

LA GESTACIÓN SUBROGADA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO CONSTITUCIONAL. Un análisis jurisprudencial de los derechos y bienes de valor constitucional afectados

SURROGACY FROM A CONSTITUTIONAL LEGAL PERSPECTIVE. A jurisprudential analysis of the rights and goods of constitutional value affected.

Marta Barranco Dos Santos
Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli/Universida de Málaga
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7069-9051>
marta_bdoss@outlook.com

Recibido: 5 de febrero de 2024
Aceptado: 14 de noviembre de 2024

RESUMEN

En la actualidad, se ha generado un intenso debate social, jurisprudencial y doctrinal en torno a la legislación o no a favor de una práctica que pone a disposición de terceros la capacidad reproductiva de la mujer, la gestación subrogada, y que ha llevado incluso, a eludir la prohibición nacional mediante la celebración de este tipo de contratos en el extranjero. Por ello, y ante el peligro que amenaza a la consideración social que de la mujer se tiene y todas las consecuencias que de esta pueden derivarse, resulta imprescindible determinar la afección de derechos fundamentales y bienes jurídicos de valor constitucional que puede producirse, pues solo desde esta perspectiva resultaría posible valorar la regulación actual.

PALABRAS CLAVE

Gestación subrogada, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, interés superior del menor, derecho fundamental a la igualdad, derecho al respeto a la vida privada y familiar.

ABSTRACT

Nowadays surrogate motherhood is an important issue often brought up in our society, jurisprudence, and doctrine about the legalization of a practice that provides couples or individuals with the reproductive capacity of other women. As this practice is prohibited in Spain, many Spanish citizens have moved abroad temporarily to countries where it is lawful to have newborns by this method.

Thus, because of the potential consequences of an instrumental consideration of women, it is necessary to examine the fundamental rights and constitutional values involved. After all, this is the only way to evaluate the actual prohibition's adequacy.

KEYWORDS

Surrogacy, dignity, right of free development of one's personality, equity, the best interest of the child, right to respect for private and family life.



Sumario: 1. Introducción. 1.1. Aproximación a la gestación subrogada desde la perspectiva del estado de derecho. 1.2. Concepto y origen del contrato de Gestación Subrogada. 1.3. Modalidades de Gestación Subrogada. 2. Regulación de la gestación subrogada en España. 2.1. Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y antecedentes normativos. 2.2. La ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y normativa complementaria 3. El valor constitucional de la dignidad humana (art. 10 Ce). 3.1. Planteamiento general. 3.2. Jurisprudencia. 3.3. Análisis crítico. 4. El valor constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 Ce). 4.1. Planteamiento general. 4.2. Jurisprudencia. 4.3. Análisis crítico. 5. El derecho fundamental a la igualdad (art. 14 Ce). 5.1. Planteamiento general. 5.2. Jurisprudencia. 5.3. Análisis crítico. 6. La protección de la familia en la constitución española (art. 39) y el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). 6.1. El principio rector de la política social y económica relativo a la protección de la familia (art. 39 Ce). 6.1.1. Planteamiento general. 6.1.2. Jurisprudencia. 6.1.3. Análisis crítico. 6.2. El derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 Cedh). 6.2.1. Planteamiento general. 6.2.2. Jurisprudencia. 6.2.3. Análisis crítico. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía y Jurisprudencia.

1. Introducción

1.1. Aproximación a la gestación subrogada desde la perspectiva del estado de derecho

El Estado de Derecho —en adelante EdD— supone una referencia básica tanto en la filosofía jurídica y política contemporánea como en la Ciencia Política y en la práctica de los sistemas jurídico-políticos. Asimismo, constituye un importante criterio a la hora de valorar la adecuación de los sistemas políticos a determinados estándares de corrección. Esta noción resulta comprensible desde dos perspectivas básicas: la perspectiva formal y la perspectiva material. La primera, se traduce en la operatividad de la propia ley y se realiza mediante el reconocimiento del principio del imperio de la ley y del sometimiento al derecho¹. Por su parte, la perspectiva material del EdD se presenta como una “legalidad selectiva” cuyo núcleo son los derechos fundamentales y la concepción moral de que estos son expresión. Es la presencia de estos contenidos la que diferencia al EdD material del formal, de un lado y la que la vincula al Estado de Derecho Constitucional, de otro².

De esta forma, los derechos fundamentales, resultado de la positivación del derecho natural³, constituyen el mínimo moral común del Estado de Derecho y el núcleo de una ética

1 ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., (2006), “La relación de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias”, pp. 188 y 195.

2 *Ibidem*, p. 196.

3 Lo que caracteriza al Estado de Derecho es la introducción en su ordenamiento jurídico de los principales contenidos de justicia que durante siglos constituyeron el núcleo de iusnaturalismo racionalista. FERRAJOLI, L., (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, pp. 354 y ss.

pública cuyo sentido básico es el de lograr la libre adhesión individual al mismo⁴. A su vez, estos derechos representan una incorporación limitativa del que pudiese ser el contenido de la legislación que rija el Estado de Derecho en cada momento. Desde esta última perspectiva, conviene que nos detengamos en el análisis del intenso debate social, jurisprudencial y doctrinal que se ha generado en torno a la decisión de permitir o, por el contrario, mantener e incluso reforzar la prohibición de una práctica que pone a disposición de terceros la capacidad reproductora de la mujer, y que plantea, por primera vez en la historia, la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad: la gestación subrogada. Práctica que, por lo demás, ha llevado incluso a eludir la prohibición nacional mediante la celebración de este tipo de contratos en el extranjero. Por ello, ante el peligro que amenaza la consideración social que se tiene de la mujer y todas las consecuencias que de esta podrían derivarse, resulta imprescindible determinar cómo los distintos derechos fundamentales y bienes de valor constitucional implicados podrían verse afectados por esta nueva posibilidad.

Para lograr un entendimiento completo de esta materia asumiremos la consideración de la gestación subrogada como una práctica que requiere de la reproducción humana asistida para su efectividad, analizando entonces los motivos que originan el recurso a la misma, así como evolución de la regulación hasta alcanzar la legislación vigente en España. Posteriormente, realizaremos un estudio cuyo principal objetivo será determinar la forma en que (1) el mantenimiento de la actual prohibición de la “gestación subrogada” en España o (2) su legalización, podrían repercutir sobre los derechos fundamentales y otros valores constitucionalmente protegidos. El objetivo transversal de este trabajo, es, por tanto, determinar qué regulación resultaría más adecuada habida consideración de los principios y valores sobre los que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello, adoptaremos un enfoque inductivo, esto es, principalmente centrado en la identificación y análisis de aquellos derechos y otros bienes constitucionalmente protegidos que podrían resultar afectados por una u otra opción legislativa. Seguidamente, para determinar el alcance y sentido de esa “afectación” profundizaremos en la delimitación del contenido del potencial derecho y analizaremos los potenciales límites que pudieran surgir del conflicto con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos con cuya protección pudiera aquel confrontar. Para ello, se emplea una metodología dogmático-jurídica que requerirá el acceso a fuentes de carácter normativo, jurisprudencial o doctrinal y su consiguiente análisis. Esta tarea se acometerá con los valores constitucionales de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 CE), el derecho fundamental a la igualdad (Art. 14 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (Art.18 CE) cuyo estudio de realizará de manera conjunta con el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), y, por último, del principio rector de la política social y económica relativo a la protección de la familia (Art. 39 CE).

1.2. Concepto y origen del contrato de Gestación Subrogada

El origen de esta práctica se encuentra en un progresivo aumento de la tasa de infertilidad en los países desarrollados, que, sumado al importante avance que experimenta la ciencia

4 ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., Op., Cit. p. 202.

durante el siglo XX hace surgir las denominadas técnicas de reproducción humana asistida (TRHA)⁵. El desarrollo de estas técnicas da lugar, más tarde, a esta nueva posibilidad denominada “gestación subrogada” (GS)⁶, que podemos definir como aquel contrato⁷, en el que puede mediar precio o no, y en el que intervienen, al menos, dos partes⁸. Por un lado, los futuros padres que efectúan el encargo —en adelante, padres intencionales o comitentes—, y por otro, la mujer —en adelante, madre gestante— que asume el compromiso de gestar un hijo, que habrá de entregar a los padres comitentes una vez tenga lugar el parto. De la suscripción del referido acuerdo se deriva como consecuencia inmediata la renuncia de la «gestante» sobre aquellos derechos que pudieran corresponderle sobre el niño y concretamente, la renuncia a la filiación⁹. Las posibles diferencias en función de la procedencia de los gametos se estudiarán en el siguiente apartado.

Por su parte, entre las razones que justifican el recurso a esta modalidad, encontramos además del escenario de esterilidad o imposibilidad de lograr un embarazo por deficiencias en el órgano reproductor femenino, los supuestos de contraindicación médica, el deseo de parejas homosexuales, o de hombres que desean acceder a la paternidad de manera individual e incluso, la decisión de la mujer de no atravesar el proceso de gestación, unido a las críticas relativas a la complejidad que caracteriza al sistema adoptivo, o el deseo de tener un hijo en el sentido biológico del término.

1.3. Modalidades de gestación subrogada

A efectos de determinar la compatibilidad de esta práctica con los derechos y valores consagrados en nuestro ordenamiento conviene que realicemos una doble distinción que po-

5 Entendidas como aquel conjunto de métodos biomédicos que mediante la intervención en algunas fases de la procreación humana logran paliar la patología de la esterilidad, actuando directamente sobre las células reproductivas masculinas o sobre las células germinales femeninas, mediante las técnicas de la inseminación artificial y de la fecundación in vitro. VILAR GONZÁLEZ, S., (2018), *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Bosch, Barcelona, p. 33

6 Aunque en este trabajo, por motivos de simplificación partiremos de la consideración de la GS como una TRA, baste señalar que algunos autores han considerado que no lo es y que llamar al embarazo “técnica” solo busca hacer desaparecer a la gestante, cosificarla e invisibilizarla. ARECHEDERA ARANZADI, L.I., (2018) *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo: (la llamada gestación por sustitución)*, Aranzadi, Navarra, p. 45.

7 Eleonora LAMM se ha referido al mismo como una “forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente. LAMM, E., *Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2014, pág. 24.

8 Ahora bien, como hemos dicho anteriormente, pueden darse una pluralidad de situaciones en el desarrollo del proceso de fecundación, de manera que pueda requerirse la intervención de terceras personas, como los donantes de gametos. Asimismo, la intervención de facultativos se consideraría como intervención de terceros.

9 BARG ILIANA, “Un caso de gestación subrogada en Mendoza. Cuando la sociedad y la justicia sancionan a los más vulnerables”, *Revista de Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, año 5, núm. 10, Buenos Aires (Argentinax), 2015, págs. 145 a 152.

dría incidir en la solución de esta cuestión, y que nos permite hablar de “modalidades de gestación subrogada”.

1. Así, puede diferenciarse por un lado en función de la procedencia de los gametos entre:
 - a. Gestación subrogada tradicional o parcial: modalidad en la que la madre gestante es inseminada natural¹⁰ o artificialmente (por tanto, es también la madre biológica) con el material genético del padre comitente, o de un donante, sin que se precise el empleo de técnicas extra corpóreas. Estos supuestos en que el material genético es aportado por la madre gestante pueden equipararse a los supuestos de adopción, puesto que se trata de la renuncia de una mujer a su propio hijo, transmitiendo los derechos derivados de la maternidad a los padres intencionales¹¹.
 - b. Gestación subrogada gestacional o plena: la madre gestante no aporta material genético alguno (por tanto, no tendrá parentesco biológico con el niño), se limita a gestar un embrión concebido mediante el recurso a la técnica de fecundación in vitro, con gametos procedentes de los comitentes o de algún donante¹², existiendo diferentes escenarios posibles¹³. En la actualidad, la modalidad de la gestación tradicional es menos frecuente, dado que implica, necesariamente que la madre gestante subrogada, sea, además, la madre biológica del niño al que dará a luz. Por tanto, la fecundación in vitro se presenta como una alternativa más conveniente, que permite que la mujer pueda tener la condición de “madre biológica” pese a no haber gestado al niño (es decir, se recurre a la modalidad de GS gestacional). Y para el caso de que la madre intencional se vea imposibilitada para aportar su material genético, se recurre en la práctica a una ovodonante, distinta de la mujer gestante, nuevamente, con la finalidad de evitar el vínculo genético entre esta y el menor.

10 Cabría la posibilidad de llevar a cabo acuerdos de gestación subrogada en que estuviera previsto alcanzar el embarazo a través de inseminaciones artificiales caseras, o incluso, recurriendo a la concepción natural, debiendo para ello mantener relaciones sexuales la que sería la madre gestante y el padre comitente. Ello quedaría al margen de la actuación del personal sanitario. LAMM. E., Op. Cit., p. 12.

11 En la variante de gestación subrogada tradicional, existe una plena conexión genética entre la gestante y el niño, que ha llevado a parte de la doctrina a afirmar que no es tan solo la gestación lo que se realiza por cuenta de otra persona, sino que se transfiere la propia maternidad una vez nacido el menor, debiendo hablarse entonces de una auténtica “maternidad subrogada”.

12 JIMÉNEZ MUÑOZ. F. J., (2018), “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Núm. 12, p. 45.

13 Entre los que es posible enumerar las siguientes posibilidades: (1) Ambos progenitores aportan su propio material genético. Lo que requerirá en todo caso que se trate de una pareja heterosexual; (2) La madre intencional aporta su propio material genético, pero se utilizan los gametos masculinos de un donante. O viceversa, es decir, el padre intencional aporta su propio material genético, pero se recurre a una donante de ovocitos; (3) O bien, ninguno de los donantes aporta su material genético, empleándose el correspondiente a donantes de ambos sexos. De esta forma, el nacido carecerá de vínculos genéticos con ambos comitentes. En este caso, podría suceder que se recurriese a la embriodonación, de modo que se transfiriesen al útero de la gestante aquellos embriones sobrantes que hubiesen sido donados por otras parejas tras el éxito de un proceso de fecundación in vitro, siguiendo a VILAR GONZÁLEZ. S. Op. Cit., p. 42.

2. Por otro lado, cabe distinguir en función de que medie o no contraprestación económica, los contratos de gestación subrogada pueden tener consideración gratuita u onerosa.
 - a. **Gratuito:** la gestante actúa de manera altruista y no recibe retribución alguna por la labor de gestación¹⁴, o en su caso, puede recibir el resarcimiento de los gastos médicos y otros costes razonables¹⁵.
 - b. **Oneroso o comercial:** en cuyo caso las cláusulas del contrato de gestación subrogada preverán alguna contraprestación económica a favor de la gestante como retribución por el hecho de llevar a cabo la gestación, parto y entrega del menor.

2. Regulación de la gestación subrogada en España: Ley de técnicas de reproducción humana asistida y antecedentes normativos

2.1. Antecedentes normativos de la actual regulación

La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los setenta supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de personas afectadas por esta patología del sistema reproductivo. Del mismo modo, la novedad y utilidad de estas técnicas evidenciaron muy pronto la necesidad de acometer una regulación de la materia que impidiese un posible mal empleo de las nuevas tecnologías en el campo de la biomedicina.

La Ley española fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia en nuestro entorno cultural y geográfico. Entre los primeros pasos dados hacia una nueva regulación destacaron la creación, por parte de la Cámara de los diputados, por acuerdo del 2 de noviembre de 1984, de la creación de una Comisión especial sobre fertilización extra-corpórea, denominada más tarde como “Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana”, que se encontraba presidida por el diputado Marcelo Palacios y conformada por un representante de cada grupo parlamentario, cuya misión era el estudio de los posibles problemas subyacentes a esta nueva aplicación tecnológica y que dio lugar al “Informe Palacios” en marzo de 1986¹⁶. Resumidamente, puede decirse que este informe recomendaba la autorización del empleo de las técnicas de reproducción asistida para los supuestos de esterilidad irreversible de algunos de los integrantes de la pareja, así como para la prevención y eliminación de enfermedades hereditarias, estableciendo como requisito para su aplicación que el resto de alternativas disponibles se hubiesen mostrado insuficientes. Entre los posibles destinatarios se contemplaban tanto a matrimonios y parejas heterosexuales

¹⁴ La gestación subrogada se encuentra prohibida por el ordenamiento español, si bien, artículo 5, apartado 1 LTRHA, establece la necesaria gratuidad en la donación de gametos y preembriones en lo que al desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida respecta.

¹⁵ Será habitual que medie algún tipo de lazo afectivo, familiar o parentesco entre la gestante y los comitentes. MARTÍNEZ MARTÍNEZ. V. L., (2015), “Una maternidad subrogada, una mirada a su regulación en Méjico” *Dikaion*, Vol. 24, Núm. 2, pp. 353-382.

¹⁶ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial humanas, aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986.

estables, como mujeres solteras, viendo por el contrario las parejas homosexuales restringido el acceso a estas técnicas, sin que existiese referencia tampoco al hombre soltero¹⁷.

Con respecto a la gestación subrogada, la recomendación contenida en la letra h) del informa establecía que la gestación por sustitución debía quedar en todo caso prohibida (apartado 115), recomendándose incluso la imposición de sanciones penales para los incumplidores (apartado 116) y previendo, asimismo, el establecimiento de sanciones para los centros que se dedicasen a la prestación de estos servicios (apartado 117). Todas estas recomendaciones carecieron de carácter vinculante, pero fueron decisivas en los sucesivos instrumentos parlamentarios¹⁸.

Con posterioridad, se aprobó la Ley 35/1998, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, supuso la primera referencia expresa en España a la gestación subrogada, siendo su fin primordial evitar que la gestación y la reproducción pudieran convertirse en objeto de tráfico jurídico. Por lo que respecta a la gestación subrogada, el artículo 10 de la Ley preveía en su apartado primero una prohibición general de esta figura, en su apartado segundo, establecía la regla tradicional «*mater semper certa est*», de tal manera que la filiación quedaba determinada por el parto, y, por último, en su apartado tercero, contenía una posible acción de reclamación de paternidad por parte del padre biológico conforme a las reglas generales¹⁹.

Esta Ley fue desarrollada por el Real Decreto 412/1996 por el que se establecían los Protocolos Obligatorios de Estudio de los Donantes y Usuarios relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y se regula la Creación y Organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con Fines de Reproducción Humana²⁰. Dicha regulación supuso un indudable avance científico y clínico en la medida en que las técnicas de reproducción asistida, además de coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifestaron como especialmente útiles para otros fines, tales como los de diagnóstico o investigación.

¹⁷ *Ibidem*, p. 12.

¹⁸ Es el caso de la Proposición de Ley 122/000061 sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, o en la Proposición de Ley 122/000062, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ambas presentadas por el Partido Socialista el día 9 de mayo de 1987, que dieron lugar respectivamente, a la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, ya la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

¹⁹ De tal manera que, en virtud del artículo 116 del Código Civil, en aquellos supuestos en que el embrión fuese transferido a una mujer o en los que esta fuese inseminada artificialmente, el hijo nacido tendría la consideración de hijo matrimonial de la gestante y su marido. Sin embargo, quedaba a salvo la posibilidad de impugnar la filiación paterna determinada de este modo, siempre que el esposo de la gestante no hubiera prestado previamente su consentimiento para que el cónyuge se sometiera a las técnicas de reproducción asistida.

²⁰ Cuya finalidad fue la de armonizar los criterios básicos a los que debían someterse los donantes, para lograr tanto el control sanitario de los mismos como alcanzar la calidad necesaria, descartando así, malformaciones y enfermedades de carácter hereditario de la descendencia. Para ello, se ponía una especial atención en el estado de salud física y la edad de los donantes, así como en el consentimiento de los donantes de gametos y preembriones, que debía recogerse en un contrato de carácter voluntario, altruista y gratuito. El Real Decreto contemplaba también la constitución de un “Registro Nacional informatizado de donantes”, que no llegó a crearse. Finalmente, se creó la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, encargada de asesorar y orientar en el empleo de las TRA, contribuir a la difusión de los conocimientos técnicos y científicos en la materia y elaborar criterios estructurales y funcionales de los centros donde estas técnicas se practican.

No obstante, los importantes avances científicos, el desarrollo de las nuevas técnicas de reproducción y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones supernumerarios hicieron necesaria una reforma de esta regulación que sería acometida por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, cuyas previsiones dificultaron la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, provocando que la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida advirtiese de la necesidad de acometer una reforma de dicha legislación, dando lugar a la vigente ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida.

2.2. La ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y normativa complementaria

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) es expresión de la actual regulación en España de la gestación subrogada, contiene una prohibición taxativa en la materia que se recoge en su artículo 10. En ella, se atribuye a la figura de la gestación por subrogación la condición de técnica de reproducción asistida y se establece que:

- 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.*

El primer apartado relativo a la “nulidad de pleno derecho” se traduce en la denegación del reconocimiento de cualquier efecto jurídico a este tipo de contratos. El apartado segundo atribuye la condición de madre del nacido a la “mujer gestante” a todos los efectos legales por el hecho del parto²¹. Por su parte, el apartado tercero deja a salvo la posible reclamación de paternidad del padre biológico conforme a las reglas generales del artículo 131 CC y 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Con respecto a la donación de gametos y preembriones para fines reproductivos, el artículo 5 de la ley establece el carácter gratuito, formal y confidencial de los contratos suscritos entre donantes y los centros autorizados, que deberán otorgarse en forma escrita, previo consentimiento informado²².

21 La ley no toma en consideración el origen del gameto femenino utilizado para la procreación, siendo indiferente que sea el de la propia madre gestante o el de una donante de óvulos. VELÁZQUEZ MUIÑA, T., (2018) “No se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS 6 de febrero de 2014” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Núm. 8, p. 81.

22 Dado que la filiación materna se construye sobre la verdad biológica (no en el sentido de verdad genética, sino sobre la verdad gestacional) cuando la gestación se lleva a cabo con material genético femenino ajeno, la donante nada puede pretender en orden a la filiación. VELÁZQUEZ MUIÑA, T., “Comentario a la STS 6 de febrero de 2014”, Op. Cit., p. 81.

A continuación, nos referimos a aquellos derechos y bienes de valor constitucional que pueden verse afectados por la celebración de contratos de gestación subrogada. Para comenzar, debemos señalar que el Título Primero de la Constitución, “De los derechos y deberes fundamentales”, establece el estatuto jurídico de la persona y se abre con el artículo 10.1, que constituye la base sobre la que han de ser entendidos todos los preceptos contenidos en el referido título. Preceptos estos, que consagran los valores constitucionales básicos que corresponden a la persona y que se recogen tanto en forma de derechos fundamentales y libertades como de deberes y principios rectores de la política social y económica²³.

3. El valor constitucional de la dignidad humana (art. 10 Ce)

3.1. Planteamiento general

El artículo 10.1 CE se refiere a la dignidad de la persona como un elemento distintivo de la naturaleza humana que hace a la persona inviolable e indisponible y que excluye cualquier consideración utilitarista de la misma²⁴, es decir, aquella concepción que renunciaría a verla como un fin en sí misma, para verla como un medio para satisfacer cualesquiera otros fines, propios o ajenos²⁵.

Con respecto a su naturaleza jurídica, nada se dice en el texto constitucional acerca del cuál sea esta, si bien, de su ubicación se infiere que no se trata de un derecho fundamental²⁶, sino que su condición será la de valor²⁷, debido a lo cual, posee una clara función hermenéutica²⁸ en lo que al resto de las normas jurídicas respecta. Constituyendo por lo

²³ GARCÍA SAN MIGUEL. L., (1995), *El libre desarrollo de la personalidad, artículo 10 de la Constitución*, Madrid, Universidad de Alcalá, p. 45.

²⁴ PECES BARBA. G., (2002), *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, pp. 65 y ss.

²⁵ La intangibilidad se refiere a que no puede aceptarse que nada afecte al ser humano en su integridad, debiendo los poderes públicos protegerla. Por su parte, la indisponibilidad quiere decir que nadie puede disponer del valor de la dignidad, ni si quiera el propio titular de la misma, por ejemplo, renunciando a sus derechos inherentes dada su condición de persona. GARCÍA SAN MIGUEL. L., Op. Cit., p. 47.

²⁶ “Al no ubicarse dentro del capítulo segundo, la dignidad de la persona recogida en el artículo 10.1, CE, no goza ni de la tutela preferente del artículo 53.2, CE, ni de la regulación específica a que se refiere el numeral 81 de dicho ordenamiento supremo, como sucede en el caso de los derechos fundamentales”, siguiendo a BATISTA J. F., (2016), “La dignidad de la persona en la constitución española, naturaleza jurídica y funciones”, *Revistas del IIIJ*, Núm. 14, p. 6.

²⁷ De acuerdo con el planteamiento realizado por el profesor VERDÚ. L, la dignidad de la persona humana constituye un valor constitucional, que a su juicio difiere de los derechos por tres razones: “1) porque les sirven de fundamento, 2) porque inspiran su perfeccionamiento, y, 3) porque ayudan a su interpretación”: LUCAS VERDÚ. P., (1984), *Estimativa y política constitucionales*, Madrid, UCM, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, pp. 100-118.

²⁸ Pues la dignidad en nuestra Constitución no contiene un valor normativo propio, sino que posee más bien la condición de valor interpretativo, pues su contenido no es cerrado, sino que ha de considerarse en cada caso

demás, una parte esencial del contenido de los derechos fundamentales²⁹, que han de ser interpretados estableciendo como límite y garantía a la dignidad³⁰.

En segundo lugar, el referido precepto constitucional vincula esta idea de dignidad a los derechos inviolables que “le son inherentes” y “al libre desarrollo de la personalidad”, de manera que puede afirmarse que estos constituyen los medios a través de los cuales se canaliza la dignidad³¹. De este modo, los derechos vendrían a configurar una visión estática de la dignidad de la persona, “derechos que se tienen por el mero hecho de ser persona”, por ello se les atribuye la condición de inviolables. Por su parte, la visión dinámica de la dignidad vendría constituida por el “libre desarrollo de la personalidad” en tanto que los derechos ya referidos, delimitan esferas de acción que cada sujeto puede dotar de un contenido propio. Es decir, cada individuo en desarrollo de su proyecto de vida, concreta esos derechos³².

En congruencia con lo señalado con anterioridad, un intento de acotar por completo el contenido de la dignidad, debería incluir un contenido de carácter fijo³³, que comprendiese tanto los valores y derechos que la Constitución consagra como la jurisprudencia que los mismos origina y, por otro lado, el contenido propio que cada persona hace cuando ejercita su dignidad, en virtud del libre desarrollo de la personalidad³⁴. De este modo, la dignidad se convierte en un concepto ambiguo que puede ser absoluto o relativo, y esta ambigüedad la convierte en un valor susceptible de ponderación. En este sentido, podemos decir que la dignidad desde el punto de vista constitucional, es la facultad que el Estado se reserva de intervenir a través del derecho en aquellos casos en que una conducta que atente contra esa esfera personal, termine por lesionar ese contenido intangible de humanidad³⁵.

los bienes y valores constitucionalmente protegidos, como en aquellos casos en que se pone en relación el valor de la libertad con el del mercado, en los que se han de tener en consideración los valores y bienes constitucionalmente protegidos. BALAGUER CALLEJÓN, M. L., (2017), *Hij@s del mercado*, Madrid, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Derecho, Sección de Publicaciones, p. 43.

29 Del hecho de que el artículo 10.1 CE inaugure el primer título de la carta magna, puede inferirse la intención del constituyente de considerar la dignidad de la persona humana más que como un derecho fundamental, como fuente de aquellos derechos que le son inherentes. BATISTA J.F, Op. Cit., p. 6.

30 BALAGUER CALLEJÓN, M. L, Op. Cit., p. 32.

31 GARCÍA SAN MIGUEL. L, Op. Cit., p. 47.

32 *Ibidem*, p. 49.

33 Entendiendo por tal, aquel aspecto de la dignidad que resulta intangible e indisponible, tanto para terceros como para el propio sujeto. MOLERO MARTÍN SALAS, M.P, (2014), *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*, Madrid, CEPC, p. 64.

34 BALAGUER CALLEJÓN. M. L, Op. Cit., p. 40.

35 *Ibidem*. 42.

3.2. Jurisprudencia

Jurisprudencia en España. Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional (TC) fija mediante su jurisprudencia el contenido de dignidad que resulta constitucionalmente exigible. Dado que no existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de gestación subrogada, parece conveniente que centremos nuestro estudio en la jurisprudencia relativa a los derechos sexuales y reproductivos, y concretamente, en la relevante jurisprudencia relativa a la relación existente entre la dignidad y la reproducción humana asistida.

En este sentido, el TC tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la relación entre el valor constitucional de la dignidad y la reproducción humana asistida en la Sentencia 116/1999, de 17 de junio, relativa a la crioconservación de preembriones. En la misma se plantea una posible vulneración a la dignidad humana derivada de la circunstancia de que existan “preembriones sobrantes”³⁶, al “impedir el derecho al desarrollo y cosificar al fruto de la concepción”. Asimismo, los recurrentes alegaban que esta técnica “patrimonializaba” al individuo fruto de la concepción. A este respecto, el Tribunal defendía que, si bien era cierto que la patrimonialización de la persona habría resultado incompatible con su dignidad (art. 10.1 CE), la donación no implicaba en modo alguno la patrimonialización que se pretendía, “sino justamente la exclusión de cualquier causa lucrativa o remuneradora expresamente prohibida” por el artículo 5.1 LTRHA³⁷.

Por tanto, en materia de gestación subrogada, resulta de gran relevancia el razonamiento que el Tribunal realiza acerca de la dignidad de la mujer, y como en consideración a la misma, ha de excluirse cualquier posibilidad de regulación que suponga una patrimonialización. Así se pone de manifiesto, dada la importancia de los bienes en juego, la necesaria regulación mediante Ley Orgánica que los recurrentes pretendieron.

Tribunal Supremo (TS)

Por su parte, el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de un caso de Gestación Subrogada internacional en la Sentencia de 6 de febrero de 2014³⁸. En este caso, dos varones españoles casados en 2005 solicitaron ante el Registro Civil Consultar de Los Ángeles (California, EEUU), la inscripción de dos hijos nacidos mediante contrato de GS en aquel Estado. Esta inscripción fue denegada por el encargado del Registro consular español invocando el artículo 10 LTRHA. Frente a esta decisión, los padres comitentes interpusieron recurso ante a la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN),

36 Como consecuencia del empleo de técnicas de reproducción humana asistida, es posible que resulten preembriones sobrantes en tanto que no hayan sido transferidos al útero femenino. En este supuesto el artículo 11 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, prevé en sus apartados 3º y 4º la crioconservación de gametos y preembriones en bancos autorizados, por un máximo de cinco años.

37 “En definitiva, el objeto perseguido por el art. 5.1 de la Ley no es otro que el de garantizar que los gametos y los preembriones en ningún caso puedan ser jurídicamente considerados como bienes comercializables” STC 116/1999, de 17 junio, FJ. 11.

38 STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014.

que estimó el mismo, ordenando que se procediese la inscripción en el Registro Civil de conformidad con los asientos registrales californianos, bajo la consideración de que esta resolución no vulneraba el orden público, evitaba un trato discriminatorio y resultaba la decisión más acorde en favor del respeto del “interés superior del menor”³⁹. Esta decisión sería impugnada más tarde por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado de 1ª Instancia de Valencia al considerar la infracción del artículo 10 LTRHA y la contrariedad de esta decisión con el orden público español. Posteriormente, se agotaría la vía interna hasta alcanzar el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Con ocasión de este recurso el Tribunal afirma que si bien las “modernas regulaciones de las relaciones familiares” no establecen como fuente exclusiva de la filiación la de carácter biológico y es posible el recurso a la adopción así como el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida sin que la conformidad con el orden público se vea afectada, en un ordenamiento jurídico impregnado por valores como los del nuestro no es concebible que ningún tipo de prácticas vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación o la filiación y consecuentemente, “cosificando” a ambos, al permitir que aquellas personas que actúan como intermediarios negocien con ellos sacando provecho del estado de necesidad derivado de la pobreza y creando una “*ciudadanía censitaria*”⁴⁰ en la que solo quienes tengan suficiente renta puedan establecer este tipo de relaciones paternofiliales⁴¹. El Tribunal confirma entonces la contrariedad al orden público español del reconocimiento de esta inscripción, incidiendo en la incompatibilidad de la misma con las normas de nuestro ordenamiento relativas a las relaciones familiares, y en concreto, con la filiación, que se inspira, dice el Tribunal, en los valores de la dignidad de la persona, el respeto a su integridad moral y la protección de la infancia.

El voto particular de la sentencia se muestra en desacuerdo con esta decisión⁴², negando que la gestación subrogada contradiga el orden público y afirmando que no se “cosifica” a la madre gestante dado que adopta un acuerdo voluntario con libertad, ni tampoco al menor, que “nace en el seno de una familia que lo quiere”⁴³. Se dice que, a la prohibición del recurso a esta práctica, subyace en realidad la subestimación de la capacidad de consentir de la mujer.

Por otra parte, con ocasión de la más reciente sentencia de la Sala Primera del TS, 277/2022, de 31 de marzo de 2022, afirma que se “cosifica al menor” al impedirle conocer

39 El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado definido en la STS de 6 de febrero de 2014, FJ. 5, como “concepto esencialmente controvertido (que) expresa un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social” y como “una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial”.

40 STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014. FJ. 6.

41 STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014. FJ. 3.

42 Voto particular que formula el magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, y al que se adhieren los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol en la Sentencia 247/2014 de 6 febrero de 2014.

43 “Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica.” STC 835/2013, de 6 febrero de 2014.

sus orígenes y convertirlo en objeto de tráfico mercantil, y a la madre gestante, al hacer que esta se obligue a renunciar incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad⁴⁴.

Protección de la dignidad en el ámbito europeo

La protección de los derechos fundamentales es conferida en el ámbito europeo por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de cuya protección se encarga el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), respectivamente. Existe una correspondencia en lo que a los anteriores instrumentos normativos respecta derivada de la circunstancia de que, con la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales, el Convenio adquiere la condición de “norma mínima”⁴⁵. Por este motivo, centraré mi análisis en las resoluciones del TEDH.

El CEDH no se refiere de manera expresa a la dignidad humana, sino que ha sido el Tribunal el que a través de su jurisprudencia ha manifestado la necesidad de procurar su respeto y protección vinculándola a otros derechos recogidos en el Convenio. La primera sentencia en la que se alude a la dignidad humana es en el caso *Tyrer* en el que se producen determinados castigos corporales que el Tribunal califica como degradantes, indicando a continuación que el propósito del artículo 3 CEDH (prohibición de castigos o tratos inhumanos o degradantes) es precisamente “proteger la dignidad y la integridad de las personas”⁴⁶.

Posteriormente, en los casos *S.W. y C.R. c. Reino Unido*⁴⁷, el TEDH afirmó que “la verdadera esencia del convenio, es el respeto a la dignidad y libertad humanas”. Formulaciones de este tipo se repiten con respecto a derechos de diversa índole en la jurisprudencia del Tribunal. Otro ejemplo lo constituye la sentencia *Bouyid*⁴⁸, más reciente, en la que se recoge que “cualquier interferencia con la dignidad humana ataca la misma esencia del Convenio”. De esta afirmación se desprende que la idea de la dignidad humana subyace a todos los derechos

44 “Tanto la mande gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad (...) La madre gestante se obliga desde el inicio a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud (...), renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica; se regula por contrato cuestiones como la interrupción del embarazo, como será el parto, que puede comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y residencia...” STS 277/2022, de 31 de marzo de 2022, FJ. 3.

45 Correspondencia de los siguientes preceptos: artículo 2, tanto en el CDFUE y CEDH; artículo 4 CDFUE con el artículo 3 CEDH; artículo 5 CDFUE y artículo 4 CEDH; artículo 6 CDFUE y artículo 5 CEDH; artículo 7 CDFUE y artículo 8 CEDH; artículo 9 CDFUE y artículo 8 CEDH; artículo 10 CDFUE y artículo 9 CEDH, respectivamente. Si bien, ha de señalarse que la regulación contenida en la CDFUE supone un importante avance al atribuir a la dignidad de la persona la condición de derecho fundamental, como no sucede en otros textos constitucionales del ámbito europeo.

46 STEDH Caso *Tyrer* contra Reino Unido, de 25 de abril de 1978.

47 STEDH Caso *S.W. y C.R.* contra Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995.

48 STEDH Caso *Bouyid* contra Bélgica, sentencia del 5 de noviembre de 2005.

reconocidos en el CEDH⁴⁹. Sin embargo, no se reconoce la dignidad como derecho autónomo, sino por reconducción de otros derechos. De este modo, el principio de respeto a dignidad de la persona, se presenta como un principio fundamental de carácter ético que subyace a los derechos reconocidos en el Convenio.

Por último, respecto a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos elaboró una importante jurisprudencia apoyándose en el artículo 3 del Convenio, en la cual se plasmaba el derecho de las personas a no sufrir “tratos inhumanos o degradantes” como contenido de la dignidad, abriéndose paso más tarde a una consideración más amplia de este derecho de donde resulta la interdicción el ejercicio de la prostitución por resultar contraria a esta noción de dignidad⁵⁰.

3.3. Análisis crítico

En este apartado trataremos de responder a la cuestión acerca de cuáles sean las consecuencias que podrían derivarse tanto (1) para la dignidad del menor, como (2) para la dignidad de la madre gestante de una potencial decisión de configurar un derecho de acceso a la GS.

La Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 refleja de manera muy precisa el debate moral y jurídico que plantea esta cuestión no solo en la jurisprudencia, sino también en la sociedad y doctrina. Así, frente al fallo que considera que con la práctica de la gestación subrogada la dignidad de la persona se encuentra amenazada por “*el estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes*”⁵¹, que constituye el elemento determinante para que terceros o intermediarios negocien con la madre gestante y con el menor, el voto particular de la sentencia afirma que se incurre en una generalización errónea, ya que no son solo personas con “dificultades económicas” quienes acceden a llevar a cabo la gestación.

A esta última argumentación puede oponerse que la clave no reside exclusivamente en las condiciones económicas que empujan a la mujer a acudir a este tipo de contratos⁵², sino la consideración social que se tiene de la mujer cuando se acuerda poner precio a su capacidad reproductiva⁵³. De este modo, parece que la atención debería dirigirse no al concepto de “dignidad colectiva” defendido por la Constitución, sino más bien a la necesidad de superar la

⁴⁹ Derecho a la vida (art. 2); prohibición de castigos o tratos inhumanos o degradantes (art. 3) la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado u obligatorio (art. 4); los derechos a la libertad y a la seguridad (art. 5), a un proceso equitativo, incluyendo la excesiva duración de los procedimientos judiciales y la presunción de inocencia (art. 6) y el principio «no hay pena sin ley» (art. 7); a la vida privada y familiar (art. 8), la libertad de expresión (art. 10) y la prohibición de discriminación (art. 14).

⁵⁰ En el Caso Tremblay c. Francia, de 11 de septiembre de 2007, el Tribunal señala que la prostitución es “incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana”.

⁵¹ STS 247/2014, de 6 de febrero de 2014. FJ. 6.

⁵² “El sistema alcanza toda su crudeza en aquellos contextos en que la mujer necesita acceder a este tipo de contratos como una vía de supervivencia” SALAZAR BENÍTEZ, O. Op. Cit., p. 95.

⁵³ Ibidem, p. 93.

consideración instrumental que se tiene sobre el cuerpo y capacidad reproductora de la mujer que la cosifica, negándole así su condición de “sujeto”⁵⁴.

Con respecto a la dignidad del menor, el pronunciamiento del Tribunal es claro al señalar que la modalidad de gestación subrogada “onerosa” contradice el orden público español, dado que las normas de nuestro ordenamiento jurídico relativas a las relaciones familiares, y en concreto, a la filiación, deben estar impregnadas por las nociones de dignidad, integridad moral y protección a la infancia, que resultan vulneradas cuando se trata al menor como “objeto de tráfico mercantil”, o, en otras palabras, cuando se determina la filiación a favor de aquella persona que realiza el “encargo” del menor mediante el contrato de GS. Esta conclusión se extrae, asimismo, de la actual regulación del artículo 5 de la LTRHA, ya que si se prohíbe la patrimonialización del material genético esta prohibición debe resultar necesariamente extensiva cuando de la vida de una persona ya nacida se trata.

4. El valor constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 Ce)

4.1. Planteamiento general

Como se dijo anteriormente, ese contenido dinámico y variable de la noción de dignidad, resultado de que la persona dote de contenido propio las “esferas de acción”⁵⁵ que le reconocen la titularidad de esos “derechos inviolables que le son inherentes”, se traduce en el “libre desarrollo de la personalidad”, que, siguiendo a la doctrina, abarca el principio de autonomía de la voluntad⁵⁶ y cuyo único límite externo vendrá definido por la incompetencia y el eventual daño a terceros⁵⁷.

Nos encontramos, por tanto, ante un “valor consagrado constitucionalmente”⁵⁸, cuya regulación parece ir destinada a garantizar a las personas la posibilidad de decidir sobre su vida sin interferencias ajenas, a lo que se añade, por la circunstancia de encontrarnos en un Estado Social, el hecho de que los poderes públicos se encuentren obligados a crear las condiciones materiales que faciliten un contexto adecuado a los fines que se persiguen. Sin embargo, y como algunos autores han puesto de manifiesto, resulta necesario establecer unos límites a esa autonomía personal, pues sería erróneo equiparar los deseos de una persona a la existencia de un derecho a los mismos⁵⁹.

54 SALAZAR BENÍTEZ. O. *Ibidem*, p. 94.

55 ROBLES MORCHÓN. G. (1995), “El libre desarrollo de la personalidad, artículo 10 de la Constitución”, Servicio de Publicaciones de Alcalá Henares, p. 49.

56 SANTANA RAMOS. M. E. (2014), “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Núm. 29, p. 29.

57 En lo que al daño a terceros se refiere, las consecuencias son diversas dependiendo de que se trate de un daño legítimo o ilegítimo. Si alguien tiene derecho a algo, el daño que cause será legítimo, debiendo los demás soportarlo, a su vez, deberán respetar los derechos ajenos, aunque les causen molestia. GARCÍA SAN MIGUEL. L, *Op. Cit.*, pp. 13 y 14.

58 BALAGUER CALLEJÓN. M. L, *Op. Cit.*, p. 30.

59 *Ídem*.

4.2 Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (TC)

Con respecto a la valoración de los pronunciamientos relativos a la noción de la “dignidad humana”, el Tribunal Constitucional ha recordado en sus sentencias que un recurso de amparo no puede basarse de manera directa en la lesión del bien constitucionalmente protegido del libre desarrollo de la personalidad⁶⁰. Sin perjuicio de ello, en el recurso de amparo puede procederse a la defensa de los derechos individuales a través del recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad, y aunque ello tampoco ha sido frecuente⁶¹, el TC ha considerado que, en el análisis del aborto, resulta obligada la valoración de este bien de valor constitucional.

Así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, relativa al recurso de inconstitucionalidad presentado por 54 Diputados contra el Proyecto de Ley orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal, el TC afirma que, junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de esta, nuestra Constitución eleva también a la condición de valor “jurídico fundamental” la dignidad de la persona, que se encuentra también vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art.10 CE) y con la integridad física y moral (art. 15 CE), junto a otros. Afirma, asimismo, que del sentido de estos preceptos puede inferirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona y que se manifiesta singularmente mediante la “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”, lo que impone a su vez la obligación de que esta pretensión sea respetada por parte de los demás⁶².

De este modo, el Tribunal dibuja el derecho de cada persona a determinarse a sí misma como una consecuencia del derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, cuando se intenta descender desde el principio general hasta aplicaciones concretas –como sería determinar el alcance de esa autodeterminación en el ámbito del aborto o cualesquiera otros de reproducción y sexualidad de la mujer-, parece que al Tribunal le cuesta llegar a una conclusión inequívoca, de tal modo que, puede afirmarse que, en la aplicación de la noción del libre desarrollo de la personalidad al aborto, si bien el TC no ha ignorado en sus consideraciones el artículo 10.1 CE, ha evitado emplearlo como «*ratio decidendi*» de los casos resueltos⁶³.

⁶⁰ SSTC 62/1982, de 21 de mayo de 1982, y 101/1987, de 15 de junio de 1987.

⁶¹ A ello, se añade además la circunstancia de que resulta más frecuente encontrar referencias explícitas a la dignidad humana que al libre desarrollo de la personalidad, y ello dado que “la dignidad se encuentra íntimamente ligada al libre desarrollo de la personalidad, del que no solo es fundamento, sino consecuencia obligada”, GARCÍA SAN MIGUEL. L. Op. Cit., p. 47.

⁶² STC 53/1985, de 11 de abril, FFJJ. 3 y 8.

⁶³ En la STC 70/1985 de 31 de mayo, se alude también al libre desarrollo de la personalidad como fundamento del derecho al aborto (voto particular disidente de Francisco Tomás y Valiente, en contra de la Sentencia sobre el recurso de amparo 735/1983, de la Sala Segunda. En igual sentido, GARCÍA SAN MIGUEL. L, Op. Cit., p. 48.

Protección otorgada por la jurisprudencia en el ámbito europeo

En el ámbito europeo el libre desarrollo de la personalidad equivale a vida privada (art. 8 CEDH), que será analizado en el siguiente apartado.

4.3. Análisis crítico

En este apartado determinaremos si el principio del libre desarrollo de la personalidad es susceptible de interpretarse, por un lado, (1) en el sentido de conferir a la mujer gestante la capacidad de decidir sin interferencias externas, si desea o no someterse a esta práctica, y por otro, (2) si puede interpretarse en el sentido de configurarse como un derecho a ser padre o madre como manifestación de la creación de su propio proyecto vital.

Respecto del derecho a la autodeterminación de la mujer gestante.

El voto particular de la STS 6 de febrero de 2014 afirmaba que *“la mujer que perfecciona un contrato de gestación subrogada para actuar como gestante, lo hace de manera libre y voluntaria”*⁶⁴. En idéntico sentido, una importante parte de aquellos que se posicionan a favor de la gestación subrogada lo hacen precisamente en defensa de la *“autonomía individual de la mujer”*, pues consideran que la prohibición de esta práctica conllevaría una actitud *“paternalista”*⁶⁵, en la que subyacería en realidad la consideración de la incapacidad de la mujer para tomar sus propias decisiones, de modo que la limitación del derecho de disposición de aquellas sobre su propio cuerpo y sobre su capacidad reproductora quedaría justificada⁶⁶.

En idéntico sentido, en el ámbito reproductivo se ha tendido a relacionar la defensa del derecho al aborto con el debate sobre la gestación subrogada, afirmando que la misma libertad de actuación que se protege en el primer caso debería darse en el derecho a decidir de la gestante. Sin embargo, puede afirmarse que ambas situaciones distan mucho entre sí, ya que a diferencia de lo que sucede en la gestación subrogada, en el caso del aborto nos encontramos ante una situación en la que la mujer decide autónomamente creando y dirigiendo su propio plan de vida, en el que ella es protagonista, siendo así considerada como un fin en sí mismo y no como un instrumento para realizar las aspiraciones de los demás⁶⁷.

Desde una perspectiva diversa, se ha considerado que no puede invocarse el *“libre desa-*

⁶⁴ En el referido voto particular se afirma que: *“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”*.

⁶⁵ Desde esta perspectiva, se ha defendido la necesidad de *“desacralizar la sexualidad, dessexualizar al sujeto de derecho, desheterosexualizar el matrimonio, desbiologizar la filiación y contractualizar los vínculos familiares”* BORRILLO, D., (2011), *“Por una Teoría Queer del Derecho de las personas y las familias”*, en *Direito, Estado e Sociedade*, Núm. 39, p. 30.

⁶⁶ SALAZAR BENÍTEZ, O., *“La gestación por sustitución...”* Op. Cit., p. 94.

⁶⁷ *“Dado que con la primera se combate la ideología patriarcal dominante, y con la segunda, más bien, suele confirmarse. La GS refleja con claridad el modo en que las mujeres son oprimidas por el patriarcado y explotadas por el mercado”*, GARCÍA MANRRIQUE, R., (2018), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Navarra, Aranzadi, p. 272.

rollo de la personalidad” para legitimar la gestación subrogada, sino que, por el contrario, es precisamente esta cuestión la que debe servirnos para rechazar esta práctica, porque el mismo contenido de este tipo de contratos, que pone precio a la función reproductora de la mujer, cuestiona no ya lo que esta quiera hacer en la ejecución de su “propio proyecto vital”, sino su propia consideración en un contexto que permite utilizarla como medio para satisfacer los deseos o necesidades de otras personas⁶⁸. Desde esta misma óptica, se ha afirmado, asimismo, que el contrato de GS elimina los elementos básicos de cualquier autonomía humana, esto es, tanto la capacidad de revertir decisiones y retirar el consentimiento, como de tener soberanía absoluta “y a lo largo del cuerpo que somos”⁶⁹.

De ello se deduce que, el orden público español ha de proteger las decisiones que sean libremente adoptadas por las personas con plena capacidad en relación a la procreación, pero esto no excluye que esas decisiones «libres» deban ser contextualizadas en función del grado de vulnerabilidad de quienes las adoptan. De lo contrario, la libertad de elección serviría para amparar situaciones injustas, discriminatorias, o susceptibles de lesionar la integridad moral de algunas personas⁷⁰.

Respecto del derecho a tener un “hijo biológico” implícito en el valor del libre desarrollo de la personalidad.

Otra de las cuestiones que se señalan en el voto particular es que la GS supone una “garantía del derecho a procrear” implícita en el principio del libre desarrollo de la personalidad de aquellas personas incapacitadas para tener un hijo biológico. En este sentido, debemos preguntarnos si la maternidad o paternidad, más allá de una opción personal, es un deseo que los poderes públicos deban garantizar, y, por tanto, si existe o no un derecho a la procreación⁷¹.

Sin embargo, resultaría erróneo entender el Estado Social como una institución que debe remover obstáculos para realizar los deseos de las personas, más aún en aquellos casos en que la dignidad y derechos de otros sujetos pudiesen resultar lesionados, especialmente cuando nos referimos a derechos cuyos titulares son mujeres y niños⁷². En definitiva, podemos afirmar que no existe un “derecho a la maternidad” que ampare el deseo de cualquier persona a tener un hijo biológico por cualquier vía, sino que ese derecho supone más bien la facultad de decidir acerca de la concepción, gestación y parto de otro ser humano, pero en ningún caso su gestación por parte de otra mujer ni la gestación para otras personas, de lo contrario, se normalizaría que una mujer gestase para otras personas sin adquirir derecho alguno⁷³. Como

68 SALAZAR BENÍTEZ, O. “La gestación por sustitución...” Op. Cit., p. 94.

69 TORRES QUIROGA. M.A, (2019), *Maternidad y gestación en venta*, Barcelona, Observatorio de Bioética y Derecho.

70 SALAZAR BENÍTEZ, O, Op. Cit., p. 94.

71 BALAGUER. M.L, Op. Cit., p. 78.

72 LÓPEZ GUZMÁN. J y APARISI MIRALLES. A, (2012), “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de bioética*, p. 253.

73 TORRES QUIROGA. M.A, Op. Cit. p. 28.

corolario de lo anterior, el Estado no vendría obligado a satisfacer las legítimas aspiraciones o deseos de la ciudadanía como parte de sus proyectos vitales⁷⁴.

5. El derecho fundamental a la igualdad (art. 14 Ce)

5.1. Planteamiento general

El artículo 14 de la Constitución establece que *“los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

En este precepto se recoge la denominada “igualdad formal” por contraposición a la “igualdad real” reconocida por el artículo 9.2 CE⁷⁵. En relación con este precepto, la inicial redacción del artículo 14 CE *“los españoles son iguales ante la ley”* no puede ser interpretada como un mandato de carácter absoluto que nos conduzca a ofrecer el mismo trato a todas las personas con independencia de su situación material, sino que la interpretación que debe realizarse es que el artículo 14 CE proscribiera cualquier diferencia de trato que resulte discriminatoria.

Dado que el juicio de igualdad tiene carácter relacional, se exige que quien alega la violación de este derecho realice una comparación respecto una situación subjetiva similar, que sirva para constatar que dos supuestos de hecho sustancialmente iguales son tratados por la ley de forma diversa. Asimismo, debe atenderse a la conformidad de la finalidad de la norma con el sistema de valores y principios que consagra la Constitución. En último término debe valorarse tanto la idoneidad de la norma respecto de la consecución de la finalidad pretendida como su proporcionalidad⁷⁶.

5.2. Jurisprudencia

Los promotores de la Sentencia de 6 de febrero de 2014 alegaron que la denegación de la inscripción registral de los menores supone tanto una discriminación “por razón de filiación” como una discriminación “por razón de sexo u orientación sexual”. Con respecto a la primera cuestión, el Tribunal señaló que la interdicción de discriminación por razón de filiación no conllevaba que el ordenamiento jurídico debiese reconocer como filiación la que derivaba

⁷⁴ Seguimos aquí a LÓPEZ GUZMÁN, J y APARISI MIRALLES, A. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de bioética*, p. 253 y a SALAZAR BENÍTEZ, O. “La autonomía de las mujeres en juego: la gestación para otros desde una perspectiva de género”, *Revista General de Derecho Constitucional*, p. 10.

⁷⁵ La igualdad real o material ha de entenderse como una reinterpretación de la igualdad formal, que, en un Estado Social de Derecho, ha de tener en cuenta la posición real en que se encuentran los individuos para alcanzar una equiparación real y efectiva de los mismos. CARMONA CUENCA, E, (1994), “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. S4, p. 271.

⁷⁶ AGUDO ZAMORA, M., NARANJO DE LA CRUZ, R., GÓMEZ CORONA, E., SALAZAR BENÍTEZ, O., (2015), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, pp. 449.

de la celebración de un contrato de gestación subrogada prohibido por el ordenamiento, sino que por el contrario, el legislador poseía un determinado margen de libertad para atribuir el carácter de relación paterno-filial a determinadas relaciones distintas de los supuestos de maternidad y paternidad biológica (sería el caso de la filiación resultante de la adopción o de consentimiento de fecundidad con intervención de donante que presta el cónyuge de la mujer sometida a tratamiento de reproducción asistida), y solo respecto de aquellas relaciones filiales que quedaban determinadas era posible aludir a la exigencia de no discriminar a aquellas personas con una determinada filiación frente a otras con una filiación distinta.

Con respecto a la potencial discriminación por razón de sexo u orientación sexual, la pareja homosexual integrada por hombres aportó como término comparativo con respecto a la denegación de inscripción de la filiación de sus menores en el Registro Civil español la circunstancia de que, si en una pareja integrada por dos mujeres, una de ellas se sometiera a técnicas de reproducción humana asistida, la otra, siendo “su cónyuge”, podría establecer a su favor la filiación respecto del hijo nacido de su pareja⁷⁷. Es decir, se afirmaba la existencia de una norma que permitía determinar que dos mujeres fuesen madres existiendo vínculo biológico, pero no que dos varones fueran padres en términos semejantes.

5.3. Análisis crítico

La argumentación anteriormente referida se rebate mediante la afirmación de que en un supuesto se trata de recurso a las TRHA permitidas por el ordenamiento, y en el otro de la celebración de un contrato de GS prohibido por el mismo. Lo que equivale a afirmar que la LTRHA permite que una persona tenga un hijo no genético, pero que, sin embargo, la prohibición de la GS excluye la posibilidad de que una mujer actúe como “gestante” y este sería un extremo imprescindible para que una pareja de varones pudieran ser padres, pues un hombre, por motivos fisiológicos evidentes no puede concebir. De este modo, no existe discriminación, dado que se trata de una situación “sustancialmente diferente”. Este supuesto de hecho sería equiparable, sin embargo, a la situación en que un matrimonio de dos mujeres, de una pareja heterosexual, o de un hombre o una mujer solteros, hubiese tratado de inscribir en el Registro Civil la filiación de un menor nacido de un contrato de gestación subrogada, en cuyo caso la solución habría sido igualmente la denegación de dicha inscripción.

De este modo, el Tribunal concluyó que, si bien la filiación de los padres homosexuales no resultaba posible mediante el empleo de TRHA, esto obedecía a que el estado actual de la ciencia no permite a los hombres concebir ni engendrar, siendo así la desigualdad biológica la que justifica que el legislador ofrezca un trato diferencial. Puede concluirse, por tanto, que lo que determinaría que existiese o no un trato discriminatorio sería el procedimiento que adoptasen las mujeres para superar esas barreras fisiológicas (recurso al contrato de GS o recurso a las técnicas de fecundación in vitro con el material genético de un donante). Con respecto a las parejas de hombres, la única solución sería el recurso a la gestación subrogada⁷⁸.

⁷⁷ Artículo 7, apartado 3 de la vigente Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

⁷⁸ RUIZ-RICO RUIZ. G, Op. Cit., p. 73.

6. La protección de la familia y derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 39 Ce y art 8 cedh)

En este apartado estudiaremos la posibilidad de inferir un derecho a ser padre o madre de otros preceptos constitucionales y convencionales. A continuación, me referiré al artículo 39 CE, que hace alusión de manera expresa a la “protección de la familia”, así como al artículo 8 del CEDH que reconoce el “derecho al respeto a la vida privada y familiar”.

6.1. El principio rector de la política social y económica relativo a la protección de la familia (art. 39 Ce)

6.1.1. Planteamiento general

En lo que al primero de estos preceptos respecta, podemos señalar que el capítulo III de la Constitución, consagra los “principios rectores de la política social y económica”, que contiene normas que no son de aplicación directa e inmediata, es decir, que no generan por sí mismas derechos subjetivos invocables ante los tribunales, sino que requieren de un desarrollo legal previo. Este capítulo se abre con el artículo 39 CE, relativo a la protección social, económica y jurídica de la familia y se concreta en la protección de los hijos, con independencia de su filiación.

Puede decirse que los verdaderos destinatarios de estas normas son los poderes públicos, que deben modelar su actividad de forma respetuosa con los mismos⁷⁹. Sin embargo, aunque se trata de un “derecho de configuración legal”, la libertad reguladora del legislador no es ilimitada, ya que el derecho a crear una familia ha sido enunciado en la mayoría de normas de Derecho Internacional en materia de derechos⁸⁰, lo que obligaría a España, en virtud del artículo 10.2 CE a tomar en consideración la interpretación jurisprudencial que de estos derechos se hace. Sin embargo, no existen referencias en la esfera del TEDH desde las cuales resulte posible afirmar que se ha configurado un derecho a ser padre o madre.

6.1.2. Jurisprudencia

Jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS)

En la Sentencia ya citada de 6 de febrero de 2014 el TS señala una serie de mecanismos para evitar la desprotección del menor, como son la posibilidad que tiene el padre biológico de realizar una reclamación de paternidad en virtud del artículo 10 LTRHA, o las diversas figuras reconocidas por el andamio jurídico español, como es el caso del acogimiento y la adopción para la formalización jurídica de la integración de los menores en el núcleo familiar. De modo que, el Tribunal afirma que, si bien se deniega el reconocimiento de la certificación registral en lo que a la filiación respecta, esta decisión no debe afectar al resto

⁷⁹ De conformidad con el artículo 53.3 CE.

⁸⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 16), Convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículo 8) y Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (Artículo 9), asimismo, desde un contexto más específico, el artículo 8 CEDH reconoce el “derecho al respeto a la vida privada y familiar”.

de su contenido. Es decir, la inscripción realizada en el referido registro no ha de cancelarse por completo, sino solo respecto de la mención de la filiación.

Como adelantábamos, no hay pronunciamientos del TEDH desde los cuales resulte posible defender la existencia de un derecho a la procreación, sino que más bien, las alegaciones de este derecho se han planteado desde la perspectiva del “derecho al respeto a la vida privada y familiar”, que parecen conducir a la existencia a un “derecho a la autodeterminación genética”, entendido como la autonomía o facultad individual de disponer del propio material genético y el derecho a acceder y utilizar técnicas de reproducción asistida para una finalidad legítima y reconocible en las normas constitucionales y convencionales. Sin embargo, el TEDH ha recurrido en esta materia a la “doctrina del margen de apreciación”⁸¹, afirmándose así que corresponde a los distintos Estados establecer el régimen jurídico que desean otorgar a este derecho.

6.1.3. Análisis crítico

De forma que se reconoce la procreación como una manifestación de la libertad que forma parte de la autonomía de la persona, si bien, parece que la protección de la familia no es ilimitada y no abarca la facultad de establecer la filiación por medios que no estén reconocidos por el ordenamiento jurídico.

De manera que, del artículo 39 CE no se deriva una obligación para los poderes públicos de garantizar una tutela social-prestacional, sino más bien, y en sentido negativo, el deber de no impedir las posibilidades de desarrollo personal por medio de una legislación que restrinja e acceso a la paternidad o maternidad al supuesto biológico, y por tanto, en sentido positivo, la obligación de impedir un tratamiento desigual de otros modelos alternativos de familia (parejas homosexuales o familias monoparentales) frente a las familias tradicionales⁸².

6.2. El derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 Cedh)

6.2.1. Planteamiento general

En este epígrafe, y dado que el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar contenido en el artículo 18 CE ha sido definido por el Tribunal Constitucional como aquel ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de terceros, que resulta necesario de acuerdo con nuestra cultura, para mantener una calidad de vida mínima⁸³, definición de la cual se desprende que el ámbito de protección del artículo 18 CE

81 Doctrina desarrollada por la jurisprudencia del TEDH en virtud de la cual, en determinadas ocasiones, este se abstiene de enjuiciar una posible violación de alguno de los derechos protegidos por el Convenio argumentando que el Estado denunciado ha actuado dentro de un margen de libertad que no excede el mínimo que la Convención impone a los Estados. Ya que, el CEDH establece un estándar mínimo común de protección de derechos, permitiendo a los Estados signatarios dispensar una protección mayor. RODRIGUEZ VERGARA DÍAZ, A. (2015), “la mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación nacional”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, Núm. 93, p. 89.

82 RICO RUIZ, G., Op. Cit., p. 63.

83 STC 231/1988, de 2 de diciembre.

es la propia intimidad, y no las actuaciones privadas e íntimas de los hombres⁸⁴, que vendrían a constituir más bien una manifestación del valor constitucional del libre desarrollo de la personalidad⁸⁵, y siendo que, la intimidad familiar se muestra como una dimensión adicional de la intimidad personal⁸⁶, nos centraremos en el derecho al respeto a la vida privada y familiar contenido en el artículo 8 CEDH, dado que no existe un derecho equivalente en el texto constitucional español⁸⁷.

El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se refiere al derecho a la vida privada y familiar como sigue:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

1. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Mediante el desarrollo jurisprudencial, el TEDH se ha referido al concepto de “vida familiar” como una cuestión fáctica que ha de determinarse atendiendo a la existencia de vínculos personales estrechos⁸⁸. Asimismo, con respecto a las parejas, se ha señalado que no se requiere la existencia de vínculo matrimonial para afirmar la existencia de una familia⁸⁹. Ahora bien, el precepto hace alusión al “respeto” a la vida familiar, de manera que, el artículo 8 CEDH no garantiza el deseo de fundar una familia, sino que presupone la existencia de la

84 STC 89/1987, de 3 de junio, y STC 12/2012, de 30 de enero. FJ.2, en las cuales se afirma que la intimidad protegida en nuestro texto constitucional se refiere a aquella que se desarrolla en un ámbito privado y se extiende también a aquellas actuaciones desarrolladas en otros ámbitos cuando la persona afectada tiene una expectativa razonable de encontrarse fuera de la observación de los demás.

85 STC 215/1994, de 14 de julio, FJ.4, en la que se afirma que la libertad de procreación constituye, al igual que la relativa a la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia, una manifestación del libre desarrollo de la personalidad.

86 STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ.3.

87 Si bien es cierto que comienza a apreciarse un cambio de línea jurisprudencial en la STC del 11/2016, del 1 de febrero de 2016, en la que se estima un recurso de amparo interpuesto como consecuencia de la denegación por parte del Juzgado de Primera Instancia de Éibar de otorgar licencia de incineración para los restos del aborto que padeció la actora en la que el Tribunal Constitucional consideró que con este proceder se había vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar, comenzando a evidenciarse así un cambio en la doctrina mantenida hasta el momento acerca de la delimitación del derecho a la intimidad personal y familiar, lo que supone una ampliación de los significados tradicionalmente dados a este precepto.

88 STEDH caso Marckx c. Bélgica, de 13 de junio de 1979, apdo. 2.

89 Sino que puede afirmarse también “cuando las partes conviven fuera de todo vínculo marital y la relación tiene la suficiente coherencia”, bastando también en este supuesto con la situación de hecho, según Kroon y otros c. Países Bajos, 27 de octubre de 1994, apdo. 37.

misma, o al menos de una relación potencial que habría podido desarrollarse, por ejemplo, de una relación nacida entre un padre natural y un hijo nacido fuera del matrimonio o de una relación nacida de una adopción legal y no ficticia⁹⁰.

Por su parte, el derecho al “respeto a la vida privada” es un concepto amplio que abarca tanto la integridad física y psicológica de una persona, como el derecho a establecer relaciones con otras personas, relacionándose a su vez con aspectos de la identidad del individuo, y en clara conexión con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. De lo anteriormente expuesto se deriva de manera implícita el respeto por la decisión de tener o no tener un hijo, así como de hacerlo bajo la condición de padre genético o mediante las distintas posibilidades que ofrecen las técnicas de reproducción asistida⁹¹.

El segundo apartado, por su parte recoge una serie de condiciones acumulativas que deben cumplirse. De lo contrario, cualquier injerencia en aquellos derechos vulneraría el artículo 8 CEDH. Esas condiciones son, en primer lugar, que exista una previsión legal que legitime la injerencia, la cual, además, debe ser accesible y previsible, en el sentido de que indique claramente los supuestos en que deba aplicarse⁹²; la persecución de un objetivo legítimo con la misma y la necesidad de esa injerencia en una sociedad democrática. Aquí ha de entenderse necesidad como aquella de carácter imperioso y, en particular, proporcional al objetivo legítimo perseguido (defensa del orden, protección de los derechos de los demás, etc.)⁹³.

6.2.2. *Jurisprudencia*

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Nos referiremos en primer lugar a la jurisprudencia relativa al “derecho al respeto a la vida familiar”. Así, podemos señalar en primer lugar que con ocasión de la STEDH del caso Paradiso y Campanelli contra Italia, relativo a la celebración de un contrato de GS en Rusia por parte de un matrimonio italiano cuya inscripción se deniega en el Registro Civil, procediendo a continuación los padres comitentes a alegar la vulneración de su derecho al respeto a la vida familiar. El Tribunal señala que esta vulneración no se produce dado que no existía vida familiar dada la ausencia tanto de vínculo biológico entre el menor y los comitentes, así como

⁹⁰ En los casos Wagner y J.M.W.L contra Luxemburgo, de junio de 2007, el Tribunal reconoce la existencia de una vida familiar pese a la ausencia de reconocimiento legal de la adopción al considerar que existieron vínculos familiares de facto entre los demandantes durante más de diez años, así como por la circunstancia de que la demandante se comportase como madre de la menor. De igual modo, en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia, de 27 enero 2015, pese a que solo existió convivencia durante un periodo de seis meses, el Tribunal consideró que los padres comitentes habían acompañado al menor durante los primeros momentos de su vida, comportándose como sus padres y concluyó la existencia de una vida familiar de facto entre aquellos y el niño.

⁹¹ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., Op. Cit., p. 54.

⁹² Como se recoge en la STEDH del caso Mennesson c. Francia, de 26 de junio de 2016.

⁹³ En el caso de Paradiso y Campanelli contra Italia se considera como objetivo legítimo la defensa del orden público en tanto que el recurso a la fecundación heteróloga –a la que recurren los comitentes-, se encontraba prohibido por la ley italiana.

por la corta duración de su relación fáctica (apenas 5 meses) de la que se derivaba además una “gran incerteza” en lo que a los vínculos jurídicos se refería.

Por su parte, en las SSTEDH de los casos *Menesson y Labassee contra Francia*, -ambos resueltos en el mismo día y conforme a argumentos casi totalmente coincidentes⁹⁴- la defensa de ese concepto fáctico de la familia lleva al Tribunal a rechazar que la falta de reconocimiento de la filiación vulnere el derecho al respeto a la vida familiar de los padres comitentes, pues con independencia de esta, los menores permanecerían con los padres intencionales sin que la convivencia se viese mermada. En el mismo sentido, la doctrina ha señalado que no resulta exigible, en aras de proteger el “derecho al respeto a la vida familiar” el reconocimiento jurídico de la filiación, siendo posible adoptar cualquier otra vía que no implique la separación de los padres intencionales y los menores⁹⁵.

En segundo lugar, y con respecto al derecho al respeto a la vida privada, en las sentencias de los casos *Menesson y Labassee contra Francia* se asiste a un cambio en la jurisprudencia del TEDH respecto de la línea seguida en el asunto *Wagner c. Luxemburgo*⁹⁶, dado que no se plantea la vulneración del artículo 8 CEDH desde la perspectiva del “derecho al respeto a la vida familiar” de los padres comitentes, sino desde la perspectiva del “derecho al respeto a la vida privada” del menor nacido de este tipo de contratos. En esta sentencia el Tribunal señala la relación que existe entre el derecho a la vida privada, la gestación subrogada y el reconocimiento de la filiación. Esta conexión lleva al Tribunal a sostener la existencia de un derecho a la “propia identidad” como componente esencial de la noción del derecho al respeto a la vida privada⁹⁷.

Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal destaca la importancia de la paternidad biológica como uno de los componentes que conforman la identidad de cada individuo y afirma que “*no puede decirse que sea el mejor interés de las menores privarlas de un vínculo biológico probado, cuyo reconocimiento se procuraba*”. Es decir, puesto que las mismas menores eran consideradas como hijas de los padres comitentes frente al derecho norteamericano, pero no frente a Francia, se estaba lesionaba el “*derecho a la identidad única*” del que se derivan importantes consecuencias como son la adquisición de la nacionalidad y otras cuestiones derivadas del derecho sucesorio. Situación que se veía agravada además por el hecho de que los padres intencionales de estos supuestos eran además padres biológicos.

Por tanto, al denegarse la inscripción de la filiación, el Estado francés había excedido el margen de apreciación otorgado en esta materia para determinar aquello que resulta “necesario”

94 Los argumentos empleados en la misma se refieren a la protección del “derecho al respeto a la vida familiar” y de la protección de las expectativas legítima de reconocimiento de adopción internacional.

95 ÁLVAREZ GONZÁLEZ. S., (2015), “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de Derecho Internacional Privado, Sección Jurisprudencia*, Vol. 67, enero-junio, Madrid, p. 53.

96 STEDH *Wagner contra Luxemburgo* de 28 de junio de 2007.

97 RUIZ-RICO RUIZ. G., *Op. Cit.*, p. 77.

en una “sociedad democrática” para alcanzar los objetivos que contempla el artículo 8.2 CEDH⁹⁸. Sin embargo, dicho margen de apreciación debe ser reducido o relativizado cuando nos referimos a la cuestión de la filiación, ya que esta constituye un aspecto sustancial de la identidad de los individuos⁹⁹. Así, el tribunal recuerda que el reconocimiento de la filiación en favor de los padres intencionales no solo tiene consecuencias sobre estos, sino que también las tiene sobre el menor, al resultar afectado el derecho a que se respete su vida privada garantizado por la Convención, pues este derecho implica que cada uno pueda configurar “*la sustancia de su propia identidad*”, de la cual forma parte la determinación de la filiación.

El Tribunal destaca la importancia de la paternidad biológica como uno de los componentes que conforman la identidad de cada individuo, de manera que, no puede decirse que sea el mejor interés de las menores, privarlas de un vínculo biológico probado, cuyo reconocimiento se procuraba. Por tanto, al impedirse el reconocimiento y establecimiento del mismo, el Estado francés había excedido ese margen de apreciación¹⁰⁰, originando un “grave problema de compatibilidad con el interés superior del niño” que ha de observarse en toda cuestión que le afecte, y que debe resolverse a favor de este último¹⁰¹.

Por su parte, la sentencia del *caso Paradiso y Campanelli contra Italia*, de 2017, a este respecto, considera legítima y proporcionada la actuación del Estado italiano de entregar al menor a una familia de acogida dado que la conducta de los comitentes violaba tanto la legislación relativa a la adopción como la de la reproducción artificial.

Tribunal Supremo español

En este sentido, y con base en la afirmación del TEDH de que, «*si el núcleo familiar existe y los menores tienen relaciones familiares de facto con los recurrentes, la solución habría de partir de ese dato para permitir su desarrollo y protección*», el Tribunal Supremo, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, señala una serie de mecanismos para evitar la desprotección del menor, como son la posibilidad que tiene el padre biológico de realizar una reclamación de paternidad en virtud del artículo 10 de la LTRHA, o las diversas figuras reconocidas por el ordenamiento jurídico español, como es el caso del acogimiento y la adopción para la formalización jurídica de la integración de los menores en el núcleo familiar. Del mismo modo, el artículo 7.1 de la Convención sobre Derechos del Niño, establece que el menor ha de ser inscrito inmediatamente después del nacimiento y tiene derecho desde que nace a recibir un nombre y adquirir una nacionalidad. De este modo, señala el TS que la denegación del reconocimiento

98 “Seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

99 “Cuando un aspecto particularmente importante de la existencia o de la identidad del individuo está en juego, el margen dejado al Estado se encontrará de ordinario, restringido” STEDH Caso Mennesson contra Francia.

100 JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. Op. Cit., p. 48.

101 Los efectos de la falta de reconocimiento de la filiación, recaen también sobre el menor, al resultar afectado el derecho a que se respete su vida privada garantizado por el CEDH, y vulnerándose así interés superior del menor. Siguiendo el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

de la certificación registral de California si bien afecta a la filiación, no debe afectar al resto de su contenido. Es decir, la inscripción realizada en el referido registro no ha de cancelarse por completo sino solo en relación con la mención de la filiación.

Igualmente, en la más reciente STS 277/2022, de 31 de marzo de 2022, el Tribunal afirmó que la satisfacción del interés superior del menor al reconocimiento de la relación de filiación a la madre comitente debe obtenerse por la vía de la adopción¹⁰².

6.2.3. Análisis crítico

Tras lo anteriormente expuesto, puede afirmarse que del artículo 8 CEDH en su manifestación del “derecho al respeto de la vida familiar”, no se desprende un derecho a tener un hijo biológico, sino que lo que garantiza este precepto es en realidad la protección de un vínculo biológico ya existente. Por su parte, tampoco es posible inferir este derecho del “derecho al respeto a la vida privada” desde la perspectiva del derecho de los padres intencionales o comitentes. Sin embargo, y como se ha visto, en aquellos supuestos en que finalmente se celebra este tipo de contratos, el derecho al respeto de la vida privada del que es titular el menor, en su manifestación del “derecho a la identidad única”, comporta el reconocimiento de la filiación. Es decir, el TEDH defiende que solo es posible actuar preservando el interés superior del menor en aquellos supuestos en que se otorga la necesaria importancia al vínculo biológico. Ahora bien, aunque ambos tribunales, TS español y TEDH, requieren la existencia de este vínculo biológico, puede afirmarse que el TS permite que el menor establezca el vínculo con aquella persona que aportó su necesario material genético, siendo necesaria la adopción por parte del padre o madre intencional no biológico. Sin embargo, el TEDH no parece exigir este último extremo, reconociendo la filiación de ambos comitentes y no solo de aquel que aporte los gametos. El TEDH parece entender que la sanción por una filiación que se crea incurriendo en este fraude de ley, no puede ser la denegación del reconocimiento de la filiación en el Estado de origen de los comitentes, en la medida en que ello afectaría directamente a la vida privada de los menores. Se ha señalado que el impacto de la nueva línea jurisprudencial que nace con los *casos Mennesson y Labassee*, podría dar lugar a la anulación de las consecuencias del fraude que cometen los padres intencionales cuando recurren a otro país donde el recurso a la gestación subrogada está legalizado¹⁰³.

7. Conclusiones

La materia que ha sido objeto de estudio en este trabajo presenta una enorme complejidad derivada no solo del elevado grado de polarización social, sino también de la falta de consenso en la doctrina y jurisprudencia.

¹⁰² “Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la adopción. El Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos «la adopción por parte de la madre comitente (...) en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño», STS 277/2022, de 31 de marzo de 2022, FJ. 4.

¹⁰³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. Op. Cit., p. 240.

En primer lugar, hemos de señalar que el hecho de que el Título Primero de la Constitución se abra con el artículo 10, posee una gran relevancia, dado que, en él, se establecen los principios en los que encuentran su anclaje todos los derechos fundamentales. Este precepto hace una alusión inmediata a la dignidad, entendida como la consideración del ser humano como un fin en sí mismo, ajeno a cualquier tipo de consideración utilitarista. Ahora bien, además de la noción de dignidad que se recoge tanto en la Constitución como en el correspondiente desarrollo jurisprudencial, ha de observarse el contenido propio que cada persona hace de su dignidad en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.

A mi juicio, el primer problema que surge a la hora de determinar si debería o no legalizarse el recurso a la técnica de la gestación subrogada, se plantea desde la perspectiva de los derechos de la mujer gestante. Concretamente, desde el conflicto entre los valores constitucionales de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, entendido este último como autonomía de la mujer gestante para decidir someterse o no a esta práctica. En este sentido, se ha tendido a entender que tal conflicto no existía, defendiendo que el libre desarrollo de la personalidad, entendido como el derecho de cada persona a ejecutar su propio “proyecto de vida”, chocaría frontalmente con la celebración de un contrato de gestación subrogada donde la mujer gestante, lejos de ser protagonista de su propio proyecto vital, se convertiría en un medio de realización del proyecto de vida de los padres intencionales.

Sin embargo, al margen del debate acerca de si es posible conformar libremente el deseo de gestar una vida, que posteriormente se cederá a un tercero, debemos detenernos a valorar la posibilidad de que esos anhelos personales se encuentren amparados por un ordenamiento jurídico que consagra principios como los del nuestro.

En este sentido, resulta evidente que ha de rechazarse en España la posibilidad de regular la gestación subrogada de carácter comercial, y ello, dado que de nuestro estudio jurisprudencial y legal —prohibición contenida en el artículo 5.1 LTRH— se infiere que tanto la cesión de la capacidad reproductora de la mujer mediante precio, como la entrega del menor en estos mismos términos, suponen una patrimonialización que atenta contra el valor constitucional de la dignidad humana, al convertir a ambos en “objetos de tráfico mercantil”. De esta forma, puede afirmarse que la modalidad de gestación subrogada onerosa resultaría inconstitucional, o, en otras palabras, que la autonomía individual de la «madre gestante» terminaría donde comienza el valor constitucional de la dignidad del menor.

Por otra parte, y en relación a la potencial adecuación con el texto constitucional de la regulación de la modalidad de gestación subrogada altruista, parece que, aun en el supuesto en que se eliminase el elemento de la mercantilización del menor y del cuerpo de la mujer, deberíamos continuar planteándonos la cuestión de si una política legislativa de gestación subrogada podría justificarse únicamente sobre la base de la libre elección de la mujer. Desde esta óptica, no parece que la autonomía de la voluntad constituya un argumento suficiente para que el Estado elabore una legislación que posibilite que la mujer ceda su capacidad reproductora, sino que, por el contrario, sería posible otorgar dicha protección a la «mujer gestante» aún en aquellos supuestos en que tal protección contradijera sus deseos, pues primaría la protección de los intereses de personas que, por encontrarse en situación de vulnerabilidad, podrían verse en la necesidad de recurrir a este tipo de acuerdos.

A los referidos obstáculos se añadiría, además, la constatada inexistencia de un derecho a ser “padre o madre”, pues esta facultad no formaría parte de las esferas de acción creadas por

el bien protegido constitucionalmente del libre desarrollo de la personalidad (Art. 10.1 CE). En idéntico sentido, del estudio realizado se deduce la imposibilidad de inferir la “facultad de procrear” de los significados dados al derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), homónimo del libre desarrollo de la personalidad en el ámbito europeo. Por último, y regresando al ámbito nacional respecta, tampoco es posible identificar en el artículo 39 CE la existencia de un mandato destinado a garantizar un pretendido “derecho de acceso” a la gestación subrogada como una técnica adicional de reproducción asistida. La afirmación de la inexistencia de un derecho a la procreación comporta como consecuencia última la ausencia de una confrontación entre este “potencial derecho” y los derechos de la madre gestante o del menor efectivamente implicados, sin que sea entonces necesario recurrir a las técnicas de delimitación y ponderación necesarias en caso de conflictos entre derechos.

En relación a la existencia de algún otro derecho que pudiese verse vulnerado por la prohibición de la gestación subrogada en el artículo 10 LTRHA, hemos planteado en esta investigación la posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad del artículo 14 CE. Del análisis realizado se deducen tanto la inexistencia de un trato discriminatorio en la vigente regulación prohibitiva en España, como la existencia de una desigualdad biológica (los hombres no pueden concebir y las mujeres sí) que vendría a justificar el diferente tratamiento legal y que excluiría la necesidad de regular un derecho de acceso a esta técnica de reproducción asistida que requiere en todo caso la intervención de una mujer. Es decir, lo que prohíbe nuestro ordenamiento en el momento presente es la cesión (con o sin precio) de la capacidad reproductiva de la mujer.

Para finalizar, baste señalar que de lo expuesto anteriormente se extrae que una regulación que configurase un derecho de acceso a la gestación subrogada, más que proteger la libertad de la mujer, reflejaría un interés tanto a nivel social como estatal por la comercialización del cuerpo humano. De este modo, se ahondaría en desigualdad entre mujeres y hombres, lo que supondría un punto de no retorno. Es decir, habida cuenta de que no existe un derecho a ser padre o madre enunciado de manera explícita y que como ya se ha puesto de manifiesto, tampoco puede extraerse de manera implícita de otros derechos o valores constitucionales (libre desarrollo de la personalidad, principio rector relativo a la protección de la familia, derecho al respeto a la vida privada y familiar, respectivamente), una regulación diferente a la actual prohibición supondría un riesgo desproporcionado de vulneración de los bienes jurídicos constitucionalmente consagrados que no quedaría justificado por la existencia de otro derecho de igual importancia. Por otra parte, resulta posible afirmar que existen otros mecanismos en aras de garantizar la “creación de una familia” mediante instituciones como la adopción y el acogimiento, así como mediante el recurso a las distintas técnicas de reproducción asistida.

8. Bibliografía y Jurisprudencia

AGUDO ZAMORA. M., NARANJO DE LA CRUZ. R., GÓMEZ CORONA.E., SALAZAR BENÍTEZ. O., (2015), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, pp. 449-459.

ARECHEDERRA ARANZADI, L.I., (2018), *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo: (la llamada gestación por sustitución)*, Navarra, Aranzadi.

BARG. L, (2015), “Un caso de gestación subrogada en Mendoza. Cuando la sociedad y la justicia sancionan a los más vulnerables”, *Revista de Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*, año 5, Núm 10, pp. 145 a 152.

- BATISTA JIMÉNEZ, J., (2006), “La dignidad de la persona en la Constitución española, naturaleza jurídica y funciones”, *Revistas del IJ*, Núm 14, pp. 4-20.
- DÍAZ ROMERO, M., (2018), “Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos”, Aranzadi, Pamplona.
- FERRAJOLI. L., (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.
- GARCÍA SAN MIGUEL. L., (1995). *El libre desarrollo de la personalidad, artículo 10 de la Constitución*, Madrid, Universidad de Alcalá.
- TORRES QUIROGA. M. A., (2019), *Maternidad y gestación en venta*, Barcelona, Observatorio de Bioética y Derecho.
- VILAR GONZÁLEZ, S., (2018), *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Barcelona, Bosch.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ. S., (2015), “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de Derecho Internacional Privado*, Sección jurisprudencia Vol. 67, Madrid, pp. 45-113.
- ANSUÁTEGUI ROIG, FCO JAVIER., (2006), “La relación de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias”.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., (2017), *Hij@s del mercado*, Madrid, Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Derecho, Sección de Publicaciones.
- BATISTA JIMÉNEZ, F. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., (2005) “La incorporación de la noción dignidad humana en los textos constitucionales”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, pp. 1-19.
- BLADILO, A., DE LA TORRE. N., HERRERA, M., (2017), “Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis”, *Revista IUS*, Vol. 11, Núm. 39, pp. 1-29.