

ESTUDIOS

Aranzadi-Cátedra Johnson&Johnson
«DERECHO Y SALUD» UNIZAR

SALUD PÚBLICA, RIESGOS EMERGENTES Y DERECHO PENAL

INVESTIGACIONES DE LA CÁTEDRA J&J DERECHO
Y SALUD – UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (2025-2026)

MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR
CARLOS FUERTES IGLESIAS
DIRECTORES

Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí



Universidad
Zaragoza

ARANZADI

© Miguel Ángel Boldova Pasamar y Carlos Fuertes Iglesias (Dirs.), 2026
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: 2026

Depósito Legal: M-11654-2026

ISBN versión impresa: 978-84-1085-817-6

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-818-3

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí



Índice General

Página

NOTA DE LOS DIRECTORES 15

1

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: PROBLEMAS ÉTICO-JURÍDICOS Y LÍMITES DEL DERECHO PENAL EN UN CONTEXTO TRANSNACIONAL

M.^a DEL MAR CARRASCO ANDRINO 17

I. La gestación por sustitución como problema jurídico contemporáneo 17

II. Gestación por sustitución, dignidad y autonomía: argumentos ético-jurídicos en conflicto 26

III. Gestación por sustitución y Derecho penal: modelos comparados y límites 32

IV. Bibliografía 40

2

ANÁLISIS CRÍTICO DEL ART. 60 CP: ¿UNA VÍA PARA LA EXCARCELACIÓN DE PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL O CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL GRAVES?

LORENA ALEMÁN ARÓSTEGUI 45

I. Introducción 45

II. Análisis crítico del art. 60 CP y su aplicación 49

1. Antecedentes y evolución legal 49



	<i>Página</i>
2. <i>Requisitos y condiciones de aplicación en la regulación actual</i>	52
2.1. Art. 60 CP: regulación sustantiva	52
2.2. Cuestiones procesales.	56
3. <i>Aplicación judicial</i>	58
III. Críticas	64
IV. Propuestas de lege lata y de lege ferenda para la excarcelación de personas con enfermedad mental o con discapacidad intelectual graves	69
1. <i>Propuestas de lege lata</i>	70
2. <i>Propuestas de lege ferenda</i>	73
V. Bibliografía	78

3

APROXIMACIÓN A LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE SANIDAD

MARÍA QUINTAS PÉREZ	83
I. Introducción	83
II. La corrupción en el sector sanitario	84
III. Oportunidades de corrupción en la contratación sanitaria	89
1. <i>Aproximación los procedimientos de contratación pública</i>	89
2. <i>Tramitación de emergencia, COVID-19, comisiones y sobrecostes</i>	95
IV. La respuesta penal a la corrupción en la contratación pública	98
1. <i>Prevaricación administrativa</i>	99
2. <i>Cohecho</i>	103
V. Conclusiones	107
VI. Bibliografía	108



4

CAMBIO CLIMÁTICO Y DERECHO A LA SALUD: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

HELENE COLOMO IRAOLA.....	115
I. Introducción	115
II. Consideraciones previas sobre el cambio climático y su régimen jurídico internacional	117
III. Cambio climático y salud: el deterioro climático como amenaza sanitaria y factor de expulsión	129
IV. Hacia el reconocimiento jurídico de las migraciones climáticas desde el derecho a la salud: la sentencia <i>Verein Klima-Seniorinnen Schweiz y otras c. Suiza</i>	135
V. Consideración final	141
VI. Bibliografía	142

5

DERECHO DE DEFENSA DEL ENCAUSADO AFECTADO POR ENFERMEDAD MENTAL

ANDRÉS VERA TERÁN.....	147
I. Introducción	147
II. La enfermedad mental y su afectación en la imputabilidad y capacidad procesal del sujeto	149
1. <i>Evolución histórica las enfermedades mentales y su conceptualización en el Derecho penal y procesal penal</i>	149
2. <i>La imputabilidad</i>	153
3. <i>La capacidad procesal del sujeto afectado por enfermedad o trastorno mental</i>	156
III. Derechos del encausado afectado por enfermedad mental: especial consideración al derecho de defensa.	159
1. <i>Naturaleza del derecho de defensa</i>	159



2.	<i>Manifestaciones del derecho de defensa: especialidades cuando media enfermedad o trastorno mental</i>	162
a.	La autodefensa	162
b.	La defensa técnica.....	164
IV.	Evolución jurisprudencial del derecho de defensa en relación al sujeto afectado por enfermedad o trastorno mental: Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo	165
V.	El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 como reflejo de un cambio de modelo	174
VI.	Reflexiones finales	176
VII.	Bibliografía	179

6

ELEVADAS RETRIBUCIONES DE LOS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS FARMACÉUTICAS Y RESPONSABILIDAD PENAL

	BELÉN MAYO CALDERÓN	183
I.	El régimen legal de la remuneración de los administradores, consejeros delegados y comisiones ejecutivas	184
II.	La posible calificación de las elevadas retribuciones como delito de administración desleal	187
1.	<i>La interpretación de los delitos de apropiación desleal y apropiación indebida antes de la reforma introducida por la LO 1/2015</i>	187
2.	<i>Los delitos de apropiación indebida y administración desleal tras la reforma introducida por la LO 1/2015</i>	193
2.1.	Las modificaciones introducidas por la LO 1/2015: el nuevo delito genérico de administración desleal, la reforma del delito de apropiación indebida y la derogación del delito societario de administración desleal	193

	<i>Página</i>
2.2. Crítica a la postura defendida por el Tribunal Supremo tras la reforma introducida por la L.O. 1/2015	195
3. <i>Los elementos típicos que deben concurrir para calificar las altas retribuciones de los administradores como delito de administración desleal</i>	199
3.1. El sujeto activo: la infracción de las facultades para administrar como expresión de la relación de dominio social del autor sobre el bien jurídico. . . .	200
3.2. La acción objetivamente idónea para perjudicar el patrimonio de la sociedad	203
3.3. El resultado típico	208
3.4. El dolo y el elemento subjetivo de lo injusto relativo a la finalidad de obtener un beneficio propio o de tercero	210
III. Bibliografía	212
7	
TRATA DE SERES HUMANOS Y PROSTITUCIÓN	
MARÍA BELÉN SÁNCHEZ DOMINGO	217
I. Introducción	217
II. Marco normativo internacional y europeo	219
1. <i>Instrumentos jurídicos internacionales</i>	219
2. <i>Instrumentos jurídicos europeos</i>	221
III. La trata de seres humanos: artículo 177 bis CP	226
1. <i>Evolución legislativa</i>	226
2. <i>Conductas típicas</i>	233
3. <i>Medios comisivos</i>	234
IV. Fines de la trata: Explotación sexual y prostitución.	237
V. Reflexión final.	240
VI. Bibliografía	241



8

PUBLICIDAD COSMÉTICA, SALUD Y CONSUMIDORES VULNERABLES

MARTA PARDO MIRANDA	245
I. Introducción	245
II. Publicidad engañosa: marco regulatorio	249
1. <i>Marco normativo europeo</i>	249
2. <i>Marco normativo español</i>	252
III. Publicidad cosmética: marco normativo	254
IV. La protección de los consumidores vulnerables	256
V. La tutela penal del consumidor vulnerable: el menor de edad frente a la publicidad cosmética	260
1. <i>Protección del menor frente a la publicidad</i>	260
2. <i>Mayor desvalor por la vulnerabilidad</i>	267
3. <i>Otras figuras penales conexas</i>	270
VI. Conclusiones	271
VII. Bibliografía	274



Gestación por sustitución: problemas ético-jurídicos y límites del derecho penal en un contexto transnacional*

M.^a DEL MAR CARRASCO ANDRINO
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Alicante

SUMARIO: I. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO PROBLEMA JURÍDICO CONTEMPORÁNEO. II. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, DIGNIDAD Y AUTONOMÍA: ARGUMENTOS ÉTICO-JURÍDICOS EN CONFLICTO. III. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL: MODELOS COMPARADOS Y LÍMITES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN COMO PROBLEMA JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

El avance de las técnicas de reproducción humana asistida durante la segunda mitad del siglo XX trajo consigo la superación de la unicidad de la maternidad biológica, al hacer posible la separación de la madre gestante y de la genética¹ y con ello también que la madre de deseo o intencional pudiera ser una tercera distinta de aquéllas. Es en este contexto en el que

* Este trabajo se ha realizado en el seno del Proyecto de I+D+i PID2022-138770OB-100 «Derecho penal y distribución de la riqueza en la sociedad tecnológica (II)», financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ FEDER, UE.

1. En este sentido BENÍTEZ ORTUZAR, I. F., 1997, pp. 75 y 76, ya indicaba que, a diferencia de la paternidad biológica que sólo podía ser genética, la maternidad biológica podía ser de dos tipos: genética o gestante.



surge la gestación por sustitución² como la única forma de poder tener un hijo genéticamente propio por quienes carecen de capacidad de gestar³, ya lo sea por razones médicas (mujer sin útero o con patologías que impidan la gestación) o estructurales (hombre sólo o pareja homosexual masculina)⁴. Un dato significativo a tener en cuenta en su comparación con la adopción como institución jurídica que tradicionalmente ha permitido satisfacer el deseo de maternidad o paternidad, que se vincula al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE⁵. A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha reconocido que «la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico»⁶. También el TEDH ha derivado del art. 8 CEDH el derecho a ser padre genético (*Dickson c. Reino Unido*, asunto 44362/04, Sec. 4^a, de 18 abril 2006, revisada por Gran Sala, 4 diciembre 2007) o a no serlo (*Evans c. Reino Unido*, asunto 6339/05, Sec. 4^a, 7 marzo 2006, confirmada por Gran Sala 10 abril 2007) y a utilizar las técnicas

2. Como observa ALCÁZAR ESCRIBANO, M.A., 2024, p. 317, la gestación por sustitución no es una práctica desconocida en la historia. Así en otras épocas históricas el marido, ante la infertilidad de la esposa, podía tomar a otra mujer, generalmente una esclava, para gestar el hijo propio (Código de Hammurabi).
3. Así, en la primera versión del glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida, la gestación subrogada se incluye entre los tratamientos o procedimientos de reproducción asistida (vid. ZEGERS-HÖCHSCHILD, F. et al., 2006, p. 1969).
4. Se alega, en ese sentido, la aplicación del principio de igualdad: si se permite la donación de ovocitos para que una mujer que no puede aportar sus óvulos pueda ser madre, también debería permitirse que una mujer que no puede gestar pudiera acudir a la gestación por sustitución (LAMM, 2014, p. 247).
5. Así, VELA SÁNCHEZ, A.J., 2019, p. 3, nota 7, apoyándose en Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, quien lo incardina dentro de los derechos económicos, sociales y culturales; y en Bobbio, que lo agrupa en la denominada cuarta generación de derechos humanos. La Sentencia del Tribunal Constitucional italiano 162/2014, de 10 de junio de 2014 (ud. 8 abril 2014), en la que se declara inconstitucional la prohibición de la fecundación heteróloga (uso de gametos externos a la pareja), define la libertad procreativa como un derecho fundamental derivado de la autodeterminación personal y la intimidad. Un comentario sobre esta interesante sentencia constitucional que establece como un criterio a seguir en el ámbito del bioderecho, al desplazar la libertad procreativa del ámbito de la ética al de la salud, convirtiéndola en una cuestión sanitaria, vid. VALLINI, A., 2014, pp. 831 y ss. También nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia 215/1994, de 14 julio, había vinculado la libertad de procreación al derecho al libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10.1 CE (FJ 4), en la que se resolvía el recurso de inconstitucionalidad contra el último inciso del antiguo art. 428 CP, que declaraba exenta de pena la esterilización del incapaz en determinados supuestos, finalmente declarado conforme con la Constitución.
6. Cfr. Sentencia CIDH, de 28 noviembre de 2012, caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, párr. 143. El caso versa sobre la prohibición de la técnica de fertilización *in vitro* en Costa Rica, consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad emitida por la Corte Suprema de dicho país, en la que esta técnica fue considerada atentatoria con-



*de reproducción. asistida para ello (S.H y otros c. Austria, asunto 57813/00, Sec. 1ª, abril 2010, revisada por Gran Sala, 3 noviembre 2011)*⁷.

Así las cosas, la gestación por sustitución se ha definido por alguna doctrina como «una modalidad de las técnicas de reproducción asistida a través de la inseminación artificial o fecundación *in vitro*, mediante la cual una mujer a cambio de una contraprestación o sin ella, se comprometa a gestar un hijo con el fin de entregarlo a una u otras personas para que éstos puedan ejercer de padres, ya sea de forma biológica o no, renunciando la gestante a sus derechos sobre el hijo»⁸.

Se distingue, así, entre gestación por sustitución onerosa o gratuita en función de que la mujer gestante reciba, o no, compensación económica; y entre gestación por sustitución tradicional o plena y la gestacional, según que la gestante aporte o no material genético propio. Esta última modalidad, la gestacional, es la más extendida en el ámbito comparado⁹ y la que menos disputas ha suscitado entre las partes¹⁰. Las combinaciones ofrecen, pues, mucha diversidad.

tra la vida y la dignidad del ser humano, pues se partía de que el embrión humano es persona desde el momento de la concepción, y por tanto, no puede ser tratado como objeto ni tampoco sometido a un riesgo tan elevado de muerte (la técnica comportaba una elevada pérdida de embriones). La CIDH consideró, en cambio, que la protección de la vida ha de comenzar con la implantación en el útero materno, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia sin la implantación en el útero materno, ni tampoco puede hablarse de embarazo hasta que aquella no se ha producido.

7. En el caso Dickson c. Reino Unido, se había denegado a una pareja la inseminación, la única vía que tenían para ser padres biológicos, dado que el marido se encontraba cumpliendo una condena larga de privación de libertad y Reino Unido no permite las visitas conyugales. En la primera sentencia del caso S.H. y otros c. Austria, se entendió que la prohibición de donación de gametos contemplada en la legislación austriaca contravenía el art. 8 CEDH; lo que se matizó en la segunda sentencia de la Gran Sala, al reconocerse que debía dejarse un amplio margen de apreciación a los Estados en la decisión de prohibir o permitir la donación de gametos, pues en definitiva la ley austriaca no prohibía «ir al extranjero en busca de tratamiento contra la infertilidad que comprenda técnicas de reproducción asistida no permitidas en Austria» (§114). Con ello se estaba fomentando el «turismo reproductivo». Un análisis de estos casos puede verse en FARNÓS AMORÓS, E., 2015, pp. 175-201; también PINO-ÁVILA, A., 2024, pp. 79-94.
8. Vid. PARRA RODRÍGUEZ, C., 2019, p. 292.
9. Cfr. BAKER, H., 2014, *Study Of Legal Parentage and The Issues Arising From International Surrogacy Arrangements*, Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, p. 59.
10. En este sentido, LAMM, E., 2014, p. 28 y ss., con referencia de los distintos casos que han llegado a la jurisprudencia (Baby M, etc.).



Esta realidad, como fácilmente puede colegirse, este procedimiento confronta directamente con el tradicional principio «*mater semper certa est*», conforme al cual la filiación materna queda determinada por el hecho cierto del parto. Se alega, así, que la gestación por sustitución genera incertidumbre sobre este aspecto y que incluso supone un «borrado» de la mujer gestante¹¹; aunque, ciertamente como ha observado la doctrina civilista, la aparición de las técnicas de reproducción asistida representa ya un cuestionamiento de la filiación puramente biológica¹², pues da cabida al criterio de la voluntad o intención de las partes en la determinación de la filiación¹³. No hay más que pensar en los casos de donación de gametos, en los que, conforme al art. 8 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) el/la donante nunca será considerado progenitor legal, sino que lo serán los padres que prestan su consentimiento para la fecundación con esta técnica¹⁴.

En España, como es sabido, el art. 10 LTRHA declara nulo el contrato de gestación por sustitución, estipulando en tales casos que la filiación se determinará por el parto, dejando a salvo la posible acción de reclamación de paternidad por el padre biológico. Este criterio de determinación de la filiación legal recibe también respaldo en el Código Penal, al sancionar conductas como la suposición de parto o la entrega de menor para alterar o modificar la filiación (art. 220 CP). Lo que no impide que estos acuerdos se lleven a cabo fuera de nuestro territorio. Con arreglo a los datos publicados por el Ministerio de Asuntos Exteriores, entre 2010 y 2022 se produjeron unas 3516 solicitudes de inscripción en los registros consulares de menores nacidos a través de gestación por sustitución, una cifra que no agota la cuantía total, dado que también se puede solicitar la inscripción cuando se está ya en territorio español¹⁵. Es este un fenómeno creciente a nivel mun-

11. Cfr. MIRKOVIC, A., 2019, p. 286.

12. Una exposición sobre los pros y los contras de las distintas teorías (la de la contribución, la de la gestación o la de la intención) sobre la filiación, incluyendo análisis de casos jurisprudenciales, puede verse en LAMM, E., 2014, pp. 31 y ss.

13. Sobre ello, también, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E., 2019, p. 677, quien acertadamente identifica el problema en si el ordenamiento jurídico debería reconocer el carácter constitutivo de la filiación «volitiva» o de intención con carácter irrevocable *ab initio*, o si ha de poder revocarse antes de la entrega del menor por cualquiera de las partes implicadas, esto es, no sólo por la madre gestante, sino también por los padres comitentes.

14. A ello se refiere, VELA SÁNCHEZ, A.J., 2019, p. 3 (versión electrónica), recordando que la voluntad también es el criterio determinante en la institución jurídica de la adopción. También FARNÓS AMORÓS, E., 2017, p. 225, quien sostiene que la gestación subrogada es solo una forma más de filiación por la voluntad.

15. Vid. IGAREDA GONZÁLEZ, N., 2024, p.73, quien también indica que podrían ser unos 1000 niños cada año.



dial¹⁶, que forma parte del llamado «turismo reproductivo»¹⁷, a pesar de los conflictos jurídicos que se suscitan con el reconocimiento de la filiación en el Estado receptor, e incluso con la nacionalidad del menor, por la disparidad de criterios entre los ordenamientos nacionales. Todo ello ha motivado que la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado haya impulsado, en aras de la protección de los derechos del menor¹⁸, un estudio de viabilidad sobre un convenio internacional que permitiese armonizar el reconocimiento transfronterizo de sentencias de filiación jurídica, incluyendo los casos de gestación subrogada, sin que hasta el momento se haya alcanzado un consenso¹⁹, precisamente por los reparos ético-jurídicos que ésta suscita ante el posible riesgo de cosificación o instrumentalización de

16. El estudio realizado en 2014 en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado recoge estimaciones de más de 1000 niños nacidos por gestación subrogada en Reino Unido cada año, o de un incremento del 1.162% en un periodo de 5 años de los casos reportados por los abogados especializados en los países donde estos convenios tienen lugar (vid. BAKER, H. *Study Of Legal Parentage And The Issues Arising From International Surrogacy Arrangements*, marzo 2014, pp. 56 y ss.). Es más, se vincula este incremento a la ausencia de una normativa internacional sobre esta materia, que se corresponde con la disminución de adopciones internacionales, sobre las que se han ido estableciendo cada vez más normas internacionales [cfr. Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 2018, *Informe de la Relatora Especial Maud de Boer-Buquicchio sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños* (A/HRC/37/60). 37º periodo de sesiones. Distr. general, 15 de enero de 2018, pp. 4 y 5].
17. Cfr. *Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, de 19 de mayo 2017, p. 18; LAMM, E., 2014, p. 193 y ss., quien lo define como «el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a las técnicas de reproducción asistida», indicando que las razones son varias: prohibición de la terapia concreta, exclusión de determinados colectivos, largas listas de espera, abaratamiento del tratamiento, etc.
18. En la esfera internacional también destacan otras iniciativas como la protagonizada por el *International Social Service* que, en febrero de 2021, publicó los «Principios para la protección de las niñas y niños nacidos por subrogación», conocidos como «Principios de Verona», en los que se establecen las pautas a tener en cuenta por los Estados y demás partes implicadas en los acuerdos de subrogación que inciden sobre el respeto a la dignidad, los derechos de los niños, el consentimiento de la mujer gestante, de los padres comitentes o de los donantes de gametos, las protecciones en la fase pre subrogación, la transferencia de la parentalidad legal, la prohibición de venta o explotación de menores, actuación de los intermediarios, etc. Pueden consultarse en https://issssi.org/wp-content/uploads/2023/03/VeronaPrinciples_25February2021-1.pdf (última consulta 22-1-2026).
19. Vid. Working Group on Parentage / Surrogacy. (2025). *WG on Parentage / Surrogacy: Final Report on the Feasibility of a possible Convention on the Recognition of Judgments on Legal Parentage* (Prel. Doc. N° 1). *Hague Conference on Private International Law*. El informe, presentado en noviembre de 2025, concluye que se han llegado a avances



la mujer gestante y del menor en un mundo globalizado con un desigual reparto de la riqueza.

En este sentido, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, en su informe de 15 enero de 2018 (documento A/HRC/37/60), reflexiona sobre el vacío normativo a nivel internacional en esa materia, lo que propicia que los menores así nacidos sean vulnerables a la violación de sus derechos, vinculando la gestación subrogada comercial con la venta de niños de acuerdo con la definición del derecho internacional. Así, aunque se indique que lo remunerado es la prestación de «servicios de gestación», lo cierto es que el pago queda supeditado al traslado físico y jurídico del menor a los padres comitentes, de manera que, si éste no se produce, la mujer gestante no recibe la correspondiente remuneración.

También el informe más reciente de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, de 14 julio 2025 (A/80/158), denuncia la existencia de violencia económica y reproductiva de las mujeres gestantes, que impulsadas por la situación de vulnerabilidad económica en la que se encuentran, se someten a condiciones abusivas (vigilancia constante, limitación de libertad de circulación, renuncia a derechos médicos, etc.), lo que abona la idea de la mercantilización del cuerpo y cosificación de la mujer gestante²⁰.

En el ámbito de la Unión Europea, su Parlamento se ha manifestado en el mismo sentido. Así, en su resolución 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, condenó la práctica de la gestación por sustitución por considerarla contraria a la dignidad de la

significativos en cuestiones técnicas, pero que no se ha logrado un consenso, precisamente por las divergencias que suscita la subrogación en cuanto al equilibrio entre la continuidad del estatus del menor y el respeto al orden público de cada Estado. El informe contiene propuestas interesantes en relación con las salvaguardias y estándares de protección de los derechos fundamentales de la mujer gestante y del menor, refiriéndose a la necesidad de un consentimiento libre e informado de aquella en el proceso, prevenir abusos como venta de niños o trata de seres humanos, y preservar la información sobre la identidad biológica y genética del menor como parte del derecho de éste a conocer sus orígenes.

20. Vid. Naciones Unidas, Asamblea General. (2025). *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, Reem Alsalem: Las distintas manifestaciones de violencia contra las mujeres y las niñas en el contexto de la reproducción subrogada* (A/80/158). Distr. general, 14 de julio de 2025, pp. 11 y ss. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a80158-different-manifestations-violence-against-women-and-girls-context> (última consulta 23-1-2025).



mujer, al suponer una mercantilización de su cuerpo y funciones reproductivas, especialmente de mujeres vulnerables en los países en desarrollo²¹. En su Resolución de 21 de enero de 2021, en el contexto de la estrategia europea para la igualdad de género elevó el tono, vinculando la gestación subrogada con posibles casos de explotación sexual²²; para acabar condenando esta práctica en su más reciente Resolución de 13 de noviembre de 2025 sobre la Estrategia para la Igualdad de Género 2025 (2024/2125(INI))²³, después de que la Directiva (UE) 2024/1712, que modifica la Directiva 2011/36/UE, incorporase la explotación de la maternidad subrogada como una forma de trata de seres humanos; aun cuando previamente, en su Resolución de 18 de enero de 2023 sobre «los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto», relativa al Informe anual 2022 (2022/2049(INI)), hubiese manifestado la necesidad de establecer un marco regulador europeo «para abordar las consecuencias negativas de la práctica comercial de la gestación por sustitución».

Estos reparos ético-jurídicos han tenido reflejo en la Jurisprudencia de la Sala 1ª de lo Civil del TS, que ha denegado la inscripción registral de la filiación derivada de la gestación subrogada, aunque fuera legal en el país de origen, por vulneración del orden público español y de principios fundamentales del ordenamiento jurídico (SSTS, Pleno, 835/2013, 6 febrero 2014; 277/2022, 31 de marzo; 1626/2024, 4 diciembre). El TS entiende, en primer lugar, que lo dispuesto en el art. 10 LTRHA integra este orden público, estableciendo la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución, y disponiendo que la filiación materna se determinará por el parto; y en segundo lugar, que este procedimiento de gestación

21. Literalmente el apartado 115 de la Resolución manifiesta: «[El Parlamento Europeo] condena la práctica de la gestación por sustitución, que atenta contra la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una mercancía; considera que debe prohibirse la práctica de la gestación por sustitución, que implica la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos» (disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_ES.html, última consulta 20/01/2026).
22. El apartado 32 de la Resolución textualmente afirma: «(El Parlamento Europeo) señala que la explotación sexual con fines de gestación por sustitución y reproducción (...) es inaceptable y constituye una violación de la dignidad humana y de los derechos humanos» (disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0025_ES.html, última consulta 20-1-2026).
23. Vid. apartado 14 de la Resolución disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-10-2025-0278_ES.pdf (última consulta 20-1-2026).



vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte (protección a la infancia, dignidad, integridad física y moral), considerando que la gestación por constitución puede suponer mercantilización de la gestación y la filiación, cosificando a la mujer y al menor. Es más, la STS 1626/2024 indica que si la gestación por sustitución se hubiera producido en España podría constituir un delito del art. 221.1 CP, lo que indica que el problema se sitúa en la gestación por sustitución de carácter comercial. En este mismo sentido, la sentencia alega que un reconocimiento casi automático de la filiación legal así obtenida en otro país supondría facilitar la actuación de las agencias de intermediación, y con ello potenciar prácticas en las que se vulneran los derechos de la gestante y del menor. Por todo lo cual, el Alto Tribunal remite para la protección del menor a lo estipulado en la legislación española: determinación de la filiación biológica en favor del padre comitente y adopción por la pareja de éste, o acogimiento familiar, cuando no hay vínculo genético paterno con el menor y hay una situación familiar *de facto* que hay que proteger, conforme ha dictaminado la Jurisprudencia del TEDH, en base al interés superior del menor (derecho a la intimidad y vida familiar del art. 8 CEDH).

Ahora bien, también se ha afirmado por la Doctrina que lo dispuesto en el art. 10 LTRHA tan solo integra un «orden público atenuado»²⁴, a la vista de que, aun cuando se declara la nulidad del contrato, éste despliega no obstante algunos efectos, pues abre la posibilidad de ejercitar la filiación en favor de la gestante y del padre biológico²⁵. Asimismo, el reconocimiento por la jurisdicción de lo social²⁶ de la prestación económica de maternidad a favor de los padres comitentes, refuerza esta idea.

24. La «doctrina del orden público atenuado» alude a la idea de que, aunque se trate de relaciones jurídicas creadas en el extranjero contrarias al orden público, algunos de sus efectos pueden ser aceptados. Vid. en este sentido, ampliamente, JIMÉNEZ MANCHA, J.C., 2022, pp. 162 y 163.

25. En este sentido, VELA SÁNCHEZ, A.J., 2025, p. 6 (versión electrónica), quien apunta el distinto tratamiento que recibe la madre comitente que aporta su material genético en la gestación por sustitución, quebrando así el principio fundamental de la preponderancia de la verdad biológica, que el art. 39.2.2 CE reconoce al disponer que «la ley posibilitará la investigación de la paternidad». También se hace eco de este efecto de contrato de gestación subrogada, de manera que el reconocimiento de la paternidad biológica no puede encuadrarse por ello en la idea de fraude de ley, vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E., 2019, p. 682.

26. Primero por los Tribunales Superiores de Justicia (entre otras, SSTSJ de Castilla y León de 5 de mayo 2010; Asturias de 20 de septiembre 2012; Madrid de 18 de octubre 2012; Cataluña de 23 de noviembre 2012; Cataluña de 9 de marzo 2015) y después por el TS



Por otra parte, se ha cuestionado, con razón, que el art. 10.1 LTRHA integre una auténtica norma de prohibición, pues en realidad solo declara la nulidad del contrato, sin establecer ninguna sanción para el caso de que éste se lleve a cabo. No se vincula a ninguna conducta ilícita previa²⁷. Simplemente el acto no surte efectos, y en todo caso, permite al padre biológico reclamar la filiación del menor así nacido, lo que no se cohonesta con una norma prohibitiva²⁸. Más bien, se trata de una norma constitutiva²⁹.

A pesar de ello, la LO 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, manifiesta en su Preámbulo que la gestación por subrogación constituye una forma de violencia reproductiva, reiterando, en su art. 32, la nulidad de estos contratos y la necesidad de promocionar con campañas institucionales información sobre la ilegalidad de esta práctica —en realidad es sobre la nulidad del contrato—, y asimilando la publicidad sobre prácticas comerciales de gestación subrogada a la categoría de publicidad ilícita del art. 3, a) de la Ley 34/1988, 11 noviembre, General de Publicidad, de manera que queda prohibida (art. 33 LO 1/2023).

(SSTS 881/2016, 25 de octubre; 953/2016, 16 de noviembre; 917/2017, 22 de noviembre; 1002/2017, 14 de febrero, entre otras). Los argumentos se basan en la analogía con las situaciones de adopción y acogimiento familiar, respecto de las que la legislación española reconoce este derecho a la prestación por maternidad, sin necesidad de que el/la solicitante haya pasado por un embarazo y parto posterior, pues en tales casos lo relevante es la protección del menor. Sobre ello, ampliamente, GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2017) «La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º1, pp. 14 y ss.; MERCADER UGUINA, J.R., 2017, pp. 454-467.

27. Así ROMEO CASABONA en su voto particular al Informe del Comité de bioética sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, manifestaba que «en sí misma esta técnica no está prohibida y, por consiguiente, no lleva aparejada sanción alguna su utilización, al menos para las personas más directamente involucradas (sobre este particular, la madre gestante y padres comitentes)» (p. 88). En cambio, GUARDÍA HERNÁNDEZ, J.J., 2019, pp. 360-362, defiende que el art. 10 LTRHA contiene una medida de restauración de la legalidad infringida, que acaba englobando una prohibición por mor del régimen de infracciones y sanciones previsto en la propia LTRHA, concretamente, entre las infracciones leves del art. 26.1.a) LTRHA, y su correspondiente sanción en el art. 27 de esta misma ley. Lo que, sin embargo, no aclarara quién sería el sujeto de esta infracción (los comitentes, la mujer gestante, los centros médicos, el profesional sanitario, etc.).

28. FARNÓS AMORÓS, E., 2017, p. 210.

29. Sobre ello, vid. ATIENZA RODRÍGUEZ, M., 2009, distinguiendo entre las «normas constitutivas (como las que establecen las condiciones de validez de los contratos) y las normas regulativas (que establecen que ciertas acciones son obligatorias o están prohibidas o permitidas)». También, DE LORA, P., 2018, p. 77.



Así las cosas, dejando aparte los problemas de reconocimiento de filiación, parece necesario profundizar sobre los argumentos que proscriben la gestación por sustitución, identificándola con formas de violencia sobre la mujer, de trata de seres humanos o de venta de niños.

II. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, DIGNIDAD Y AUTONOMÍA: ARGUMENTOS ÉTICO-JURÍDICOS EN CONFLICTO

Uno de los principales argumentos en contra de la gestación por sustitución es, como hemos visto, el relativo a la mercantilización del cuerpo humano y el tráfico de niños. En este sentido tanto el informe del Comité de bioética sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de mayo de 2017, como la Jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS, o las Resoluciones del Parlamento Europeo fundamentan el rechazo de esta práctica en el atentado a la dignidad de la mujer, en tanto que la instrumentaliza para satisfacer los deseos de parentalidad de terceros, al reducirla a mera «incubadora humana», alienándola temporalmente en la medida que estipula un control o dominio sobre la corporalidad de la gestante. Así, no es extraño que se impongan determinadas condiciones de vida (dieta, ejercicio, relaciones sexuales, vigilancia, etc.) o intervenciones médicas (número de embriones implantados, reducciones embrionarias, cesárea programada, etc.). A lo que se añade la explotación de la vulnerabilidad económica de la mujer gestante, que se encuentra en situación de pobreza y exclusión social lo que favorece su mercantilización.

Sin embargo, lo cierto es que no puede sostenerse que la gestación subrogada por sí misma comporte siempre explotación y cosificación de la mujer gestante, pues, de una parte, se está olvidando que también hay modelos altruistas³⁰ (por ejemplo, en Portugal, Reino Unido), con los que se fomentan valores positivos para la sociedad como la solidaridad³¹. De otra parte, estas afirmaciones maximalistas ponen en cuestión la autonomía de la gestante, cayendo en un paternalismo injustificado³². Frente a ello la realidad indica que son muy distintos los contextos jurídicos y socioeconómicos de los países que legalmente permiten esta práctica. No es lo mismo una gestación subrogada en EEUU que en la India. Es cierto, por tanto, que las desigualdades económicas pueden suponer un riesgo de explotación,

30. Vid. FARNÓS AMORÓS, E., 2020, pp. 98 y 99, que responde así al mito de que toda gestación por sustitución constituye un instrumento del capitalismo y el patriarcado dirigido a explotar a las mujeres.

31. En este sentido, ROMEO CASABONA, C.M. en su voto particular al *Informe del Comité de Bioética sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017, pp. 90 y 91.

32. En este sentido también DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E., 2019, pp. 675 y 676.



sobre todo, cuando se trata de un modelo comercial. Pero ello no debe llevar a negar en todo caso la inexistencia de un consentimiento libre e informado. En este sentido sorprende que el TS llegue a tal conclusión de explotación sin haber tenido acceso al concreto convenio en algunos de los casos enjuiciados³³. Tampoco es esta la realidad que se extrae de los escasos estudios empíricos existentes, en los que las gestantes de Reino Unido, Canadá o EEUU manifiestan tener experiencias positivas³⁴.

En todo caso, la «no instrumentalización del ser humano» que supone el valor de la dignidad humana, deriva del concepto kantiano de «persona», que — como se han encargado de precisar los filósofos del Derecho — no prohíbe tratar al ser humano como un instrumento, sino tratarle *sólo o exclusivamente* como un instrumento³⁵. En este sentido, acertadamente indica DE LORA que la apelación a que la gestación por sustitución supone «proceso vital» que conlleva ponerse a disposición de otros durante un tiempo es algo que podría predicarse de otras ocupaciones, sin negar con ello la implicación vital que para la salud y vida de la gestante puede suponer esta prestación³⁶. La instrumentalización dependerá, en definitiva, de la específica regulación del convenio y de las condiciones concretamente estipuladas, en cuanto que acaben comprometiendo, o no, la autodeterminación de la gestante a la hora de decidir sobre su vida, salud, etc.³⁷. En este sentido el TC portugués en su Sentencia 225/2018, 24 de abril, consideró que la gestación por sustitución no era contraria a la dignidad de la mujer gestante si ésta conservaba durante todo el proceso su libertad de autodeterminación. Así

33. A este respecto el TS realiza estas afirmaciones sin haber tenido a su disposición el convenio de gestación, y por tanto sin conocer el contenido de las cláusulas para valorar si son excesivamente intrusivas en la vida, la intimidad y la salud de la mujer gestante. Así no lo tuvo a su alcance para resolver el caso en la sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, en la que se solicita la certificación registral extranjera, consecuencia de una gestación subrogada en California; tampoco en la 1626/2024, de 4 de diciembre, en la que se solicita el reconocimiento de los efectos de la sentencia dictada por un juzgado en Texas. Únicamente, en la sentencia 277/2022, de 31 de marzo, se examinan las cláusulas del convenio de gestación realizado en México, que sí parecen afectar a la dignidad de la mujer gestante.

34. Vid. los trabajos citados por FARNÓS AMORÓS, E., 2020, pp. 102 y 103.

35. Por todos, ATIENZA RODRÍGUEZ, M., 2022, «Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca», *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 56, p. 119 y ss.

36. DE LORA, P., 2018, p. 78 y 79.

37. En este sentido, BENÍTEZ ORTUZAR, I.F., 2019, p. 608 y ss., observa atinadamente que ha de partirse de que las decisiones que toma la mujer gestante sobre su propio cuerpo se encuadran dentro del derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad, por lo que limitar, por ejemplo, el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo o condicionarlo a la obligación de resarcir los gastos a los padres comitentes por incumplimiento de contrato, comprometería su dignidad, y estaría abriendo la puerta a la cosificación o mercantilización de aquélla.



estimó que la prohibición legal de imponer en el contrato restricciones al comportamiento de la gestante y cláusulas que atentasen a sus derechos y libertades constituía una garantía de dicha libertad; mientras que declaró inconstitucional los límites a la revocabilidad del consentimiento, de manera que la gestante debía poder revocar éste hasta el mismo momento de la entrega del menor a los comitentes³⁸. En este mismo sentido se pronuncia también el voto particular emitido por la magistrada M.^a Luisa Balaguer Callejón a la STC 28/2024, de 27 de febrero, dictada en amparo, en un caso en que se había solicitado la adopción por la madre comitente de un menor, nacido en Ucrania por gestación subrogada con aportación de material genético del padre comitente, después de que hubiera sido inscrito como hijo biológico del padre comitente y de la mujer gestante en el registro consular español en Ucrania³⁹.

Al hilo de la vulneración de la dignidad también se aduce la prohibición internacional de no comercialización del cuerpo humano o de sus partes, plasmada en el art. 21 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, hecho en Oviedo el 4 abril de 1997⁴⁰, y recogida también en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁴¹, en su art. 3, vinculado al derecho a la integridad física y psíquica, en donde igualmente se prohíbe que el cuerpo humano o sus partes sean objeto de lucro. En

38. Una exposición sobre la argumentación de esta sentencia puede verse en LAZCOZ MORATINOS, G., 2018, pp. 142 y 143.

39. El TC concede el amparo parcial por vulneración de la tutela judicial efectiva, al haberse negado la adopción a la reclamante sobre la base de cuestionar la paternidad biológica del padre comitente, lo que estima el TC excede el objeto del procedimiento, dado que dicha paternidad estaba ya acreditada por la inscripción en el registro, y no había sido objeto de impugnación. El voto particular, sin embargo, entiende que en los casos en que la filiación deriva de un contrato de gestación subrogada se deben entrar a evaluar las condiciones en que ha sido estipulado, argumentando que vulnera la dignidad de la mujer gestante y afecta al libre desarrollo de su personalidad cuando en ellos «mute la naturaleza de la mujer de sujeto de derechos a objeto de tránsito mercantil, limitando su libertad personal, y esto sucede siempre que el embarazo deba someterse a determinadas condiciones físicas de desempeño, que no sea posible revocar el consentimiento, que haya una contraprestación económica del tipo que sea para la mujer gestante o para quienes intervienen en el procedimiento como intermediarios sirviéndose de la capacidad reproductiva de la mujer, y que el fruto del proceso de gestación, la persona nacida, no tenga la posibilidad, en el futuro, de indagar sobre sus orígenes biológicos».

40. Ratificación publicada en el BOE, de 20 octubre de 1999.

41. La Carta fue proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión, entrando en vigor con el Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas 18-12-2000, 2000/C, 364/1).



nuestro ordenamiento se revela a través de la categoría de las *res extra commercium* (art. 1271 Cc)⁴².

Pero, por otra parte, se defiende la autonomía de la voluntad para decidir sobre el destino del propio cuerpo, lo que también se vincula con el respeto a la dignidad personal⁴³. Se produce, así, una tensión entre la libertad y la dignidad —no comercialización— cuando se trata de delimitar el alcance de este derecho, lo que se explica, según GEORGE, por el equivocado enfoque patrimonial que se ha dado a aquél⁴⁴, a pesar de que los sistemas jurídicos parten del principio de «no patrimonialidad» del cuerpo humano, esto es, de su exclusión del derecho de propiedad. Así, por un lado, con el reconocimiento de un derecho sobre el propio cuerpo se trata de garantizar un poder máximo de control sobre el mismo, mientras que por otro se restringe con la prohibición de obtención de un lucro⁴⁵.

Esta contradicción ha sido abordada por nuestro TC en sentencia 212/1996, de 19 de diciembre, en la que se pronunció sobre la extrapatrimonialidad del cuerpo humano. En ella se resolvía un recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley 42/1988, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos, o de sus Células, Tejidos u Órganos, entre otras razones, porque la donación de embriones y de fetos humanos no viables o fallecidos se consideraba contraria a la dignidad humana, al presuponer una patrimonialización del cuerpo humano. El Tribunal rechazó que la donación prevista constituyera tal patrimonialización, por cuanto la ley excluía expresamente «cualquier causa lucrativa o remuneratoria» (FJ 8). De ello puede extraerse que la afectación de la dignidad humana no

42. En este sentido, citando a De Castro, GARCÍA MANRIQUE, R., 2017, p. 110.

43. Sobre ello también DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E., 2019, p. 678.

44. A ello se refiere también ATIENZA RODRÍGUEZ, M., 2017, pp. 1 y 2.

45. Vid. GEORGE, A. 2004, pp. 17 y ss. La autora pone de manifiesto que tradicionalmente el comercio del cuerpo humano y sus partes se ha abordado desde la perspectiva del derecho de propiedad, incurriendo en contradicciones. Analiza, así, el tratamiento jurídico que ha recibido el cuerpo de los fallecidos, que varía respecto del de los vivos, y lo mismo sucede con el cuerpo de los vivos frente a las partes del cuerpo de personas vivas. Este último caso ha sido valorado de modo semejante al del cuerpo de los fallecidos, fijándose aquí en los derechos de *quasi* propiedad sobre el cadáver en favor de los familiares, o en el tratamiento que ha recibido la sangre o el esperma en algunos momentos o sistemas jurídicos, en los que se ha permitido o se permite su venta. También el tratamiento difiere cuando sobre el biomaterial se ha aplicado el esfuerzo, creativo o de trabajo, de otra persona. De todo ello se extraen tres grandes postulados: el primero, que no hay derecho de propiedad sobre el propio cuerpo. El segundo y el tercero son excepciones a éste, a saber: una parte separada del cuerpo o su derivado puede convertirse en objeto de propiedad de una tercera persona cuando ha aplicado su trabajo a esa parte desligada del cuerpo; y, en fin, una persona puede en ocasiones tener la propiedad sobre su cuerpo, si se quiere promover su autonomía personal.



deriva de la existencia de un acto de disposición sobre tales materiales humanos, sino de que éste no sea gratuito. Luego, se parte de la existencia de un poder de disposición —aunque limitado— sobre el propio cuerpo, considerando que lo degradante está en comerciar con ello, en obtener un lucro. De lo que puede deducirse que, al menos, un modelo altruista de gestación por sustitución sería compatible con el respeto a la dignidad humana⁴⁶, incluso con una «compensación razonable»⁴⁷.

De cualquier modo, sería preferible sustituir el enfoque patrimonial sobre el propio cuerpo, como sugiere GEORGE, por otro basado en derechos y libertades fundamentales, en el que la autonomía personal sea el principio rector, y sea en el debate de política jurídica donde se precise el grado o alcance de libertad que socialmente se desea reconocer a cada individuo sobre su propio cuerpo⁴⁸. Lo que obligaría a aportar buenas razones para limitar esta autonomía, que esencialmente tienen que ver con la prevención del «daño autoinfligido» en un ejercicio de paternalismo estatal «débil» o del daño a terceros. Ello significa respecto de la gestación por sustitución, que, como ya hemos dicho, no parece que haya una razón que justifique su rechazo absoluto, pero sí, como ha indicado ATIENZA RODRÍGUEZ, buenas razones para su regulación, esto es, para establecer límites que impidan la explotación de la mujer gestante⁴⁹, normalmente vinculados a derechos fundamentales irrenunciables.

Con respecto al argumento de que la gestación subrogada constituye tráfico de menores, los informes respectivos de las Relatoras Especiales de

46. En este sentido, BENÍTEZ ORTUZAR, I.F., 2019, p. 620 y 621.

47. Como así se reconoce también respecto de la donación de gametos en el art. 5.3 LTRHA. De esta opinión FARNÓS AMORÓS, E. (2019), p. 132. VELA SÁNCHEZ, A. J. (2017), p. 5 (versión electrónica), se muestra partidario de establecer una «retribución razonable» para la mujer gestante, además de la devolución de los gastos ocasionados desde la inseminación artificial hasta el post-parto. En particular, se alude al lucro cesante (FARNÓS AMORÓS, 2020, p. 108).

48. Cfr. GEORGE, A., 2004, p. 39 y ss. Un enfoque semejante puede verse en ATIENZA RODRÍGUEZ, M., 2017, p. 22 y ss., quien propone una concepción del derecho al propio cuerpo que se base en la noción de persona y de dignidad kantianas, de las que derivan los principios principales de autonomía, dignidad, universalidad (igualdad) e información y los secundarios que permiten resolver las excepciones o limitaciones a los primeros.

49. De este parecer, ATIENZA RODRÍGUEZ, M., 2022, p. 121 y ss., quien acaba insistiendo en que no hay que poner tanto el acento en si el modelo de gestación subrogada es altruista o comercial, sino en si el modelo establece salvaguardas para impedir la explotación de la mujer gestante. De otra manera puede acabar introduciéndose en el Derecho el perfeccionismo moral, lo que no es deseable, al confundirse lo que es un comportamiento moralmente supererogatorio y lo que es uno lícito o simplemente conforme con la moral. En el mismo sentido, DE LORA, P., 2018, p. 83.



Naciones Unidas, Maud de Boer-Buquicchio y Reem Alsalem, sobre la venta y la explotación sexual de niños (A/HRC/37/60-2018) y sobre la violencia contra las mujeres y niñas (A/80/158-2025), a los que nos hemos referido en la primera parte de este trabajo, lo circunscriben a prácticas concretas dentro de los modelos comerciales, en las que el pago queda condicionado a la entrega del menor, esto es, al traslado físico y jurídico de éste después del parto a los padres comitentes. Se aprecia así la presencia de los tres elementos que, según el art. 2 a) del Protocolo Facultativo de la Convención de los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de menores en la pornografía integran una venta de niños: una remuneración, un traslado del menor y un intercambio. El pago se hace específicamente por el traslado, de manera que si no hay entrega no hay abono de la remuneración. Se propone así por la Relatora Especial que los pagos se efectúen antes de la entrega del menor, y que sean no reembolsables incluso si la madre decide quedarse con el niño; de manera que el traslado posterior al parto sea un acto voluntario y gratuito⁵⁰. Así las cosas, mientras el Informe de 2018 de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños concluye abogando por el establecimiento de un sistema regulatorio que establezca salvaguardias que garanticen la tutela de los derechos del niño, el Informe de 2025 de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas aboga, en lo que es una visión extremadamente sesgada y paternalista, por la aprobación de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que prohíba la gestación por sustitución en todas sus formas, sancionando penalmente a compradores e intermediarios⁵¹. Sobre ello volveremos más adelante.

Sin perjuicio de que una venta de niños pueda adoptar la forma encubierta de un contrato de gestación subrogada, lo cierto es que la realidad de estas prácticas es que se producen cuando todavía no existe ningún menor, lo que aboga en favor de la comercialización de la capacidad generativa de la mujer (servicios de gestación)⁵². Es que hay que distinguir entre la fase previa al traslado del embrión o a la realización de la inseminación artificial, en que el acuerdo se adopta, y aquella otra en la que ya tenemos un producto

50. Cfr. *Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños*, A/HRC/37/60-2018, pp. 13 y ss. Así en las conclusiones indica que: «la gestación por sustitución de carácter comercial podría llevarse a cabo sin que constituyera venta de niños si quedara claro que solo se paga a la madre de alquiler por los servicios de gestación y no por el traslado del niño».

51. Cfr. *Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres y niñas* (A/80/158-2025), pp. 24 y ss.

52. En este sentido, VELA SANCHEZ, A.J., 2019, p. 4 (versión digital).



de la concepción implantado o un niño ya nacido⁵³. En la venta de niños éste ya existe.

Examinados los principales argumentos ético-jurídicos a favor y en contra de esta práctica reproductiva procede ahora examinar si el Derecho penal puede tener algún papel.

III. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL: MODELOS COMPARADOS Y LÍMITES

En el ámbito del Derecho comparado hay modelos de prohibición de la gestación por sustitución que generan responsabilidad penal. Este es el caso de Alemania o de Italia, si bien, como veremos, con distinto alcance. Mientras el modelo alemán sanciona a los médicos y a las agencias intermedias, en el italiano se sanciona a todos los intervinientes, incluidos los padres comitentes y la gestante, aunque sin evitar que las subrogaciones internacionales acaben siendo *de facto* «legalizadas», al reconocerse la filiación legal de los padres comitentes de una manera o de otra.

Así, la Ley alemana de protección de embriones de 13 diciembre de 1990, *Embryonenschutzgesetz* (ESchG), prohíbe la donación de óvulos, no así la de gametos masculinos, y también expresamente la gestación por sustitución, buscando con ello evitar la disociación de la maternidad biológica en la genética y gestacional. En particular, el parágrafo 1.1 sanciona con penas de prisión de hasta 3 años o multa, determinadas técnicas de reproducción asistida con donación de óvulos como transferir un óvulo ajeno no fertilizado a otra mujer, fecundar artificialmente un óvulo con un fin distinto al de provocar un embarazo en la mujer de la que procede el óvulo, extraer el embrión de una mujer antes de que se haya completado su implantación en el útero para transferirlo a otra mujer; y explícitamente, en su n.º 7 con las mismas penas, la gestación por sustitución, ya sea tradicional (inseminación artificial) o gestacional (transferirle un embrión humano). Si bien la sanción penal sólo alcanza al médico o profesional que realiza este procedimiento dolosamente, dado que el apartado 3 exime de pena tanto a la mujer donante y a la receptora como a los padres comitentes («persona que se proponga hacerse cargo del niño con carácter permanente») en la gestación por sustitución.

53. Así, FARNÓS AMORÓS, E., 2017, p. 228. La autora critica las resoluciones del TS que rechazan el reconocimiento de la filiación derivada de una gestación subrogada en el extranjero aduciendo perjuicio para el menor y cosificación, pues no ve cómo pueden producirse estos efectos solo porque el menor ha sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó.



ESTUDIOS

La presente obra reúne un conjunto de estudios elaborados por especialistas en Derecho Penal de diversas universidades españolas en el marco de las investigaciones de la **Cátedra J&J Derecho y Salud de la Universidad de Zaragoza (2025-2026)**.

La salud pública constituye hoy uno de los espacios más delicados y complejos para la reflexión jurídica cuando se relaciona con el Derecho penal. La proliferación de riesgos emergentes, la transformación de las formas de vulnerabilidad y la creciente tendencia a reclamar respuestas punitivas nos sitúan ante problemas de singular dificultad, en los que convergen exigencias de tutela, límites de legitimidad y fundamentales cuestiones de política criminal.

Desde esa premisa, los estudios aquí reunidos abordan materias de indudable actualidad y relevancia: la gestación por sustitución en contextos transnacionales y los límites del *ius puniendi*; la posible operatividad del art. 60 del Código Penal respecto de personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual grave; la incidencia del cambio climático sobre el derecho a la salud desde una perspectiva de género; la corrupción en la contratación pública sanitaria; el derecho de defensa del encausado afectado por enfermedad mental; la eventual responsabilidad penal vinculada a las elevadas retribuciones de administradores de empresas farmacéuticas; la prostitución y la trata de seres humanos; y la publicidad cosmética en su relación con la salud y con la protección de los consumidores vulnerables.

El volumen ofrece, así, una aproximación rigurosa, crítica y plural a algunos de los principales desafíos que hoy se plantean en la intersección entre salud, riesgo y Derecho penal, con estudios sometidos a revisión por pares. Su propósito no es solo identificar problemas, sino también contribuir, desde la solidez académica y la sensibilidad institucional, a una discusión jurídica exigente sobre el alcance y los límites de la intervención penal en este ámbito.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí



EA-0289/2025



GA-2025/0100



Universidad
Zaragoza

1474

ARANZADI