

**LA GESTACIÓ SUBROGADA: DEBAT**  
**DOCTRINAL I PERSPECTIVES**  
**CONSTITUCIONALS**

Autora: Txell Garcia Pairó

Tutor: Josep Maria Lafuente Balle

Universitat de Girona

Facultat de Dret

Grau en Dret

Curs: 2022-2023

“Hem d’imaginar un món en el qual cada dona sigui el geni que presideixi el seu propi cos. En un món així, les dones crearem realment la nova vida, donant a llum no només nens (d’acord amb la nostra decisió), sinó visions i pensaments imprescindibles per recolzar, controlar i transformar l’existència humana: en suma, una nova relació amb l’univers. La sexualitat, la política, la intel·ligència, el poder, la maternitat, el treball, la comunitat i la intimitat desenvoluparan nous significats; el pensament es transformarà. És aquí on hem de començar.”

**Adrienne Rich**

# ÍNDEX

## **1. INTRODUCCIÓ**

- 1.1. Justificació i metodologia.....4
- 1.2. La gestació subrogada. Consideracions inicials.....5

## **2. DEBAT DOCTRINAL**

- 2.1. El consentiment de les parts del conveni de gestació subrogada i supòsits d'incompliment contractual.....10
- 2.2. L'interès superior del menor.....15
- 2.3. Gestació subrogada i drets fonamentals: la llibertat i la dignitat.....22
- 2.4. Els drets fonamentals en les clàusules contractuals.....25

## **3. ANÀLISI JURISPRUDENCIAL DE LA GESTACIÓ SUBROGADA**

- 3.1. Tractament de la gestació subrogada en el Tribunal Suprem.....26
- 3.2. Tractament de la gestació subrogada en el Tribunal Europeu de Drets Humans.....31

## **4. CONCLUSIÓ.....33**

## **5. BIBLIOGRAFIA.....37**

# 1. INTRODUCCIÓ

## 1.1. Justificació i metodologia

L'elecció del tema objecte d'estudi respon a una sèrie d'inquietuds personals combinades amb el compromís social que sempre intento tenir present en el desenvolupament de les meves activitats, ja siguin acadèmiques, professionals o personals. La gestació subrogada o gestació per substitució és una pràctica cada dia més estesa i generalitzada arreu del món com a conseqüència del avenços de la ciència i la medicina, concretament en el camp de les tècniques de reproducció assistida.

Malgrat la regulació actual no reconeix els contractes de gestació subrogada en territori espanyol, cal destacar que es tracta d'una normativa poc o gens eficaç ja que en realitat és una pràctica que sí que té lloc. És per aquesta raó que el tema suscita un debat tan acarnissat, perquè la regulació actual no satisfà ni els partidaris de la gestació subrogada com a tècnica de reproducció assistida ni tampoc aquells que pretenen una il·legalització a nivell internacional.

No son poques les contradiccions que podem trobar en el marc d'aquest debat però val a dir que en l'àmbit del dret i la ciència, no és el primer exemple que es planteja. Sembla que aquesta vegada el debat parteix de dues posicions estrictament contraposades: d'una banda, hi ha qui considera que aquesta pràctica en cap cas pot ser legal i que a més, s'hauria d'establir una prohibició a nivell internacional per evitar els fraus de llei. D'altra banda, hi ha qui considera que la gestació subrogada és un dret. Així doncs, mentre uns consideren que la gestació per substitució constitueix una vulneració de drets fonamentals de les dones i nadons; altres circumscriuen els seus postulats en el dret a la reproducció i a la procreació.

Tal i com ja s'ha dit, no és la primera ocasió en què dret i ciència xoquen en un debat frontal. La introducció de determinades pràctiques a l'ordenament jurídic i la seva consideració com a vàlides, està subjecte a una sèrie de factors com ara l'ètica i la moral; dos conceptes tan abstractes com complexos i tan elevats com presents. Podríem dir que l'ètica i la moral es transformen en un núvol que planeja amb vista d'ocell sobre aquests avenços, sovint amb caràcter supervisor. A la ciència se li demana que avanci sense aturador, que innovi amb les pràctiques més insospitades, i quan per fi les tenim a mà, en molts casos es dona una certa reticència a validar-les moralment. Aquestes reserves i recels son els pals a les rodes que es troba la gestació subrogada per aconseguir un lloc en l'ordenament jurídic que permeti la seva pràctica. Així doncs, es pot afirmar que l'ètica i els valors que com a societat ens identifiquen son el baròmetre que determina què acaba sent vàlid i què no, també des de la perspectiva legal.

La metodologia a seguir per a l'elaboració d'aquest treball es definirà en base a dos blocs principals. El primer, caracteritzat pel debat doctrinal. En aquest primer apartat s'abordan els conflictes que planteja la pràctica de la gestació subrogada a diferents nivells: el debat entre el dret i el desig a la reproducció, el consentiment informat i la revocació, l'interès superior del menor, es drets fonamentals,... Per tal de poder garantir una tan transversal com sigui possible, l'elaboració d'aquest primer bloc es realitzarà mitjançant la contraposició dels principals autors/es, jurisconsults i professors experts en la matèria.

El segon bloc d'aquest treball contindrà un anàlisi jurisprudencial dels casos de referència a nivell intern i del tractament de la gestació subrogada per part de les instàncies europees.

En relació a la situació actual de la gestació subrogada o gestació per substitució, lluny de posicionar-me personalment a favor o en contra d'aquesta pràctica ni tampoc sobre la regularització de la mateixa, voldria destacar el paper preponderant que segons el meu criteri hauria de tenir l'ètica en tractament jurídic d'aquest tipus de pràctiques. Perdre la perspectiva humana en determinades pràctiques científiques, deixa els drets fonamentals i el que ens caracteritza com a persones en una situació molt delicada; i és per això que la intervenció jurídica en aquest camp ha de ser delicada i sensible amb tots aquells que convivim. És en aquestes dimensions on l'ordenament jurídic adopta de forma més estricta la funció que porta implícita en el seu nom: l'exercici d'ordenar, regir i establir les regles que ens permetin el respecte del contingut bàsic del que som.

## **1.2. La gestació subrogada. Consideracions inicials.**

Sovint els debats inclouen conceptes tècnics, començant pel de la gestació subrogada pròpiament. Per una correcta aproximació convé fixar uns paràmetres a nivell conceptual: la gestació subrogada o gestació per substitució és una forma de reproducció assistida en la que, a més dels futurs pares, hi participa una dona que s'ocupa de gestar l'embrió. Aquest embrió pot ser el resultat d'una inseminació artificial o d'una fecundació *in vitro* i el material genètic pot provenir d'un dels progenitors i d'una donació, dels dos progenitors, o de donacions. L'instrument emprat per materialitzar aquesta relació jurídica és un contracte o conveni.

Per definició, és una pràctica que té lloc quan una dona amb plena capacitat d'obrar, consent lliurement en dur a terme la gestació, amb el compromís irrevocable d'entregar el nadó als altres intervinents que, a tots els efectes, en seran els progenitors.<sup>1</sup>

Per tant es tracta d'un negoci jurídic a través del qual una dona, amb contraprestació o sense, es compromet a gestar un bebè a fi i efecte que una o més persones puguin ser els pares (ja siguin biològics o no). Tot i que generalment s'articula com a negoci jurídic bilateral (mare gestant i pares contractants), es pot arribar a considerar multilateral si l'equip mèdic encarregat d'efectuar la implantació de l'embrió participa del conveni de gestació subrogada, o bé si els pares contractants operen a través d'una agència de gestació subrogada.

En l'àmbit jurisprudencial, l'Audiència Provincial de València en la seva SAP 826/2011 de 23 de novembre de 2011 al concepte de gestació subrogada va fixar el que segons el seu criteri defineix la gestació subrogada: "consisteix en un contracte, onerós o gratuït, a través del qual una dona consentent portar a terme la gestació, mitjançant tècniques de reproducció assistida, aportant o no també el seu òvul, amb el compromís d'entregar el menor als comitents, que poden ser una persona, una parella, casada entre sí o no, que alhora poden aportar o no el seu propi material genètic".<sup>2</sup>

En relació a les causes que poden donar lloc a aquests convenis son moltes i de naturalesa molt diversa. Així doncs, la pràctica de la gestació per substitució es pot deure a raons d'infertilitat o incapacitat de gestar d'una dona ja sigui sola o en parella, també es pot deure a raons genètiques (per assegurar la no transmissió d'una malaltia), i hi ha qui al·lega fins i tot raons laborals.<sup>3</sup> Altres causes fan referència als nous models de família i a la diversitat familiar en general. Per això, l'inici del procediment de gestació subrogada sovint es deu al desig de paternitat dels homes sols o en parelles homosexuals, que cal destacar tenen reconegut el dret a la paternitat en la Llei 13/2005, d'1 de juliol, per la qual es modifica el Codi Civil en matèria matrimonial.

L'origen del debat sobre l'acceptació o la cancel·lació de la gestació subrogada neix de les controvèrsies ètiques i morals que sovint suposen aquest tipus de pràctiques. En certa manera podríem afirmar que el nucli dur del debat s'ubica en el dret a la reproducció. Existeix

---

<sup>1</sup> ASOCIACIÓN POR LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA. *Sobre la Gestación subrogada. ¿Qué es y cuál es su situación en España?* –Extret el 27 de febrer de 2023, de <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/sobre-la-gestacion-subrogada/que-es-y-cual-es-su-situacion-en-espana>

<sup>2</sup> Sentència de Audiència Provincial de València 826/2011, de 23 de novembre de 2011

<sup>3</sup> BEORLEGUI LOPERENA, A. La maternidad subrogada en España.

veritablement un dret que permeti a totes les persones procrear a través de tots els mitjans que coneixem, o simplement es tracta d'un desig que no té lloc en l'ordenament jurídic? Tal i com explica L. Redondo Salceda, la possibilitat que una dona pugui concebre un fill amb l'ajuda dels avenços científics, planteja una situació que les declaracions de drets de les democràcies contemporànies no havien tingut en compte i sembla ser que aquest fet exigeix l'adaptació dels diversos ordenaments jurídics. Malgrat aquest desenvolupament en l'àmbit científic, cal plantejar si la mera existència d'aquesta possibilitat configura per se un dret a reproduir-se.<sup>4</sup>

Yolanda Gómez, actual Directora del Centre d'Estudis Polítics i Constitucionals, va ser pionera en la doctrina espanyola a l'hora de delimitar el concepte. Citant les seves paraules, "el dret a la reproducció es fonamenta en la dignitat i els seus drets inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, però també en la llibertat personal, el dret a la intimitat personal i familiar, així com el dret a contraure matrimoni i en el dret a formar una família".<sup>5</sup> Des d'aquest punt de vista, es fa una interpretació dels fenòmens més moderns com podria ser la gestació subrogada a la llum dels drets constitucionals més clàssics. Com podem veure, el reconeixement del dret a la reproducció així com la delimitació del seu contingut interpel·la els drets fonamentals i ja només per això no és una qüestió menor.

Si la qüestió ja és complexa, l'ús de les Tècniques de Reproducció Assistida la complica encara més. Les Tècniques de Reproducció Assistida es preveuen com a mecanisme per tal de poder materialitzar la reproducció de manera que l'ús de les mateixes ha de formar i forma part del dret a la reproducció. No obstant, és estrictament rellevant destacar el següent: en el cas de la gestació subrogada o gestació per substitució no podem afirmar que es tracti d'una tècnica de reproducció assistida com a tal sinó que és una pràctica que requereix de la reproducció assistida per poder-se materialitzar. En aquest mateix sentit, la Llei 35/1988 de Tècniques de Reproducció Assistida també traça una línia vermella per distingir les Tècniques de Reproducció Assistida de la gestació per substitució i per tant per incloure i excloure determinades pràctiques del dret a la reproducció. És en aquest mateix cos legal on s'exposa la nul·litat de ple dret del contracte del qual es convingui la gestació, amb o sense preu, a càrrec d'una dona que renunciï a la filiació materna en favor del contractant o d'un tercer. Així doncs, almenys des d'una perspectiva estrictament legal, no podem considerar que sigui una pràctica que se circumscrigui en el marc del dret a la reproducció ja que en aquest cas la filiació quedaria determinada pel part i no a través dels comitents.

---

<sup>4</sup> VV.AA. Anuario de la Facultad de Derecho(Universidad de Alcalá) 2016, 2017, no. 9, p. 49-68. ISSN 1888-3214

<sup>5</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ. (1994) El derecho a la reproducción humana, Marcial Pons, Universidad Complutense de Madrid. Madrid. Pàgines 41 i ss.

Tot i que l'ordenament jurídic espanyol s'esforça en vetar certes pràctiques com podria ser la gestació subrogada, el desig de tenir fills és una realitat, un producte de la societat i el desenvolupament de la història. No obstant, cal preguntar-se si veritablement existeix aquest dret a tenir descendència. En l'ordenament jurídic espanyol no es fa un reconeixement explícit del dret a la reproducció ni tampoc en la normativa internacional, encara que una part important de la doctrina considera que es pot entendre com un dret derivat d'altres drets.<sup>6</sup> Els tribunals són els responsables de la interpretació normativa, per això les úniques mencions del dret a la reproducció les trobem en l'àmbit jurisprudencial. En aquest cas, així com en molts altres, es tracta d'interpretar uns drets a la llum d'uns altres que pel seu contingut guarden una relació molt estreta.

Pels partidaris de la gestació subrogada, el dret a la reproducció es podria articular a través del dret a crear una família que aquest sí té reconeixement en diversos textos internacionals com ara la Declaració Universal de Drets Humans (article 16), el Conveni Europeu de Drets Humans (article 12) o el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics (article 23.2).<sup>7</sup> Cal destacar que el Tribunal Constitucional també ha abordat aquesta qüestió des de la jurisprudència i mai ha reconegut de forma expressa el dret a la reproducció. D'altra banda, part de la doctrina espanyola considera que el dret a la reproducció es pot emmarcar en diversos preceptes constitucionals i entenen que el dret a la reproducció, en última instància, forma part de la llibertat com a valor superior de l'ordenament jurídic, el dret a la dignitat humana i el lliure desenvolupament de la personalitat, així com el dret a la llibertat, la intimitat personal i familiar i el dret a la protecció de la família.

En qualsevol cas, per més que una part de la doctrina consideri que en efecte existeix un dret explícit a la reproducció, aquest no seria il·limitat com tampoc ho són la resta. En efecte, l'exercici de qualsevol dret s'ha de poder emmarcar sense conflictes en l'ordre públic i ha de poder conviure amb la resta de drets fonamentals de les altres persones. S'estudiarà més tard si la gestació subrogada permet aquest equilibri.

Des d'un punt de vista més internacionalitzat, s'han reconegut en certa manera els drets reproductius: la Conferència Mundial sobre Població i Desenvolupament de 1994, així com la Convenció Mundial de la Dona de 1995 reconeixien l'existència de drets reproductius que es concretaven en el dret de les persones a decidir el nombre de fills i el moment del seu naixement

---

<sup>6</sup> SARASOL, C. y RAMÓN, F. (2021). La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español. *Jurídicas CUC*, 17(1), 323–366. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.12> .

<sup>7</sup> CASTELLANOS, J. (2019). Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico-filosófico: avance técnico, retroceso humano. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*



sense interferències ni discriminacions, tenint en compte en tot moment la responsabilitat i obligacions derivades del naixement dels fills nascuts i futurs. És un dret que es reconeix no de forma autònoma sinó en el marc del dret al lliure desenvolupament de la personalitat, en altres paraules podríem dir que no es tracta d'un dret a procrear a qualsevol preu. En aquesta mateixa línia cal destacar el posicionament de Robertson<sup>8</sup>, que a propòsit del cas Eisenstadt v. Baird es pronuncia de la següent manera: “a ningú se li hauria de negar el dret (a la reproducció) simplement per ser estèril, ja que és per aquesta raó que les tècniques de producció assistida han entrat dins les vies de l'exercici del dret a la reproducció. Únicament una raó imperativa que no pugui ser protegida per mitjans menys restrictius, justificaria restringir les accions d'una persona o una parella per formar una família”. En el cas de la gestació subrogada, és aquí on s'ubica justament el debat doctrinal: hi ha qui considera que en aquest punt la instrumentalització del cos de la dona resulta un mitjà vàlid i hi ha qui considera que el peatge és massa car ja que sovint les facultats de decisió de la mare gestant es veuen minvades pel seu context socioeconòmic i acaba assumint riscos que no pot o no vol assumir.<sup>9</sup>

Certament, en relació a les relacions homosexuals integrades per dos homes l'única via per accedir a la filiació amb material genètic propi és la gestació subrogada i en aquest context part de la doctrina considera que vetar-los l'accés resulta discriminatori mentre que una dona sola pot accedir a la pràctica de tècniques de reproducció assistida. Però tal com disposa Maria Luisa Balaguer, hi ha coses que no són possibles i el dret no existeix per possibilitar allò impossible sinó per solucionar problemes reals.<sup>10</sup>

No podem afirmar que aquest extrem resulti discriminatori per quant les dones tampoc gaudeixen d'un reconeixement explícit del dret a la reproducció. L'accés a la maternitat i la paternitat està garantit amb independència de l'estructura familiar: l'adopció està prevista en l'ordenament jurídic per totes les persones que reuneixin els requisits, ja siguin parelles homosexuals, heterosexuals, com per una dona o un home sol, ja que a més de ser possible no afecta la dignitat ni els drets de cap dels intervinents.

La convivència entre el dret i el desig s'articula a través de l'ordenament jurídic. El dret a tenir fills el cobreixen les normes fins els límits que nosaltres mateixos com a societat hem donat per vàlids. Així doncs, no resulta acceptable exigir determinades regulacions sota el pretext del desig

---

<sup>8</sup> ROBERTSON, J.A.(1994). Trial. «Liberty and Assisted Reproduction», Pàg. 50.

<sup>9</sup> MARRADES PUIG, A. La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos .

<sup>10</sup> BALAGUER, M.L. (2017) Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social, (Madrid: Tecnos, 2017), 14, en prensa.

ja que si accedim a dotar certes pràctiques de cobertura legal, el privilegi d'una part podrà obrir la porta a una vulneració de drets fonamentals de l'altra.

Havent exposat el contingut del dret a la reproducció des de diversos punts de vista, sembla ser que de forma més o menys uniforme inclou la lliure decisió de concebre, gestar i parir un ésser humà, però no l'encàrrec de la gestació a una altra dona, ni tampoc la gestació per una altra persona o persones perquè lluny de tractar-se d'una pràctica estrictament reproductiva ens trobem davant d'una cessió temporal del cos articulada en base a un contracte durant el temps que duri l'embaràs.<sup>11</sup>

## **2. DEBAT DOCTRINAL**

### **2.1. El consentiment de les parts del conveni de gestació subrogada i supòsits d'incompliment contractual**

Amb l'expressió *maternitat subrogada* ens referim a la pràctica a través de la qual una dona, amb previ acord establert entre dues parts, decideix viure un embaràs amb l'objectiu d'entregar el recent nascut a una parella o una persona, renunciant així als seus drets com a mare. Atès que es tracta d'una relació que s'articula al voltant d'un acord o conveni de gestació subrogada, totes les parts, generalment dues, han de mostrar el seu consentiment sobre tots els termes que interessin en aquest tipus de relació jurídica.

Resulta força clar que les persones que ocuparan el futur rol de progenitors articulen la seva decisió des de la voluntat més absoluta i no només això, sinó també des del seu desig de tenir un vincle biològic amb els seus descendents. Per tant, no sembla necessari destacar cap aspecte en relació al consentiment dels pares comitents. El que sí interessa destacar sobre aquest extrem és la renúncia del consentiment. Els comitents parteixen d'una situació de desig, per tant, almenys en un moment inicial el seu consentiment no hauria de presentar cap tipus de conflicte. No obstant, cal parlar d'aquells casos en què un cop la gestant ja està embarassada i els comitents volen fer-se enrere de la relació contractual. En aquest sentit, la proposició del grup parlamentari de Ciudadanos de 8 de setembre de 2017, determinava un contingut mínim del conveni de gestació subrogada i establia el següent: "el contracte de gestació subrogada contindrà, com a mínim, les següents determinacions: [...], consentiment informat, lliure, exprés i irrevocable de les parts

---

<sup>11</sup>MARRADES PUIG, A. (2017) . Revista Europea de Derechos Fundamentales, El debate sobre la gestación subrogada en españa: entre el deseo, la dignidad y los derechos

intervinents”<sup>12</sup>. Encara en relació a la revocabilitat del consentiment, l’article 13 de la mateixa proposició estableix que el consentiment només podrà ser revocat en casos de premoriència d’un dels progenitors contractants. Aquestes mesures s’estableixen amb la finalitat que els pares contractants no puguin decidir sobre la continuació de l’embaràs davant d’una eventual discapacitat psíquica o física de la persona que ha de néixer. Aquesta és una clàusula que amb caràcter general s’estableix en els convenis de gestació subrogada amb la finalitat d’evitar qualsevol tipus de discriminació (art. 21 CEDH, art. 14 CE) i de protegir el dret a la integritat física i psíquica de la persona que ha de néixer (art. 15 CE, art. 3 CEDH). Malgrat això, ja hi ha hagut famílies que han intentat tornar els nadons comprats per insatisfacció de les seves demandes.<sup>13</sup>

En relació al consentiment de la mare gestant, sí que cal tractar diversos aspectes. Si partim de la premissa que la mare gestant té dret a disposar totalment del seu cos i per tant oferir el seu úter per portar a terme l’embaràs, aquesta haurà de mostrar el seu consentiment en relació al conjunt de pràctiques que implicarà el tractament. Aquest és el concepte que tècnicament coneixem com a consentiment informat. Aquest consentiment informat el trobem regulat en la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l’autonomia del pacient i dels drets i obligacions en matèria d’informació i documentació clínica.<sup>14</sup> El consentiment informat és una institució que garanteix que el pacient, en el moment de sotmetre’s a un determinat tractament mèdic coneix quins son els riscos i beneficis possibles d’un determinat procediment o tractament mèdic. Així doncs, és un requisit que es fonamenta en l’autonomia de la voluntat i en la integritat física i moral, de manera que estem parlant d’uns drets de caràcter constitucional. Justament, l’article 3 de la Carta Europea de Drets Humans, estableix amb contundència l’obligació de respectar el consentiment informat com a dret accessori del la integritat física i psíquica de les persones. Segons la Llei mencionada, totes les actuacions en l’àmbit de la salut d’un pacient requereixen el consentiment lliure i voluntari de l’afectat un cop hagi rebut totes les opcions i informació del cas concret. Generalment, es manifesta de forma verbal malgrat en determinats casos es pot requerir que sigui per escrit: seria el cas de les intervencions quirúrgiques, procediments invasius i en general tots aquells procediments que suposen un risc o inconvenient notable i previsible sobre la salut del

---

<sup>12</sup> Proposición del Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos de 8 de setembre de 2017. Disponible a: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF)

<sup>13</sup> @ABCNewsindepth (2020) Damaged Babies & Broken Hearts: Ukraine’s commercial surrogacy industry // Foreign Correspondent  
<https://www.youtube.com/watch?v=0euVSmfVcWc>

<sup>14</sup> Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l’autonomia del pacient i dels drets i obligacions en matèria d’informació i documentació clínica.

pacient. Malgrat pugui semblar que un embaràs no porta aparellats riscos aparentment greus aquesta no és la realitat de la gestació subrogada. En quina mesura la futura mare biològica té coneixement dels riscos que implica? Aquests riscos no son insignificants ja que oscil·len entre l'augment de possibilitats de tenir un càncer de pit fins la pèrdua de la fertilitat, passant per la pèrdua de l'úter (en l'11% dels casos), el risc de complicacions cardiovasculars, la possibilitat de perforar òrgans i inclús la mort.<sup>15</sup> No queda clar fins quin punt la mare gestant coneix tots aquests riscos, ja que aquesta pràctica es configura com il·legal o alegal en una gran quantitat de països i no és possible comptar amb un control suficientment profund en relació al consentiment per part dels centres mèdics. Per posar un exemple, només en l'àmbit europeu és impossible indicar una tendència legal, malgrat tots els estats semblen estar d'acord en la necessitat del menor de disposar d'uns pares legals i un estatus civil clarament definit.<sup>16</sup> La realitat de la gestació subrogada és de naturalesa transfronterera, i havent vist que no hi ha una unanimitat en la regulació d'aquesta pràctica, tampoc es pot garantir que la mare gestant com a pacient pugui accedir a una informació contrastada i verificada amb anterioritat a l'embaràs. Amb tot això, es poden donar les circumstàncies en què la mare gestant no compti amb tots els elements necessaris per tal de poder manifestar un consentiment vàlid a tots els nivells i aquest fet viciaria el consentiment inicial.

El que més interessa destacar de l'article 8 de la llei 41/2002 és la revocabilitat del consentiment. Certament, el consentiment informat opera com a garantia en l'àmbit de la integritat física i moral però cal destacar que en l'àmbit de la gestació subrogada la revocació del consentiment frustra la naturalesa i l'objecte de la relació jurídica convinguda entre les parts. Això es presenta com un aspecte manifestament problemàtic ja que deixa a la mare gestant en una situació d'irreversibilitat, fet que des d'una perspectiva legal és del tot inadmissible per dues raons principals. La primera raó és la que ja ha estat descrita en relació al consentiment informat i les facultats del pacient de revocar el consentiment en qualsevol moment del procés mèdic. Cert és, que en el marc de l'embaràs per gestació subrogada és complicat saber com es materialitzaria aquesta revocació però en qualsevol cas cal parlar com a mínim de dues possibilitats. D'una banda, a través de la pràctica de l'avortament, que al cap i a la fi, talment com la gestació subrogada, és una manifestació més de la lliure disposició del propi cos. En relació a la interrupció voluntària de l'embaràs, interessa destacar de nou la proposició de llei de Ciudadanos, concretament l'article 6, que no deroga els drets relatius a la salut sexual i reproductiva de la mare gestant i per tant no

---

<sup>15</sup> VELÁZQUEZ, L. Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada. Some Aspects on Informed Consent in Surrogacy. Centro Interdisciplinario de Bioética Universidad Panamericana (México)

<sup>16</sup> BRUNET, L; CARRUTHERS, J; DAVAKI, K; KIN, D; MARZO, C; MCCANDLESS, J. (2013) El régimen de la subrogación en los estados de la Unión Europea. Parlament Europeu.

exclou la possibilitat d'interrompre de forma voluntària l'embaràs per part de la mare gestant. No cal aprofundir gaire per veure que el contingut d'aquest article pot resultar com a mínim problemàtic per quant l'objectiu del conveni de gestació subrogada és la creació d'una nova vida i la pràctica de l'avortament frustraria la finalitat contractual.

En aquest sentit, una part de la doctrina<sup>17</sup> considera que la interrupció de l'embaràs hauria de portar aparellada una conseqüència econòmica en el marc d'una sanció civil, però tampoc resulta clar el fet d'haver de satisfer cap mena d'indemnització pel lliure exercici d'uns drets que no queden ni poden quedar derogats.

La segona forma de materialitzar la revocació és mantenint la filiació en favor de la mare gestant amb posterioritat al moment del part. En relació a aquest extrem cal afegir que l'ordenament jurídic espanyol estableix que tot i la renúncia de la mare gestant, la filiació dels nascuts per gestació per substitució serà determinada pel part.<sup>18</sup>

La segona raó per la qual resulta inadmissible la situació d'irreversibilitat és perquè si la gestació subrogada s'articula per mitjà d'un contracte, ningú pot mantenir-se de forma forçada en el marc d'una relació jurídica, almenys entre privats.

Amb tot el que ha estat exposat fins ara, queda clar que per sobre de tot el consentiment ha de ser lliure. Aquesta és una condició que objectivament, per les raons exposades, ja és difícil d'aconseguir i a la pràctica és encara més complicat ja que sovint les dones s'entreguen a la subrogació per una forta pressió familiar, social i econòmica. En la mateixa línia, moltes de les dones que accedeixen a realitzar aquest tipus de pràctiques pertanyen als estaments més baixos de la societat i el que busquen és millorar de forma immediata la seva situació i de la seva família.<sup>19</sup> Així doncs, els drets fonamentals de les persones amb risc d'exclusió social i amb necessitats econòmiques severes queden en una situació tan perillosa com conflictiva ja que vist des d'aquest punt de vista es podria arribar a donar per vàlida la opció d'instrumentalitzar un cos com a mitjà per assolir un fi determinat. Aquesta opció no només és conflictiva des d'un punt de vista merament ètic, sinó també des de la perspectiva legal, ja que l'article 3 CEDH estableix la prohibició de convertir en objectes de lucre el cos humà o parts del mateix.

---

<sup>17</sup> BEORLEGUI LOPERENA, A. La maternidad subrogada en España.

<sup>18</sup> Llei 14/2006, de 26 de maig, de Tècniques de Reproducció Humana Assistida.

Un exemple que evidencia aquest fet és que els països on es practica la gestació subrogada altruista dins Europa<sup>20</sup> son els països amb renda per càpita més elevada, com seria el cas de Dinamarca.

Si parlem del consentiment de les persones contractants, tal i com s'ha explicat anteriorment, resulta difícil delimitar quines circumstàncies podrien ser conflictives. Això és així ja que d'entrada, si algú decideix iniciar un procediment de gestació subrogada des de la part contractant, s'entén que és per voluntat pròpia.

També resulta interessant estudiar els supòsit d'incompliment contractual des de la perspectiva dels futurs pares. Sense entrar a posicionar-me sobre l'adequació de regular la pràctica de la gestació subrogada; tots els extrems que giren al voltant de l'incompliment contractual posen de manifest la necessitat de tenir un marc legal on es reguli aquest tipus de gestació, per tenir una referència mínima d'on aferrar-se en cas que es donin situacions d'incompliment.

Sigui com sigui, els possibles casos d'incompliment contractual per part dels comitents son l'impagament o el retard en el pagament de la contraprestació econòmica fixada en favor de la mare gestant.

Cal destacar en primer lloc que la gestació subrogada s'articula per mitjà d'una contraprestació econòmica a favor de la mare gestant. En els casos de gestació subrogada altruista, no se sol anomenar contraprestació econòmica sinó indemnització raonable, ja que la quantia es correspon únicament amb les despeses derivades de l'embaràs. En aquest sentit cal tenir en compte que el llenguatge no és innocent, i que darrere una indemnització raonable s'hi poden fer cabre quanties molt elevades que responen a altres qüestions. Aquesta quantia econòmica, en tots dos casos, s'ha d'abonar amb anterioritat a l'entrega del nadó, sempre que aquest ja hagi nascut. Aquesta exigència, que neix de la irrevocabilitat del consentiment de les parts intervinents, pot resultar problemàtica en aquells casos en què els pares contractants contrauen l'obligació amb una situació econòmica determinada i per alguna raó aquesta empitjora notablement o fins i tot es converteix en una situació d'insolvència. Aquesta situació és especialment complexa ja que tècnicament el nadó no pertany a la mare (perquè no era la finalitat de l'embaràs) ni tampoc pertany als pares contractants (per no haver satisfet la quantia econòmica acordada). Des d'un punt de vista estrictament contractual (article 1124 CC) la dona que ha parit el menor podria exigir el compliment del la obligació fins la quantitat deguda, més interessos legals, danys i perjudicis, exercint fins i tot un dret de retenció. És més, també des d'aquesta òptica contractual la dona afectada podria optar per la resolució del contracte, quedant-se amb el menor; però és imprescindible tenir en compte la naturalesa i les singularitats d'aquest tipus de contractes així

---

<sup>20</sup> EUROPEAN PARLIAMENT, A comparative study on the regim of surrogacy in European Union states. Directorate-General for Internal Policies.

com l'interès públic i per aquesta raó, la resolució del contracte no pot ser una solució vàlida tenint en compte l'interès superior del menor i el dret de Família en termes generals.<sup>21</sup>

Sembla que l'única manera d'evitar situacions d'aquest tipus és introduint en les clàusules contractuals quina serà la forma d'actuar en cas que es donin aquestes circumstàncies; com podria ser per exemple la posada a disposició del nadó a l'autoritat corresponent per iniciar els procediments que s'estimin oportuns, com podria ser l'adopció. Atenent a un criteri únicament personal, voldria destacar que en aquestes circumstàncies, les úniques solucions que es poden arribar a donar per vàlides són aquelles que posen al centre de la qüestió els drets fonamentals del menor i l'interès superior que el caracteritza. Cal evitar en tots els casos situacions de desemparament i desprotecció del menor ja que, fruit de l'absència de regulació, no hi ha cap control previ que blindi els drets del menor com sí existeix en l'adopció.

## **2.2. L'interès superior del menor**

L'interès superior del menor és un concepte que ha anat evolucionant i modulant al llarg del temps. D'acord amb el principi segon de la Declaració dels Drets del nen de 1959<sup>22</sup>, el nen gaudirà d'una protecció especial i disposarà d'oportunitats i serveis, dispensat tot això per la llei i altres mitjans, a fi que pugui desenvolupar-se físicament, mentalment, moralment, espiritualment i socialment d'una manera sana i normal, així com en condicions de llibertat i dignitat. Quan ens referim a l'interès superior del menor, tècnicament parlem d'un principi, que per més indeterminat i flexible que sigui, no implica que sigui un concepte jurídic discrecional.<sup>23</sup> Amb tot això, l'interès superior del menor es configura com un principi rector en relació als drets dels nens i ha de ser l'eix vertebrador de qualsevol actuació que tingui interferència en la vida dels nens. En la mateixa línia, la Llei Orgànica 8/2015, de modificació del sistema de protecció durant la infantesa i l'adolescència<sup>24</sup>, estableix que el menor té dret a una valoració superior del seu interès, que aquest interès sigui considerat com a primordial en totes les accions i decisions que l'afectin, tant en l'àmbit públic com privat. Aquesta institució del dret es troba fonamentada en la falta de maduresa física i mental, la necessitat de protecció i atenció especials, la deguda protecció legal i en resum,

---

<sup>21</sup> BEORLEGUI LOPERENA, A. La maternidad subrogada en España.

<sup>22</sup> Declaració dels Drets dels Nens, de 1959.

<sup>23</sup> ANUITA, G. La maternidad subrogada y el interés del menor.

<sup>24</sup> Llei Orgànica 8/2015 de modificació del sistema de protecció durant la infantesa i l'adolescència.

l'especial situació de vulnerabilitat que ocupen els menors respecte els adults. En aquest sentit, l'article 39.4 CE també es responsabilitza de la protecció dels infants establint que aquests gaudiran de la protecció prevista en tots els acords internacionals que vetllen pels seus drets.

Amb tot això, una part de la doctrina ha apostat per la necessitat de reconèixer el vincle de filiació que uneix el menor nascut per gestació subrogada i els comitents. D'altra banda, el sector oposat considera que l'interès del menor exigeix la persecució de pràctiques com la gestació subrogada que mercantilitzen la filiació i acaben convertint els menors en un objecte sotmès a les regles del mercat.<sup>25</sup>

No son pocs els riscos que deriven de la pràctica de la gestació subrogada en relació als drets dels infants, ja que malgrat la seva particular situació d'especial vulnerabilitat i la normativa existent, sovint és el subjecte menys atès en el marc dels contractes de gestació subrogada.

Com ha destacat Alemán Merlo, cal tenir en compte com a mínim tres riscos diferents: en primer lloc, risc de cosificació del menor i instrumentalització de la vida humana; en segon lloc, risc de tràfic de menors i finalment els problemes relacionats amb la protecció dels drets fonamentals del menor nascut per gestació subrogada.<sup>26</sup>

#### **A) Risc de cosificació del menor i instrumentalització de la vida humana**

En relació al risc de cosificació del menor i instrumentalització de la vida humana, el Comitè de Bioètica d'Espanya ja es va pronunciar en el seu Informe sobre els aspectes ètics i jurídics de la maternitat subrogada<sup>27</sup> i va advertir que el desig de ser pares vist des de la perspectiva de la maternitat subrogada pot implicar el risc de percebre el menor com un objecte o com una propietat d'un altre. Aquesta circumstància no es dona, o almenys en la mateixa intensitat, en l'àmbit de la gestació tradicional ja que en aquest últim cas no opera cap preu i per tant no es produeix la mercantilització del menor. Aquesta mercantilització pot deixar el menor en situacions atzaroses ja que si els pares contractants no veuen satisfetes les seves expectatives el menor queda a l'arbitri de la seva voluntat. Això pot arribar a donar lloc a situacions de desemparament i de clara lesió

---

<sup>25</sup> ALEMÁN MERLO, S. Derechos fundamentales y gestación por sustitución: vuelve el debate jurídico cerca de su regulación a raíz de la STS 277/2022, de 31 de marzo. Revista de Derecho Político. Núm. 116, gener-abril, 2023.

<sup>26</sup> Ídem

<sup>27</sup> VV.AA. (2017). «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada», pp. 30-39. Disponible en: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)



de drets humans dels menors. En aquest sentit, la Conferència de la Haya sobre Dret Internacional Privat, en un Informe de febrer de 2015 va establir que els contractes internacionals de gestació subrogada podien suposar una amenaça respecte “els drets humans, inclosos els del menor, assenyalant especialment les situacions d’abandonament de menors per part dels comitents per raó de salut o de preferència de sexe, entre altres”.<sup>28</sup>

## **B) Risc de tràfic de menors**

En relació al segon risc mencionat, cal tenir en compte diversos aspectes. Les persones partidàries de regular la gestació subrogada consideren que l’objecte del contracte és només el servei de gestar però la realitat d’aquesta pràctica no és tal, doncs estem davant d’una obligació de resultat per quant l’objectiu de la gestació és donar a llum.<sup>29</sup>

Des d’un punt de vista estrictament normatiu, podem trobar a nivell intern i també internacional una gran quantitat de disposicions que prohibeixen de forma explícita el tràfic de persones, fent especial referència als menors. A més, les advertències no només les trobem en l’àmbit legal sinó que també existeixen protocols i resolucions que alerten sobre aquest risc i l’afectació que implica en l’àmbit dels drets humans. Per tràfic de menors s’entén tot acte o transacció en virtut del qual un menor és transferit per una persona o grup de persones a una altra, a canvi de remuneració o de qualsevol altra retribució.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> HAGUE CONFERENCE ON INTERNATIONAL PRIVATE LAW. Surrogacy project: an updating note (2015). Drawn up by the Permanent Bureau

<sup>29</sup>“¿Fins a quin punt comprar la filiació no equival a comprar el menor? És a dir, es comença dient que es paga per un servei (la gestació) per tal d’allunyar-se del que és innombrable. A continuació, se’ns explica que és el jutge qui determina la filiació i dota d’eficàcia la renúncia de la dona gestant. Però advertim que la resolució judicial no fa altra cosa que donar compliment a una obligació contractual. Els comitents es dirigeixen al jutge perquè seguint el contingut del contracte al peu de la lletra es limiti pràcticament adonar el seu ‘vistiplau’”. (...) El contracte de gestació per substitució pot constituir una varietat de contracte d’arrendament d’obra. L’altra part contractual, la dona gestant, es compromet a una obligació de resultat. Una persona no pot ser aquest resultat objecte del contracte. ¿Pot dir-se que es contracta un servei? Si el contracte es limita a prestar la gestació, podria ser. La frase “limitar-se a gestar” (servei) és prou artificiosa perquè la gestació és un procés que culmina donant a llum a una persona. Però en realitat es compra a la persona. (...) ARECHEDERRA ARANZADI, L.I. No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (La llamada gestación por sustitución), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pàgines. 75-76).

<sup>30</sup> Protocol facultatiu de la convenció sobre drets dels nens, relatiu a la venda de nens, prostitució infantil i utilització de nens en la pornografia, de 18 de gener de 2002.

Cal destacar que la gestació subrogada no s'articula a través d'una sola modalitat, ja que pot tenir lloc a través del tipus comercial o altruista. La modalitat altruista només admet una contraprestació per les despeses ocasionades com a conseqüència de l'embaràs, però en la variant comercial es paga ja no per les despeses derivades de l'embaràs sinó per l'objecte del contracte, és a dir el menor. Per això podem afirmar que, com a mínim la modalitat comercial de la gestació subrogada encaixa perfectament en la definició que ha estat exposada relativa al tràfic de menors. Cert és que el component de capacitat econòmica es té en compte en altres tipus de filiació com podria ser l'adopció, però en aquest cas és una exigència que s'articula com a garantia per evitar situacions de desemparament del menor. Amb tot això, en el terreny de la gestació subrogada el motiu de la contraprestació no és altre que la renúncia de la filiació per naturalesa de la mare gestant i l'adquisició del menor amb la corresponent entrega als pares contractants. Aquest punt de vista no és únicament doctrinal, ja que des d'una òptica jurisprudencial hi ha certa unanimitat en la subsumció de la pràctica de la gestació subrogada en la definició del tràfic de menors. Aquesta vessant jurisprudencial es tractarà en l'epígraf corresponent d'aquest mateix treball.

Breument, aquest fet no només és inadmissible des de la perspectiva dels drets fonamentals del menor sinó que posa de manifest el caràcter censatari de la gestació subrogada, que priva les famílies amb menor capacitat econòmica d'accedir a la filiació a través d'aquest mecanisme.

Sembla força clar que els països que aposten per una gestació subrogada altruista volen evitar aquest esmentat tràfic de menors, però no és evident que ho aconseguixin ja que sota el concepte de "les despeses que derivin de l'embaràs" es poden fer transferències que responguin a alguna altra qüestió. Per aquesta raó, encara que la gestació subrogada altruista es revesteixi d'un cert bonisme respecte la modalitat comercial, aquest atribut no fa desaparèixer el caràcter contractual de la relació jurídica.

Tant si es tracta de la variant comercial com l'altruista, l'objecte de la qüestió és determinar si la qualificació d'un menor com a objecte d'un contracte és respectuós amb els drets fonamentals. En altres paraules, cal valorar què és menys lesiu amb els drets fonamentals: la legalització de la gestació subrogada tal i com l'hem descrit o la situació actual d'incertesa dels menors.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> ALEMÁN MERLO, S. Derechos fundamentales y gestación por sustitución: vuelve el debate jurídico cerca de su regulación a raíz de la STS 277/2022, de 31 de marzo. Revista de Derecho Político. Núm. 116, gener-abril, 2023.

### C) Problemàtiques relacionades amb els drets fonamentals dels menors

D'acord amb l'ordenament jurídic vigent cal evitar qualsevol pràctica que sigui lesiva dels drets fonamentals. Aquesta afirmació que sembla tan evident, costa de plasmar en l'àmbit de la gestació subrogada, ja que sigui quina sigui la modalitat practicada, amb molta freqüència algun subjecte de la relació jurídica es veu perjudicat. Aquesta circumstància és especialment greu en el cas dels menors per la seva situació de vulnerabilitat. A continuació s'exposaran quins drets fonamentals es veuen afectats per la pràctica de la gestació subrogada i de quina manera, des de la perspectiva interna i també internacional. S'ha tractat àmpliament la relació del dret a la dignitat (art. 10 CE), atès que és el fonament últim dels drets fonamentals i la indicació racional de quin ha de ser el nostre patró de conducta<sup>32</sup>, i és aquesta dignitat la que prohibeix instrumentalitzar els éssers humans. L'article 10 de la Constitució Espanyola es refereix a la dignitat de la persona com a element distintiu de la naturalesa humana, que fa a la persona inviolable i indisponible i que exclou qualsevol consideració utilitarista de la mateixa.<sup>33</sup> En termes filosòfics, és una exigència que respon a l'imperatiu categòric kantian, és a dir, no com a una obligació en el cas concret sinó com una forma d'actuar en tots els casos i sota qualsevol circumstància.<sup>34</sup> Des d'un punt de vista personal, és aquest el tractament que ha de rebre el dret a la dignitat i no cap altre. Així doncs, per tal que la dignitat sigui respectada, cal un respecte previ a la resta de drets.

Comencem pel dret a la vida familiar del menor, que resulta especialment conflictiu si tenim en contra les contradiccions del Tribunal Europeu de Drets Humans: d'una banda, la jurisprudència de la Gran Sala exigeix que per assegurar el respecte al dret a la vida familiar del menor cal mantenir el vincle desenvolupat amb els comitents<sup>35</sup>, i d'altra banda ha deixat clar que el contingut del dret a la vida familiar també s'estén a la relació entre una mare i el seu fill en el

---

<sup>32</sup> SARASOL, C. y RAMÓN, F. (2021). La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español. *Jurídicas CUC*, 17(1), 323–366. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.12> .

<sup>33</sup> PECES BARBA. G, (2002), *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*.

<sup>34</sup> “La dignitat a la nostra Constitució no conté un valor normatiu propi, sinó que posseeix més aviat la condició de valor imperatiu, ja que el seu contingut no és tancat, sinó que ha de considerar en cada cas els béns i valors protegits constitucionalment, com en aquells casos en què es posa en relació el valor de la llibertat amb el mercat, en els que s'han de tenir en consideració els valors i béns constitucionalment protegits.” BALAGUER, M.L.

<sup>35</sup> SSTEDH caso Paradiso Campanelli v. Italia de 24 de enero de 2017 (§140 y §151 y ss); y caso Valdís Fjölnisdóttir y otros v. Islandia de 18 de mayo de 2021 (§62).

moment del naixement.<sup>36 37</sup> Amb això, si tenim en compte les exigències de l'ordenament jurídic espanyol sobre la determinació de la filiació en base al moment del part, queda clar que el vincle entre la mare gestant i el nadó nascut per gestació per substitució és existent i cal tenir-lo en compte als efectes de respectar els drets del menor. Però és que en qualsevol cas, si fem el trasllat a nivell intern, la gestació subrogada és una pràctica il·legal a Espanya, per quant les persones no poden ser objecte d'una relació contractual ni tampoc poden ser intercanviades per una contraprestació econòmica. Per tant, quan parlem de la relació entre el menor i els pares contractants estem parlant d'un vincle familiar que tècnicament neix de la il·legalitat. En relació amb aquest extrem m'agradaria afegir una valoració personal; i és que invocar el dret a la vida familiar del menor així com el seu interès superior havent creuat prèviament altres línies vermelles fixades pel mateix marc normatiu, és jurídicament reprovable. El Tribunal Constitucional<sup>38</sup>, així com el TEDH i el Tribunal Suprem<sup>39</sup> han configurat l'interès superior del menor com "la consideració primordial a la qual han s'han d'atendre totes les mesures que concerneixen els menors"; per aquesta raó, invocar-la com a excusa per eludir responsabilitats desvirtua el seu contingut.

D'acord amb la Convenció dels Drets del Nen de 1989, els estats es comprometen a respectar el dret del nen a preservar la seva identitat, incloent la nacionalitat, el nom i les relacions familiars de conformitat amb la llei i sense ingerències il·lícites. En l'àmbit de la gestació subrogada, interessa destacar especialment el dret del menor a conèixer els seus progenitors biològics. Certament, en la majoria de casos de gestació per substitució els pares contractants aporten el seu propi material genètic. Així doncs, en algun sentit es dona compliment al contingut del dret, però d'acord amb l'ordenament jurídic espanyol la filiació ve determinada pel moment del part, de manera que el menor corre el risc de no conèixer la seva mare legal. En aquest sentit, alguns convenis de gestació subrogada s'introdueixen clàusules que prohibeixen qualsevol tipus de contacte entre la mare gestant i el menor<sup>40</sup>. Sense entrar amb profunditat en aspectes purament

---

<sup>36</sup>Caso N° 23218/94 *Gül vs. Suïza*. Sentència de 19 de febrer de 1996, Conferència Regional sobre Migració (CRM), 19 de febrer 1996, disponible a: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc55fa.html> (visitat el 14 d'abril de 2023)

<sup>37</sup>FARNÓS-AMORÓS, E. (2020). Paradiso y Campanelli c. Italia (II): Los casos difíciles crean mal derecho (I). *Revista de Bioética y Derecho*. Núm. 40. Publicació en línia: 2 de novembre de 2020.

<sup>38</sup> Sentència del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de maig

<sup>39</sup> Sentència del Tribunal Suprem 835/2013, de 6 de febrer, fonament jurídic 5.

<sup>40</sup> Sentència del Tribunal Suprem 277/2022, de 31 de març.

civils, el Tribunal Suprem ha establert que la forma de determinar la filiació s'ha de realitzar d'acord amb els criteris legalment previstos, i no atribuint eficàcia a certificacions estrangeres contràries a les normes substantives i principis essencials del nostre ordenament jurídic<sup>41</sup>. Davant aquesta problemàtica, la recent Sentència del Tribunal Suprem 277/2022 estableix que en el moment de la inscripció al Registre del menor nascut per gestació subrogada, s'establirà la paternitat del pare contractant amb vincle biològic, però en el cas de la mare caldrà mantenir la filiació determinada pel part. No obstant, no s'exclou la possibilitat d'establir més tard la filiació a favor de la mare intencional, malgrat no hi hagi vincle genètic, a través del procediment d'adopció.

El ventall de drets que pertanyen al menor és molt ampli i per això és molt necessari un sistema de garanties eficaç que asseguri la protecció dels nens. En l'àmbit de la filiació aquesta necessitat pren un sentit especial ja que els progenitors, sigui quin sigui el tipus de filiació, ostentaran un rol de poder respecte el menor. En tot cas, és responsabilitat de l'estat i concretament dels serveis socials que els menors estiguin a mans de persones capacitades per procurar per ells.

En el cas de la filiació per naturalesa, lògicament no pot haver-hi cap control previ, però sí que el trobem en la filiació per adopció: les exigències d'idoneïtat per accedir a aquest tipus de filiació son molt severes i tenen en compte diversos aspectes. Es fa una valoració exhaustiva de l'equilibri personal adequat, de l'estat de salut física i psíquica que ha de permetre l'atenció al menor, es requereix un entorn relacional favorable i adequat a la integració del menor adoptat,... Aquests requisits son només alguns exemples que assegurin el perfil d'idoneïtat dels pares i mares que decideixen adoptar un menor. No obstant, aquestes garanties i exigències no les trobem en l'àmbit de la gestació subrogada, o almenys no amb la mateixa intensitat ja que en el cas de l'adopció és un ens públic el responsable de vetllar pel compliment de tots els requisits. Sigui com sigui, la falta de regulació de la gestació per substitució obre la porta a emprar aquest mitjà com a mecanisme per eludir totes les exigències que cal complir en el cas de l'adopció. El cas més recent que evidencia aquesta problemàtica és el de la Sra. Ana Garcia Obregón, que amb l'únic desig de satisfer l'última voluntat del seu fill difunt va comprar un menor als Estats Units que quedarà al seu càrrec. Sense entrar en gaires especulacions, sembla força clar que la filiació no ha de

---

<sup>41</sup> ALEMÁN MERLO, S. Derechos fundamentales y gestación por sustitución: vuelve el debate jurídico cerca de su regulación a raíz de la STS 277/2022, de 31 de marzo. Revista de Derecho Político. Núm. 116, gener-abril, 2023.

respondre a cap caprici i que en qualsevol cas l'han d'exercir les persones que estiguin facultades per fer-ho.

Així doncs, seguint la jurisprudència del Tribunal Suprem, la idoneïtat de l'adoptant per assumir la condició de progenitor respecte del menor adoptat, no ha de ser considerada com un obstacle per a la satisfacció de l'interès del menor objecte de l'adopció, sinó com una actuació encaminada a la satisfacció d'aquest interès.

### **2.3. Gestació subrogada i drets fonamentals: llibertat i dignitat**

Fins ara s'han exposat les conseqüències de la gestació subrogada sobre els drets fonamentals dels menors; a continuació tot allò relatiu als drets fonamentals de la mare gestant, en especial la llibertat i la dignitat.

Els sectors defensors de la gestació subrogada al·leguen els drets fonamentals per justificar la seva posició, però cal destacar que són els mateixos drets fonamentals que operen com a garantia i com a límit per preservar els drets de la resta. Amb paraules del Tribunal Constitucional, els drets fonamentals es configuren com “l'expressió de l'ordre suprem dels valors de la convivència” i justament per aquesta raó “no existeixen drets il·limitats ni absoluts”<sup>42</sup>. En conseqüència, els drets de les dones, com a col·lectiu històricament castigat per les dinàmiques patriarcals, no poden veure's menystinguts per la pràctica de la gestació subrogada, que en essència amaga darrere seu els desitjos dels sectors que se'ls poden permetre. Per això, des de les posicions feministes són diverses les raons que permeten una oposició frontal a la pràctica de la gestació per substitució.

D'inici, és especialment important tenir en compte que en la majoria de casos la relació contractual no parteix d'una situació d'igualtat, fet que d'entrada viciaria el consentiment de les parts de la relació jurídica. Aquesta afirmació és possible ja que tal i com ha expressat el Tribunal Suprem en la seva jurisprudència<sup>43</sup>, la pràctica de la gestació subrogada pot suposar un escull per dones joves en situació de pobresa o estat de necessitat. En aquesta línia, tal i com indica el Comitè de Bioètica d'Espanya, “el desig d'una persona de tenir un fill, per més noble que sigui, no pot realitzar-se en detriment dels drets de terceres persones”<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Sentència del Tribunal Constitucional 2/1982, de 29 de gener.

<sup>43</sup> Sentència del Tribunal Suprem 835/2013 de 6 de febrer

<sup>44</sup> VV.AA. (2017). «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada», pp. 30-39. Disponible en: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)

Des del punt de vista de la llibertat, s'argumenta que tant la prohibició de la gestació subrogada com la regulació de la mateixa, és contrària a la llibertat de la dona que ha de poder disposar del seu propi cos. No obstant, la llibertat és precisament el que les dones podrien perdre en acceptar l'encàrrec de gestar per altri.<sup>45</sup> Com deia, cal recordar que la llibertat (de decisió) es pot veure afectada per la necessitat. Tal i com exposa M.L. Balaguer, per tal de poder valorar correctament quina és la capacitat de decisió a nivell individual és essencial tenir en compte la posició que cada persona ocupa en el mercat, i la perspectiva de gènere ha de ser un element crucial en aquesta qüestió: “aquesta aparença de lliure autodeterminació es contradiu amb bastantes evidències, que demostren que és la posició que s'ocupa en el mercat la que defineix la possibilitat d'elecció individual... Cal deixar fora de mercat les qüestions relacionades amb la protecció de determinats drets si no es vol incórrer en injustícies històriques irreparables des de les posicions de la llibertat individual com a justificació de totes les conductes”. Amb tot això, per més que en la decisió no hagi operat violència ni intimidació, no es poden desmerèixer les circumstàncies en què una persona manifesta el seu consentiment. Per tant, si partim d'una situació de desigualtat estructural, convenir unes condicions contractuals no resulta suficient per assegurar una relació d'igualtat i més quan una de les parts evidencia una necessitat econòmica.<sup>46</sup> Sigui com sigui, cap situació de necessitat pot justificar una vulneració de drets fonamentals ni pot servir com a pretext per argumentar a favor d'una pèrdua d'autonomia, ja que citant L. Nuño, “hi ha béns amb els que no es pot comercialitzar, com els nostres òrgans, per més que salvin vides, ni tampoc vendre'ns sota condicions d'esclavitud a canvi d'un sostre i menjar.”<sup>47</sup> En altres paraules, una elecció entre pobresa i embaràs subrogat no pot considerar-se una decisió lliure <sup>48</sup>

En aquest sentit, cal destacar que els col·lectius defensors de la gestació subrogada al·leguen l'autonomia de les dones i la capacitat de decisió com a eix vertebrador del seu argumentari. Doncs bé, tal i com exposa encertadament L. Nuño, impedir o posicionar-se en contra de l'explotació reproductiva de les dones no equival a una limitació de l'autonomia de les dones ni

---

<sup>45</sup> MARRADES PUIG, A. (2017) . Revista Europea de Derechos Fundamentales, El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos.

<sup>46</sup> Ídem.

<sup>47</sup> NUÑO GÓMEZ, L. «Gestación comercial: deseos y derechos», *El notario del Siglo XXI*, núm. 72, marzo-abril 2017.

<sup>48</sup> «Últimas noticias del machismo: Legalizar la subrogación de la maternidad desembocará en la explotación de las mujeres pobres, que no podrán elegir con libertad». (Almudena Grandes, “El País Semanal” de 16 de abril de 2017; Ana Marrades, La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: ¿una cuestión de derechos?)

a un comportament paternalista, com tampoc ho és respecte els treballadors i treballadores prohibir les jornades laborals de 20 hores diàries, la renúncia a les vacances o treballar amb cadenes.<sup>49</sup>

La problemàtica de la llibertat no només fa referència a la capacitat de decisió entesa com a manifestació de l'autonomia individual; també cal fer esment a la llibertat de la mare gestant sobre el seu fill. Que l'objecte del contracte de gestació subrogada sigui un nadó, implica que pel simple fet d'incloure'l en el negoci jurídic les parts en tenen disposició absoluta, fet que resulta inacceptable des d'una perspectiva constitucional. No existeix cap dret de propietat de la mare sobre el fill que ha parit i invocar un poder absolut de disposició en ús d'una suposada llibertat, no té cap encaix constitucional possible.<sup>50</sup>

Encara en l'àmbit de la llibertat, destacar que si la llibertat de la mare gestant en algun moment existeix, es tracta sens dubte d'un instant efímer ja que les clàusules dels contractes de gestació subrogada no només limiten l'autonomia personal i la capacitat de decisió en el dia a dia de la gestant, sinó que tal i com es veurà en l'epígraf corresponent són obertament contràries als drets fonamentals.

La Constitució Espanyola estableix que la dignitat de la persona, els drets inviolables, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la llei i els drets dels altres són la base de l'ordre polític i de la pau social. Seguint aquest fonament, tot allò que afecti la dignitat de les persones ha de quedar exclòs de l'ordenament jurídic de forma necessària. Amb això, cap desig pot qüestionar els drets fonamentals, ni molt menys la dignitat com a fonament últim d'aquests drets. Seguint el posicionament d'Ana Marrades, en la gestació per substitució, no obstant, la dona subrogada s'utilitza com un mitjà, ja que s'articula com a instrument per aconseguir el que els comitents desitgen. En altres paraules, la maternitat comprada redueix la dona a un receptacle reproductiu, i el que és pitjor, amb aquesta pràctica no se salva cap vida ni la salut de cap altra persona, sinó que té lloc amb l'únic objectiu de satisfer el desig d'altres persones. Aquest és també el posicionament del Parlament Europeu, que en el seu *Informe Anual sobre drets humans i democràcia en el món i política de la Unió Europea* "condemna la pràctica de la gestació per substitució, que és contrària a la dignitat humana de la dona, ja que el seu cos i funcions

---

<sup>49</sup> NUÑO GÓMEZ, L. «Gestación comercial: deseos y derechos», *El notario del Siglo XXI*, núm. 72, marzo-abril 2017.

<sup>50</sup> ESQUEMBRE, M. «Subrogar la gestación: además de imposible, es inconstitucional», *Diario Información*, 13 de noviembre de 2017.



reproductives s'utilitzen com a matèria prima"<sup>51</sup>. L'Informe indica amb contundència que cal prohibir aquesta pràctica, que implica l'exploració de les funcions reproductives i l'ús del cos amb finalitats financeres i instrumentals.

Finalment, cal destacar que les vulneracions de drets fonamentals en l'àmbit de la gestació subrogada son especialment greus pel caràcter censatari d'aquesta pràctica. Només les persones amb gran capacitat econòmica poden accedir a aquest tipus de pràctica, i aquesta qüestió no només resulta discriminatòria envers la resta, sinó que perpetua una dinàmica de poder dels estrats socials més alts respecte els més baixos.

#### **2.4. Els drets fonamentals en les clàusules contractuals del conveni de gestació subrogada**

Si per alguna raó podem afirmar que el contracte de gestació subrogada afecta objectivament els drets fonamentals del subjectes que intervenen en la relació jurídica és pel contingut de les clàusules del conveni. Per analitzar aquest extrem es tindran en compte la STS 277/2022 i les clàusules del contracte objecte de litigi. L'autonomia de la voluntat és un dels principis que regeix les relacions contractuals, i a través d'aquesta institució les parts de la relació jurídica poden convenir els termes que considerin oportuns. Segons l'article 1255 del Codi Civil, l'autonomia de la voluntat és l'eina a través de la qual els contractants poden establir els pactes, clàusules i condicions que tinguin per convenients. No obstant, el mateix article ja delimita el concepte establint que aquests acords no poden ser contraris a les lleis, la moral ni l'ordre públic. Certament, la moral és un concepte tan indeterminat com canviant i és complicat prendre'l de referència a l'hora de valorar què pot figurar en les clàusules i contractuals i què no. En canvi, sí que podem determinar amb claredat què és i què no és contrari a les lleis, i en base a aquesta referència, també podrem determinar el que queda dins i fora de l'ordre públic. Així doncs, la llibertat que confereix l'autonomia de la voluntat no pot servir com a pretext per incloure clàusules que vulnerin drets fonamentals de cap de les parts, tampoc en l'àmbit de la gestació subrogada. Anem a veure quin és el contingut d'aquestes clàusules i la seva relació amb els drets fonamentals.

En relació al dret a la integritat física establert en l'article 15 CE, cal destacar totes les clàusules que fan referència al procediment a seguir per assumir la gestació. Les clàusules contingudes en el contracte indiquen que es realitzaran tantes transferències embrionàries com siguin necessàries per assolir l'embaràs, i això implica riscos de naturalesa i gravetat diverses per la salut de la mare

---

<sup>51</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI))

gestant, tal i com ha estat exposat en l'epígraf relatiu al consentiment. Des d'aquest punt de vista, sembla força inadmissible introduir clàusules que ja d'entrada puguin implicar un perjudici tan significatiu sobre el cos de la mare gestant. En la mateixa línia, els convenis de gestació subrogada sovint fixen quin serà el tipus de part, i es planegen naixements per cesària sense que arribi a ser necessari; el que significa de nou una afectació en la integritat física. Tenir un part respectuós passa per atendre les necessitats del cos de la mare gestant i no per planificar atenent a terminis o preferències dels pares contractants. El Tribunal Suprem s'ha pronunciat en aquest sentit i ha manifestat que en el marc d'aquesta pràctica "tant la mare com el nadó a gestar son tractats com simples objectes, no com persones dotades de la dignitat pròpia de la seva condició d'éssers humans i dels drets fonamentals inherents a aquesta dignitat".<sup>52</sup>

Pel que fa el dret a llibertat de moviment, ja no des d'un punt de vista intern sinó dels Drets Humans (art. 13), tothom té dret a circular lliurement i escollir la seva residència, així com el dret a sortir i entrar del propi país. Quan la llibertat de moviment queda a mans del consentiment dels pares d'intenció hi ha una afectació objectiva al dret de la mare gestant. Per aquesta raó, les clàusules limitatives de la llibertat de moviment son problemàtiques en l'àmbit dels drets i les llibertats.

En relació al dret a la intimitat, honor i pròpia imatge establert en l'article 18 CE, cal destacar totes aquelles clàusules en les quals s'estableix una renúncia a la confidencialitat mèdica i psicològica. En els contractes de gestació subrogada, la mare gestant no només s'obliga a renunciar a tots els drets derivats de la confidencialitat mèdica i psicològica, sinó que permet als especialistes compartir els resultats de les proves que se li practiquin. En aquest sentit, la llei 1/1982 que desenvolupa el dret a la intimitat, honor i pròpia imatge estableix que els drets garantits per la llei s'emmarquen en els drets de la personalitat, i que d'aquesta qualificació es desprèn el caràcter d'irrenunciable.<sup>53</sup> Amb tot això, la intromissió il·legítima és tal que fins i tot es deixa a mans dels pares contractants la decisió de mantenir la mare gestant amb vida o no, en cas que patís alguna malaltia o accident potencialment mortal.

Havent vist el contingut de les clàusules dels contractes de gestació subrogada, la reflexió que planteja Ana Marrades és obligada: davant una eventual regulació de la pràctica de gestació per substitució a Espanya, es podria dissenyar un contracte privat que respectés la dignitat de la gestant i no vulnerés cap dret en el marc d'una gestació per encàrrec? Sembla força difícil de creure. En aquest cas, l'única opció a contemplar (com ja ho fan altres models normatius més restrictius) seria la modalitat altruista per supòsits taxats com podria ser per exemple l'entorn familiar.

---

<sup>52</sup> Sentència del Tribunal Suprem 277/2022, de 31 de març.

<sup>53</sup> Llei 1/1982, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge.

### 3. ANÀLISI JURISPRUDENCIAL

#### 3.1. El tractament jurídic de la gestació subrogada en els Tribunals Espanyols.

Son poques les ocasions en què el Tribunal Suprem s'ha manifestat sobre la gestació subrogada a Espanya i sempre ha estat per valorar quins han de ser els efectes del conveni de gestació subrogada elaborats sota el paraigües de la normativa estrangera. Malgrat les resolucions de referència es troben separades per un període de temps significatiu, el Tribunal Suprem ha abordat la qüestió des d'uns punts de vista comuns: l'ordre públic internacional, l'interès del menor i els drets fonamentals dels subjectes que intervenen en el conveni.

1. Pel que fa l'ordre públic internacional en el reconeixement de resolucions estrangeres, l'Alt Tribunal exposa que per poder reconèixer vàlidament una resolució dictada a l'estranger cal atendre a aspectes formals, però també de fons i és aquí on sorgeixen les discrepàncies. Amb paraules del Tribunal, el reconeixement implica un control que requereix que la certificació del Registre estranger sigui regular i autèntica, de mode que l'assentament que certifica, ha de tenir garanties anàlogues a les exigides per la inscripció per la llei espanyola. I destaca, no pot haver-hi cap dubte sobre la realitat del fet inscrit ni de l'adequació a la legalitat espanyola. Aquest aspecte que pot semblar purament processal, guarda una estreta relació amb els drets fonamentals, ja que l'ordre públic internacional també es pot invocar quan el contingut de la resolució sigui manifestament contrari als drets fonamentals de l'ordenament jurídic espanyol. Les normes reguladores de les relacions paterno-filials troben el seu fonament últim en els drets fonamentals, i és en aquest sentit que el Tribunal Suprem considera que les resolucions estrangeres posen en entredit i qüestionen l'ordre públic internacional. El Tribunal Suprem mostra un fort interès per delimitar el concepte d'ordre públic internacional, ja que és principalment en base a aquest que es denega el reconeixement de la resolució estrangera: “tots els drets fonamentals i principis constitucionals recollits en el Títol I de la Constitució integren l'ordre públic que actua com a límit al reconeixement de decisions d'autoritats estrangeres”.<sup>54</sup>
2. En tots els seus pronunciaments, el Tribunal Suprem ha exhibit nombrosa normativa que recolza la vulneració de drets fonamentals derivada de la pràctica de la gestació subrogada. Així doncs, la jurisprudència fa una remissió a la normativa interna però també a tots els convenis internacionals sobre Drets Humans dels quals Espanya n'és part. Analitzant la pràctica en el seu conjunt, conclou el següent: “tant la mare gestant com el nen a gestar son tractats com mers objectes, no com persones dotades de la dignitat pròpia de la seva condició

---

<sup>54</sup> Sentència del Tribunal Suprem 835/2013, de 6 de febrer. Fonament jurídic 5.

humana i dels drets fonamentals inherents a aquesta dignitat.” A ulls de l’Alt Tribunal, la gestació per substitució perpetua les desigualtats que històricament han caracteritzat els col·lectius més vulnerables, com les dones o els nens. Exposa textualment el Tribunal: “no és necessari un gran exercici d’imaginació per fer-se una idea de la situació econòmica i social de vulnerabilitat en la que es troba una dona que accepta sotmetre’s a aquest tracte inhumà i degradant, que vulnera els seus drets més elementals a la intimitat, integritat física i moral o ser tractada com una persona lliure i autònoma dotada de la dignitat pròpia de tots els éssers humans”<sup>55</sup>.

Encara en l’àmbit dels drets fonamentals, una de les problemàtiques que ha hagut d’afrontar el Tribunal Suprem és la discriminació per raó de sexe i orientació sexual en la denegació de la inscripció de la filiació. Certament, la pràctica de la gestació subrogada és un recurs molt emprat per les estructures familiars més diverses i aquesta falta de reconeixement de les resolucions estrangeres ha plantejat dubtes davant el Tribunal Suprem sobre si la raó de fons era de caràcter discriminatori o no. Aquest extrem ha estat negat per l’Alt Tribunal i exposa que la causa de la denegació de la filiació no és la orientació sexual dels sol·licitants, ja que si la sol·licitud hagués estat formulada per un matrimoni heterosexual, una parella de fet, una sola persona, un home o una dona, la resposta jurídica hagués estat la mateixa. Així doncs, la raó de fons és que la filiació pretesa té origen en una gestació per substitució, un tipus de filiació que l’ordenament jurídic espanyol no contempla.

3. La jurisprudència del Tribunal Suprem també ha estudiat de forma detinguda l’interès superior del menor en l’àmbit de la gestació subrogada. En primer lloc, es posa sobre la taula la complexitat de la qüestió ja que amb paraules del Tribunal “es tracta d’un concepte jurídic indeterminat introduït pel legislador amb la finalitat d’ampliar els marges de la ponderació judicial”, i és justament per això que no existeix una unanimitat.<sup>56</sup> L’interès superior del menor no es pot invocar de forma indiscriminada, ni pot servir al Jutge per arribar a qualsevol resultat en detriment d’altres béns jurídics protegits. Tal i com es desprèn dels fonaments jurídics sis i set de la Sentència 835/2013 de 6 de febrer, sense aquesta ponderació d’interessos constant, es poden perdre de vista altres circumstàncies dignes de protecció com ara la dignitat i integritat moral de la dona gestant, evitar la mercantilització de la gestació i la filiació o

---

<sup>55</sup> Sentència del Tribunal Suprem 277/2022, de 31 de març. Fonament jurídic 3.

<sup>56</sup> Sentència del Tribunal Suprem 835/2013, de 6 de febrer. Fonament jurídic 5, apartat 3.

evitar l'exploració de l'estat de necessitat en què poden trobar-se dones joves en situació de pobresa.<sup>57</sup>

Així doncs, pel que fa la possible vulneració de les drets del nen, el Tribunal Suprem assumeix que el no reconeixement de la filiació estrangera pot implicar un perjudici pels menors, però alhora destaca que establir una filiació que contradigui obertament els criteris previstos legalment també pot suposar un perjudici: “la mercantilització que implica determinar una filiació a favor de qui encarrega una gestació atempta clarament contra la dignitat del menor, que es converteix immediatament en un objecte de comerç.”<sup>58</sup> El Tribunal exposa que la denegació del reconeixement de la filiació estrangera no contradiu el dret a la identitat única dels menors, ja que tècnicament l'únic vincle que existeix entre el menor i el país d'origen és el lloc de naixement, i aquest fet es deu a la possibilitat de concertar un contracte de subrogació uterina a l'estranger. En altres paraules, aquest vincle mai hagués existit si la gestació subrogada no hagués estat permesa en el territori en qüestió.

D'altra banda, en relació al dret a la vida privada i familiar del menor, l'Alt Tribunal tampoc considera que existeixi cap vulneració ja que en cap moment es posen entrebancs a la integració dels menors a la família constituïda pels recurrents; i és que a més existeixen mecanismes per accedir a la filiació del menor en qüestió. D'acord amb l'article 10.3 de la Llei de Tècniques de Reproducció Humana Assistida el progenitor biològic està facultat per reclamar la paternitat, i acreditada la renúncia de la mare gestant, el cònjuge del progenitor biològic pot accedir a la filiació per mitjà de l'acolliment familiar o l'adopció per formalitzar la plena integració dels menors a la família. Aquest mecanisme, el de l'adopció per part de la mare d'intenció, ha estat reconegut pel Tribunal Europeu de Drets Humans com a procediment vàlid sempre que la normativa interna assegurí la protecció de l'interès superior del menor.

---

<sup>57</sup> En aquest sentit, una part de la doctrina s'ha mostrat especialment crítica amb el posicionament del Tribunal Suprem ja que no es fa cap menció a la gestació subrogada en la seva modalitat altruista. “Per què les persones que es presten ha d'atemptar necessàriament contra la seva pròpia dignitat? Hi ha qui fins i tot realitza aquestes gestacions gratuïtament i per pur altruisme, pel simple desig d'ajudar a qui no pot tenir fills per si mateix... Necessàriament s'estan cosificant o atemptant contra la seva pròpia dignitat? El Tribunal Suprem condemna aquesta via com a mitjà ja que mercantilitza la gestació, i considera aberrant que determinats intermediaris pugui fer-ne negoci. No obstant, altres activitats d'ajuda a la gestació com per exemple els implants *in vitro*, que es realitzen per institucions amb ànim de lucre, no es consideren condemnables. Quin és el límit d'allò mercantil? (F. RODRÍGUEZ PRIETO, El tratamiento en España de la gestación subrogada internacional)

<sup>58</sup> Sentència del Tribunal Suprem 835/2013, de 6 de febrer. Fonament jurídic 5, apartat 8.

A aquests efectes, cal destacar que la normativa espanyola garanteix i assegura l'estudi de les circumstàncies socio-familiars així com les valoracions sobre la idoneïtat per la cobertura de les necessitats de tot tipus del menor.

Així doncs, malgrat la normativa legal i convencional mostrada pel Tribunal per fonamentar la seva argumentació, els menors nascuts a l'estranger per gestació subrogada entren sense problemes a Espanya i s'integren en un nucli familiar concret durant un temps prolongat.<sup>59</sup> A través d'aquest posicionament el Tribunal Suprem espanyol assumeix el relat del Tribunal Europeu de Drets Humans, que "reconeix l'existència d'un vida familiar *de facto* fins i tot en absència de llaços biològics o d'un lligam jurídicament reconegut, sempre que existeixin determinats vincles personals efectius i que aquests tinguin una durada rellevant".<sup>60</sup>

En la jurisprudència el Tribunal Suprem, així com la del Tribunal Europeu de Drets Humans hi contrasta la visió crítica de la gestació subrogada que posa en el centre una defensa aferrissada dels drets fonamentals, amb el pragmatisme a l'hora de donar una resposta eficient i real a les necessitats dels menors, donada la seva situació d'especial vulnerabilitat. És així com es materialitza l'interès superior del menor en la jurisprudència del Tribunal Suprem: responent a les exigències del Dictamen del Tribunal Europeu de Drets Humans, assumint la jurisprudència dels Tribunals Europeus i respectant de forma explícita la normativa interna. Resumidament, aquesta valoració del cas concret satisfà l'interès superior del menor i alhora és exigent amb la protecció dels drets fonamentals que tant el Tribunal Suprem com el TEDH han considerat dignes de protecció. Segons el Tribunal, si es potenciés la pràctica de la gestació subrogada, els drets de les mares gestants i dels nens en general es veurien greument lesionats ja que, en certa manera, s'obriria la porta a un reconeixement semiautomàtic de la filiació resultant del contracte, i això deixaria tant la mare com el menor en una posició de simples mercaderies.

No podem acabar l'anàlisi jurisprudencial sense tenir en compte els Vots Particulars que acompanyen la Sentència 277/2022 de 31 de març, signat per quatre magistrats. Aquest vot particular evidencia una vegada més la complexitat i la controvèrsia que caracteritza la pràctica de la gestació subrogada. Els magistrats discrepants estructuren el seu raonament en base a dos arguments principals: la vulneració de l'ordre públic i el respecte a l'interès

---

<sup>59</sup> Sentència del Tribunal Suprem 277/2022, de 31 de març, Fonament jurídic 4, apartat 7.

<sup>60</sup> Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 24 de gener de 2017, Gran Sala, cas *Paradiso y Campanelli*, apartatss 140 i 151 i següents, i de 18 de maig de 2021, cas *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islàndia*, apartat 62).

superior del menor. Consideren que la decisió del Tribunal Suprem no atén a les noves realitats i en aquest sentit adverteixen que cal buscar solucions més beneficioses i més pràctiques pels fills ja que tècnicament es tracta d'una família que no només actua com a tal sinó que a més ha actuat de conformitat amb la normativa d'un altre territori.

Pel que fa l'ordre públic, els signants del vot particular reconeixen que de conformitat amb l'ordenament jurídic espanyol el contracte de gestació subrogada és nul. No obstant, quan es parla d'ordre públic cal diferenciar entre l'admissió d'aquesta pràctica a Espanya dels efectes que produeix quan prové d'un Estat on la pràctica està permesa, ja que allò que se sotmet a l'autoritat espanyola no és la legalitat del contracte, sinó el reconeixement d'una decisió estrangera vàlida i legal conforme a la seva normativa<sup>61</sup>. El Vot Particular considera que l'anàlisi de l'ordre públic no pot respondre a una forma preventiva ni es pot fer “des de la perspectiva de la contravenció de la normativa interna”; en tot cas cal valorar-lo cas per cas i atenent a la consideració que mereixi la millor tutela de l'interès superior del menor”. En darrer lloc, els magistrats fan una breu referència al dret comparat i posen de manifest que la tendència camina cap a la regularització i la flexibilització de les mesures en aquests casos.

En relació a l'interès superior del menor, els Magistrats discrepants consideren que sí que es veu afectat i que la defensa d'aquest principi no pot ser contra els mateixos menors, sinó “a partir d'una regulació que impedeixi la seva conculcació”. Per tot això, acaba el vot particular, “no podem parlar d'ordre públic si es posa en entredit l'interès d'un nen, una persona de carn i os, perfectament individualitzada”.

### **3.2. El tractament de la gestació subrogada en el Tribunal Europeu de Drets Humans**

Des del punt de vista de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, els casos més destacables son *Menesson i Labasse contra França* i *Paradiso i Campanelli contra Itàlia*. La clau jurídica de les resolucions del TEDH sempre ha estat el respecte a la vida privada i familiar (art. 8 CEDH). El Tribunal d'Estrasburg ha configurat l'interès superior del menor com a principi essencial en aquesta qüestió, i per aquesta raó ha defensat la necessitat de reconèixer i mantenir els vincles familiars generats a partir d'un conveni de gestació subrogada. Amb això, el posicionament del TEDH ens porta a plantejar-nos si, en virtut de l'article 8 CEDH, existeix o no

---

<sup>61</sup> GODOY VÁZQUEZ, O. La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo. Universidad de Extremadura.

un dret il·limitat a crear una família i, per tant, a qüestionar quins elements s'hauran de ponderar quan entrin en conflicte l'ordre públic i l'interès del menor.<sup>62</sup> En relació al cas italià m'agradaria fer un petit incís: la decisió del TEDH va ser revocada per la Gran Sala, i considero personalment que tot aquest laberint jurídic resulta inacceptable, tenint en compte l'impacte que això té sobre les persones que es troben implicades en el procés. Circumstàncies com aquestes posen de manifest la necessitat imperant de tenir un marc normatiu que ofereixi uns mínims de seguretat jurídica a totes les parts.

Cal destacar que a dia d'avui, el Tribunal Suprem d'Espanya comparteix el posicionament amb el Tribunal Europeu de Drets Humans, i és que en aquest sentit el marge d'apreciació nacional queda força reduït atès que es tracta d'una matèria estretament vinculada amb els drets fonamentals.<sup>63</sup> Amb paraules del TEDH, "l'ordre públic internacional no opera com a xec en blanc concedit a l'Estat de destí per rebutjar els efectes de la filiació estrangera en el seu ordenament jurídic, simplement perquè la gestació per substitució estigui radicalment prohibida en el Dret de l'Estat en qüestió mitjançant normes imperatives":

Una de les deficiències més significatives de la jurisprudència europea en l'àmbit de la gestació subrogada és que en cap cas s'aborda la qüestió dels drets de les dones: "allò rellevant és la defensa del benestar psicològic, emocional i físic del menor, la seva protecció, la defensa jurídica, la promoció del lliure desenvolupament de la personalitat, la preservació de la seva vida privada i de la seva identitat per sobre de les fronteres, la salvaguarda de la seva vida familiar"<sup>64</sup>. El fet que no es tracti la problemàtica relacionada amb els drets de les dones gestants és un aspecte obertament criticat per la doctrina; Salazar Benítez ho explica així: "el TEDH ha comprès de forma realment admirable la funció del Dret Internacional Privat com a sistema de realització dels drets subjectius dels éssers humans, però això ho fa sense tenir presents, o almenys no al mateix nivell de ponderació, els drets subjectius de les dones que també son éssers humans":

---

<sup>62</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O. La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos. Dykinson.

<sup>63</sup> Aquest marge nacional d'apreciació és una pràctica sorgida per mitjà de l'evolució interpretativa dels drets humans, la qual ajuda a solucionar l'aparent contradicció entre sobirania nacional i el reconeixement de tals drets a nivell europeu. Així doncs, es tracta més d'una doctrina que no pas d'un principi, que constitueix un espai de maniobra pel compliment de les obligacions en matèria de drets humans dins de l'àmbit del Conveni Europeu respectiu. (Pablo Sánchez-Molina i Steven Greer)

<sup>64</sup> Calvo Caravaca, A. L., & Carrascosa González, J. (2015). Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 7(2), 45-113. Recuperado a partir de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780>



#### 4. CONCLUSIÓ

Aquest estudi sobre la pràctica de la gestació subrogada, des d'una opinió personal, posa de manifest diverses consideracions a destacar:

1. En primer lloc, la impossibilitat pràctica d'establir una regulació plenament garant dels drets de les dones gestants. Son diverses les propostes que al llarg del temps s'han anat posant sobre la taula per tal de regular la gestació subrogada, i cap d'aquestes ha aconseguit atendre a totes les exigències que deriven d'aquesta pràctica en termes de drets fonamentals. Però no només això, sinó que qualsevol intent per regular aquesta qüestió a nivell intern resultaria inútil ja que no podem perdre de vista la perspectiva internacional de la pràctica de la gestació subrogada. Una resposta a nivell internacional seria l'únic mecanisme vàlid per aturar el turisme reproductiu, així com els beneficis que obtenen les agències intermediàries d'aquest sector. Un exemple d'això que explico és el d'Espanya: per més que el nostre ordenament jurídic consideri nul el contracte de gestació per substitució, res impedeix que un ciutadà espanyol es pugui dirigir a un altre país on aquesta pràctica sí que està permesa.<sup>65</sup> I és que aquesta circumstància, en el fons, frustra l'eficàcia del nostre ordenament jurídic, i el que és pitjor, li resta credibilitat.
2. En segon lloc, la validesa o invalidesa del consentiment com a conseqüència de la desigualtat entre les parts. És raonable creure que la posició que ocupen les parts en un negoci jurídic, i més específicament en els contractes de gestació subrogada, ve estrictament determinada pel lloc que ocupen les parts en els estrats socials. Si valorem aquesta qüestió amb perspectiva de gènere, és obligatori plantejar-se si existeix una paritat de condicions i fins a quin punt el consentiment prestat per un subjecte més vulnerable pot ser considerat vàlid.<sup>66</sup> En qualsevol cas, la participació en una determinada relació jurídica, del tipus que sigui, ha de ser consentida lliurement, és a dir, ha de partir d'un grau d'autonomia suficient que no tingui com a pretext la necessitat o la supervivència; i aquestes circumstàncies, no es donen en la majoria de casos en què té lloc la gestació subrogada. Cal plantejar-se qui accediria a aquesta pràctica si tingués una alternativa real per sortir de la situació de necessitat o de pobresa. Assumint el posicionament de Laura Nuño, es tracta, sens cap mena de dubte, d'un consentiment viciat per quant no compleix amb els requisits exigibles a un contracte lliure entre iguals.

---

<sup>65</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O. La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos. Dykinson.

<sup>66</sup> BALAGUER, M.L. (2017) Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social, (Madrid: Tecnos, 2017), 14, en prensa.

3. En tercer, la inexistència d'un dret a la reproducció. La jurisprudència, ni espanyola ni internacional ha reconegut cap dret a la reproducció de forma explícita. En altres paraules, no existeix la possibilitat d'exercir un dret que no ha estat reconegut a cap nivell, i molt menys quan aquest és exercit en detriment d'uns altres que no només existeixen sinó que es configuren com a valors essencials de qualsevol estat democràtic: la llibertat i la dignitat de les persones. Els pares contractants no exerciten cap dret fonamental a ser pares, com sí ho fan les mares gestants i també els nadons quan parlem de dignitat. A més, limitar la pràctica de la gestació subrogada no compromet l'exercici de la maternitat o paternitat ni tampoc el dret al lliure desenvolupament de la personalitat; d'aquesta qüestió se n'ocupa l'adopció, un procediment que minimitza el risc de feminitzar la pobresa i d'instrumentalitzar tant la mare gestant com el nadó. Personalment m'adhereixo al posicionament del Tribunal Suprem i del Tribunal Europeu de Drets Humans, que no consideren l'existència del dret a la reproducció. No obstant, també voldria destacar que al marge d'aquesta consideració el que sí és evident és que tampoc es tractaria d'un dret absolut o il·limitat, i ja només per aquesta raó la pràctica de la gestació subrogada no pot tenir encaix en el marc constitucional. Tal i com indica Ana Marrades, en cas que el dret a la reproducció existeixi, no es tracta d'un dret a procrear a qualsevol preu.
4. En quart lloc, les problemàtiques relacionades amb l'interès superior del menor i els drets dels nens. La falta de regulació de la gestació subrogada deixa els menors en una situació d'inseguretat jurídica i de desemparament inacceptable, ja que els seus drets queden a mans de la decisió del tribunal de torn. A més, cal evitar que el tracte rebut pels menors nascuts per gestació subrogada sigui discriminatori en algun sentit o un altre, respecte la resta de menors. Aquest extrem posa de manifest la necessitat de configurar un marc normatiu que serveixi com a garantia pels subjectes més vulnerables d'aquest tipus de negocis jurídics. La vulnerabilitat del menor exigeix prendre mesures per evitar el tràfic de menors i la mercantilització dels mateixos així com la instrumentalització de la vida humana.
5. En cinquè lloc, la regulació com a mal menor. El tractament jurídic que rep la gestació subrogada a nivell intern resulta del tot insuficient i ineficient. Tal i com hem pogut veure, malgrat la normativa interna configura la nul·litat del contracte de gestació subrogada, aquest segueix tenint efectes quan la naturalesa del contracte és transnacional. Per això, amb vista a la situació actual, no podem obviar que la gestació subrogada seguirà tenint

lloc. Seguint les línies d'Ana de Miguel<sup>67</sup>, l'auge del neoliberalisme patriarcal i sexual permet que tot tingui un preu, que tot es pugui comprar i vendre. Aferrar-se a les tesis abolicionistes equival a una utopia; en altres paraules, pretendre acabar amb la gestació subrogada a través d'una prohibició és el mateix que voler acabar amb la prostitució per mitjà de l'ordenament jurídic. Igualment, regular favorablement la gestació subrogada és un altre desencert, ja que des del punt de vista dels drets fonamentals, tal i com s'ha pogut veure, resulta inacceptable. Així doncs, l'objectiu últim d'aquesta regulació no ha de ser que la gestació subrogada pugui tenir lloc a Espanya; no es tracta d'obrir la porta a aquesta pràctica a nivell intern, ni de dotar de validesa els contractes d'aquesta naturalesa, sinó de regular tots i cadascun dels efectes de la gestació subrogada transnacional a Espanya. En altres paraules, es tracta de preveure una forma d'actuació concreta davant aquestes circumstàncies, amb la finalitat d'evitar situacions d'inseguretat jurídica, desprotecció i vulneració sistemàtica de drets fonamentals dels col·lectius més vulnerables.

6. En sisè lloc, l'afectació objectiva als drets fonamentals. La gestació subrogada suposa un atac frontal als drets fonamentals dels subjectes més vulnerables de la societat, per qüestions estructurals. En aquest sentit, la prova que considero incontestable és que si la gestació subrogada no posés en greu perill els béns constitucionals més sensibles, ja hauria estat reconeguda com a pràctica legal a nivell internacional. En relació a aquesta qüestió, ens adherim al posicionament del Tribunal Suprem espanyol. La mare gestant i el nen a gestar son tractats com mers objectes, no com persones dotades de la dignitat pròpia de la seva condició humana i dels drets fonamentals inherents a aquesta dignitat. La gestació subrogada perpetua les desigualtats estructurals que històricament han patit els col·lectius més vulnerables, com les dones o els nens. És una pràctica que instrumentalitza i mercantilitza les dones, així com la seva capacitat reproductiva. A més, cal destacar que el mateix Codi Civil exclou les vides humanes del tràfic jurídic, ja que només poden ser objecte de contracte les coses que no es troben fora de comerç. En el marc de la gestació subrogada la funció que s'atribueix a la dona és purament instrumental, ja que s'utilitza la seva capacitat reproductiva per satisfer uns fins aliens. No podem considerar que la dignitat d'una persona es manté intacta quan el tracte que rep és el d'un objecte o el d'un simple mitjà per assolir un fi. Per tot això, "resulta inacceptable que qualsevol persona amb capacitat econòmica suficient pugui adquirir un ésser humà, convertir els menors en mercaderies i a les dones en mitjans"<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> DE MIGUEL, A. 2015. NEOLIBERALISMO SEXUAL: el mito de la libre elección.

<sup>68</sup> NUÑO, L. Maternidades S.A. El negocio de los vientres de alquiler. Pàgines 118-119

A mode de conclusió convé reflexionar sobre quin ha de ser el paper del Dret davant d'aquest tipus de conflictes. L'ordenament jurídic és l'eina del poder públic per tutelar de forma efectiva els drets de les persones, de mode que no pot restar passiu davant determinades situacions. Més aviat tot el contrari, ha de ser capaç de plasmar els valors que com a societat ens caracteritzen i ha de respondre amb els principis que doten de substància ètica l'Estat Constitucional.<sup>69</sup>

Molt d'acord amb Victoria Camps, Catedràtica d'Ètica i filòsofa marcadament feminista, la gestació subrogada resulta èticament inacceptable ja que en última instància reproduïx un negoci d'úters i la compravenda de nens. Amb això, incloure-la dins del marc normatiu, significaria, en essència, dinamitar els pilars de qualsevol estat democràtic. Així doncs, per parlar del futur d'aquesta pràctica hem de valorar si com a societat estem disposats a conuiuïre amb la instrumentalització i mercantilització dels col·lectius més vulnerables; i si la nostra resposta és negativa, significarà que, almenys fins a dia d'avui, la gestació subrogada segueix sense tenir lloc en el nostre ordenament jurídic i per tant en la nostra societat.

---

<sup>69</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O. 2018. LA GESTACIÓN PARA OTROS: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos. Dykinson, S.L.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- @ABCNewsindepth (2020) Damaged Babies & Broken Hearts: Ukraine's commercial surrogacy industry // Foreign Correspondent <https://www.youtube.com/watch?v=0euVSmfVcWc>
- ALEMÁN MERLO, S. Derechos fundamentales y gestación por sustitución: vuelve el debate jurídico cerca de su regulación a raíz de la STS 277/2022, de 31 de marzo. Revista de Derecho Político. Núm. 116, gener-abril, 2023.
- Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá) 2016, 2017, no. 9, p. 49-68. ISSN 1888-3214
- ANUITA, G. La maternidad subrogada y el interés del menor.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L.I. No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (La llamada gestación por sustitución), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pàgines. 75-76).
- ASOCIACIÓN POR LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA. *Sobre la Gestación subrogada. ¿Qué es y cuál es su situación en España?* –Extret el 27 de febrer de 2023, de <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/sobre-la-gestacion-subrogada/que-es-y-cual-es-su-situacion-en-espana>
- BALAGUER, M.L. (2017) Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social, (Madrid: Tecnos, 2017), 14, en prensa.
- BEORLEGUI LOPERENA, A. La maternidad subrogada en España.
- BRUNET, L; CARRUTHERS, J; DAVAKI, K; KIN, D; MARZO, C; MCCANDLESS, J. (2013) El régimen de la subrogación en los estados de la Unión Europea. Parlament Europeu.
- Calvo Caravaca, A. L., & Carrascosa González, J. (2015). Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 7(2), 45-113. Recuperado a partir de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780>
- CASTELLANOS, J. (2019). Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico-filosófico: avance técnico, retroceso humano. Revista sobre la infancia y la adolescència.

- DE MIGUEL, A. 2015. NEOLIBERALISMO SEXUAL: el mito de la libre elección.
  
- ESQUEMBRE, M. «Subrogar la gestación: además de imposible, es inconstitucional», *Diario Información*, 13 de noviembre de 2017.
  
- EUROPEAN PARLIAMENT, A comparative study on the regim of surrogacy in European Union states. Directorate-General for Internal Policies.
  
- FARNÓS-AMORÓS, E. (2020). Paradiso y Campanelli c. Italia (II): Los casos difíciles crean mal derecho (I). *Revista de Bioética y Derecho*. Núm. 40. Publicació en línia: 2 de novembre de 2020.
  
- F. RODRÍGUEZ PRIETO, El tratamiento en España de la gestación subrogada internacional.
  
- GODOY VÁZQUEZ, O. La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo. Universidad de Extremadura.
  
- GÓMEZ SÁNCHEZ. (1994) El derecho a la reproducción humana, Marcial Pons, Universidad Complutense de Madrid. Madrid. Pàgines 41 i ss.
  
- HAGUE CONFERENCE ON INTERNATIONAL PRIVATE LAW. Surrogacy project: an updating note (2015). Drawn up by the Permanent Bureau
  
- MARRADES PUIG, A. 2017. La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derechos .
  
- MARRADES PUIG, A. (2017) . *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, El debate sobre la gestación subrogada en españa: entre el deseo, la dignidad y los derechos.
  
- NUÑO, L. Maternidades S.A. El negocio de los vientres de alquiler. 2020. Pàgines 118-119
  
- NUÑO GÓMEZ, L. «Gestación comercial: deseos y derechos», *El notario del Siglo XXI*, núm. 72, marzo-abril 2017.
  
- PECES BARBA. G, (2002), La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho.

- ROBERTSON, J.A.(1994). Trial. «Liberty and Assisted Reproduction», Pàg. 50.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI))
- SALAZAR BENÍTEZ, O. La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos. Dykinson.
- SARASOL, C. y RAMÓN, F. (2021). La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español. Jurídicas CUC, 17(1), 323–366. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.12> .
- VV.AA. (2017). «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada», pp. 30-39. Disponible en: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)
- VELÁZQUEZ, L. Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada. Some Aspects on Informed Consent in Surrogacy. Centro Interdisciplinario de Bioética Universidad Panamericana (México)

## FONTS LEGALS

- Declaració Universal de Drets Humans, de 1948.
- Declaració Universal dels Drets dels Nens, de 1959.
- Constitució Espanyola, de 1978.
- Protocol facultatiu de la convenció sobre drets dels nens, relatiu a la venda de nens, prostitució infantil i utilització de nens en la pornografia, de 18 de gener de 2002.
- Llei Orgànica 8/2015 de modificació del sistema de protecció durant la infantesa i l'adolescència.
- Llei 14/2006, de 26 de maig, de Tècniques de Reproducció Humana Assistida.
- Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i dels drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica.

- Llei 1/1982, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge.
- Proposición del Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos de 8 de setembre de 2017.

## **FONTS JURISPRUDENCIALS**

- *Cas N° 23218/94 Gül vs. Suïza. Sentència de 19 de febreo de 1996, Conferència Regional sobre Migració (CRM), 19 de febrer 1996, disponible a: <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc55fa.html> (visitat el 14 d'abril de 2023)*
- Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 24 de gener de 2017, Gran Sala, cas *Paradiso y Campanelli*, apartats 140 i 151 i següents.
- Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, de 18 de maig de 2021, cas *Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islàndia*, apartat 62).
- Sentència del Tribunal Constitucional 2/1982, de 29 de gener.
- Sentència del Tribunal Constitucional 64/2019, de 9 de maig.
- Sentència del Tribunal Suprem 277/2022, de 31 de març.
- Sentència del Tribunal Suprem 835/2013, de 6 de febrer.
- SAP 826/2011, de 23 de novembre de 2011.