

La dignidad humana como límite a la gestación subrogada: proyección necesaria para proteger a la mujer en situación de vulnerabilidad

Human dignity as a limit to surrogacy: projection necessary to protect woman in vulnerable situations

M^a Olaya GODOY VÁZQUEZ

Universidad Complutense de Madrid

olagodoy@ucm.es

<https://orcid.org/0000-0002-9775-1139>

RECIBIDO: 18/11/2022 / ACEPTADO: 31/10/2023

Resumen: La irrupción de la tecnología reproductiva ha transformado la procreación al romper la trama biológica contemplando la participación de terceros. En el ámbito de la medicina reproductiva la gestación subrogada es la práctica más controvertida por tres motivos: pone en tela de juicio el viejo principio pauliano *mater semper certa est*, pues la determinación de la filiación materna ya no se efectuaría como resultado del hecho biológico del parto y obedecería a la mera voluntad de los padres de intención; ofrece un medio de vida a las mujeres en situación de precariedad económica; y convierte a los hijos en objeto de transacciones comerciales. La ausencia de consenso sobre su admisibilidad y regulación ha propiciado divergencias legales originando un nuevo fenómeno global, el denominado «turismo reproductivo», que permite clasificar a los Estados entre exportadores de padres de intención y proveedores de gestantes subrogadas. Esta clasificación coincide con la diferenciación entre países desarrollados y en vías de desarrollo, pone de manifiesto la vulnerabilidad de la mujer ante la gestación subrogada, y la afectación tanto de su dignidad como la del hijo alumbrado por encargo.

Palabras clave: gestación subrogada; vulnerabilidad de la mujer; dignidad humana.

Abstract: The irruption of reproductive technology has changed procreation by breaking the biological fabric contemplating the participation of third parties. In the field of reproductive medicine, surrogacy is the most controversial practice for three reasons: it calls into question the old Paulian principle *mater semper certa est*, since the determination of maternal affiliation would no longer be made as a result of the biological fact of the childbirth and would obey the mere will of the intended parents; it offers a livelihood to women in a situation of economic precariousness; and makes children the object of commercial transactions. The lack of consensus on its admissibility and regulation has led to legal gaps and legal divergences, giving rise to a new global phenomenon, the so-called «reproductive tourism», which allows States to be classified between exporters of intended parents and providers of surrogate mothers. This classification coincides with the differentiation between developed and developing countries, and highlights the vulnerability of women to surrogacy.

Keywords: surrogacy; women's vulnerability; human dignity.

I. INTRODUCCIÓN

La irrupción de la tecnología reproductiva ha transformado la procreación al romper la trama biológica contemplando la participación de terceros, y disociarla de la relación sexual. En el ámbito de la medicina reproductiva la gestación subrogada es la práctica más controvertida por tres motivos: pone

en tela de juicio el viejo principio pauliano *mater semper certa est*, pues la determinación de la filiación materna ya no se efectuaría como resultado del hecho biológico del parto y obedecería a la mera voluntad de los padres de intención; ofrece un medio de vida a las mujeres en situación de precariedad económica; y convierte a los hijos en objeto de transacciones comerciales. La ausencia de consenso sobre su admisibilidad y regulación ha propiciado lagunas jurídicas y divergencias legales originando un nuevo fenómeno global, el denominado «turismo reproductivo», que permite clasificar a los Estados entre exportadores de padres de intención y proveedores de gestantes subrogadas. Esta clasificación coincide con la diferenciación entre países desarrollados y en vías de desarrollo, pone de manifiesto la vulnerabilidad de la mujer ante la gestación subrogada, y la afectación tanto de su dignidad como la del hijo alumbrado por encargo.

A lo largo del presente estudio se describe el impacto que ha tenido el turismo reproductivo en los países en vías de desarrollo (II) y se realiza una aproximación al principio de la dignidad humana como límite jurídico a esta práctica (III). El trabajo termina analizando la posición adoptada por el Tribunal Supremo español, que considera nulos los acuerdos de gestación subrogada por vulneración de la dignidad humana, tanto de la gestante subrogada, como del hijo nacido de la práctica (IV).

II. LA VULNERABILIDAD DE LA MUJER ANTE LA GESTACIÓN SUBROGADA: IMPACTO DEL TURISMO REPRODUCTIVO EN LOS PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO

Tradicionalmente la procreación se incardinó en el ámbito de la vida privada. No obstante, la irrupción de la tecnología reproductiva la convirtió en una prestación sanitaria, e hizo necesaria su regulación y la intervención activa de los poderes públicos para garantizar todos los derechos implicados¹.

Este intervencionismo favoreció que cada Estado fijase unas condiciones y límites específicos para el acceso a las diferentes técnicas, incluyendo la gestación subrogada. Las divergencias entre los derechos internos propiciaron

¹ LÓPEZ GUZMÁN, J., «Dimensión económica de la maternidad subrogada ('habitaciones en alquiler')», *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 2 (2017), p. 200.

la implantación de un fenómeno emergente dentro del turismo médico², el «turismo reproductivo», que se ha visto favorecido por dos procesos inexorables: la globalización y la mercantilización, tanto de la medicina como de la procreación³.

En el ámbito de la reproducción la «industria de gestantes subrogadas» ha crecido de manera exponencial, y se ha enriquecido aprovechándose de mujeres en situación de vulnerabilidad, especialmente en países poco desarrollados, hasta el punto de considerarse que podría constituir «una nueva forma de explotación neocolonial»⁴.

II.1. *La regulación de la gestación subrogada: tratamiento dispar*

Las técnicas reproductivas en general y la gestación subrogada en particular, no han logrado un mínimo consenso ni en el ámbito internacional, ni en el marco regional europeo, coexistiendo sobre la materia regulaciones de muy diversa índole⁵.

En el *ámbito de la UE* los Estados han adoptado diferentes soluciones jurídicas que, en su mayoría, niegan carácter vinculante a los contratos de gestación subrogada. De entre los 27 Estados que conforman la UE, en la actualidad, la gestación subrogada está prohibida en 15 Estados⁶ (Alemania, Austria, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, República Checa y Suecia); está permitida, bien por regulación expresa o por ausencia de prohibición, en 11 Estados⁷ (Bélgica, Chipre, Eslovaquia, Estonia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Rumanía); y, en Portugal, la regulación adop-

² MARTÍNEZ CHAVES, D., «Turismo médico: generalidades para su comprensión integral», *Anuario Turismo y Sociedad*, núm. 19 (2016), pp. 58-73.

³ RAMÍREZ DE ARELLANO, A., «Patients without borders: the emergence of medical tourism international», *Journal of Health Services*, núm. 37 (2007), p. 193.

⁴ DEONANDAN, R., GREEN, S., VAN BEINUM, A., «Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism», *Journal of Medical Ethics*, núm. 38 (2012), p. 742.

⁵ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, núm. 2 (octubre 2015), p. 48.

⁶ TEERING COMMITTEE OF BIOETHICS (CDBI), «Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on right to know about their origin for children born after MAP». Council of Europe. Strasbourg, 2012.

⁷ *Ibidem*.

tada ha sido parcialmente declarada inconstitucional al entender el Alto Tribunal portugués que resultan inadmisibles y, por tanto, deben eliminarse del ordenamiento, los siguientes aspectos: la irrevocabilidad del consentimiento de la gestante, que lleva aparejada la renuncia a la filiación del hijo que va a gestar; la posibilidad de incluir en el contrato cláusulas relativas al comportamiento de la gestante durante el proceso, vulneradoras de sus derechos más elementales; y el anonimato del donante de gametos⁸.

En el *ámbito del Consejo de Europa* el estudio realizado por el TEDH en 35 países sobre la regulación de esta figura, con ocasión de la Opinión Consultiva de 10 de abril de 2019, planteada por la Corte de Casación francesa el 12 de octubre de 2018, en el caso *Labassee vs. Francia*, arrojó el siguiente resultado. En 15 Estados se han regulado prohibiciones específicas (Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Francia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía). En 10 Estados no se ha adoptado regulación, pero la gestación subrogada está prohibida en virtud de disposiciones generales (Andorra, Hungría, Bosnia-Herzegovina, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y San Marino). Cuatro Estados no han adoptado regulación específica, pero parecen tolerarla (Bélgica, República Checa, Luxemburgo y Polonia). En cinco Estados está regulada y autorizada cuando tiene carácter altruista (Albania, Grecia, Países Bajos, Portugal y Reino Unido). En tres países está regulada y autorizada incluyendo la que tiene naturaleza lucrativa (Rusia, Ucrania y Georgia). En 13 Estados es posible que los padres de intención, a través de algún procedimiento, obtengan el reconocimiento del vínculo de filiación con un niño nacido de una gestación subrogada concertada al amparo de legislación extranjera (Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Países Bajos, República Checa, Reino Unido, Rusia, Eslovenia e Irlanda). En 13 Estados es posible obtener el reconocimiento del vínculo de filiación con un niño nacido de una gestación subrogada concertada al amparo de legislación extranjera, si se acredita que el padre de intención es el padre biológico (Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Finlandia, Islandia, Italia, Malta, Polonia, San Marino, Suecia, Suiza, Luxemburgo). Y en nueve Estados no se contempla siquiera esta última posibilidad (Turquía, Bosnia-Herzegovina, Serbia, Letonia, Lituania, Moldavia, Mónaco, Montenegro y Rumanía).

⁸ Acórdão núm. 225/2018, de 7 de maio do Tribunal Constitucional português (plenário).

La diferencia entre las regulaciones adoptadas, permite clasificar a los Estados en cuatro grupos⁹. En un primer grupo se incluirían los Estados que han introducido en su legislación una prohibición expresa del recurso a la gestación subrogada como práctica reproductiva (p. e. España, Alemania, Turquía, Italia y Francia). Entre estas regulaciones se observan algunas más permisivas (p. ej. España), que se limitan a considerar la infracción de la prohibición como un mero ilícito civil y sancionan cualquier tipo de acuerdo sobre este asunto con la nulidad de pleno derecho y la determinación de la filiación materna por el parto. Y otras mucho más estrictas (p. ej. Italia, Francia) que prevén la imposición de sanciones pecuniarias e incluso penas privativas de libertad que podrán ser de aplicación a todos los sujetos intervinientes (incluyendo gestante y padres de intención, caso de Italia), o tan sólo a los facultativos que faciliten la práctica y/o a los intermediarios que intervengan en el proceso (caso de Francia). En un segundo grupo se incluirían los Estados que no han incluido expresamente en sus ordenamientos jurídicos previsiones (de prohibición o aceptación) referidas la figura de la gestación subrogada (Bélgica, Austria). En un tercer grupo se incluirían los Estados que aceptan y han regulado el recurso a la gestación subrogada. Distinguiéndose entre estos últimos los Estados que la consienten en un sentido estricto (parcial y altruista sujeta al cumplimiento de requisitos taxativos caso de Reino Unido, Portugal y Grecia); los que la consienten con mayor amplitud (parcial y altruista o lucrativa, caso de Rusia y Georgia); y los que la consienten en su sentido más amplio incluyendo la posibilidad de seleccionar el sexo del bebé (parcial o plena y altruista o lucrativa, caso de Ucrania). En el cuarto y último grupo se incluirían los Estados que reconocen efectos a los acuerdos de gestación concertados en el extranjero (caso de España, Francia e Italia).

Fuera del marco regional europeo existen Estados que cuentan incluso con normativas divergentes dentro de su propio territorio.

En *Canadá*, la gestación subrogada parcial está expresamente autorizada conforme al art. 6 del *Acta de Reproducción Humana Asistida*¹⁰, siempre que sea altruista y la gestante supere los veintiún años de edad. No obstante, está permitido el resarcimiento de la gestante en los supuestos de riesgo durante el embarazo que le impidan el desarrollo de su actividad laboral, y el reembolso de

⁹ BUSARDO, F. P. *et al.*, «The evolution of legislation in the field of Medically Assisted Reproduction and embryo stem cell research in European union members», *op. cit.*, pp. 319-326.

¹⁰ *Assisted Human Reproduction Act of Canada* (S. C. 2004, c. 2).

los gastos directamente relacionados con el embarazo y el parto. Sin embargo esta legislación está sujeta a control por parte de las provincias. En este sentido, el *Acta número 28 del año 2016* aprobada por la asamblea legislativa de Ontario¹¹, limita la eficacia de los acuerdos de gestación subrogada dentro de su territorio al establecer que no desplegarán efectos vinculantes para las partes.

En *EEUU*¹² la gestación subrogada está expresamente permitida y, por tanto, regulada en Arkansas, California, Florida, Minnesota, Nueva Jersey, Nuevo Hampshire e Illinois; está expresamente prohibida en Arizona, Michigan Utah, Nueva York y Washington; y se encuentra en una situación de penumbra en Alaska, Colorado y Montana, puesto que no tienen una legislación clara al respecto. Para determinar la normativa que será de aplicación al convenio de gestación subrogada, habrá que tener en cuenta el Estado en que se suscriba, el Estado de residencia de la madre subrogada y, finalmente, el lugar en que tenga lugar el alumbramiento. En todo caso, los Tribunales de cualquier Estado tienen competencia para ratificar un acuerdo de gestación subrogada, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso y, especialmente al interés superior del menor, y reconocer la filiación a favor de los padres de intención a todos los efectos, incluyendo su nombre en el certificado de nacimiento del menor¹³.

En *México* sólo cuatro territorios han abordado la regulación de la gestación subrogada o de alguno de sus aspectos. El Estado de Tabasco, solo se permite la gestación subrogada altruista para parejas heterosexuales; en el Estado de Sinaloa, solo se permite la gestación subrogada a parejas heterosexuales diagnosticadas de incapacidad gestacional; en los Estados de Coahuila y Querétaro la gestación subrogada está expresamente prohibida; y en Distrito Federal se está debatiendo una propuesta de ley que tiene por objeto asegurar los derechos de filiación de los padres intencionales.

En *Australia* la gestación subrogada, en cuanto práctica reproductiva, está regulada tanto a nivel federal como a nivel de cada uno de sus Estados¹⁴.

¹¹ *Bill 28, All Families Are Equal Act (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment)*, 2016.

¹² ALKORTA IDIAKEZ, I., «Regulación jurídica de la medicina reproductiva en Norteamérica o el salvaje oeste de la medicina», *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 18 (2003), pp. 23-41.

¹³ DANA, A. R., «The State of Surrogacy Laws: Determining Legal Parentage for Gay Fathers», *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 18, Durham (EEUU) (2011), p. 355.

¹⁴ KEYES, M., «2. Australia», en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (coords.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013, pp. 43-63.

Con carácter general, está prohibida la gestación subrogada plena y la que se ejerce a título lucrativo o de carácter comercial. La modalidad parcial y altruista es legal en seis Estados (Queensland, Nueva Gales del Sur, Tasmania, Australia Meridional, Australia Occidental y Victoria) y en el Territorio de la Capital Australiana. En el Estado del Territorio del Norte no existe regulación específica, y por tanto, no se incluye su prohibición en el Código de familia.

Estas diferencias en el marco regulatorio son las que, como ya se ha avanzado en la introducción de este apartado, han convertido a la gestación subrogada en un fenómeno transnacional, como consecuencia de la generalización del «turismo reproductivo», que ha impactado de forma distinta en los ordenamientos de los Estados. Los países exportadores de padres de intención, han tenido que afrontar los problemas jurídicos derivados del reconocimiento de los efectos inherentes a los acuerdos de gestación concertados conforme a legislación extranjera, cuando su derecho interno tiene prohibida la práctica o no la tiene regulada. Y los países proveedores de gestantes, han tenido que hacer frente a vacíos legales o legislaciones demasiado permisivas que promovieron un negocio muy lucrativo a costa de la salud y la restricción de derechos de sus nacionales, las gestantes subrogadas, y los convirtieron en lo que se ha calificado como «Estados-incubadora»¹⁵.

II.2. *La elusión del derecho interno: eclosión del turismo reproductivo internacional*

La legalización de la gestación subrogada en condiciones restringidas y garantistas para las mujeres gestantes (línea seguida por Reino Unido y Grecia y, posteriormente, por Portugal), y la tendencia al reconocimiento de efectos a los contratos de gestación subrogada suscritos conforme a legislación extranjera (camino señalado por el TEDH¹⁶, y seguido por Francia, España e Italia), ha generado un incremento de la demanda de gestantes para la que no existe

¹⁵ ALBERT, M., «La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución», *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 2 (2017), p. 193.

¹⁶ Casos *Mennesson vs. Francia* (Rec. 65192/2011) y *Labassee vs. Francia* (Rec. 65941/2011), en Sentencias TEDH de 26 de junio de 2014 (Secc. 5ª); y caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia* (Rec. 25358/2012), en Sentencia de 24 de enero de 2017 (TEDH, Gran Sala).

oferta interna o esta no es admisible. Esta situación ha promovido la búsqueda y contratación de gestantes en Estados con una legislación menos estricta, y condiciones más favorables para los padres de intención; y ha favorecido la eclosión del turismo reproductivo como fenómeno global¹⁷. El turismo reproductivo se manifiesta cuando ciudadanos que residen en un país se desplazan a otro con el único objetivo de acceder a una determinada técnica de reproducción asistida¹⁸: bien porque el tratamiento en cuestión está prohibido en su lugar de residencia; bien porque el Estado al que se viaja lo proporciona con mayor celeridad, mejores garantías y/o menor coste; o bien porque su acceso en el lugar de destino no está condicionado al cumplimiento de determinados requisitos.

Ante esta nueva circunstancia los Estados pueden clasificarse en dos grupos: Estados exportadores de padres de intención y Estados proveedores de gestantes subrogadas. Esta realidad fue percibida y descrita por el Juez DEVOD al formular su Voto concurrente a la Sentencia de 24 de enero de 2017 dictada por el TEDH (Gran Sala), en el caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia*¹⁹, al señalar que el panorama internacional de la gestación subrogada ofrece dos cuestiones: en primer lugar, una división del mundo entre países de padres intencionales y países de madres portadoras; y en segundo lugar, que esa división del mundo coincide exactamente con la que existe entre países desarrollados (que son los países de padres intencionales) y países en vías de desarrollo (que son los países de madres portadoras).

España, en el marco de este turismo reproductivo internacional, se ha perfilado como un «país de destino» que propicia el acceso a la reproducción artificial por varias razones: en primer lugar, porque la legislación española es una de las más permisivas del mundo, al contemplar la práctica totalidad de las técnicas posibles con excepción de la gestación subrogada y la selec-

¹⁷ ALBERT, M., «La explotación reproductiva de mujeres...», *op. cit.*, p. 187.

¹⁸ DAVIES, T., «Cross-Border Reproductive Care: Quality and Safety Challenges for the regulator», *Fertility & Sterility*, núm. 94 (enero 2010), pp. 20-22; y LAMM, E., «Gestación por sustitución: realidad y derecho», *INDRET Revista para el Análisis del Derecho* (marzo 2012), p. 21.

¹⁹ STEDH de 24 de enero de 2017 (Gran Sala), caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia* (Rec. 25358/2012). Realiza un comentario sobre el Voto particular MOLINA NAVARRETE, C. «El TEDH no da ‘cheques en blanco’ a los padres intencionales es legítimo que el Estado evite la ‘maternidad subrogada de facto’ (Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, demanda núm. 25358/2012)», en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 408 (2017), pp. 121-134.

ción del sexo²⁰; en segundo lugar, porque los costes de acceso a las técnicas son sensiblemente inferiores a los que presentan los países del entorno; y, en tercer lugar, porque la calidad de los centros que se dedican a esta clínica es muy alta. El Estado español se ha convertido así en el destino preferido de las parejas extranjeras que necesitan recurrir a la donación de gametos o embriones, especialmente por parte de ciudadanos procedentes del Reino Unido, Alemania, Austria y Suiza, donde la identidad de los donantes no es anónima, y de Italia, donde está prohibida la fecundación heteróloga. No obstante, la ineficacia civil inherente a los contratos de gestación subrogada en el Derecho español²¹, hace atractivos para los ciudadanos españoles otros países como EEUU, India, México, Rusia y Ucrania donde la gestación subrogada es una práctica consentida y regulada. En este ámbito del turismo reproductivo, España se ha convertido en país exportador de padres de intención²².

El turismo reproductivo se practica ya a escala mundial y plantea numerosas cuestiones de distinto calado. Desde una perspectiva ética y jurídica resultan especialmente preocupantes los siguientes aspectos: su restricción a las personas que tienen medios económicos elevados; la imposibilidad de realizar un control global sobre la calidad y seguridad de los servicios ofrecidos que garantice la salud de las gestantes subrogadas; el riesgo de explotación de las mujeres en situación de vulnerabilidad; y la constatación de una realidad innegable: los avances en la medicina reproductiva han convertido hoy la procreación en un objeto de comercio que genera una importante cifra de negocio. El debate sobre esta realidad no se ha hecho esperar, coexistiendo,

²⁰ La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LRHA) fue calificada «como la más permisiva de toda Europa y una de las más permisivas del mundo». GERMÁN ZURRIARÁN, R., «La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en España de la Ley 35/1988 a las Leyes 14/2006 y 14/2007», *Cuadernos de Bioética*, núm. 20 (2009), pp. 155-182.

²¹ El legislador español estableció en 1988, y reiteró en 2006, que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales» (art. 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre de 1988 y art. 10 de la Ley 14/2006, de 22 de mayo, ambas sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida).

²² FARNÓS AMORÓS, E., «European Society of Human Reproduction and Embryology» (26 Annual Meeting, Roma, Junio 2010), *INDRET Revista para el Análisis del Derecho*, marzo 2010, pp. 27-29.

al respecto, posiciones muy polarizadas²³: en un extremo se encuentran los que abogan por la prohibición de este turismo y promueven que el acceso a las técnicas quede restringido a los nacionales y residentes de cada Estado; y, en el extremo contrario, los que defienden una armonización de las legislaciones nacionales que haga posible el ejercicio de un nuevo derecho en el ámbito internacional: el Derecho a la procreación como aspecto integrante de los Derechos reproductivos, entendidos éstos como un compendio de Derechos humanos.

II.3. *La repercusión en los países en vías de desarrollo: vulnerabilidad y ausencia de protección jurídica para la gestante subrogada*

Como ya se ha señalado en el apartado anterior, ante el fenómeno del turismo internacional que tiene por objeto el recurso a la gestación subrogada, se distinguen con nitidez los Estados que generan padres intencionales (desarrollados) de los Estados que suministran gestantes subrogadas (en vías de desarrollo). Entre estos últimos merece una reflexión el impacto que la gestación subrogada ha desplegado en el seno de sus sociedades.

Durante años, *India*, se convirtió en destino prioritario para todas aquellas personas que procedentes de cualquier lugar del mundo estaban interesadas en contratar una gestante. Al principio al amparo de un vacío legal, y más tarde gracias a una permisiva Ley de Reproducción Humana Asistida aprobada en 2010, que otorgaba plena validez a los acuerdos de gestación subrogada. En el año 2012 el *Centre for Social Research* en India, hizo público un estudio titulado «*Surrogate Motherhood Ethical or Commercial*»²⁴, basado en entrevistas realizadas a gestantes subrogadas, padres intencionales y otras personas intervinientes en el proceso. El informe extrajo las siguientes conclusiones: en primer lugar, que las gestantes subrogadas carecían en su mayoría de formación, y casi todas declaraban haber aceptado el acuerdo debido a la pobreza en la que se encontraban ellas o sus familias; en segundo lugar, que las clínicas no habían facilitado a las gestantes subrogadas

²³ LAMM, E., «Gestación por sustitución: realidad y derecho», *op. cit.*, p. 22.

²⁴ El informe puede consultarse en <<https://csrindia.org/about-us/publications/research-studies>> [última consulta: 14/11/2022].

un consejo independiente, ni sobre los términos del contrato, ni sobre las vicisitudes del proceso, ni sobre las consecuencias para su salud; y en tercer lugar, que la mayoría de los contratos no se suscribían hasta que había transcurrido el cuarto mes de gestación, y se había comprobado la viabilidad y buen desarrollo fetal. Tras la presentación y análisis de los datos, el informe concluyó que la gestación subrogada degrada el embarazo al convertirlo en un servicio, y degrada también al niño al convertirlo en un producto y someterlo a riesgos concretos. A título de ejemplo se describían casos de rechazo por parte de los padres de intención, y se relataba con detalle el caso de una pareja que había sido detenida en el aeropuerto tras intentar cerrar un acuerdo de gestación subrogada con el único objeto de obtener un niño que fuese compatible con el hijo enfermo que tenían para garantizar así el éxito de un futuro trasplante de órganos. En su apartado final el informe aconsejaba prohibir la comercialización de la gestación subrogada para impedir que se convirtiese en una forma de vida habitual para las mujeres indias. Ese mismo año el Ministerio de Asuntos Exteriores publicó una orden exigiendo visado médico a las personas que quisiesen entrar en India para concertar una gestación subrogada. Los interesados, además, debían acreditar que la gestación subrogada era una práctica legal o reconocida en su país de origen, y que los niños accederían sin inconvenientes al Registro Civil para constituir el vínculo de filiación. En el año 2015 se produjo un cambio legislativo que marcó el inicio del fin de la gestación subrogada en India para extranjeros, al restringirse la formalización de los acuerdos de gestación subrogada a los matrimonios heterosexuales manteniéndose los mismos requisitos: visado médico, y acreditación de la legalidad de la práctica o su reconocimiento en el país de procedencia. Tras la aprobación de la vigente Ley el 21 de noviembre de 2016 (*Surrogacy Regulation Bill*), India ha endurecido su regulación todavía más, y sólo permite ya la formalización de acuerdos altruista de gestación subrogada a favor de matrimonios indios que acrediten problemas de fertilidad.

El camino marcado por India ha sido seguido por otros países asiáticos como Tailandia y Camboya.

Hasta el año 2015 *Tailandia* carecía de regulación en materia de gestación subrogada. Este vacío legal fue aprovechado por clínicas especializadas y agencias de intermediación hasta el punto que el Consejo Médico de Tailandia llegó a reconocer la existencia de más de 100 clínicas de reproducción asistida y confirmó que, sólo en el año 2010, habían nacido 1.000 niños por gestación subrogada. Tras dos escándalos que dieron la vuelta al mundo, el

caso conocido como *Baby Gammy*²⁵ y el del joven millonario japonés *Mitsutoki Shigeta*²⁶, Tailandia inició un proceso para regular la gestación subrogada que culminó con la aprobación de la legislación actual el 19 de febrero de 2015. Desde su entrada en vigor, el 30 de julio de 2015, los acuerdos de gestación subrogada sólo se autorizan en modalidad altruista, y pueden suscribirse a favor de matrimonios heterosexuales que acrediten incapacidad clínica para gestar, cuando al menos uno de los miembros del matrimonio sea de nacionalidad tailandesa.

Tras India y Tailandia, los servicios de gestación subrogada llegaron a *Camboya* en 2014 de la mano de las agencias de intermediación. El 4 de noviembre de 2016 el Ministerio de Sanidad aprobó una orden que prohibió la maternidad subrogada en el país al establecer que «cualquier servicio de subrogación que esté acompañado con tecnología de reproducción asistida está estrictamente prohibido». La orden ministerial no estableció sanciones para las infracciones y la gestación subrogada se trasladó a la ilegalidad quedando controlada por las mafias²⁷.

La generalización de las restricciones en el sudeste asiático a partir del año 2012, obligó a las agencias de intermediación a explorar otros mercados de gestantes con condiciones favorables para los padres de intención. El

²⁵ Una pareja australiana subrogó el útero de una mujer tailandesa. A los siete meses de embarazo se descubrió que la mujer llevaba mellizos, un niño y una niña, y que el niño padecía síndrome de Down. Al enterarse, la pareja coaccionó a la gestante para que se sometiese a una reducción embrionaria del feto enfermo y ella se negó por razones de conciencia. Tras el nacimiento de los mellizos en diciembre de 2013, la pareja australiana se llevó a la niña y dejó al niño, mundialmente famoso como *Baby Gammy*, con su madre biológica.

²⁶ En agosto de 2014 se descubrieron ocho bebés que permanecían en un apartamento de lujo en Bangkok a cargo de niñeras y que habían sido concebidos con el esperma de este joven de 24 años, que en total tenía entre 12 y 16 hijos obtenidos por subrogación uterina, y que pretendía llegar a tener por esta vía tantos como pudiera. *Interpol opens probe as Thai police ID 'baby factory' dad* (2014) y *Japanese Millionaire Mitsutoki Shigeta Awarded Custody* (2015).

²⁷ «Más de 30 mujeres gestantes en Camboya son detenidas y obligadas a criar a los niños que gestaban», *La Vanguardia*. La noticia puede consultarse en <<https://www.lavanguardia.com/cribeo/estilo-de-vida/20190208/47432659856/mas-de-30-mujeres-gestantes-en-camboya-son-detenidas-y-obligadas-a-criar-a-los-ninos-que-gestaban.html>> [última consulta: 14/11/2022]. «China y su negocio de vientres de alquiler ilegales en Camboya». La noticia puede consultarse en [<https://iberoeconomia.es/internacional/china-y-su-negocio-de-vientres-de-alquiler-ilegales-en-camboya>] Fecha última consulta 14.11.2022. «Liberadas 32 mujeres detenidas en Camboya por tráfico de personas por ejercer de madres subrogadas». La noticia puede consultarse en <<https://www.europapress.es/internacional/noticia-liberadas-32-mujeres-detenidas-camboya-trafico-personas-ejercer-madres-subrogadas-20181206143313.html>> [última consulta: 14/11/2022].

destino escogido fue el Estado de *Tabasco (México)*, puesto que desde 1997 su Código civil permitía la gestación subrogada en todas sus modalidades (incluyendo donante de óvulos caucásica y selección de sexo). El incremento de los acuerdos de gestación subrogada suscritos en los años 2013 y 2014 fue tan grande que provocó el tránsito de gestantes que se desplazaban a Tabasco desde otros Estados (principalmente desde Quintana Roo – Cancún). El nuevo mercado, mucho más competitivo que el estadounidense, convirtió a México en el «nuevo paraíso» de la gestación subrogada. Ante la preocupación de que las jóvenes mexicanas percibiesen los acuerdos de gestación subrogada como un modo o un estilo de vida, el 13 de enero de 2016 se aprobó el Decreto 265 que modificó el art. 380 bis 5 del Código civil, e introdujo como requisito de validez de los acuerdos de gestación subrogada que se suscriban entre nacionales mexicanos. Tras este cambio legislativo, los extranjeros ya no pueden formalizar legalmente acuerdos de gestación subrogada en ningún Estado de México. Como destaca ALBERT, la entrada en vigor de la nueva regulación, sin establecer un régimen transitorio, generó un intenso debate en la sociedad mexicana en torno al sufrimiento emocional de los padres de intención y la incertidumbre de los acuerdos en curso (destino de los niños), pero nunca se abordó con profundidad, ni se reflexionó suficientemente, sobre las razones que llevaron a las gestantes mexicanas a comercializar sus cuerpos²⁸.

III. LA DIGNIDAD HUMANA COMO LÍMITE JURÍDICO

La dignidad humana es una realidad reconocida universalmente²⁹, que constituye un valor intrínseco de la persona, derivado de una serie de rasgos que la hacen única e irreplicable, lo que se traduce jurídicamente en el respeto mínimo a la condición de ser humano: única cualidad común inherente a toda persona³⁰. Esta idea de dignidad, que tiene su origen en el cristianismo³¹, se ha

²⁸ ALBERT, M., «La explotación reproductiva de mujeres...», *op. cit.*, p. 193.

²⁹ MARTÍNEZ MORÁN, N., «La dignidad de la persona ante el desafío de la biotecnología», *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 1, núm. 1 (2008), p. 161.

³⁰ D'AGOSTINO, F., «La dignidad humana, tema bioético», en GONZÁLEZ, A. M.; POSTIGO, E. y AULESTIARTE, S. (coords.), *Vivir y morir con dignidad*, Eunsa, Pamplona, 2002, p. 27.

³¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid, 2003, pp. 27 a 33.

configurado a lo largo del tiempo como una «conciencia jurídica general»³² del mundo occidental y ocupa el papel que había desempeñado tradicionalmente el Derecho natural, entendido como fundamento ontológico del derecho. En el ámbito jurídico se conjuga con otros conceptos como la libertad y la igualdad que, en su conjunto, integran los valores superiores que impregnan los ordenamientos jurídicos.

La dignidad se manifiesta en una doble vertiente³³: autónoma y transversal. El máximo nivel de reconocimiento de su vertiente autónoma la configura como un derecho fundamental, que ha sido reconocido de forma expresa por Alemania y Suiza³⁴. Su carácter transversal implica que, en el ejercicio de otros derechos, se aprecia una dimensión de la dignidad cuya transgresión puede ser motivo de violación del derecho en sí mismo; y se proyecta en la interpretación de los Derechos fundamentales (caso del ordenamiento constitucional español).

En los campos de la biomedicina y la biotecnología, el respeto a la dignidad humana debe presidir todas las decisiones que se adopten y todas las actuaciones que se ejecuten, puesto que determina lo que es éticamente posible³⁵. Este respeto se concreta en el principio de no instrumentalización del ser humano (incluyendo la no comercialización de sus partes)³⁶, y está estrechamente vinculado a la libertad de la persona (autonomía) y a la protección de su intimidad³⁷. Esta vinculación permite la integración de su doble dimensión³⁸: la dignidad como facultad (aspecto subjetivo), que reconoce a la persona capacidad para actuar y conformar su propia realidad en razón de sus principios y opciones; y la dignidad como límite (aspecto objetivo), que conforma una doble restricción: el límite que los Estados no pueden sobrepasar ni vulnerar (la dignidad como derecho inderogable), y el límite al ejercicio de la propia facultad de cada persona (la dignidad como instrumento de tutela de principios, derechos y bienes jurídicos protegidos).

³² LARENZ utiliza esta expresión para referirse a los principios ético-jurídicos. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 418.

³³ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 19 y 20.

³⁴ ROMEO CASABONA, C. M., «La Genética y la Biotecnología en las fronteras del Derecho», *Acta Bioethica*, año VII, núm. 2 (2002), p. 295.

³⁵ MARTÍNEZ MORÁN, N., «La dignidad de la persona...», *op. cit.*, p. 165.

³⁶ APARISI MIRALLES, A., «Genoma humano, dignidad y derecho», *Derecho y Salud*, vol. 10, núm. 1 (2002), p. 100.

³⁷ ANDORNO, R., *Bioética y dignidad humana*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 46.

³⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, *op. cit.*, pp. 31-33.

III.1. *Aproximación a la dignidad humana como principio jurídico*

Desde una perspectiva filosófica y religiosa el concepto dignidad humana posee una larga trayectoria histórica. No obstante, desde un punto de vista jurídico tiene menos recorrido, porque no fue expresamente reconocido hasta mediados del siglo XX. La *Carta de las Naciones Unidas* (1945) y la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948) consagraron este principio, reconociéndolo como fundamento último de los Derechos humanos³⁹ y atribuyéndolo, expresamente, a todos los seres humanos⁴⁰. En esta misma línea la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (2000), sostiene que «la dignidad humana es inviolable» y «será respetada y protegida» (art. 1).

La dignidad humana también ha sido reconocida a nivel constitucional como un principio fundamental⁴¹. En este sentido, la Constitución española dispone que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes [...] son fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10). Y el Tribunal Constitucional español la ha considerado un «valor jurídico fundamental»⁴² y «pórtico de los demás valores o principios allí consagrados»⁴³. En palabras de JIMÉNEZ DE PARGA «se trata del principio fundamental último del ordenamiento jurídico español»⁴⁴. En esta misma línea, la Constitución alemana otorga a la dignidad humana un lugar prioritario al establecer que «la dignidad del hombre es inviolable», y que «respetarla y protegerla constituye una obligación de todo poder del Estado» (art. 1). Y en términos semejantes se pronuncian, entre otras, las Constituciones italiana y portuguesa.

La dignidad humana como principio ético-jurídico⁴⁵ es el fundamento último del orden social, moral y jurídico y, en consecuencia, un absoluto axioló-

³⁹ GLENDON, M. A., «La soportable levedad de la dignidad», *Persona y Derecho*, núm. 67-2 (2012), pp. 253-262.

⁴⁰ BALLESTEROS, J., «Exigencias de la dignidad humana en Biojurídica», en BALLESTEROS, J. y APARISI, A. (coords.), *Biotechnología, dignidad y derecho, bases para un diálogo*, Instituto de Derechos Humanos, Eunsa, Pamplona, 2004, p. 123.

⁴¹ GARCÍA CUADRADO, A. M., «Problemas constitucionales de la dignidad de la persona», *Persona y Derecho*, núm. 67 (2012), pp. 449 y ss.

⁴² STC 53/1985, de 11 de abril, que resolvió el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la modificación del Código penal para despenalizar el aborto en determinados supuestos (FJ 2).

⁴³ STC 116/1999, de 17 de junio que resolvió el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Reproducción Humana Asistida (FJ 12).

⁴⁴ JIMÉNEZ DE PARGA, M., «La refundamentación del ordenamiento jurídico», *Persona y Derecho*, núm. 44 (2001), p. 17.

⁴⁵ GARCÍA CUADRADO, A. M., «Problemas constitucionales de la dignidad de la persona», *op. cit.*, pp. 456 y ss.

gico que, en palabras de ROBLES, «no puede ser ignorado bajo ningún pretexto por tratarse del principio jurídico por excelencia»⁴⁶. En términos generales, la dignidad de la persona remite a una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de seres, con independencia del modo de comportarse⁴⁷. Al respecto MILLÁN-PUELLES sostiene que la dignidad que todo hombre tiene por el hecho de serlo, constituye una determinación axiológica formal, independiente de los contenidos de la conducta y, por consiguiente, remite al valor en sí que tiene la persona humana⁴⁸.

Invocar el principio de la dignidad humana implica asumir una distinción básica para el derecho, la existente entre personas y cosas (sujetos y objetos), e impone una exigencia de trato completamente distinta⁴⁹. Como señala D'AGOSTINO, «es un hecho que en nuestro tiempo actúa una conciencia colectiva que percibe que la subjetividad humana no puede ser cosificada, porque ser sujetos lleva consigo una identidad que no admite equivalentes funcionales»⁵⁰. Por ello, mientras los objetos pueden emplearse como medios al servicio de determinados fines, la persona, conforme a su dignidad, sólo debe ser considerada y tratada como un fin en sí misma (respeto incondicionado)⁵¹. De ahí se deriva la exigencia ética y jurídica de no instrumentalizarla para alcanzar fines que le son ajenos.

Procede recordar también que la fundamentación de la dignidad es ontológica, inherente a la persona. Por ello, no se sustenta en aquellas manifestaciones o facultades de la persona, que se pueden poseer o no en un momento dado⁵² (racionalidad humana, sensibilidad, capacidad, independencia, autonomía, etc.); ni tampoco se manifiesta en una sola dimensión de la persona (p. e. espiritual y no corporal) ya que, en ese caso, se caería en un evidente dualismo⁵³. Se entiende, pues, que la dignidad impregna todo el organismo humano en su conjunto (unidad sustancial entre cuerpo, espíritu, razón, emo-

⁴⁶ ROBLES, G., «El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE)», en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad*, Universidad de Alcalá, 1995, p. 56.

⁴⁷ La dignidad relativa al modo de actuar suele designarse como dignidad moral. GARCÍA CUADRADO, A. M., «Problemas constitucionales de la dignidad de la persona», *op. cit.*, p. 460.

⁴⁸ MILLÁN-PUELLES, A., *Sobre el hombre y la sociedad*, Rialp, Madrid, 1976, p. 98.

⁴⁹ APARISI MIRALLES, A., «Maternidad subrogada y dignidad de la mujer», *op. cit.*, p. 167.

⁵⁰ D'AGOSTINO, F., «La dignidad humana, tema bioético», *op. cit.*, p. 27.

⁵¹ APARISI MIRALLES, A., «Maternidad subrogada y dignidad de la mujer», *op. cit.*, p. 167.

⁵² MARTÍNEZ MORÁN, N., «La dignidad de la persona ante el desafío de la biotecnología», *op. cit.*, p. 164.

⁵³ APARISI MIRALLES, A., «El principio de la dignidad...», *op. cit.*, pp. 210-212.

ciones, capacidades, habilidades, etc.) incluyendo sus expresiones somáticas⁵⁴. En consecuencia, el ser humano es digno por sí mismo, y no sólo en razón de su conciencia, racionalidad, capacidad o autonomía; y esta diferencia tiene una gran trascendencia en el ámbito del bioderecho: la dignidad se extiende a la naturaleza corporal del ser humano (su cuerpo y todas sus funciones)⁵⁵. Por consiguiente, no hay respeto a la persona sin respeto a su dimensión corporal y a las funciones que le son inherentes (naturaleza física)⁵⁶.

III.2. *Aproximación a la dignidad humana como presupuesto necesario en el ámbito del bioderecho*

El reconocimiento que se otorga a la dignidad humana en los textos nacionales y supranacionales ha tenido reflejo en los ámbitos de la bioética y el bioderecho y, por tanto, en las aplicaciones y usos de la tecnología reproductiva (incluyendo la gestación subrogada).

En este sentido, los instrumentos jurídicos que han versado sobre la materia, consideran la dignidad humana como fundamento de sus principios y normas (derechos y deberes). El *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina*, del Consejo de Europa (1997), asume explícitamente el «Principio de la dignidad humana» como presupuesto de todas sus disposiciones (el punto 9 de su Informe Aclaratorio afirma que el concepto de dignidad humana «constituye el valor esencial que debe sostenerse y se encuentra en la base de la mayoría de los valores prioritarios del Convenio»)⁵⁷. En sentido similar se pronuncian las Declaraciones aprobadas por la Unesco. Así, la *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos* (1999), comienza con un Capítulo titulado «La dignidad humana y el genoma humano». Y sigue también esta línea la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos* (2005).

El 17 de diciembre de 2015, el Parlamento Europeo aprobó por Resolución el *Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el mundo de*

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 209-210.

⁵⁵ GONZÁLEZ, A. M., «La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica. Concepciones de la dignidad», *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, *op. cit.*, pp. 17-18.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 41.

⁵⁷ Para D'AGOSTINO, parece lícito elevar la dignidad humana «al papel de único, posible y auténtico fundamento de una bioética europea». D'AGOSTINO, F., «La dignidad humana, tema bioético», *op. cit.*, p. 23.

2014 y las políticas de la Unión Europea sobre esta materia (2015/2229-INI). En el capítulo dedicado a los derechos de las mujeres y las niñas, el párrafo 115 expresa: «[...] el Parlamento Europeo «condena la práctica de la subrogación (gestacional), que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas como un «commodity»; considera que la práctica de la gestación subrogada que involucra la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de otro orden, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, debe ser prohibida y tratada como un asunto de urgencia en los instrumentos internacionales de derechos humanos».

La dignidad humana se ha configurado a lo largo del tiempo como una «conciencia jurídica global»⁵⁸ y se ha entendido como raíz ontológica y fundamento último del derecho. Existiendo un amplio consenso sobre la aplicación de este enfoque al bioderecho, la realidad ha puesto de manifiesto la concurrencia de una gran discrepancia en su aplicación práctica. Sobre esta apreciación, algunos autores han concluido que una gran parte de la cultura jurídica occidental actual se está construyendo sobre una interpretación ambigua de su significado, que despliega cada vez menos eficacia en el campo jurídico⁵⁹.

Esta paradoja se evidencia, especialmente, en el ámbito de la gestación subrogada, y puede constatarse en los debates sociales, políticos y jurídicos existentes en torno al tema que, en gran medida, se convierten en discusiones sobre el significado de la dignidad humana. Es cierto que, en general, la mayor parte de los interlocutores aceptan el valor del principio, entendiendo el respeto a la dignidad humana como parámetro orientador de cualquier normativa jurídica, no obstante, su aplicación práctica suele ser divergente e, incluso, contradictoria⁶⁰.

Ante esta situación, algunos autores abogan por el rechazo, teórico y práctico, del propio principio y proponen su superación⁶¹. Otros entienden que el principio de la dignidad humana no es, en absoluto, un concepto vacío aunque se recurra con frecuencia al uso de esta expresión desde parámetros exclusivamente retóricos, ideológicos, utilitaristas o políticos⁶². APARISI MIRA-

⁵⁸ LARENZ utiliza esta expresión para referirse, en general, a los principios ético-jurídicos. LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 418.

⁵⁹ Por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, op. cit., pp. 19 y 20.

⁶⁰ MILLÁN-PUELLES, L., *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, Eunsa, Pamplona, 1996, p. 34.

⁶¹ HOERSTER, N., «Acerca del significado del principio de la dignidad humana», *En defensa del positivismo jurídico*, trad. J. M. Seña, Gedisa Editorial, Barcelona, 1992, p. 91.

⁶² MILLÁN-PUELLES, L., *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, op. cit., p. 41.

LLES⁶³ considera que, la cuestión de fondo no es si la fórmula dignidad humana está siendo, o no, correctamente utilizada, sino si existe una cualidad real en el ser humano que requiera un término lingüístico para su designación (el término podrá ser dignidad o cualquier otro); porque si existe tal realidad, no puede prescindirse de ella. Con base en esta posición, podría concluirse que la manipulación del concepto no priva, *per se*, a la dignidad humana de su trascendencia ontológico-jurídica y, por tanto, ante la confusión terminológica, lo más adecuado no sería prescindir del concepto sino profundizar en su significado.

La función principal del derecho es la distinción entre lo justo y lo injusto⁶⁴; en consecuencia el bioderecho debe atribuir a cada uno lo que le corresponde según su propio estatuto ontológico. El principio de la dignidad humana constituye la referencia de toda la actividad biomédica e implica un compromiso social, político, ético y jurídico con el ser humano⁶⁵. No obstante, en la actualidad, en el debate sobre el concepto de persona, se impone una tendencia que vincula el valor de la vida humana a la autonomía de la voluntad, a un determinado grado de desarrollo, y/o a unas condiciones psicofísicas mínimas (lo que se ha denominado «calidad de vida»)⁶⁶. Frente a esta visión reduccionista, la concepción ontológica de la dignidad sostiene que todo ser humano es valioso por lo que es, no por las capacidades, habilidades o cualidades que tiene⁶⁷.

III.3. *Proyección de la dignidad humana sobre la gestación subrogada*

Tomando como premisa previa la situación de vulnerabilidad inherente a la gestante subrogada, si aplicamos lo expuesto en los apartados anteriores, podemos concluir que la gestación subrogada contradice directamente las exigencias de la dignidad humana por dos motivos: en primer lugar, porque

⁶³ APARISI MIRALLES, A., «El principio de la dignidad humana...», *op. cit.*, pp. 204-205.

⁶⁴ GABALDÓN, J., «Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida», *Persona y Derecho*, 44 (2001), p. 135.

⁶⁵ Como destaca MARTÍNEZ MORÁN, «el respeto a la persona y el carácter inviolable de su dignidad son los límites infranqueables de la acción médica y constituyen la frontera insalvable de las investigaciones científicas así como de las técnicas de reproducción asistida». MARTÍNEZ MORÁN, N., «La dignidad de la persona...», *op. cit.*, p. 164.

⁶⁶ MARTÍNEZ MORÁN distingue dos tendencias la unitaria que defiende la sacralidad de la vida humana y la reduccionista que defiende la calidad de vida. MARTÍNEZ MORÁN, N., «La dignidad de la persona...», *op. cit.*, p. 159.

⁶⁷ ANDORNO, R., «Una aproximación a la bioética», *op. cit.*, p. 45.

convierte el cuerpo de la mujer en objeto de comercio, mercantiliza su función reproductiva, y cosifica su persona; y, en segundo lugar, porque en una situación de vulnerabilidad resulta muy difícil discernir si el consentimiento para la gestación subrogada prestado por la mujer, obedece al libre ejercicio de la autonomía de su voluntad, o a una situación de necesidad inherente a una posición de desigualdad.

III.3.1. Gestación subrogada, dignidad humana y vulnerabilidad de la mujer: conversión de su cuerpo en objeto de comercio, mercantilización de su función reproductiva, y cosificación de su persona

En la actualidad, los ordenamientos jurídicos que contemplan la gestación subrogada la regulan como un mero contrato entre las partes⁶⁸. El análisis de los acuerdos suscita más dudas que certezas.

La primera cuestión que se plantea hace referencia al objeto del contrato. El contenido de la obligación suele identificarse con la prestación de un «servicio gestacional»⁶⁹. Por consiguiente, el cuerpo de la mujer (con todas sus implicaciones inherentes: físicas, psíquicas y emocionales), se convierte en objeto de una transacción comercial⁷⁰ (retribuida o compensada) que conlleva la mercantilización de una función humana, la reproductiva⁷¹. Como ya se ha indicado, los sistemas jurídicos occidentales, desde el Derecho romano, se han apoyado en una distinción básica, la existente entre personas y cosas (v. apartado III.1). Sobre esta distinción el derecho ha entendido que, frente a la libre disposición de los objetos, los seres humanos (incluyendo el cuerpo, sus partes, y sus funciones), no pueden ser objeto de comercio. Con base en este argumento el contrato de gestación subrogada debería estar prohibido, como también se prohíbe la comercialización de órganos humanos proscribiendo su retribución o compensación.

⁶⁸ LÓPEZ PELÁEZ, P., «Aproximación jurídica al acuerdo de gestación subrogada (madres de alquiler) en el Derecho español», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Universidad de Valencia, 2008, pp. 661 y ss.

⁶⁹ LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, Á., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIII, núm. 2 (2012), pp. 258-259.

⁷⁰ VELA SÁNCHEZ, A., «La gestación subrogada desde el análisis económico del derecho», *Diario La Ley* núm. 32 (abril 2013), pp. 8-13.

⁷¹ LEONSEGUI GUILLOT, R. A., «La maternidad portadora, sustituta, subrogada, o de encargo», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 7 (1994), p. 321.

La segunda cuestión que se plantea es si la obligación adquirida por la gestante subrogada debe entenderse de resultado. ¿Las enfermedades, taras o discapacidades apreciables en el feto o el nacido ampararían, respectivamente, una coacción a la mujer para interrumpir el embarazo o una eventual negativa a la aceptación del bebé por parte de los padres de intención? ¿Puede limitarse la libertad de las gestantes en los actos cotidianos de su vida para garantizar el buen término del embarazo? Estas cuestiones se han puesto de manifiesto en numerosas situaciones y los padres de intención han visto refrendados sus argumentos en detrimento de los de las mujeres, especialmente en países con legislaciones laxas y poco garantistas con los derechos de las gestantes subrogadas⁷².

Y la tercera cuestión que se plantea, es la validez del consentimiento prestado por la futura gestante y el papel que juegan las agencias de intermediación. Con relación a este aspecto debe subrayarse que la expansión del negocio reproductivo a través de las agencias de intermediación puede incidir en la explotación de mujeres en situación de vulnerabilidad que se encuentren abocadas a gestar por encargo, por motivos estrictamente económicos. Con base en este argumento el contrato de gestación subrogada también debería estar prohibido, puesto que difícilmente puede garantizarse que el consentimiento prestado por la mujer obedece a un ejercicio de autonomía de la voluntad y no a una situación de necesidad.

Con el paso del tiempo se ha demostrado que la mayor parte de los acuerdos de gestación subrogada se suscriben por mujeres en situación de vulnerabilidad, principalmente, en contextos de precariedad económica⁷³; y que el grueso de gestaciones subrogadas se concierta en países en vías de desarrollo. Las gestaciones subrogadas llevadas a efecto en estos países conllevan, a mayores, un proceso de cosificación en detrimento de las gestantes subrogadas, que se proyecta en sus precarias condiciones de vida y en las estrictas (e inadmisibles) exigencias que normalmente se les imponen durante el embarazo⁷⁴. En países en vías de desarrollo las mujeres están especialmente desprotegidas ante la posible instrumentalización de su cuerpo, e incluso sometidas a la voluntad de los varones⁷⁵. Para entender el contexto en que se llevan a cabo estas tran-

⁷² Ver notas 26, 27 y 28.

⁷³ HOTTOIS, G., *El paradigma bioético. Una Ética para la Tecnociencia*, Anthropos, Barcelona, 1991 p. 75.

⁷⁴ RODRÍGUEZ PRIETO, F., «Gestación subrogada internacional», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 58 (2014), pp. 26-29

⁷⁵ HOTTOIS, G., *El paradigma bioético. Una Ética para la Tecnociencia*, op. cit., p. 75.

sacciones es importante tener en cuenta los siguientes parámetros⁷⁶: se limita completamente la libertad personal de las gestantes (son segregadas en las *baby farms* o centros para asegurar las condiciones del embarazo); se les impone la obligación de someterse a una cesárea para proteger la salud del niño de las posibles complicaciones del parto; se les impone la obligación de abortar fetos con malformaciones, o de someterse a una reducción embrionaria en el caso de un embarazo múltiple; se establece como causa de resolución del contrato que el nacido no sea hijo biológico de alguno de los padres de intención; y se les prohíbe toda relación con el futuro hijo y los padres de intención.

Dentro de la lógica de un capitalismo amoral en el que todo tiene un precio y, por tanto, todo se puede comprar y vender, la gestación subrogada se ha convertido en un negocio muy lucrativo, especialmente para las agencias intermediarias, que convierten a las mujeres en situación de vulnerabilidad, en meros productos. Esta mercantilización de la mujer y de sus funciones reproductivas no debería institucionalizarse mediante regulaciones estatales o supranacionales, salvo para prohibirse, puesto que atenta claramente contra la dignidad humana.

III.3.2. Gestación subrogada, dignidad humana y vulnerabilidad de la mujer: inexistencia de igualdad para la gestante subrogada y restricción de la autonomía de su voluntad

La realidad cotidiana de la gestación subrogada ha demostrado que las mujeres que se encuentran más expuestas a este tipo de práctica son las más vulnerables. De manera especial, las que pertenecen a contextos de bajo nivel socioeconómico y/o culturales con una tradición de subordinación de la mujer al varón. Ante la concurrencia de estas circunstancias, las mujeres se encuentran especialmente desprotegidas frente a una posible instrumentalización de su cuerpo y consiguiente utilización para fines ajenos⁷⁷.

Como señala PALAZZINI muchas feministas están en contra de la gestación subrogada como práctica lucrativa «ya que, además de convertir a la mujer en un objeto, conduce a una clara discriminación entre mujeres ricas y pobres, ejer-

⁷⁶ CAMBRÓN, A., «Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos», en CAMBRÓN, A. (coord.), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Trotta, Madrid, 2001, p. 203.

⁷⁷ LEONSEGUI GUILLOT, R. A. en «La maternidad portadora...», *op. cit.*, pp. 322-323.

citando una especie de coerción económica sobre la mujer más necesitada»⁷⁸. La gestación subrogada altruista también ha sido criticada, al convertir el papel femenino materno en lo que se ha denominado una «trampa compasiva»⁷⁹.

Ante este panorama, algunos autores han planteado la necesidad de constatar la autonomía real (no meramente formal) de la gestante subrogada, al entender que el acuerdo de subrogación se acepta basándose en una necesidad económica, y no en una decisión autónoma y plenamente libre⁸⁰. En este contexto, desde una perspectiva feminista, DONCHIN señala que la subrogación suele ser más una necesidad adaptativa que una decisión autónoma plenamente libre, lo que constituye una nueva forma de explotación de la mujer⁸¹. Por este motivo algunos autores defienden que habría que distinguir la capacidad de autodeterminación de las candidatas, en atención al contexto real en el que viven⁸² (p. ej. carecerían de capacidad las mujeres que habitan en un ámbito de pobreza absoluta en un país del tercer mundo y se consideraría que no existe vicio de la voluntad en el caso de una mujer europea o americana de clase media). Pese a todo, parece bastante complicado discernir entre voluntades plenamente libres y consentimientos viciados dado el propio contenido del acuerdo: gestar un hijo por encargo.

El carácter controvertido de esta cuestión ha sido determinante para que la mayor parte de la doctrina filosófica y jurídica europea se haya posicionado en una línea de rechazo a la admisibilidad de la gestación subrogada

Para el «humanismo de raíz cristiana», que tiene su reflejo en las declaraciones de derechos del hombre, la contratación del uso del propio cuerpo es contraria a la dignidad y a la naturaleza de la propia maternidad. Una de las tesis más invocadas en contra de la validez de los acuerdos de gestación subrogada es la que considera que los vínculos que se crean durante la gestación y el parto, impiden que la mujer pueda tomar una decisión completamente libre en el momento de firmar el acuerdo. Según esta tesis «la mujer que *ab initio* renuncia al niño que va a gestar a favor de otra persona, nunca puede tomar una decisión plenamente libre»⁸³.

⁷⁸ PALAZZINI, L., «Los valores femeninos en Bioética», en APARISI MIRALLES, Á., BALLESTEROS, B. (eds.), *Por un feminismo de la complementariedad*, EUNSA, Pamplona, 2002, p. 68.

⁷⁹ CAMBRÓN, A., «Fecundación in vitro y agresiones...», *op. cit.*, p. 210.

⁸⁰ Por todos CAMBRÓN, A., «Fecundación in vitro y agresiones...», *op. cit.*, p. 210.

⁸¹ DONCHIN, A., «Reproductive tourism and the quest for global gender justice», *Bioethics*, 24/7, 2010, pp. 323-332.

⁸² *Ibid.*, pp. 323-332.

⁸³ VAN ZYL, L., VAN NIEKERK, A., «Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood», *Journal of Medical Ethics*, núm. 26 (2000), p. 398.

Este argumento se encuentra estrechamente vinculado con la denuncia de «la objetivización de los acuerdos y su potencialidad para explotar a las mujeres más desfavorecidas»⁸⁴. En este sentido se ha pronunciado el «feminismo de inspiración comunista», que rechaza la gestación subrogada al considerar que la mayor parte de las mujeres que la conciertan padecen graves penurias económicas y quedan expuestas a la explotación de las parejas pudientes. Por ello, en estos supuestos, «la libertad de contratar de las gestantes es claramente una ilusión»⁸⁵.

En sentido contrario, la doctrina jurídica anglosajona ha adoptado una posición más favorable a la gestación subrogada. El Comité de Ética de la *American Society for Reproductive Medicine* no encontró motivos para la interdicción de los acuerdos de gestación subrogada y toleró su práctica a condición de someterlos a una estricta vigilancia. Recomendó, además, incluir determinadas pautas para su admisión: consentimiento voluntario e informado de todas las personas implicadas, incluido el cónyuge de la gestante; finalidad estrictamente terapéutica del acuerdo; control de posibles enfermedades de transmisión hereditaria, tanto de la gestante como de la pareja comitente; y prohibición de lucro tanto por parte de la gestante y como de la agencia intermediaria. Dos son los argumentos que sustentan esta posición: en primer lugar, que «la mujer puede disponer libremente de su capacidad gestacional»⁸⁶; y, en segundo lugar, que «considerar ineficaces los acuerdos de gestación subrogada, trivializa el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas, contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres y a la inevitabilidad de su destino biológico, y exalta las experiencias de gestación y parto por encima de las expectativas emocionales, intelectuales e interpersonales de las mujeres»⁸⁷.

⁸⁴ Como señala PALAZZINI, muchas feministas están en contra de la subrogación de útero como práctica lucrativa «ya que, además de convertir a la mujer en un objeto, conduce a una clara discriminación entre mujeres ricas y pobres, ejercitando una especie de coerción económica sobre la mujer más necesitada». PALAZZINI, L., «Los valores femeninos en Bioética», *op. cit.*, p. 68.

⁸⁵ OLIVER, K., «Marxims and Surrogacy», *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, Indiana University Press, Indianápolis, 1992, pp. 266-285.

⁸⁶ HOTTOIS, G. en *El paradigma bioético...*, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁷ La máxima representante de esta posición es MAGUIRE SHULTZ, M., «Legislative Regulation of Surrogacy and Reproductive Technology», *University of San Francisco Law Review*, núm. 28 (2005), pp. 378-381. En el mismo sentido, GROSSMAN, J. L., «Time to Revisit Baby M.? A New Jersey Court Refuses to Enforce a Surrogacy Agreement, Part Two», *Cardozo Law Review* (20.01.2010).

El «feminismo anglosajón» ha suscrito esta idea de autonomía reproductiva de la mujer⁸⁸, tanto si gesta para sí o lo hace por encargo. Y, cuando lo hace para otros, tanto si lo hace de forma gratuita o a cambio de un precio.

Existe una posición intermedia⁸⁹ que defiende la admisión de los acuerdos de gestación, sin aportación de óvulos por parte de la gestante, siempre que exista indicación médica; sean gratuitos; se realicen por motivos altruistas, como manifestación de la solidaridad entre mujeres; y garanticen el derecho de la gestante a cambiar de opinión tras el parto. Asimismo, algunos sectores sostienen que su regulación, sin ser deseable, evita la especulación y el turismo procreativo, y otorga seguridad a las gestantes por encargo⁹⁰. E incluso, una minoría, considera que esta práctica no genera ningún problema de índole ético o jurídico al realizarse voluntariamente entre adultos responsables⁹¹. APARISI MIRALLES considera que esta última posición representa «una visión teórica, formal, e idílica de la gestación subrogada que no refleja la compleja problemática que plantea en la realidad, especialmente para las partes más vulnerables (gestante e hijo); y presupone una concepción dualista de la persona que se disgrega en dos: razón y autonomía frente a dimensión corporal»⁹².

Efectuando una síntesis conclusiva cabe afirmar que, las objeciones contempladas por los distintos ordenamientos jurídicos para inadmitir y reprobar la gestación subrogada, giran en torno dos: la cosificación de la mujer y la mercantilización de su función reproductiva; y la prestación de un consentimiento viciado por encontrarse en una situación de vulnerabilidad. Por su parte, aquellas ordenaciones que en mayor o menor grado la contemplan, defienden la libertad procreativa de todos los individuos, la libre disponibilidad que tiene la mujer sobre su cuerpo y capacidad gestacional, y la validez de los acuerdos suscritos libremente entre adultos responsables.

⁸⁸ Para SHALEV la subrogación uterina es una forma de liberarse del yugo de la gestación y de la maternidad, impuestas por el sistema patriarcal. SHALEV, C. en *Birth Power. The Case for Surrogacy*, New Haven, London, 1989, pp. 149-150.

⁸⁹ VAN ZYL, L., VAN NIEKERK, A., «Interpretations, perspectives...», *op. cit.*, pp. 404-409.

⁹⁰ LÓPEZ PELÁEZ, P., «Aproximación jurídica al acuerdo...», *op. cit.*, p. 658.

⁹¹ «La maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen, ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma». MARTÍN CAMACHO, J. [Publicación en línea] «Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores». Puede consultarse en <<http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>> [última consulta: 14/11/2022].

⁹² APARISI MIRALLES, A., «Maternidad subrogada y dignidad de la mujer», *op. cit.*, p. 169.

IV. PROYECCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA: LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Como ya se ha destacado la gestación subrogada constituye en la actualidad el único límite formal que mantiene el legislador español en el ámbito de la reproducción asistida (v. apartado II.2). La nulidad de los acuerdos de gestación subrogada constituye, no obstante, un mero ilícito civil que se limita a declarar inválida, a todos los efectos, la renuncia a la filiación efectuada por la gestante subrogada a favor de los padres de intención (ex. art. 10.1 LRHA). En los supuestos en que contraviniendo la norma se produjese un nacimiento mediante el recurso a esta práctica, la filiación materna será determinada por el parto y la paternidad se establecerá conforme a las reglas generales (ex. arts. 10.2 y 10.3 LRHA).

Pese a la claridad de la norma, el Tribunal Supremo (TS) ha tenido que pronunciarse sobre la eficacia que puedan desplegar en España los acuerdos extranjeros de gestación subrogada en torno a dos aspectos concretos: el establecimiento de filiación entre el menor y los padres de intención, y el reconocimientos a los padres de intención del acceso a las prestaciones sociales por nacimiento. Por su propia naturaleza las cuestiones planteadas han correspondido a Salas diferentes y, en ambos casos, han sido resueltas sin unanimidad a través de interpretaciones contradictorias entre Salas. La Sala 1^a ha negado la posibilidad de reconocer efectos a los acuerdos de gestación subrogada, reiterando su nulidad en el ordenamiento español por vulneración de la dignidad humana, tanto de la gestante subrogada como del hijo nacido por medio de esta práctica⁹³. En sentido diferente, la Sala 4^a ha otorgado prevalencia al interés superior del menor y ha reconocido efecto a estos acuerdos, recurriendo a una dudosa aplicación analógica del ordenamiento, que traslada la solución prevista para la adopción y el acogimiento a los casos de maternidad subrogada⁹⁴.

⁹³ El Pleno del TS (Sala 1^a) se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la nulidad de los acuerdos de gestación subrogada por vulneración de la dignidad humana: Sentencia 835/2014, de 6 de febrero y Sentencia 277/2022, de 31 de marzo.

⁹⁴ El Pleno del TS (Sala 4^a), ante la gran cantidad de pronunciamientos dispares de los Tribunales Superiores de Justicia, unificó doctrina en las Sentencias 881/2016, de 25 de octubre de 2016 y 953/2016, de 16 de noviembre. Estas decisiones, adoptadas por una ajustada mayoría, reflejan la influencia recibida de las resoluciones previas del TJUE y, en especial, del TEDH. En el ejercicio de la libertad reconocida por el TJUE a los Estados, el TS ha optado por apartarse del criterio del Derecho de la UE y reconocer las prestaciones de seguridad social a los padres de intención. El argumento esgrimido se basa en que la finalidad de la prestación de maternidad/paternidad está relacionada con la atención o cuidado del menor. A criterio del Alto Tribunal, la condición de

Dado el contenido del presente estudio se analizarán, seguidamente, sólo los pronunciamientos de la Sala 1ª del TS relacionados con la aplicación a la gestación subrogada de la dignidad humana como límite jurídico.

IV.1. *Control de legalidad de la certificación extranjera que determina la filiación del menor a favor de los padres de intención a la luz del orden público español (2014)*

Con relación a esta cuestión, el Pleno del TS (Sala 1ª) sentó doctrina en la ajustada Sentencia 835/2014, de 6 de febrero, que desestima las pretensiones de los padres de intención y confirma íntegramente las resoluciones dictadas por los órganos inferiores⁹⁵.

Con carácter previo a resolver el objeto de *litis*, el TS aprovechó la ocasión para reiterar que los acuerdos de gestación subrogada son nulos en España y están prohibidos expresamente por el art. 10 de la LRHA. La prohibición legal viene determinada por el respeto debido a la dignidad de la persona que proclama la Carta Magna en su art. 10, y que se proyecta tanto sobre la gestante subrogada como sobre el hijo nacido de esta práctica. El respeto a la dignidad e integridad de la gestante subrogada requiere evitar su explotación en estados de necesidad, e impedir la mercantilización tanto de la gestación como de la filiación⁹⁶. Y el respeto a la dignidad de los menores requiere evitar su cosificación, puesto que la celebración de estos acuerdos los convierte en objeto de comercio⁹⁷.

progenitor no se ostenta por ser sujeto que ha contribuido físicamente a dar a luz sino que cabe la aplicación analógica de lo previsto para adopción o acogimiento, trasladándolo a los casos de maternidad subrogada. GODOY VÁZQUEZ, M. O., «La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 34 (2018), pp. 117-123.

⁹⁵ Sala de lo Civil, Pleno, Recurso de Casación 245/2012. Sobre la Sentencia JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2014, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014,736)», *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18 (julio 2014), pp. 400-419.

⁹⁶ STS 835/2014, de 6 de febrero (FJ III.2). SALAZAR destaca que el TS apunta pero no profundiza en el aspecto clave que subyace en los acuerdos de gestación subrogada, que es el que lleva a las mujeres a poner precio a su capacidad reproductora. SALAZAR BENÍTEZ, O., «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos», *Revista de Derecho Político, UNED*, núm. 99 (2017), p. 93.

⁹⁷ STS 835/2014, de 6 de febrero (FJ III.2).

La cuestión planteada fue analizada por el TS desde los tres puntos de vista propuestos por los recurrentes: el orden público internacional español, la discriminación por razón de sexo u orientación sexual, y el interés superior del menor.

En primer lugar, el respeto al *orden público internacional español* en el reconocimiento de decisiones extranjeras y su contravención por los convenios de gestación subrogada. El TS indica que el problema planteado no remite al conflicto de leyes, sino al «reconocimiento de actos jurídicos válidos según el derecho extranjero»⁹⁸. Así, señala que existe una decisión de una autoridad administrativa, adoptada conforme al Derecho californiano, que inscribe el nacimiento de los niños y determina a su favor una filiación. Por tanto, «lo que debe resolverse es única y exclusivamente si esa decisión de una autoridad extranjera puede ser reconocida y, en consecuencia, desplegar sus efectos en el sistema jurídico español». Al respecto, el TS argumenta que la legislación del Registro Civil exige que el control previo al reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa encargada del Registro Civil de California no quede restringida a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo: que no haya duda ni de la realidad del hecho, ni de su legalidad conforme a la ley española⁹⁹. Con esta premisa, el TS entiende que los preceptos constitucionales no permiten sostener que la admisión generalizada de la adopción y de la reproducción asistida acaben por llegar a vulnerar la dignidad de la mujer gestante y del niño; a mercantilizar la gestación y la filiación hasta «cosificar» a la madre sustituta y al niño; y a permitir el negocio de los intermediarios. A su juicio, no puede, pues, admitirse la creación de una «ciudadanía censitaria» en la que sólo quienes tengan elevados recursos puedan establecer relaciones paterno filiales vedadas a la mayoría de la población, lo cual fue expresamente tenido en cuenta por el legislador español al ponderar los intereses en juego y redactar el art. 10 de la LRHA con el texto vigente¹⁰⁰. Por estos motivos, la filiación cuya inscripción se pretende resulta claramente incompatible con el orden público español; entendido éste como el sistema de derechos y libertades individuales garantizado en la Constitución y en los Convenios Internacionales de Derechos humanos ratificados por España¹⁰¹.

⁹⁸ STS 835/2014, de 6 de febrero (FJ III.2).

⁹⁹ STS 835/2014, de 6 de febrero (FJ III.3).

¹⁰⁰ STS 835/2014, de 6 de febrero (FJ III.6).

¹⁰¹ La conclusión alcanzada por el TS en este punto ha sido muy criticada por PRESNO LINERA Y JIMÉNEZ BLANCO que consideran que, sin fundamento constitucional, el TS sacrifica la libertad personal como precio a pagar por la protección de una supuesta dignidad colectiva dominante.

En segundo lugar, la inexistencia de *discriminación por razón de sexo u orientación sexual* en la denegación de la inscripción de la filiación. El TS en su decisión tampoco acepta que exista una discriminación por razón de sexo en perjuicio del matrimonio de varones, desestimando así el argumento que invocaba la aplicación analógica de la aceptación de la inscripción de la filiación a favor de dos mujeres cuando una de ellas se somete a técnicas de reproducción asistida y la otra es su cónyuge. A juicio del TS, ambos supuestos son evidentemente diferentes, dado que en el supuesto enjuiciado ninguno de los integrantes del matrimonio ha llevado a cabo la gestación. La denegación de la inscripción procede no por el sexo de los solicitantes, sino porque la filiación pretendida trae causa de una gestación subrogada contratada legalmente en California pero prohibida por el ordenamiento español, y por ello «la respuesta jurídica sería la misma tanto si los solicitantes fueran dos hombres, dos mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho heterosexual o una persona sola, sea hombre o mujer»¹⁰².

Y, en tercer lugar, la cuestión relativa al *interés superior del menor*. Entiende el TS que «el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que introduce el legislador para ampliar los márgenes de la ponderación judicial» y que en casos como éste tiene la consideración de «concepto esencialmente controvertido», al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social¹⁰³. La aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no puede, por tanto, invocarse indiscriminadamente, ni permite al Juez alcanzar cualquier resultado en detrimento de otros bienes jurídicos protegidos¹⁰⁴. La concreción del interés del menor debe hacerse, pues, tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no sólo los personales puntos de vista del Juez. Asimismo, sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo que está expresamente previsto en la misma; y debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son, en el supuesto que nos ocupa, garantizar el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar

PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P., «Libertad, igualdad y ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, p. 35.

¹⁰² STS 835/2014, de 6 de febrero (FJ IV.2).

¹⁰³ STS 835/2014, de 6 de febrero (FJ V.3).

¹⁰⁴ STS 835/2014, de 6 de febrero (FJ V.6).

la explotación del estado de necesidad en que puedan encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, e impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. La protección del interés superior de los menores «no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y una filiación determinada a favor de los padres intencionales conforme a la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores».

Concluye el TS su argumentación afirmando que el ordenamiento jurídico español protege suficientemente el interés de los menores nacidos de esta práctica, puesto que contempla distintos procedimientos accesibles a los padres de intención, que permiten tanto la determinación de la filiación biológica paterna, como el establecimiento de filiación respecto del progenitor no biológico en términos acordes con la situación familiar *de facto* (adopción). Y ha recordado que el derecho a crear una familia no es ilimitado, y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios que no están reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico.

IV.2. *Concordancia de la posición de la Sala 1^a del Tribunal Supremo español con la jurisprudencia del TEDH*

El TEDH, hasta la fecha, no se ha pronunciado directamente ni sobre la admisibilidad de la gestación subrogada como práctica reproductiva, ni sobre la legalidad de los acuerdos para concertarla, ni sobre su impacto en la dignidad humana. Sus decisiones se han limitado al reconocimiento, o no, de los derechos de filiación derivados de los acuerdos suscritos en aquellos países en que esta práctica está permitida. La clave jurídica de sus resoluciones ha sido el respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). En el ámbito de este precepto, el principio esencial para el examen y valoración de los casos ha sido el de protección del interés superior del menor que, para el TEDH, conlleva la necesidad de reconocer los vínculos familiares derivados de los acuerdos de gestación subrogada que se generan entre los hijos y los padres de intención¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Casos *Mennesson vs. Francia* (Rec. 65192/2011) y *Labassee vs. Francia* (Rec. 65941/2011), resueltos ambos por Sentencia de 26 de junio de 2014 (TEDH, Secc. 5^a); caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia* (Rec. 5358/2012), resuelto por Sentencia de 27 de enero de 2015 (TEDH, Sección 10^a)

El análisis de su jurisprudencia, no permite concluir que las legislaciones que prohíben la gestación subrogada sean contrarias al CEDH, pero sí que el CEDH limita la aplicación de la excepción de orden público por los Estados contratantes, y les obliga al reconocimiento de las filiaciones establecidas legalmente por resolución judicial extranjera aunque deriven de una gestación subrogada prohibida en el ordenamiento interno¹⁰⁶. Habrán de ponderarse, en todo caso, dos aspectos: la existencia de vínculo genético entre los nacidos y los padres de intención y la existencia de vida familiar (entendida como convivencia prolongada en el tiempo entre los nacidos y los padres de intención).

Tras las resoluciones del TEDH en los casos *Mennesson y Labassee* (ambos *vs.* Francia) el TS tuvo que volver a pronunciarse sobre la cuestión ya comentada, para resolver el incidente de nulidad de actuaciones que los recurrentes plantearon contra la Sentencia de 6 de febrero de 2014.

En el *Auto de 2 de febrero de 2015* que resolvió el incidente, la Sala 1ª del TS ratificó su posición a través de un análisis comparativo entre los casos franceses resueltos por el TEDH y el español, haciendo hincapié en la relevancia jurídica de sus diferencias. Desde esta perspectiva se destacan tres cuestiones.

En primer lugar, que conforme a la interpretación de la Corte de Casación francesa era imposible determinar legalmente cualquier relación de filiación entre el menor y los progenitores de intención, procediendo incluso la anulación del reconocimiento de la paternidad biológica como consecuencia del carácter fraudulento del acuerdo de gestación subrogada. En sentido contrario, como se recoge en la Sentencia, el ordenamiento español prevé la posibilidad de determinar la filiación del padre biológico aunque derive de un acuerdo de gestación subrogada.

En segundo lugar, que conforme al ordenamiento francés los menores nacidos de un acuerdo de gestación subrogada no pueden adquirir la nacionalidad francesa, ni heredar a los padres comitentes en calidad de hijos. En el caso español la Sentencia acordó que se anulase la mención a la filiación de los menores sólo mientras se determinaba la filiación biológica paterna y, en su caso, la filiación que fuese acorde con la situación familiar *de facto* respecto del progenitor no biológico (p. ej. mediante la adopción). De manera que una

y Sentencia de 24 de enero de 2017 (TEDH, Gran Sala); casos *Foulon v. Francia* (Rec. 9063/2014) y *Bouvet v. Francia* (Rec. 10410/2014), resueltos ambos por Sentencia de 21 de julio de 2016 (TEDH, Sección 5ª); y caso *Laborie v. Francia* (Rec. 44024/2013) resuelto por Sentencia de 19 de enero de 2017 (TEDH, Sección 5ª).

¹⁰⁶ GODOY VÁZQUEZ, M. O., «La gestación subrogada en la jurisprudencia...», *op. cit.*, pp. 120-125.

vez determinada la paternidad biológica, y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro progenitor (o de ambos sin ninguno tuviese vínculos biológicos con los menores), los menores adquirirían la nacionalidad española y podrían heredar a los comitentes en calidad de hijos.

Y, en tercer lugar, que, a diferencia de la Corte de Casación francesa que afirma que ante la existencia de fraude no puede invocarse el interés superior del menor ni su derecho a la vida privada, la Sentencia española establece que debe tenerse en cuenta el interés superior del menor en los términos de protección que comporta el ordenamiento jurídico español; y por ello, en la propia Sentencia, se insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes que, en la medida de lo posible, permitan determinar la correcta filiación de los menores tomando en consideración su efectiva integración en un núcleo familiar *de facto*.

Concluye el TS su razonamiento destacando que, a diferencia de los casos franceses, la Sentencia española permite que la identidad de los menores quede debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna, y la formalización de las relaciones existentes en el núcleo familiar creado *de facto* entre los comitentes y los menores. La resolución se encuentra, por tanto, en línea con las obligaciones impuestas por el TEDH, que sólo exige a los Estados que se reconozca a los menores un estatus definido y una identidad cierta conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en que van a vivir, como así sucede en el ordenamiento jurídico español. Y recuerda que el derecho a crear una familia no es ilimitado, y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios que no están reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico¹⁰⁷.

El *Dictamen consultivo del TEDH de 10 de abril de 2019*¹⁰⁸ ha reforzado, en mi opinión, la posición del TS, puesto que en ningún caso obliga a la ins-

¹⁰⁷ Como ha señalado NANCLARES el TS escapa con acierto en su razonamiento de una interpretación del interés superior del menor en clave utilitarista, que podría conllevar de forma peligrosa la legitimación de la filiación resultante de una compraventa de niños pobres por familias acomodadas. NANCLARES VALLE, J., «El interés superior del menor en la gestación por sustitución», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 31 (2020), p. 8.

¹⁰⁸ La Corte de Casación francesa presentó el 12 de octubre de 2018, al amparo del Protocolo número 16 del CEDH, la primera solicitud de Opinión consultiva ante el TEDH, que fue admitida el 3 de diciembre de 2018 por el panel de cinco Jueces previsto por el art. 2 del Protocolo. El Dictamen consultivo del TEDH (Gran Sala), de 10 de abril de 2019, sobre maternidad subrogada e inscripción en el registro civil: la relación jurídica entre el menor y la madre de intención, resolvió todas las cuestiones planteadas.

cripción de las certificaciones de nacimiento extranjeras que reflejan como padres legales a los padres de intención. Lo que exige el TEDH para que no se entienda vulnerado el art. 8 del CEDH, en lo relativo al derecho a la identidad que forma parte integrante del derecho a la vida privada de los menores nacidos por acuerdos de gestación subrogada, es única y exclusivamente que los Estados contratantes contemplen en su legislación algún procedimiento que permita establecer la relación de filiación entre el menor y los padres de intención aunque la gestación subrogada esté prohibida en el Derecho interno. La elección del procedimiento más idóneo corresponde a los Estados y queda dentro de su margen de apreciación, requiriéndose tan sólo que sea eficaz y se complete dentro de un tiempo razonable. Esta cuestión es la que ha defendido el TS como elemento diferenciador para reiterar que el caso español nunca habría vulnerado el art. 8 del CEDH, puesto que a diferencia de otros ordenamientos (como el francés o el italiano) en el Derecho español esa posibilidad está contemplada. El ordenamiento español cuenta con procedimientos, accesibles a los padres de intención, que permiten tanto la determinación de la filiación biológica paterna, como el establecimiento de filiación respecto del progenitor no biológico en términos acordes con la situación familiar *de facto* (adopción).

IV.3. *Denegación del reconocimiento de la filiación por posesión de estado que deriva de un acuerdo de gestación subrogada suscrito conforme a legislación extranjera a la luz del orden público español (2022)*

El Pleno de la Sala 1ª del TS, en consonancia con sus pronunciamientos anteriores (STS 835/2014, de 6 de febrero y Auto de 2 de febrero de 2015), reitera en su Sentencia 277/2022, de 31 de marzo¹⁰⁹, que la pretensión de reconocer la filiación resultante de un acuerdo de gestación subrogada suscrito conforme a legislación extranjera, resulta «manifiestamente contraria al orden público español» (FJ III.1). La diferencia con el supuesto resuelto con anterioridad (que pretendía el reconocimiento de la filiación declarada y certificada

¹⁰⁹ Sala de lo Civil, Pleno, Recurso de Casación 907/2021. Sobre la Sentencia FARNÓS AMORÓS, E., «La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual», *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXXV, núm. 3 (2022), pp. 1.281-1.314.

conforme a legislación extranjera) radica en que, ahora, la pretensión se plantea en torno al reconocimiento de la filiación por posesión de estado.

Los argumentos esgrimidos por el TS pueden agruparse en dos bloques: la proximidad entre la gestación subrogada y la venta de niños; y la vulneración que conllevan la mayor parte de cláusulas de los acuerdos de gestación subrogada, de la dignidad de la mujer gestante y de los Derechos fundamentales que le son inherentes.

En primer lugar, en la Sentencia se realiza un análisis sobre la *proximidad entre la gestación subrogada y la venta de niños (especialmente cuando tiene carácter comercial)*. El TS considera que los acuerdos de gestación subrogada vulneran gravemente los derechos fundamentales reconocidos tanto en la Constitución (EJ III.2) como en los convenios internacionales sobre Derechos humanos suscritos por España (FFJJ III.3 y III.4), especialmente, los que protegen los Derechos del niño (art. 35 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, que impone a los Estados contratantes la adopción de medidas tendentes a prohibir «la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma», y el art. 2 a) del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, que define la venta de niños como «todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución»).

En su argumentación el TS cita expresamente el *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales a niños*, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 15 de enero de 2018 (EJ III.5), que señala que la expresión «para cualquier fin o en cualquier forma» (art. 35 de la *Convención*) no excluye a la gestación por sustitución. Y considera que la gestación por sustitución comercial entra de lleno en la definición «venta de niños» (art. 2 a) del *Protocolo Facultativo de la Convención*), cuando concurren tres elementos: remuneración o cualquier otra retribución a la gestante subrogada; traslado del niño (de la mujer gestante a los comitentes); e intercambio de prestaciones (pago a la gestante por la entrega del niño). Destaca además, que la entrega del niño por la madre gestante resulta gravemente lesiva para el menor por dos motivos: atenta contra su dignidad e integridad moral porque se le considera «objeto de un contrato» y se le priva del derecho a conocer su origen biológico; y eventualmente, puede atentar también contra su integridad física habida cuenta de la falta de controles sobre la idoneidad de los padres comitentes.

Tras concluir su análisis, el TS considera que las vulneraciones de los derechos de la madre gestante y del niño fruto de la gestación subrogada que se describen en el *Informe de la Relatora Especial* concurren en el supuesto de *litis* (FJ III.6): «tanto la gestante como el futuro niño son tratados como meros objetos y no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos» (FJ III.7).

En segundo lugar la Sentencia aborda la *vulneración que conllevan la mayor parte de cláusulas de los acuerdos de gestación subrogada, de la dignidad de la mujer gestante y de los Derechos fundamentales inherente*. El TS reitera así que la gestación subrogada vulnera la dignidad y los derechos fundamentales, tanto de la gestante (autonomía personal, integridad física y moral, intimidad y confidencialidad médica) como del menor (cosificación y privación del derecho a conocer su propio origen). Para alcanzar esta conclusión reproduce literalmente partes del contrato de gestación subrogada aportado a la causa por la parte recurrente (FJ I.2). Se sintetizan a continuación las cláusulas cuyo contenido permite identificar la vulneración de derechos fundamentales y las conclusiones alcanzadas por el TS tras su análisis.

La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones ordinarias («tantas transferencias embrionarias como sean necesarias», «transferencias de tres embriones por cada ciclo de reproducción asistida», «tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo»).

La madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y, especialmente, a la confidencialidad médica («la gestante sustituta renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre», «la gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil «México Subrogacy» S. de R. L. de C. V. designe, esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo», «la futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño»).

Se regulan por contrato cuestiones como la interrupción del embarazo (cuya decisión se atribuye a la madre comitente), la reducción embrionaria o el parto («que será por cesárea salvo que el médico tratante recomiende que sea vaginal»).

Se limita la libertad personal de la madre gestante desde la concepción al alumbramiento determinando que hábitos de vida debe seguir (se incluyen prescripciones alimentarias, prohibición de mantener relaciones sexuales, y sometimiento a controles de alcohol y drogas). Y se restringe su libertad de movimiento y de residencia (prohibiéndosele salir de la ciudad o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, y recluyéndola en una concreta localidad durante la última fase del embarazo y hasta el alumbramiento).

Tras revisar el contenido del acuerdo de gestación subrogada suscrito entre la recurrente y la gestante subrogada, concluye el TS que no es necesario realizar «un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano» (FJ III.8). Añadiendo que, como expresa el *Informe de la Relatora Especial*, «la lógica perversa de un mercado que tenga por objeto la gestación subrogada de niños favorece que estos contratos se celebren y ejecuten cada vez con más frecuencia en aquellos Estados en los que se otorgan mayores prerrogativas a los comitentes y, correlativamente, se acentúe la vulneración de la autonomía personal, la integridad física y moral y, en definitiva, la dignidad de la mujer gestante» (FJ III.11).

En último término el TS reitera y confirma la doctrina fijada en la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 afirmando que «los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño y son, por tanto, manifiestamente contrarios al orden público español» (FJ III.12). Al objeto de disipar cualquier duda sobre la jurisprudencia del TEDH, explica que el art. 8 del CEDH no protege el simple deseo de fundar una familia (caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia*) y que esta afirmación realizada por el TEDH es plenamente compartida por el Comité de Bioética de España, que en 2017 declaró que «el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas» (FJ III.12).

Concluye el TS señalando que «un contrato de gestación por sustitución como el que es objeto de este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor que no puede aceptarse por principio» (FJ III.12).

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERT, M., «La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución», *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 2 (2017).
- ANDORNO, R., *Bioética y dignidad humana*, Tecnos, Madrid, 1998.
- ALKORTA IDIAKEZ, I., «Regulación jurídica de la medicina reproductiva en Norteamérica o el salvaje oeste de la medicina», *Revista Derecho y Genoma Humano*, núm. 18 (2003).
- APARISI MIRALLES, A., «Genoma humano, dignidad y derecho», *Derecho y Salud*, vol. 10, núm. 1 (2002).
- BALLESTEROS, J., «Exigencias de la dignidad humana en Biojurídica», en BALLESTEROS, J. y APARISI, A. (coords.), *Bioteología, dignidad y derecho, bases para un diálogo*, Instituto de Derechos Humanos, Eunsa, Pamplona, 2004.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 7, núm. 2 (octubre 2015).
- CAMBRÓN, A., «Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos», en CAMBRÓN, A. (coord.), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Trotta, Madrid, 2001.
- D'AGOSTINO, F., «La dignidad humana, tema bioético», en GONZÁLEZ, A. M.; POSTIGO, E. y AULESTIARTE, S. (coords.), *Vivir y morir con dignidad*, EUNSA, Pamplona, 2002.
- DANA, A. R., «The State of Surrogacy Laws: Determining Legal Parentage for Gay Fathers», *Duke Journal of Gender Law & Policy*, vol. 18, Durham (EEUU) (2011).
- DAVIES, T., «Cross-Border Reproductive Care: Quality and Safety Challenges for the regulator», *Fertility & Sterility*, núm. 94 (enero 2010).
- DEONANDAN, R.; GREEN, S.; VAN BEINUM, A., «Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism», *Journal of Medical Ethics*, núm. 38 (2012).
- DONCHIN, A., «Reproductive tourism and the quest for global gender justice», *Bioethics*, 24/7 (2010).
- FARNÓS AMORÓS, E., «European Society of Human Reproduction and Embryology» (26 Annual Meeting, Roma, Junio 2010), *Indret. Revista para el Análisis del Derecho* (marzo 2010).
- FARNÓS AMORÓS, E., «La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual», *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXXV, núm. 3 (2022).
- GABALDÓN, J., «Libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida», *Persona y Derecho*, 44 (2001).

- GARCÍA CUADRADO, A. M., «Problemas constitucionales de la dignidad de la persona», *Persona y Derecho*, núm. 67 (2012).
- GERMÁN ZURRIARÁN, R., «La progresiva desprotección jurídica de la vida humana embrionaria en España de la Ley 35/1988 a las Leyes 14/2006 y 14/2007», *Cuadernos de Bioética*, núm. 20 (2009).
- GLENDON, M. A., «La soportable levedad de la dignidad», *Persona y Derecho*, núm. 67-2 (2012).
- GODOY VÁZQUEZ, M. O., «La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 34 (2018).
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.
- GROSSMAN, J. L., «Time to Revisit Baby M.? A New Jersey Court Refuses to Enforce a Surrogacy Agreement, Part Two», *Cardozo Law Review* (20.01.2010).
- HOERSTER, N., «Acerca del significado del principio de la dignidad humana», *En defensa del positivismo jurídico*, trad. J. M. Seña, Gedisa Editorial, Barcelona, 1992.
- HOTTOIS, G., *El paradigma bioético. Una Ética para la Tecnociencia*, Anthropos, Barcelona, 1991.
- JIMÉNEZ DE PARGA, M., «La refundamentación del ordenamiento jurídico», *Persona y Derecho*, núm. 44 (2001).
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2014, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014,736)», *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18 (julio 2014).
- KEYES, M., «2. Australia», en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (coords.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013.
- LAMM, E., «Gestación por sustitución: realidad y derecho», *Indret. Revista para el Análisis del Derecho* (marzo 2012).
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.
- LEONSEGUI GUILLOT, R. A., «La maternidad portadora, sustituta, subrogada, o de encargo», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 7 (1994).
- LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, Á., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, vol. XXIII, núm. 2 (2012).
- LÓPEZ GUZMÁN, J., «Dimensión económica de la maternidad subrogada («habitaciones en alquiler»)», *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 2 (2017).
- LÓPEZ PELÁEZ, P., «Aproximación jurídica al acuerdo de gestación subrogada (madres de alquiler) en el Derecho español», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Universidad de Valencia, 2008.
- MAGUIRE SHULTZ, M., «Legislative Regulation of Surrogacy and Reproductive Technology», *University of San Francisco Law Review*, núm. 28 (2005).

- MARTÍNEZ CHAVES, D., «Turismo médico: generalidades para su comprensión integral», *Anuario Turismo y Sociedad*, núm. 19 (2016).
- MARTÍNEZ MORÁN, N., «La dignidad de la persona ante el desafío de la biotecnología», *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. I, núm. 1, 2008.
- MILLÁN-PUELLES, L., *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, EUNSA, Pamplona, 1996.
- MOLINA NAVARRETE, C., «El TEDH no da «cheques en blanco» a los padres intencionales es legítimo que el Estado evite la «maternidad subrogada de facto» (Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto Paradiso y Campanelli c. Italia, demanda núm. 25358/2012)», en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 408 (2017).
- NANCLARES VALLE, J., «El interés superior del menor en la gestación por sustitución», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 31 (2020).
- OLIVER, K., «Marxims and Surrogacy», *Feminist Perspectives in Medical Ethics*, Indiana University Press, Indianápolis, 1992.
- PALAZZINI, L., «Los valores femeninos en Bioética», en APARISI MIRALLES, A., BALLESTEROS, B. (eds.), *Por un feminismo de la complementariedad*, EUNSA, Pamplona, 2002.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid, 2003.
- PRESNO LINERA, M. y JIMÉNEZ BLANCO, P., «Libertad, igualdad y ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51.
- RAMÍREZ DE ARELLANO, A., «Patients without borders: the emergence of medical tourism international», *Journal of Health Services*, núm. 37 (2007).
- ROBLES, G., «El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE)», en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad*, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 1995.
- RODRÍGUEZ PRIETO, F., «Gestación subrogada internacional», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 58 (2014).
- ROMEO CASABONA, C. M., «La Genética y la Biotecnología en las fronteras del Derecho», *Acta Bioethica* 2002, año VII, núm. 2.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos», *Revista de Derecho Político UNED*, núm. 99 (mayo-agosto 2017).
- SHALEV, C. en *Birth Power. The Case for Surrogacy*, New Haven, London, 1989.
- VAN ZYL, L.; VAN NIEKERK, A., «Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood», *Journal of Medical Ethics*, núm. 26 (2000).
- VELA SÁNCHEZ, A., «La gestación subrogada desde el análisis económico del derecho», *Diario La Ley*, núm. 32 (abril 2013).

