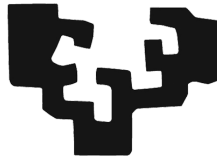


# **Los derechos de la mujer gestante en la gestación por sustitución**

eman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

**Grado en Derecho, Leioa**

**Año académico 2021-2022**

**Trabajo realizado por: Patricia Lopez Aboitiz**

**Dirigido por: Ander Gutierrez-Solana Journoud**

## ÍNDICE

<b>ÍNDICE</b>	1
<b>ABREVIATURAS</b>	3
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	4
<b>II. PRIMERA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN</b>	5
2.1. Evolución del concepto de maternidad y primeros litigios de gestación por sustitución	7
2.2. La gestación por sustitución como un nuevo negocio transnacional	8
2.3. Tensión entre la dignidad humana y los derechos de la mujer gestante	10
2.4. Posturas enfrentadas en la regulación de la gestación por sustitución	11
<b>III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO</b>	12
3.1. Modalidad altruista reguladora mediante contrato: El caso de Portugal	13
3.2. Modalidad comercial reguladora mediante contrato: El caso de Ucrania	17
3.3. Modalidad de prohibición: El caso de España	20
3.3.1. Instrucciones de la DGRN respecto a la inscripción de los menores	21
3.3.2. El papel del Tribunal Supremo en la gestación por sustitución	22
3.4. Diferencias entre las modalidades altruista y comercial	26
<b>IV. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL</b>	27
4.1. Los Informes presentados a la Asamblea General de las Naciones Unidas	28
4.2. La gestación por sustitución a la luz de los convenios internacionales sobre derechos humanos de las Naciones Unidas	30
4.2.1. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	31

4.2.2. La Convención de Naciones Unidas contra la Esclavitud y la gestación por sustitución	33
4.3. La gestación por sustitución desde la perspectiva del CEDH	34
4.4. La gestación por sustitución desde la perspectiva de la Unión Europea	37
<b>V. CONCLUSIÓN</b>	38
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	43

## ABREVIATURAS

**AG:** Asamblea General.

**CDN:** Convención sobre los Derechos del Niño.

**CEDAW:** Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

**CEDH:** Convenio Europeo de Derechos Humanos.

**DGRN:** Dirección General de los Registros y del Notariado.

**FJ:** Fundamento Jurídico.

**GS:** Gestación por sustitución.

**LTRHA:** Ley de técnicas de reproducción humana asistida.

**ONU:** Organización de las Naciones Unidas.

**STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional.

**STS:** Sentencia del Tribunal Supremo.

**TC:** Tribunal Constitucional.

**TEDH:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**TS:** Tribunal Supremo.

## I. INTRODUCCIÓN

En la última década la gestación por sustitución ha suscitado un intenso debate en el ámbito nacional e internacional, tanto en el ámbito jurídico como en el de la bioética. No obstante, a pesar de ser una práctica extremadamente polémica, se ha extendido en los últimos años y cada vez son más las parejas que recurren a ella para tener descendencia. Con asiduidad son noticia los personajes públicos que han accedido a esta práctica, los relatos de los padres comitentes a los que no se les permite ir a buscar a los bebés a los países donde se han gestado o los relatos acerca de la problemática que provoca la inscripción de menores en el país de origen; todo ello sitúa la gestación por sustitución en un primer plano de la esfera pública.

En España, es nulo de pleno derecho todo contrato de gestación por sustitución<sup>1</sup>. Sin embargo, la Dirección General del Registro y del Notariado permite la inscripción de los menores nacidos a raíz de este contrato<sup>2</sup>. Asimismo, existen agencias intermediarias que se publicitan libremente<sup>3</sup> y ofrecen coordinar esta práctica en países donde el proceso es legal, sorteando así la nulidad y convirtiendo la gestación por sustitución en una industria transnacional.

No existe un consenso global en relación con la gestación por sustitución, y tampoco existe a nivel supranacional un texto jurídico que indique los requisitos. Ahora bien, que esté permitido en diversos Estados, no quiere decir que sea una práctica conforme a los derechos humanos y fundamentales de las mujeres gestantes y de los bebés. Por esta razón, se presentan posturas enfrentadas entre sí: por un lado se encuentran los que la defienden y piden su regulación, por otro lado los que sostienen que es una práctica que vulnera derechos humanos y fundamentales y solicitan su prohibición.

Asimismo, la gestación por sustitución se podría analizar desde diversas perspectivas. Parece indiscutible que el interés superior del menor debe salvaguardarse, tanto es así que la gran mayoría de obras doctrinales se centran en torno a esta cuestión. Por esta razón, en este trabajo de investigación se analizará la gestación por sustitución desde otra perspectiva, la de la mujer gestante. Se examinarán diversos ordenamientos jurídicos internacionales con el fin

---

<sup>1</sup> Art. 10, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>2</sup> Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022, del 31 de marzo de 2022, FJ.4.6.

de analizar si preservan correctamente los derechos de las partes implicadas, especialmente los de la gestante, y si se posicionan acerca de la licitud de la práctica en relación con los derechos humanos y fundamentales de la mujer.

Para esclarecer esta cuestión, este trabajo se divide en tres apartados: en primer lugar se tratará la gestación por sustitución de una manera más amplia, analizando su significado, su evolución, los primeros litigios y las posturas enfrentadas entre sí. En segundo lugar, se tendrá en consideración la gestación por sustitución en el derecho comparado y se analizarán tres maneras de legislar en tres países europeos diferentes. El objetivo es plasmar las diferencias que existen entre los diferentes modelos y las diversas maneras que ofrecen de hacerlo para proteger los derechos de las gestantes. Por último, se analizará esta práctica desde la perspectiva del derecho internacional. La finalidad de este trabajo de investigación es analizar si ha existido algún pronunciamiento respecto a la gestante o tan solo han tomado en consideración los derechos de los menores. Todas estas cuestiones se estudiarán a la luz de dos informes presentados a la Asamblea General<sup>4</sup>, los Convenios internacionales sobre derechos humanos de la ONU, las sentencias del TEDH y la UE.

En suma, ¿es la situación de la mujer gestante tenida en cuenta en el derecho interno e internacional? Asimismo, ¿es la gestación por sustitución una práctica que podría vulnerar los derechos de las madres gestantes?

## **II. PRIMERA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

En primer lugar, debemos tener en cuenta que existen diferentes denominaciones para referirse a la práctica que se analizará a lo largo de este trabajo de investigación, tales como; “maternidad subrogada”, “gestación subrogada”, “gestación por sustitución”, “gestación para otros” o “vientres de alquiler”. En España, el término más extendido en el ámbito jurídico es el de “gestación por sustitución”, tal y como señala el título del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. “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 de niños”, A/HRC/37/60, 15 de enero de 2018.

Naciones Unidas. Asamblea General. “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 de niños”, A/74/162, de 15 de julio de 2019.

<sup>5</sup> Art. 10, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

No obstante, en este trabajo se considera que, estos términos son simples eufemismos, puesto que “la gestación es un proceso biológico que no se puede subrogar o ceder a terceras personas”<sup>6</sup> como apunta la investigadora Laura Nuño Gómez. Además, como señala el Comité de Bioética de España en su Informe sobre los aspectos jurídicos y éticos de la gestación por sustitución “no se trata de un vientre de alquiler, sino de una madre de alquiler”<sup>7</sup>, puesto que se está contratando a una persona en su integridad.

Aunque ninguna denominación defina correctamente esta práctica, en este trabajo se opta por el término “gestación por sustitución” por ser simplemente el más extendido en el ámbito jurídico. Asimismo, a las personas que deciden contratar la gestación se les denominará padres comitentes y a la mujer que se presta a este servicio, mujer gestante o madre gestante.

Para empezar, debemos plantear en qué consiste esta práctica. En el ámbito internacional, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, define la gestación por sustitución como “una forma de práctica reproductiva en la que los futuros padres contratan a una madre de alquiler para dar a luz a un niño”<sup>8</sup>. En España, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 826 Sección 10ª 23/11/2011, lo define como “un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”<sup>9</sup>. Existen asimismo dos sentencias que se analizarán más adelante, que marcan un referente respecto a esta práctica en España, por un lado la Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013, 6 de Febrero de 2014 y por otro lado la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022, del 31 de marzo de 2022.

Por consiguiente, se puede concluir que lo que se busca a través de esta práctica es conseguir un útero funcional para ser progenitores. Además, como se verá más adelante, que haya o no material genético de los padres comitentes, ha dado lugar a una variada casuística y pluralidad de escenarios.

---

<sup>6</sup> Nuño Gómez, Laura, *Maternidades S.A.*, Madrid, Catarata, 2020, p. 47.

<sup>7</sup> Comité de Bioética de España, Informe sobre los aspectos jurídicos y éticos de la gestación por sustitución (2017), p. 9.

<sup>8</sup>Surrogacy: Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, OHCHR, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Children/Pages/Surrogacy.aspx>

<sup>9</sup>Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, nº 826 Sección 10ª 23/11/2011, FJ 1.

A continuación se analizará el negocio de la gestación por sustitución, los problemas que ha planteado y las posturas que existen en torno a su regulación.

## **2.1. Evolución del concepto de maternidad y primeros litigios de gestación por sustitución**

Durante siglos la maternidad y la procreación han sido vistas como un mandato de obligado cumplimiento para las mujeres y su única función social. Asimismo, los matrimonios sin descendencia eran considerados un fracaso, tal y como señala Lutero: “aunque se agoten y se mueran de tanto parir, ni importa, que se mueran de parir, para eso existen”<sup>10</sup>; o Lorca en su obra *Yerma*: “Una mujer sin descendencia será considerada una mujer inútil o inhabilitada”<sup>11</sup>. En definitiva, la maternidad era considerada un acto de realización de la mujer.

No obstante, con el desarrollo de la sociedad y los nuevos modelos de familia, los roles femeninos fueron cambiando y la maternidad fue vista como una opción. Sin embargo, a día de hoy, aunque en menor medida, todavía existe cierta presión por ser madre.

Aunque pueda parecerlo, la gestación por sustitución, práctica que suscita un gran debate ético e intelectual, no es novedosa, puesto que se pueden encontrar ciertas referencias en los relatos de Sara y Raquel en el Antiguo Testamento como señalan Leticia Cabrera Caro<sup>12</sup> o Eleonora Lamm<sup>13</sup>. En el relato de Sara, esposa de Abraham, incapaz de quedarse embarazada, ofreció a su esposo la posibilidad de dormir con una esclava para tener descendencia a través de ella. Y en el de Raquel, ésta propuso a su marido Jacob tener descendencia a través de su esclava ante la imposibilidad de quedarse embarazada. Asimismo, Eleonora Lamm señala que estos antecedentes dan lugar a que se establezca “una especie de visto bueno ético”<sup>14</sup>. Es más, la etnóloga M<sup>o</sup> Eugenia Olavarría apunta que esta era una práctica ya recogida en la antigua Roma a través del *ventrum locare*, por el que el paterfamilias cedía a su esposa para que pudiese engendrar con otro<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Citado de Nuño Gómez, Laura (2016). “Una nueva cláusula del Contrato sexual: vientres de alquiler”, *Revista de Filosofía Moral y Política*, nº55, 2016, p.685. Citado a su vez de Caso, Ángeles, *Las Olvidadas*, Planeta, Barcelona, 2006, p.69.

<sup>11</sup> Citado de Nuño Gómez, Laura (2016), *op.cit.*, p.685. Citado a su vez de la obra *Yerma* (1934) de Federico García Lorca.

<sup>12</sup> Cabrera Caro, Leticia, “El consentimiento libre: La trampa de la explotación femenina en la maternidad subrogada”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, nº 2, 2019, p. 528.

<sup>13</sup> Lamm, Eleonora (2012): “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Nº 3, p. 4.

<sup>14</sup> Lamm, Eleonora. *op. cit.* p. 4

<sup>15</sup> Cabrera Caro, Leticia, *op.cit.*, p. 528. Citado a su vez de Olavarría, María Eugenia, “De la casa al laboratorio. La teoría del parentesco hoy día”, *Alteridades*, Nº 12 (24), 2002, p. 109.



Con el avance de la tecnología y las técnicas de reproducción humana asistida, llegaron los primeros casos de gestación por sustitución a nuestros días. En 1976, Noel Kane, abogado de Michigan y promotor de Surrogate Family Service Inc oferta por primera vez este servicio. El primer contrato por 11.500\$ de gestación por sustitución tiene lugar en 1980, cuando Elizabeth Kane accede a gestar un bebé para su amiga<sup>16</sup>. Elizabeth Kane, tras ser la primera gestante estadounidense describió la experiencia de la siguiente manera: “Una madre gestante se siente como un tubo de ensayo recubierto de carne durante toda la experiencia. A medida que el feto crece, la mujer es despersonalizada, deviene fragmentada perdiendo su integridad como persona –¡Se convierte en un mero vehículo para alimentar bebés!”<sup>17</sup>

Seis años más tarde, en el año 1986, Mary Beth, una mujer norteamericana accede a ser inseminada y gestar un bebé para el matrimonio Stern a cambio de 10.000\$. Sin embargo, tras el parto quiso recuperar al bebé y reclamó la patria potestad de la niña<sup>18</sup>. En 1987 el juez otorgó la custodia al matrimonio Stern, basándose en el interés superior del menor y reconociendo a Mary Beth un régimen de visitas<sup>19</sup>. Este caso marca la postura que se adoptará en los siguientes litigios, en los que se dará por válido un contrato mercantil y se asignará al bebé a los padres comitentes, evocando el interés superior del menor y haciendo caso omiso de la voluntad de la madre gestante.

Desde entonces, la gestación por sustitución ha tenido una gran expansión y es una práctica a la que se puede acceder en un amplio listado de países. Sin embargo, el problema para los padres comitentes que se trasladan a terceros países donde se puede acceder a este servicio, surge a la hora de inscribir al recién nacido o regresar a su país con él.

## **2.2. La gestación por sustitución como un nuevo negocio transnacional**

Desde el año 2010 hasta el año 2021, el Gobierno español, basándose en las Instrucciones de la Dirección General de los Registros del Notariado había inscrito al menos 2.350 bebés nacidos por gestación por sustitución, más de la mitad provenientes de Estados Unidos y una cuarta parte de Ucrania<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Kane, Elizabeth, *Birth Mother: The story of America's first legal surrogate*, Nueva York, Harcourt Brace Jovanovich, 1988.

<sup>17</sup> Allis, Trevor, “The moral implications of motherhood by hire”. Issues in *MEDICAL ETHICS*, Vol. 5 No. 1, 1997, pp. 21-22.

<sup>18</sup> Sanders, Michel, *Justicia, ¿hacemos lo que queremos?*, Madrid, Debate, 2012, pp. 108-112.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Nueva Jersey de 3 de febrero de 1988, In the matter of Baby M., 109 N.J. 396 (1988), 537 A.2d 1227.

<sup>20</sup> Calvo, Elena, “España ha inscrito a más de 2.300 niños nacidos por gestación subrogada en los últimos diez años”, ABC, 2021, disponible en:

En España aunque el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho (art. 10.1 LTRHA), existen ferias y agencias de intermediación que se publicitan libremente y que ofrecen coordinar esta práctica<sup>21</sup>, con el objetivo de que el niño nacido fruto de la gestación por sustitución regrese a España y se integre en el núcleo familiar de los padres comitentes.

Los precios del contrato de este servicio oscilan entre los 50.000 y 180.000 euros, siendo Estados Unidos el país más caro (entre 110.000 y 160.000 euros) y Ucrania, Rusia o Georgia los países más baratos (50.000-80.000 €)<sup>22</sup>.

En relación con las madres gestantes, estas obtienen entre el 0.9% y 20% del total de los ingresos. Como relata la abogada especialista en Derechos Humanos Nuria González López, al contar su experiencia al acudir a una de estas agencias, un servicio gestación por sustitución con madres ucranianas suele rondar los 90.000 euros, mientras las madres gestantes reciben entre 10.000 y 12.000 euros<sup>23</sup>. Los ingresos que perciben las madres gestantes, son por consiguiente una mínima parte, ya que el resto del dinero se distribuye entre las agencias intermediarias y demás gastos médicos<sup>24</sup>.

El perfil de las gestantes suele ser el de mujeres jóvenes que cuenten con un buen estado de salud y hayan sido madres con anterioridad. El Comité de Bioética de España en su informe menciona que “los comitentes tienen la opción de elegir aspectos que afectan directamente a las condiciones de desarrollo del niño y a sus características futuras”, como las características de unos o ambos gametos o un diagnóstico genético preimplantatorio que identifique determinadas patologías, incluso el sexo del bebé. Es más, se permite elegir madre gestante y sus características. Finalmente, después del parto está en manos de los padres comitentes decidir si quieren mantener contacto con la gestante o no<sup>25</sup>.

---

[https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-inscrito-mas-2300-ninos-nacidos-gestacion-subrogada-ultimos-diez-anos-202102210033\\_noticia.html#:~:text=El%20Gobierno%20ha%20inscrito%20como,y%20misiones%20diplom%C3%A1ticas%20desde%202010](https://www.abc.es/sociedad/abci-espana-inscrito-mas-2300-ninos-nacidos-gestacion-subrogada-ultimos-diez-anos-202102210033_noticia.html#:~:text=El%20Gobierno%20ha%20inscrito%20como,y%20misiones%20diplom%C3%A1ticas%20desde%202010).

<sup>21</sup>Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022, del 31 de marzo de 2022, FJ.4.6.

<sup>22</sup>“Precios en gestación subrogada: desglose según países y opciones”, *Babygest*, 28/04/2021, <https://babygest.com/es/precio/>

<sup>23</sup>González, Nuria, “Cuando lo que compras es un bebé”, *Público*, 23/09/2018.

<sup>24</sup>Guerra Palmero, María Jose, “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La gestación subrogada como nuevo negocio transnacional”, *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 26, 39-51, p. 43

<sup>25</sup> Comité de Bioética de España, Informe sobre los aspectos jurídicos, *op.cit*, p. 34.

### 2.3. Tensión entre la dignidad humana y los derechos de la mujer gestante

El concepto de dignidad humana se tiende a mencionar con asiduidad en relación con los contratos de gestación por sustitución como veremos a continuación. Es por ello que se hará una breve mención a este concepto, con el fin de precisar y delimitar su complejo significado.

En primer lugar, en el ámbito internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, en su Resolución 217, determina los derechos humanos fundamentales que han de ser protegidos, que también ha servido como inspiración para la adopción de tratados de derechos humanos<sup>26</sup> y menciona el término “dignidad humana” en su preámbulo. Establece que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Posteriormente en su artículo 1 afirma que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

El concepto de dignidad también se había mencionado en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas y en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), que afirma que los derechos tutelados se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.

Por tanto la dignidad es la base de todos los derechos humanos y como señala el ex Alto Comisionado de derechos humanos de la ONU Zeid Ra’ad Al Hussein “los derechos humanos no son una recompensa por el buen comportamiento, si no el derecho de todas las personas en todo momento y en todos los lugares”<sup>27</sup>. Mary Robinson, ex Alta Comisionada de derechos humanos, entiende la dignidad humana como “un sentido interno de autoestima”<sup>28</sup> y lo relaciona con la empatía hacia los demás como mecanismo para afrontar las desigualdades.

Por otro lado, la dignidad humana es uno de los valores sobre los que se asienta la Unión Europea y lo incluye en el articulado de la Carta de Derechos Fundamentales fue proclamada el 7 de diciembre de 2000 y no fue jurídicamente vinculante hasta que se integró en el Tratado de Lisboa en diciembre de 2009.

---

<sup>26</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>27</sup> Citado de la página de las Naciones Unidas, Noticias ONU: “Artículo 1: Libres e iguales en dignidad...”, Noticias ONU, 10 de noviembre de 2018, <https://news.un.org/es/story/2018/11/1445521>

<sup>28</sup> *Ibidem*.

En el ámbito interno, nuestra jurisprudencia ha señalado que la dignidad humana “conlleva la prohibición de instrumentalizar o patrimonializar a una persona” (STC 53/1985), o “considerarla como un objeto de mercado” (STC 224/1999); “prohibición que se extiende al cuerpo y material biológico humano” (SSTC 212/1996 y 166/1999)<sup>29</sup>.

En síntesis, los partidarios de legalización de esta práctica entienden que la prohibición de la misma, atentaría contra la dignidad de la gestante, en la medida que se le privará de la autonomía de la voluntad, esto es, de la capacidad de decidir sobre su cuerpo<sup>30</sup>. Sin embargo, los poderes públicos tienen la capacidad de imponer límites a esta autonomía en cuanto entre en colisión con los derechos fundamentales o libertades públicas<sup>31</sup>.

Es por ello que ningún derecho puede contradecir la dignidad humana y por tal razón los ordenamientos jurídicos y diversas resoluciones de organismos internacionales tratarán de dar respuesta a si la gestación por sustitución es una práctica contraria a la dignidad humana.

Es más, varias sentencias de tribunales europeos darán contestación a la pregunta de si podría considerarse lícito obligar a la gestante a que renuncie a los derechos y deberes propios de la maternidad antes del parto u obligar a la gestante a que lleve un determinado estilo de vida<sup>32</sup>.

No obstante, debemos recordar que el concepto de dignidad humana sigue siendo a día de hoy fuente de debates en el campo de la filosofía, ética y derecho, ya que es muy compleja su determinación<sup>33</sup>.

#### **2.4. Posturas enfrentadas en la regulación de la gestación por sustitución**

En la última década la gestación por sustitución ha suscitado un intenso debate tanto en el ámbito internacional como nacional y desde el ámbito jurídico y el de la bioética. Además, existen dos claras posturas enfrentadas entre sí:

Por un lado, quienes lo defienden y se posicionan a favor de esta práctica, aluden al derecho a la reproducción<sup>34</sup> y argumentan que la mujer es libre para decidir sobre su propio cuerpo y

---

<sup>29</sup> Arroyo Gil, Antonio, “Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego”, *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2020, p. 50.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>33</sup> Ales Uría Mercedes, “La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo, Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada”, *Dikaion* 29,1, 2020, p. 61

<sup>34</sup> Bartolomé, Aránzazu, “Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada”, *Revista Iberoamericana de Bioética*, nº6, 2018, p. 61.

dueña para disponer de sus capacidades. Asimismo, sostienen que, con el fin de garantizar los derechos de los niños<sup>35</sup> y proteger el interés del menor se debería regular esta práctica<sup>36</sup>.

En España, el debate ha sido tal que, en los últimos años, han existido propuestas de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), de la Asociación por la Gestación Subrogada en España (AGSE) y el grupo parlamentario Ciudadanos con el fin de regularizar la gestación por sustitución, aunque ninguna de ellas ha prosperado.

Por otro lado, las que se posicionan a favor de la abolición señalan que es una práctica que cosifica, deshumaniza, objetiviza y mercantiliza a la mujer y la entienden contraria a los derechos humanos, al entender que convierte tanto a la mujer como al niño en objeto de comercio en el mercado. Abogan por la prohibición por motivos de dignidad humana, y por tener intrínsecamente carácter de explotación o desequilibrio de poder<sup>37</sup>.

A pesar de que existen diversos razonamientos, nos debemos plantear por qué el derecho internacional a la hora de resolver las cuestiones relacionadas con la gestación por sustitución únicamente evoca el interés superior del menor y deja de lado la situación de las madres gestantes. Igualmente, debemos considerar si la gestación por sustitución es algo positivo como señalan los que la defienden o, por otra parte, atenta contra los derechos humanos tal y como apuntan las partes que la critican.

### **III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

Existen tres modalidades de legislar sobre la gestación por sustitución: por un lado encontramos países donde la modalidad altruista está permitida, otros que optan por la admisión de la modalidad comercial y por otro lado países que expresamente la prohíben.

Se han seleccionado tres Estados europeos, Portugal, Ucrania y España, que representan cada una de las posibilidades de legislar. Portugal plantea un modelo que ofrece una minuciosa regulación y garantías para las gestantes. Ucrania por otro lado, es uno de los más permisivos<sup>38</sup> y ofrece garantías para los padres comitentes pero no para las mujeres gestantes.

---

<sup>35</sup> Arts. 3, 7 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en vigor el 2 de septiembre de 1990.

<sup>36</sup> Arts. 1 y 2 de la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, el 27 de abril de 2017.

Asociación por la Gestación Subrogada en España (ASGE) (2013), “Manifiesto a favor de la legalización y regulación de la gestación subrogada en España”.

<sup>37</sup> Resolución de 17 de diciembre de 2015 del Parlamento Europeo sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo, párr. 115, p. 32, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.pdf)

<sup>38</sup> German Zurriarán, Roberto, “La maternidad subrogada: ¿solidaridad o explotación?”, *Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, Vol. 30, n° 4, 2019, p. 1241.

Finalmente, España prohíbe expresamente esta práctica, pero su prohibición genera muchas dudas en cuanto a los efectos que surgen de los contratos.

No obstante, no se trata de un estudio exhaustivo sino de una mera aproximación a las tres modalidades existentes.

### **3.1. Modalidad altruista reguladora mediante contrato: El caso de Portugal**

En primer lugar, la modalidad altruista está permitida en Holanda, Canadá, Bélgica, Portugal, Tailandia, India, Grecia, México, Reino Unido, Israel, Luxemburgo, Dinamarca, Nueva Zelanda y algunos estados de Estados Unidos<sup>39</sup>.

En esta modalidad, las mujeres gestantes deciden hacerlo de forma desinteresada, sin recibir contribución a cambio. No obstante, los padres comitentes, en la mayoría de los casos, pueden pagar una pequeña compensación por el servicio prestado en relación con los gastos médicos. Por lo general solo está permitido para aquellas parejas que demuestren a través de informes médicos su imposibilidad de gestar<sup>40</sup>.

Portugal, es uno de los países que acepta este modelo y, a su vez, es uno de los más garantistas respecto a los derechos de las mujeres gestantes.

La gestación por sustitución estaba prevista en el artículo 8 de la Ley nº 32/2006, de 26 de julio, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida<sup>41</sup>, que consideraba nulos de pleno derecho los actos jurídicos, gratuitos u onerosos, de gestación por sustitución<sup>42</sup>.

Posteriormente el artículo 8 de dicha ley fue desarrollada con la entrada en vigor de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, reguladora del acceso a la gestación por sustitución<sup>43</sup>. No obstante, la aprobación de esta ley fue controvertida, la división del parlamento y sus fuerzas fue manifiesta<sup>44</sup>, lo que conllevó al presidente de la República de Portugal, Marcelo Rebelo de

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 1242.

<sup>40</sup> Casado, Maria y Navarro, Mónica, *Document sobre gestació per substitució*, Barcelona, Edicions de la Universitat de Barcelona, febrero de 2019, pp. 29-30, <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/128362/1/08967.pdf>

<sup>41</sup> Ley nº 32/2006, de 26 de julio, sobre Procriação Medicamente Assistida, disponible en: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=903&tabela=leis](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis)

<sup>42</sup> Art. 8, Ley nº 32/2006, de 26 de julio, disponible en: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_busca\\_art\\_velho.php?nid=903&artigunum=903A0008&n\\_versao=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=903&artigunum=903A0008&n_versao=1&so_miolo=)

<sup>43</sup> Ley nº 25/2016, de 22 de agosto reguladora del acceso a la gestación por sustitución, disponible en: [https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=](https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2590&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=)

<sup>44</sup> Lazcoz Moratinos, Guillermo, “Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del TC Portugués”; *Dilemata Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 28, 2018, 137-51, p. 139.

Sousa, a realizar su primer veto presidencial, al entender que el proyecto no respetaba las recomendaciones del Informe 87/CNEV/2016 del Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida<sup>45</sup>. Finalmente, la Asamblea de la República reformuló el proyecto, siendo promulgada la Ley 25/2016, de 22 de agosto. Esta nueva ley, permitía que una mujer pudiera obligarse a llevar a término un embarazo por cuenta de terceros beneficiarios, renunciando a los derechos y deberes propios de la maternidad, y entregando tras el parto al menor nacido a los padres comitentes<sup>46</sup>.

Sin embargo, este régimen jurídico fue pronto puesto en cuestión con la interposición del recurso de inconstitucionalidad dando lugar a la Sentencia 225/2018, de 24 de abril del Tribunal Constitucional portugués<sup>47</sup>. Tras ello, la ley quedó paralizada, no pudiendo optar ninguna mujer a dar a luz en virtud de un contrato de gestación por sustitución en Portugal<sup>48</sup>.

Finalmente, a finales del año 2021, entró en vigor la Ley n.º 90/2021, de 16 de diciembre, que modifica el régimen jurídico aplicable a la gestación subrogada. Esta nueva reforma, parte de dos propuestas del Bloco de Esquerda y el animalista PAN y es promulgada por el presidente Marcelo Rebelo de Sousa el 29 de noviembre de 2021<sup>49</sup>. Procede a la modificación de la Ley n.º 32/2006, de 26 de julio en los artículos 8, 14 y 39 y mantiene los demás artículos de la Ley n.º 25/2016, de 22 de agosto.

En primer lugar, en lo referente a la Ley 25/2016, de 22 de agosto, reguladora del acceso a la gestación por sustitución, el TC portugués descartó que el modelo violase la dignidad de la gestante y de los menores en cuanto considera que la gestante conserva su libertad de autodeterminación en el plano intelectual y físico a lo largo de su embarazo<sup>50</sup>. Asimismo, entendió la voluntad de la gestante como una actuación de solidaridad activa, en la que la primera garantía de la libertad de acción de la gestante es la gratuidad<sup>51</sup> y el consentimiento de forma que garantice su expresión informada y fruto de la autonomía de voluntad<sup>52</sup>. Pero solo en la medida en que la gestante intervenga en todo el proceso ejerciendo su autonomía, su

---

<sup>45</sup> Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (87/CNECV/2016): Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.os 6/XIII (1.a) PS, 29/XIII (1.a) PAN, 36/XIII (1.a) BE e 51/XIII (1.a) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1.a) BE em matéria de Gestaçao de Substituição (GDS).

<sup>46</sup> Lazcoz Moratinos, Guillermo, *op.cit*, p. 139.

<sup>47</sup> Sentencia 225/2018, de 24 de abril del Tribunal Constitucional portugués.

<sup>48</sup> Lazcoz Moratinos, Guillermo, *op.cit*, p. 137.

<sup>49</sup> Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida, disponible en: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/90-2021-175983728>

<sup>50</sup> Sentencia 225/2018, de 24 de abril del Tribunal Constitucional portugués. Fundamentação. B.4.1.no 26.

<sup>51</sup> Sentencia 225/2018, de 24 de abril del Tribunal Constitucional portugués. Fundamentação. B.4.1 no 28.

<sup>52</sup> Lazcoz Moratinos, Guillermo, *op.cit*, p. 143.

dignidad no queda afectada<sup>53</sup> Por consiguiente, el TC optó por la tesis que reconocen en esta práctica valores éticos que deben ser reconocidos y promovidos<sup>54</sup>.

Sin embargo, declaró inconstitucionales algunos preceptos: esta ley mencionaba expresamente que la mujer gestante debía entregar al niño tras el parto “renunciando a los derechos y deberes propios de la maternidad”<sup>55</sup>. El TC entendió que el no poder revocar el consentimiento inicialmente prestado “supone una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, interpretado conforme al principio de dignidad de la persona humana y al derecho a fundar una familia, como consecuencia de una restricción excesiva de dichos derechos”<sup>56</sup>. Argumenta que la dignidad humana de la gestante solo es compatible con las obligaciones en la medida que corresponda con una “libre acción de su voluntad”<sup>57</sup>. Es por ello que la posterior modificación de la ley, suprime estas pretensiones con el objetivo de dotar a la gestante de mayor protección. Asimismo, dictaminó que la ley debe precisar los límites positivos y negativos de la autonomía de las partes para una adecuada supervisión pública del proceso<sup>58</sup>.

A día de hoy está en vigor la Ley n.º 90/2021, de 16 de diciembre, por la cual se admite la gestación por sustitución “con carácter excepcional y gratuito, en los casos de ausencia de útero, lesión o enfermedad de este órgano o cualquier otra situación clínica que impida absoluta y definitivamente el embarazo de la mujer” (art. 8.2. Ley 90/2021). Además, el modelo portugués considera nula la gestación por sustitución comercial, admitiendo esta práctica para casos excepcionales<sup>59</sup> y para ciudadanos portugueses o extranjeros con residencia permanente en Portugal<sup>60</sup>, siempre y cuando sean parejas heterosexuales y parejas del mismo sexo que sean mujeres<sup>61</sup>.

Al ser un modelo altruista y tener carácter gratuito, se evitará que entre las partes exista una relación de dependencia económica, aunque es imposible saber a ciencia cierta si existirán o no pagos encubiertos. Ya señaló el TC en la Sentencia 225/2018, de 24 de abril, la gratuidad como requisito necesario para la garantía de libertad de acción de la gestante<sup>62</sup>.

---

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Lazcoz Moratinos, Guillermo, *op.cit*, p. 149.

<sup>55</sup> Art. 8.1, Ley 25/2016, reguladora del acceso a la gestación por sustitución.

<sup>56</sup> Sentencia 225/2018, de 24 de abril del Tribunal Constitucional portugués. Fundamentação. B.6.1 no 46.

<sup>57</sup> Sentencia 225/2018, de 24 de abril del Tribunal Constitucional portugués. Fundamentação. B.6.1 no 43.

<sup>58</sup> Lazcoz Moratinos, Guillermo, *op.cit*, p. 149.

<sup>59</sup> Art. 8.2, Ley 90/2021, de 16 de dezembro,

<sup>60</sup> Art. 2, Ley n.º 90/2021, de 16 de dezembro.

<sup>61</sup> Se mantiene el art. 6.1, Ley 25/2016, reguladora del acceso a la gestación por sustitución.

<sup>62</sup> Lazcoz Moratinos, Guillermo, *op.cit*, p. 143.



Además, establece que se puede llevar a cabo en centros médicos autorizados<sup>63</sup> ya sean públicos o privados, y el tratamiento depende de la autorización del Consejo Nacional de Reproducción Asistida (CNPMA), de la opinión de la Orden de Médicos y de un dictamen del Colegio de Psicólogos (art. 8.5 Ley 90/2021).

Al ser necesarios estos dictámenes se supervisará que se cumplen los requisitos necesarios y disposiciones previstas, por lo que se seleccionarán a las mujeres que verdaderamente desean gestar de manera altruista, sin que existan motivos de necesidad.

Por un lado, en lo que a la filiación del bebé concierne, “el hijo nacido mediante la utilización de la gestación subrogada será considerado como hijo de los respectivos beneficiarios” (art. 8.9 Ley 90/2021). Y con el objetivo de “garantizar el respeto a la dignidad humana de todas las personas implicadas”<sup>64</sup>, la celebración de negocios jurídicos de gestación subrogada se realizará mediante un contrato escrito libremente establecido entre las partes y supervisado por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida (art. 8.13 Ley 90/2021).

Por otro lado, en lo que respecta a la madre gestante, se prefiere a mujeres que hayan sido madres con anterioridad (art. 8.3. Ley 90/2021). Asimismo, es posible la revocación del consentimiento, hasta el mismo momento de la inscripción del hijo nacido (art. 8.10 Ley 90/2021).

Establecer la posibilidad de revocar el consentimiento hasta el mismo momento de la inscripción del hijo nacido, favorece la situación de la gestante. En primer lugar el Tribunal Constitucional Portugués<sup>65</sup> así lo considera al señalar que la madre de alquiler no puede estar obligada a renunciar a su condición puesto que la opción del traslado jurídico y físico del bebé a los padres comitentes deberá ser gratuita. En segundo lugar, durante el embarazo, el cuerpo y el cerebro de la mujer gestante cambian y se crea un vínculo físico y emocional entre la madre y el bebé<sup>66</sup>, por consiguiente, es posible que las intenciones de la gestante cambien después del parto, por lo que la entrega del bebé no puede partir de ningún tipo de obligación jurídica o contractual<sup>67</sup>, puesto que en este caso atentaría directamente su dignidad personal<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup>Se mantiene el Art. 8.4, Ley 25/2016, reguladora del acceso a la gestación por sustitución.

<sup>64</sup> Art. 8.13 Ley n.º 90/2021, de 16 de dezembro, altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição.

<sup>65</sup> Sentencia 225/2018, de 24 de abril del Tribunal Constitucional portugués. Fundamentação. B.6.1 no 46.

<sup>66</sup> Informe sobre los aspectos..., *op.cit.*, p. 13

<sup>67</sup> Sentencia 225/2018, *op.cit.*, Fundamentação. B.6.1 no 46.

<sup>68</sup> Lazcoz Moratinos, Guillermo, *op.cit.*, p. 146.

Finalmente, se han establecido las cláusulas<sup>69</sup> que deberán contener este tipo de contratos en lo que concierne a los derechos y deberes de las gestantes, entre los que se encuentran: Participar en las decisiones relativas a la elección del obstetra, tipo de parto y lugar donde se producirá (art. 8.13.b); derecho a recibir apoyo psicológico antes, durante y después del parto (art. 8.13.c); la posibilidad de negarse a ciertas pruebas e informarle sobre las técnicas (art. 8.13. e) y los riesgos (art. art. 8.13. f) o la revocación del consentimiento o del contrato (art. 8.13.j). Asimismo, se añade el artículo 13. bis en relación con los derechos de la madre gestante y sus obligaciones (art. 13.b).

Estas cláusulas son altamente favorables a la vista de que las partes del contrato no podrán establecer libremente las disposiciones que deseen y se deberán atener a las especificadas en la ley. Así lo señaló el TC en la Sentencia 225/2018, de 24 de abril, que apuntó que la prohibición de imponer restricciones al comportamiento de la gestante y cláusulas que atenten contra sus derechos y libertades constituyen una garantía de la libertad de autodeterminación de la mujer<sup>70</sup>. Esto no ocurre en el caso de la regulación ucraniana que se analizará a continuación.

### **3.2. Modalidad comercial reguladora mediante contrato: El caso de Ucrania**

En segundo lugar, la modalidad comercial está legalizada en Georgia, Israel, Kazajistán, Ucrania, Rusia y algunos estados de Estados Unidos<sup>71</sup>. Esto es, esta práctica está abierta a cualquiera que desee ser padre. Existe una relación contractual entre las partes, por la que la madre gestante recibe una contribución por el servicio prestado. Además, participan intermediarios con ánimo de lucro (profesionales de la salud, agencias, abogados, etc)<sup>72</sup>.

Uno de los Estados que acepta la modalidad altruista es Ucrania. La no prohibición expresa de la modalidad comercial y el principio de libertad contractual como base de la legislación civil<sup>73</sup> hace que sea una práctica legal<sup>74</sup>.

---

<sup>69</sup>*Ibidem*.

<sup>70</sup> Sentencia 225/2018, *op.cit*, Fundamentação. B.4.1 no 26.

<sup>71</sup> German Zurriarán, Roberto, *op. cit*, p. 1241.

<sup>72</sup> Casado, Maria y Navarro, Mónica, *op. cit*, pp. 29-30.

<sup>73</sup> Art. 3.3 y 627 Código Civil Ucraniano.

<sup>74</sup> Ávila Hernández, Carlos Javier, “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cuadernos de Dereito Actual*, nº6, 2017, p. 333.

Este Estado es uno de los más permisivos en cuanto a la gestación por sustitución<sup>75</sup> ya que cuenta con uno de los enfoques más liberales<sup>76</sup> por lo que es considerado a día de hoy como uno de los países preferidos para llevar a cabo esta práctica<sup>77</sup>.

Últimamente, la gestación por sustitución en Ucrania se ha vuelto a poner en el punto de mira. Hace dos años, cuando estalló la pandemia, fueron noticia los casos de los padres comitentes que no podían ir a recoger a los bebés. Actualmente, con la situación de guerra que se está viviendo, son noticia las decenas de recién nacidos que aguardan a sus padres comitentes en guarderías improvisadas en sótanos<sup>78</sup>.

En lo que respecta a su regulación, está regulada por el Código Civil ucraniano bajo el título “El derecho a la vida”<sup>79</sup>. Su artículo 281.7 sostiene que “una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas y en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley”, así pues se entiende que es una práctica abierta a ciudadanos ucranianos y extranjeros.

Además, el Ministerio de Salud ucraniano, a través de una “Instrucción sobre la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida en Ucrania”(2013)<sup>80</sup>, incluyó la gestación por sustitución en el entre una lista de técnicas reproductivas<sup>81</sup>.

En relación con la filiación, el Código de Familia ucraniano<sup>82</sup> entiende que los padres del bebé nacido mediante esta técnica serán en todo caso los cónyuges que aportaron sus gametos, tal y como establece el artículo 123.2 del Código de Familia: “Si un embrión concebido por los cónyuges (un hombre y una mujer) por medio de técnicas de reproducción asistida se ha transferido al cuerpo de otra mujer, los padres del niño será el matrimonio”. Igualmente en el Reglamento del Registro Civil de Ucrania se apunta que “ En el caso de un niño dado a luz por la mujer a la que se le implantó un embrión humano concebido por los cónyuges por

---

<sup>75</sup> German Zurriarain, Roberto, *op. cit.*, p. 1241.

<sup>76</sup> Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, p. 174

<sup>77</sup> Nuño Gómez, Laura, *op.cit.*, p. 16.

<sup>78</sup> Kramer, Andrew. y Varenikova, Maria, “Diecinueve bebés nacidos por gestación subrogada están en un sótano de Kiev al cuidado de niñeras”, *New York Times*, 14/03/2022. Documental “Damaged Babies & Broken Hearts: Ukraine's commercial surrogacy industry”, ABC news, Agosto 2019.

<sup>79</sup> Código Civil Ucraniano; disponible en: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

<sup>80</sup> Sobre la aprobación del Procedimiento para el uso de tecnologías de reproducción asistida en Ucrania, Registrado en el Ministerio de Justicia de Ucrania el 2 de octubre de 2013 con el № 1697/24229. Disponible en: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#n15>

<sup>81</sup> *Ibidem*, Apartado VI.

<sup>82</sup> Código de Familia Ucraniano; disponible en: <https://dokumen.tips/documents/codigo-familia-de-ucrania.html?page=45>

medio de técnicas de reproducción asistida, el registro del nacimiento se realizará a favor de los cónyuges que han dado su consentimiento para el implante”.<sup>83</sup>

No obstante, para que los padres comitentes consten como padres legales, la gestante debe dar su consentimiento ante notario como señala el Reglamento de Registro Civil de Ucrania<sup>84</sup>. Igualmente, la gestante no podrá reclamar la filiación materna respecto al niño (art. 139.2 Código de Familia Ucrainiano).

En cuanto a los requisitos para los padres comitentes, debe ser un matrimonio heterosexual<sup>85</sup> (art. 123.2 Código de Familia de Ucrania), que acrediten una imposibilidad de procrear<sup>86</sup>.

Finalmente, en lo que se refiere a la mujer gestante, deben ser mayores de edad, que gocen de buena salud física y hayan sido madres con anterioridad<sup>87</sup> y como ya se ha señalado previamente debe dar su consentimiento y no podrán reclamar la filiación<sup>88</sup>.

Por último, aunque la admisión de la práctica quede recogida en textos normativos, en lo que concierne a la compensación a las gestantes y sus derechos y deberes, queda en manos de las agencias intermediarias que estipulan las disposiciones del contrato<sup>89</sup>. Es por ello que los textos normativos, dejan de lado la salvaguarda de los derechos de las gestantes, mientras dan carta blanca a las agencias a la hora de establecer las condiciones de estos contratos.

Sin embargo, aunque no existan cláusulas estipuladas, recientes investigaciones, han revelado la realidad de los contratos de gestación por sustitución y las imposiciones y restricciones en los hábitos de vida que se les ha impuesto a las gestantes<sup>90</sup>. Además, lo que trasciende a los medios de comunicación, tiene que ver con las expectativas frustradas de los comitentes que no quieren hacerse cargo cuando el bebé presenta discapacidades o problemas<sup>91</sup>.

Es más, en mayo de 2020 el Defensor del Pueblo para los Derechos del Niño en Ucrania, Микола Кулеба, denunció la grave vulneración de derechos humanos a los que se somete a la mujer y sacó a la luz uno de estos contratos en el que se impone a la gestante cláusulas muy

---

<sup>83</sup> Párrafo II de la sección I del Capítulo III del Reglamento de Registro Civil de Ucrania aprobado por la Orden del Ministerio de Justicia de Ucrania, de 18 de octubre de 2000, núm 52/5.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> Se introduce una enmienda, “Ley 3760-VI del 20 de septiembre de 2011”, para especificar en el art. 123.2 del Código de Familia de Ucrania que los cónyuges deben ser “un hombre y una mujer”.

<sup>86</sup> Instruction of procedures, *op. cit.*

<sup>87</sup> Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 177.

<sup>88</sup> Párrafo II de la sección I, *op. cit.*

<sup>89</sup> Ávila Hernández, Carlos Javier, *op. cit.*, p. 333.

<sup>90</sup> Ekman, Kajsa, *El ser y la mercancía: prostitución, vientres de alquiler y disociación*, El Velado, La Habana, Cenesex, 2015 p. 182

<sup>91</sup> Guerra, Maria Jose, *op.cit.*, p. 42

restrictivas respecto a sus derechos. Ejemplo de ello son el deber de “informar de cada uno de sus movimientos, estar disponible para conocer a los compradores cuando estos quieran en el caso de que así lo deseen” o la prohibición de “nadar, usar transporte” y la obligación de “pedir autorización sobre todos sus actos”<sup>92</sup>.

Por este motivo, la situación de la mujer gestante en Ucrania queda en un plano de incertidumbre, dado que al no regular expresamente sobre sus derechos y deberes quedan sometidas a cláusulas que podrían vulnerar derechos humanos y atentar contra el libre desarrollo de su personalidad y dignidad humana. Igualmente, no se les garantiza un plazo de revocación del consentimiento lo que les impide reclamar la maternidad ni ostentar derechos y obligaciones sobre el bebé<sup>93</sup>.

Es más, Ucrania ha sido considerado el país más pobre de Europa por el Fondo Monetario Internacional, por esta razón, las madres gestantes que optan por someterse a la gestación, en general, serán aquellas que provienen de zonas más pobres y contextos de vulnerabilidad, siendo la pobreza uno de los grandes alicientes para estas mujeres<sup>94</sup>.

Finalmente, nos deberíamos plantear si el consentimiento informado dado por estas mujeres llega a ser libre en algún momento, si esa decisión se ha tomado en un contexto de pobreza, vulnerabilidad y desigualdad o en un contexto en el que se podrían vulnerar derechos humanos.

### **3.3. Modalidad de prohibición: El caso de España**

En último lugar está expresamente prohibida tanto la modalidad altruista como comercial en España, Alemania, Francia, Suiza, Italia, y Moldavia entre otros<sup>95</sup>.

En España el principio vigente es “mater semper certa est”, que vincula la filiación al hecho biológico del parto (verdad biológica)<sup>96</sup>. De conformidad con el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida es declarado nulo de pleno derecho todo contrato de gestación por sustitución, además se estipula que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (art. 10.2. LTRHA).

---

<sup>92</sup>Contrato disponible en:

[https://drive.google.com/file/d/1jVgbf0pmGZx5YrOQ8\\_YPsbVIcW3G3iSe/view#analytics-noticia:contenido-enlace](https://drive.google.com/file/d/1jVgbf0pmGZx5YrOQ8_YPsbVIcW3G3iSe/view#analytics-noticia:contenido-enlace)

<sup>93</sup> Párrafo II de la sección I, *op. cit.*

<sup>94</sup>Guerra, Maria Jose, *op.cit.*, p. 40

<sup>95</sup>German Zurriarán, Roberto, *op. cit.*, p. 1243.

<sup>96</sup> Art. 108 del Código Civil.

Ahora bien, a pesar de esta nulidad, el artículo 10.3 LTRHA permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna.

De todas maneras, que exista tal prohibición, es insuficiente, en vista de que nada dice acerca de los efectos emanados de los contratos de gestación por sustitución<sup>97</sup>, entre los que se encuentra el nacimiento de un bebé. Es por este motivo que la Dirección General del Registro y del Notariado ha intentado dar solución a esta realidad mediante varias Instrucciones.

### *3.3.1. Instrucciones de la DGRN respecto a la inscripción de los menores*

Ante todo, el Estado tiene la obligación de velar por el interés superior del menor, como establece la Constitución en su artículo 39 y los tratados y convenios internacionales suscritos por el Estado Español, así como la normativa europea<sup>98</sup>. Por esta razón, ciudadanos españoles interpusieron recurso ante la DGRN contra las resoluciones de los encargados de Registros consulares que denegaba la inscripción de los menores nacidos en el extranjero<sup>99</sup>.

Es por ello que la DGRN ha intentado remediar la laguna jurídica que existe respecto a la filiación de los menores nacidos por gestación por sustitución, intentando salvaguardar el interés superior del menor<sup>100</sup> dictando Instrucciones que son contrarias a la Fiscalía General del Estado y al Tribunal Supremo,

Por tal razón, la primera controversia sobre gestación por sustitución en España ( “Caso 0”<sup>101</sup>), propició la primera resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009<sup>102</sup>, en la que se estimó la inscripción en el Registro Consular de España en California de dos bebés gemelos nacidos mediante esta práctica como hijos del matrimonio de varones, a pesar de la negativa del encargado del Registro<sup>103</sup>.

---

<sup>97</sup> Tomás Mataix, David, “La problemática derivada del reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, nº2, 2019, p. 358.

<sup>98</sup> Art. 5 de la Convención sobre los Derechos del niño y el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

<sup>99</sup> Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

<sup>100</sup> Tomás Mataix, David, *op.cit*, p. 359.

<sup>101</sup> Tribunal Supremo, Sentencia nº 853/2013 de 6 de febrero de 2014.

<sup>102</sup> Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009.

<sup>103</sup> Sales Pallarés, Lorena, “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 337.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal impugnó la resolución y el Tribunal Supremo en la sentencia nº 853/2013 de 6 de febrero<sup>104</sup> finalmente confirmó la no inscripción, considerando que debía prevalecer el orden público internacional español frente al interés superior del menor<sup>105</sup>.

A pesar de todo, la DGRN en 2010<sup>106</sup> dictó una nueva Instrucción de 5 de octubre de 2010<sup>107</sup> con el objetivo<sup>108</sup> de revertir la situación creada. Esta Instrucción, exige para la inscripción de los menores de edad, una resolución judicial dictada por el órgano judicial competente en la que determine la filiación del recién nacido.

No obstante, en el año 2019 la DGRN volvió a emitir dos nuevas directrices con el fin de solventar las negativas de inscripción de contratos de gestación por sustitución celebrados en Ucrania<sup>109</sup>: una Instrucción de 14 de febrero de 2019 ampliando los requisitos para la inscripción aunque finalmente fue dejada sin efecto y una nueva Instrucción de 18 de febrero (en vigor actualmente), acordando mantener los requisitos de la Instrucción 5 de octubre de 2010.

Esta última instrucción apunta que “la gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes”, en la que “la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho”<sup>110</sup>. A pesar de todo, la DGRN opta por salvaguardar el interés superior del menor, admitiendo las inscripciones de los menores en los términos fijados en la Instrucción 5 de octubre de 2010.

### *3.3.2. El papel del Tribunal Supremo en la gestación por sustitución*

Por su parte el Tribunal Supremo ha mostrado su postura en dos sentencias muy significativas: la Sentencia nº 853/2013 del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014<sup>111</sup> y la Sentencia del Tribunal Supremo 277/2022, del 31 de marzo de 2022<sup>112</sup>.

---

<sup>104</sup> Tribunal Supremo, Sentencia nº 853/2013 de 6 de febrero.

<sup>105</sup> Tomás Mataix, David, *op.cit*, p. 352.

<sup>106</sup> Instrucción 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> Sales Pallarés, Lorena, *op.cit*, p. 337.

<sup>109</sup> Tomás Mataix, David, *op.cit*, p. 352.

<sup>110</sup> Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

<sup>111</sup> Tribunal Supremo, Sentencia nº 853/2013 de 6 de febrero de 2014

<sup>112</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia de Pleno 277/2022, de 31 de marzo. Recurso (CAS) 907/2021.

## I. STS nº 853/2013 de 6 de febrero de 2014

En este caso, el TS rechaza la inscripción registral como hijo de un matrimonio de varones españoles de dos bebés nacidos en California<sup>113</sup>, haciendo caso omiso a las Instrucciones de la DGRN, por considerar que la gestación por sustitución atenta contra el derecho a la dignidad del ser humano. Es más, el Tribunal Supremo por primera vez pone su foco no solo en el interés superior del menor como venía haciendo el TEDH sino que establece su postura respecto a la situación en la que se encuentran las mujeres gestantes.

En el fundamento jurídico 3.6 expresa que en nuestro ordenamiento jurídico no se puede aceptar que “los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”<sup>114</sup>. Es decir, por un lado considera que la práctica vulnera la dignidad humana de la gestante y del bebé. Por otro lado entiende que el gran aliciente para las gestantes es una situación de pobreza, de la que se aprovechan unos intermediarios.

Además, en el fundamento jurídico 5.6 apunta que el principio del interés superior del menor debe aplicarse “para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”<sup>115</sup> y en el fundamento jurídico 5.7 especifica que se debe ponderar con la “la dignidad y la integridad moral de la mujer gestante con el objetivo de evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”<sup>116</sup>. Por ende, considera los derechos de los niños tan importantes como los de las mujeres gestantes, aceptando que estos últimos no pueden dejarse de lado.

Indudablemente, esta sentencia marca un precedente al cargar contra este tipo de contratos por considerar que vulneran los derechos fundamentales de los bebés y también de las mujeres gestantes, además de considerarse contrarios al orden público.

---

<sup>113</sup> El llamado “Caso 0”, que ya ha sido analizado previamente.

<sup>114</sup> Fundamento Jurídico 3.6 STS 6 febrero 2014

<sup>115</sup> Fundamento Jurídico 5.6 STS 6 febrero 2014.

<sup>116</sup> Fundamento Jurídico 5.7 STS 6 febrero/2014.



## II. STS nº 277/2022 de 31 de marzo de 2022<sup>117</sup>

En segundo lugar, el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 277/2022 de 31 de marzo de 2022<sup>118</sup>, ha analizado esta práctica desde el punto de vista de los derechos fundamentales de nuestra Constitución y de los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte. Igualmente, ha centrado su interés en las agencias intermediarias, en las cláusulas de los contratos y en la situación y derechos de las mujeres gestantes. Es por ello que a pesar de tratar el interés superior del menor como ya lo había hecho anteriormente, esta vez ha examinado en profundidad a las demás partes involucradas en estos contratos.

Nos encontramos ante un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia que determinaba la filiación materna respecto a una persona que no es madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución en México. Ahora bien, esta mujer ostentaba la consideración de madre legal para la legislación mexicana.

El Tribunal Supremo invoca los bienes jurídicos tomados en consideración por la sentencia Sentencia nº 853/2013 de 6 de febrero de 2014 y estima el recurso de casación por entender que “la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos” (F.J. 3).

Primeramente, en relación con la madre gestante y con el niño, sostiene en el fundamento jurídico 3.7 que estos “son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad”.

De hecho, precisa en el fundamento jurídico 3.8 que no hace falta un gran esfuerzo de imaginación para entender la circunstancia en la que se encuentra la madre gestante sea una “situación económica y social de vulnerabilidad”. Es por ello que tacha el trato de “inhumano y degradante” y concluye 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”.

Es más, determina en el fundamento jurídico 3.11 que la celebración de estos contratos en Estados donde se otorgan mayores prerrogativas a los comitentes, conlleva a que “se acentúe

---

<sup>117</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia de Pleno 277/2022, de 31 de marzo. Recurso (CAS) 907/2021.

<sup>118</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia de Pleno 277/2022, de 31 de marzo. Recurso (CAS) 907/2021.

la vulneración de la autonomía personal, la integridad física y moral y, en definitiva, la dignidad de la mujer gestante”.

Por otro lado, respecto a las cláusulas de los contratos, señalan que “la madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se le exige que se someta a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual” (FJ 3.7). Más aún, especifica que en este contrato se regulan cuestiones tales como “qué puede comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento ...”(F.J. 3.7). Por esta razón el TS entiende que estas limitaciones en la autonomía personal e integridad física y moral de las gestantes que tienen como objetivo que el contrato llegue a buen término son “incompatibles con la dignidad de todo ser humano” (F.J.3.9).

Asimismo, en cuanto a las agencias intermediadoras dictamina que “cuyo negocio lo constituye este tipo de prácticas vulneradoras de los derechos fundamentales” (FJ 3.8).

Por consiguiente, el TS entiende que “el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia” (FJ 3.12) y es por ello 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 y, por tanto, no puede aceptarse por principio” (FJ 3.12).

Finalmente, relativo a la filiación de los menores establece dos vías: 1) Respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA (FJ 5.9 ) y 2) En relación a la madre comitente, la vía de la adopción (FJ 5.10).

En conclusión, se puede apreciar como nuestra jurisprudencia muestra una postura contraria a esta práctica por entender que existe una vulneración de los derechos humanos de los niños y de las madres gestantes, por ser una práctica que cosifica y objetiviza a ambas partes y que acentúa la situación de desigualdad económica y social de la gestante. Como resultado, la Sentencia del TS 277/2022 del 31 de marzo de 2022 destaca que esta práctica da lugar a una vulneración de la autonomía personal, los derechos a la intimidad, a la integridad física y moral y la dignidad de la mujer gestante (FJ. 3.8 y 3.11).

En suma, esta última sentencia del TS, deja la puerta abierta a un nuevo debate sobre la gestación por sustitución, con el fin de que se establezcan directrices que colmen las grandes lagunas que suscita la redacción del artículo 10 de la LTRHA. Quizá la solución podría darse a través de la prohibición de la labor de estas empresas y el establecimiento de sanciones a aquellas que siguen publicitando y promoviendo la práctica, así como la tipificación como delito de los contratos que convengan la gestación por sustitución.

### **3.4. Diferencias entre las modalidades altruista y comercial**

Tras analizar estos modelos, es evidente que existen enormes disparidades entre los contratos altruistas y aquellos en los que se admite la modalidad comercial.

En realidad, pese a que la gran diferencia radique en la existencia o no de una retribución por los servicios prestados, como advierte María José Guerra Palmero, esta opción, también acompaña compensaciones monetarias y es por eso que “en condiciones de precariedad de la población femenina, parece que la motivación económica es la clave del asunto”<sup>119</sup>.

Asimismo como señala Ana Valero, Reino Unido a pesar de permitir el modelo altruista, “es el país europeo que se encuentra a la cabeza en la contratación de mujeres para dicho fin en el extranjero”, lo que evidencia que la modalidad altruista es “un mito que legitima y encubre un auténtico negocio a nivel mundial”<sup>120</sup>. El Comité de Bioética de España coincide con esta argumentación y expresa se ha creado una tendencia de desplazarse a países donde el coste de la gestación por sustitución es más económico y donde los padres comitentes tienen más garantías, a pesar de que en sus países de origen esté regulada la modalidad altruista. Para ilustrar esta postura menciona el ejemplo de Reino Unido<sup>121</sup>.

Por consiguiente, a pesar de que en diversas jurisdicciones la modalidad altruista esté regulada, puede ocurrir que también venga acompañada de ciertas compensaciones.

De todos modos, es imposible saber a ciencia cierta si en los Estados donde está permitida la modalidad altruista se están llevando a cabo pagos encubiertos. Por ello, en cuanto a los modelos donde se permite la regularización, el modelo portugués es uno de los que más tiene en cuenta los derechos de las mujeres dado que intenta evitar los casos de gestación por sustitución comercial y también impedir que las mujeres más vulnerables accedan a esta

---

<sup>119</sup> Guerra, María Jose, *op.cit*, p. 40.

<sup>120</sup> Valero Heredia, Ana, “La maternidad subrogada: Un asunto de derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad constitucional*, nº 43, 2019, pp. 427.

<sup>121</sup> Informe sobre los aspectos..., *op.cit*, p. 42.

práctica por el mero hecho de necesidad económica. Es por ello que en Portugal se intenta proteger sus derechos, con el fin de que sientan que la decisión de ser madre gestante es una decisión que han tomado en plena libertad y con consentimiento informado.

Al contrario que en Portugal, en Ucrania las mujeres gestantes se ven sometidas a una gran desprotección y a estrictas reglas respecto a su autonomía personal lo que merma sus derechos. Como señala Guerra Palmero, estas restricciones no amplían el rango de los derechos reproductivos, “sino que hipotecan la autonomía de la mujer durante nueve meses”<sup>122</sup>. Este razonamiento nos evoca a la argumentación de nuestra jurisprudencia en su última sentencia del TS, que entiende que tales imposiciones en estos contratos son “incompatibles con la dignidad de todo ser humano” (F.J.3.9).

Por ende, en este trabajo se entiende que la dignidad de la mujer estaría únicamente protegida en un ordenamiento en el que se garantizase, como es el caso del modelo portugués, una revocación del consentimiento<sup>123</sup> y una regulación de cláusulas del contrato. Como defiende Lazcoz Moratinos, cuando la mujer gestante no quiere continuar con el procedimiento, su participación ya no está en la esfera del libre desarrollo de la personalidad, siendo todas las decisiones posteriores tomadas en contra de su voluntad y por ende contrarias a su dignidad humana<sup>124</sup>, es por ello que un modelo como el portugués garantiza los derechos de las gestantes.

#### **IV. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL**

Previamente se ha analizado la gestación por sustitución en el ámbito del derecho interno, comparando tres países europeos y tres formas de legislar distintas.

A continuación, se analizará esta práctica en el ámbito internacional, desde diversas perspectivas: En primer lugar, a través de la postura de las Naciones Unidas, mediante la investigación de los Informes presentados a la Asamblea General y convenios internacionales sobre derechos humanos. En segundo lugar, recurriendo al análisis de diversas sentencias del TEDH. Y por último se hará una breve mención a la postura adoptada por la UE.

---

<sup>122</sup> Guerra, Maria Jose, *op.cit*, p. 43.

<sup>123</sup> Sentencia 225/2018, de 24 de abril del Tribunal Constitucional portugués. Fundamentação. B.6.1 no 46.

<sup>124</sup> Lazcoz Moratinos, Guillermo, *op.cit*, p. 146.

Todo ello tiene como objetivo dotar este trabajo de investigación de una nueva perspectiva amplia y global y esclarecer si además del interés superior del menor, la situación de la mujer gestante es tenida en cuenta en el ámbito internacional.

#### **4.1. Los Informes presentados a la Asamblea General de las Naciones Unidas**

La ONU únicamente se ha pronunciado respecto a las gestación por sustitución en dos ocasiones: En 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 de niños”<sup>125</sup> presentado a la Asamblea General de la ONU, de 15 de enero de 2018; y en en otro Informe de la AG sobre “La venta y la explotación sexual de niños, de 15 de julio de 2019 incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”<sup>126</sup>.

Tan solo cabe apuntar que en este último informe (2019) se establecen salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución y como no es objeto de este trabajo no se profundizará más. En relación con la gestante la única mención al respecto es que este informe advierte que “la amenaza real de la explotación y la mercantilización de los niños, y potencialmente de las madres subrogantes, suele estar relacionada con el papel de los intermediarios”. Además puntualiza que “ello se debe al ánimo de lucro de los intermediarios privados, cuya motivación principal es la conclusión satisfactoria del contrato de gestación por sustitución con escasa o ninguna consideración por los derechos de las personas implicadas”<sup>127</sup>.

Primeramente, en el Informe de 2018, la Relatora Especial pone de relieve que esta práctica no supone una excepción a la prohibición de venta de niños<sup>128</sup> que establece el artículo 35 de la CDN<sup>129</sup>. Conforme al artículo 2a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los

---

<sup>125</sup>Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. “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 de niños”, A/HRC/37/60, 15 de enero de 2018. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/007/71/PDF/G1800771.pdf?OpenElement>

<sup>126</sup>Naciones Unidas. Asamblea General. “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 de niños”, A/74/162, de 15 de julio de 2019. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/216/52/PDF/N1921652.pdf?OpenElement>

<sup>127</sup> *Ibidem*, párr. 78.

<sup>128</sup> “Informe de la Relatora Especial ...”, *op.cit.*, párrafo 34.

<sup>129</sup> Art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.

Derechos del niño, constituye venta de niños siempre que la madre de alquiler o un tercero reciban “remuneración o cualquier otra retribución” a cambio de trasladar al niño. Es por ello que la modalidad comercial entra de lleno en la definición de venta de niños cuando consta de tres elementos: a) “remuneración o cualquier otra retribución” (pago); b) el traslado del niño (traslado); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por el traslado)<sup>130</sup>. La Sentencia del TS 277/2022, del 31 de marzo de 2022<sup>131</sup> también reitera esta argumentación en el fundamento jurídico 3.5.

Asimismo, aunque en menor medida, la Relatora también tiene en consideración la situación de las mujeres gestantes y recalca la “inquietud” y la preocupación por “la práctica de contratar a madres gestantes de Estados con economías emergentes para que den a luz a hijos de aspirantes a progenitor más adinerados de otros Estados”<sup>132</sup>.

Además, subraya que existe una posible situación de desigualdad y vulnerabilidad en la que se encuentran estas mujeres: “La preocupación por las madres de alquiler, especialmente por quienes ejercen su capacidad de actuar en contextos de especial vulnerabilidad a la explotación como consecuencia de la pobreza, la impotencia, la falta de educación y diversas formas de discriminación, agudiza los dilemas a los que hacen frente los Estados”<sup>133</sup>.

A continuación, respecto a las formas de legislar expresa que la respuesta más frecuente en la práctica de los Estados suele ser la de prohibir la gestación por sustitución comercial y permitir la altruista, al considerar que la comercial “convierte a los niños en artículos de consumo y explota a las madres de alquiler”<sup>134</sup>. Para ilustrar esta declaración añade una serie de casos de trata que han tenido lugar raíz de esta práctica en su modalidad comercial<sup>135</sup> y las califica de “prácticas abusivas” que ocurren en contextos no regulados pero también en jurisdicciones donde la modalidad comercial está regulada. Mantiene que la gestación por sustitución de carácter comercial supone “un cuestionamiento directo de la legitimidad de las normas de derechos humanos en la medida en que algunos de los regímenes jurídicos vigentes

---

<sup>130</sup> “Informe de la Relatora Especial ...”, *op.cit.*, párrafo 42.

<sup>131</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia de Pleno 277/2022, de 31 de marzo. Recurso (CAS) 907/2021.

<sup>132</sup> Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. “Informe de la Relatora Especial...”, *op.cit.*, párr. 13.

<sup>133</sup> Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. “Informe de la Relatora Especial...”, *op.cit.*, párr. 17, basándose en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”.

<sup>134</sup> Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. “Informe de la Relatora Especial...”, *op.cit.*, párr. 20, basándose en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, párr. 18.

<sup>135</sup> *Ibidem*, párr. 30.

en la materia pretenden legalizar prácticas que violan la prohibición internacional de la venta de niños”<sup>136</sup>.

Finalmente establece una serie de conclusiones y afirma que “la madre de alquiler no deberá estar obligada a renunciar a su propia condición con arreglo al contrato de maternidad subrogada. Siempre que la madre de alquiler opte después del parto por el traslado jurídico y físico del niño al aspirante o aspirantes a progenitor, su acto deberá ser gratuito y derivar de sus propias intenciones con posterioridad al parto y no de ningún tipo de obligación jurídica o contractual”<sup>137</sup>. Esta argumentación iría de la mano con las argumentaciones dadas en la sentencia del Sentencia 225/2018, de 24 de abril del Tribunal Constitucional portugués o del Tribunal Supremo del 31 de marzo de 2022, que apuntan que la imposición de tales limitaciones son incompatibles con la dignidad humana.

Como se puede observar, la ONU se ha centrado casi exclusivamente en los niños, situando en un segundo y alejado plano la situación de las mujeres gestantes. Tan solo ha mencionado que existe vulneración de derechos humanos pero no ha establecido cuáles serían y los motivos. Es por ello que como insta la Relatora Especial, la comunidad internacional debe contribuir mediante deliberaciones e investigaciones a establecer la repercusión en los derechos humanos de las mujeres gestantes con el objetivo de elaborar normativa que sea acorde a los derechos humanos<sup>138</sup>.

#### **4.2. La gestación por sustitución a la luz de los convenios internacionales sobre derechos humanos de las Naciones Unidas**

No existe un consenso global en relación con la gestación por sustitución, y tampoco existe a nivel supranacional un texto jurídico que indique los requisitos. Sin embargo, teniendo de punto de partida la ONU, se pueden establecer ciertas directrices para determinar si es contraria o no a la normativa internacional.

En este trabajo se considera que en la gestación por sustitución entran en juego diversos derechos fundamentales e intereses económicos de diferentes partes. Pero como señala Octavio Salazar “los argumentos esenciales son los que tienen en cuenta los derechos de la gestante, aunque es evidente que posteriormente el contrato tendrá determinados efectos en el

---

<sup>136</sup> *Ibidem*, párr. 24.

<sup>137</sup> *Ibidem*, *op.cit*, párr. 72.

<sup>138</sup> Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial...”, *op.cit*, pág. 23, apartado f).

niño o niña que nazca”<sup>139</sup>. Por tal razón, debemos considerar si esta práctica atenta o no contra principios y/o derechos humanos desarrollados por la normativa internacional de derechos humanos en relación con la madre gestante. Para ello, se analizará primeramente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y por último veremos si cabe una analogía con la Convención sobre la Esclavitud.

#### *4.2.1. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*

El Comité Para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer supervisa la aplicación de la Convención (1979) y de su protocolo facultativo (1999). Por un lado, en su artículo 6 conmina que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”<sup>140</sup>. Por otro lado, el artículo 3 establece que los Estados partes tomarán las medidas necesarias para garantizar el desarrollo e igualdad de todas las mujeres, en todas las esferas<sup>141</sup>.

En el artículo 6 se hace mención a la trata de mujeres, señalando que es una forma de discriminación contra la mujer. Se entenderá como trata de personas lo recogido en el artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata, que entró en vigor el 9 de septiembre de 2003<sup>142</sup>: “la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”.

Parece indiscutible que con la internalización de la gestación por sustitución, se dan prácticas abusivas como pone de manifiesto la Relatora Especial: en Tailandia o la India se han desmantelado “criaderos de bebés” y presentado cargos por trata de personas. Además, las redes comerciales de gestación por sustitución trasladan a las madres gestantes de un país a otro, con el objetivo de eludir la legislación nacional<sup>143</sup>. También existen casos de trata en

---

<sup>139</sup>Salazar. Octavio, *La gestación para otros: Una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 428.

<sup>140</sup>Artículo 6 de la Convención para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra las Mujeres, 3 de septiembre de 1981.

<sup>141</sup>Artículo 3, *op.cit.*

<sup>142</sup> United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto, 9 de septiembre de 2003; disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>

<sup>143</sup> Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. “Informe de la Relatora Especial...”, *op.cit.*, párr. 29.



contextos regulados como por ejemplo en California, donde se dismanteló una red de venta de recién nacidos que integraban dos reconocidos abogados o el caso “Cook. c. Harding”<sup>144</sup>. Asimismo, la Conferencia de la Haya reporta casos de trata y explotación de mujeres que han sido vendidas a hombres para trabajar como madres gestantes<sup>145</sup>. Maria Jose Guerra (2017) señala que estas situaciones podrían equivaler a aquellas de trata de mujeres para la reproducción, con similitudes a la trata de personas para la explotación sexual y la laboral<sup>146</sup>. Además, el papel de intermediarios y agencias puede asimilarse a figuras de otras actividades como el proxenetismo<sup>147</sup>. Por lo tanto, estos casos supondrían una clara vulneración del artículo 6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

En suma, si se dan las circunstancias mencionadas en el artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata, se vulneraría el artículo 6 de la CEDAW. De hecho, nuestro TS en la Sentencia 277/2022, del 31 de marzo de 2022, precisa que la situación que para las mujeres gestantes resulta de estos contratos comerciales se puede incluir dentro del artículo 6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, señalando que la práctica se podría considerar como trata y explotación de las mujeres (F.J. 4.5).

Por otro lado, en relación con el artículo 3 de la CEDAW, si los Estados aceptan los contratos de gestación por sustitución, no estarían salvaguardando el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, sino que la estarían situando en una posición inferior a la del hombre y al de las madres comitentes que tienen los medios necesarios para contratar este servicio.

Por ende, podemos apreciar cómo se recurre a aquellas mujeres de países donde impera la pobreza y la necesidad económica, introduciendo en el tráfico mercantil una capacidad del cuerpo de la mujer, la capacidad reproductiva, acentuando así la feminización de la pobreza y la discriminación, perpetuando la desigualdad entre hombres y mujeres. Parece que el único objetivo en estos casos es cumplir el objeto del contrato sin garantizar la protección de los derechos de las mujeres gestantes, siendo el único fin como señala la Relatora Especial

---

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>145</sup> Correa da Silva, Waldimeiry, “Gestación por sustitución y derechos humanos: ¿explotación o autonomía sobre los cuerpos de las mujeres?”, *Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba*, vol.5, n.67, p. 402.

<sup>146</sup> Guerra Palmero, Maria Jose, *op.cit*, p. 43.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 46.

mantener los beneficios de la industria, desembocando en prácticas abusivas sistémicas y en venta de niños<sup>148</sup>.

#### 4.2.2. La Convención de Naciones Unidas contra la Esclavitud y la gestación por sustitución

A día de hoy, existen nuevas formas de esclavitud como apunta las Naciones Unidas, en la que aquellas personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad son captadas “para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación”<sup>149</sup>. Aunque el concepto de esclavitud haya evolucionado, la definición tradicional viene dada en el artículo 1 de la Convención sobre la Esclavitud de 26 de septiembre de 1926 que lo define como “el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”.

En primer lugar, en la práctica de la gestación por sustitución se ejerce un control sobre la gestante y sus capacidades reproductivas, ya que los médicos y los padres comitentes obtienen el derecho a decidir sobre el cuerpo de la gestante durante el embarazo: el número de embriones a implantar, el aborto o el tipo de parto y los procedimientos de fecundación in vitro, no son decididos por el mujer, sino de acuerdo con lo establecido en el contrato<sup>150</sup>. Además, también puede existir una renuncia de la maternidad a favor de los padres comitentes<sup>151</sup>.

En segundo lugar, puede existir una restricción de la libertad en términos de autonomía durante el periodo de su embarazo, en lo que respecta la toma de decisiones cotidianas<sup>152</sup>. Como ya se ha mencionado previamente, el TC portugués en la Sentencia 225/2018 apuntó que la prohibición de imponer restricciones al comportamiento de la gestante y cláusulas que atenten contra sus derechos y libertades constituyen una garantía de la libertad de autodeterminación de la mujer<sup>153</sup>. Y la STS 277/2022, del 31 de marzo de 2022, consideró que tales imposiciones en estos contratos son “incompatibles con la dignidad de todo ser humano” (F.J.3.9).

---

<sup>148</sup>Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. “Informe de la Relatora Especial...”, *op.cit.*, p. 11.

<sup>149</sup> “La esclavitud no es una reliquia del pasado, sino una realidad muy presente”, Naciones Unidas, disponible en: <https://www.un.org/es/observances/slavery-abolition-day>

<sup>150</sup> Correa da Silva, Waldimeiry, *op.cit.*, p. 406.

<sup>151</sup> *Ibidem.*

<sup>152</sup> *Ibidem.*

<sup>153</sup> Sentencia 225/2018, *op.cit.*, Fundamentação. B.4.1 no 26.

En tercer lugar, los padres comitentes se encuentran en una situación privilegiada sobre la utilización de otra persona con el objetivo de obtener un beneficio (el bebé). Además, las agencias intermediarias desean lucrarse de la práctica para obtener beneficios económicos. Por lo tanto, estos beneficios se obtienen de una posición de vulnerabilidad de la madre<sup>154</sup>.

Por consiguiente, si se dan estas situaciones, la práctica podría derivar en situaciones análogas a la esclavitud, por beneficiarse de una situación de vulnerabilidad de otras personas y ostentar el derecho de uso de sus cuerpos.

### **4.3. La gestación por sustitución desde la perspectiva del CEDH**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la disparidad de regulaciones existentes respecto a la gestación por sustitución en los distintos países y no las ha legalizado, pero ha dotado a los Estados de un gran margen de discrecionalidad. Por esta razón, ha considerado “perfectamente válido” que se pueda prohibir la práctica en sede interna<sup>155</sup>. Ahora bien, ha considerado excesivo rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución ignorando la vinculación biológica<sup>156</sup>.

Durante los últimos años, se ha pronunciado sobre casos concretos, analizando si las medidas adoptadas por los distintos países han supuesto o no una vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>157</sup>. Esto es, en sus sentencias respecto a la filiación de los nacidos, ha examinado si la interferencia de las autoridades con los padres comitentes es acorde a la ley o no, a la luz del artículo 8 del CEDH (el derecho al respeto de la vida privada y familiar). La postura de la jurisprudencia europea es clara, en cuanto a que la salvaguardia del niño no legitima el origen de su nacimiento<sup>158</sup>, es por ello que primará siempre el interés superior del menor.

Sin embargo, aunque dote de importancia el interés superior del menor, ha dejado al margen de su análisis la situación jurídica de las mujeres partícipe en estos contratos<sup>159</sup> en vista de que

---

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 409.

<sup>155</sup> Andorno, Roberto, “Intercountry Surrogacy and the Best Interest of the Child”, en *Debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto, Faculty of Law of the University of Porto, 2018, p. 133.

<sup>156</sup> Durán Ayago, Antonia, “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. Francia y caso Labasse c. Francia, de 26 de junio de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, p. 280.

<sup>157</sup> Tomás Mataix, David, *op.cit.*, p. 349.

<sup>158</sup> Ales Uría Mercedes “La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo, Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada”, *Dikaion* 29,1, 2020, p. 58

<sup>159</sup> Lazcoz Moratinos, Guillermo, y Guitierrez-Solana Journoud, Ander, “La invisible situación de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo nº 16”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.11, nº2, 2019, p. 683.

el TEDH ni siquiera se ha planteado si la práctica podría atentar contra los derechos fundamentales de las gestantes<sup>160</sup>.

Existen diferentes pronunciamientos del TEDH en cuanto a la inscripción de los bebés nacidos mediante esta práctica. El Tribunal ha analizado casos en los que existía relación biológica entre los menores y los padres comitentes (Mennesson c. Francia<sup>161</sup>, Labasse c. Francia<sup>162</sup>, Foulon y Bouvet c. Francia<sup>163</sup>...) y otros casos donde no existía ese vínculo (Paradiso y Campanelly c. Italia<sup>164</sup>).

Por un lado, el TEDH tiene en cuenta si ha habido aportación genética por parte de al menos uno de los comitentes y si la hay el Tribunal falla a favor de establecer la filiación para así garantizar el derecho que tiene el niño a su identidad filial (art. 8. CEDH)<sup>165</sup>. Por otro lado, el Tribunal dictamina si existió o no un vínculo familiar, con el objetivo de adoptar la decisión que mejor proteja el interés superior del menor.

#### I. Mennesson c. Francia (nº 65192/11) y Labasse c. Francia (nº 65941/11).

Se trata de dos sentencias con fundamentos jurídicos muy similares en las que dos matrimonios de nacionalidad francesa, no pudiendo tener hijos, recurren a la práctica de la gestación por sustitución en California y en Minnesota respectivamente. En ambos casos, los padres comitentes emplean su material biológico y los óvulos de una donante anónima. Como resultado nacen dos gemelas para el matrimonio Mennesson y una niña para el matrimonio Labasse<sup>166</sup>. Ambos bebés obtienen el pasaporte norteamericano, pero una vez en Francia se les deniega el acceso al Registro Civil, por considerar que atenta contra el orden público internacional francés<sup>167</sup>.

---

<sup>160</sup> Salazar, Octavio, *op.cit.*, p. 131.

<sup>161</sup> TEDH. Mennesson c. Francia, de 26 de junio de 2014; disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2265192/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145389%22%5D%7D>

<sup>162</sup> TEDH. Labasse c. Francia, de 26 de septiembre de 2014; disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265941/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145180%22%5D%7D>

<sup>163</sup> TEDH. Foulon y Bouvet c. Francia, de 21 de julio de 2016, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-164968%22%5D%7D>

<sup>164</sup> TEDH. Sentencia del TEDH nº 25358/12 Paradiso y Campanelly c. Italia, de 24 de enero de 2017.

<sup>165</sup> Durán Ayago, Antonia, “Gestación por sustitución ...”, *op.cit.*, p. 576.

<sup>166</sup> García San José, Daniel, “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 2018, p. 109.

<sup>167</sup> Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Mennesson c. France (n.o 65192/11) y caso Labasse c. France (n.o 65941/11), de 26 de junio de 2014.

Finalmente, tras un largo proceso judicial los matrimonios Mennesson y Labasse acuden al TEDH y este aplica la misma solución para ambos casos, fallando a favor de los padres comitentes y condenando a Francia. El TEDH entiende que el rechazo al reconocimiento de la filiación a favor de estos vulnera el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en relación con el interés superior del menor y el respeto a su vida privada<sup>168</sup>.

Como el art. 8 del CEDH presupone la existencia de una familia, pudiendo ser los vínculos familiares *de facto*, el TEDH entiende que en ambos casos se daban tales situaciones, puesto que habían vivido con los bebés como padres desde el nacimiento, estableciendo así una vida familiar<sup>169</sup>.

## II. Paradiso y Campanelly c. Italia (nº 25358/12)

Este caso difiere de los anteriores en cuanto la fecundación in vitro se lleva a cabo con gametos de dos donantes anónimos. En este caso, un matrimonio italiano decide recurrir a la gestación por sustitución en Rusia en el año 2010. En este contrato la madre gestante renuncia de forma escrita en documento privado a todo derecho de filiación sobre el menor desde su nacimiento<sup>170</sup>. El problema surge cuando se les deniega la inscripción como hijo suyo al bebé nacido mediante esta técnica una vez en Italia en el Registro Civil y se les acusa de fraude de ley<sup>171</sup>. Mediante una prueba de ADN intentan probar que existe vínculo biológico pero para su sorpresa la prueba dictamina que el bebé no tiene material genético de los padres comitentes y se prosigue a retirar la custodia del bebé y darlo en adopción<sup>172</sup>. Finalmente, el matrimonio interpone recurso ante el TEDH y en el año 2015 es admitido a trámite<sup>173</sup>.

En un primer instante (sentencia del año 2015) la sección 2ª del TEDH falla como en los casos anteriores a favor de los padres comitentes, por entender que se había constituido una familia *de facto*, y que el Gobierno Italiano había violado el art. 8 del CEDH y no había tenido en cuenta el interés superior del menor.

---

<sup>168</sup>Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos..., *op.cit.*

<sup>169</sup> Párr. 45 de la STEDH de 26 de junio de 2014 en el caso Mennesson c. Francia; demanda núm. 65192/11, párr. 81 de la STEDH de 26 de junio de 2014, en el caso Labassee c. Francia, demanda núm. 65941/11.

<sup>170</sup>Beaumont, Paul y Trimmings, Katarina, “The European Court of Human Rights in Paradiso and Campanelli v. Italy and the way forward for regulating cross-border surrogacy”, *CPIL Working Paper*, nº3, 2017, pp-1-21.

<sup>171</sup> Ruíz Martín, Anna Maria, “El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derechos Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 781.

<sup>172</sup> Ruíz Martín, Anna Maria, *op.cit.*, p. 781.

<sup>173</sup>Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Paradiso y Campanelli c. Italia, 27 de enero de 2015.

Sin embargo, se revoca la resolución mediante sentencia de 24 de enero de 2017 por la Gran Sala del TEDH<sup>174</sup>. En este caso, se considera que el que no exista un vínculo biológico es extremadamente relevante a la hora de resolver, asimismo debido al corto periodo en el que los padres comitentes estuvieron con el menor (8 meses) se entiende que no se llega a crear ningún vínculo y en consecuencia no se vulnera ningún derecho reconocido en el CEDH.

Además, señala la sentencia *Paradiso y Campanelli c. Italia* en el apartado 141 que “las disposiciones del artículo 8 no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar” y que por consiguiente “el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia”. Establece claramente que no existe como tal un derecho a ser padres, sino un deseo que no puede ser justificado teniendo como referencia el artículo 8 del CEDH relativo a la vida privada y familiar. Esta argumentación coincide con el razonamiento de nuestra jurisprudencia (STS 277/2022, del 31 de marzo de 2022) donde reitera la misma argumentación del TEDH señalando 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”<sup>175</sup>.

Asimismo, como ya se ha mencionado anteriormente, resulta sorprendente que el Tribunal no entre a valorar la situación de la mujer gestante y la legalidad y licitud de los contratos de gestación por sustitución aún cuando las obligaciones del contrato se ejercitan sobre el cuerpo de la mujer gestante. En este trabajo se considera que se deben ponderar los demás bienes jurídicos concurrentes como la garantía del respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante<sup>176</sup>, y en y en estos casos el TEDH ha querido pasar por alto este aspecto fundamental.

Como bien señala el voto particular de los Magistrados De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek y Dedov<sup>177</sup> en la sentencia *Paradiso y Campanelli c. Italia*, la gestación por sustitución es incompatible con la dignidad humana ya que “constituye un trato degradante, no sólo para el niño sino también para la madre de alquiler”. Asimismo, apuntan que tanto el niño como la madre gestante “son tratados no como fines en sí mismos, sino como medios para satisfacer los deseos de otras personas”. Por lo que no consideran la gestación por sustitución compatible con los valores subyacentes a la Convención y se lamentan de que el Tribunal no se haya pronunciado claramente contra estas prácticas.

---

<sup>174</sup> Gran Sala del TEDH, Caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, 24 de enero de 2017, Estrasburgo.

<sup>175</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, *op.cit.*, Fundamento Jurídico 3.12.

<sup>176</sup> Fundamento Jurídico 5.7 STS 6 febrero 247/2014.

<sup>177</sup> Voto particular, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, 27 de enero de 2015, p. 54.

#### **4.4. La gestación por sustitución desde la perspectiva de la Unión Europea**

Por último, la Unión Europea ha mostrado una posición contraria esta práctica en dos ocasiones:

En primer lugar, el Consejo de Europa rechazó la propuesta del Informe Sutter “Derechos Humanos y cuestiones éticas relacionadas con la subrogación”, que pretendía conseguir un reconocimiento legal y una regulación en Europa<sup>178</sup>.

En segundo lugar, el Parlamento Europeo mostró una posición contraria a la práctica en su Resolución de 17 de diciembre de 2015 sobre el Informe anual sobre los “Derechos Humanos y la Democracia en el mundo”<sup>179</sup>. El Parlamento aprobó una enmienda presentada por el eurodiputado popular eslovaco Miroslav Mikolášik por la que la Eurocámara se posiciona contraria a esta práctica, por ser contraria a la dignidad humana y por mercantilizar el cuerpo de la gestante: “Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima” puesto que “implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”<sup>180</sup>.

### **V. CONCLUSIÓN**

#### **I. No existe como tal un derecho a ser padres y formar una familia que pueda justificar la gestación por sustitución.**

Por un lado, la jurisprudencia del TS apunta que el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia, ya que tal deseo no puede realizarse a costa de los derechos de los demás<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> Aparisi Miralles, Ángela, “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 2017/2<sup>a</sup>, p. 164.

<sup>179</sup> Resolución de 17 de diciembre de 2015 del Parlamento Europeo sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo, párr. 115 p. 32, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.pdf)

<sup>180</sup> *Ibidem*.

<sup>181</sup> STS nº 277/2022 de 31 de marzo de 2022, F.J. 3.12.

Por otro lado, en el ámbito internacional, el TEDH señala en la sentencia Paradiso y Campanelli c. Italia que “el derecho al respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH) no protege el simple deseo de fundar una familia”<sup>182</sup>(apartado 141).

Independientemente de que el deseo de formar una familia sea legítimo y universal, no se podría entender la gestación por sustitución como una manera para reivindicar tal derecho, puesto que no existe. Es por ello que el deseo de formar una familia, se podría ver satisfecho a través de otros medios sociales como es el de la adopción de tantos menores huérfanos o abandonados “que ofrecen vías no medicalizadas ni tecnificadas para poder formar una familia con hijos e hijas”<sup>183</sup>. Es más, al contrario que en la adopción donde se comprueba la idoneidad de los futuros padres<sup>184</sup>, en la gestación por sustitución basta con ostentar los recursos económicos suficientes para poder pagarlo, sin que quepa ninguna comprobación de la aptitud de los padres comitentes.

## **II. En el ámbito internacional se deja al margen del análisis la situación jurídica de la mujer gestante.**

Resulta sorprendente el escaso pronunciamiento de las organizaciones, normas, sentencias, o resoluciones internacionales, respecto a la gestación por sustitución aún cuando es una práctica que está al alza y suscita muchas incógnitas en relación a su licitud y su posible vulneración de derechos humanos. Por esta razón, como las obligaciones del contrato recaen sobre el cuerpo de la gestante, en este trabajo se considera que el debate sobre la gestación por sustitución debe situarse en una fase previa al nacimiento del bebé.

Aunque existan algunas posturas internacionales respecto a las mujeres<sup>185</sup>, se ha prescindido completamente de un análisis desde la perspectiva de género. Como señala Octavio Salazar “si se obvian las relaciones de poder que implica el género, difícilmente podremos llegar a respuestas que respeten las partes más débiles del contrato”<sup>186</sup>.

## **III. La comunidad internacional debe investigar la situación de la mujer gestante.**

La comunidad internacional ya ha analizado la inscripción de los menores, aún así, no basta con invocar el principio del interés superior del menor y analizarlo desde esta única

---

<sup>182</sup>TEDH. Sentencia del TEDH nº 25358/12 Paradiso y Campanelly c. Italia, de 24 de enero de 2017. Apartado 141.

<sup>183</sup> Guerra Palmero, María José, *op.cit*, p. 40.

<sup>184</sup>En España la idoneidad queda regulada a través del art. 176 del Código Civil.

<sup>185</sup> Resolución de 17 de diciembre de 2015 del Parlamento Europeo, *op.cit*.

<sup>186</sup> Salazar Benítez, Octavio, “La gestación por ...”, *op.cit*, p. 104.



perspectiva. Se debe ir más allá y evaluar la situación de la otra parte del contrato, la de la mujer gestante. Actualmente la mujer gestante y su situación para el derecho internacional es invisible. La argumentación de nuestro TS por la que entiende que el principio del interés superior del menor debe aplicarse “para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”<sup>187</sup> se podría trasladar al ámbito del derecho internacional.

Como consecuencia, es necesario un análisis desde la perspectiva de género a nivel jurisprudencial pero también doctrinal ya que actualmente la doctrina que trata este tema es realmente escasa.

Como insta la Relatora Especial, la comunidad internacional debe contribuir mediante deliberaciones e investigaciones a establecer la “repercusión en los derechos humanos de las mujeres gestantes” con el objetivo de la elaboración de normativa que sea acorde a los derechos humanos<sup>188</sup>.

#### **IV. La gestación por sustitución vulnera los derechos de la mujer gestante.**

En la gestación por sustitución, se introduce en el tráfico mercantil una capacidad del cuerpo de la mujer, la función reproductiva, en relación a terceros que se benefician<sup>189</sup>. La gestante es vista como un simple medio para conseguir un fin y entregar un producto que cumpla con los deseos de los comitentes<sup>190</sup>. El cuerpo de la mujer queda reducido a desempeñar un papel “puramente instrumental”<sup>191</sup>. Es por ello que como señala Laura Nuño Gomez los cuerpos de las mujeres no se pueden considerar “nichos de un mercado deslocalizado que compra el óvulo en un país, en otro la gestación y en un tercero vende el producto resultante”<sup>192</sup>. Por lo tanto, hay bienes y servicios que no se pueden comercializar por mucho que haya gente dispuesta a comprarlos.

En España el TS ha sido claro al declarar que la GS es una práctica que “cosifica”<sup>193</sup> a la gestante y al bebé y vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física

---

<sup>187</sup> Fundamento Jurídico 5.6 STS 6 febrero 2014.

<sup>188</sup> Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial...”, *op.cit*, pág. 23, apartado f).

<sup>189</sup> Salazar Benítez, Octavio, “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, nº 99, 2017, p. 95.

<sup>190</sup> Ales Uria, Mercedes, *op.cit*, p.60.

<sup>191</sup> Aparisi Miralles, Ángela, *op.cit*, p. 172.

<sup>192</sup> Núño Gomez, Laura (2016), *op.cit*, p. 690.

<sup>193</sup> Fundamento Jurídico 3.6 STS 6 febrero 2014 y Fundamento Jurídico 3.7. STS, 31 de marzo de 2022.

y moral<sup>194</sup> y a la autonomía personal<sup>195</sup>. Práctica en la que recibe un trato “inhumano y degradante”<sup>196</sup> que entraña una explotación a la mujer<sup>197</sup>. Incluso la DGRN remarca que la práctica conlleva “una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes”<sup>198</sup>.

Asimismo, en España, la nulidad de pleno derecho, no evita a las familias a recurrir a estas prácticas a través de agencias intermediarias. No obstante, “la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho”<sup>199</sup> puesto que su negocio lo constituyen prácticas vulneradoras de los derechos fundamentales<sup>200</sup>. Es por ello que la amenaza de explotación y mercantilización de los niños y las madres suele estar relacionada con los intermediarios.<sup>201</sup>

Al contrario que en España, es una práctica aceptada en diversos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, de ninguna manera esto quiere decir que sea una práctica conforme a los derechos humanos. La Relatora Especial<sup>202</sup> es clara al establecer que la modalidad comercial entra de lleno en la definición de venta de niños<sup>203</sup> y que el traslado del bebé debe partir de un acto gratuito que no esté condicionado por ninguna obligación contractual<sup>204</sup>.

Además, en este trabajo se considera que esta práctica podría menoscabar los derechos protegidos en los arts. 3 y 6 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en cuanto se sitúa a la mujer en una posición de desigualdad y vulnerabilidad con la imposición de medidas que atentan contra la autonomía de su voluntad que merma sus derechos. Además, a la postre, la gestación por sustitución se podría ver como una forma de esclavitud moderna vulnerando por consiguiente el artículo 1 de la Convención

---

<sup>194</sup>Fundamento Jurídico 3.6 STS 6 febrero 2014 y Fundamento Jurídico 3.8. STS, 31 de marzo de 2022.

<sup>195</sup> Fundamento Jurídico 3.11. STS, 31 de marzo de 2022.

<sup>196</sup> Fundamento Jurídico 3.8. STS, 31 de marzo de 2022.

<sup>197</sup> Fundamento Jurídico 3.12. STS, 31 de marzo de 2022.

<sup>198</sup>Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

<sup>199</sup> *Ibidem*.

<sup>200</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia de Pleno 277/2022, de 31 de marzo. Recurso (CAS) 907/2021. F.J. 3.8.

<sup>201</sup> Naciones Unidas. Asamblea General. “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 de niños”, A/74/162, de 15 de julio de 2019. Disponible en:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/216/52/PDF/N1921652.pdf?OpenElement>

<sup>202</sup>Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. “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 de niños”, A/HRC/37/60, 15 de enero de 2018. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/007/71/PDF/G1800771.pdf?OpenElement>

<sup>203</sup> “Informe de la Relatora Especial ...”, *op.cit*, párr. 42.

<sup>204</sup> “Informe de la Relatora Especial...”, *op.cit*, párr. 72.

de Naciones Unidas contra la Esclavitud, por beneficiarse de una situación de precariedad de otras personas y ostentar el derecho de uso de sus cuerpos.

Finalmente, el Parlamento Europeo muestra una postura clara al establecer que es una práctica contraria a la dignidad humana de la mujer gestante, puesto que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo<sup>205</sup>.

En conclusión, la gestación por sustitución es una realidad que suscita enormes dudas a nivel jurisprudencial y doctrinal, por ello existen posturas enfrentadas y diversas argumentaciones. Sin embargo, debe considerarse como una práctica vulneradora de los derechos humanos. En el ámbito interno, el TS en España ha sentado precedente respecto a su posición en su última sentencia, y en el ámbito internacional sería extremadamente beneficioso que ocurriese algo similar y se analizará y se debatiera nuevamente la práctica pero esta vez desde una nueva perspectiva de género.

---

<sup>205</sup> Resolución de 17 de diciembre de 2015 del Parlamento Europeo sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo, párr 115, p. 32, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.pdf)

## BIBLIOGRAFÍA

### I. Doctrina

ALES URÍA, Mercedes, “La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo, Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada”, *Dikaion* 29,1, 2020, 39-65.

ALLIS, Trevor, “The moral implications of motherhood by hire”, issues in *MEDICAL ETHICS*, Vol. 5 No. 1, 1997, pp. 21-22.

ANDORNO, Roberto, “Intercountry Surrogacy and the Best Interest of the Child”, *Debatendo a procriação medicamente assistida*, Porto, Faculty of Law of the University of Porto, 2018, p. 127-136.

APARISI MIRALLES, Ángela, “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 2017/2ª, PP. 163- 175.

ARROYO GIL, Antonio, “Gestación por sustitución: la dignidad humana en juego”, *Revista Estudios de Deusto*, Vol. 68/2, julio-diciembre 2020, pp. 41-73.

ÁVILA HERNÁNDEZ, Carlos Javier, “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cuadernos de Dereito Actual*, nº6, 2017, pp. 313-344.

BARTOLOMÉ, Aránzazu, “Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada”, *Revista Iberoamericana de Bioética*, nº6, 2018, pp. 1-13.

BEAUMONT, Paul y TRIMMINGS, Katarina, “The European Court of Human Rights in *Paradiso and Campanelli v. Italy* and the way forward for regulating cross-border surrogacy”, *CPIL Working Paper*, nº3, 2017, pp-1-21.

CABRERA CARO, Leticia, “El consentimiento libre: La trampa de la explotación femenina en la maternidad subrogada”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, nº 2, 2019, pp. 527-553.

CORREA DA SILVA, Waldimeiry, “Gestación por sustitución y derechos humanos: ¿explotación o autonomía sobre los cuerpos de las mujeres?, *Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba*, Vol. 5, n.67, pp. 381-415.

- DURÁN AYAGO, Antonia, “Gestación por sustitución en España: A hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.11, nº2, 2019, p. 575-582.
- DURÁN AYAGO, Antonia, “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. Francia y caso Labasse c. Francia, de 26 de junio de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, 2014, p. 277-282.
- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 2018, pp. 103-130.
- GERMAN ZURRIARÁIN, Roberto, “La maternidad subrogada: ¿solidaridad o explotación?”, *Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, Vol. 30, nº 4, 2019, pp. 1231-1253.
- GUERRA PALMERO, Maria Jose, “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La gestación subrogada como nuevo negocio transnacional”, *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 26, 39-51.
- LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, Nº 3, 2012, pp. 1-49.
- LAMM, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 24, 2012, pp. 76-91.
- LAZCOZ MORATINOS, Guillermo, “Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del TC Portugués”, *Dilemata Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 28, 2018, 137-51, pp. 137-151.
- LAZCOZ MORATINOS, Guillermo, y GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD, Ander, “La invisible situación de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo nº 16”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.11, nº2, 2019, pp. 673-692.

NUÑO GÓMEZ, Laura, “Una nueva cláusula del Contrato sexual: vientres de alquiler”, *Revista de Filosofía Moral y Política*, nº55, 2016, pp- 683-700.

OLAVARRÍA, María Eugenia, “De la casa al laboratorio. La teoría del parentesco hoy día”, *Alteridades*, Nº 12 (24), 2002, pp. 99-116.

RUIZ MARTÍN, Anna Maria, “El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derechos Transnacional*, Vol. 11, nº 2, 2019, pp. 778-791.

SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, nº 99, 2017, pp. 79-120.

SALES PALLARÉS, Lorena, “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, nº 2, 2019, pp. 337-339.

TOMÁS MATAIX, David, “La problemática derivada del reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, nº2, 2019, pp. 348-359.

VALERO HEREDIA, Ana, “La maternidad subrogada: Un asunto de derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad constitucional*, nº 43, 2019, pp. 421-440.

## **II. Jurisprudencia**

### **España**

Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia nº 826 Sección 10ª 23/11/2011.

Tribunal Supremo, Sentencia nº 853/2013 de 6 de febrero de 2014.

Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia de Pleno 277/2022, de 31 de marzo. Recurso (CAS) 907/2021.

## **Estados Unidos**

Sentencia del Tribunal Supremo de Nueva Jersey de 3 de febrero de 1988, In the matter of Baby M., 109 N.J. 396 (1988), 537 A.2d 1227.

## **Portugal**

Sentencia 225/2018, de 24 de abril del Tribunal Constitucional portugués.

## **TEDH**

TEDH. Foulon y Bouvet c. Francia, de 21 de julio de 2016.

TEDH. Labasse c. Francia, sentencia nº 65941/11, de 26 de septiembre de 2014.

TEDH. Mennesson c. Francia, sentencia nº 65192/11 de 26 de junio de 2014.

TEDH. Paradiso y Campanelly c. Italia, sentencia nº 25358/12 ,de 24 de enero de 2017.

## **III. Normativa**

### **Convenios y Tratados Internacionales**

Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Naciones Unidas. Convención para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra las Mujeres, 3 de septiembre de 1981.

Naciones Unidas. Convención sobre la Esclavitud, de 26 de septiembre de 1926.

Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño, en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto, 29 de septiembre de 2003.

## **España**

Código Civil.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

## **Portugal**

Ley nº 32/2006, de 26 de julio, sobre Procriação Medicamente Assistida.

Ley nº 25/2016, de 22 de agosto, regula o acesso à gestação de substituição.

Ley n.º 90/2021, de 16 de dezembro, altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição.

## **Ucrania**

Código Civil ucraniano, disponible en: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

Código de Familia Ucraniano, disponible en:  
<https://dokumen.tips/documents/codigo-familia-de-ucrania.html?page=45>

Reglamento de Registro Civil de Ucrania aprobado por la Orden del Ministerio de Justicia de Ucrania, de 18 de octubre de 2000, núm 52/5.

Sobre la aprobación del Procedimiento para el uso de tecnologías de reproducción asistida en Ucrania, Registrado en el Ministerio de Justicia de Ucrania el 2 de octubre de 2013 con el № 1697/24229. Disponible en: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#n15>

## **IV. Otras fuentes**

Asociación por la Gestación Subrogada en España (ASGE) (2013), “Manifiesto a favor de la legalización y regulación de la gestación subrogada en España”.

CALVO, Elena, “España ha inscrito a más de 2.300 niños nacidos por gestación subrogada en los últimos diez años”, *ABC*, 2021.

CASADO, Maria y NAVARRO, Mónica, *Document sobre gestació per substitució*, Barcelona, Edicions de la Universitat de Barcelona, febrero de 2019, pp. 1-60, <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/128362/1/08967.pdf>



Comité de Bioética de España, Informe sobre los aspectos jurídicos y éticos de la gestación por sustitución (2017).

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (87/CNECV/2016): Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.os 6/XIII (1.a) PS, 29/XIII (1.a) PAN, 36/XIII (1.a) BE e 51/XIII (1.a) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1.a) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS).

EKMAN, Kajsa, *El ser y la mercancía: prostitución, vientres de alquiler y disociación*, El Velado, La Habana, Cenesex, 2015.

GONZÁLEZ, Nuria, “Cuando lo que compras es un bebé”, *Público*, 23/09/2018.

KANE, Elizabeth, *Birth Mother: The story of America's first legal surrogate*, Nueva York, Harcourt Brace Jovanovich, 1988.

KRAMER, Andrew. y VARENIKOVA, Maria, “Diecinueve bebés nacidos por gestación subrogada están en un sótano de Kiev al cuidado de niñeras”, *New York Times*, 14/03/2022.

LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pp. 1-336.

Naciones Unidas. Asamblea General. “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 de niños”, A/74/162, de 15 de julio de 2019.

Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. “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 de niños”, A/HRC/37/60, 15 de enero de 2018.

Naciones Unidas, “La esclavitud no es una reliquia del pasado, sino una realidad muy presente”, disponible en: <https://www.un.org/es/observances/slavery-abolition-day>

Naciones Unidas, Noticias ONU: “Artículo 1: Libres e iguales en dignidad”, 10 de noviembre de 2018, <https://news.un.org/es/story/2018/11/1445521>

NUÑO GÓMEZ, Laura, *Maternidades S.A.*, Madrid, Catarata, 2020.

“Precios en gestación subrogada: desglose según países y opciones”, *Babygest*, 28/04/2021, <https://babygest.com/es/precio/>

Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, el 27 de abril de 2017.

Resolución de 17 de diciembre de 2015 del Parlamento Europeo sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo; [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.pdf)

SANDERS, Michel, *Justicia, ¿hacemos lo que queremos?*, Madrid, Debate, 2012, pp. 108-112.

SALAZAR, Octavio, *La gestación para otros: Una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Madrid, Dykinson, 2018.

Surrogacy: Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, OHCHR, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Children/Pages/Surrogacy.aspx>