Índice General

Página

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 *alieno*? 39

1.1. La gestación subrogada en la historia 39

1.2. La dignidad de la gestante y del nasciturus como el epicentro de la cuestión 44

2. El crecimiento del recurso a la gestación subrogada en los últimos años 47

2.1. Comparativa entre adopciones y gestación subrogada 48

2.2. La decadencia de la natalidad en España y en el mundo occidental..... 51

Página

CAPÍTULO II

TERMINOLOGÍA, CONCEPTO, MODALIDADES Y PARTES INTERVINIENTES 53

1. Terminología 53

2. Aproximación a un concepto 56

2.1. Modalidades de gestación subrogada 56

2.2. ¿Es una técnica de reproducción humana asistida? 61

3. Partes intervinientes en la gestación subrogada 63

3.1. Perfil de los progenitores subrogantes 64

3.2. Gestación subrogada intrafamiliar y epigenética. Intervención del entorno en el desarrollo embrionario 65

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

Página

2. EE. UU. 83
2.1. Florida 84
2.2. California 86
2.2.1. Partes intervinientes 87
2.2.2. Procedimiento 89
2.2.3. Aspecto económico 91
3. México 92
3.1. Tabasco 92
3.2. Sinaloa 95
3.3. Consideraciones comunes sobre ambas regulaciones 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

Página

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. Las leyes de reproducción asistida y otras disposiciones ... 117

1.2. Teoría de la determinación de la filiación materna por el parto 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. La prohibición de su venta 126

1.4. El menor como objeto de un contrato..... 128

1.5. Cesión de la capacidad reproductiva y su similitud con la donación de gametos y de preembriones 129

2. Consecuencias jurídicas de la gestación subrogada transfronteriza: La inscripción 130

2.1. La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado 132

2.2. Contenido de la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Fundamento y efectos 133

2.2.1. Requisitos exigidos para la inscripción de la filiación 134

2.2.2. Procedimiento de *exequatur* en España 135

2.2.3. El reconocimiento incidental..... 135

2.3. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 y la cobertura al turismo reproductivo..... 136

Página

2.4. La valoración doctrinal de la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Críticas 138
2.5. La Instrucción de 28 de abril de 2025: el nuevo régimen registral de la filiación de los menores 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. El delito de suposición de parto: Aplicación a los supuestos de gestación subrogada 149
2.1.1. Conducta dolosa 152
2.1.2. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito 152
2.2. El delito de ocultación o entrega de hijo a terceros: Aplicación a los supuestos de gestación subrogada 153
2.2.1. Conducta dolosa 154
2.2.2. Sujeto activo y sujeto pasivo del delito 155
2.3. La participación de los intervinientes en ambos delitos. El fenómeno de la impunidad en la cooperación de los delitos. 155
2.4. El delito de entrega y recepción del menor mediando compensación económica 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. La Sentencia de 6 de febrero de 2014 163

Página

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. La Sentencia de 31 de marzo de 2022 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. La Sentencia de 17 de septiembre de 2024 175

1.4. La Sentencia de 4 de diciembre de 2024 176

1.5. La Sentencia de 25 de marzo de 2025 178

2. El reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social .. 180

2.1. La aplicación de la legislación social a supuestos no previstos expresamente en la normativa laboral 180

2.2. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea . 181

2.3. Primera aproximación a la posición de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social y de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 185

2.4. 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 .. 187

2.5. ¿Impone la realidad social la necesidad de afrontar la regulación de la gestación subrogada? 193

3. La posición del TEDH: Convenio de Roma y otros instrumentos internacionales 195

Página

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. La gestante. Requisitos exigidos. Especial referencia a la concurrencia de antecedentes de abuso de drogas y alcohol durante la gestación 209

3.2. Definición del concepto de «progenitor o progenitores subrogantes» 214

3.3. Caracterización del alcance del «vínculo de consanguineidad» entre la mujer gestante y los progenitores subrogantes 216

3.4. Atribución de la paternidad al progenitor o progenitores subrogantes 219

3.5. El derecho del nacido a conocer sus orígenes y su relación con la gestante 221

3.6. Naturaleza altruista de la gestación por sustitución 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. Los progenitores subrogantes o padres de intención 233

3.1.1. ¿Derecho a la reproducción humana o libertad reproductiva? 234

Página

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. La gestante 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

Página

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. La necesidad de ponderar 273

4.2. La interrupción del embarazo a criterio de los progenitores subrogantes 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. Afectación de los derechos fundamentales titularidad de la gestante 296

Página

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. Renuncia anticipada de la filiación materna 315

2.2. Concurrencia de error en el consentimiento ex ante de la gestante 320

2.3. Proporcionalidad de reconocer un consentimiento de la gestante ex ante 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. Revocabilidad del consentimiento de la gestante 333

Página

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. Conclusiones y solución práctica propuesta 341
3. El objeto del contrato 346
3.1. Los límites de la autonomía de la voluntad 346
3.2. Imposibilidad de asimilar la donación de óvulos a la gestación subrogada 352
4. Carácter comercial 355
4.1. Consideraciones previas sobre la causa del contrato 355
4.2. Breve reflexión sobre la actual regulación de la donación de gametos 358
4.3. Modelo comercial 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. Modelo altruista 368
4.5. Juicio de proporcionalidad sobre la regulación del modelo oneroso 371
4.6. Reflexiones finales que, en realidad, son preguntas 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