos italiano, francés o alemán, si bien pueden parecer extremos por la severidad de sus sanciones, se muestran coherente con el propósito de proteger el orden público frente a una práctica que implica la cosificación de la mujer. En este marco, la gestación por sustitución constituye en Italia un delito tipificado en el artículo 12 de la Ley 40/2004. Más aún, con la reciente aprobación de la Ley n.º 169, de 4 de noviembre de 2024, se ha reformado dicha norma para calificar la gestación subrogada como un delito de carácter universal, permitiendo que los ciudadanos italianos sean perseguidos penalmente incluso cuando incurran en esta conducta fuera del territorio nacional.<sup>5</sup> No obstante, en España, aunque en teoría se comparte la misma preocupación y visión del problema que en Italia, se ha optado por una tentativa de conciliación entre los diversos intereses en juego, lo que ha derivado a una regulación que parece no ser satisfactoria<sup>6</sup>.

## I. EVOLUCIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE 2006.

Como ya se ha señalado, la redacción del artículo 10 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)<sup>7</sup> resultaría ambigua, lo que ha motivado reiteradas solicitudes de reforma. En su formulación actual, podría interpretarse de modo que se validara una conducta considerada ilícita, lo cual desvirtuaría su finalidad. En consecuencia, sería preferible optar entre dos vías: regular expresamente la gestación por sustitución o impedir que el comitente obtenga el reconocimiento del menor, según la perspectiva desde la cual se critique el precepto. Desde estos planteamientos podría afirmarse que el tercer párrafo del

- 5 En noviembre de 2024, el Parlamento italiano aprobó una ley que califica la gestación subrogada como un "delito universal", sancionable incluso cuando se lleva a cabo fuera del territorio nacional, aun en países donde dicha práctica es legal. La Ley n.º 169, de 4 de noviembre de 2024, consta de un único artículo que modifica el artículo 12 de la Ley n.º 40, de 19 de febrero de 2004. En particular, el apartado 6 del artículo reformado establece: "Quien, de cualquier forma, lleve a cabo, organice o publicite la comercialización de gametos, embriones o la gestación subrogada, será sancionado con una pena de prisión de tres meses a dos años y una multa de 600.000 a un millón de euros". A este precepto se ha añadido un nuevo párrafo que dispone: "Si los actos mencionados en el período anterior, con referencia a la gestación subrogada, se cometen en el extranjero, el ciudadano italiano será castigado conforme a la ley italiana". Por su parte en Alemania el art. 1.7 de la Ley sobre protección de embriones, de 13 de diciembre de 1990 castiga con pena de cárcel de hasta tres años a quien emprenda la fecundación artificial o una transferencia de embrión a una mujer que esté dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento, de modo permanente y en Francia la maternidad subrogada está prohibida por la Ley de bioética desde 1994 el Código igualmente tipifica la maternidad subrogada y sancionada por el art. 227-12 del Código Penal.
- 6 Así lo ha manifestado la doctrina de forma reiterada, por todos, CARRILLO LERMA, C. "Filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación subrogada. Comentario a la STS de España, n. 1626/2024 de 4 de diciembre", *Rev. Boliv. de Derecho*, n.39, pp. 737-738, cuando señala que se hace evidente la necesidad de una intervención legislativa urgente, ya que la simple declaración de nulidad de los contratos no basta para abordar adecuadamente la cuestión. Considera que corresponde al legislador decidir, con criterio bien fundamentado, si ha de permitirse o prohibirse la gestación subrogada en España, así como resolver las complejidades vinculadas al reconocimiento de resoluciones extranjeras, garantizando en todo momento la protección de los derechos fundamentales de los menores implicados.
- 7 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE 126/2006.

artículo actuaría como una norma de cobertura para eludir el mandato imperativo establecido en el primero.

Conforme a su redacción vigente el párrafo del art. 10 LTRHA dice 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 un tercero.” Por tanto se trata de una nulidad absoluta, que, pese a lo que apuntado parte de la doctrina, ha de considerarse como una prohibición absoluta de la gestación por sustitución por ser considerada contraria al ordenamiento español.

El segundo párrafo de dicha norma establece que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Esto implica que, siendo nulo de pleno derecho el contrato celebrado entre el comitente —si se trata de una persona individual— o los comitentes —en caso de tratarse de una pareja— y la madre gestante, la filiación del menor se atribuye jurídicamente a esta última. En consecuencia, la única filiación directamente inscribible en el Registro Civil español derivada de una gestación por sustitución es la existente entre el niño o niña nacido y la madre gestante.

No obstante, el tercer párrafo del artículo 10 de la LTRHA establece que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. De este modo, y a pesar de la prohibición categórica contenida en el primer párrafo, lo cierto es que el comitente, en tanto progenitor biológico, podrá finalmente ver reconocida e inscrita la filiación del menor mediante el correspondiente ejercicio de dicha acción<sup>8</sup>.

Por tanto debe analizarse si realmente existe una contradicción jurídica interna en el artículo 10 LTRHA, o si por el contrario la contradicción es solo aparente. En todo caso parece que subsiste un clamor a favor de una reforma legislativa cuya última expresión ha venido del Ministerio de Igualdad de España en abril de 2025, al anunciar su intención de modificar dicha disposición. A continuación, examinaremos la evolución de la gestación subrogada en España desde la entrada en vigor de la Ley 14/2006, para posteriormente analizar distintas propuestas “de lege ferenda” orientadas a una reforma integral de la materia. Una vez realizado este análisis, estaremos en condiciones de abordar la cuestión específica que nos

---

8 El artículo 96 de la Ley de Registro civil de 21 de julio de 2011 solo permite inscribir una resolución extranjera cuando no resulte “manifestamente incompatible con el orden público español”, por tanto en cuanto que la prohibición de la maternidad por subrogación puede ser entendida parte de dicho orden público, mantendría el vigente status quo. Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R: “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, núm. 4º, p. 357, autor que refiere que la nulidad prevista en el art. 10.1 LTRHA sería por ilicitud de la causa, por lo que ninguna de las partes tendría legitimación para reclamar la restitución de las prestaciones ejecutadas (p. 351).

ocupa: el acceso de personas homosexuales, o de parejas del mismo sexo, a la paternidad biológica mediante la gestación subrogada.

## 1. El punto de partida la STS de 6 de febrero de 2014 y su voto particular.

### A) *La impugnación del criterio de la DGRN a favor de la inscripción.*

Esta línea jurisprudencial en el ámbito español encuentra su origen en la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014<sup>9</sup>, la cual estableció el criterio que, hasta el día de hoy, continúan siguiendo nuestros tribunales. Esta doctrina ha sido especialmente consolidada por la jurisprudencia posterior<sup>10</sup>. En esta STS el Alto Tribunal confirmó la decisión previa de la Audiencia Provincial, la cual contradecía el criterio sostenido por la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), favorable a la inscripción de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución celebrado con una madre gestante en Estados Unidos, a favor de la pareja contratante de nacionalidad española, conformada por dos hombres. La decisión concluyó que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 18 de febrero de 2009<sup>11</sup> vulneraba el orden público internacional español, en la medida en que este se encuentra configurado, en el presente caso, por el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)<sup>12</sup> Según

9 STS 6 febrero 2014 (RJ\2014\907). Ponente: Rafael Saraza Jimena. Los hechos fueron como sigue: Estanislao y Ginés, pareja homosexual casada y domiciliada en Valencia, firmaron en California un contrato de gestación subrogada con una mujer que aceptó ser la madre gestante. La legislación californiana permite este tipo de acuerdos, y tras el nacimiento de dos niños en 2008, se les reconoció como padres legales mediante certificado registral. Sin embargo, el Registro Consular de España en San Diego denegó la inscripción de dicho certificado, al considerar que violaba el artículo 10 de la LTRHA, que prohíbe los contratos con madres gestantes. Estanislao y Ginés recurrieron ante la DGRN, que revocó la decisión consular y ordenó la inscripción de la filiación, alegando protección del interés superior del menor y ausencia de vulneración del orden público. También sostuvo que denegarla supondría discriminación por razón de género. El Ministerio Fiscal impugnó la resolución ante los tribunales, alegando que sí se vulneraba el orden público español. La DGRN y la pareja defendieron la legalidad del reconocimiento. La sentencia dictada por el juez de primera instancia fue favorable al demandante. En ella se revocó la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) y se ordenó la cancelación de la inscripción registral de la filiación de los dos menores. Frente a esta decisión, Estanislao y Ginés interpusieron recurso ante la Audiencia Provincial, la cual desestimó su apelación. Ante dicha resolución, la pareja acudió en casación al Tribunal Supremo, alegando la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española —que consagra el principio de igualdad—, así como del principio del interés superior del menor. Argumentaron que la certificación emitida en California no infringía el orden público español, ya que, si bien la legislación nacional prohíbe la celebración de contratos de gestación por sustitución, no impide la inscripción de la filiación derivada de los mismos. Finalmente, el Tribunal Supremo desestimó el recurso y confirmó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

10 Destacan las recientes STS 31 marzo 2022, (RJ\2022\1190), Ponente Rafael Sarazá Jimena, STS 16 mayo 2023, (RJ\2023\2751) Ponente Rafael Sarazá Jimena y STS de 4 de diciembre de 2024, (JUR\2024\451378) Ponente Rafael Sarazá Jimena.

11 RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ\2009\1735). De hecho posteriormente la entonces DGRN, mediante la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (BOE 7 octubre), estableció los criterios para inscribir en el Registro Civil español los nacimientos en el extranjero por gestación subrogada cuando uno de los progenitores es español.

12 Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE 126/2006). Art. 10: "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 un tercero. La filiación de los hijos

el Tribunal, dicha resolución atentaba contra la dignidad de la mujer y cosificaba al menor, al convertirlo en objeto de una dinámica de mercantilización incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico español.

*B) Una propuesta de sentencia que devino en voto particular.*

Curiosamente, en un primer momento, el magistrado ponente de la sentencia, don Antonio Seijas Quintana, había avalado en su propuesta inicial la postura de la DGRN. Su razonamiento se apoyaba en la prevalencia del interés superior del menor, consagrado en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), lo cual —según su interpretación— exigía neutralizar la aplicación estricta del artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA). Esto se debía a que la aplicación del art. 10 LTRHA conforme a su tenor literal, en el caso concreto, conducía a un resultado absolutamente incompatible con dicho interés: que los menores quedasen en situación de apátridas y sin filiación reconocida, al no admitir ni el ordenamiento jurídico español ni el californiano la existencia de un vínculo familiar entre dichos menores y sus progenitores nacionales. De esta forma Seijas Quintana comprendía el interés del menor como una cláusula general, en la forma que hemos expuesto en otro sitio siguiendo a Miquel González, pues en sus propias palabras: “El interés del menor puede mover montañas.”<sup>13</sup>

Sin embargo, dicha propuesta no fue respaldada por la mayoría del Pleno, quedando relegada a voto particular. Voto al que se adhirieron los magistrados José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol. Finalmente, la ponencia de la sentencia recayó en el magistrado don Rafael Saraza Jimena, quien, al asumir su redacción, estableció la doctrina que, hasta la fecha, continúa vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

*C) Una construcción jurisprudencial del interés del menor que se aparta de los criterios usualmente sostenidos en la materia.*

Como se ha indicado, el finalmente magistrado ponente procuró armonizar la aplicación de la norma vigente con la necesidad de evitar una situación de desprotección para el menor. Esta tensión le llevó a seguir la solución ofrecida por el párrafo tercero del art. 10 LTRHA, así como a fundamentar su decisión en normas distintas de aquellas que, con carácter general, había venido empleando el Tribunal Supremo en materia de menores a lo largo de las dos últimas décadas. No obstante, esta modificación en el anclaje normativo ha pasado prácticamente

---

nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

13 DE TORRES PEREA, J.M.: “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, 2016, núm. 8737°, 8 de abril de 2016, ref. D-147 pp.1143-1153.

inadvertida para la doctrina española. Solo ahora, una década después de dictada la sentencia, comienzan a emerger voces que propugnan sustituir el criterio tradicional por este enfoque alternativo.

En este sentido, cabe destacar un hecho particularmente revelador: el magistrado Rafael Saraza Jimena, al redactar la sentencia, omitió por completo dar relevancia al art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). Por el contrario, en su fundamento jurídico quinto, la sentencia transcribe de forma íntegra y literal el contenido del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España. El texto citado reza: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Por ello, resulta llamativa la ausencia de cualquier mención expresa al artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), que consagra dicho principio en el derecho interno español. La sentencia se limita a una alusión tangencial a esta ley, eludiendo su cita directa y dejando así en un segundo plano su relevancia normativa.

La diferencia esencial radica en que, mientras el texto de la legislación española consagra el interés superior del menor como “*la*” consideración primordial que debe prevalecer en caso de conflicto de intereses, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño lo presenta como “*una*” consideración primordial.

Resulta particularmente relevante el proceso de elaboración de dicho precepto convencional —materia a la que he dedicado el capítulo publicado con la editorial Routledge—<sup>14</sup>. En efecto, en la redacción de la propuesta inicial se proponía que el interés del menor fuera considerado “*la*” consideración primordial. No obstante, tras un intenso debate en el que un grupo significativo de Estados partes expresó su oposición a dicha formulación, al considerar que restringía de forma excesiva la discrecionalidad judicial, se alcanzó finalmente un compromiso, mediado por Canadá. El resultado fue la redacción actualmente vigente, que reconoce el interés del menor como “*una*” consideración primordial, susceptible de concurrir con otras igualmente relevantes. De este modo, corresponde al juez, en cada caso concreto, ponderar cuál de ellas debe prevalecer en atención a las circunstancias específicas del supuesto enjuiciado.

Consideramos que la omisión expresa del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), junto con la reproducción literal del artículo

14 DE TORRES PEREA, J.M.: “Best interest of the child ‘A’ or ‘the’ primary consideration?, en AA.VV.: *The Routledge International Handbook of Shared Parenting in Best Interest of the Child* (coord. J.M. DE TORRES PEREA), Routledge-Taylor and Francis Inc., London, 2021, pp. 51-62.

3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, no responde a una mera casualidad, sino que obedece a una decisión deliberada por parte del órgano sentenciador. Tal elección permite, en efecto, abrir la puerta a la introducción de otras posibles “consideraciones primordiales” en conflicto, como así confirma la propia argumentación de la sentencia.

De hecho en el Fundamento Jurídico tercero de la sentencia se refiere que: “Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida 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 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.” Este pasaje pone de relieve el motivo subyacente de la decisión judicial, que no es otro que evitar la mercantilización y cosificación tanto de la mujer gestante como del propio menor. Es esta, en realidad, la consideración primordial que orienta el fallo, la cual, en el caso concreto, se antepone de forma explícita al otro interés en juego: el interés superior del menor. La sentencia, por tanto, opta por privilegiar la protección de la dignidad humana frente a la prevalencia automática del principio del interés del niño, evidenciando así una ponderación de valores en conflicto y un alejamiento de la línea tradicional del Tribunal Supremo. En efecto, en el punto 7 del fundamento jurídico quinto de la sentencia, se sostiene que, conforme al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior del menor constituye *una* consideración primordial que debe ser tomada en cuenta por los tribunales y por todas las instituciones públicas y privadas en las medidas que afecten a la infancia. Sin embargo, el Tribunal Supremo puntualiza que, más allá de la necesidad de concretar dicho principio conforme a los criterios establecidos en la legislación sectorial, este no constituye el único elemento relevante en el proceso decisorio.

En esta línea, el Alto Tribunal aclara que pueden concurrir otros bienes jurídicos cuya relevancia exige una ponderación conjunta con el interés del menor. A título ilustrativo, señala algunos de especial trascendencia en el caso concreto: el respeto a la dignidad y a la integridad moral de la mujer gestante; la prevención de situaciones de explotación derivadas del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza; y la necesidad de evitar la mercantilización tanto del proceso de gestación como del vínculo de filiación.

Finalmente, se subraya que todos estos principios encuentran sólido respaldo en los textos constitucionales del ordenamiento jurídico español, así como en los de su entorno comparado, y en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en particular aquellos referidos a la infancia y a las relaciones familiares<sup>15</sup>.

Lo cierto es que, en materia de gestación por sustitución, nuestros tribunales continúan acogiendo esta línea jurisprudencial iniciada por la STS de 6 de febrero de 2014, que se apartó de la doctrina tradicional al no otorgar un reconocimiento exclusivo al interés superior del menor como consideración primordial en todas aquellas cuestiones que le afecten directamente. Podemos destacar la STS de 16 de mayo de 2023<sup>16</sup> en la que expresamente se refiere que: “el interés del menor no puede identificarse genéricamente con la estimación de cualquier acción de filiación que se ejercite, pues 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)”<sup>17</sup>. Igualmente resulta relevante la STS de 4 de diciembre de 2024<sup>18</sup>, que refiere que: “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)”.

15 Esta interpretación del interés superior del menor, que se aleja de forma significativa del criterio tradicionalmente sostenido por el Tribunal Supremo en esta materia, ha pasado, de forma llamativa, prácticamente inadvertida para la doctrina. No obstante, ha sido recogida por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Notas sobre”, cit., p.355.

16 STS de 16 de mayo de 2023, (RJ\2023\2751), Ponente Rafael Sarazá Jimena.

17 Se trata de una sentencia de gran repercusión mediática, en la que un conocido cantante mantenía un litigio con su expareja sentimental. Inicialmente, se solicitó que se determinara la paternidad no matrimonial de este último respecto de dos hijos nacidos mediante gestación subrogada con material genético del cantante, y, recíprocamente, la del cantante respecto de otros dos hijos concebidos con material genético de su expareja. El Tribunal Supremo lo desestimó, alineándose con una línea jurisprudencial contraria a reconocer la posesión de estado como título hábil para la determinación de la filiación en este tipo de supuestos. Esta sentencia ha sido analizada con detenimiento por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El derecho de familia hoy: Nuevas tendencias legales y jurisprudenciales*, Reus, Madrid, 2025, p. 99, quien subraya cómo el Alto Tribunal rechaza también que la filiación, respecto de quienes no son padres biológicos, pueda establecerse mediante una invocación genérica al principio del interés superior del menor. En este sentido, la sentencia afirma que “ni una anterior convivencia establecida voluntariamente y amparada por acuerdos alcanzados por las partes, ni una invocación genérica e interesada del principio del interés del menor, justifican que se puedan establecer unas paternidades, con el conjunto de derechos y obligaciones que ello comporta, que carecen de cobertura legal”. En todo caso, el rechazo de la posesión de estado en materia de maternidad subrogada y la negación de la aplicación del interés del menor no terminan de casar con la facilidad con la que se ha admitido el reconocimiento de complacencia del menor por el Tribunal Supremo (Vid. STS de 15 de julio de 2016, Sentencia 494/2016, Rec.1290/2015, ponente: Fernando Pantaleón Prieto, RJ\2016\3196).

18 STS de 4 de diciembre de 2024, Ponente Rafael Sarazá Jimena, Rec.7904/2023, JUR\2024\451378.

No obstante, tal como se ha señalado anteriormente, en fechas recientes han comenzado a alzarse voces que abogan por redefinir el interés superior del menor como *una* consideración primordial —y no *la* única—. Este giro interpretativo abre paso a una mayor discrecionalidad judicial, permitiendo ponderar, en cada caso concreto, otros intereses concurrentes al momento de resolver sobre cuestiones que afecten a menores. En esta línea, cabe destacar la propuesta que se realiza desde posiciones sociológico-jurídicas orientada a sustituir la primacía del interés del menor por el principio de igualdad de género en el ámbito de la custodia compartida<sup>19</sup>, así como el contenido del voto particular formulado en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional<sup>20</sup>.

*D) La solución aportada por la STS de 14 de febrero de 2014 mediante la aplicación del artículo 10.3 del TRHA como modelo seguido por la jurisprudencia posterior.*

Sentado lo anterior, resta por abordar una cuestión crucial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, cuyo tratamiento ha marcado decisivamente la evolución jurisprudencial en esta materia. Nos referimos a la voluntad del Tribunal de mitigar la situación de desprotección en la que quedaban los menores como consecuencia de una aplicación estricta y literal del párrafo primero del art.10 LTRHA al optar por aplicar la medida prevista en el párrafo tercero de dicha norma. De hecho, en el párrafo séptimo del fundamento jurídico tercero, se sostiene que, si bien la vinculación de la situación jurídica controvertida con el ordenamiento extranjero cuya resolución se pretendía hacer valer resultaba claramente artificiosa —producto de una “huida” deliberada por parte de los solicitantes del marco normativo español, el cual declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución y no reconoce vínculo de filiación alguno entre los padres comitentes o intencionales y el menor nacido como resultado de dicho contrato—, no obstante, informaba el tribunal, permanece abierta para la parte recurrente la vía de instar el reconocimiento de la paternidad en su condición de progenitor biológico.

La sentencia intenta mitigar la situación en la que queda el menor proponiendo obtener el reconocimiento de la filiación a través de una vía alternativa, es decir, aprovechar el hecho de que uno de los miembros de la pareja contratante es el

19 En esta línea, MORAGA GARCÍA, M. A.: “Igualdad y custodia compartida”, en AA.VV.: *Igualdad y democracia: El género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino* (coord. M.A. MORAGA GARCÍA), Cortes Valencianas, 2014, p.483; y SOLSONA PAIRÓ, M., AJENJO COSP, M., BRULLET TENAS, C. y GÓMEZ-CASILLAS, A.: *La custodia compartida en los tribunales ¿Pacto de pareja? ¿Equidad de género?*, Ulzama, Navarra, 2020, pp.165-166.

Vid. DE TORRES PEREA, J.M.: “El debate sobre la igualdad de género como consideración primordial al decidir sobre la custodia compartida y su posible impacto en los derechos de familia español e italiano”, III Congreso italo-español de Derecho de Familia, “Derecho de Familia y responsabilidad civil”, *Jura & Legal System*, revista de la Università degli Studi di Salerno, 2024, núm. XI. 2024/4, -C-(4) pp.84-103. [https://www.unisa.it/uploads/14960/interventi\\_24\\_4\\_ivone.pdf](https://www.unisa.it/uploads/14960/interventi_24_4_ivone.pdf).

20 Voto particular formulado por la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, 28/2024, de 27 de febrero de 2024, Rec.5067/2019, JUR\2024\80643.

progenitor biológico del menor. A partir de ahí, el siguiente paso resulta evidente: su cónyuge podría instar la adopción del menor en su condición de consorte del padre biológico. De este modo, a través de la *cross-border surrogacy* se consigue un resultado que parece eludir la aplicación del artículo 10.1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), lo cual se podría interpretar en el sentido de entender que se alcanza por una vía indirecta un resultado que el legislador expresamente veta al sancionar con nulidad el contrato entre comitente y madre de gestación mediante el reconocimiento de la filiación entre el menor nacido mediante gestación por sustitución y los comitentes<sup>21</sup>.

A este respecto, Adolfo Lucas Esteve señala que el art.10.1 no prohíbe literalmente la maternidad subrogada, sino que declara nulo el contrato que da lugar a ello, lo cual, estima, es algo distinto. Considera que no es lo mismo vulnerar una norma prohibitiva de carácter imperativo que sortear una norma que declara nulo un negocio jurídico privado, siendo la principal diferencia para él, el hecho que la declaración de nulidad no evita el nacimiento del niño.<sup>22</sup> No obstante, al examinar la motivación que ha llevado al legislador a sancionar con nulidad este tipo de contratos, se advierte que subyace una voluntad clara de proteger la dignidad de la mujer y evitar que sea objeto de mercantilización o cosificación. En este sentido, la nulidad se configura como una medida orientada a salvaguardar el orden público español, partiendo de la premisa de que tales contratos pueden vulnerarlo. En consecuencia, la nulidad implica y presupone la prohibición de estas prácticas. Así lo ha entendido reiteradamente tanto la doctrina como la jurisprudencia, que hacen referencia expresa a dicha prohibición legal<sup>23</sup>. Resulta, por tanto, insostenible mantener que del tenor del artículo 10.1 de la LTRHA no se derive una prohibición, si bien es discutible que proceda aplicar la lógica del fraude de ley en este ámbito, tal como señala parte de la doctrina<sup>24</sup>.

- 21 Por último, cabe señalar que la doctrina establecida por la STS 6 febrero 2014, (RJ\2014\907), Ponente: Rafael Saraza Jimena, ha sido confirmada a raíz de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Menesson, Labassee, Paradis y Campanelli y Valdís Fjölfnisdóttir*, así como por el Auto del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. En este último, se abordó el supuesto de un menor nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución encargada por una pareja homosexual. En dicho caso, se admitió el reconocimiento de la filiación a favor del padre biológico tras acreditarse el vínculo genético, de conformidad con el artículo 124 del Código Civil, y posteriormente se autorizó la adopción por parte de la pareja del progenitor biológico al amparo del artículo 176.2.2.º del mismo cuerpo legal.
- 22 LUCAS ESTEVE, A: "La gestación por sustitución: derechos e intereses en conflicto", en AA.VV.: *La gestación por sustitución*, (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 47.
- 23 Por todos, CERVILLA GARZÓN, M. D.: "Gestión subrogada y dignidad de la mujer", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. 9º, p. 2, quien señala que "A pesar de algunas voces en la doctrina que mantienen lo contrario, el art. 10 de la LTRHA contiene una auténtica prohibición de la gestación por subrogación en el ordenamiento jurídico español en la misma línea que algunos países de nuestro entorno." A mayor abundamiento señala que: "Es evidente que en la redacción del precepto no figura el término "prohibir", pero también lo es, para cualquier jurista que se precie, que una norma es prohibitiva no porque así lo indique su enunciado. Basta que, bien por la redacción del supuesto de hecho y/o por las consecuencias que de la realización del mismo se dimanen (como es el caso que nos ocupa), se desprenda la voluntad del legislador de evitar que el comportamiento no permitido tenga lugar."
- 24 PÉREZ TENA, S. afirma que este supuesto se cumplen los tres requisitos esenciales para considerar el acto en fraude de ley: manipulación de una norma de conflicto (art.9.4 CC), intención de eludir la Ley que

De hecho esta doctrina establecida por el llamado “caso 0” en materia de maternidad subrogadas, es decir, la STS de 6 de febrero de 2014, ha sido seguida por el Tribunal Supremo en los pocos pronunciamientos que ha dado sobre maternidad subrogada en los últimos años, podemos hacer referencia a las sentencias de STS de 2 de febrero de 2015<sup>25</sup>, 31 de marzo de 2022<sup>26</sup>, STS de 16 de mayo de 2023<sup>27</sup>, 4 de diciembre de 2024<sup>28</sup>, 17 de septiembre de 2024<sup>29</sup> y finalmente la STS de 25 de marzo de 2025<sup>30</sup>, (esta última la analizamos separadamente para tratar el nuevo enfoque que aporta)

Sentencias de la sala de lo Civil del TS que si bien de forma reiterada sancionan la absoluta nulidad del contrato de maternidad subrogada, sin embargo coinciden en prever que el comitente biológico pueda acceder a inscripción de su paternidad reclamándola conforme a los cauces previstos<sup>31</sup>. Por su parte la sala de lo Social del TS se ha pronunciado reiteradamente sobre esta cuestión desde una perspectiva distinta sin ver objeciones en que se otorguen prestaciones sociales

## 2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 28/2024, de 27 de febrero.

A) *El auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de mayo de 2019.*

Tal como se ha puesto de manifiesto en el párrafo anterior, la doctrina que ha seguido el TS a partir de la sentencia de 6 de febrero de 2014 en materia de maternidad subrogada al aplicar el art. 10.1 LTRHA da prioridad a la dignidad de la mujer sobre el interés del menor por considerar inaceptable las consecuencias que conllevan estas prácticas, al considerar que generan procesos de mercantilización y cosificación tanto de la mujer gestante como del menor, contrarios al orden público y a los valores fundamentales del ordenamiento jurídico español. No obstante, conforme al art. 10.3 LTRHA se prevé que el progenitor biológico pueda reconocer

---

debería se aplicable (art. 10.1 LTRHA) y el carácter imperativo de esta ley. PÉREZ TENA, S.: “La gestación por sustitución en España: ¿Fraude de Ley?, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 330.

25 STS 2 febrero 2015, (RJ\2015\141), ponente Rafael Sarazá Jimena.

26 STS 31 marzo 2022, (RJ\2022\1190), Ponente Rafael Sarazá Jimena.

27 STS 16 mayo 2023, (RJ\2023\2751) Ponente Rafael Sarazá Jimena.

28 STS 4 diciembre 2024, (JUR\2024\451378), ponente: Rafael Sarazá Jimena.

29 STS 17 septiembre 2024, (JUR\2024\291842), ponente Rafael Sarazá Jimena.

30 STS 25 marzo 2025, Ponente Rafael Sarazá Jimena, 496/2025, Rec.5545/2024. Tirant Numroj: STS 1262:2025. Ecli: ES:TS:2025:1262.

31 Por tanto, la doctrina el TS posibilita la inscripción de la filiación a favor del comitente cuando es el progenitor biológico, mediante el reconocimiento; sin embargo, no lo admite cuando no media vínculo genético entre comitente y menor nacido de gestación subrogada. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El derecho de familia*, cit., p.101, comparte esta doctrina, al considerar que no puede recurrirse al principio del interés superior del menor como fundamento automático para establecer una relación de filiación con quien no es su progenitor biológico. Afirma que dicho principio debe ser valorado atendiendo a las circunstancias concretas del caso, por lo que no sería equiparable, otorgar eficacia jurídica a una relación de hecho consolidada en el seno de una familia armónica que favorece el desarrollo del menor, a constituir una filiación legal con una persona con la que no existen vínculos genéticos.

al hijo y finalmente lograr la inscripción de su filiación. Esto puede parecer ambiguo o incongruente<sup>32</sup>, en esta línea la Audiencia Provincial de Madrid en el auto de 30 de mayo de 2019<sup>33</sup> ha dado un nuevo paso en este proceso. Dicho auto señala al denegar la constitución del vínculo adoptivo entre un menor nacido por gestación por sustitución y la esposa del padre biológico que: “la constatada realidad de la posibilidad de fraude en la atribución de la paternidad derivada del propio contrato suscrito, como es el caso citado, advierten contra la asunción acrítica de su contenido y consecuencias, y permiten rechazar el establecer esa atribución de paternidad, bien sea directamente, bien para derivar del mismo consecuencias jurídicas de cualquier orden, de forma que el criterio jurídico a seguir habrá de ser el de negar cualquier valor a dicho contrato respecto de la determinación de la filiación del presunto padre sustentada en el mismo, considerado nulo por ser contrario al orden público español, y, en consecuencia, de oposición a la adopción instada que se pretenda sustentar en cualquier referencia a dicho documento.” A mayor abundamiento, la Audiencia afirmó que los contratos de gestación por sustitución eran contrarios al sistema de derechos y libertades reconocido tanto por nuestra Constitución como por los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España.

Así, la Audiencia de Madrid acogió el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, que, en términos generales, sostenía que “la prohibición establecida en el artículo 10 de la LTRHA conlleva la nulidad absoluta de los contratos de gestación por sustitución, disponiendo que la filiación del niño nacido por dicho proceso será determinada por el parto. Asimismo, se establece que, aunque se preserve el derecho de reclamación de paternidad del padre biológico, el caso en cuestión se presenta como un fraude internacional de ley, que debe ser sancionado por analogía conforme al artículo 6.4 del Código Civil, aplicando la norma material que se ha intentado eludir.”

Lo cierto es que la ya señalada incongruencia en la vigente redacción del art.10 LTRHA sirve como incentivo y justificación para que estas prácticas ilegales continúen realizándose sin pudor alguno, sin consecuencias jurídicas significativas. Cabe preguntarse si para este viaje hacen falta tantas alforjas. A partir de ahí es coherente sostener que si la propia ley permite al infractor sanar los efectos de su contravención, igualmente debería permitirse que su cónyuge pudiera acceder a la adopción del menor. Si se permite lo uno, parece que también debería admitirse

32 Lo puse de manifiesto en, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *Diario La Ley*, nº 8281, 2014.

33 Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección vigesimocuarta, de 30 de mayo de 2019, el cual revocó la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid, que había estimado la solicitud de una mujer para constituir un vínculo adoptivo con un menor nacido mediante gestación subrogada en Ucrania, en virtud de un contrato en el que su esposo figuraba como comitente y había aportado su material genético para la fecundación.

lo otro, y a sensu contrario, si se prohíbe lo uno, parece lógico que también se prohíba lo otro.

No obstante, el Ministerio Fiscal en un primer momento no planteó objeción alguna respecto a que el padre biológico obtuviera el reconocimiento legal de su paternidad en relación con el menor nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida, o que una vez en España la pudiera obtener ejerciendo la acción de reclamación de paternidad. Lo cierto es que ni la filiación a favor del padre biológico inscrita en el Registro Consular de España en Kiev, ni la filiación que se acreditaba, fueron impugnadas. El Ministerio Fiscal solo cuestionó su validez al recurrir la decisión del Juez de Primera Instancia, alegando que no procedía la aplicación del artículo 120 del Código Civil por considerar fraudulenta la filiación derivada del contrato<sup>34</sup>. No obstante, informaba que el presunto padre “debía acudir a las vías oportunas para determinar el vínculo biológico conforme a nuestro ordenamiento y, una vez determinada la filiación con el esposo, podría instarse la adopción por su cónyuge”.

La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso interpuesto, afirmando que la filiación únicamente puede determinarse a través de los medios legalmente previstos en el artículo 113 del Código Civil, entre los cuales no se incluye la mera inscripción en el Registro Civil. Asimismo, declaró la nulidad absoluta del contrato celebrado y advirtió la posible existencia de un fraude en la atribución de la paternidad derivada, aunque fuera de manera indirecta, de dicho contrato. No obstante, dejó abierta la vía para la determinación del vínculo biológico mediante el ejercicio de una acción de reclamación de paternidad, tras la cual podría instarse eventualmente la adopción. Se reiteran, en definitiva, los argumentos previamente esgrimidos por el Ministerio Fiscal, por lo que doy por reproducidas mis objeciones anteriores.

Estimo que, en este caso, ni el Ministerio Fiscal ni la Audiencia Provincial abordaron el fondo del asunto. Si, en realidad, lo que subyace es una vulneración del orden público y un trato indigno —casi vejatorio— hacia la mujer, cualquier solución que pueda interpretarse como un estímulo a la perpetuación de estas prácticas debería ser desechada. En este sentido, parece que quizá la respuesta más prudente y coherente sería que el legislador sancionará penalmente la práctica de la gestación por sustitución, como se ha expuesto con anterioridad.

---

<sup>34</sup> Cabe señalar que fueron dos los menores nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, en virtud de contrato celebrado con un mismo comitente, que aportó su material genético. No obstante, la solicitud de adopción por parte de la esposa del comitente se presentó de manera separada ante dos órganos judiciales distintos, lo que dio lugar a decisiones dispares: en uno de los procedimientos, el Ministerio Fiscal se opuso a la constitución de la adopción, mientras que en el otro no formuló objeción alguna.

B) *La estimación parcial del recurso de amparo.*

Contra esta decisión se planteó incidente de nulidad de actuaciones, que fue inadmitido a trámite. La demanda de amparo -presentada por la esposa, siendo su esposo coadyuvante actuando en su nombre y en el de sus dos hijos menores- fue admitida a trámite por el Tribunal Constitucional por considerar que el recurso de amparo planteaba un problema o afectaba a una faceta de un derecho constitucional sobre el que no había doctrina por el Tribunal Constitucional<sup>35</sup>. De hecho, el Tribunal estimó como núcleo central de la demanda de amparo la eventual lesión del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, en relación con el reconocimiento a la filiación, concebido como uno de los aspectos esenciales que configuran la identidad de la persona (art.10 CE), y con la protección de la familia y los niños (art.39 CE).

El Tribunal Constitucional consideró que la resolución judicial impugnada adolecía de graves quebras lógicas en su fundamentación, las cuales impedían sostener válidamente las conclusiones alcanzadas. Además, observó que no se había justificado de manera suficiente la decisión adoptada ni a la luz del interés superior del menor involucrado, ni en relación con los valores constitucionales en juego. En particular, la Audiencia Provincial había pasado por alto que, conforme al artículo 113 del Código Civil, la filiación puede acreditarse, entre otros medios, mediante la inscripción en el Registro Civil, cuyos asientos gozan de presunción de veracidad e integridad. En este caso concreto, no se había ejercitado acción alguna de impugnación de la filiación paterna, la cual constaba debidamente inscrita. Por ello, el tribunal concluyó que la Audiencia incurrió en una motivación manifiestamente irrazonable al poner en duda esa filiación y derivar de dichas dudas la denegación de la adopción solicitada. Igualmente se consideró que la decisión judicial impugnada estaba insuficientemente motivada en el interés superior del menor, al que a duras penas se refería el texto del auto.

Por todo ello, el Tribunal estimó parcialmente el recurso de amparo, al considerar que se había vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Dicha vulneración se produjo como consecuencia de la insuficiencia en la motivación de la resolución impugnada, afectando tanto a la construcción de la identidad del menor —protegida por el artículo 10 CE— como a los vínculos familiares consolidados con la recurrente, en virtud del artículo 39 CE. En efecto, el menor convivía con ella y había establecido un lazo afectivo sólido y significativo<sup>36</sup>. En consecuencia, el Tribunal Constitucional

35 STC, Pleno, Sentencia 28/2024, de 27 de febrero, (JUR\2024\806438) Ponente: Inmaculada Montalbán Huertas.

36 En la sentencia se incluye un informe psicosocial del expediente de adopción que evalúa positivamente el entorno del menor. Se concluye que vive en un núcleo familiar estable junto a su padre biológico y la solicitante de adopción desde su nacimiento. El informe destaca la voluntad compartida del matrimonio

declaró la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas —tanto el auto como la posterior inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones—, quedando firme el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid, que acordó la constitución del vínculo adoptivo.

C) *El equívoco subyacente en la comprensión del interés del menor invocada en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.*

La presente sentencia del Tribunal Constitucional reviste especial relevancia, en tanto constituye un hito en la evolución de esta materia. No se pronuncia, sin embargo, sobre la denegación de la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y filiación de un menor basada en certificaciones expedidas por un registro extranjero, ni sobre la negativa a inscribir relaciones de filiación declaradas por tribunales foráneos. Su objeto se centra, más bien, en la denegación del establecimiento de un vínculo adoptivo entre un menor nacido mediante gestación por sustitución y la esposa del comitente que aportó su material genético. Al no tratarse, por tanto, de valorar la validez de una resolución extranjera, sino de examinar si concurren los requisitos para que prospere una adopción conforme a nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional reafirma el criterio tradicional: el interés superior del menor como principio rector y decisorio prevalente. Sin embargo lo hace fundando su razonamiento jurídico en dos anomalías: (1) La primera es que en vez de recoger como norma de fundamento del interés del menor el artículo segundo de la LOPJM, recoge a tal fin, el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, artículo que cita expresamente. (2) La segunda anomalía es precisamente la cita de este artículo, que por se transcribe mal atribuyéndole un significado radicalmente opuesto al que realmente tiene, pues en la sentencia se recoge, cit: lit.: “En relación con esta materia, procede recordar que numerosos pronunciamientos de este tribunal subrayan que “el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los niños 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” (FJ.5.c). Tal como hemos analizado anteriormente, el texto correcto de este artículo 3.1 de la Convención refiere que el interés superior del menor es “una” consideración primordial, por los motivos ya expuestos, lo cual, conforme al proceso de elaboración de la norma, da un significado diametralmente opuesto al que quiere deducir el Tribunal Constitucional.

---

de ejercer funciones parentales tras recurrir a la gestación por sustitución. Se señala que cuentan con recursos económicos y capacidades afectivas y educativas adecuadas. Finalmente, considera que la potencial adoptante reúne las condiciones necesarias para ejercer responsablemente la patria potestad.

D) *El voto particular.*

No obstante, la verdadera relevancia de esta sentencia radica en el voto particular formulado por la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, quien considera que la decisión del Pleno invisibiliza el problema estructural que persiste en el ordenamiento jurídico español respecto al fenómeno de la gestación por sustitución. A su juicio, se trata de una oportunidad desaprovechada para establecer los fundamentos que permitan trasladar al ámbito constitucional una definición coherente del orden público en los supuestos de gestación por sustitución llevada a cabo fuera de España, mediante un necesario ejercicio de ponderación entre los valores constitucionales en juego. En efecto, este voto particular ofrece claves interpretativas valiosas que pueden contribuir a esclarecer el complejo escenario en el que se encuentran nuestros tribunales desde la STS de 6 de febrero de 2014.

a) *El interés del menor.*

Son dos las aportaciones fundamentales que se destacan en el voto particular: de un lado, la relativa al concepto del interés superior del menor; de otro, la concerniente al significado constitucional de la gestación por sustitución. En cuanto a la primera cuestión, cabe señalar que el voto particular incurre en el mismo error que el fallo del Pleno. Así, en su apartado 3 se afirma literalmente: “La jurisprudencia de este Tribunal ha subrayado de forma reiterada que los poderes públicos tienen la obligación de proteger el interés superior de los niños en cualesquiera actuaciones que hayan de afectarles de manera directa o indirecta y que ese 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’, según el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.”

Por tanto vuelve a tropezarse en la misma piedra al atribuir al artículo 3 de la Convención un contenido que se aparta de su sentido real. Lejos de consagrar el interés superior del menor como la única consideración primordial, dicho precepto lo configura como “una” consideración primordial entre otras posibles, cuya ponderación corresponderá, en cada caso, al juez “ad quo, cuestión ya analizada en la parte introductoria de este trabajo.

Con acierto, la magistrada Balaguer incorpora en su argumentación la Observación General núm. 14 (OG14), relativa al derecho del niño a que su interés superior sea considerado una consideración primordial (29 de mayo de 2013). Esta referencia le permite concebir el interés del menor no como “la” consideración primordial —exclusiva y absoluta—, sino como “una” entre otras posibles consideraciones primordiales. No obstante, esta matización la plantea en

relación con el concepto de “interés del menor” considerado en abstracto o en general.

Sostiene, en línea con la OGI4, que el Comité de los Derechos del Niño reconoce expresamente que el interés superior de un niño, considerado individualmente, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos —como los de otros menores, del público en general o de sus madres (biológicas o no)—, y ofrece orientaciones para resolver tales tensiones. A mayor abundamiento, destaca que la OGI4 indica que estos conflictos deben abordarse caso por caso, mediante una cuidadosa ponderación de los intereses en juego y la búsqueda de un compromiso adecuado (§ 39). En el mismo sentido, el Comité ha señalado que esta misma metodología ha de aplicarse cuando el interés superior del niño entre en tensión con los derechos de otras personas (§ 39)<sup>37</sup>. Finalmente comienza el punto 3 afirmando que “el interés del menor, en el contexto que vengo describiendo, no ha de entenderse como el interés único o predominante de una decisión judicial en todo supuesto en que intervenga el menor”. Esta posición parece acercarse a la que esgrimió el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014 al fijar la doctrina jurisprudencial en materia de gestación subrogada y dar prevalencia a la defensa de la dignidad de la mujer y su protección frente a todo supuesto de mercantilización o cosificación sobre el propio interés del menor. En cualquier caso, de la lectura del voto particular puede inferirse que, para Balaguer Callejón, el interés del menor en este supuesto no implicaría necesariamente permitir que el progenitor biológico viera reconocida legalmente su paternidad. Antes bien, su postura parece alinearse con ciertas corrientes feministas que sostienen que, en aras del bien del niño, lo más adecuado sería mantenerlo alejado de unos comitentes que lo han tratado como una mera mercancía<sup>38</sup>.

*b) Significado constitucional de la gestación por sustitución.*

En segundo lugar, en lo que atañe al significado constitucional de la gestación por sustitución, se remite en su voto particular tanto a la sentencia del Tribunal Supremo (STS 1153/2022, de 31 de marzo) como al estudio temático de la Relatora

37 De hecho, la propia Observación General n.º 14 señala que el interés superior del menor debe ser considerado “una consideración primordial”. Ahora bien, en determinados supuestos —como sucede, por ejemplo, en el caso de la adopción (Observación General n.º 14, §38)— dicho interés se erige en “la consideración esencial”. Es decir, aunque la regla general seguida por la Convención establece que el interés superior del menor ha de ser tenido en cuenta como una entre varias consideraciones primordiales, que deben ser ponderadas en función del caso concreto, en contextos específicos como el de la adopción adquiere un carácter preeminente y se convierte en la única consideración primordial que, en caso de conflicto.

38 En esta línea NADAL PASTOR, A.: “La gestación subrogada, situación jurídico-social en el ordenamiento español. A propósito de la STS 277/2022, 31 marzo 2022”, *Rev. Bolív. de Derecho*, 2023, núm. 36º, p.763, cuando afirma que “esta práctica supone una modalidad de tráfico de seres humanos, tal y como afirma la Relatora Especial de la ONU. Por lo tanto, no se justifica que el reconocimiento de la gestación subrogada defienda el interés superior del menor, cuando en realidad su misma práctica vulnera de forma radical los derechos del propio niño”.

Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños ponen de relieve sus implicaciones jurídicas y éticas<sup>39</sup>. Afirma que la solución a este problema de vacío normativo debería expresamente ser regulada por el legislador. Considera que resulta contrario al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española que el mismo legislador que prohíbe una determinada práctica en el territorio nacional no establezca restricciones suficientes frente a prácticas equivalentes realizadas en el extranjero. Tal omisión, ya sea por inacción o mediante una protección indirecta del menor, conduce en la práctica a una legalización de facto de conductas que el ordenamiento jurídico califica como ilícitas. La Magistrada Balaguer señala con meridiana claridad el núcleo del problema: la ausencia de una regulación disuasoria eficaz termina, en la práctica, por legitimar comportamientos que, al menos en teoría, deberían ser ilegales y carecer de efectos jurídicos válidos, ya sean directos o indirectos. Esta legalización de facto se produce cuando el vacío normativo facilita que ciudadanos españoles se desplacen a otros países para recurrir a la maternidad subrogada, generando una filiación que, aunque de forma indirecta, termina siendo reconocida en España.

Balaguer advierte, además, que en todo este proceso el fallo del Pleno silencia los derechos de las mujeres cuya voz se ve acallada, al no incorporar una perspectiva de género<sup>40</sup>. Por ello señala que el artículo 12.3 del Código Civil es categórico al establecer que la ley extranjera contraria al orden público no puede, en ningún caso, ser aplicada en España, ni siquiera de forma indirecta o elusiva. En consecuencia, la filiación en estos supuestos debe quedar determinada, conforme a la ley vigente, exclusivamente por el parto.

*c) Distinción entre gestación por sustitución altruista y no altruista.*

Finalmente, la magistrada Balaguer aporta una clave que puede resultar decisiva para las conclusiones a las que este trabajo aspira llegar. Se trata de su alusión a la gestación por sustitución "no altruista". Considera que debe ser distinguida de la gestación subrogada como una forma de mercantilización de la maternidad y de cosificación tanto de la gestante como del niño, en la medida en que

39 En dicho informe —de fecha 15 de enero de 2018 (A/HRC/37/60)—, que aborda conjuntamente la gestación por sustitución y la venta de niños, se advierte sobre los riesgos de abuso inherentes a esta práctica. En particular, se señala que la gestación por sustitución puede asimilarse a la venta de niños, prohibida por el artículo 2.a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de menores en la pornografía, especialmente en aquellos supuestos en los que "la madre de alquiler o un tercero reciban remuneración o cualquier otra retribución a cambio de trasladar al niño" (§ 42). Asimismo, se advierte que tales prácticas pueden desembocar en procesos de adopción ilegal (ibid., § 8).

40 En el voto particular también se destaca que se haya reconocido como padre biológico a quien figura como tal en la inscripción realizada por la autoridad consular, sin que en ningún momento se haya llevado a cabo verificación alguna de la paternidad biológica. Cabe incluso considerar la posibilidad de que, en el proceso de reproducción asistida, se hubieran utilizado gametos masculinos de un tercero ajeno tanto a los comitentes como a la gestante.

interviene una contraprestación económica de la que se benefician intermediarios, comprometiendo así la dignidad humana. Esta distinción entre gestación altruista y no altruista reviste una importancia fundamental, y de ella deben extraerse implicaciones jurídicas que, hasta el momento, ni el legislador ni la jurisprudencia han abordado de manera explícita. Tales consecuencias, como veremos, resultan especialmente relevantes en el contexto del acceso a la paternidad por parte de varón homosexual. Sin embargo, el art. 10 de la Ley de Técnicas de reproducción humana asistida no contempla esta importante distinción al señalar 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.

### **3. La STS de 25 de marzo de 2025.**

Merece nuestra atención un último y reciente pronunciamiento jurisprudencial en esta materia, se trata de la STS de 25 de marzo de 2025<sup>41</sup>, que si bien sigue la doctrina ya expuesta en aplicación del art. 10.3 LTRHA, introduce una nueva cuestión que merece nuestra reflexión, razón por la que le dedicamos este apartado de forma separada.

Esta sentencia casó la resolución dictada por la Sala Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 28 de abril de 2023 (núm. 431/2023). Esta última había revocado la sentencia de primera instancia y anulado el asiento registral practicado en el Registro Civil español en relación con la filiación materna de dos niñas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida, anulando la inscripción materna a favor de la madre gestante y reconociendo únicamente la del padre.

Las menores habían nacido en Tabasco, México, donde fueron inscritas en el registro civil local con filiación exclusiva al padre comitente, que actuó en solitario. La madre gestante, que no aportó material genético para la fecundación, había renunciado expresamente a cualquier vínculo parental. No obstante, el Registro Consular de España en México denegó la inscripción en esos términos, exigiendo que también constara la filiación materna a nombre de la mujer gestante. Una vez en España, el padre biológico impugnó la filiación materna no matrimonial, impugnación que da origen a este proceso.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y estimó que debía mantenerse la inscripción materna a favor de la madre gestante. Consideró que la maternidad subrogada no solo está sancionada con nulidad por la LTRHA y

---

41 STS de 25 de marzo de 2025, Ponente Rafael Sarazá Jimena, 496/2025, Rec.5545/2024. Tirant Numroj: STS 1262:2025. Ecli: ES:TS:2025:1262.

es contraria al ordenamiento público, sino que además vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte. El TS dice fundar su fallo en el art.10 TRHA y en el interés superior del menor; pues consideró que “no se entiende cómo puede beneficiar a las menores que se deje sin efecto la fijación de la filiación materna respecto de la madre que las gestó y alumbró.” Añadiendo que “dejar sin efecto la inscripción de la filiación materna en el Registro Civil español vulneraría el derecho de las niñas a conocer a sus progenitores y a ser cuidadas por ellos”.

No podemos compartir esta argumentación pues, en la práctica, el interés superior del menor no justifica el mantenimiento de la inscripción registral a favor de la madre gestante. Desde una perspectiva psicológica, resulta evidente que imponer una relación de filiación allí donde no existe un entorno fáctico que permita su desarrollo sustancial, ni una relación afectiva constatable, no solo es ilusorio, sino potencialmente perjudicial para el menor. Debe tenerse en cuenta, además, que la madre gestante, por razones geográficas, difícilmente podrá estar presente en la vida del menor; por razones económicas, es altamente improbable que pueda representar una ayuda efectiva; por razones jurídicas, ni siquiera figura como madre en el registro civil de su propio Estado; y, conforme a la narrativa de los hechos, no ha manifestado en ningún momento voluntad de ejercer un rol materno. Tal vez el verdadero interés del menor consista en poder contar, en el futuro, con una figura materna real y efectiva, y no con una inscripción meramente formal que, lejos de protegerle, podría convertirse en un obstáculo para ello. El Derecho debe estar al servicio de la vida, y no al contrario.

#### **4. La Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de abril de 2025 para adaptar su criterio a la doctrina del Tribunal Supremo.**

Tal como se ha señalado anteriormente, a partir de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009<sup>42</sup>, la entonces Dirección General de los Registros y del Notariado dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010<sup>43</sup>, en la que se fijaron los criterios para la inscripción en el Registro Civil español de los nacimientos ocurridos en el extranjero mediante gestación por sustitución, siempre que uno de los progenitores fuera de nacionalidad española. Se exigía como requisito previo una resolución judicial de un tribunal competente que garantizara la capacidad de la gestante, la legalidad del consentimiento, el respeto a la normativa

42 Si bien la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009\1735) aceptó la posibilidad de inscribir la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en virtud del certificado de nacimiento emitido por las autoridades de California, este criterio fue posteriormente abandonado por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

43 Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE de 7 de octubre).

del país de origen y la inexistencia de simulación o tráfico de menores. Además, para el reconocimiento de dicha resolución extranjera se requería normalmente el exequatur, salvo que se tratara de un procedimiento análogo a la jurisdicción voluntaria española, en cuyo caso bastaba el reconocimiento incidental del encargado del registro<sup>44</sup>. En ausencia de resolución judicial válida, la inscripción debía denegarse, sin perjuicio del recurso a los cauces ordinarios previstos en el art. 10.3 LTRHA y artículos 764 y ss de la LEC. Más adelante, la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019<sup>45</sup> ratificó la viabilidad de proceder a la inscripción, siempre que se acreditara la existencia de una resolución judicial firme dictada por las autoridades competentes del país de origen, debidamente reconocida mediante exequátur o sometida a un control incidental conforme a lo dispuesto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010<sup>46</sup>. Por tanto, la DGRN ha mantenido un enfoque propio en materia de maternidad subrogada, el cual, como se ha expuesto, se ha mostrado hasta ahora independiente y divergente respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En su virtud, finalmente, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha aprobado la Instrucción de 28 de abril de 2025 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución<sup>47</sup>, con el propósito de armonizar su doctrina con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De esta forma, deja sin efecto las Instrucciones de 5 de octubre de 2010 y de 18 de febrero de 2019 de la DGRN y establece la siguiente directriz según la cual en ningún caso podrá considerarse título válido para la inscripción del

44 VILAR GONZÁLEZ, S.: "Mecanismos de inscripción de los nacidos por gestación subrogada en el registro civil español", *Rev. Bolív. de Derecho*, 2023, núm. 35°, pp.66-97 denuncia la desigualdad de trato que causaba este doble rasero a la hora de contemplar la inscripción de un menor nacido de técnicas de reproducción humana asistida. Frente a los comitentes que disponen de recursos suficientes para desplazarse a un estado, como California, en el que se resuelve la gestación subrogada por vía judicial, y por tanto que podrían resolver con muchos menos problemas la inscripción de la filiación en España mediante un exequatur "por el contrario, aquellas otras personas que no tengan más remedio que optar por alternativas menos onerosas, se verán abocados al reconocimiento incidental y al control de legalidad que deberá efectuar el encargado del Registro Civil si el acto o hecho a inscribir se apoya en una certificación o documento público no judicial (como sucede en el caso de Ucrania o de India -este último, país al que muchas familias acudían antes del cambio de tendencia legal en esta materia-)." MUÑOZ RODRIGO, G.: "La filiación y la gestación por sustitución: A propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm.10° bis, junio, pp.733-734, ha abordado esta cuestión en profundidad, especialmente a raíz de la situación crítica que se vivió en 2019 con menores nacidos en Ucrania mediante gestación subrogada. La discordancia entre la normativa española y la ucraniana generó verdaderos problemas jurídicos, hasta el punto de que era necesario declarar al menor apátrida para poder posibilitar su entrada en España. Resulta especialmente ilustrativa la disparidad de costes entre ambos países: mientras que en Estados Unidos estas técnicas superaban los 150.000 € en 2019, en Ucrania rondaban los 35.000 €, tal como recoge el autor en el artículo citado.

45 Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, (BOE de 21 de febrero de 2019).

46 En lo que respecta a la Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019, esta supuso un avance significativo al permitir, a través de un trámite registral específico, la inscripción de la filiación paterna a favor del comitente español, siempre que se presentara como prueba complementaria un test genético que acreditara de forma inequívoca el vínculo biológico. Sin embargo, dicha instrucción fue dejada sin efecto por la posterior Instrucción de 18 de febrero de 2019.

47 Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 28 de abril de 2025 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, (BOE de 1 de mayo de 2025).

nacimiento y la filiación de menores nacidos mediante gestación por sustitución, por parte de los encargados de los Registros Civiles —incluidos los Registros Civiles Consulares—, ni la certificación registral extranjera, ni la mera declaración acompañada de informe médico sobre el nacimiento, ni siquiera una sentencia firme dictada por las autoridades judiciales del país de origen. No obstante, añade que los solicitantes podrán obtener de las autoridades locales, cuando proceda, la documentación necesaria —como el pasaporte y los permisos pertinentes— para que los menores puedan desplazarse a España. Una vez en territorio español, la determinación de la filiación se llevará a cabo por las vías ordinarias previstas en el ordenamiento jurídico, ya sea mediante el reconocimiento de la filiación biológica respecto de alguno de los progenitores intencionales, o mediante adopción posterior, siempre que se acredite la existencia de un núcleo familiar que ofrezca garantías suficientes.

En consecuencia, se mantiene el criterio establecido por el Tribunal Supremo desde su sentencia de 6 de febrero de 2014, que permite la inscripción indirecta a través del reconocimiento de la paternidad biológica y la posterior adopción por parte del cónyuge del progenitor biológico. En este aspecto, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública no ha seguido la línea anunciada por el Ministerio de Igualdad, el cual, justo antes de la publicación de la presente Instrucción, había manifestado su intención de trabajar con el Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes para prohibir de forma absoluta toda posibilidad de inscripción indirecta en favor de los comitentes, propuesta que analizaremos en detalle más adelante. Una vez armonizadas las posturas de la Dirección General y del Tribunal Supremo, puede afirmarse que, ahora, incluso mediando resolución judicial, será necesario recurrir a vías alternativas para lograr la inscripción de la filiación del menor que declare la paternidad de los comitentes. En consecuencia, la autoridad consular no podrá proceder directamente a dicha inscripción. No obstante, en lo demás la situación permanece como estaba y, aunque por una vía indirecta, en la práctica la inscripción resultará finalmente posible.

## **II. DIVERSOS ENFOQUES ANTE LA NECESARIA REFORMA EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.**

Con miras a abordar una eventual reforma del artículo 10 de la LTRHA, resulta imprescindible, en primer término, considerar los distintos modelos adoptados en los ordenamientos jurídicos próximos en materia de maternidad subrogada.

### **I. Diseños legislativos alternativos.**

Sin ánimo de exhaustividad, cabe distinguir los siguientes modelos regulatorios, que se desarrollan en el texto a continuación: (I) “Tendencia a la liberalización normativa”, representada por el modelo de California, caracterizado por un marco

legal ampliamente permisivo que admite la gestación subrogada con mínimas restricciones. (2) “Admisión parcial”, presente en los modelos canadiense, británico, griego y portugués, que permiten la modalidad altruista, aunque contemplan ciertas compensaciones no lucrativas, como el reembolso de gastos razonables. (3) “Prohibición formal con permisividad práctica”, como en el caso español, donde, pese a la prohibición legal, se admite la inscripción registral de nacidos por esta vía en el extranjero, bajo determinadas condiciones. (4) “Prohibición con sanción penal”, vigente en países como Italia, Francia y Alemania, donde se penaliza la práctica, aunque se permite la inscripción de la filiación a favor del progenitor biológico, atendiendo al interés superior del menor<sup>48</sup>. (5) “Prohibición absoluta”, propuesta por el Ministerio de Igualdad en España en abril de 2025, que contempla tanto la prohibición de la gestación subrogada como la denegación de la inscripción registral de la filiación en favor del progenitor biológico.

Examinaremos, en primer término, la propuesta formulada por el Ministerio de Igualdad, para abordar a continuación diversas opciones “de lege ferenda”, tomando como punto de partida una serie de ‘consideraciones primordiales’ que puedan orientar el diseño normativo futuro.

## 2. La propuesta del Ministerio de Igualdad de abril 2025. Prohibición absoluta de la inscripción a favor del padre biológico.

El 22 de abril de 2025, la Ministra de Igualdad, Ana Redondo, anunció una propuesta de reforma de la regulación sobre la maternidad por sustitución, la cual —según indicó— está siendo elaborada de forma conjunta con el Ministerio de Justicia<sup>49</sup>. Para la ministra, el principal problema radica en que, aunque esta técnica de reproducción asistida se encuentra “radicalmente prohibida” en España, persisten vacíos legales que permiten la inscripción registral de menores nacidos mediante esta práctica en el extranjero.

En este sentido, parece que el Ministerio pretende, finalmente, dar respuesta a una necesidad de reforma que ha sido reiteradamente señalada, desde al menos la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2014. La reforma, que la ministra afirma que entrará en vigor próximamente, estaría incluida en la futura Ley de Trata. El objetivo, según palabras de la ministra, es que “esa prohibición se

48 No obstante, consideramos que, en caso de optarse por la vía de la sanción penal, ello debería estar precedido por una regulación clara y detallada de la gestación por sustitución. Solo una vez que el legislador haya delimitado con precisión qué prácticas se consideran lícitas y cuáles no, podría plantearse, conforme al principio de intervención mínima del Derecho penal, la tipificación de aquellas conductas que transgredan los límites establecidos por el ordenamiento civil. Lo que no resulta razonable es la imposición de una sanción penal absoluta frente a todo supuesto de gestación por sustitución, lo que equivaldría a una regresión hacia épocas en que se criminalizaba indiscriminadamente cualquier intervención sobre el embarazo, sin atender a la diversidad de situaciones—aquella fue una etapa pronto superada por el propio desarrollo normativo

49 Vid. <https://www.infobae.com/espana/2025/04/23/gestacion-subrogada-en-espana-los-cambios-en-la-ley-en-los-que-trabaja-el-ministerio-de-igualdad/>.

lleve a sus últimas consecuencias en nuestro país”, subrayando que impedir dicha inscripción registral constituye “la pieza que falta”. Aunque reconoció que esta medida presenta “algunas dificultades”, aseguró que serán resueltas en breve.

De concretarse esta reforma, España adoptaría un modelo absolutamente prohibitivo, que impediría que, una vez nacido el menor, pueda inscribirse la filiación en favor del padre biológico, quedando este privado de la posibilidad de reclamar su paternidad. Se trata, por tanto, de un modelo regulatorio que va más allá de los esquemas sancionadores vigentes en países como Alemania, Italia o Francia, y que llevaría la prohibición hasta sus consecuencias más extremas<sup>50</sup>.

La crítica a esta propuesta será desarrollada en el epígrafe 5.2, en el que formulamos la posibilidad de una propuesta “de lege ferenda” fundada en un interés prevalente distinto al interés superior del menor. Por el momento, nos detenemos en un aspecto puntual de dicha crítica, que se aborda, de seguido, en el siguiente apartado.

*A) Bases conceptuales para la comprensión del artículo 10.3 de la LTRHA en contraste con la propuesta del Ministerio de Igualdad.*

Estamos de acuerdo con la propuesta del Ministerio en que tras examinar la evolución jurisprudencial de la maternidad subrogada en el Derecho español a lo largo de la última década, puede afirmarse que se carece de un marco normativo sólido que le sirva de base. Tal vez no le falte razón a Silvia Romboli<sup>51</sup> cuando sostiene que resulta imprescindible una cultura jurídica común y homogénea entre los Estados para poder legislar con coherencia en esta materia. Con todo, la urgencia de ofrecer una respuesta normativa, al menos a corto o medio plazo, resulta innegable.

Como se ha expuesto y desarrollado a lo largo de este trabajo, los argumentos que sustentan la sanción de nulidad del contrato de gestación por sustitución descansan en una concepción marcadamente negativa de dicha práctica, al considerarla lesiva para la dignidad tanto de la mujer como del niño, quienes serían reducidos a meros objetos de comercio y cosificación, generando así un resultado abiertamente contrario al orden público. Podría parecer, por ello, criticable que

50 Esta postura estaría alineada con una de las conclusiones que presenta en su trabajo CARRILLO LERMA, C.: “Filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación subrogada. Comentario a la STS de España n. 1626/2024 de 4 de diciembre”, *Rev. Boliv. de Derecho*, enero 2025, núm. 39º, pp.737-738, cuando afirma que: “Como ocurre en muchas ocasiones, acaso la Sala hubiera podido argumentar mejor aquello que intenta defender y, sobre todo, ser coherente en su postura, en lugar de acabar facilitando el resultado pretendido con los contratos de gestación subrogada recurriendo a otras vías legales para determinar la filiación. Si se asume que el contrato vulnera la dignidad de la mujer y el interés del nacido, y por eso no se reconocen la filiación así determinada, de ningún modo tendría que darse una salida.”

51 ROMBOLI, S.: “Gestación por sustitución y menor de edad: los derechos e intereses contrapuestos en una aproximación desde el Derecho Constitucional”, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 275.

el legislador desatendiera esta premisa al habilitar una vía alternativa que permite alcanzar el mismo fin sin imponer sanción efectiva alguna, configurándose — desde la perspectiva común— como una opción jurídica legítima para acceder a la gestación por sustitución.

Si atendemos al texto del artículo 10 LTRHA dice como sigue: (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. (3) Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. Es decir, de facto se prohíbe la forma, pero no el resultado. Cabe entonces preguntarse si esta situación responde a una lógica jurídica coherente o si, por el contrario, nos enfrentamos a una forma de hipocresía normativa que, lejos de impedir el fenómeno, no hace más que dilatar la consecución de un resultado de un contrato que, en apariencia, se declara absolutamente nulo. Igualmente cabe preguntarse si puede reducirse la problemática de la gestación por sustitución a la lógica del negocio jurídico.

La respuesta que buscamos nos la ofrece Encarna Roca, quien —fiel a su estilo— expone con maestría la problemática subyacente. Así, afirma que: “Si el legislador considera conveniente la prohibición dentro de las reglas de la ética que considera deben imperar en un determinado sistema jurídico, no puede impedir que los derechos fundamentales de los nacidos de estas técnicas queden protegidos. Pueden establecerse sanciones que disuadan a los posibles usuarios de la utilización del método concreto. Pueden establecerse salvaguardas, comprobaciones y garantías para evitar que el contrato de maternidad subrogada pueda convertirse en una compraventa de niños y una mayor explotación de las mujeres, sobre todo, en países del tercer mundo. Puede reconocerse la validez de determinados tipos de contratos, como cuando son gratuitos o de pura beneficencia o están controlados por el juez, como ocurre en determinados países europeos. Pero lo que no puede producirse es la desprotección de los hijos, porque sería tanto como hacerles pagar por los pecados de sus padres, concepción afortunadamente superada”<sup>52</sup>.

En otras palabras, se argumenta que, una vez nacido un menor fruto de técnicas de reproducción asistida, el interés superior del niño exige su protección. Esta exigencia justificaría la admisión de la acción de reclamación de paternidad por parte del comitente progenitor biológico, con el fin de garantizar dicha protección.

52 ROCA I TRIAS, E.: “Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada”, en AA.VV.: *Treinta años de reproducción asistida en España: Una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual* (coord. P. BENAVENTE MOREDA y E. FARNÓS AMORÓS), Boletín del Ministerio de Justicia núm 2179°, LXIX, Madrid, 2015, p.334.

Desde esta perspectiva, centrada en el bienestar del menor, la solución parece razonable; sin embargo, observada desde otras ópticas, podría implicar una cierta desatención al problema de fondo que se pretende abordar, ya que los efectos de la sanción de nulidad prevista en el primer párrafo podrían quedar, en la práctica, neutralizados.

*B) Una instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que no implementa la desconexión legal con la paternidad biológica anunciada por el Ministerio de Igualdad.*

A la luz de estas reflexiones, resulta comprensible concluir que la propuesta formulada por el Ministerio de Igualdad en abril de 2025 desatiende los derechos fundamentales del menor. De hecho, incurre en aquello que Encarna Roca anticipó y advirtió con claridad: la desprotección de los hijos, quienes pasarían a ser víctimas de las decisiones de sus progenitores, viéndose sometidos a una forma de estigmatización basada en su origen. Esta situación evoca, peligrosamente, la superada distinción entre hijos legítimos e ilegítimos. Una cosa es diseñar una legislación de carácter sancionador que, con el fin de desincentivar esta práctica, contemple penas de prisión en caso de infracción —modelo adoptado por diversos países europeos—, y otra muy distinta es ignorar de forma radical y absoluta el interés superior del menor y sus derechos fundamentales.

Es por ello, que vemos con alivio que finalmente la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública haya publicado la Instrucción de 28 de abril de 2025<sup>53</sup> en la que, tal como hemos señalado anteriormente- se ha limitado a armonizar el criterio de la Dirección General con la doctrina del Tribunal Supremo, de forma que si bien se prohíbe el registro directo de los menores nacidos de gestación subrogada en el extranjero, no obstante sí se permite la inscripción de la filiación de forma indirecta, mediante vínculo biológico o adopción. No obstante desde el Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes se anuncia que esta medida será reforzada por otros mecanismos contra los vientres de alquiler en la futura ley de trata<sup>54</sup>. En todo caso la crítica a la propuesta del Ministerio de Igualdad será objeto de un análisis más detenido en el apartado siguiente.

### **3. ¿Cabe advertir una inconsistencia interna en el artículo 10 de la LTRHA?**

A la luz de lo expuesto hasta este punto, parece que desde determinadas posturas se ha sostenido la existencia de una contradicción interna en el artículo 10 de la LTRHA. Incluso cabría pensar que, en cierta medida, su tercer párrafo opera

53 Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre actualización del régimen registral de filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución, BOE 30 de mayo de 2025.

54 Vid. <https://www.20minutos.es/noticia/5705292/0/gestacion-subrogada-ampliacion-gobierno-prohibe-registro-directo-menores-nacidos-por-gestacion-subrogada/> consultado 30 abril 2025.

como una norma de cobertura que permite alcanzar un resultado expresamente vedado por el primero, lo que nos situaría en el ámbito del fraude de ley<sup>55</sup>.

Esto nos lleva a cuestionar si verdaderamente existe una contradicción jurídica interna en el artículo 10 de la LTRHA. A nuestro juicio, no es así: el apartado tercero debe entenderse como una consecuencia jurídica directa del primero, esto es, de la nulidad del contrato de gestación por sustitución y de la determinación de la filiación que procede una vez declarada dicha nulidad. Al ser nulo el contrato, la filiación se establece conforme a las disposiciones del Código Civil, particularmente en función del principio de verdad biológica. Así, el parto determina la filiación materna, y la filiación paterna corresponde al progenitor biológico. En este sentido, incluso sin el apartado tercero, las reglas generales del Código Civil conducirían al mismo resultado. Este apartado, por tanto, no introduce un régimen distinto, sino que ratifica lo que ya se desprende del ordenamiento civil general en materia de filiación.

Por lo mismo, tampoco cabe hablar de fraude de ley. Lejos de ello, se trata de la aplicación directa de la normativa vigente sobre determinación de la filiación. Aunque en contextos distintos, puede traerse a colación lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil, según el cual el fraude de ley no impide la aplicación de la norma que se intentó eludir. Algo similar ocurre con la nulidad absoluta prevista tanto en el artículo 10.1 de la LTRHA como en el artículo 6.3 del Código Civil: Dicha nulidad no excluye la aplicación de las reglas legales sobre filiación. La norma supuestamente eludida es, en cuanto a la maternidad, la que atribuye la filiación a quien da a luz; y en cuanto a la paternidad, la que invalida cualquier estipulación que pretenda atribuir la filiación a quien no tenga vínculo biológico con el nacido. No estamos, pues, ante un caso de fraude, sino ante la aplicación obligada de normas imperativas.

En este sentido, la STS de 25 de marzo de 2025 habría llevado hasta sus últimas consecuencias la aplicación de la nulidad prevista en el artículo 10 de la LTRHA en el ámbito de la filiación, según los principios generales del ordenamiento. En ese caso particular, se ordenó la inscripción a favor de la madre gestante, lo cual podría parecer poco razonable en esas circunstancias. Sin embargo, si dicha madre hubiera querido quedarse con el recién nacido, su condición de madre habría quedado perfectamente determinada conforme a las normas generales del Código Civil, sin obstáculo alguno. Ahora bien, el hecho de que no se advierta una contradicción jurídica estricta no significa, que compartamos el contenido de la normativa vigente y las consecuencias de su aplicación.

---

55 La denuncia de la incoherencia normativa es reiterada en cierta doctrina, por todos, FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España", *Rev. Bolív. de Derecho*, 2023, núm.35°, pp. 354-385.

En todo caso, estas consideraciones de Derecho interno son conformes con la jurisprudencia del TEDH en el sentido de que no se puede privar al menor de su filiación biológica, concretamente la filiación paterna. Y esto no lo puede cambiar el Ministerio de Igualdad.

En definitiva, entre los apartados primero y tercero del artículo 10 de la LTRHA se configura una relación de círculos concéntricos que, lejos de excluirse, permiten un espacio de yuxtaposición susceptible de una interpretación sistemática que los integre y armonice. Por ello, no cabe afirmar, en rigor, que exista una contradicción jurídica interna en el art. 10 LTRHA.

Lo que sí resulta apreciable es la existencia de una contradicción de carácter social, especialmente si se considera el espíritu de la norma, las razones que motivaron su incorporación al ordenamiento y los efectos que está generando en la práctica. Desde esta óptica, el ciudadano puede percibir que la legitimidad del Derecho depende en buena medida de su coherencia interna: si la ley sanciona una determinada conducta pero, en la práctica, tolera sus efectos, se proyecta una imagen de doble moral jurídica que erosiona el respeto a la norma y alimenta una cultura de impunidad.

En efecto, desde la perspectiva de un ciudadano medio, la coexistencia de una norma que prohíbe una conducta y, al mismo tiempo, legaliza sus consecuencias puede interpretarse como una vulneración del principio de coherencia interna y, por ende, del principio de finalidad normativa. Toda norma jurídica presupone una relación lógica y ética entre el acto prohibido y los efectos que se pretenden evitar; si se proscribiera una conducta, es precisamente porque sus consecuencias se consideran jurídicamente inaceptables. Si, por el contrario, esas consecuencias son admitidas como legales, la prohibición del medio que las genera pierde fundamento normativo.

Por ello, cabe afirmar que lo que emerge es una incoherencia social significativa. La situación vigente propicia, por un lado, que la práctica de la gestación por sustitución continúe realizándose con relativa impunidad y, por otro, que solo los sectores socioeconómicos más privilegiados puedan acceder a ella. Este fenómeno remite a lo ocurrido durante el régimen franquista, cuando, pese a la prohibición del aborto, las clases acomodadas podían recurrir a clínicas en el extranjero mientras que las mujeres en situación de vulnerabilidad quedaban al margen, condenadas a la clandestinidad y a la desigualdad.

#### **4. Dos enfoques legislativos alternativos para una reforma necesaria.**

Ya en la sentencia del Tribunal Supremo el 6 de febrero de 2014 se puso de manifiesto la necesidad de que fuera el legislador quien ofreciera una respuesta

jurídica al problema planteado. Esta denuncia de vacío legal ha sido reiterada en múltiples ocasiones y, como muestra reciente, nos remitimos al ya analizado voto particular formulado en la sentencia del Tribunal Constitucional 28/2024, donde se advierte que, en esta materia, los jueces y tribunales se ven obligados a resolver los casos que se presentan ante ellos, muchas veces sobre la base de una argumentación insuficiente, contradictoria o —como en el supuesto que nos ocupa— carente de rigor lógico<sup>56</sup>. En dicho voto se subraya, además, que resulta contrario al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española que el legislador, tras prohibir determinada práctica en territorio nacional, no establezca restricciones suficientes respecto de prácticas equivalentes realizadas en el extranjero, toda vez que dicha omisión conlleva, de facto, su legalización —por inacción y en virtud de la necesaria protección del menor— de aquello que el propio sistema considera ilegal.

Ahora bien, al momento de elaborar una propuesta “de lege ferenda” que dé respuesta legislativa al problema de la gestación por sustitución, surgen dos alternativas que conducen a soluciones diametralmente opuestas. La primera es la defendida en el voto particular a la STS de 6 de febrero de 2014, que propone abordar la cuestión desde la lógica estricta y preeminente del interés superior del menor, el cual debería prevalecer sobre cualquier otro interés en juego y constituirse, en definitiva, en el pilar fundamental de la reforma legislativa. La segunda opción es la adoptada en el fallo aprobado por mayoría en la citada sentencia de 2014. Conforme a este enfoque, el interés del menor pierde su posición prevalente para situarse en un plano de relevancia compartida con otros intereses concurrentes. De este modo, correspondería al juez *ad quo*, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, ponderar dichos intereses y determinar cuál debe prevalecer. Desde esta perspectiva, la sentencia mayoritaria propuso reemplazar la primacía del interés del menor por otras consideraciones prioritarias, en particular la protección de la dignidad de la mujer y la prevención de su cosificación.

A) *Propuesta “de lege ferenda” construida sobre el interés del menor como única consideración primordial.*

Si se parte del interés del menor como única consideración primordial para abordar la problemática de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, resulta natural considerar como adecuada y oportuna la propuesta formulada por Encarna Roca, que hemos analizado. En este sentido, el legislador podría optar por sancionar con nulidad el contrato de gestación por sustitución

56 Voto particular que formula la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la STC, Pleno, 28/2024, de 27 de febrero. (JUR\2024\80643), “el supuesto que resuelve la sentencia del Pleno pone de manifiesto que 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”.

en base a principios éticos, sin que ello implique, en ningún caso, la desprotección de los menores nacidos mediante esta técnica. La propuesta de Encarna Roca contempla, por un lado, el establecimiento de sanciones, controles y garantías que prevengan abusos como la mercantilización del menor o la explotación de mujeres en situación de vulnerabilidad; y por otro, la posibilidad de admitir ciertos modelos de gestación altruista, sometidos a supervisión judicial. Lo que en modo alguno puede aceptarse es que los niños queden desprotegidos tras su nacimiento.

No obstante para los magistrados Antonio Seijas Quintana, José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol, que suscribieron el voto particular en la STS de 6 de febrero de 2014, esta opción no sería suficiente. En dicho voto afirmaban que la denegación del reconocimiento de la filiación practicada conforme a derecho extranjero solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. En concreto puntualizan que: “esta maternidad 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 voluntario 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.” Además, sostienen que el fallo del que disienten compromete gravemente el interés superior del menor, al situar a los niños en un estado de incertidumbre jurídica, un auténtico limbo jurídico, especialmente en aquellos casos en los que han establecido vínculos afectivos y familiares consolidados<sup>57</sup>. En definitiva, afirman que el interés no puede concebirse de forma abstracta, pues “no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”.

Lo cierto es que la solución adoptada en la STS de 6 de febrero de 2014, y reiterada posteriormente por el Tribunal Supremo, puede resultar insatisfactoria desde la óptica del interés superior del menor por diversas razones. Dicha vía deja desprotegido al niño en aquellos casos en los que los comitentes no han aportado

57 Voto particular que formula el magistrado José Antonio Seijas Quintana y al que se adhieren los magistrados José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol. STS, Pleno, 6 febrero 2024, (RJ\2014\907), ponente: Rafael Saraza Jimena. Los magistrados discrepantes recuerdan que el interés de menor no solo ostenta primacía, sino que constituye también un principio de orden público. En su opinión, se ha desatendido esta prioridad al no reconocer una realidad social ya consolidada ni promover soluciones que favorezcan a los menores. Afirmar que resulta evidente que, ante la existencia de niños insertos en un entorno familiar que actúa y se estructura legalmente conforme a la normativa de otro país, la aplicación rígida del derecho interno bajo el prisma del orden público puede generar situaciones de desamparo. Casos como el italiano muestran cómo los menores pueden verse despojados de su identidad y de su entorno familiar, en abierta contradicción con las obligaciones internacionales que exigen atender de manera efectiva al interés del menor.

sus propios gametos, lo que impide recurrir a una alternativa como la acción de reclamación de paternidad basada en la paternidad biológica, al no concurrir dicho vínculo. Una vez nacido el menor e integrado en una unidad familiar estable que le brinda apoyo material y emocional, no parece compatible con su interés superior que quede en situación de desamparo, apatridia y con una identidad jurídica difusa o inexistente, al no permitirse inscribir la certificación extranjera en el Registro Civil español. No deberíamos, en consecuencia, quedar anclados exclusivamente en el dato biológico, pues los vínculos familiares descansan también sobre otros fundamentos que no deben ser ignorados.

Desde una perspectiva centrada de forma exclusiva en el interés superior del menor, parecería más razonable no poner trabas innecesarias y permitir que la resolución extranjera que reconoce la filiación a favor de los comitentes fuera plenamente válida en nuestro ordenamiento, posibilitando así su inscripción directa en el Registro Civil. El mecanismo previsto por la legislación vigente y aplicado por los tribunales —que prohíbe dicha inscripción directa pero la permite de forma indirecta, a través de una acción de reclamación de paternidad ejercida por el progenitor biológico seguida de una adopción por parte de su pareja— no deja de evidenciar una incongruencia normativa que, lejos de beneficiar al menor, termina por comprometer su interés en nombre de una ficción jurídica difícil de justificar.

Además, el cauce previsto en el artículo 10.3 de la LTRHA incurre en un círculo vicioso de hipocresía legislativa que, en la práctica, no impide el acceso a la paternidad biológica para quienes disponen de los recursos económicos necesarios para sufragarla. Basta con observar la realidad: en España se ha desarrollado una auténtica industria en torno a la maternidad subrogada<sup>58</sup>, promovida por despachos especializados que ofrecen a quienes pueden costearlo una alternativa tanto a la adopción como a la gestación propia, mediante un desembolso económico significativo<sup>59</sup>. En su redacción actual, la norma termina perjudicando únicamente a los sectores más vulnerables de la población, que no pueden asumir los elevados costes que implica recurrir a otros países para acceder a una paternidad biológica vetada en nuestro territorio para los más desfavorecidos, pero facilitada —de facto— a quienes poseen mayores recursos. En consecuencia, la propuesta “de lege ferenda” que mejor podría armonizarse con el interés superior del menor,

58 El Instituto de las Mujeres presentó un informe jurídico ante la Abogacía del Estado en relación con la “promoción comercial de la gestación por sustitución” a través de páginas web y redes sociales. Cabe recordar que esta forma de publicidad fue expresamente prohibida en nuestro país mediante la reforma de la Ley del Aborto aprobada en 2023. No obstante, el Ministerio de Igualdad identificó hasta ocho agencias que continuaban incurriendo en dicha práctica. <https://www.inmujeres.gob.es/eu/observatorios/observlmg/informes/docs/AnalisisPublicidadGestacionPorSustitucion2023.pdf>, consulta 25 de abril de 2025.

59 Según los datos del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, entre 2010 y julio de 2023, en España se recibieron un total de 3.546 solicitudes para inscribir bebés nacidos por gestación subrogada en el extranjero. Vid. <https://www.newtral.es/gestacion-subrogada-2023/20231220/> consulta 25 abril 2025.

como única consideración primordial, sería la supresión de la sanción de nulidad actualmente vigente sobre el contrato que da lugar a la gestación por sustitución.

B) *Propuesta “de lege ferenda” construida sobre otras consideraciones primordiales.*

a) *La protección de la dignidad de la mujer como criterio prioritario para impedir su cosificación.*

Conforme al fallo de la STS de 6 de junio de 2014, junto al interés superior del menor concurren otras consideraciones de carácter primordial que el juez *a quo* puede ponderar al resolver sobre los supuestos de gestación por sustitución. Como se ha analizado, dicha sentencia fundamenta su razonamiento jurídico en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y no en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). La diferencia entre ambos preceptos no es menor: mientras el primero establece que el interés del menor debe ser “una” consideración primordial entre otras, el segundo lo erige como “la” consideración primordial por excelencia, prevalente sobre cualquier otra. Esta divergencia terminológica y conceptual conduce, según se adopte uno u otro enfoque, a soluciones jurídicas sustancialmente opuestas.

En efecto, en la sentencia de referencia se reconoce que, junto al interés del menor, pueden concurrir otros bienes jurídicos cuya importancia requiere una valoración conjunta. A modo de ejemplo, se mencionan algunos especialmente relevantes en el caso analizado: la salvaguarda de la dignidad y la integridad moral de la mujer gestante; la necesidad de prevenir situaciones de explotación vinculadas a contextos de vulnerabilidad socioeconómica, particularmente en mujeres jóvenes; y la conveniencia de evitar la mercantilización tanto del proceso gestacional como de la relación de filiación. Principios que -afirma la sentencia- encuentran un sólido fundamento tanto en la Constitución Española como en el derecho comparado y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, particularmente en aquellos relativos a la infancia y las relaciones familiares. Esta sentencia ha establecido una doctrina jurisprudencial que continúa vigente en el ámbito de la maternidad subrogada.

Desde esta óptica, se vislumbra una vía alternativa para abordar los conflictos derivados de los contratos entre comitentes y gestantes, una vía en la que el interés del menor podría ocupar una posición subsidiaria, en caso de que las circunstancias del caso concreto justifiquen la primacía de otro interés constitucionalmente relevante.

En los últimos tiempos, se han alzado diversas voces que respaldan esta interpretación dinámica del interés superior del menor, provenientes tanto del

ámbito de la sociología como del jurídico. Esta orientación ha encontrado, al menos en parte, un respaldo reciente en el voto particular formulado por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón en la STC 28/2024, previamente analizado.

De este modo, frente al interés superior del menor se han esgrimido otras consideraciones que, en determinados casos concretos, se afirman pueden prevalecer sobre aquel. Entre estas se encuentran la protección de la dignidad de la mujer, el desarrollo de la personalidad, la evitación de la cosificación o mercantilización del cuerpo humano y, muy especialmente, la igualdad de género. Se trata de argumentos que, aunque no siempre explícitamente invocados, están siendo incorporados de forma silenciosa pero persistente en la práctica jurisprudencial.

Así, por ejemplo, se ha observado que en algunas ocasiones la razón que lleva al juez a acordar una custodia compartida es más que el interés del menor, el posibilitar el desarrollo de la personalidad o la dignidad de uno de los progenitores. Un caso ilustrativo es el resuelto por la Audiencia Provincial de Córdoba en 2018, en el que se impuso una custodia compartida a un padre que, inicialmente, no deseaba asumirla<sup>60</sup>. Esta tendencia se evidencia en las conclusiones del estudio sociológico sobre la custodia compartida realizado en 2019 en Barcelona, cuyos autores señalan que, en los casos en que la custodia compartida no ha sido fruto de un acuerdo entre las partes, la decisión judicial suele responder más a la necesidad de atender determinadas circunstancias —como la salud del menor o de alguno de los progenitores, o situaciones de precariedad<sup>61</sup>. En este sentido, resultan especialmente relevantes los argumentos planteados por María Ángeles Moraba García, quien aboga por anteponer la igualdad de género al interés del menor en la evaluación de la viabilidad de la custodia compartida<sup>62</sup>.

60 SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018, (JUR\201846596), ponente: Miguel Ángel Navarro Robles, en la que se dio prioridad al interés de la madre a poder conllevar la vida laboral y el cuidado de sus hijos, imponiéndose la custodia compartida al padre, que rechazaba incluso la custodia exclusiva de sus hijos.

61 SOLSONA PAIRÓ, M., AJENJO COSP, M., BRULLET TENAS, C. y GÓMEZ-CASILLAS, A.: *La custodia*, cit., pp.165-166.

62 MORAGA GARCÍA, M. A.: “Igualdad y custodia”, cit., p. 483. Autora que advierte sobre el riesgo de asumir que la custodia compartida pueda erigirse como el mecanismo idóneo para promover la igualdad de género, sin que previamente se haya producido una transformación real del modelo patriarcal imperante en la sociedad. En su opinión, la custodia compartida, por sí sola, no garantiza una relación equitativa entre hombres y mujeres, especialmente si durante la convivencia no existió una distribución igualitaria de las responsabilidades familiares y del cuidado de los hijos. En este contexto, imponer una custodia compartida en un momento de ruptura y alta conflictividad puede resultar contraproducente, ya que trataría de forma igual situaciones profundamente desiguales desde el origen, lo cual, estima, conduciría, precisamente, a nuevas formas de injusticia. Por ello, sostiene que la verdadera base para reclamar una custodia compartida debe estar en el ejercicio previo de una paternidad activa y corresponsable, y no en su exigencia a posteriori como un derecho desvinculado del comportamiento anterior. Afirma que la custodia compartida solo puede ser la situación natural, justa e igualitaria en aquellas sociedades en las que la igualdad de género esté interiorizada en la sociedad. Es decir, la decisión sobre la custodia compartida debería fundarse en la constatación del hecho de si previamente hubiera mediado una situación real de igualdad de género, antes que en otras consideraciones como el interés del menor.

Por otro lado, tal como hemos señalado anteriormente, en el voto particular a la STC 28/2024 se afirma que 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. Esta postura permite a la magistrada Balaguer centrar la atención en los riesgos de mercantilización implícitos en los procesos de gestación por sustitución y en la cosificación de los menores al determinar su filiación. En consecuencia, concluye que la normativa aplicable ha de construirse sobre cuatro pilares fundamentales: 1) la protección del interés superior del menor desde una perspectiva individual; 2) la salvaguarda del interés colectivo de los menores frente a prácticas que atenten contra su dignidad; 3) la defensa del principio de dignidad humana, que debe aplicarse tanto al menor como a la madre biológica; y 4) la garantía de los derechos de esta última, asegurando que no hayan sido vulnerados a lo largo de todo el proceso de gestación<sup>63</sup>.

*b) Análisis crítico de la iniciativa impulsada por el Ministerio de Igualdad en abril de 2025, relativa a la prohibición categórica de la inscripción registral de la filiación del padre biológico.*

Ahora bien, si se llevan estos planteamientos hasta sus últimas consecuencias, cabría considerar que la decisión se fundamente esencialmente en la protección de la dignidad de la mujer y en la prevención de su cosificación a través de la gestación por subrogación, prohibiendo dicha práctica y sus efectos tanto de forma directa como indirecta<sup>64</sup>. En consecuencia, priorizar la dignidad humana podría relegar el interés del menor a un segundo plano y abrir la puerta a una solución que no se contente con desincentivar la maternidad subrogada sancionándola penalmente, tal como ocurre en Italia, Francia y Alemania, sino que vaya más allá<sup>65</sup>.

No obstante, la anunciada propuesta de reforma legislativa del Ministerio de Igualdad va más allá al prever la prohibición absoluta de la inscripción en el registro civil español de una filiación fruto de una gestación por sustitución, vetando por

63 Voto particular que formula la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la STC, Pleno, 28/2024, de 27 de febrero de 2024, (JUR\2024\80643). Ponente Inmaculada Montalbán Huertas. Apartado quinto, párrafo segundo.

64 Esta crítica a la cosificación de la mujer en el contexto de la maternidad subrogada permite, en primer lugar, reflexionar también sobre la cosificación del varón en su rol de donante de material genético, aspecto que suele recibir escasa atención en el debate académico. En segundo lugar, en relación con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la interrupción voluntaria del embarazo —la cual se basa en evitar la cosificación de la mujer, que se produciría si se le obligara a continuar con la gestación en contra de su voluntad—, cabría preguntarse si, “a sensu contrario”, podría considerarse una forma de cosificación la prohibición de que una mujer opte libremente por ser madre gestante subrogada al no respetarse su decisión.

65 Esto es lo que propone GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J. “Policía administrativa y maternidad subrogada”, AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVÉ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 366. Vid. Artículo 12 de la LEGGE 19 febbraio 2004, n. 40 Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, reformado por la Ley 169, de 4 de noviembre de 2024, Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano (24G00187).

tanto la posibilidad de que el padre biológico pueda obtenerla interponiendo una demanda de reconocimiento de paternidad, una vez nacido el menor. Precisamente este es el criterio que se defiende desde posiciones feministas mayoritarias. Señala Francisca Perez Madrid<sup>66</sup> que la mayoría de las feministas sostienen que alquilar a una mujer, aunque sea de forma bienintencionada, implica una forma de tráfico humano que daña la dignidad de las gestantes; por lo que se trata de una práctica que explota a las más pobres en beneficio de las más ricas, critica que ha llevado al manifiesto internacional “Stop surrogacy now”<sup>67</sup>.

Como hemos anunciado esta propuesta de reforma legislativa merece nuestra crítica por muy diversos motivos, en primer lugar -y siguiendo a Encarna Roca- esta desprotección de los hijos, implica que pasarían a ser víctimas de las decisiones de sus progenitores, viéndose sometidos a una forma de estigmatización discriminatoria basada en su origen, tal como pasaba cuando se distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos<sup>68</sup>. Del mismo modo, ello supondría una vulneración de los derechos fundamentales de los hijos, pues, como hemos visto, quedaría comprometida su igualdad -art.14 CE; su identidad, de hecho el TEDH incardina la protección de la identidad del menor en el artículo 8 del CEDH. Igualmente, dicha opción legislativa no respetaría lo previsto en el artículo 39 de la Constitución Española, al establecer que “los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”, y que añade posteriormente que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Negar a un niño la posibilidad de conocer o reclamar la filiación respecto de su padre biológico por haber nacido mediante gestación subrogada resulta, en este sentido, contrario a los principios constitucionales.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia que el interés superior del menor debe prevalecer en caso de conflicto con otros derechos o intereses, y que dicho principio ha de interpretarse a la luz del conjunto de los derechos fundamentales, con especial atención a los recogidos en los artículos 10 —relativo a la dignidad de la persona— y 14 —sobre el derecho a la igualdad— de la Constitución Española. Así, por ejemplo, en la STC 141/2000 se afirma que “el principio del interés superior del menor está implícito en el conjunto

66 PÉREZ MADRID, F.: “Maternidad subrogada y derechos de la mujer desde una perspectiva feminista”, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 196, cita a PANDE A.: “Wombs in Labor: Transnacional Commercial Surrogacy in India”, *Columbia University Press*, 2014. Igualmente señala que la práctica la maternidad subrogada vulnera muchos derechos y bienes jurídicos, afectando a la dignidad e integridad física y moral de las madres gestantes.

67 No obstante, resulta de interés señalar que coexiste una línea liberal en el movimiento feminista que propugna justo lo contrario, mostrándose a favor de la maternidad por sustitución sobre la base de la libre determinación, la libertad contractual y la determinación sobre el propio cuerpo, y la libertad de utilizar estas tecnologías como un modo de empoderamiento de mujeres, más adelante volveremos sobre esta cuestión.

68 ROCA I TRIAS, E.: “Dura lex sed lex”, cit. p.334.

del orden constitucional y debe guiar cualquier actuación pública o privada que lo afecte"<sup>69</sup>.

Asimismo, de la información facilitada por el Ministerio de Igualdad se desprende que la reforma no contemplaría una distinción entre la maternidad subrogada altruista y la de carácter lucrativo, asimilando así dos realidades profundamente distintas. Desde una perspectiva ética, esta equiparación resulta problemática, ya que la mercantilización y cosificación del cuerpo de la mujer adquieren una naturaleza distinta cuando no media retribución económica ni ánimo de lucro.

A mayor abundamiento, resulta pertinente recoger la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde los casos *Mennesson y Labassee* contra Francia hasta *Valdís Fjölvisdóttir y otros* contra Islandia, en los que se ha afirmado de forma reiterada que, con independencia de la legislación nacional —ya sea esta de carácter prohibitivo o incluso sancionador en el ámbito penal—, no puede privarse al menor nacido mediante gestación por sustitución del reconocimiento de su filiación biológica. En consecuencia, dicha filiación debe poder acceder al registro civil del Estado del comitente, en garantía del respeto al derecho a la identidad y a la vida familiar del menor. Como hemos dicho esta protección se incardina en el art. 8 CEDH en tanto que garantizar la identidad del menor.

No obstante, como ya hemos referido, la propuesta del Ministerio de Igualdad no ha sido recogida en la Instrucción de 28 de abril de 2025 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, que se ha limitado a armonizar su criterio con los de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien habrá que aguardar a la aprobación de la futura Ley sobre trata para valorar plenamente su impacto.

Concluimos que priorizar la protección de la dignidad de la mujer por encima del interés superior del menor puede ser una opción legítima y jurídicamente defendible. Sin embargo, otra cosa muy distinta es relegar por completo el interés del menor, hasta el punto de ignorarlo o menospreciarlo, lo cual resultaría constitucionalmente inviable.

Finalmente, quisiera aportar dos consideraciones que pueden contribuir a contextualizar esta propuesta de reforma. La primera es que la soberanía legislativa de España encuentra su límite en sus propias fronteras y, en la práctica, no se podrá impedir que las gestaciones subrogadas continúen realizándose en otros países. La ausencia de una regulación específica, derivada de una eventual prohibición absoluta, dejaría en una situación de desprotección tanto a las madres gestantes como a los menores, sin evitar al mismo tiempo el surgimiento de

69 STC 141/2000, de 29 de mayo, (RTC\2002\141), Ponente: Tomás Salvador Vives Antón.

nuevas formas de fraude, como podría ser el ocultamiento del origen subrogado de la gestación, alegando falsamente que el nacimiento fue consecuencia de una procreación natural fruto de una relación esporádica al momento de inscribir al menor en el registro civil por parte del padre biológico.

Por otro lado, no podemos dejar de pasar por alto que junto a esta posición radical sostenida por un movimiento feminista sin duda mayoritario, encontramos otro sector del feminismo de corte liberal que propugna justo lo contrario, mostrándose a favor de la maternidad por sustitución sobre la base de la libre determinación, la libertad contractual y la determinación sobre el propio cuerpo, y la libertad de utilizar estas tecnologías como un modo de empoderamiento de mujeres<sup>70</sup>.

### III. EL RECURSO A LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO MEDIO PARA QUE UN VARÓN HOMOSEXUAL ACCEDA A LA PATERNIDAD BIOLÓGICA.

Una vez expuesto el problema que plantea la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, así como la conveniencia de reformar la normativa vigente y las distintas propuestas formuladas en función del enfoque adoptado, procede ahora —tal como se anticipaba en el título de este trabajo— abordar la posibilidad de que un varón gay acceda a la paternidad biológica a través de esta vía.

#### I. Consideración del interés superior del menor como punto de partida y eje central en la toma de decisiones.

La respuesta a esta cuestión dependerá del prisma desde el cual se aborde. Si se parte de la premisa de que debe primar, con pleno rigor, el interés superior del menor, y se considera necesario superar posturas meramente formales o incluso hipócritas —que, sin impedir de facto el acceso a la paternidad mediante gestación subrogada, continúan sancionando con nulidad absoluta el contrato que da lugar—, entonces un resultado, ciertamente extremo, podría ser que una eventual reforma normativa recogiera de forma expresa, amplia y no discriminatoria, que la gestación por sustitución es una práctica lícita y accesible para cualquier persona, con independencia de su orientación sexual, a fin de proteger el interés del menor

---

70 Desde este feminismo se postula justo lo contrario, el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo de forma absoluta, tanto en la manifestación negativa del derecho a la maternidad -interrupción del embarazo, como en su manifestación positiva mediante el acceso a la maternidad subrogada, Vid. SARAVANAN S.: "A Feminist Discourse of Surrogacy: Reproductive rights and Justice approach", en AA.VV.: *A transnational Feminist View of Surrogacy Biomarkets in India* (coord. S. SARAVANAN), Sprinter, Singapore, 2018, pp.47-78; igualmente refiere la posición de SHALEV, C.: en *Birth Power: The Case for Surrogacy*, Yale University Press, 1989, pp.126 y ss, autora que se afirma que la libre elección se considera en los países en desarrollo un acto propiamente feminista y que por tanto la maternidad subrogada es una experiencia liberadora que aumenta la autonomía de la mujer.

de forma efectiva, tal como propugnaba el voto particular de la STS de 6 de febrero de 2014.

Asimismo, si se opta por una vía intermedia que busque compatibilizar la sanción formal de nulidad del contrato de maternidad subrogada con la protección del interés superior del menor, se podría mantener abierta, aunque de manera indirecta, la posibilidad de que un varón gay acceda a la paternidad biológica mediante gestación subrogada. En este escenario, una vez nacido el menor, el padre biológico podría ejercer la correspondiente acción de reclamación de paternidad biológica, y su pareja podría proceder a la adopción del niño. Esta es, en efecto, la solución actualmente vigente en la práctica judicial. Esta solución es la que se sigue actualmente en el ordenamiento jurídico español conforme a la doctrina emanada del TEDH en los asuntos *Mennesson y Labasse contra Francia*<sup>71</sup>. Esta misma vía ha sido acogida por la Sentencia 12193/2019 de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana<sup>72</sup>, la cual, si bien declaró que la maternidad subrogada vulnera el orden público italiano —y, de hecho, se encuentra tipificada como delito en dicho país—, no obstante permitió el reconocimiento de la paternidad al padre genético, así como la posterior adopción del menor por parte de su cónyuge<sup>73</sup>. Por tanto, la reforma introducida en la reciente Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública debería trasladarse al art. 10 LTRHA a fin de sancionar la armonización de la doctrina de la Dirección con la del Tribunal Supremo.

Sin embargo, al analizar esta “vía intermedia” seguida en España se evidencian importantes deficiencias. La primera de ellas radica en que la instauración de una nulidad absoluta del contrato con la madre de gestación queda carente de un sistema sancionador eficaz por lo que la despoja de sentido y fomenta su contravención. Imaginemos, por ejemplo, un ordenamiento en el que la defraudación tributaria no diera lugar ni a la obligación de restituir lo defraudado ni, por supuesto, a sanción alguna. O un sistema penal que prohibiera el consumo de drogas sin prever consecuencias reales ante su ingesta. En ambos casos, la finalidad última de la prohibición —proteger la integridad del sistema fiscal o la salud pública— se vería frustrada, y la norma se reduciría a una declaración vacía, un mero brindis al sol. Si a todo ello añadimos que el mecanismo previsto en la vía intermedia contempla, además, una norma de cobertura que habilita al infractor a beneficiarse del efecto del contrato sancionado con nulidad, resulta evidente

71 En las SSTEDH *Mennesson c. Francia y Labasse c. Francia*, de 26 de junio de 2014 (n.65192/11 y n.65941/11 respectivamente).

72 Sentencia 12193/2019 de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana. Cass., Sez. Un., de 8 de mayo de 2019, n.12193.

73 Comenta la sentencia BARBA, V.: “Gestión por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias”. *Revista de Derecho Civil*, enero-marzo 2020, vol.VII, núm.1º Estudios, pp.69-101.

que este constructo jurídico presenta fallas estructurales. Por otro lado, esta vía intermedia no protege el interés del menor cuando los comitentes no han aportado su material genético, pues podría dejar al menor apátrida y desamparado.

Pero, además, esta solución intermedia no distingue entre la gestación por sustitución altruista y la gestación con fines lucrativos. Dado que la sanción de nulidad del contrato de gestación por sustitución se fundamenta en consideraciones éticas, estimamos que esta distinción es esencial y no debería pasarse por alto. Desde una perspectiva estrictamente ética, esta solución es mejorable, pues se alinea con una sanción cuya legitimidad moral puede ser cuestionada.

Propongo un análisis conjunto de la gestación por sustitución y la adopción, en tanto que ambas instituciones persiguen un mismo fin: ofrecer la posibilidad de ejercer la paternidad o maternidad a personas que no pueden acceder a ella por medios naturales. A partir de esta premisa, propongo examinar dos situaciones éticamente conexas.

Pensemos en el caso de una madre en un país del llamado Tercer Mundo que, empujada por la pobreza y en contra de sus deseos más íntimos, se ve forzada a entregar a su hijo en adopción, no porque no lo quiera —lo quiere con todo su ser—, sino porque carece incluso de lo mínimo para alimentarlo. El sufrimiento que esta mujer experimentará es inconmensurable. Y sin embargo, su hijo será absorbido por la industria de la adopción internacional, intermediada por actores que se beneficiarán económicamente de ese tránsito, hasta que el menor llegue al hogar de una familia del Primer Mundo, probablemente ajena al sufrimiento de la madre biológica. Una familia que acaso haya abonado por la adopción una suma que, de haber sido entregada —aunque fuera una ínfima parte— a esa madre, habría evitado la separación desgarradora. La valoración moral de esta escena no puede sino conducirnos a una profunda desazón.

Comparemos ahora esta situación con la de una mujer residente en un país del Primer Mundo —por ejemplo,— que decide recurrir a la gestación por sustitución como medio para alcanzar un proyecto vital. Se trata, quizás, de una mujer joven que, con plena autonomía, opta por esta vía como estrategia para mejorar sus condiciones de vida. Desde una perspectiva ética, esta segunda situación podría suscitar una menor objeción moral que la anterior, en la medida en que no implica una ruptura afectiva profunda entre madre e hijo, como sí ocurre cuando existen vínculos arraigados forjados a lo largo del tiempo. Aquí, la decisión se produce *ex ante*, con conocimiento y consentimiento, y no en un contexto de desgarramiento emocional ni de carencia absoluta. Por ello, estimo que este fenómeno debe ser abordado desde una mirada integradora, que contemple de forma conjunta las diversas realidades que subyacen tanto en la adopción como en la gestación por sustitución. Solo así podremos ofrecer una valoración ética y jurídica más

completa y matizada<sup>74</sup>. Desde una perspectiva ética, cabría sostener que, si se decide que, de forma genérica, una de estas prácticas es contraria al orden público español, también debería considerarse la contraria la otra; y, del mismo modo, si se admite una, habría fundamento para admitir la otra. Lo que resulta insostenible es mantener una visión reduccionista del problema, adoptando medidas de política legislativa de carácter general que no atienden a la complejidad de las circunstancias concretas en que pueden desarrollarse estas situaciones, y que, además, carecen de un régimen sancionador efectivo que les confiera coherencia y fuerza normativa.

## 2. Un enfoque sustentado en consideraciones primordiales distintas del interés superior del menor.

A) *La protección de la dignidad de la mujer y su no cosificación como consideración primordial ¿La solución italiano-francesa-alemana como modelo a seguir?*

No obstante, tal como se ha venido analizando a lo largo de este trabajo, es posible adoptar un enfoque alternativo sustentado en la interpretación literal del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. La redacción de dicho precepto fue fruto de un prolongado y tenso proceso de negociación, en el cual se optó deliberadamente por sustituir el artículo determinado “el” por el indeterminado “un”, estableciendo que el interés del menor constituye “una consideración primordial” —y no “la” única. Este matiz lingüístico no es menor: implica que el interés del menor puede coexistir con otras consideraciones también calificadas de primordiales, correspondiendo al órgano jurisdiccional, en cada caso concreto, la tarea de ponderarlas y determinar cuál debe prevalecer. Durante los debates preparatorios se sostuvo que, de haberse consagrado el carácter exclusivo del interés del menor, se habría restringido de manera indebida el margen de apreciación judicial, limitando injustificadamente su capacidad de valorar las particularidades del caso.

De manera llamativa, este relevante matiz ha pasado prácticamente inadvertido para la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia en España, constituyendo una excepción destacable la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de

<sup>74</sup> En la propia STS 6 febrero de 2014, (RJ\2014\907), Ponente: Rafael Saraza Jimena, se reconocía la realidad subyacente al referir que: “en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida 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 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.” (FJ 3, apartado 6, párrafo 2).

2014. Aunque la redacción del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor pudiera llevarnos a una interpretación en sentido contrario, no debe perderse de vista que tanto dicha norma como el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño —tratado internacional ratificado por el Reino de España— forman parte del ordenamiento jurídico interno y, en consecuencia, resultan plenamente aplicables en nuestro sistema.

Pues bien, este enfoque permite acercarnos al problema en ciernes desde un punto de partida alternativo, dando prioridad a otras consideraciones primordiales sobre el interés del menor; consideraciones que bien podría ser la protección de la dignidad de la mujer o la evitación de la mercantilización o cosificación de su cuerpo, al igual que el del menor. Esto nos permite afrontar la razón de la sanción de nulidad del contrato de maternidad subrogada con toda su crudeza sin el peaje de ciertas objeciones.

En este punto es necesario recordar que 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*, firmado en Oviedo en 1999<sup>75</sup> señala que “el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”. Igualmente el comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas<sup>76</sup>, obliga a proteger a la mujer gestante frente a todo tipo de explotación, la coerción, la discriminación y el tráfico de personas. Por último, hay que traer a colación las palabras de la Relatora Especial de las Naciones Unidas para la venta y la explotación sexual de los niños como hace la magistrada Balaguer en su voto particular<sup>77</sup>. La Relatora afirma en el estudio presentado que la gestación por sustitución equivale a la venta de niños, prohibida por el artículo 2.a) del Protocolo Facultativo CDN 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.

Cabe preguntarse si, en la hipótesis de que se hubiese consumado una venta de un menor, el hecho de que éste se hubiese integrado en la vida de la familia compradora, dando a un vínculo afectivo, podría legitimar la ausencia de una sanción efectiva y, en consecuencia, permitir su permanencia en dicho núcleo

75 *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*, firmado en Oviedo en 1999, artículo 21, ratificado por España el 23 de julio de 1999.

76 CEDAW, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas. Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Ucrania, 1 de noviembre de 2022, CEDAW/C/UKR/CO/9 § 46.

77 Estudio temático sobre la gestación por sustitución y la venta de niños de 15 de enero de 2018, A/HRC/37/60, de la Relatora Especial de las Naciones Unidas para la venta y la explotación sexual de los niños.

familiar. La respuesta, desde una perspectiva jurídica, es inequívoca: el Derecho no admite en modo alguno la validez de semejante transacción, ni consiente que sus efectos —ya sean directos o indirectos— puedan recibir reconocimiento legal. Con ello se evitaría, además, que pueda validarse la filiación con el contratante por vías indirectas o subrepticias.

Ahora bien, al vincular la gestación por sustitución con la dignidad de la mujer, emergen numerosas cuestiones que obligan a evitar todo enfoque simplista, pues nos enfrentamos a una problemática compleja, en la que no todos los supuestos pueden ser tratados del mismo modo. Con frecuencia, la atención se centra en los casos de mujeres explotadas, en cuasi-esclavitud, atrapadas en contextos de extrema pobreza y víctimas de una industria —la de la maternidad subrogada, y también en ocasiones la de la adopción internacional— que instrumentaliza sus cuerpos. En tales circunstancias, el juicio moral y jurídico resulta inequívoco: solo cabe una condena firme ante la evidente vulneración de la dignidad, reducida aquí a una lógica degradante y cosificadora.

Sin embargo, junto a este escenario existen otros, como ya se ha señalado. Es posible que una mujer en una posición económica desahogada, actuando con plena libertad y consciencia, decida recurrir a esta práctica, ya sea con el propósito de mejorar aún más su situación o movida por una vocación altruista. Tampoco puede pasarse por alto que la donación de órganos y de muestras biológicas se encuentra expresamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico. En la medida en que no media contraprestación económica, no se advierte una diferencia ética sustancial que justifique la prohibición de una práctica mientras se admite la otra. De hecho, se ha afirmado que la gratuidad supone que “podamos excluir que ofenda la dignidad de la mujer y que socave irremediabilmente las relaciones humanas”<sup>78</sup>.

*B) Gestación por sustitución y vínculos jurídicos: el TEDH frente a las tentaciones de desvinculación radical entre menor y comitente.*

Así, si el criterio decisorio prioritario fuera la protección de la dignidad de la mujer y la prevención de su cosificación —quedando en un segundo plano el interés del menor—, la solución jurídica “de lege ferenda” que más coherentemente respondería a tal finalidad sería la prohibición absoluta y radical de este tipo de prácticas, de modo que sus efectos no pudieran desplegar validez jurídica en ningún momento, ni de forma directa ni indirecta. En consecuencia, el Derecho

78 BARBA, V.: “Gestación por sustitución”, cit., pp.94-96, señala que: cuando la gestación por sustitución se realiza en un espíritu de libre solidaridad, en un contexto relacional entre los padres de intención y la mujer que lleva a cabo el embarazo, cuando hay información adecuada y la mujer embarazada conserva la capacidad de afirmar y ejercer su maternidad, cuando constituye, es decir un don de la vida, no creo que deba preservarse una valoración irreparablemente negativa.

no admitiría el reconocimiento de la filiación a favor del padre biológico, sino que establecería sanciones efectivas —por ejemplo, de naturaleza penal— orientadas a disuadir con firmeza este tipo de actuaciones.

No obstante esta alternativa no sería viable conforme a la jurisprudencia del TEDH en materia de maternidad subrogada. Recordemos que en *Mennesson contra Francia*<sup>79</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que el derecho al respeto de la vida familiar protege las relaciones de hecho, con independencia de que éstas cuenten o no con reconocimiento jurídico por parte de los Estados. En consecuencia, la ausencia de un vínculo legal entre menores y sus progenitores intencionales no excluye que dicha relación pueda acogerse a la protección de dicho derecho ni que pueda ejercerse efectivamente. Conforme a esta posición, el TEDH ha sostenido que, aun en ausencia de reconocimiento jurídico, los menores y sus progenitores intencionales tienen la posibilidad de convivir, compartir su vida cotidiana y desarrollar vínculos afectivos significativos. En el caso examinado, el Tribunal consideró que la negativa a reconocer jurídicamente la filiación vulneraba el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al no tenerse en cuenta la existencia de un vínculo genético entre el progenitor intencional varón y las niñas nacidas mediante gestación por sustitución. A juicio del Tribunal, el interés superior de las menores exige que dicha relación de filiación reciba reconocimiento jurídico.

No obstante, en su Dictamen de 10 de diciembre de 2018, emitido en respuesta a la Opinión Consultiva solicitada por Francia sobre el reconocimiento en el derecho interno de una relación paterno-filial entre un menor nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y su madre intencional, el Tribunal precisó que los Estados no están obligados a aceptar automáticamente los términos establecidos por el país de nacimiento del menor. Por el contrario, conservan un margen de apreciación para establecer sus propios procedimientos de reconocimiento. Esta doctrina se enmarca en lo que se ha denominado la “solución intermedia”, previamente analizada.

Sin embargo, la doctrina del TEDH en la materia ha dado un nuevo giro recientemente, me refiero al asunto *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia*<sup>80</sup>, en

79 *Mennesson contra Francia* S TEDH de 26 de junio de 2014, (n.65192/11), el Tribunal estableció dos bases principales. Primero, que no es posible imponer a los Estados, sobre la base del artículo 8 CEDH, una obligación positiva de reconocer o legalizar los procedimientos de gestación por sustitución. Segundo, que la negativa de las autoridades nacionales a reconocer la relación de filiación entre los progenitores intencionales y los niños y niñas nacidos en el extranjero por este procedimiento no implica una vulneración del derecho al respeto de la vida familiar.

80 *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia*, STEDH de 18 de mayo de 2021). Asunto en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) valoró que la convivencia mantenida durante un período de cuatro años entre el comitente, que no había prestado sus gametos para la fecundación, y la menor nacida mediante gestación por sustitución había propiciado el establecimiento de vínculos afectivos sólidos y una relación de calidad suficiente para considerar la existencia de una vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH. Dicha relación fáctica, construida en el marco de una convivencia prolongada, se vio además

el que el el TEDH reconoce que existe una relación jurídica protegida por el derecho al respeto de la vida familiar, aunque los progenitores intencionales y el menor nacido por gestación por sustitución no tuvieran vinculación genética. En consecuencia, esta sentencia representa un avance respecto de la doctrina establecida previamente en el caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*, STEDH, 24 de enero de 2017, en el que el Tribunal consideró compatible con el artículo 8 del CEDH la decisión de las autoridades italianas contraría a todo reconocimiento legal o de facto de la filiación surgida de una maternidad por sustitución, fundamentada en la protección del orden público. Cabe destacar, sin embargo, que en aquel supuesto, además de no existir un vínculo genético entre el menor y el comitente, éste había incurrido en la falsificación de los datos relativos al nacimiento y al origen biológico del niño<sup>81</sup>.

C) *Paternidad, orientación sexual y gestación por sustitución: el desarrollo de la personalidad del varón homosexual como consideración primordial en el acceso a la paternidad por maternidad subrogada.*

La apertura hacia la admisión de otras “consideraciones primordiales” distintas del interés superior del menor —en consonancia con lo previsto en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con la STS de 6 de febrero de 2014— permite introducir como posible criterio decisorio la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad del varón homosexual que desea acceder a la paternidad biológica. Procede pues estudiar si es posible conectar el artículo 10 de la Constitución con distintos derechos constitucionales y deducir de dicha conexión la existencia de un reconocimiento constitucional al derecho a la paternidad, pues podría alegarse que un desarrollo pleno ha de comprender también la posibilidad de acceder a la paternidad y ejercerla plenamente.

Si bien es cierto que la paternidad en solitario debería buscar sustento en un “derecho a procrear”, también lo es que no hay refrendo constitucional explícito del mismo, pues el artículo 39.2 CE se limita a señalar que “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”, sin hacer referencia alguna a los progenitores.

---

reforzada por el reconocimiento legal otorgado por el Estado a través del régimen de acogida, lo que consolidó aún más la dimensión jurídica de la unidad familiar constituida.

81 No compartimos la idea de que exista una falta de coherencia en la jurisprudencia del TEDH en materia de maternidad por sustitución, como sostiene OCHOA RUIZ, N. Por el contrario, consideramos que las diferencias en los pronunciamientos responden a la diversidad de supuestos y circunstancias examinados en cada caso. A pesar de ello, se aprecia una línea jurisprudencial coherente y en evolución, que puede rastreadse desde el caso *Menesson contra Francia*, STEDH de 26 de junio de 2014 (n.65192/11) y *Labassee contra Francia* hasta *Valdis Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*. Vid. OCHOA RUIZ, N.: “La creación de nuevos derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.189-190.

Un punto de partida puede ser la propuesta de José Manuel Vara González<sup>82</sup> quien considera la posibilidad de encontrar anclaje de este derecho a procrear en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10, como manifestación del derecho a fundar una familia, para lo cual lo conecta con el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que reconoce a la familia como núcleo natural y esencial de la sociedad, merecedor de protección por parte del Estado y de la comunidad internacional. Asimismo, también se podría partir de la conexión entre dignidad y desarrollo de la personalidad con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza el respeto a la vida privada y familiar como norma interpretativa de los derechos constitucionales, ya que, conforme al mandato del artículo 10.2 CE, ha de ser tenida en cuenta en la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en nuestro texto constitucional. En el ámbito autonómico, esta visión plural se ve reforzada por el artículo 231-I del Código Civil de Cataluña, que reconoce la diversidad de formas familiares y garantiza la protección de aquellas integradas por un solo progenitor y sus hijos, sin establecer distinción alguna en función del sexo del progenitor.

No obstante, el ejercicio del derecho a procrear ha sido cuestionado por quienes sostienen que debe prevalecer la previsión del artículo 39 de la Constitución Española, que establece la obligación de ambos progenitores de asistir al menor. Desde esta perspectiva, la paternidad en solitario podría interpretarse como una vulneración del derecho del niño a recibir apoyo y cuidado de dos figuras parentales<sup>83</sup>. Este razonamiento guarda similitudes con las críticas dirigidas a los modelos monoparentales, basadas en la idea de que solo la familia tradicional garantiza un entorno adecuado para el desarrollo infantil. Sin embargo, esta visión omite que la calidad del entorno familiar no depende necesariamente de que se adapte a una tipología tradicional, sino de su estabilidad y capacidad para atender las necesidades afectivas y materiales del menor. Así, una familia monoparental puede ofrecer condiciones óptimas de desarrollo que, en ocasiones, no se encuentran en una familia tradicional desestructurada. Lo importante no es el modelo familiar, sino el funcionamiento familiar.

Del mismo modo, aunque se ha señalado que la gestación por sustitución podría impedir al menor el acceso a su origen biológico —tal como prevé el artículo 39 CE—, debe recordarse que el ordenamiento jurídico reconoce el derecho al anonimato del donante en los procedimientos de reproducción asistida, otorgando confidencialidad a su identidad y, por tanto, limitando igualmente el acceso a dicha información, y no existe constancia de que la garantía de anonimato haya sido

82 VARA GONZÁLEZ, J. M.: “¿Existe el derecho a ser padre en solitario?”, *El Notario del Siglo XXI*, 2015, núm. 63º, pp.88-93.

83 VARA GONZÁLEZ, J. M.: “¿Existe el derecho”, cit., pp. 88 y ss.

cuestionada por inconstitucionalidad en razón de su eventual contradicción con lo establecido en el artículo 39 de la Constitución Española.

En cualquier caso, resulta indiscutible que un varón homosexual puede constituir legítimamente una familia monoparental, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico reconoce expresamente la adopción individual sin que exista discriminación alguna por razón de orientación sexual, conforme a lo establecido en el artículo 175 del Código Civil. Igualmente la ley 13/2005<sup>84</sup> reconoció el derecho al matrimonio de las parejas homosexuales en condiciones de plena igualdad con las parejas heterosexuales, incluyendo la posibilidad de adopción de menores. En consecuencia, el acceso a la paternidad por parte de hombres homosexuales no solo no está prohibido en el ordenamiento jurídico español, sino que se encuentra expresamente previsto por la ley y respaldado constitucionalmente por la STC 198/2012, que consideró constitucional la adopción en el seno del matrimonio homosexual. La cuestión que se plantea en la actualidad es si este derecho a la reproducción cuenta, además, con respaldo en algún precepto constitucional que le confiera el carácter de derecho fundamental, y si el acceso a la paternidad podría también alcanzarse mediante la gestación por sustitución, como vía para posibilitar la paternidad biológica, dado que el hombre homosexual no podría alcanzarla por otros medios, a diferencia de la mujer lesbiana.

De hecho, diversos estudios realizados tanto desde la sociología como desde la psicología respaldan que el ejercicio de la paternidad por parte de personas homosexuales es plenamente compatible con el bienestar del menor, no afecta negativamente su desarrollo y se caracteriza por un elevado grado de compromiso en el ejercicio de la coparentalidad. En consecuencia, desde estas disciplinas también se avala la idoneidad del modelo homoparental, sin que exista fundamento alguno para justificar ningún tipo de discriminación.<sup>85</sup>

84 Ley 13/2005, de modificación del Código Civil en materia de matrimonio, de 30 de junio. BOE 157 de 2 de julio.

85 Desde la psicología, ARISTEGUI, I.: "Parentalidad Gay/Lésbica: Funcionamiento emocional y adaptación psicológica de los hijos de parejas del mismo sexo", *Perspectivas de psicología*, 2014, vol.II, pp.78-85, concluye que todos los estudios coinciden en un mismo resultado: el desarrollo evolutivo de los hijos e hijas de familias homoparentales no difiere significativamente del de aquellos criados en familias heterosexuales, en ninguno de los ámbitos más comúnmente analizados. Los menores criados por uno o dos progenitores homosexuales no presentan dificultades emocionales, académicas ni de adaptación social. Hasta el momento, no se ha encontrado evidencia de confusión en la identidad de género ni en la orientación sexual. Por el contrario, las familias homoparentales han demostrado ser cuidadosamente planificadas, fomentar la tolerancia y la aceptación del otro, mostrar flexibilidad en los roles de género dentro de la pareja y establecer vínculos sociales que ofrecen referentes positivos para el desarrollo de sus hijos. Por su parte JAEL BALMA, C.: "Adopción de niños menores de dos años por parejas homoparentales formadas por varones. Una revisión sistemática", *Revista Científica Arbitrada de la Fundación Monte Clara*, 2024, Vol.9, pp.1-21.

pp.1-21, recoge estudios que concluyen que las parejas homoparentales formadas por dos varones son más propensas a adoptar niños con problemas de salud o discapacidad que las familias heteroparentales y que la adopción por parte de estas familias no genera ninguna consecuencia negativa en los niños.

Por su parte OPORTO ALONSO, M.: en "La revelación de los orígenes en la gestación por sustitución", en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 417, recoge que los efectos psicosociales de la revelación de los propios orígenes en niños nacidos por métodos artificiales

En consecuencia, corresponde recentrar el análisis del derecho a procrear a partir del artículo 10 de la Constitución Española y su conexión con los derechos constitucionales. Es significativo que este derecho se reconoció en el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, aunque en dicha ocasión se desaprovechó la oportunidad de desarrollar una fundamentación sustantiva al respecto.

En la STC 28/2024 se ha afirmado que el hecho de que la Constitución española no reconozca expresamente un derecho fundamental a la vida privada y familiar en los términos previstos en el artículo 8 del CEDH y en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no implica que los elementos esenciales de la identidad personal —como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad inherente al ser humano y las relaciones afectivas, familiares y de convivencia— queden excluidos de protección en el marco constitucional. En este sentido, debe investigarse si cabe fundamentar la existencia de un derecho a la procreación, que sería necesario para el pleno desarrollo de la personalidad de las personas homosexuales en dicho art. 8 CEDH.

Dejamos para el siguiente apartado el análisis pormenorizado de la conexión entre el artículo 10 de la Constitución Española con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y con los derechos constitucionales, a fin de determinar si puede vislumbrarse un derecho constitucional a la reproducción, para detenernos ahora, con carácter previo, en dos cuestiones que pueden contribuir a esclarecer y enriquecer este debate.

En primer lugar, me refiero a la posibilidad de encontrar un respaldo adicional al derecho a la reproducción en el enfoque de la teoría de las capacidades, desarrollado por el Premio Nobel Amartya Sen<sup>86</sup> como una alternativa crítica al concepto kantiano de dignidad, cuya formulación ha sido objeto de numerosos

---

de concepción o por gestación subrogada o suponen diferencias respecto al bienestar psicosocial de aquellos nacidos mediante concepción natural.

Desde la sociología, CORTINA, C.: "Demografía de las parejas homosexuales en España". *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2016, núm. 153, pp. 3-22, señala que, en las parejas homosexuales, el compromiso de ambos miembros en el cuidado conjunto del menor es mayor que en las parejas heterosexuales, de hecho observa que en el caso de las parejas homosexuales es más probable que ambos miembros trabajen (70 %) en comparación con las parejas heterosexuales (50 %), y que la distribución de las tareas domésticas tiende a ser más equitativa entre los homosexuales. Por su parte, JIMÉNEZ CABELLO, J.M., BECERRIL RUIZ, D. y GARCÍA MORENO, J.M.: en "Assignment of Custody after Divorce in the case of Dissolutions of Heterosexual and Homosexual Couples", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2021, núm.176, pp.94-96. concluyen que los menores que crecen con parejas homosexuales experimentan un mejor impacto en caso de ruptura debido al hecho de la forma en que se producen estos divorcios, que se caracterizan por un alto grado de consenso, siendo los divorcios de mutuo acuerdo más del 80% del total de divorcios homosexuales, alcanzando una tasa estable del 85% en los últimos años. Afirman que la desagregación por sexo no revela diferencias significativas, registrándose altos porcentajes de consenso tanto en hombres como en mujeres. Solo el 15% de los divorcios homosexuales se resuelven mediante procesos contenciosos.

86 Vid. URQUIJO ANGARITA, M. J.: "La teoría de las capacidades en Amartya Kumar Sen", *Edetania*, 2014, núm. 46°, diciembre pp. 63-80.

debates. Desde una ética inspirada en la virtud, el denominado *capability approach* ofrece un marco normativo para evaluar tanto el bienestar como la libertad individual.

Según esta concepción, la dignidad se vincula estrechamente con las capacidades humanas y puede entenderse como la libertad real de la que dispone cada persona para alcanzar aquello que valora como esencial para su vida. Ello implica desplazar el foco desde la mera satisfacción subjetiva o la cantidad de recursos disponibles, hacia la evaluación de lo que las personas son efectivamente capaces de hacer o de ser. Se afirma que lo que debe procurarse es que todo ser humano tenga garantizado poder gozar de un entorno y proyecto vital conforme a sus capacidades, garantizar una igualdad de capacidades básicas sería la piedra angular en una sociedad libre. Todo ser humano ha de poder desarrollar una “*flourishing life*”. En palabras de Amartya Sen: “se expresa, entonces, una libertad como capacidad que refleja la oportunidad real para alcanzar aquello que valoro”<sup>87</sup>. En este marco teórico, el derecho a la procreación se integra de forma coherente como expresión de una vida plenamente realizada, en tanto satisface una de las capacidades fundamentales del ser humano y contribuye al despliegue de su potencial vital<sup>88</sup>. Esta teoría no debe ser reducida ni desvirtuada mediante la consabida objeción de que no todo lo que se desea genera un derecho a obtenerlo, argumento que con frecuencia se emplea para rechazar la maternidad subrogada. Muy al contrario, no se trata de una teoría que legitime la satisfacción de deseos arbitrarios, sino de una concepción que aboga por la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida conforme a las capacidades básicas de cada individuo.

En segundo lugar, quisiera recordar que el acceso a la paternidad por parte de un comitente individual mediante gestación por sustitución ya se encuentra contemplado en diversos ordenamientos jurídicos. Un ejemplo paradigmático lo ofrece el Código de Familia del Estado de California (secciones 7960 y siguientes), que permite la gestación subrogada cuando el comitente es un hombre solo, sin excluir en modo alguno a quienes pertenecen al colectivo LGTBI, garantizando expresamente la ausencia de discriminación por razón de orientación sexual. Esta normativa, además, establece la preservación del anonimato de la mujer gestante, al disponer que su identidad permanecerá oculta desde el momento mismo del parto.

Si bien este modelo puede resultar extremo para quienes sostienen que la dignidad de la mujer y la prevención de su cosificación deben constituir el eje

87 SEN, A. K.: *Choice, Welfare and Measurement*”, Blackwell, Oxford, 1982, p. 74.

88 En esta línea, ROBERTSON, J. A.: “Surrogate Mothers: Not So Novel after All”. *The Hastings Center Report*, 1983, Vol.13, Núm.5°, pp.28-34, quien señala respecto a los padres comitentes, que la autonomía procreativa signica que los individuos tiene un derecho a elegir el tipo de vida que encuentran significativo y satisfactorio, lo cual justificaría el uso de la técnica.

del juicio normativo, cabe explorar una vía intermedia, inspirada en los principios contenidos en la *Children Act* de 1989, que permitiría equilibrar los derechos de todas las partes implicadas con el interés superior del menor<sup>89</sup>. De esta forma sería importante considerar si la gestación por sustitución se realiza de manera altruista o si se realiza mediando una contraprestación económica, distinguiendo adecuadamente entre los distintos supuestos. En aquellos casos en los que no exista remuneración y el consentimiento de la mujer gestante sea plenamente válido, libre e informadamente constatado, no se aprecia impedimento ético que justifique excluir al varón homosexual del acceso a la paternidad por esta vía. En esta línea, resultan particularmente pertinentes las reflexiones formuladas por la profesora Encarna Roca<sup>90</sup> al afirmar que ciertos contratos pueden ser considerados válidos, especialmente aquellos que no implican una contraprestación económica, que responden a fines altruistas o que están sometidos a supervisión judicial, como sucede en algunos sistemas legales europeos<sup>91</sup>. A la luz de estos modelos, se refuerza la necesidad de articular mecanismos jurídicos de control y protección que hagan posible el acceso del varón homosexual a la paternidad mediante gestación por sustitución, sin vulnerar principios fundamentales como la dignidad de la mujer gestante ni el interés superior del menor. En esta línea, las propuestas doctrinales de Encarna Roca resultan especialmente pertinentes, al sostener la viabilidad de este tipo de acuerdos en contextos regulados, siempre que se respeten estrictamente los requisitos de gratuidad, altruismo y control judicial.

89 En el Derecho inglés, *Children Act* de 1989, se prevé que en el acuerdo de gestación subrogada concurre un único comitente, para cuyo caso dispone que la gestante debe tener una conexión legal o familiar directa con el comitentes y prestar su consentimiento por escrito de modo altruista. En tal caso se reconocerá la paternidad del comitente pero previo ejercicio de una acción de reclamación de la filiación.

90 ROCA I TRIAS, E.: "Dura lex", cit., p.334.

91 Por ejemplo, en el Reino Unido, la gestación por sustitución altruista está permitida en virtud del *Surrogacy Arrangements Act 1985*, siempre que no exista pago alguno más allá del reembolso de gastos razonables, y el proceso esté sujeto a la autorización judicial a través de una *parental order*, vid. *Children Act 1989* y *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* (HFE Act 2008).

En esta línea la Ley portuguesa 25/2016 de 22 de agosto y su reglamento de 31 de julio de 2017 que establece un modelo de gestación por gestación gratuita, la norma contempla la preservación del anonimato del donante, lo que implica que la persona nacida mediante este procedimiento no tiene reconocido el derecho a conocer sus orígenes biológicos.

De igual modo, en Grecia, la Ley 3089/2002 permite la gestación por sustitución bajo un régimen judicialmente controlado, en el que el juez debe aprobar el acuerdo antes del tratamiento de reproducción asistida, asegurando así la voluntariedad y la idoneidad de las partes. Debe tenerse en cuenta que, si bien el modelo de gestación por sustitución en Grecia, regulado por la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005, se enmarca dentro de un régimen altruista, ello no implica que la mujer gestante únicamente reciba el reembolso de los gastos médicos. La normativa permite el abono de una cantidad adicional en concepto de compensación por las molestias derivadas del proceso y por el tiempo durante el cual no pueda desempeñar su actividad laboral. No obstante, dicha compensación no puede alcanzar niveles que supongan un enriquecimiento indebido, manteniéndose así el principio de no mercantilización del cuerpo femenino. Por último debemos hacer mención de la propuesta de ley que presentó Ciudadanos en 2018, en la que se reservaba la gestación por sustitución a mujeres españolas o con residencia legal en España, con edades comprendidas entre los 25 y los 45 años, que cuenten con una situación socioeconómica estable y hayan tenido previamente un hijo sano. Además, solo podrían participar en este tipo de gestación en un máximo de dos ocasiones y no podrían aportar su propio material genético. El contrato tendría carácter estrictamente gratuito, quedando expresamente prohibido cualquier tipo de remuneración, salvo el reembolso de los gastos derivados del proceso.

No considero fundadas las críticas que, desde determinadas posiciones feministas, se dirigen contra la gestación por sustitución de carácter altruista. Se afirma que la “maternidad altruista” es un mito que legitima y encubre el auténtico negocio a nivel mundial —principalmente para los agentes intermediarios— que supone la comercialización del cuerpo de mujeres en clara situación de necesidad económica y social<sup>92</sup>. En esta línea, incluso se ha llegado a sostener que... “la industria de los vientres de alquiler nunca puede justificarse bajo tapadera de casos altruistas, ya que se trata de un mero pretexto para legitimar un negocio millonario”<sup>93</sup>. En cualquier caso, como ya se ha señalado, dentro del propio feminismo existen corrientes de corte liberal que defienden precisamente la postura opuesta.

### 3. ¿Existe un derecho constitucional a la reproducción? El acceso del varón homosexual a la paternidad mediante gestación por sustitución.

#### A) Planteamiento de la cuestión.

Compartimos la postura de José Manuel Vara González<sup>94</sup> al señalar que, tras la STS de 6 de febrero de 2014, la posibilidad de inscribir los nacimientos derivados de la gestación por sustitución ha quedado obstaculizada, generando un vacío normativo que ha motivado reiteradas peticiones de reforma legal desde diversos sectores sociales y jurídicos. Asimismo, coincidimos en que una parte significativa de la demanda social se dirige actualmente hacia la legalización de la gestación por sustitución, especialmente con el objetivo de permitir el acceso de parejas homosexuales masculinas a la paternidad biológica.

La libertad reproductiva ha sido recogida de forma expresa por la Conferencia Mundial de la ONU de El Cairo sobre Población y Desarrollo de 1994 y en la igualmente IV Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU de Beijing, celebrada el año siguiente, en las que se calificó de “derecho reproductivo” que “comprende determinados derechos humanos ya reconocidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, en tratados internacionales sobre derechos humanos y otros documentos de consenso.”<sup>95</sup> Igualmente es un derecho sobre el que se construye la

92 VALERO HEREDIA, A.: “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2019, núm. 43°, p. 439.

93 Son palabras de Julie Bildel, activista feminista que recoge PÉREZ MADRID, F.: “Maternidad subrogada”, cit., p.198. Bildel compara “la industria del vientre de alquiler con la industria del sexo, prostitución o pornografía: dañina, egoísta y usa la propaganada para engañar. El vientre de alquiler no es necesario en ningún caso. Busca normalizar la utilización de la mujer”.

94 VARA GONZÁLEZ, J. M.: “¿Existe el derecho”, cit., pp. 88 y ss.

95 Se recoge en la plataforma de acción de la Conferencia de Beijing comentada por ALKORTA IDIAKEZ, I.: “Nuevos límites al derecho a procrear”. *Derecho privado y Constitución*, 2006, núm. 20°. Madrid, p.17. Autora que recoge de su análisis de la conferencia que el derecho a procrear abarca múltiples dimensiones, entre ellas la prevención y el tratamiento de la infertilidad; la libertad de decidir si se desea tener hijos, así como el momento y la frecuencia para ello; la prevención del embarazo no deseado o extemporáneo; y la protección frente a toda forma de violencia sexual contra las mujeres.

legislación española sobre reproducción humana asistida<sup>96</sup>. Finalmente el TEDH en Dickson contra Reino Unido<sup>97</sup> entendió que el artículo 8 del convenio comprende el derecho a ser padres genéticos.

Ahora bien, la cuestión medular consiste en discernir si el derecho a procrear halla respaldo en el marco constitucional, dado que el artículo 39 de la Constitución Española, al menos en una lectura inicial, no parece ofrecer una cobertura explícita a tal prerrogativa. Como punto de partida, resultan especialmente ilustrativos los atinados comentarios de María Dolores Cervilla Garzón<sup>98</sup>, quien remonta la discusión al año 1988, con motivo de la aprobación de la primera Ley de Reproducción Asistida. En ese contexto, se produce una ruptura significativa entre filiación y el dato biológico de la concepción, anclándose esta última en el consentimiento del varón y, más adelante, también en el de una de las mujeres<sup>99</sup>. A partir de entonces, ha estado sobre la mesa el interrogante acerca de la existencia o no de un derecho constitucional a la procreación. Sobre este punto, Cervilla Garzón sintetiza el debate que se suscitó en aquel momento: “por más vueltas que quisiera darse al texto constitucional, por más forzada que fuera su lectura, no hubo forma de ubicar un derecho a ser padres que sirviera de elección al legislador y que, de forma unánime, fuera así reconocido por la doctrina científica. Es verdad que existe todo un argumentario para sustentar esta tesis, aunque, a mi juicio, ninguna presenta una solvencia que permita mantener esta afirmación.” Ahora bien, la normativa sobre reproducción asistida ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional y coincidimos con Cervilla Garzón en que el marco constitucional puede admitir regulaciones distintas a la de la vigente LTRHA.

Procedemos por tanto a recoger este debate, mantenido desde hace décadas, y al que se le ha prestado poca atención. Desde los años 90 se han vertido opiniones contrarias al carácter constitucional del derecho a la procreación por importantes juristas que en síntesis niegan este posible derecho constitucional<sup>100</sup>. No obstante, otros autores sí ven un posible anclaje constitucional. En esta línea

96 No obstante, la libertad de reproducción no es un derecho contemplado ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, ni en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.

97 STEDH Dickson contra Reino Unido, núm. 44362/04, de 4 de diciembre de 2007.

98 CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Gestación subrogada”, cit., p.13

99 Como señala DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El derecho de familia*, cit., p.84, al referirse a la práctica de las técnicas de reproducción asistida en el seno de una familia conformada por dos mujeres: “el consentimiento de la cónyuge de la usuaria es un título constitutivo de una filiación distinto de la generación, que no se basa en la verdad biológica, sino en la voluntad de aquella de querer asumir la maternidad del hijo concebido por su cónyuge a través de las técnicas de reproducción asistida.

100 Destacan, entre otros, PANTALEÓN PRIETO, F.: “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Jueces para la democracia*, 1988, núm.5º, 1988, pp. 19-36; y en PANTALEÓN PRIETO, F.: “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 15º, 1993, pp. 129-160; así como ROCA I TRIAS, E.: “Filiación asistida y protección de derechos fundamentales”, *DS: Derecho y salud*, 1999, Vol. 7, núm. 1º, pp. I-II.

Yolanda Gómez Sánchez<sup>101</sup> en 1994 mantenía que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho a la reproducción se integraba en el ámbito de la autodeterminación física, como una manifestación concreta del derecho a la libertad consagrado en el artículo 17.1 de la Constitución Española. Asimismo, argumentaba que dicho derecho encontraba respaldo en el artículo 18.1 CE, al proteger las decisiones y circunstancias relativas a la reproducción humana, tanto si se produce por medios naturales como si se recurre a técnicas artificiales legalmente permitidas. La autora defendía que se trata de un derecho de carácter individual, ejercitable por una sola persona a través de la donación de gametos, o bien por dos personas mediante el consentimiento conjunto, lo cual supone una referencia implícita a la maternidad subrogada. Por su parte Pablo De Lora fundamentaba el derecho a la reproducción en la autonomía individual como expresión del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE.<sup>102</sup>

Igualmente puede plantearse si el derecho de una persona a decidir si procrea puede estar amparado por el art. 15 CE en tanto que garantiza el derecho a la integridad física y moral, pues la LO 2/2010<sup>103</sup> al dar cobertura al uso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza su preámbulo diciendo que: “El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar.” En este sentido, añade que: “La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual.”

Otro anclaje constitucional para el derecho a la reproducción podría ser el art.17 CE en tanto que del derecho a la libertad puede implicar la protección del ejercicio de la autonomía de la voluntad, en esta línea Gómez Sánchez<sup>104</sup> quien, al abordar las técnicas de reproducción asistida, sostiene que el artículo 17 de la Constitución otorga amparo al derecho a la libertad en su acepción más amplia.

Ahora bien, según lo ya apuntado, este debate debe conectarse con la compleja doctrina elaborada por el TEDH en torno al artículo 8 CEDH. Reflexiona Lara Redondo Saceda<sup>105</sup> sobre si dicha doctrina del TEDH ha ampliado el alcance

101 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Madrid, 1994, pp.34,48 y 56.

102 DEL TORO, P.: “¿Qué hay de malo en tener hijos?”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, núm. 10º, 2006, p. 45.

103 Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE 55/2010).

104 GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho*, cit., pp. 47-48.

105 REDONDO SACEDA, L.: *El derecho a la vida familiar: Del Convenio Europeo de Derechos Humanos a la Constitución Española*, tesis doctoral dirigida por Francisco Javier García Roca, Universidad de Alcalá, 2023, pp.243-244.

del art. 8 para incorporar dentro del ámbito protegido de la vida privada el derecho a que se respete la decisión individual de convertirse en progenitor. Esta interpretación se podría reflejar, entre otros, en los casos *Evans c. Reino Unido* (STEDH, 10 de abril de 2007) y *Dickson c. Reino Unido* (STEDH, 14 de diciembre de 2007), en los que el Tribunal reconoció expresamente la necesidad de proteger el derecho de las personas a decidir libremente si desean tener hijos o no. Ahora bien, en el caso *S.H. y otros c. Austria*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó que el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida involucra consideraciones éticas y sociales de notable complejidad, lo que justifica que los Estados dispongan de un amplio margen de apreciación a la hora de legislar sobre esta materia. Por ello, el TEDH concluyó que no puede exigirse a los Estados parte una obligación general de garantizar dicho acceso. No obstante, la doctrina del Tribunal deja abierta la vía para que los Estados puedan desarrollar marcos legales que regulen y permitan el recurso a estas técnicas, con el objetivo de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la procreación en condiciones compatibles con los principios del Convenio<sup>106</sup> y de hecho, en *Dickson c. Reino Unido* reconoció expresamente un derecho a la paternidad genética.

Redondo Saceda recuerda que el artículo 10.2 de la Constitución Española impone la obligación de interpretar los derechos constitucionales conforme a los tratados internacionales ratificados por España. A su juicio, esta exigencia permitiría establecer una vinculación directa entre el artículo 8 del CEDH y el artículo 18.1 CE, lo que posibilitaría una auténtica integración de la jurisprudencia del TEDH en lo relativo al derecho al respeto de la vida familiar.

El debate sobre el derecho a la reproducción sigue vigente, sin llegar a conclusiones definitivas y aquí solo hemos querido testimoniarlo. No vamos a resolver en este trabajo una cuestión de tal calado, en todo caso resulta llamativo que la ausencia de regulación expresa del derecho a la reproducción cuando se trata de su reconocimiento en positivo no se manifiesten con igual intensidad cuando dicho derecho se formula en términos negativos. Buena prueba de ello es

---

<https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=gPVA2dS3KOg%3D>.

106 REDONDO SACEDA, L.: “*El derecho*” cit., pp.243-244 observa que, ante la falta de una previsión constitucional expresa que reconozca de manera específica el derecho a la vida familiar —y, en particular, la dimensión concreta objeto de análisis—, es preciso determinar si el Tribunal Constitucional ha vinculado dicha protección a los artículos 18 y 39 de la Constitución Española. Afirma que en relación con el artículo 18.1 CE, el Tribunal ha mantenido una postura clara al distinguir el derecho a la intimidad personal y familiar del derecho a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En diversas resoluciones, ha reiterado que la protección de la vida familiar no puede derivarse directamente del derecho a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE, como evidencia la STC 186/2013, de 4 de noviembre. Esta línea doctrinal ha llevado al propio Tribunal a rechazar una equivalencia directa entre el artículo 8 del CEDH y el artículo 18.1 CE, ya que ello supondría, en la práctica, una ampliación del elenco de derechos fundamentales no prevista en el marco constitucional actual. Redondo Saceda sostiene que, a partir del principio de vinculación indirecta entre los derechos sociales y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, es posible articular una conexión entre el artículo 39 CE —referido a la protección de la familia— y el artículo 18.1 CE, que tutela el derecho a la intimidad.

la amplia difusión de la regulación del aborto en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales.

Lo cierto es que fundamentar el derecho a la reproducción en los principios del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, tal y como lo propone la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2010, puede entrar en tensión con el hecho de que dicho derecho no se encuentra expresamente reconocido como tal en el texto constitucional. En consecuencia, su eventual vulneración no podría ser alegada de manera autónoma con base exclusiva en el artículo 10.1 de la Constitución, siendo necesario, por el contrario, anclar la pretensión en un derecho fundamental concreto que lo sustente jurídicamente<sup>107</sup>. Por tanto, la dignidad no es reconocida por la Constitución como un derecho fundamental en sentido estricto, sino que ha sido definida por el Tribunal Constitucional — STC 214/1991, de 11 de noviembre— como un valor o categoría inherente a la persona, del que emanan todos los demás derechos. Así, el artículo 10 CE no tiene por objeto consagrar derechos u obligaciones de forma directa, sino establecer el marco interpretativo general para el desarrollo y aplicación de los derechos recogidos en el Título I. Es decir, se ha de fundamentar el derecho a la reproducción como emanación de la dignidad y el desarrollo de la personalidad, en otros preceptos constitucionales, como los artículos 15, 16, 17, 18 o 39 CE, apuntados por la doctrina como anteriormente hemos visto, así como en la doctrina elaborada por el TEDH en torno, principalmente, al artículo 8 CEDH.

#### B) *El recurso a la interpretación evolutiva de la Constitución.*

Es cierto que el debate doctrinal en torno al fundamento constitucional del derecho a la reproducción, aunque con apoyos doctrinales significativos, permanece abierto, es por ello que nos planteamos si se podría justificar a partir de la teoría de la interpretación evolutiva de la Constitución. Por tanto, Traemos a colación la solución adoptada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012<sup>108</sup> que resolvió el recurso de inconstitucionalidad de la Ley 13/2005<sup>109</sup>. Esta Ley que reformó el Código Civil para reconocer el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, introduciendo así en el ordenamiento jurídico español el matrimonio homosexual. Esta sentencia se fundó en la tesis de la interpretación evolutiva de la Constitución, que en síntesis trata de adecuar las

<sup>107</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M. C.: “El Derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *Anuario de Derecho Civil*. 1994. T. 47, fasc. 2, abril-junio, 1994, p 252. En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, que trata sobre la esterilización de personas con discapacidad psíquica, menciona que el derecho a decidir sobre la procreación forma parte del libre desarrollo de la personalidad, tal como lo reconoce el artículo 10.1 de la Constitución. Sin embargo, esta afirmación no se traduce en una conclusión jurídica concreta dentro del fallo. Más bien, se trata de una consideración *obiter dicta*.

<sup>108</sup> STC 198/2012, de 6 de noviembre, (RTC\2012\198), Ponente Pablo Pérez Tremps.

<sup>109</sup> Ley 13/2005, de modificación del Código Civil en materia de matrimonio, aprobada el 30 de junio.

normas constitucionales a las exigencias actuales<sup>110</sup>. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional adopta una concepción dinámica de la Constitución, calificándola como un “árbol vivo” que debe evolucionar y adaptarse, especialmente en aquellos supuestos no previstos por el constituyente originario<sup>111</sup>. Desde esta perspectiva, el texto constitucional debe ser interpretado a la luz de los desafíos contemporáneos y en atención a las demandas de la sociedad actual, evitando así que la norma fundamental quede obsoleta o se convierta en una mera declaración simbólica carente de eficacia. Con base en esta lectura evolutiva, el Tribunal concluyó que la Constitución no excluye expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo, y, en consecuencia, avaló su compatibilidad con el marco constitucional vigente<sup>112</sup>.

Esta sentencia, que contiene dos votos particulares disidentes y uno concurrente, si bien ha sido muy criticada, se ha visto con buenos ojos por quienes señalan que “quien considere que cada nueva exigencia constitucional deba manifestarse no a través de respuestas renovadas a los nuevos interrogantes, sino sólo a través de enmiendas para que así puedan garantizarse la separación de los poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia, como la importancia de la duración de la vida constitucional. Desconoce entonces la función de la constitución”<sup>113</sup>.

Señala Fabrizio Mastromartino<sup>114</sup> que las críticas formuladas en los votos particulares se centraron en la interpretación evolutiva adoptada por el Tribunal, cuestionando la relevancia que este habría atribuido, de “forma indebida”, a la mutación social. Sin embargo, la interpretación finalmente asumida por el Tribunal, al declarar la constitucionalidad de la ley controvertida, permitió tutelar a una minoría históricamente discriminada por su orientación sexual,

110 Vid. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos. Madrid. 1995. p. 249.

111 DIEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas, Madrid, 2005, p. 58, señalaba los dos criterios para la determinación del contenido mínimo constitucionalmente garantizado: el legislador no puede desfigurar la institución constitucionalmente garantizada, ni privarla de significado.

112 Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre. La apelación a una interpretación evolutiva de la Constitución fue objeto de una crítica severa en los votos particulares emitidos en la sentencia, por considerar que más que interpretar se reformaba la Constitución.

113 ZAGREBELSKY, G.: “Discurso del prof. Gustavo Zagrebelsky con ocasión de los 50 años de Corte Constitucional”, 2006, citado por MASTROMARTINO, F.: “Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2013, núm. 36°, pp. 153-175, p.170.

114 MASTROMARTINO, F.: “Notas al margen”, cit., pp. 168–169 y 174, sostiene que la crítica formulada en el voto particular —según la cual el Tribunal Constitucional habría incurrido en una falacia naturalista al subordinar su autonomía de juicio a una presunta presión social— resulta infundada. A su juicio, el Tribunal, al observar la realidad social, no se limita a atender la opinión pública, sino que incorpora elementos esenciales para la configuración de la cultura jurídica, tales como las opiniones de la doctrina jurídica española, el derecho comparado y la jurisprudencia de los órganos internacionales. El Tribunal, además, deja constancia expresa de que la realidad social solo resulta atendible en la medida en que posee relevancia jurídica; en este sentido, no podía sino considerar el grado de aceptación social del matrimonio entre personas del mismo sexo, tal como este se reflejaba en la sociedad española, tanto antes como después de la entrada en vigor de la ley impugnada.

reconociéndole derechos que hasta entonces le habían sido negados. De este modo, se avanzó hacia una “normalización social de la homosexualidad” en España, en consonancia con una tendencia presente en los países más progresistas en materia de derechos civiles. Por su parte, Martín Sánchez sostiene que el recurso a una interpretación evolutiva de la Constitución se justifica en la medida en que, mediante una flexibilización interpretativa, puede reflejar la transformación experimentada por la sociedad europea<sup>115</sup>.

Ahora bien para determinar si podemos igualmente aplicar la teoría de la interpretación evolutiva de la Constitución al caso que nos ocupa, el derecho a la reproducción, podría orientarnos el criterio que formula Mastromartino cuando afirma que “para que el recurso a la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales pueda juzgarse congruentemente con su rigidez normativa, su aplicación debe dirigirse únicamente a extender la clase de los sujetos tutelados en los derechos, además de los derechos que son el objeto de esta tutela, compatiblemente con las otras normas del sistema constitucional... debe serle entonces excluido al intérprete, que invoca una ideología dinámica dirigida a adecuar el dictado constitucional a las mutaciones sociales y/o normativas producidas, secundar tendencias recesivas tendentes a redimensionar, comprimir o cancelar la garantía de los derechos constitucionalmente establecidos”<sup>116</sup>.

Conforme a este argumento se podría argumentar que una interpretación conjunta de los artículos 10 y 18 de la CE y el artículo 8 CEDH en la línea de Dickson contra Reino Unido podría llevar a la conclusión de que una interpretación evolutiva de la constitución podría permitir deducir la existencia de un derecho a la reproducción<sup>117</sup>. Interpretación constitucional sería conforme con la consideración del “derecho reproductivo” por la Conferencia Mundial de la ONU de El Cairo<sup>118</sup> como un derecho que “comprende determinados derechos humanos ya reconocidos en los ordenamientos jurídicos nacionales, en tratados internacionales sobre derechos humanos y otros documentos de consenso”.

No obstante, la interpretación evolutiva de la Constitución goza de una aceptación relativa en la doctrina, lo que suscita serias dudas respecto a la posibilidad de generar nuevos derechos constitucionales por esta vía. Así, en ausencia de una disposición constitucional que reconozca expresamente

115 MARTÍN SÁNCHEZ, M.: *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 137.

116 MASTROMARTINO, F.: “Notas al margen”, cit., p.174.

117 Viene aquí a colación la frase con la que MASTROMARTINO, F.: termina su artículo: “si la constitución es un *living tree*, «*the tree is rooted*» y sus raíces se hunden en la dignidad inviolable de la persona, en su libertad y en sus derechos fundamentales”. “Notas al margen”, cit., p.174.

118 Conferencia Mundial de la ONU de El Cairo sobre Población y Desarrollo de 1994. Vid. ALKORTA IDIAKEZ, I.: “Nuevos límites”, cit., p.17.

el derecho a la procreación, resulta arriesgado sostener su existencia como derecho fundamental. Consideramos, además, que la interpretación evolutiva de la Constitución no ofrece, al menos por ahora, una solución concluyente. En consecuencia, entendemos que, a día de hoy, no es posible afirmar la existencia de un mandato constitucional que imponga la obligación de regular el derecho a la procreación ni que imponga su observancia en el ordenamiento jurídico español.

En todo caso, conforme a Cervilla Garzón y en referencia al derecho a la reproducción: “el hecho de que la normativa actual no obedezca a una exigencia constitucional no quiere en modo alguno significar que no se acomode a los límites establecidos en la Carta Magna. En este sentido, la LTRHA fue objeto de recurso de inconstitucionalidad que resolvió, en su día, el Tribunal Constitucional de forma favorable a la constitucionalidad de la Ley”<sup>119</sup>.

Por todo ello, si bien existen fundamentos jurídicos que podrían respaldar la posibilidad de un derecho de rango constitucional en esta materia, no podemos afirmar que exista un mandato constitucional expreso para regular la gestación por sustitución. Con todo, sostenemos que en caso de que llegase a regularse, tal regulación sería compatible con la Constitución pues podría tener acogida en el marco constitucional, (p.ej.: al amparo del artículo 10 en conexión con otros preceptos, al igual que la LTRHA ha sido considerada constitucional por el Tribunal Constitucional) al igual que en Alemania la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 10 de diciembre de 2014<sup>120</sup> consideró que no era contrario al orden público internacional alemán el reconocimiento de la filiación constituida por un tribunal de California, en un caso de gestación subrogada, a favor de una pareja del mismo sexo<sup>121</sup>.

Por último, el recurso interpuesto contra la STC 198/2012 buscaba restringir la equiparación plena entre el matrimonio homosexual y el heterosexual, pretensión que no fue acogida por el Tribunal Constitucional. Cabe preguntarse, en este contexto, si dicha equiparación podría extenderse también al ámbito de la procreación biológica mediante la maternidad subrogada en el caso de

119 CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Gestación subrogada”, cit., p.13. STC 116/1999, de 17 de julio (BOE 8 julio 1999). Ya en la Exposición de motivos de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (BOE 282/1988) se señalaba sobre la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola, que abren “posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas”.

120 Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 10 de diciembre de 2014 (asunto XII ZB 463/13).

121 Se trataría de una opción legislativa susceptible de convalidación constitucional, como ocurre, por ejemplo, con las uniones de hecho o la convivencia extramatrimonial, respecto de las cuales la STC, Pleno, 93/2013, de 23 de abril, (RTC\2013\93), ponente Adela Asua Batarrita, ha afirmado que “ni se trata de una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional a su establecimiento”, y que sin embargo, puede encontrar cobertura en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, conforme ha sido señalado por la doctrina, por todos, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El derecho de familia*, cit., p.14.

parejas homosexuales masculinas, en tanto que los avances técnicos han hecho viable tal posibilidad.

#### 4. Una propuesta adaptada a la nueva realidad social.

La posibilidad de considerar el interés superior del menor como una consideración primordial —en lugar de *la única*— que pueda coexistir con el legítimo interés de la persona homosexual en su paternidad biológica, así como el hecho de que una eventual regulación de la gestación por subrogación pueda tener encaje constitucional, la exigencia de respetar los derechos fundamentales del menor nacido de estas técnicas, que a la postre impediría prohibir su filiación biológica y el hecho de que constituye una realidad presente en nuestra sociedad, nos invitan a prestar atención a la tendencia creciente hacia su reconocimiento, cada vez más presente en diversos ordenamientos jurídicos. Esta evolución normativa transcurre en paralelo con una transformación social que, de forma gradual, parece mostrar mayor disposición para aceptar esta modalidad de gestación. Se trata de un proceso que guarda cierta analogía con el camino recorrido hacia la aceptación de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo: desde un rechazo social inicial, firme y generalizado, hacia una progresiva normalización. La gestación por subrogación ha irrumpido en nuestro país y demanda una respuesta jurídica que, libre de toda forma de discriminación, contemple expresamente la posibilidad de que el comitente o los comitentes sean personas homosexuales. Como señala Múrtula Lafuente<sup>122</sup>, en caso de que el reconocimiento de este tipo de filiación comprometa la coherencia interna del ordenamiento jurídico, resultará necesario reconsiderar la conveniencia de una reforma legal, reforma que nosotros consideramos necesaria y urgente por la incongruencia social que general la situación vigente.

Nos ceñimos, en este punto, a señalar algunas pautas que convendría tener en cuenta en una eventual regulación de la gestación por sustitución, sin ánimo de exhaustividad. La regulación debería excluir la posibilidad de que la madre gestante aportara sus gametos, conforme se ha regulado en distintos países europeos, para protegerla de posibles conflictos jurídicos y afectivos<sup>123</sup>. La aplicación de esta técnica cuando medie un interés de varón o pareja de varones homosexuales por

122 MÚRTULA LAFUENTE, V.: “La determinación de la filiación “contra legem” del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: Otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, núm. 16º bis, p. 3460, autora que añade que el Tribunal Supremo debería dar un paso al frente y adaptar el concepto de orden público a las nuevas formas de familia.

123 El requisito de que la madre gestante haya dado previamente a luz a un hijo propio que no haya presentado enfermedades genéticas o transmisibles, como condición para considerar que su consentimiento es libre, consciente y voluntario, resulta a nuestro juicio discutible. En cualquier caso, exigiría un respaldo científico que, hasta el momento, no hemos hallado. Esta postura es defendida, no obstante, por FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. en su trabajo “Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España”, *Rev. Bolív. de Derecho* n.35, enero, p.378.

la paternidad biológica ha de ser considerada como un último recurso. Estamos de acuerdo con Fernández Echegaray que cuando concurren una situación de infertilidad o similar podrá optarse a esta práctica con aportación de gameto ajeno por cumplir una finalidad terapéutica<sup>124</sup>. Coincidimos asimismo con la autora en la necesidad de establecer una exigencia de autorización judicial previa a la implantación del embrión, a solicitud de las partes mediante escrito suscrito tanto por los comitentes como por la madre gestante.

No obstante, discrepamos en cuanto a la admisibilidad exclusiva de la gestación gratuita. Tal como se ha argumentado a lo largo de este trabajo, consideramos que existen fundamentos suficientes para permitir, en supuestos muy concretos y rigurosamente controlados a fin de evitar posibles abusos, una regulación que contemple la gestación con contraprestación. En cualquier caso, conforme a los modelos vigentes en diversos países europeos, la gratuidad de la gestación no debe interpretarse como impedimento para que la madre gestante reciba una compensación, la cual habría de establecerse con claridad en la legislación.

Por otra parte, habría de contemplarse una evaluación profesional que valore la estabilidad emocional, la madurez psicológica y las motivaciones de la madre gestante, con el fin de descartar cualquier circunstancia que pudiera afectar la libre, voluntaria e informada emisión de su consentimiento. Asimismo, resultaría conveniente prever la intervención de un equipo multidisciplinar, cuya composición y funcionamiento podrán inspirarse en los previstos para valorar la idoneidad en los procesos de adopción.

#### IV. REFLEXIÓN FINAL.

El acceso del varón homosexual a la paternidad biológica por medio de la maternidad subrogada está, de hecho, contemplado en el ordenamiento jurídico español, aunque no de forma directa, sino a través del cauce indirecto de la acción de reclamación de paternidad, mediante la cual puede reconocerse el vínculo biológico entre el comitente y el menor nacido por gestación por sustitución. Sin embargo, la regulación actual genera controversia, al ser discutida desde distintas posiciones, consideramos que si bien el art. 10 LTRHA no contiene una incongruencia jurídica interna, sí que media una incongruencia social ante la situación práctica a la que da lugar, en la que la gestación por sustitución ni está regulada, ni es objeto de sanción penal que la desincentive, permaneciendo en un limbo, del que sería bueno salir en uno u otro sentido. Mientras esta práctica sigue desarrollándose de forma generalizada, sin protección jurídica para las madres gestantes, y reservada para las clases más pudientes.

---

124 FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Una propuesta", cit., p.379.

Esta situación exige una respuesta por parte del legislador<sup>125</sup>. El legislador se encuentra ante tres posibles vías: (1) adoptar un enfoque restrictivo, similar al seguido por ordenamientos como el italiano, francés o alemán, y sancionar penalmente la gestación por sustitución, con el fin de desincentivar estas prácticas. (2) negar todo reconocimiento legal a la filiación entre el menor y el comitente conforme a la propuesta del Ministerio de Igualdad de España de abril de 2025 -lo cual contradiría la doctrina fijada por el TEDH a partir de *Menesson* contra Francia; o (3) asumir la realidad social propia de un contexto globalizado, en el que estas técnicas están disponibles en numerosos países, y en consecuencia, optar por una regulación jurídica coherente que, establezca mecanismos de control y garantías suficientes para proteger los derechos de todas las partes implicadas, en particular del menor, conforme al modelo de Grecia, Canadá, Reino Unido o Portugal.

En este contexto, se plantea la situación de los varones homosexuales, quienes, en la actualidad, solo pueden acceder a la paternidad biológica mediante la maternidad subrogada, y únicamente por vías indirectas. Este colectivo reclama una respuesta jurídica que habilite un acceso directo, seguro y debidamente regulado a dicha posibilidad, en beneficio no solo de sus propios derechos, sino, de manera especial, de las mujeres gestantes y de los menores involucrados. Resulta innegable que las prácticas de maternidad subrogada seguirán produciéndose; por ello, tal vez sea preferible establecer un marco normativo que las regule, antes que abandonarlas a su evolución espontánea.

Resulta fundamental, a este respecto, establecer una distinción entre los diferentes modelos de gestación por sustitución, en particular entre las modalidades altruistas y las remuneradas, pues desde una perspectiva ética ambas no merecen el mismo juicio. En aquellos supuestos en los que no exista un ánimo de lucro —pudiendo contemplarse, no obstante, una compensación razonable a la gestante, como sucede en el modelo griego— y en los que el consentimiento de la mujer gestante sea válido, libre e informado, no se advierte la existencia de un impedimento ético que justifique la exclusión del varón homosexual del acceso a la paternidad por esta vía<sup>126</sup>.

125 En este punto coincido con LUCAS ESTEVE, A.: “La gestación”, cit., p. 54, cuando concluye que: “La regulación del artículo 10 de la ley 14/2006 resulta insuficiente para resolver esta cuestión tan controvertida y la equiparación con el Derecho patrimonial, sancionando la nulidad del contrato de gestación por sustitución es claramente inadecuada. La nulidad contractual no es la solución y menos aún cuando va acompañada de la posibilidad de reconocer la paternidad biológica en una especie de solución subsidiaria del problema.”

126 No creemos que pueda generalizarse en esta materia pues dentro de la gestación por sustitución podemos encontrar distintos escenarios. Identificar todo tipo de gestación por sustitución con la prostitución, y calificarla como actividad que provoca repugnancia extrema, sin distinguir, y sin tener en consideración otras “consideraciones primordiales” que pueden concurrir, no nos parece acertado. Vid. NEBRERA, M.: , “Maternidad subrogada y derechos fundamentales”, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.153-169.

Asimismo, una regulación en estos términos contribuiría a subsanar una de las principales deficiencias del sistema actual: su carácter elitista, que restringe el acceso a la maternidad subrogada a quienes disponen de elevados recursos económicos, excluyendo “de facto” a las capas más vulnerables de la sociedad. Señala Cervilla Garzón que la dignidad de la mujer va más lejos del famoso lema “no somos vasijas”, autora que considera que una prohibición extrema y absoluta, caería en el paternalismo por no observar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres<sup>127</sup>.

En consecuencia, sería aconsejable que la reforma legislativa contemplara expresamente la posibilidad de acceso a la paternidad biológica por parte de un varón homosexual mediante la gestación por sustitución, siempre que no exista ánimo de lucro en la práctica. En tales casos, debería permitirse la inscripción directa de la filiación a favor del comitente tras el nacimiento del menor, en virtud del contrato celebrado entre este y la mujer gestante, conforme a la legislación del país en el que haya tenido lugar el parto.

Este acceso habría de estar debidamente supervisado por la autoridad judicial competente y contar con las garantías necesarias para proteger los derechos de todas las partes implicadas<sup>128</sup>. Bajo estas condiciones, no cabría entender que concurre una instrumentalización de la mujer ni una mercantilización del menor, preservándose así la dignidad de ambos en el marco de una regulación jurídica clara y responsable<sup>129</sup>.

En segundo lugar, dado que el debate sobre la eventual existencia de un derecho constitucional a la reproducción —posiblemente fundamentado en una interpretación evolutiva de la Constitución— permanece abierto, cabe concluir que, en ausencia de un mandato expreso en el texto constitucional, resulta arriesgado sostener su reconocimiento. No puede afirmarse, por tanto, que exista una obligación constitucional imperativa de regular dicho derecho. Con todo, sostenemos que, en caso de optarse por una regulación de la gestación subrogada, esta encontraría acomodo en el marco constitucional, del mismo modo que lo ha hecho la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tras su ponderación por el Tribunal Constitucional.

---

127 CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Gestación subrogada”, cit., p. 37, señala que dos son los mecanismos de los que puede valerse el legislador para salvaguardar la dignidad de la mujer gestante: controlar el acceso a las técnicas, de manera que no cualquier mujer ni en cualquier situación puede asumir el rol y controlar que el consentimiento emitido sea libre, consciente y voluntario.

128 Especial importancia ha de tener garantizar que la madre de gestación no sufra un daño psicológico mayor como consecuencia de esta práctica, razón por la que debería valorarse previamente su situación médica para determinar si es idónea para este tipo de maternidad. Resultan de interés las aportaciones de FERNÁNDEZ ANDUJAR, M.: “Psicobiología y neurociencia del embarazo y la maternidad: bases de la conducta maternal y el apego”, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.376-397.

129 Una regulación estricta y garantista evitaría muchos de los abusos que en esta materia se denuncian.

A partir de ello, cabe preguntarse si, en determinados supuestos —como el del varón homosexual—, podría permitirse el acceso directo a la reproducción mediante la gestación por sustitución en su modalidad remunerada, siempre que esta se desarrollase bajo un riguroso control judicial y con garantías efectivas que prevengan cualquier forma de abuso o explotación. En este contexto, resulta esencial excluir la posibilidad de que una mujer en situación de necesidad, pobreza extrema, sometida a presiones vejatorias o en condiciones asimilables a la esclavitud, se vea compelida a prestar su consentimiento, ya que este, en tales circunstancias, no podría considerarse libre ni válido<sup>130</sup>.

Distinto es el caso de aquella mujer que decide convertirse en madre gestante con el objetivo de alcanzar determinadas metas personales. Es precisamente en situaciones como ésta donde se hace imprescindible un estricto control administrativo y judicial, que garantice que el consentimiento se presta de manera libre, informada y voluntaria. Vivimos en una sociedad en la que millones de personas llevan una existencia marcada por la monotonía, hacinadas en espacios reducidos, sometidas a cargas laborales desproporcionadas y desempeñando trabajos que, en muchos casos, bordean lo denigrante y generan profundo malestar. Desde esta perspectiva, resulta cuanto menos paradójico negar a una mujer la posibilidad de recurrir a la gestación por sustitución para alcanzar sus propios fines vitales, bajo el argumento de que su consentimiento carece de libertad. No deja de ser llamativo que la dimensión negativa del derecho a la reproducción —esto es, el derecho a no reproducirse— esté ampliamente reconocida y regulada en la mayoría de los países occidentales, a través de normas que permiten la interrupción voluntaria del embarazo, mientras que su dimensión positiva —el derecho a reproducirse— se halle aún sujeta a fuertes restricciones y cuestionamientos en el caso que estudiamos.

En este marco, y conforme al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y a la doctrina establecida en la STS de 6 de febrero de 2014, el interés superior del menor podría no ser la única “consideración primordial” y dejar paso a otras “consideraciones primordiales” como podría ser la protección de la dignidad de la mujer gestante y la prevención de su cosificación; o en lo que aquí respecta, la libertad de la madre gestante para dar un consentimiento válido, o la protección de la dignidad y desarrollo de la personalidad del varón homosexual que desea ejercer su derecho a la paternidad biológica, conforme al artículo 10 CE en relación con otros derechos constitucionales, por tener encaje constitucional.

Desde esta perspectiva, se abriría una segunda vía de acceso a la paternidad mediante maternidad subrogada remunerada dentro del propio territorio

---

130 En esta línea CERVILLA GARZÓN, M. D.: “Gestación subrogada”, cit., p.37. Esta hipótesis de servidumbre, en la que la mujer se vería reducida a la condición de mera incubadora cuasi esclavizada, encuentra una representación nítida en la novela RAMOS, J.: *The Farm*, Bloomsbury Publishing, Londres, 2020.

nacional, cuya justificación residiría, además, en la necesidad de asegurar la protección de los intereses comprometidos a través de una legislación dotada de plenas garantías, que diera respuesta al interés de la persona homosexual en su paternidad biológica, como una solución residual y respetuosa con su proyecto vital, que evite una discriminación indirecta hacia aquellos varones homosexuales que, por razones económicas, no pueden desplazarse a otros países para acceder a esta práctica en condiciones legales.

Si bien este trabajo se ha enfocado a dar respuesta a la necesidad del varón homosexual de acceder a la paternidad biológica, puesto que a diferencia del supuesto de la pareja formada por dos mujeres, la pareja formada por dos hombres necesitaría la asistencia de una madre gestante para acceder a la paternidad biológica, sus conclusiones pueden extenderse a aquellos otros supuestos en los que la maternidad subrogada cumpla otros fines legítimos. En la actualidad, asistimos en Occidente a una creciente polarización que impregna todos los ámbitos de la sociedad. Este fenómeno, de marcado carácter maniqueo, parece estar impulsado por la economía digital y la dictadura de los algoritmos. En este contexto, somos plenamente conscientes de que nuestra propuesta podría suscitar rechazo en determinados sectores; sin embargo, consideramos que contamos con sólidos fundamentos ético-constitucionales para presentarla como una opción que, al menos, merece ser considerada en el empeño por construir un modelo de sociedad justo y digno, superando paternalismos, y respetando el consentimiento de la mujer cuando sea libre, informado y voluntario, como prueba de su empoderamiento. En un mundo globalizado en el que las leyes estatales terminan en la fronteras, la realidad de la maternidad subrogada no va a terminarse, y ante ello es preferible regularla para ofrecer garantías, control y evitar abusos, antes que cerrar los ojos y dejarla hacer; pues la opción de negar al menor nacido de maternidad subrogada su paternidad biológica no solo es contraria a la doctrina del TEDH, sino que atenta contra los derechos fundamentales de dicho menor.

## **V. CONCLUSIONES.**

I. Si bien no media una contradicción jurídica interna en el art. 10 LTRHA, pues siempre es posible encontrar una interpretación que haga compatibles su primer y tercer párrafo, sin embargo creemos que media una incongruencia social, marcada por el hecho de que en la práctica la gestación por sustitución sigue extendiéndose sin que se establezcan medidas disuasorias efectivas. Por ello abogamos por una reforma legislativa, que acomode la norma a la realidad social, en uno u otro sentido.

2. El Tribunal Supremo ha consolidado una línea jurisprudencial coherente con lo dispuesto en el artículo 10 de la vigente Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que prohíbe los contratos de gestación subrogada. No obstante, permite que los comitentes inscriban la filiación del menor nacido por esta vía, mediante el reconocimiento del progenitor biológico y la posterior adopción por parte de su cónyuge. Esta solución, aunque jurídicamente viable, profundiza en la incoherencia social previamente señalada y pone de relieve la imperiosa necesidad de una reforma legislativa.

3. El principio del interés superior del menor, en materia de maternidad subrogada, puede no aplicarse como consideración única y excluyente, sino como una entre otras posibles (interpretación del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño seguida por la STS de 6 de febrero de 2014), permitiendo ponderar también la dignidad de la mujer gestante y evitar su cosificación, o la libertad de la madre gestante para dar un consentimiento válido, o la situación del varón homosexual que desea acceder a la paternidad biológica.

4. No existe aún un reconocimiento expreso del derecho constitucional a la reproducción, sin embargo, diversas interpretaciones doctrinales han intentado anclar este derecho en preceptos constitucionales como los artículos 10.1, 15, 17 y 18 CE, entendiendo la reproducción como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad en relación con los derechos a la integridad física y moral, la libertad individual y la intimidad personal y familiar.

5. Interpretación evolutiva: La aplicación de la teoría de la interpretación evolutiva de la Constitución, tal como lo reconoció el TC en la STC 198/2012, permitiría considerar que los nuevos contextos sociales y tecnológicos pueden dar lugar al reconocimiento de derechos no previstos explícitamente por el constituyente originario, como el derecho a la reproducción. No obstante, se trata de una propuesta doctrinal minoritaria que ha de ser considerada con la debida cautela.

6. El debate sobre la existencia de un derecho constitucional a la reproducción permanece aún abierto. Si bien existen fundamentos jurídicos que respaldan la posibilidad de un derecho de rango constitucional en esta materia, no podemos afirmar que exista un mandato constitucional expreso para regular la gestación por sustitución. Con todo, sostenemos que en caso de que llegase a regularse, tal regulación sería compatible con la Constitución pues podría tener acogida en el marco constitucional, al igual que la LTRHA ha sido considerada constitucional por el Tribunal Constitucional.

7. El acceso a la paternidad biológica en España por parte de varones homosexuales a través de la gestación subrogada ya es una realidad fáctica,

aunque solo por vías indirectas. Esta situación exige una respuesta legal directa y no discriminatoria, con salvaguardas éticas adecuadas.

8. Debe distinguirse entre gestación subrogada altruista y remunerada, y considerar que no toda compensación implica explotación. En contextos de consentimiento libre y ausencia de lucro, puede justificarse éticamente la regulación de la gestación subrogada altruista, especialmente si está judicialmente supervisada.

9. El acceso a la gestación por sustitución remunerada podría contemplarse para determinados supuestos, como el del varón homosexual, siempre bajo estricto control judicial y con garantías efectivas. En tal supuesto sería imprescindible excluir la participación como gestantes a mujeres en situación de necesidad, pobreza extrema o sometidas a presiones, ya que su consentimiento no puede considerarse libre ni válido.

10. Debe distinguirse el caso de mujeres que, en ejercicio de su autonomía, deciden ser gestantes con fines legítimos, como obtener medios para poder dar cauce a un objetivo vital, siempre con vigilancia que asegure el consentimiento libre e informado. La precariedad estructural en la que viven millones de personas pone en entredicho la coherencia de negar esta vía a mujeres que buscan mejorar su situación vital mediante un acto voluntario.

11. Resulta paradójico que la dimensión negativa del derecho a la reproducción (no tener hijos) esté plenamente reconocida —por ejemplo, a través de leyes sobre interrupción voluntaria del embarazo— mientras que su dimensión positiva (tener hijos) continúe sometida a limitaciones y controversias, especialmente en casos como el que nos ocupa

12. Es un hecho indiscutible que una práctica de gestación subrogada desregulada y abusiva puede derivar en la cosificación de la mujer, generando situaciones de profundo menosprecio a su dignidad. No obstante, conviene señalar que también podría hablarse de una forma de cosificación del varón en su papel de donante de material genético, una dimensión del problema que ha recibido escasa atención en el ámbito académico. Por otra parte, resulta pertinente recordar la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de interrupción voluntaria del embarazo, la cual se apoya, entre otros aspectos, en la necesidad de evitar la cosificación de la mujer que se produciría al obligarla a continuar una gestación contra su voluntad. A partir de ello, cabría preguntarse si, "a sensu contrario", podría considerarse también una forma de cosificación la prohibición de que una mujer, en ejercicio de su autonomía, decida libremente asumir el rol de madre gestante por subrogación.

13. El modelo actual favorece a quienes tienen recursos para acudir al extranjero, configurando un sistema de filiación excluyente que deja fuera a los colectivos más vulnerables, como varones homosexuales con menor capacidad económica. Esto contradice el principio de igualdad.

14. Consideramos que la reforma legislativa es necesaria, y puede optarse entre tres vías: (a) una desincentivación total con sanciones penales (modelo italiano, francés o alemán), (b) negando todo reconocimiento legal a la filiación entre el menor y el comitente conforme a la propuesta del Ministerio de Igualdad de España de abril 2023 -lo cual contradeciría la doctrina fijada por el TEDH a partir de *Mennesson* contra Francia; o (b) una regulación ética y garantista que contemple la posibilidad de gestación subrogada bajo control judicial (modelo canadiense, inglés, portugués o griego).

15. La falta de regulación favorece la mercantilización encubierta y consolida la hipocresía normativa, desprotegiendo tanto a mujeres gestantes como a menores nacidos por esta vía, discriminatoria de la población con menos recursos. El mantenimiento del "statu quo" es insostenible desde un punto de vista jurídico y ético.

16. Una regulación clara y justa de la maternidad subrogada permitiría proteger al menor, garantizar la dignidad de todas las partes implicadas, en especial del varón homosexual que accede a la paternidad biológica y evitar la desigualdad estructural, dando coherencia a un ordenamiento jurídico actualmente fracturado por soluciones incongruentes y prácticas normalizadas al margen de la ley. Esta regulación, aportaría seguridad jurídica, estaría conforme a la vigente tendencia normativa, a la progresiva aceptación social y al hecho cierto de que la gestación sustitutoria ha llegado para permanecer, no pudiendo ser ignorada.

## BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I.: "Nuevos límites al derecho a procrear", *Derecho privado y Constitución*, 2006. núm. 20°. Madrid. pp.9-61.

ARISTEGUI, I.: "Parentalidad Gay/Lésbica: Funcionamiento emocional y adaptación psicológica de los hijos de parejas del mismo sexo", *Perspectivas de psicología*, 2014, vol.II, pp.78-85.

BARBA, V.: "Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano. La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias", *Revista de Derecho Civil*, enero-marzo 2020, vol. VII, núm.1º Estudios, pp.69-101.

CABEZUDO BAJO, M. J.: "Introducción", en AA.VV.: *Distintos enfoques de la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida* (coord. M. J. CABEZUDO BAJO), Dykinson, Madrid, 2023, pp.15-20.

CARRILLO LERMA, C.: "Filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación subrogada. Comentario a la STS de España n. 1626/2024 de 4 de diciembre", *Rev. Bolív. de Derecho*, enero 2025, núm. 39º, pp.720-741.

CERVILLA GARZÓN, M. D.: "Gestación subrogada y dignidad de la mujer", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2018, núm. 9º, pp. 10-43.

CORTINA, C.: "Demografía de las parejas homosexuales en España", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2016, núm. 153º, pp.3-22.

DE LORA DEL TORO, P.: "¿Qué hay de malo en tener hijos?", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2006, núm. 10º, 2006, pp. 45-63.

DE TORRES PEREA, J.M.: "Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor", *Diario La Ley*, 2014, núm. 8281º, pp. 1-8.

DE TORRES PEREA, J.M.: "Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial", *Diario La Ley*, 2016, núm. 8737º, 8 de abril de 2016, ref. D-147 pp.1143-1153.

DE TORRES PEREA, J.M.: Best interest of the child "A" or "the" primary consideration?, en AA.VV.: *The Routledge International Handbook of Shared Parenting an Best Interest of the Child*, (coord. J.M. DE TORRES PEREA), Routledge-Taylor and Francis Inc., London, 2021, pp. 51-62.

DE TORRES PEREA, J.M.: "El debate sobre la igualdad de género como consideración primordial al decidir sobre la custodia compartida y su posible impacto en los derechos de familia español e italiano", III Congreso ítalo-español de Derecho de Familia, "Derecho de Familia y responsabilidad civil", *Iura & Legal System*, revista de la Università degli Studi di Salerno, 2024, núm. XI. 2024/4, -C-(4) pp. 84-103. [https://www.unisa.it/uploads/14960/interventi\\_24\\_4\\_ivone.pdf](https://www.unisa.it/uploads/14960/interventi_24_4_ivone.pdf).

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, núm. 4º, pp.349-357.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *El derecho de familia hoy: Nuevas tendencias legales y jurisprudenciales*, Reus, Madrid, 2025.

DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005.

DWORKIN, R.: *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ ANDÚJAR, M.: "Psicobiología y neurociencia del embarazo y la maternidad: bases de la conducta maternal y el apego", en AA.VV.: *La gestación por sustitución*, (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 373-397.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿Incoherencia normativa o legislación garantista?*, Aranzadi, 2019.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: "Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España", *Rev. Boliv. de Derecho*, 2023, núm.35º, pp. 354-385.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Madrid, 1994.

GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J.: "Policía administrativa y maternidad subrogada", en AA.VV. *La gestación por sustitución*, 2019, (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.333-369.

JAEI BALMA, C.: "Adopción de niños menores de dos años por parejas homoparentales formadas por varones. Una revisión sistemática", *Revista Científica Arbitrada de la Fundación Monte Clara*, 2024, Vol.9, pp.1-21.

JIMÉNEZ CABELLO, J.M., BECERRIL RUIZ, D. y GARCÍA MORENO, J.M.: "Assignment of Custody after Divorce in the case of Dissolutions of Heterosexual and Homosexual Couples", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 2021, núm.176º, pp.79-100.

LUCAS ESTEVE, A.: "La gestación por sustitución: derechos e intereses en conflicto", en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.23-55.

MARTÍN SÁNCHEZ, M.: *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

MASTROMARTINO, F.: "Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2013, núm. 36º, pp. 153-175.

MORAGA GARCÍA, M. A.: "Igualdad y custodia compartida", en AA.VV.: *Igualdad y democracia: El género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, (coord. M.A. MORAGA GARCÍA), Cortes Valencias, 2014, pp. 479-491.

MUÑOZ RODRIGO, G.: "La filiación y la gestación por sustitución: A propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, núm.10º bis, pp.722-735.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: "La determinación de la filiación "contra legem" del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: Otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor", *Actualidad jurídica iberoamericana*, 2022, núm. 16º bis, pp.3424-3465.

NADAL PASTOR, A.: "La gestación subrogada, situación jurídico-social en el ordenamiento español. A propósito de la STS 277/2022, 31 marzo 2022", *Rev. Boliv. de Derecho*, 2023, núm. 36º, pp.740-765.

NEBRERA, M.: "Maternidad subrogada y derechos fundamentales", en AA.VV.: *La gestación por sustitución*, (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.153-169.

OCHOA RUIZ, N.: "La creación de nuevos derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en A.AVV.: *La gestación por sustitución*, (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.171-192.

OPORTO ALONSO, M.: "La revelación de los orígenes en la gestación por sustitución", en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 399-419.

PANDE A.: "Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India", *Columbia University Press*. 2014

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Jueces para la democracia*, 1988, núm. 5º, 1988, pp. 19-36.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 15º, 1993, pp. 129-160.

PÉREZ LUÑO, A. E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid. 1995.

PÉREZ MADRID, F.: "Maternidad subrogada y derechos de la mujer desde una perspectiva feminista", en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.193-212.

QUESADA GONZÁLEZ, M. C.: "El Derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *Anuario de Derecho Civil*. 1994. T. 47, fasc. 2, abril-junio, 1994, pp.237-304.

RAMOS, J.: *The Farm*, Bloomsbury Publishing, Londres, 2020.

REDONDO SACEDA, L.: *El derecho a la vida familiar: Del Convenio Europeo de Derechos Humanos a la Constitución Española*, tesis doctoral dirigida por Francisco Javier García Roca, Universidad de Alcalá, 2023. <https://www.educacion.gob.es/tese/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=gPVA2dS3KOg%3D>.

ROBERTSON, J. A.: "Surrogate Mothers: Not So Novel after All". *The Hastings Center Report*, 1983, Vol.13, núm.5º, pp.2 8-34.

ROCA I TRÍAS, E.: "Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada", en AA.VV.: *Treinta años de reproducción asistida en España: Una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual* (coord. P. BENAVENTE MOREDA y E. FARNÓS AMORÓS), Boletín del Ministerio de Justicia núm. 2179º, LXIX, Madrid, 2015, pp.301-338.

ROCA I TRÍAS, E.: "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", *DS: Derecho y salud*, 1999, Vol. 7, núm. 1º, pp. 1-11.

ROMBOLI, S.: "Gestación por sustitución y menor de edad: los derechos e intereses contrapuestos en una aproximación desde el Derecho Constitucional, en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch", Valencia, 2019, pp. 255-278.

SANTOS MORÓN, M.J.: "Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio, *La Ley*, 2002, núm.7º p.1634-1636.

PÉREZ TENA, S.: "La gestación por sustitución en España: ¿Fraude de Ley?", en AA.VV.: *La gestación por sustitución* (dir. A. LUCAS ESTEVE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 313-332.

SARAVANAN S.: "A Feminist Discourse of Surrogacy: Reproductive rights and Justice approach", en AA.VV.: *A transnational Feminist View of Surrogacy Biomarkets in India* (coord. S. SARAVANAN), Sprinter, Singapore, 2018. pp. 47-78.

SEN, A. K.: *Choice, Welfare and Measurement*", Blackwell, Oxford, 1982, pp.47-78.

SHALEV, C.: *Birth Power: The Case for Surrogacy*, Yale University Press, 1989.

SOLSONA PAIRÓ, M., AJENJO COSP, M., BRULLET TENAS, C. y GÓMEZ-CASILLAS, A.: *La custodia compartida en los tribunales ¿Pacto de pareja? ¿Equidad de género?*, Ulzama, Navarra, 2020.

URQUIJO ANGARITA, M. J.: "La teoría de las capacidades en Amartya Kumar Sen", *Edetania*, 2014, núm. 46º, diciembre pp. 63-80.

VALERO HEREDIA, A.: "La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2019, núm. 43º, pp. 421-440.

VARA GONZÁLEZ, J. M.: "¿Existe el derecho a ser padre en solitario?", *El Notario del Siglo XXI*, 2015, núm. 63º, pp.88-93.

VILAR GONZÁLEZ, S.: "Mecanismos de inscripción de los nacidos por gestación subrogada en el registro civil español", *Rev. Boliv. de Derecho*, 2023, núm.35º, pp.66-97.

