

El encaje constitucional de la gestación subrogada

CLARA VIDAL FERNÁNDEZ

**Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí**



CARDENAL
CISNEROS
COMPLUTENSE

||| ARANZADI

© Clara Vidal Fernández, 2026
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Serrano Galvache 26
28033 Madrid
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: octubre, 2026

Depósito Legal: M-22823-2026

ISBN versión impresa: 978-84-1085-968-5

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-969-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí



Índice General

	<i>Página</i>
AGRADECIMIENTOS	23
ABREVIATURAS	25
PRÓLOGO	27
INTRODUCCIÓN	31

PARTE PRIMERA ANTECEDENTES Y CONCEPTUALIZACIÓN

CAPÍTULO I

LA GESTACIÓN PARA OTROS: ANTECEDENTES Y ANÁLISIS ANTROPOLÓGICO DE LA CUESTIÓN	39
1. ¿Qué lleva al ser humano a valorar la gestación en útero o vientre <i>alieno</i>?	39
1.1. <i>La gestación subrogada en la historia</i>	39
1.2. <i>La dignidad de la gestante y del nasciturus como el epicen- tro de la cuestión</i>	44
2. El crecimiento del recurso a la gestación subrogada en los últimos años	47
2.1. <i>Comparativa entre adopciones y gestación subrogada</i>	48
2.2. <i>La decadencia de la natalidad en España y en el mundo occidental</i>	51



CAPÍTULO II

TERMINOLOGÍA, CONCEPTO, MODALIDADES Y PARTES INTERVINIENTES.....	53
1. Terminología	53
2. Aproximación a un concepto.....	56
2.1. <i>Modalidades de gestación subrogada</i>	<i>56</i>
2.2. <i>¿Es una técnica de reproducción humana asistida?.....</i>	<i>61</i>
3. Partes intervinientes en la gestación subrogada	63
3.1. <i>Perfil de los progenitores subrogantes</i>	<i>64</i>
3.2. <i>Gestación subrogada intrafamiliar y epigenética. Intervención del entorno en el desarrollo embrionario</i>	<i>65</i>

PARTE SEGUNDA LOS MODELOS DE GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO

CAPÍTULO III

CONSIDERACIONES PREVIAS A LA PARTE SEGUNDA	69
--	-----------

CAPÍTULO IV

PROHIBICIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA O SU CONSIDERACIÓN COMO NULA	73
1. Consideraciones previas	73
2. EE. UU. y México	75
3. Italia.....	76
4. Francia.....	78
5. Alemania	80

CAPÍTULO V

REGULACIÓN FAVORABLE DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	83
1. Consideraciones previas	83



	<u><i>Página</i></u>
2. EE. UU.	83
2.1. <i>Florida</i>	84
2.2. <i>California</i>	86
2.2.1. Partes intervinientes	87
2.2.2. Procedimiento	89
2.2.3. Aspecto económico	91
3. México	92
3.1. <i>Tabasco</i>	92
3.2. <i>Sinaloa</i>	95
3.3. <i>Consideraciones comunes sobre ambas regulaciones</i>	95
4. Rusia.	97
5. Ucrania	97
6. Sudeste asiático: India y Tailandia	98
7. Israel	99
8. Brasil	101
9. Portugal	102
10. Grecia.	104
11. Reino Unido	105
12. Dinamarca.	107
13. Sudáfrica	108
14. Uruguay	108
15. Canadá	109

CAPÍTULO VI

AUSENCIA DE REGULACIÓN	111
1. Aproximación a los estados que omiten su regulación	111



PARTE TERCERA
LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ÁMBITO
NACIONAL

CAPÍTULO VII

REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA	117
1. La prohibición de celebración de contratos de gestación subrogada en el derecho español.....	117
1.1. <i>Las leyes de reproducción asistida y otras disposiciones ...</i>	117
1.2. <i>Teoría de la determinación de la filiación materna por el parto</i>	120
1.2.1. La filiación del menor en los matrimonios homosexuales femeninos.....	122
1.2.2. El artículo 10 LTRHA y el principio de igualdad y no discriminación	124
1.3. <i>La prohibición de su venta</i>	126
1.4. <i>El menor como objeto de un contrato.....</i>	128
1.5. <i>Cesión de la capacidad reproductiva y su similitud con la donación de gametos y de preembriones</i>	129
2. Consecuencias jurídicas de la gestación subrogada transfronteriza: La inscripción	130
2.1. <i>La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado</i>	132
2.2. <i>Contenido de la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Fundamento y efectos</i>	133
2.2.1. Requisitos exigidos para la inscripción de la filiación	134
2.2.2. Procedimiento de <i>exequatur</i> en España	135
2.2.3. El reconocimiento incidental.....	135
2.3. <i>La Instrucción de 5 de octubre de 2010 y la cobertura al turismo reproductivo.....</i>	136



	<i><u>Página</u></i>
2.4. <i>La valoración doctrinal de la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Críticas</i>	138
2.5. <i>La Instrucción de 28 de abril de 2025: el nuevo régimen registral de la filiación de los menores</i>	143
 CAPÍTULO VIII	
EL REPROCHE PENAL A LA GESTACIÓN SUBROGADA ...	145
1. La protección jurídico penal de la filiación	145
2. El componente delictivo de la gestación subrogada en el derecho español	148
2.1. <i>El delito de suposición de parto: Aplicación a los supuestos de gestación subrogada</i>	149
2.1.1. Conducta dolosa	152
2.1.2. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito	152
2.2. <i>El delito de ocultación o entrega de hijo a terceros: Aplicación a los supuestos de gestación subrogada</i>	153
2.2.1. Conducta dolosa	154
2.2.2. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito	155
2.3. <i>La participación de los intervinientes en ambos delitos. El fenómeno de la impunidad en la cooperación de los delitos.</i>	155
2.4. <i>El delito de entrega y recepción del menor mediando compensación económica</i>	156
2.4.1. Conducta dolosa	158
2.4.2. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito	158
3. Consideraciones finales	158
 CAPÍTULO IX	
LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TEDH	161
1. La posición de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre los contratos transfronterizos	161
1.1. <i>La Sentencia de 6 de febrero de 2014</i>	163



	<i><u>Página</u></i>
1.1.1. El orden público español como argumento para justificar la legitimación del poder judicial	163
1.1.2. El interés superior del menor	165
1.1.3. Discriminación por razón de sexo y orientación sexual	167
1.1.4. Las inscripciones cursadas a partir de la Sentencia de 6 de febrero de 2014	168
1.1.4.a) Inscripciones y denegaciones desde 2010 hasta 2024	168
1.1.4.b) Inscripciones y denegaciones por agrupación de años	169
1.1.4.c) Media anual por agrupación de años	170
1.2. <i>La Sentencia de 31 de marzo de 2022</i>	171
1.2.1. La dignidad de la «gestante sustituta»	171
1.2.2. La cosificación del menor al ser tratado como una mercancía	174
1.3. <i>La Sentencia de 17 de septiembre de 2024</i>	175
1.4. <i>La Sentencia de 4 de diciembre de 2024</i>	176
1.5. <i>La Sentencia de 25 de marzo de 2025</i>	178
2. El reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social . .	180
2.1. <i>La aplicación de la legislación social a supuestos no previstos expresamente en la normativa laboral</i>	180
2.2. <i>La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea .</i>	181
2.3. <i>Primera aproximación a la posición de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo</i>	185
2.4. <i>La posición de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo: «la gestación del menor por útero subrogado» como situación protegida a los efectos de prestación de Seguridad Social . .</i>	187
2.5. <i>¿Impone la realidad social la necesidad de afrontar la regulación de la gestación subrogada?</i>	193
3. La posición del TEDH: Convenio de Roma y otros instrumentos internacionales	195



CAPÍTULO X

INICIATIVAS PARLAMENTARIAS PARA SU REGULACIÓN .	201
1. Las proposiciones de ley presentadas en el Congreso de los Diputados	201
2. Sus diferencias	207
3. Contenido básico de las proposiciones de ley	209
3.1. <i>La gestante. Requisitos exigidos. Especial referencia a la concurrencia de antecedentes de abuso de drogas y alcohol durante la gestación</i>	209
3.2. <i>Definición del concepto de «progenitor o progenitores subrogantes»</i>	214
3.3. <i>Caracterización del alcance del «vínculo de consanguinidad» entre la mujer gestante y los progenitores subrogantes</i>	216
3.4. <i>Atribución de la paternidad al progenitor o progenitores subrogantes</i>	219
3.5. <i>El derecho del nacido a conocer sus orígenes y su relación con la gestante</i>	221
3.6. <i>Naturaleza altruista de la gestación por sustitución</i>	222

PARTE CUARTA EL ENCAJE CONSTITUCIONAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

CAPÍTULO XI

DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR LOS SUSCRIPTORES DEL ACUERDO	227
1. Introducción	228
2. Metodología	229
3. Los derechos fundamentales implicados	233
3.1. <i>Los progenitores subrogantes o padres de intención</i>	233
3.1.1. <i>¿Derecho a la reproducción humana o libertad reproductiva?</i>	234



	<i><u>Página</u></i>
3.1.1.a) Libertad reproductiva como manifestación de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad	238
3.1.1.b) Libertad reproductiva como manifestación del derecho de libertad individual.....	240
3.1.1.c) Libertad reproductiva como manifestación del principio de igualdad.	241
3.1.1.c).(i) Usuarios de técnicas de reproducción humana asistida frente a quienes no las necesitan	244
3.1.1.c).(ii) Usuarios de útero ajeno frente a quienes no lo necesitan.....	245
3.1.1.c).(iii) Conclusión	246
3.1.1.d) Libertad reproductiva y derecho a la integridad	246
3.1.1.e) Libertad reproductiva y derecho a la intimidad	249
3.1.2. El derecho a formar una familia como concreción del libre desarrollo de la personalidad. ...	251
3.1.3. El derecho a la protección de la salud.....	253
3.1.3.a) Sujetos titulares	253
3.1.3.b) Aplicación del derecho a la protección de la salud en la gestación subrogada	254
3.1.4. El derecho a beneficiarse del desarrollo y progreso científico.....	257
3.1.5. Conclusiones	258
3.2. <i>La gestante</i>	259
3.2.1. La dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la gestante.....	259
3.2.1.a) La autonomía de la voluntad de la gestante como manifestación de su dignidad.....	263



	<i>Página</i>
3.2.1.b) La dignidad de la gestante como garantía de su no instrumentalización	266
3.2.2. Los derechos fundamentales de la gestante para someterse a la gestación subrogada	269
3.2.2.a) Principio de libertad individual ...	270
3.2.2.b) Principio de igualdad respecto de los donantes de gametos	271
3.2.2.c) Derecho a la integridad física y moral	272
3.2.2.d) Derecho a la intimidad personal y familiar	273
4. Análisis de la afectación de los derechos fundamentales implicados	273
4.1. <i>La necesidad de ponderar</i>	273
4.2. <i>La interrupción del embarazo a criterio de los progenitores subrogantes</i>	277
4.2.1. El derecho a la integridad física y moral de la gestante	278
4.2.2. El derecho a la libertad ideológica y religiosa .	280
4.2.3. El derecho a la intimidad de la gestante	282
4.2.4. La dignidad de la gestante y el libre desarrollo de la personalidad	282
4.2.5. Aplicación material del test de proporcionalidad ante el reconocimiento de un «derecho» al aborto ajeno	283
4.2.5.a) Juicio de idoneidad	283
4.2.5.b) Juicio de necesidad	285
4.2.5.c) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto	287
4.2.5.d) Solución práctica propuesta	295
4.2.6. La objeción de conciencia médica	296
4.3. <i>Afectación de los derechos fundamentales titularidad de la gestante</i>	296



4.3.1.	Aplicación material del test de proporcionalidad en relación con la afectación de los derechos fundamentales de la gestante	299
4.3.1.a)	Juicio de idoneidad	302
4.3.1.b)	Juicio de necesidad	303
4.3.1.c)	Juicio de proporcionalidad en sentido estricto	305
4.3.1.d)	Conclusión	309

CAPÍTULO XII

EL CONTRATO. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LOS ELEMENTOS MÁS CONTROVERTIDOS.....	311
1. Los elementos del contrato de gestación subrogada.....	311
2. El consentimiento de la gestante.....	314
2.1. <i>Renuncia anticipada de la filiación materna</i>	315
2.2. <i>Concurrencia de error en el consentimiento ex ante de la gestante</i>	320
2.3. <i>Proporcionalidad de reconocer un consentimiento de la gestante ex ante</i>	323
2.3.1. Juicio de proporcionalidad cuando la gestante no aporta material genético y al menos uno de los progenitores de intención interviene genéticamente (Grupo 1).....	327
2.3.2. Juicio de proporcionalidad cuando la gestante aporta material genético y los progenitores de intención no intervienen genéticamente (Grupo 2)	328
2.3.3. Juicio de proporcionalidad cuando la gestante y el progenitor de intención aportan material genético (Grupo 3).....	330
2.3.4. Juicio de proporcionalidad cuando ni la gestante, ni los progenitores de intención aportan material genético (Grupo 4)	332
2.4. <i>Revocabilidad del consentimiento de la gestante</i>	333



	<i>Página</i>
2.4.1. Indemnización por revocación del consentimiento.....	337
2.4.2. Igualdad de trato respecto de otros usuarios de técnicas de reproducción humana asistida	339
2.5. <i>Conclusiones y solución práctica propuesta</i>	341
3. El objeto del contrato	346
3.1. <i>Los límites de la autonomía de la voluntad</i>	346
3.2. <i>Imposibilidad de asimilar la donación de óvulos a la gestación subrogada</i>	352
4. Carácter comercial	355
4.1. <i>Consideraciones previas sobre la causa del contrato</i>	355
4.2. <i>Breve reflexión sobre la actual regulación de la donación de gametos</i>	358
4.3. <i>Modelo comercial</i>	359
4.3.1. Los límites de la voluntad y autodeterminación de la gestante	360
4.3.2. La afectación a la dignidad de la gestante	362
4.3.3. Situaciones de desigualdad	367
4.4. <i>Modelo altruista</i>	368
4.5. <i>Juicio de proporcionalidad sobre la regulación del modelo oneroso</i>	371
4.6. <i>Reflexiones finales que, en realidad, son preguntas</i>	373
4.6.1. Los riesgos de la proliferación de un mercado ilegítimo de forma paralela	373
4.6.2. Inconsistencia de un modelo oneroso o comercial.....	374
4.6.3. Posible ineficacia del modelo altruista	375
CONCLUSIONES	377
BIBLIOGRAFÍA	389



y libertades de protección constitucional¹¹, y esta esfera se ve agredida al vulnerar el principio regulado en el artículo 10 LTRHA¹². De esta forma, como sostienen CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, no se trata de que se ajuste «milimétricamente a lo dispuesto en el artículo», sino del hecho de que vulnera el principio que se contiene en dicho precepto y que forma parte del orden público internacional español¹³.

1.1.2. El interés superior del menor

El Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico quinto de la sentencia, califica el interés del menor como un concepto jurídico indeterminado y, además, esencialmente controvertido. La controversia deriva del tratamiento no unitario de este concepto y su interpretación se muestra variable en vía administrativa y vía judicial¹⁴. No obstante, la flexibilidad en la interpretación de este concepto se utiliza como vía de escape de los progenitores comitentes a la hora de justificar que la inscripción de la filiación de los menores a su favor es la única forma de garantizar su protección y bienestar, puesto que han sido los que han manifestado su consentimiento inicial de ser padres, frente al desentendimiento de la gestante. Sin embargo, el Alto Tribunal no admite como válida la tesis invocada en la que el supuesto interés superior del menor es en realidad un *brindis al sol* para alcanzar intereses personales (FJ 5º. 5 y 6).

Tras afirmar que el no reconocimiento de la filiación puede suponer un perjuicio para los menores, mitiga este efecto al ponderar que hacerlo obviando los criterios previstos en la ley, también lesiona al menor, en el sentido de que se reconocería la filiación a favor de quien realiza el encargo y sitúa al menor como objeto de tráfico mercantil. Siguiendo a AZCARRAGA MONZONÍS, conviene refle-

11. De esta forma, el Alto Tribunal no limita la legalidad de la inscripción a un precepto concreto como es el artículo 10 LTRHA, sino que lo integra en un concepto mucho más ambiguo y etéreo como es el orden público español. Quizá fue precisamente esta una decisión inteligente para flexibilizar las decisiones futuras en esta materia y abrir un abanico interpretativo en el sentido de que el elemento nuclear de la cuestión no radica en que la denegación de la inscripción venga motivada por no ser conforme a un precepto del ordenamiento jurídico español, sino que el acto que se pretende reconocer se construye sobre actuaciones que vulneran seriamente los derechos y libertades proclamados en nuestro texto constitucional, como por ejemplo, una gestación sustituta de carácter onerosa. ¿Es quizá esto un allanamiento del terreno para los casos futuros?
12. MONJE BALMASEDA, O., «La problemática de la inscripción de la filiación en supuestos de gestación subrogada», en LLEDÓ YAGÜE, F. y otros, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, cit., p. 259.
13. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», cit., p. 71.
14. Como ocurre en materia de filiación y de prestaciones de seguridad social donde las resoluciones dictadas por los órganos administrativos se han caracterizado por marcar un camino distinto al que posteriormente han adoptado los órganos jurisdiccionales al conocer sobre el asunto.



xionar sobre si reconocer expresamente que la falta de reconocimiento de la filiación perjudica el interés del menor y, decidir en tal sentido, pone precisamente de manifiesto que tal decisión es lo que en realidad desprotege al menor¹⁵. Parece que el efecto lesivo contra el interés del menor queda a salvo al existir otras vías de protección a través de la impugnación de la filiación¹⁶, cuestión sobre la que discrepa el voto particular de la sentencia en el que se defiende que el interés del menor queda gravemente lesionado al colocarlo «en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto».

El concepto de interés superior del menor es complejo y reversible, invocado indistintamente por defensores y detractores de la gestación subrogada e interpretado en uno o en otro sentido en función de la tesis que se defiende¹⁷. Para aquellos que abogan por una decisión conciliadora, la protección jurídica, familiar y social de los menores debería prevalecer en todo caso y de ello no cabe otra decisión que reconocer la inscripción en favor de los progenitores de intención, pues lo contrario lesiona su esfera individual de derechos y libertades, como es el derecho a la vida privada; derecho a la identidad; la negativa a ostentar la nacionalidad española; a la privación de sus derechos sucesorios y, en fin, un largo listado¹⁸. Sin embargo, la invocación genérica del interés superior del menor no puede servir de carta blanca para huir de un «juicio de licitud»¹⁹. Ésta parece ser la intención de quienes acuden a este argumento para justificar cualquier contrato de gestación subrogada.

Así las cosas, la necesidad de dotar al menor de un *estatus civil* único y definido en el país donde va a vivir es imprescindible. Pero también es necesario crear un equilibrio entre los bienes jurídicos en conflicto. De esta forma parece que no puede emplearse una suerte de argumento absoluto ni en uno ni en otro sentido, pero ¿cuál debemos entender que es el argumento absoluto que no ha de aplicarse para justificar la inscripción de la filiación a toda costa?: (i) la necesidad de evitar la incertidumbre jurídica del menor brindándole un estatus que

15. AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «La gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado Español. Un ejemplo más de la controvertida aplicación de conceptos jurídicos indeterminados», cit., p. 690.
16. Precisamente en este sentido se contempla el reconocimiento de la filiación biológica por el progenitor que haya aportado material genético propio por vía del artículo 10.3 LTRHA y la adopción por parte del otro miembro de la pareja. De hecho, en la propia sentencia se instruye a la Fiscalía para que proceda de este modo y así salvaguardar el interés del menor y evitar que quede en una situación de completo desamparo jurídico. En puridad se va a legitimar la filiación del menor, pero por otras vías.
17. AGUILAR GRIEDER, H., «Derechos Humanos Fundamentales y gestación por subrogación en el marco de los nuevos modelos familiares», cit., p. 38.
18. AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., «La gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado Español. Un ejemplo más de la controvertida aplicación de conceptos jurídicos indeterminados», cit., pp. 690 y 691.
19. ESPARZA-REYES, E. y DÍAZ REVORIO, F.J., «El ejercicio de los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes y sus límites: Hacia una interpretación verdaderamente constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 128, 2023, p. 93.



le otorgue una identidad única²⁰; o bien (ii) la necesidad de denegar la inscripción por entender que la gestación subrogada es una práctica que vulnera el orden público internacional al mercantilizar la gestación y la maternidad y colocar a la gestante y al menor en el objeto del tráfico mercantil. En cualquier caso la solución parece ser la elaboración de un test de proporcionalidad entre el daño infringido y el bien que se pretende proteger, en el sentido de ponderar la solución que perjudique en menor medida el interés superior del menor, al igual que realiza el TEDH en su sentencia de 24 de enero de 2017 (caso Paradiso y Campanelli contra Italia).

1.1.3. Discriminación por razón de sexo y orientación sexual

La Sentencia y el Auto²¹ que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones planteado frente a la Sentencia, consideran que no se produce discriminación alguna por obligar a los comitentes —ambos, varones— a acudir a dos vías distintas para inscribir la filiación —reconocimiento de la paternidad biológica de aquel que hubiese aportado el material biológico y adopción del otro miembro de la pareja—. No se trata de una cuestión de sexo u orientación sexual, sino la necesidad de acudir a la institución de la gestación subrogada a la que, por cuestiones puramente biológicas, una pareja homosexual femenina no tiene la necesidad primaria de acudir.

20. En este sentido se pronuncian los magistrados en el voto particular discordante en el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 que resuelve el incidente de nulidad planteado contra la referida sentencia de 2014, en el que se ratificaba la decisión alcanzada sobre el no reconocimiento de la inscripción en el Registro Civil español de los niños de California.
21. Tampoco esta resolución judicial goza del beneplácito de todos los magistrados en el sentido de que, aunque el criterio mayoritario fue el de desestimar el incidente de nulidad de actuaciones planteado, cuenta con un voto particular formulado por tres magistrados en el que se considera inadecuada la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto que se ha llevado a cabo, debiendo admitir la inscripción de una filiación al no representar conflicto con nuestro ordenamiento jurídico. Dice así el voto particular del ATS de 2 de febrero de 2015 (el subrayado es propio): «II.- No ignoramos las diferencias que existen entre las sentencias citadas y la que ha dictado esta Sala. Ahora bien, aun diferentes, las tres tienden a dar solución a un mismo problema inicial, como es el que resulta para los hijos habidos de una gestación por sustitución, y de la prohibición de inscribir su nacimiento. Por ello, más allá de simples diferencias, consideramos que la solución alcanzada por la mayoría no ha realizado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto que tome en consideración primordial no solo el interés superior de los menores, que fundamenta en lo sustancial las resoluciones del TEDH, sino la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se de respuesta a su solicitud de inscripción, y, en definitiva, el modelo de protección que resulta de todas ellas desde la óptica actual de los derechos humanos y de una legislación desbordada por una realidad que deja sin contenido las estructuras lógicas y formales del derecho, con el grave efecto de retrasar una filiación que podía haber sido ya fijada definitivamente y sin inconveniente alguno para nuestro ordenamiento jurídico que, de una forma o de otra, lo está admitiendo a través de vías verdaderamente singulares como son las circulares o las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que han terminado por convertir la excepción de orden público en una cuestión meramente formal» (ATS n.º 335/2015, de 2 de febrero de 2015, voto particular; p. 14).



De tal suerte, la visión aristotélica a la que apela DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO²² debe ser invocada en el sentido de que indudablemente no hay desigualdad injusta en este supuesto porque partimos de situaciones desiguales. En contra de lo que sostiene esta autora, la circunstancia impeditiva de gestar por parte del varón, sí justifica un trato diferenciador porque marca la distinción entre ambos supuestos, haciendo inapreciable cualquier vulneración del principio de igualdad en tal sentido al ser imposible un *tertium comparationis* estable si no hay supuestos sustancialmente idénticos²³.

1.1.4. Las inscripciones cursadas a partir de la Sentencia de 6 de febrero de 2014

Si bien, hasta que se dicta la Sentencia de 2014, se venía practicando el turismo reproductivo para acudir a la gestación subrogada, se hacía sin que existiese un pronunciamiento jurisprudencial, ni a favor ni en contra de esta práctica. Por ello, resulta interesante realizar un análisis de la influencia que este pronunciamiento ha tenido en el flujo de solicitudes cursadas. En este sentido, a partir de los datos remitidos por el Portal de Transparencia del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación Internacional sobre los expedientes finalizados desde 2010 hasta 2024, ambos incluidos, se ha llevado a cabo un estudio exhaustivo sobre el número de solicitudes realizadas en España para la inscripción de los nacidos por medio de vientre subrogado en el extranjero, tomando en cuenta únicamente aquellos expedientes finalizados por inscripciones o denegaciones.

La información facilitada viene ordenada, entre otros patrones, por años, a excepción de las solicitudes cursadas desde Nueva Delhi²⁴ entre los años 2010 y 2013.

1.1.4.a) Inscripciones y denegaciones desde 2010 hasta 2024

Si analizamos la incidencia de inscripciones, vemos que la gran mayoría se realizan entre los años 2015 y 2019, siendo el año 2018 el que más inscripciones aglutina, lo que nos lleva a concluir que, a partir de la STS n.º 825/2013, de 6 de febrero de 2014, no se paralizan las inscripciones, sino todo lo contrario. Del mismo modo, se puede apreciar cómo, a partir del año 2019, hay cierta involu-

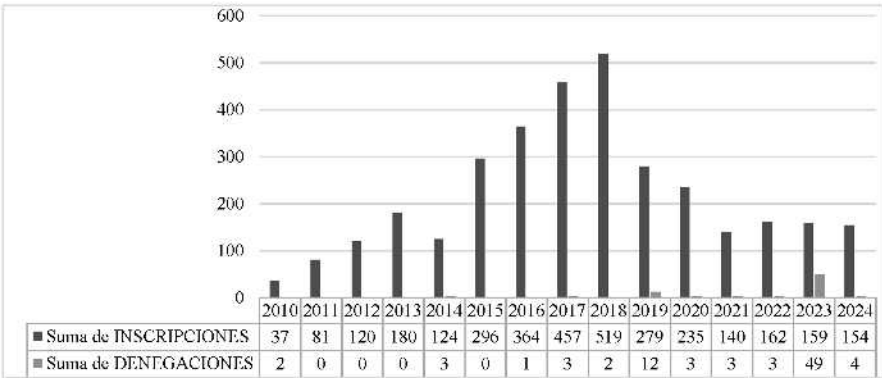
22. DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S., «La maternidad subrogada: ¿Absurdo jurídico en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo?», *Revista de Derecho Privado*, 56, Universidad de Los Andes Bogotá, Colombia, 2016, p. 14.

23. STC n.º 23/1984, de 20 de febrero de 1984.

24. Según los datos facilitados por el Portal de Transparencia del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación Internacional, el total de inscripciones entre los años 2010-2013 asciende a 90 y el total de denegaciones es 0 las cuales se agrupan como un dato único. Para el análisis estadístico se ha optado por segregar equitativamente el dato entre los cuatro años, considerándose que no desvirtúa los resultados obtenidos. De esta forma, las inscripciones que se toman en cuenta en Nueva Delhi entre los años 2010 a 2013 son: 22 en el año 2010; 23 en el año 2011; 23 en el año 2012; 22 en el año 2013.

ción en las inscripciones, siendo 2021 especialmente llamativo en cuanto al ínfimo número de inscripciones y 2023 en cuanto al número de denegaciones —en su mayoría de menores nacidos en Ankara—. En este sentido, tanto la pandemia de la Covid-19 como la guerra de Ucrania son acontecimientos que han tenido repercusión directa en estos datos.

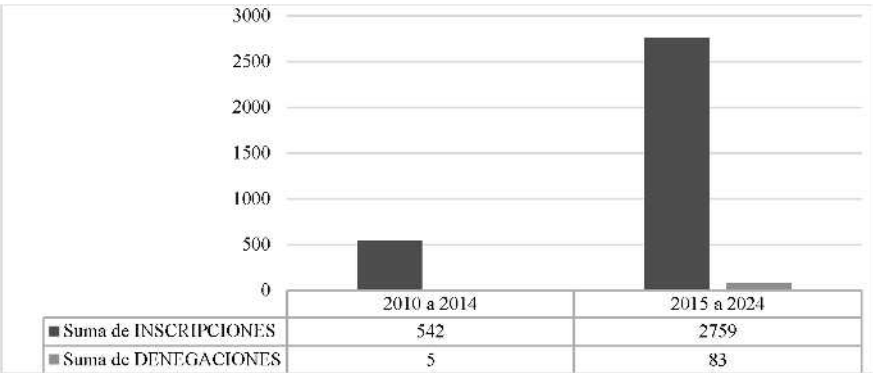
Gráfico 3. Inscripciones y denegaciones desde 2010 hasta 2024



1.1.4.b) *Inscripciones y denegaciones por agrupación de años*

En este análisis se ha considerado oportuno la segregación de inscripciones en dos bloques diferenciados por periodos temporales. El primero abarca desde el año 2010, hasta el año en el que se dictó por el Tribunal Supremo la sentencia analizada, esto es, en el año 2014. El segundo, desde el año 2015, hasta el año 2024, ambos incluidos.

Gráfico 4. Inscripciones y denegaciones por agrupación de años





ARANZADI
DERECHO
CONSTITUCIONAL

La realidad social evoluciona y la adaptación a los nuevos tiempos hace plantearse si la interpretación del Derecho acomodada a las flamantes necesidades puede llevar consigo la acogida jurídica de la gestación subrogada. En esta obra se analiza si estos acuerdos tendrían encaje en nuestro ordenamiento constitucional y, en su caso, en qué términos. El estudio se lleva a cabo desde el prisma de si la interpretación de los derechos fundamentales titularidad de la mujer gestante es compatible con la regulación de un modelo de gestación para otros, en el que se produce la subrogación de la capacidad fisiológica de la gestación y del proceso biológico del parto.

**Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí**



ISBN: 978-84-1085-988-5



CARDENAL
CISNEROS
COMPLUTENSE

ARANZADI