

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ITALIA Y ESPAÑA: ENTRE LA PROHIBICIÓN Y LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES LEGALES

Surrogacy in Italy and Spain: between prohibition and the search for legal solutions

Maria Rosaria De Simone¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

DOI: <https://doi.org//10.62140/MRS890866000>

Sumario: 1. Introducción: derechos humanos y gestación subrogada; 2. Gestación subrogada en España; 3. Italia: gestación subrogada como delito universal; 4. Conclusiones.

Resumen: El estudio compara los marcos legales de la gestación subrogada en España e Italia, evaluando su adecuación a los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente en relación con los derechos reproductivos, la igualdad de género y la no discriminación. Mediante un enfoque multinivel que incluye análisis doctrinal, jurisprudencial, comparado y de género, se identifican vacíos y contradicciones legales que generan vulnerabilidad y posibles situaciones de explotación para gestantes, menores y futuros progenitores. En España, la falta de una regulación específica ha dado lugar a un “mercado gris” transnacional. Esta situación genera inseguridad jurídica y favorece prácticas informales, accesibles solo para personas con mayores recursos, lo que acentúa la desigualdad social y pone en riesgo los derechos de quienes participan en la subrogación. Italia, tras la reforma de 2024, ha endurecido aún más su normativa, tipificando la gestación subrogada como delito universal, incluso si se realiza en el extranjero. Esta rigidez ha incrementado los casos de gestación clandestina y ha dificultado el reconocimiento legal de los niños nacidos por esta vía, provocando numerosos recursos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ambos modelos presentan carencias: el español, por su permisividad sin regulación clara, y el italiano, por su dureza normativa que no se adapta a la realidad social.

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. E-mail: mariarosaria.desimone@gmail.com

Palabras clave: gestación subrogada; derecho comparado; derechos humanos; reforma legal; inseguridad jurídica.

Abstract: The study compares the legal frameworks of surrogacy in Spain and Italy, assessing their compliance with international human rights standards, particularly in relation to reproductive rights, gender equality, and non-discrimination. Through a multilevel approach that includes doctrinal, jurisprudential, comparative, and gender-based analysis, the study identifies legal gaps and contradictions that create vulnerability and potential situations of exploitation for surrogates, minors, and intended parents. In Spain, the lack of specific regulation has led to a transnational "grey market." This situation creates legal uncertainty and fosters informal practices, accessible only to individuals with greater financial means, thereby exacerbating social inequality and putting at risk the rights of those involved in surrogacy. Italy, following the 2024 reform, has further tightened its legislation, classifying surrogacy as a universal crime, even if carried out abroad. This rigidity has increased the incidence of clandestine surrogacy and made it more difficult to legally recognize children born through this method, prompting numerous appeals before the European Court of Human Rights. Both models have shortcomings: the Spanish model, due to its permissiveness without clear regulation, and the Italian model, due to its rigid legislation that does not align with social realities.

Keywords: surrogacy; comparative law; human rights; legal reform; legal uncertainty.

1. INTRODUCCIÓN: DERECHOS HUMANOS Y GESTACIÓN SUBORGADA

La maternidad subrogada constituye una técnica de reproducción asistida basada en un acuerdo de voluntades mediante el cual una mujer, denominada gestante, consiente en llevar un embarazo por encargo de un tercero, ya sea una persona sola o una pareja, con el compromiso de entregar al recién nacido tras el parto y de renunciar a cualquier vínculo jurídico de filiación que pudiera derivarse de la gestación. Esta práctica, también conocida como “vientre de alquiler”, se presenta como una de las soluciones a la imposibilidad de tener hijos, aunque genera un profundo debate jurídico, ético y social debido a su carácter controvertido.

Una de las principales razones de dicha controversia es que la maternidad subrogada rompe con el principio tradicional de que *mater semper certa est*, así como con otros constructos sociales profundamente arraigados, como el modelo de familia tradicional. Además, la falta de una regulación homogénea y eficaz a nivel global, con normativas que oscilan entre la permisividad y la prohibición absoluta, contribuye a la vulneración de derechos fundamentales de las partes implicadas, especialmente en contextos de desprotección legal y desigualdad estructural².

Desde el punto de vista de la naturaleza del acuerdo, la gestación subrogada puede clasificarse en dos grandes categorías: altruista, cuando la gestante no recibe compensación económica más allá de los gastos estrictamente vinculados al proceso (como los médicos o logísticos); y comercial, cuando se pacta una retribución adicional por la prestación gestacional. Esta distinción ha sido clave en los distintos modelos regulatorios adoptados por los Estados, en función de sus principios éticos, culturales y jurídicos³.

A su vez, en función de la procedencia de los gametos, se diferencia entre gestación subrogada completa o gestacional, en la que la gestante no aporta su material genético, y gestación subrogada parcial o tradicional, en la que la mujer que gesta también actúa como donante de óvulos, estableciendo un vínculo genético con el menor. Esta última modalidad plantea mayores desafíos desde el punto de vista de la filiación y el consentimiento informado.

El proceso puede involucrar hasta tres figuras maternas diferenciadas, cada una con una función específica: la madre intencional o social, que manifiesta su voluntad de asumir legalmente la maternidad; la madre gestante o uterina, que lleva a término el embarazo; y la madre genética, que contribuye con sus óvulos para la fecundación. La posible confluencia de estos roles exige una regulación clara, integral y garantista que proporcione seguridad jurídica a todas las partes

² VALERO HEREDIA, Ana, “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”, *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 43, 2019, pp. 421-440.

³ APARISI MIRALLES, Angela, “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de bioética*, 2017, vol. 28, Núm. 2, pp. 163-175.

involucradas, y que asegure, por encima de todo, la protección de los derechos fundamentales del menor.

2. GESTACIÓN SUBORGADA EN ESPAÑA

La legislación española en materia de reproducción asistida adopta una postura restrictiva respecto a la gestación por sustitución. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece de forma tajante en su artículo 10.1 que será nulo de pleno derecho cualquier contrato mediante el cual una mujer, ya sea a cambio de una compensación económica o no, se comprometa a gestar un hijo y a renunciar a su filiación materna en favor del contratante o de un tercero. En este sentido, el ordenamiento español parte de un principio claro: la maternidad queda determinada por el parto, lo que implica que la gestante es legalmente considerada la madre del niño, haya aportado o no su material genético.

El apartado segundo del mismo artículo refuerza este principio al establecer expresamente que “la filiación de los niños nacidos mediante maternidad subrogada se determinará por el parto”. De este modo, se impide cualquier intento de establecer una filiación distinta a la biológica mediante contrato previo, protegiendo así a la gestante como sujeto de derechos y no como mero medio de reproducción.

El tercer apartado del artículo 10 introduce un matiz importante, al permitir que el padre biológico pueda ejercer la acción de reclamación de paternidad, conforme a las reglas generales del derecho civil. Esta previsión permite, en los casos de gestación subrogada realizada en el extranjero, que el padre español que haya aportado sus gametos pueda establecer un vínculo legal con el menor mediante reconocimiento. A partir de ahí, su pareja (si no tiene vínculo genético con el niño) podrá iniciar un procedimiento de adopción del hijo del cónyuge (*stepchild adoption*), una vía que no requiere someterse a los estrictos

requisitos de idoneidad del artículo 176 del Código Civil, o bien los flexibiliza considerablemente⁴.

En 2023, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, que reforma la Ley de salud sexual y reproductiva, refuerza esta prohibición al calificar la gestación subrogada como una forma de violencia reproductiva. Además, prohíbe expresamente la promoción comercial de esta práctica y establece campañas institucionales para informar sobre su ilegalidad.

Posteriormente, en diciembre de 2024, el Tribunal Supremo dictó una sentencia que rechaza el reconocimiento en España de sentencias extranjeras que validen contratos de gestación subrogada, al considerarlos contrarios al orden público y lesivos para la dignidad de la mujer y del menor.

En línea con esta jurisprudencia, en abril de 2025, el Gobierno español emitió una instrucción que prohíbe la inscripción directa en el Registro Civil de menores nacidos por gestación subrogada en el extranjero⁵. A partir de ahora, la filiación deberá establecerse mediante vínculo biológico o adopción, cerrando así los resquicios legales que permitían el reconocimiento indirecto de estos contratos. En el preámbulo de la instrucción publicada el 1 de mayo se cita la sentencia 1626/2024 del Tribunal Supremo, que rechaza el reconocimiento en España de una sentencia extranjera sobre gestación subrogada. El Tribunal recuerda que el interés del menor debe valorarse según los principios y normas del ordenamiento español, y no en función del deseo de los padres comitentes. La sentencia advierte que no se puede proteger al menor aceptando automáticamente los efectos de un contrato de gestación subrogada. La protección debe basarse en la ruptura del vínculo con la gestante, la existencia de filiación biológica paterna y la integración del menor en un entorno familiar, conforme al derecho español. El Tribunal ya había fijado esta postura en sentencias anteriores, considerando que la gestación subrogada vulnera el orden

⁴ MATIA PORTILLA, Francisco Javier, “¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?”, *Revista de Derecho Político*, 2019, Núm. 105, pp. 81-125.

⁵ PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo, “Gestación subrogada y Registro Civil: nueva regulación”, <https://www.eldia.es/opinion/2025/05/11/gestacion-subrogada-registro-civil-nueva-117253565.html>, mayo 2025.

público y los derechos fundamentales. Además, recuerda que tratados internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, prohíben la venta de menores, algo que puede estar implícito en estos contratos.

Además, este sistema se apoya en los principios establecidos por el Código Civil, especialmente el artículo 1.261, que exige la concurrencia de un objeto cierto como requisito esencial del contrato. Dado que el contrato de gestación subrogada busca establecer un acuerdo contrario al orden público y a los derechos fundamentales, como la indisponibilidad del cuerpo humano y la filiación materna legalmente establecida por el parto, se considera que carece de objeto jurídicamente válido, lo que justifica su nulidad.

Este marco también encuentra respaldo en el Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina, ratificado por España, cuyo artículo 21 establece que “el cuerpo humano y sus partes no deben ser objeto de lucro”. Esto refuerza la interpretación según la cual el uso del útero con fines contractuales y retributivos vulnera la dignidad humana, al tratar el cuerpo femenino como objeto de transacción.

En suma, aunque el ordenamiento jurídico español rechaza categóricamente la maternidad subrogada como figura contractual, contempla vías indirectas de reconocimiento de filiación, particularmente a través del padre biológico y de la adopción por parte de su pareja. De esta forma, se intenta equilibrar el respeto al orden público y a la protección de los derechos fundamentales con la necesidad de dar respuesta a situaciones familiares reales que surgen en contextos transnacionales⁶.

3. ITALIA: GESTACIÓN SUBROGADA COMO DELITO UNIVERSAL

⁶ CASABONA, Carlos María Romeo, “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Folia humanística*, 2018, Núm. 8, pp. 1-23.

Italia mantiene una de las posturas más restrictivas de Europa respecto a la gestación subrogada. Desde la aprobación de la Ley n.º 40/2004, el ordenamiento jurídico italiano prohíbe de forma expresa cualquier modalidad de esta práctica. En concreto, el artículo 12, apartado 6, establece sanciones penales severas para quienes realicen, organicen o incluso publiciten la comercialización de gametos, embriones o procesos de subrogación, con penas que van desde tres meses a dos años de prisión, además de multas que oscilan entre los 600.000 y 1.000.000 de euros. Lo más relevante es que esta normativa no distingue entre formas altruistas o comerciales de gestación subrogada, en la práctica, cualquier forma de subrogación está completamente prohibida, sin importar la motivación o el contexto. Esta postura ha sido justificada por las autoridades italianas bajo el principio de protección de la dignidad de la mujer y el rechazo a la mercantilización del cuerpo humano.

La situación se ha endurecido aún más con la entrada en vigor de la Ley 169/2024, una reforma impulsada por la diputada Carolina Varchi, que introduce la figura del “delito universal” en relación con la gestación subrogada⁷. A través de este nuevo enfoque penal, Italia extiende su jurisdicción más allá de sus fronteras, permitiendo perseguir penalmente a ciudadanos italianos que recurran a esta práctica en el extranjero, incluso en países donde es perfectamente legal, como Estados Unidos o Ucrania⁸.

Esta extraterritorialidad convierte a Italia en uno de los pocos países que equiparan la gestación subrogada con delitos considerados de extrema gravedad, como el genocidio, la trata de personas o los crímenes de guerra. La inclusión de la gestación subrogada en esta categoría resulta altamente polémica, por su carácter desproporcionado y por los efectos jurídicos que puede acarrear.

El nuevo marco legal no solo sanciona a los padres intencionales, sino también a intermediarios, como clínicas de fertilidad, abogados o agencias, que

⁷ DILELLA, Francesca, “La proposta di legge italiana sulla maternità surrogata come reato universale. Analisi e prospettive”, *Attualità Jurídica Iberoamericana*, 2024, Núm 20 Bis, pp. 450-46.

⁸ PELISSERO, Marco, “Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale”, *Diritto Penale Contemporaneo: Rivista trimestrale*, 2021, Núm. 2, pp. 39-49.

participen en el proceso. Las sanciones siguen siendo las mismas que las previstas por la ley original: multas de hasta un millón de euros y penas de prisión de hasta dos años.

Sin embargo, este endurecimiento legislativo ha suscitado críticas desde distintos sectores del ámbito jurídico, bioético y de los derechos humanos. En primer lugar, se cuestiona la proporcionalidad de la pena, ya que se coloca a la gestación subrogada al mismo nivel que delitos de lesa humanidad. En segundo lugar, plantea serios interrogantes sobre la autodeterminación personal, los derechos reproductivos y la libertad de circulación dentro de la Unión Europea, ya que un ciudadano italiano puede verse penalmente perseguido por haber realizado un acto completamente legal en otro país de la UE.

Las consecuencias prácticas de esta legislación son también significativas. En lugar de disuadir por completo la subrogación, podrían aumentar los casos de gestación clandestina y de turismo reproductivo. Asimismo, se dificulta enormemente el reconocimiento de la filiación de los niños nacidos por esta vía en el extranjero, lo que puede derivar en situaciones de apatridia o desprotección jurídica para los menores, especialmente si el Estado italiano se niega a inscribirlos en el Registro Civil.

De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ya ha condenado en diversas ocasiones a Italia por no garantizar el interés superior del menor y por obstaculizar el reconocimiento legal de la filiación. La aplicación del delito universal a la gestación subrogada podría provocar un aumento de litigios internacionales y tensiones entre la legislación italiana y los principios fundamentales del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹.

En definitiva, el enfoque italiano hacia la gestación subrogada, marcado por una prohibición absoluta y una criminalización extraterritorial, pone de manifiesto una fuerte oposición ética y política a esta técnica de reproducción

⁹ YARZA, Fernando Simón, “Gestación subrogada o vientres de alquiler: Reflexiones a la luz del Derecho Comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista general de derecho constitucional*, 2017, vol. 25, p. 1-24.

asistida. Sin embargo, también abre un complejo debate sobre la proporcionalidad de las sanciones, el respeto de los derechos fundamentales y la armonización de las normativas dentro del espacio europeo. El futuro dirá si esta postura logra frenar la práctica o si, por el contrario, genera más conflictos jurídicos y humanos de los que intenta evitar¹⁰.

4. CONCLUSIONES

La gestación subrogada ha generado un intenso debate en Europa, especialmente en países como España e Italia, cuyos enfoques legales difieren de manera significativa. En el caso español, la Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida declara nulos los contratos de gestación subrogada, tanto si existe compensación económica como si no. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español permite establecer la filiación del menor nacido por esta vía mediante el reconocimiento de la paternidad biológica o a través de la adopción del hijo del cónyuge (conocida como *stepchild adoption*), lo que proporciona cierta flexibilidad legal y posibilita el reconocimiento jurídico de estos niños.

Italia, en cambio, ha optado por una postura mucho más restrictiva. Con la aprobación de la Ley 169/2024, se ha tipificado la gestación subrogada como delito penal, incluso cuando el procedimiento se realiza fuera del país. Este endurecimiento legislativo impide casi por completo el reconocimiento legal de los menores nacidos mediante esta práctica, generando un escenario de bloqueo institucional y de gran inseguridad jurídica para las familias implicadas.

¹⁰ PEZZINI, Barbara, “Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri”, *Costituzionalismo. it*, 2017, Núm. 1, pp. 1-67; CORDIANO, Alessandra, “Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)”, *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2021, Núm. 3, pp. 13-26.

En materia de derechos humanos y jurisprudencia, España ha mostrado una mayor disposición a alinearse con las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que insiste en la necesidad de proteger el interés superior del menor y el derecho a la vida familiar, recogido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por el contrario, Italia ha sido condenada por el TEDH en varias ocasiones por no reconocer la filiación de niños nacidos por gestación subrogada, lo que ha dejado a muchos menores en situaciones de vulnerabilidad, apatridia o falta de reconocimiento legal.

Desde una perspectiva de futuro, todo apunta a que la Unión Europea tenderá hacia una armonización normativa que permita el reconocimiento transfronterizo de la filiación en casos de subrogación, con el fin de evitar vacíos legales y proteger de manera efectiva los derechos de los menores. A nivel interno, España podría avanzar en la regulación de la adopción del hijo del cónyuge, dotando al proceso de una mayor seguridad jurídica. Italia, por su parte, enfrenta la necesidad urgente de revisar su enfoque penalista si quiere evitar nuevas condenas internacionales y adaptarse a los estándares europeos en materia de derechos humanos.

Los recientes casos mediáticos, como el de Ana Obregón en España o la sentencia del tribunal de Trento en Italia, han evidenciado las profundas contradicciones jurídicas que rodean la gestación subrogada y la urgente necesidad de una regulación más clara y coherente. En el caso de Ana Obregón, la controversia se intensificó al revelarse que el embarazo subrogado se llevó a cabo utilizando el material genético de su hijo fallecido, lo que suscitó un intenso debate ético y legal sobre la filiación póstuma y los límites del consentimiento. Por su parte, el tribunal de Trento reconoció la filiación del segundo padre no biológico debido al grave estado de salud del padre biológico, priorizando así la continuidad afectiva y el interés superior del menor. El TEDH ha reiterado que el vínculo emocional y el bienestar del niño deben prevalecer frente a las prohibiciones absolutas impuestas por algunos Estados.

Además, la dimensión social y ética del debate no puede ignorarse. Según el Eurobarómetro 2024, el 65 % de los ciudadanos europeos apoya algún tipo de regulación sobre la gestación subrogada. Experiencias en otros países demuestran que, bajo marcos legales estrictos y mecanismos de control eficaces, esta práctica puede llevarse a cabo sin explotación, garantizando el consentimiento libre y consciente de las mujeres gestantes.

En definitiva, la regulación de la gestación subrogada en Europa se encuentra en pleno proceso de transformación. Existe una evidente tensión entre la soberanía normativa de los Estados y la necesidad de garantizar los derechos fundamentales reconocidos a nivel supranacional. Mientras España parece avanzar hacia soluciones pragmáticas que combinan flexibilidad con protección legal, Italia mantiene una postura rígida que plantea serios desafíos jurídicos y éticos. El futuro de esta cuestión dependerá de la capacidad de los países europeos para construir marcos legales equilibrados, que eviten tanto la permisividad sin control como las prohibiciones absolutas, y que, por encima de todo, prioricen la protección del menor y el respeto a los derechos humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APARISI MIRALLES, Angela, “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de bioética*, vol. 28, Núm. 2, 2017, pp. 163-175.

CASABONA, Carlos María Romeo, “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Folia humanística*, Núm. 8, 2018, pp. 1-23.

CORDIANO, Alessandra, “Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)”, *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, Núm. 3, 2021, pp. 13-26.

DI LELLA, Francesca, “La proposta di legge italiana sulla maternità surrogata come reato universale. Analisi e prospettive”, *Attualidad Jurídica Iberoamericana*, Núm. 20 Bis, 2024, pp. 450-46.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier, “¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?”, *Revista de Derecho Político*, Núm. 105, 2019, pp. 81-125.

PELISSERO, Marco, “Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale”, *Diritto Penale Contemporaneo: Rivista trimestrale*, Núm. 2, 2021, pp. 39-49.

PÉREZ SÁNCHEZ, Gerardo, “Gestación subrogada y Registro Civil: nueva regulación”, <https://www.eldia.es/opinion/2025/05/11/gestacion-subrogada-registro-civil-nueva-117253565.html>, mayo 2025.

PEZZINI, Barbara, “Nascere da un corpo di donna: un inquadramento costituzionalmente orientato dall’analisi di genere della gravidanza per altri”, *Costituzionalismo. it*, Núm. 1, 2017, pp. 1-67.

VALERO HEREDIA, Ana, “La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales”, *Teoría y realidad constitucional*, Núm. 43, 2019, pp. 421-440.

YARZA, Fernando Simón, “Gestación subrogada o vientres de alquiler: Reflexiones a la luz del Derecho Comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista general de derecho constitucional*, vol. 25, 2017, p. 1-24.