



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

GRADO EN DERECHO

CURSO 2017/2018

**TRABAJO DE FIN DE GRADO  
ACUERDO SOBRE UN VIENTRE  
DE ALQUILER**

*Autora: Sandra Cristina Sánchez Sánchez*

*Tutor: Prof. Dr. Fernando Cachafeiro García*

# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>5</b>
<b>ANTECEDENTES DE HECHO</b> .....	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO 1: RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN EN ESPAÑA</b> .....	<b>7</b>
I.    ¿CUÁL CREES QUE DEBERÍA SER EL CRITERIO EXPLICADO POR EL LEGISLADOR?.....	7
1.    OTRAS DISPOSICIONES .....	8
1.1 Constitución Española .....	8
1.2 Código Civil.....	9
1.3 Código Penal .....	9
II.    LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y LA MATERNIDAD SUBROGADA .....	9
1.    LA FILIACIÓN .....	9
2.    LA MATERNIDAD .....	10
3.    LA PATERNIDAD.....	11
III.   NULIDAD CONTRACTUAL.....	11
1.    CAUSAS DE LA NULIDAD .....	12
2.    EFECTOS DE LA NULIDAD .....	12
IV.   LEGE FERENDA .....	12
V.    TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....	13
VI.   APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.....	14
<b>CAPÍTULO 2: INSCRIPCIÓN DEL RECIÉN NACIDO EN EL REGISTRO CIVIL</b> .....	<b>15</b>
I.    REGISTRO CIVIL .....	15
1.    DEFINICIÓN.....	15
2.    CONTENIDO DE LA INSCRIPCIÓN .....	16
3.    PERSONAS QUE PUEDEN SOLICITAR LA INSCRIPCIÓN.....	16
4.    DOCUMENTACIÓN NECESARIA.....	16
5.    PLAZO.....	17
II.   DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN).....	17
III.  TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....	19
IV.   APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.....	20
<b>CAPÍTULO 3: RELEVANCIA PENAL DE LAS ACCIONES COMETIDAS POR ANDREA Y ALBERTO EN ESPAÑA</b> .....	<b>21</b>
I.    COMPRA DE MENORES .....	21
II.   ADOPCIÓN .....	22
1.    COMPARATIVA DE LA ADOPCIÓN CON LA MATERNIDAD SUBROGADA: VENTAJAS E INCONVENIENTES.....	22

III. DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES DEL CAPÍTULO II DEL TÍTULO XII DEL CÓDIGO PENAL .....	23
1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	24
2. RELEVANCIA PENAL DE LA CONDUCTA DE LA MADRE BIOLÓGICA .....	25
2.1 La ocultación y la entrega de un hijo.....	26
2.2 Tráfico de menores .....	26
3. RELEVANCIA PENAL DE LA CONDUCTA DE LA MADRE ADOPTIVA.....	27
3.1 La suposición de parto.....	27
4. OTROS TIPOS PENALES .....	28
4.1 La sustitución de un niño por otro.....	28
4.2 Robo de niños .....	29
IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO .....	29
<b>CAPÍTULO 4: VIOLENCIA DE GÉNERO.....</b>	<b>30</b>
I. DIFERENCIA ENTRE ABUSO Y MALTRATO.....	30
II. LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	31
1. CONCEPTO .....	31
2. DIFERENCIA CON LA VIOLENCIA DOMÉSTICA .....	31
3. TIPOS .....	32
4. FACTORES DE RIESGO.....	32
5. EL CICLO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. FASES .....	33
III. CÓDIGO PENAL.....	34
1. DELITOS DE LESIONES .....	34
2. VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR .....	35
3. VIOLENCIA HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR.....	35
IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL .....	36
V. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO .....	36
<b>CAPÍTULO 5: GESTACIÓN ALTRUISTA O INTERESADA: UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO .....</b>	<b>37</b>
I. CONCEPTOS.....	37
1. GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA .....	37
2. GESTACIÓN SUBROGADA COMERCIAL .....	38
II. DERECHO COMPARADO.....	38
1. PAÍSES QUE PERMITEN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN....	38
1.1 De manera altruista y mediante la observación de una serie de requisitos.....	39
1.2 De manera altruista y comercial .....	40
2. PAÍSES QUE PROHÍBEN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN....	40
III. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO .....	41
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>42</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>46</b>
I. DOCTRINA .....	46
II. LEGISLACIÓN.....	48
III. JURISPRUDENCIA.....	49

IV. RESOLUCIONES .....	49
V. PÁGINAS WEB.....	50

## ABREVIATURAS

Art(s).	Artículo(s)
AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
DGRN	Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado
DNI	Documento Nacional de Identidad
EEUU	Estados Unidos
FGE	Fiscalía General del Estado
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RRC	Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil
S	Sentencia(s)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TRA	Tecnologías de Reproducción Asistida
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

Andrea y Alberto, de 38 y 41 años respectivamente, son una pareja que se conocieron en uno de los vuelos del Consejo de Administración de un importante banco español. Andrea es azafata y Alberto un miembro de la cúpula del banco. Después de dos años viviendo juntos desean tener un hijo, pero Andrea no quiere pasar por todo el proceso que supone el embarazo y el parto. Por ello, recurren a una empresa dedicada al alquiler de vientres en Grecia, en donde la práctica está permitida en algunos casos.

Andrea y Alberto llevan a cabo un acuerdo a través de una empresa dedicada a la subrogación de embarazos con Jana, una mujer albanesa, madre de tres hijos y residente en Grecia que encuentra en este medio una fuente de ingresos ante sus escasos recursos, aunque la práctica de esta técnica de reproducción no le parece del todo correcta. El óvulo utilizado para la subrogación es de una donante anónima y el esperma de Alberto. El embarazo de Jana, por encargo, tiene la consideración de “altruista”, es decir, de compensación por los gastos del embarazo, pero no de retribución salarial, tal y como exige la legislación griega.

Jana, tras el parto, quiere quedarse con el recién nacido, por lo que las autoridades griegas, para el correcto cumplimiento del contrato, recogen al menor en casa de Jana y se lo entregan a Andrea y Alberto, como se había establecido. A continuación, Andrea y Alberto se inscriben en el Registro Civil local de Grecia como padres de Flavio y, posteriormente, intentan registrar el nacimiento del niño en el Consulado español, pero no se lo permiten.

Al llegar a España, Andrea y Alberto tratan de registrar el nacimiento de Flavio, sin éxito. Se les acusa de haber comprado al menor, por lo que siguiendo una orden judicial se procede a la entrega de Flavio a unos padres de adopción.

Desde este momento Alberto comienza a maltratar a Andrea, aunque solo en la última de las ocasiones requiere asistencia médica. Durante cuatro semanas Andrea sufre el maltrato por parte de Alberto, que concluye con la detención de este tras conducir a Andrea al hospital después de haberle dado una paliza que le obliga a permanecer durante ocho días ingresada.

## **CAPÍTULO 1: RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN EN ESPAÑA.**

### **I. ¿CUÁL CREES QUE DEBERÍA SER EL CRITERIO EXPLICADO POR EL LEGISLADOR?**

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA) dedica sus arts. 7, 8, 9 y 10 a la filiación de los nacidos mediante estas técnicas de reproducción. Para determinar dicha filiación, el art. 7.1 de la LTRHA remite a las leyes civiles, salvando las especificidades previstas en los siguientes arts. 8, 9 y 10. Por lo tanto, los artículos aplicables en materia de filiación serán los arts. 108 y siguientes del Código Civil, así como las leyes forales que regulen dicha materia<sup>1</sup>.

El art. 8 de la LTRHA establece, en primer lugar, que el consentimiento prestado por el varón para la práctica en la mujer de una determinada tiene que ser formal, previo y expreso a la fecundación con contribución de donante o donantes (art. 8.1). Este consentimiento expresa, si la filiación es matrimonial, la posibilidad de impugnar, tanto la mujer como el marido o conviviente, la filiación del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación (art. 8.1). Sin embargo, si la filiación no es matrimonial, se manifiesta la posibilidad de que, a falta de reconocimiento, sirva como escrito indubitado a efectos de determinar la filiación por la vía del expediente gubernativo y, si éste resulta contencioso, a través de una acción de reclamación (art. 8.2).

Además, se advierte que, en los casos excepcionales en que se origine el descubrimiento de la identidad del donante, en ningún caso supondrá la determinación legal de la filiación, es decir, el origen biológico del material genético utilizado nunca podrá alegarse para determinar la filiación y sus efectos jurídicos (art. 8.3).

Inmediatamente después, el art. 9 LTRHA contempla la llamada fecundación post mortem, es decir, regula los presupuestos bajo los que debe realizarse la fecundación para que el hijo ostente la filiación del fallecido.

Lo que ocurre en este caso es que el legislador permite atribuir la paternidad al marido o conviviente con la madre no sólo si a su fallecimiento se encontraba el material reproductor ya implantado en el útero (art. 9.1), sino también si el marido o conviviente hubiera prestado su consentimiento formal para la utilización de su material genético en un plazo de 12 meses posteriores a su fallecimiento (art. 9.2.1). Además, el legislador presume prestado dicho consentimiento cuando antes del fallecimiento del marido o conviviente se hubiere iniciado sobre la mujer un proceso de transferencia de preembriones ya constituidos (art. 9.2.2). Esta última posibilidad podrá ser efectuada por el marido o conviviente no unido por vínculo matrimonial a la madre, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad (art. 9.3).

Por último, analizaremos con más detenimiento el art. 10 LTRHA, ya que es el que más relevancia tiene para encontrar una solución a nuestra pregunta.

En nuestro país, el art. 10 de la LTRHA señala que "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de

---

<sup>1</sup> JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V.: "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales", Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá. Volumen V. 2012, p. 366

los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

Lo que quiere decir este artículo, es que la madre es la que pare y, como la filiación la determina el parto, una madre no puede renunciar a su filiación a favor de otra persona. Por tanto, los contratos de subrogación son nulos de pleno derecho, es decir, que este tipo de contratos no sólo no van a tener validez, sino que quiénes lo realicen podrán ser sancionados penalmente, como veremos más adelante.

La pareja que quiere tener un hijo mediante este método puede llegar a un acuerdo con una mujer gestante residente en otro país, pero no va a poder hacer valer ese acuerdo en España.

Mayores dudas plantea la paternidad pues el tercer apartado de este art. 10 da lugar a varias interpretaciones:

Una corriente doctrinal estima que por "reglas generales" hay que entender tanto las del Código Civil como las del propio art. 8 de LTRHA en los casos en que sea de aplicación. Y, por tanto, este apartado ha de significar que quien aportó semen para la fecundación puede reclamar la paternidad, pero también que, si fuera conocido, cabría la acción contra él<sup>2</sup>.

Otro sector estima que, si el gameto masculino procede del marido de la comitente, se permite la acción de reclamación de la paternidad; sin embargo, si el gameto masculino proviene de donante, se prohíbe dicha acción de reclamación de paternidad respecto del donante, ya que la identidad de este no se relaciona con la filiación, en virtud del art. 8.3 LTRHA.

Por tanto, si la mujer gestante no está casada, como ocurre en nuestro caso, no habrá paternidad legalmente determinada hasta que se produzca reconocimiento, expediente registral o sentencia consiguiente al ejercicio de la acción de reclamación de la misma.

## 1. OTRAS DISPOSICIONES.

### 1.1. Constitución Española.

Hay varios fundamentos recogidos en la Constitución Española de 1978 que explican que este contrato de gestación subrogada sea nulo de pleno derecho, como es el caso del art. 10.1 CE<sup>3</sup>. Por su parte, el art. 14 CE hace referencia al principio de no discriminación por razón de nacimientos, que lo que trata de promover es la igualdad en el tratamiento jurídico de los hijos con independencia del origen, matrimonial o extramatrimonial, de su nacimiento.

Aunque también encontramos algunos preceptos en la CE que hay que tener en cuenta en relación con el régimen de la filiación:

1. La protección de la familia, obligación de todos los poderes públicos, establecido en el art. 39.1 CE.

---

<sup>2</sup> MONTES PENADÉS, V.L.: "La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española", 2003. [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

<sup>3</sup> Constitución Española, art. 10.1: 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, en adelante, CE

2. La protección de los hijos y de las madres con independencia de su estado civil, establecido en el art. 39.2 CE.
3. La investigación de la paternidad, establecido también en el art. 39.2 CE.

### 1.2. Código Civil.

Otro fundamento legal que explica esa nulidad se encuentra recogido en el Código Civil. El art. 1261.2 CC<sup>4</sup> establece que no puede haber un contrato cuando no hay un objeto cierto que sea materia del mismo, por lo que habría que preguntarse si el cuerpo humano puede ser objeto de contrato (obviamente la respuesta es negativa). Por otro lado, el art. 1275 CC señala, y cito literalmente, que "los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral". Además, muchos juristas reconocen que la maternidad subrogada es inmoral y contraria al orden público y las buenas costumbres (art. 1255 CC).

### 1.3. Código Penal.

Además, quien infrinja esa prohibición será castigado con las sanciones oportunas, así el art. 221 del Código Penal establece como delito la conducta de "quienes, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor, aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Dicha conducta se castiga con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años". Estableciendo, el apartado 2 del mismo precepto, que "se castiga a la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero".

## II. LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y LA MATERNIDAD SUBROGADA.

### 1. LA FILIACIÓN.

La filiación es la relación biológica entre los padres y los hijos que han generado, y también jurídica, al ser reconocida y aceptada por el Derecho.

En principio, la filiación es una relación biológica y jurídica, ya que al vínculo de sangre se une la relación jurídica. El código civil establece en su artículo 112 que "la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no disponga lo contrario". Los efectos a los que se refiere son los jurídicos, y el tener lugar no es otra cosa que la generación física, biológica. Aunque también puede darse una filiación biológica, pero no jurídica, en el caso de que no aparezca o no conste legalmente, ante el Derecho, quiénes sean los padres o uno de ellos<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, art. 1261.2: No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889, en adelante, CC

<sup>5</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *"Investigación de la paternidad: acciones de filiación, acción de investigación de la paternidad, prueba biológica"*, Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1993, p. 11

Por su parte, el art. 108 CC establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. Pudiendo ser, la primera, matrimonial y no matrimonial, aunque todas ellas surten los mismos efectos.

La filiación por naturaleza es aquella que le corresponde a una persona en relación con sus progenitores biológicos; siendo matrimonial cuando los hijos hayan nacido después del enlace, aun cuando hubiesen sido engendrados con anterioridad, y no matrimonial cuando el padre y la madre no estén casados entre sí.

Sin embargo, no siempre produce plenos efectos, bien porque no se haya podido acreditar legalmente, o bien por superposición del estado de filiación adoptativa<sup>6</sup>.

El estado de filiación es el estado civil de la persona determinado por el hecho de haber sido engendrado o haber nacido en una familia, o el hecho de entrar en la misma por adopción<sup>7</sup>.

De aquí podemos sacar cuatro cosas en claro:

- a) En primer lugar, la filiación, en cuanto a estado civil, es una cualidad personalísima que determina a través de los apellidos la identificación oficial de la persona.
- b) En segundo lugar, la filiación determina la capacidad de obrar, la dependencia o independencia jurídica y el poder y la responsabilidad de cada persona. Además, de ella dependen otros estados civiles, como la nacionalidad, la patria potestad, etc.
- c) En tercer lugar, la filiación es un "status familiae", es decir, un estado civil familiar, sean los hijos matrimoniales o no.
- d) Y por último, el régimen jurídico de la filiación está legalmente predeterminado; sobre el estado civil de filiación no cabe renuncia y; no es materia de contrato ni de transacción, no está en el comercio de los hombres por lo que no puede adquirirse por prescripción<sup>8</sup>.

## 2. LA MATERNIDAD.

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, pudiendo derivar dicha relación de la naturaleza o de la ficción de la ley mediante la adopción.

Sin embargo, el fenómeno de la gestación por sustitución ha dado lugar a la aparición de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación, diferenciando así entre:

- a) Maternidad plena: es la que une la relación biológica (tanto genética como gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.
- b) Maternidad genética: quien dona sus óvulos.
- c) Maternidad gestativa: aquella en la que la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.
- d) Maternidad legal: quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin necesidad de que existan entre ellos vínculos biológicos.

---

<sup>6</sup> VEIGA NICOLE, E.: "La reforma del régimen jurídico de la filiación en nuestro derecho. La verdad biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad", en: "La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación", director LLEDÓ YAGÜE, F., Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994

<sup>7</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.

<sup>8</sup> BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889, arts. 6, 1255, 1271, 1936 y 1940 CC

En el sistema español, la doctrina civil sostiene que la labor de la mujer gestante está destinada a la formación y el desarrollo del propio hijo; así, la responsabilidad surgida en esta relación madre/hijo deber ser totalmente asumida frente a la sociedad y al nacido por la mujer que da a luz. Por tanto, la doctrina considera que la maternidad no es una figura que se pueda compartir.

Sin embargo, otras posiciones contrarias defienden la posibilidad de una maternidad meramente social. Esta visión propone la modificación del hecho del parto, para sustituirlo por el de la responsabilidad y libertad en la procreación. Siguiendo esta teoría, en los supuestos de maternidad subrogada se deberá reconocer como madre a la mujer que colaboró con el nacimiento del nacido, es decir, a quien desea ser la madre legal; así se reconoce la importancia de los actos que originan el nacimiento en todas las técnicas de fecundación artificial, es decir, la responsabilidad de la procreación. Por lo tanto, esta teoría separa la maternidad del presupuesto biológico, defendiendo la existencia de una clase de maternidad basada en el acuerdo o en la voluntad.

### 3. LA PATERNIDAD.

En cuanto a la paternidad, según el Derecho Romano ésta se define como el acto de voluntad del hombre a través del cual admite con anterioridad los hijos que su mujer traiga al mundo, después del matrimonio<sup>9</sup>.

Por tanto, en relación con la maternidad subrogada se plantean varios supuestos a la hora de determinar la paternidad:

a) El primero se refiere a si la mujer gestante está casada y al inscribir al recién nacido como hijo suyo actúa la presunción del art. 116 CC, el cuál estipula que "se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges".

Por tanto, si se aplicase este precepto, la paternidad se le atribuiría al marido de la gestante, quién la puede impugnar conforme al art. 136 CC, salvo en los casos en que el gameto masculino haya sido aportado por el varón de la pareja comitente. Este último podrá accionar judicialmente y reclamar la paternidad, en virtud del art. 10.3 LTRHA, del que hablaremos más adelante.

b) El segundo supuesto se refiere al caso en que la mujer gestante no esté casada. En este caso no habrá paternidad legalmente determinada hasta que por reconocimiento firme, expediente registral o acción de filiación así resulte, como establece el art. 49 de la Ley de Registro Civil y el art. 8.2 de la Ley 35/1988.

Por tanto, cabría el reconocimiento del hijo por parte del que aporta el gameto masculino, en virtud del art. 10 CC, quedando en consecuencia determinada la filiación como no matrimonial de mujer soltera y hombre casado.

En el caso de que el padre intencional no quisiera reconocer al hijo, cabría la posibilidad de que el hijo ejercitará la acción de reclamación de filiación no matrimonial, en virtud del art. 133 CC.

### III. NULIDAD DEL CONTRATO.

---

<sup>9</sup> Según el Derecho Canónico, sería el efecto directo del matrimonio mismo, establecida en interés de los hijos. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "*La presunción de paternidad legítima*", Madrid, Tecnos, 1971, pp. 164 y ss.

La nulidad absoluta o de pleno derecho es la cualificación más importante que establece el ordenamiento jurídico, ya que priva de eficacia jurídica a la relación contractual<sup>10</sup>. Es decir, el contrato nulo no produce efecto ninguno.

La nulidad es definitiva, el paso del tiempo no la subsana, y se podrá ejercitar la acción en cualquier momento sin que pueda caducar o prescribir.

#### 1. CAUSAS DE LA NULIDAD.

- a) Cuando carece de alguno de los requisitos del art. 1261 CC: consentimiento, objeto y causa. En tal caso no habrá contrato.
- b) Cuando el contrato es celebrado a nombre de otro por quien no tiene su autorización o representación legal (art. 1259 CC).
- c) Por incumplimiento del objeto del contrato: licitud, posibilidad y determinación.
- d) Por ilicitud de la causa o causa falsa (arts. 1275 y 1276 CC).
- e) Por incumplimiento de forma sustancial.
- f) Cuando el contrato es contrario a las leyes, a la moral y al orden público (1255 CC) o contrario a las normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3 CC).
- g) Cuando los actos sobre bienes comunes son realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro (art. 1322.2 CC).

#### 2. EFECTOS DE LA NULIDAD.

La declaración de nulidad de un contrato supone que se vuelva a la situación inicial, antes de que el contrato hubiera existido, de manera que se permite a las partes restituir la situación y las cosas a su estado anterior, así lo establece el art. 1303 CC: *"Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes"*.

Sin embargo, la declaración de nulidad de pleno derecho supone que la ineficacia es intrínseca y, por tanto, carece de efectos jurídicos sin necesidad de su anterior impugnación. El acto es inválido por sí mismo, sin necesidad de intervención judicial, por lo que cualquier persona puede requerir la nulidad y el juez debe estimarlo incluso sin que medie una solicitud.

Por último, la trascendencia de la nulidad implica que los actos posteriores que son causa del acto nulo también lo serán, sin otra restricción que la correspondiente a los terceros de buena fe que hayan podido confiar en la validez del actos. Esto se conoce como la teoría de la propagación de la ineficacia, que supone que todos los actos posteriores acaezcan nulos.

#### IV. LEGE FERENDA.

Como he estipulado, el legislador español aboca por la atribución de la maternidad en virtud del parto: la madre siempre está determinada y solo habrá que atender al hecho del alumbramiento y a la identidad del hijo. Esto se conoce como la teoría de la preferencia de la gestante.

En consecuencia, un sector doctrinal<sup>11</sup> señala que se prefiere a la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación tanto biológica como psíquica,

---

<sup>10</sup> CASTAN TOBEÑAS, J.: *"Derecho civil español, común y foral, Tomo III, Derecho de obligaciones, La obligación y el contrato en general"*, 16ª ed. Reus, S.A., Madrid, 1992, pp. 760 y ss.

afectiva, de manera que en relación con la maternidad es preferible a la mujer que aporta el material genético a la comitente.

Sin embargo, otro sector doctrinal sigue la teoría de la contribución genética, considerando que en el caso de que la gestante sólo aporte la gestación, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer que aportó el gameto. Estos autores, destacan el elemento genético porque, a su juicio, éste es el que define la identidad de la persona, aunque reconocen la intensa relación existente entre la madre gestante y el feto durante el embarazo<sup>12</sup>.

De esta forma, los padres legales son científicamente verificables. Además, es precisamente la conexión genética entre los padres y el niño lo que los lleva a optar por las técnicas de reproducción asistida en lugar de la adopción, que no puede satisfacer el anhelo de crear un hijo y de ver una versión de sí mismos<sup>13</sup>.

Sin embargo, esta teoría presenta una serie de inconvenientes:

a) Una parte de la doctrina la crítica por restarle importancia a la contribución del parto por parte de la mujer gestante.

b) Por otro lado, esta teoría presenta problemas cuando una tercera mujer dona el óvulo, ya que en este caso el niño no tiene relación genética ni con la mujer gestante ni con la mujer intencional. En consecuencia, la mujer que dona el óvulo tendrá derecho a reclamar la maternidad; de ahí que el argumento más contundente en contra de esta postura es que la paternidad querida y deseada debe prevalecer por encima de la puramente genética.

Por último, la teoría de la intención hace referencia a que la madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad de procrear, independientemente de su aporte genético y/o biológico.

Esta teoría fue desarrollada en California en el caso de Johnson vs Calvert de 1993. En este caso, por primera vez una Corte se enfrentó al interrogante de si la madre legal es aquella que da a luz al niño o la que proviene del material genético. Dado que tanto la madre genética como la gestante tenían una reclamación válida en cuanto a la maternidad, la Corte Suprema de California se vio en la obligación de buscar un nuevo método para la atribución de la maternidad, y optó por recurrir a la intención que tenían las partes al analizar el contrato de gestación por sustitución. Concluyó que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y de criar al niño, por lo que la gestante fue únicamente un medio para un fin.

Por lo tanto, según esta teoría, la verdadera paternidad resulta más del amor y las ganas que de suministrar el material genético.

## V. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.

Hay un caso que me ha llamado especialmente la atención, ya que tras muchos recursos llegó al Tribunal Supremo (STS 247/2014).

---

<sup>11</sup> Vid. Por todos RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *Elementos de Derecho Civil*, vol.II, LACRUZ, J.L./LUNA, A./DELGADO, F./RIVERO, F., Bosch, Barcelona, 1987, p. 165

<sup>12</sup> PANTALEÓN PRIETO, A.F.: *Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida, Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988, pp. 25 y ss.

<sup>13</sup> LAMM, E.: *Gestación por Sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2012, p. 34

Se trata de dos hombres españoles, unidos en matrimonio en 2005 y residentes en España, que van a California, donde la maternidad subrogada está permitida, y contratan allí a una mujer para poder formar una familia mediante esta técnica. La mujer se queda embarazada de gemelos, usando gametos de uno de los hombres. Tras el nacimiento de los niños, el 24 de octubre de 2008, que según la Ley californiana son hijos de la pareja española, éstos acuden al Consulado español de Los Ángeles para inscribirlos en el Registro Civil, pero el cónsul rechaza la pretensión ya que el Derecho español considera inválidos los contratos de maternidad subrogada.

El matrimonio español entonces presenta recurso ante la DGRN, estimándolo y mandando que se inscribiese a los menores en el registro civil consular como hijos de los recurrentes. Sin embargo, el Ministerio Fiscal recurre esta decisión de la DGNR y, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial rechazan la inscripción de los niños como hijos de los dos varones que encargaron la gestación.

Ante estos hechos, la DGRN decretó, a través de la Instrucción 5 de octubre de 2010, la posibilidad de trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución tal y como había sido acreditada en el extranjero. Para ello, era preciso presentar ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acreditase dicha filiación, que se comprobase que la mujer gestante había renunciado, mediante libre consentimiento, a su patria potestad y que se afirmase que el menor no había sido objeto de comercio.

El caso llegó ante el Tribunal Supremo, el cual, mediante sentencia de 6 de febrero de 2014, rechaza definitivamente tal inscripción considerando que se trataba de un fraude de ley, ya que el matrimonio homosexual se había desplazado hasta California exclusivamente para poder celebrar este contrato de gestación subrogada, y la ley española considera nulos este tipo de contratos en el art. 10 LTRHA.

## VI. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

Nos encontramos ante un caso de maternidad subrogada gestacional, que es aquella en la que la mujer gestante, en este caso Jana, únicamente aporta su útero para gestar al bebe, sin aportar sus óvulos. En este tipo de maternidad subrogada podemos encontrar varios supuestos, el nuestro es aquel en que el óvulo pertenece a una donante anónima, ajena a los padres intencionales y a la mujer gestante, y el esperma es aportado por la pareja de la mujer comitente, es decir, Alberto.

A raíz de todo lo expuesto anteriormente, he llegado a la conclusión de que, conforme al Derecho español, Alberto es el padre de Flavio sin que pueda haber ninguna otra posibilidad, ya que, en primer lugar, Alberto es quién aporta el gameto masculino para la fecundación, por lo que será el padre biológico de Flavio tanto en Grecia, como en España, como en cualquier país del mundo.

Además, la mujer gestante, es decir, Jana, no está casada, por lo que no habrá ningún marido que pueda reclamar la paternidad. Por lo tanto, Alberto, al llegar a España podrá reclamar la paternidad de Flavio, en virtud del art. 10.3 LTRHA, demostrando con pruebas de ADN que es el padre biológico del mismo, lo que le conferirá la paternidad tanto biológica como legal de Flavio.

En cuanto a Andrea, según el art. 10 LTRHA la filiación materna está determinada mediante el parto y el contrato de gestación por sustitución que tenían con Jana no será

eficaz en España, por lo que Andrea, conforme al Derecho español, no podrá ser considerada como madre de Flavio.

Sin embargo, al reclamar Alberto la paternidad de Flavio ya que él sí es el padre biológico del mismo, en España se ofrece la posibilidad de determinar la filiación por adopción, por lo que Andrea podrá realizar la adopción de Flavio como pareja de Alberto.

Además, la filiación de ambos también podría ser determinada por sentencia judicial. El proceso sería el siguiente: se celebra un juicio de filiación para determinar la paternidad y la maternidad de los padres intencionales, y la resolución judicial obtenida se reconoce directamente en España gracias a la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGNR) del 2010. Por lo que, tanto Andrea como Alberto podrían ser considerados padres de Flavio si tuviesen una sentencia judicial que así lo estipulase.

## **CAPÍTULO 2: INSCRIPCIÓN DEL RECIÉN NACIDO EN EL REGISTRO CIVIL.**

### **I. REGISTRO CIVIL.**

Como he estipulado en el anterior capítulo, en España los contratos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho, y debido a esto muchos ciudadanos españoles han recurrido a otros ordenamientos que sí admiten esta posibilidad, contratando a una mujer que gestará a su futuro hijo para posteriormente solicitar la inscripción del mismo en el Registro Civil español.

El art. 113 CC establece que "la filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de estos medios, por la posesión de estado".

Por lo tanto, para atender a la regulación sobre la inscripción de menores tendremos que acudir a la Ley 20/2011, de 21 de Julio, del Registro Civil (LRC). Esta ley establece, en el apartado segundo de su segundo artículo que en el Registro Civil serán inscritos los hechos referentes al estado civil de las personas y aquellos otros que determina ley, siendo, por tanto, inscribibles el nacimiento, la filiación, el nombre y apellidos, la nacionalidad y vecindad, la patria potestad, la tutela y demás representaciones que determine la Ley, etc. (art. 4 LRC).

Además, en su artículo 9 señala, y cito textualmente: "En el Registro Civil constarán los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español. Igualmente, se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español".

#### **1. DEFINICIÓN.**

Se entiende por nacimiento o alumbramiento el momento en el que una persona tiene vida propia, independiente del seno materno.

La inscripción de nacimiento es el asiento registral, extendido por el encargado del Registro Civil, que "*hace fe del hecho del nacimiento, de la fecha, hora y lugar en que tuvo lugar el mismo, identidad, sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito*" (art. 44.2 LRC).

El nacimiento produce efectos civiles desde que tiene lugar, pero para el pleno reconocimiento de los mismos es necesaria su inscripción en el Registro Civil.

En conclusión, entenderemos por inscripción del nacimiento, el acto por el que las personas obligadas dan cuenta del mismo a las autoridades responsables de los correspondientes Registros Civiles.

## 2. CONTENIDO DE LA INSCRIPCIÓN.

En la inscripción de nacimiento constará especialmente (art. 49 LRC):

- El nombre y apellidos que se da al recién nacido.
- La hora, fecha y lugar del nacimiento. En los partos múltiples, de no conocerse la hora exacta de cada uno, constará la prioridad entre ellos o que no ha podido determinarse.
- Si el recién nacido es varón o mujer.
- Los padres, cuando legalmente conste la filiación y siempre que fuera posible, y las siguientes circunstancias de los progenitores: nombre y apellidos, Documentos Nacional de Identidad (D.N.I.) o, en su caso, Número de identificación y pasaporte del extranjero, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, domicilio y nacionalidad.
- El código personal asignado.
- La hora de inscripción.

## 3. PERSONAS QUE PUEDEN SOLICITAR LA INSCRIPCIÓN.

El art. 45 LRG establece que *"están obligados a promover la inscripción de nacimiento:*

- 1. La dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios.*
- 2. El personal médico o sanitario que haya atendido el parto, cuando éste haya tenido lugar fuera de establecimiento sanitario.*
- 3. Los progenitores. No obstante, en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación, que será asumida por la Entidad Pública correspondiente.*
- 4. El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de producirse".*

## 4. DOCUMENTACIÓN NECESARIA.

Para realizar la inscripción del nacimiento se deberá tener en cuenta si se trata de hijos matrimoniales o no matrimoniales:

a) Hijos matrimoniales: es necesaria la declaración de quien tuviese conocimiento cierto del nacimiento, y se deberá aportar la siguiente documentación:

- Parte médico de alumbramiento, que es proporcionado por el propio hospital donde tuviese lugar el mismo.
- D.N.I. de los padres y Libro de Familia o documento que acredite el matrimonio debidamente legalizado y, en su caso, traducido.

b) Hijos no matrimoniales: se necesita la declaración de los progenitores, teniendo que acudir el padre y la madre personalmente al registro, y debiendo aportar la siguiente documentación:

- Parte médico de alumbramiento, que es proporcionado por el propio hospital donde tuviese lugar el mismo.
- D.N.I. de ambos progenitores.

-Se hará constar el Estado Civil de la madre, dando lugar a dos supuestos:

1. Si existe matrimonio anterior, se deberá acreditar que no rige la presunción legal de paternidad, teniendo que aportar el certificado de matrimonio, con la nota correspondiente, y la sentencia firme de separación o divorcio, testimoniada.
2. Si se trata de separación de hecho, deberá acudir al Registro con dos testigos.

## 5. PLAZO.

El plazo para expedir la comunicación de nacimiento desde el Centro Sanitario es de 72 horas desde el nacimiento. Sin embargo, cuando por cualquier circunstancia no se haya expedido el documento en el plazo estipulado, los obligados a promover la inscripción dispondrán de un plazo de 10 días para declarar el nacimiento ante la Oficina del Registro Civil. No obstante, este plazo podría llegar a ser de 30 días cuando se acredite justa causa. Pasado dicho plazo, será necesario tramitar expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo ante el Encargado del Registro Civil correspondiente.

También se pueden practicar las inscripciones de nacimiento sin necesidad de dicho expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española.

## II. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN).

Como he señalado, en España la gestación por sustitución está prohibida. En consecuencia, se introduce la Instrucción de 5 de Octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>14</sup>, la cual admite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en los países cuya regulación lo permite y siempre que al menos uno de los progenitores sea español; es decir, permite el acceso al Registro Civil de los casos llevados a cabo en el extranjero.

Mediante esta instrucción se pretende afianzar los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante estas técnicas, cuya finalidad es dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, aunque sin olvidar otros intereses presentes en estos supuestos de maternidad subrogada.

Por ello, la DGRN en ejercicio de las competencias que se le atribuyen en el art. 9 de la Ley del Registro Civil, 41 de su Reglamento (RRC)<sup>15</sup> y 7 del Real Decreto 1125/2008, de 4 de Julio<sup>16</sup>, establece una serie de directrices:

---

<sup>14</sup> Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*. BOE núm. 243, de 07 de octubre de 2010, en adelante, DGRN

<sup>15</sup> Decreto de 14 de noviembre de 1958, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil*, art. 41: Dentro del Ministerio de Justicia, compete a la Dirección General de los Registros y del Notariado la dirección e inspección de los servicios del Registro Civil. En general, le corresponde cumplir y hacer cumplir la Ley, el Reglamento, preparar las propuestas de cuantas disposiciones en la materia hayan de revestir forma de Orden o Real Decreto e informar sobre las cuestiones propias del Registro Civil. Será oído el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre las peculiaridades del servicio de libros e impresos en cuanto a los Registros Civiles en el extranjero. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958, en adelante, RRC

1. La inscripción del nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, únicamente podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

Sin embargo, para este requisito se pueden dar dos casos:

-Si la resolución judicial extranjera que determina la filiación del menor ha sido dictada en un procedimiento contencioso será necesario solicitar por el particular el *exequátur* ante los Juzgados de Primera Instancia. En este caso, tanto la solicitud de inscripción como el Auto que pone fin al *exequátur* deberán presentarse ante el Encargado del Registro Civil.

-Si la resolución judicial extranjera ha sido dictada en un procedimiento análogo a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, solamente se requiere que el encargado del Registro Civil ejecute un control incidental de la misma asegurándose que se cumplen los siguientes aspectos<sup>17</sup>:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución.
- b) Que la competencia del Tribunal extranjero que ha dictado la resolución se basa en criterios equivalentes a los existentes en la ley española.
- c) Que los derechos procesales de las partes interesadas, en particular de la madre gestante, se han garantizado debidamente.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables o sometido a un plazo de revocación.

2. En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

En conclusión, a partir de esta Instrucción se podrán inscribir en el Registro Civil a los nacidos mediante maternidad subrogada si existe resolución judicial que declare dicha filiación.

Sin embargo, De Verda y Beamonte afirma que lo que realmente hace esta Instrucción no es reconocer ciertos efectos a la filiación determinada en un país extranjero como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, sino que está introduciendo plenamente en el Derecho español esta posibilidad, lo cual incide en la idea de la existencia de un fraude de ley<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Real Decreto 1125/2008, de 4 de julio, *por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia* y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, *por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales*, art. 7. BOE núm. 165, de 09 de julio de 2008, pp. 29941-29950

<sup>17</sup> BOE núm. 243 de 07 de octubre de 2010, DGRN, Disposición primera apartado tercero.

<sup>18</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "*Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución*", A propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. En *Diario La Ley* (Sección Doctrina), núm. 7501, p.11

Por su parte, Vela Sánchez<sup>19</sup> señala que el hecho de que la dicha resolución vulnere claramente el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 9.3 CE, justifica que se predique su nulidad.

### III. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.

El tema de la gestación por sustitución ha supuesto, durante muchos años, una gran controversia.

Por una parte, en la Sentencia de 6 de febrero de 2014 sobre la inscripción de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación pos sustitución, reiterada en el Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 2 de febrero de 2015, el TS deniega la inscripción en España de la filiación de dos menores nacidos en EEUU mediante un contrato de maternidad subrogada.

El TS considera que no existe vulneración del derecho a la vida privada de los menores, ni tampoco vulneración del derecho a la intimidad familiar; al contrario, la sentencia española protege el interés del menor permitiendo la fijación de las relaciones paterno-filiales mediante la determinación de la filiación biológica paterna, que generalmente el padre biológico es el mismo que el padre intencional que aporta el gameto masculino, y mediante la formalización de las relaciones familiares "de facto" mediante la adopción o el acogimiento familiar que permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar en el cual están viviendo.

Sobre esta base, la Fiscalía General del Estado (FGE) también se opone a la inscripción de nacimiento y filiación en España de menores nacidos mediante gestación por sustitución por estimar que "el contrato de maternidad subrogada es contrario al orden público internacional español".

Así, en la Memoria de la Fiscalía del 5 de septiembre de 2017, con motivo del acto de Apertura del Año Judicial 2017/2018, se sostiene que "se continúa con la problemática en las solicitudes de inscripción de nacimiento de menores nacidos mediante gestación por sustitución".

"El Fiscal, de acuerdo con la Fiscalía de Sala de lo Civil y siguiendo el criterio establecido en la STS de 6 de febrero de 2014 y Auto TS de 2 de febrero de 2015 (Pleno Sala Civil), se opone a la inscripción de nacimiento y filiación por estimar que el contrato de la gestación por sustitución es contrario al orden público internacional español, de acuerdo con lo establecido en el art. 10 LTRHA, que declara nulo este tipo de contrato"<sup>20</sup>.

De la misma forma, la Sentencia del TSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2016, consideró que, y cito textualmente, "la ausencia de reconocimiento, por parte del Derecho de un Estado, del vínculo de filiación con los padres de intención, puede tener como consecuencia la destrucción de su vida familiar creando una situación jurídica de incertidumbre que atenta a su derecho de identidad".

---

<sup>19</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: "*De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada*", A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. En *Diario La Ley* (Sección Doctrina), núm. 7815, marzo de 2012 (La Ley 2208/2012), p.1

<sup>20</sup> Así lo concreta el Ministerio Público en la Memoria de la Fiscalía de 5 de septiembre de 2017.

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su sentencia de 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 /Labassee c/ Francia), declara que no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo viola el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Asimismo, la Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014 mantiene la plena vigencia de su Instrucción de 5 de octubre de 2010, reiterando que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles con el objetivo de determinar la inscripción del nacimiento y filiación de supuestos de gestación por sustitución.

En la actualidad, la solución a la controversia viene a mano de la Ley del Registro Civil 20/2011, que establece en su art. 96 que "sólo procederá la inscripción en el Registro Civil español de las sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza", mostrándose, por tanto, favorable al reconocimiento del derecho a la inscripción.

#### IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

En nuestro caso, Andrea y Alberto se inscriben en el Registro Civil local de Grecia como padres de Flavio, lo que les reconoce como padres legales de Flavio en Grecia.

Sin embargo, el Consulado español en Grecia no les permite registrar el nacimiento del niño y les ocurre lo mismo al regresar a España con el bebé, ya que en España está es una técnica no regulada y según la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 los niños nacidos por gestación por sustitución podrán inscribirse en el Registro Civil español siempre y cuando exista una resolución judicial que determine su filiación.

En el caso, en ningún momento se da a entender que Andrea y Alberto aporten, junto a la solicitud de inscripción, una resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, sino que, en mi opinión, lo único que tienen en su posesión es una certificación registral extranjera al haber podido inscribir a Flavio como su hijo en el Registro Civil local de Grecia. Sin embargo, este es un requisito que no se admite como título apto para la inscripción del nacimiento en España, en virtud de la DGRN.

Asimismo, tampoco cumplirían el requisito fundamental establecido en el art. 96 del Registro Civil, que permite la inscripción del nacimiento en el Registro Civil español de las sentencias y resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza.

En conclusión, considero que Andrea y Alberto, entre las muchas condiciones necesarias para poder inscribir el nacimiento de Flavio en España, no cumplen, al menos, con la más importante, que es aportar una resolución judicial que establezca la filiación de Flavio, y por tanto, el Encargado del Registro Civil español hizo lo correcto al no dejarles registrar el nacimiento de Flavio.

Sin embargo, cabría preguntarse si Andrea y Alberto podrían instar un procedimiento judicial en Grecia para soslayar este inconveniente. En Grecia, el proceso de subrogación se inicia después de que un juez haya dictado resolución judicial favorable, en la que tras comprobar que se cumplen todos los requisitos exigidos por la legislación griega, se otorga la filiación del futuro bebé a los padres de intención. Sin embargo, si alguno de estos requisitos no se cumplen, no se autorizará legalmente la gestación y, por tanto, no se podrá llevar a cabo.

En definitiva, en nuestro caso aunque Andrea y Alberto llevan a cabo el contrato de subrogación con Jana, habiendo conseguido por tanto la autorización judicial correspondiente, no deberían habérselo permitido, ya que no cumplen varios de los requisitos exigidos, como por ejemplo, entre otros, que Andrea sea no sea capaz de llevar a cabo el embarazo por sí misma. Por todo ello, en primer lugar, no les deberían haber dejado inscribir a Flavio ni en el Registro Civil local de Grecia.

### **CAPÍTULO 3: RELEVANCIA PENAL DE LAS ACCIONES COMETIDAS POR ANDREA Y ALBERTO EN ESPAÑA.**

#### **I. COMPRA DE MENORES.**

En el año 2000 se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el cual ha sido ratificado por la gran mayoría de países del mundo.

En dicho protocolo se establece, en su art. 2 a), la definición de venta de niños: "Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución".

Por tanto, podemos entender que la maternidad subrogada en la que interviene retribución salarial a la gestante es unos de los supuestos comprendidos en esta definición.

Sin embargo, cuando el recién nacido por este medio cuenta con la aportación genética de alguno de los comitentes, no se consideraría como objeto de compraventa, ya que al menos uno de sus progenitores es también su padre legal.

Aunque se dé esta última situación, no se puede negar que existe un pago realizado a una persona para que otorgue su consentimiento para desprenderse del niño al que ha dado a luz. Este supuesto lo podemos contemplar en el art. 3.1 a) ii) del mismo protocolo, que establece, y cito textualmente, que *"todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: en relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el art. 2: inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción"*.

Por ello, el Comité de Derechos del Niño, que es el órgano creado para velar por el cumplimiento de la Convención y los Protocolos Facultativos por parte de los Estados que los han ratificado, se ha referido concretamente a este aspecto en las Observaciones finales elaboradas a los Informes periódicos presentados por algunos Estados. En 2014 precisamente, al revisar la regulación de India, se mostró preocupado por el hecho de que *"no esté regulado adecuadamente y esté muy generalizado el uso comercial de la maternidad subrogada, lo que lleva a la venta de niños y a la violación de los derechos de los niños"*. Para evitar esta clase de situaciones, el Comité aconseja la aprobación de leyes que comprendan disposiciones que definan, regulen y vigilen los acuerdos de subrogación y tipifiquen como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal,

incluido el uso indebido de la maternidad subrogada. El Estado Parte debe velar por que se tomen medidas contra todo el que participe en adopciones ilegales<sup>21</sup>.

## II. ADOPCIÓN.

La adopción es el acto jurídico en virtud del cual un adulto acoge como propio a un hijo ajeno, con el objetivo de constituir con él una relación paterno-filial con idénticos o análogos vínculos jurídicos que los que surgen de la procreación.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, modificó determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, introduciendo así dos principios fundamentales en los que se basa la adopción:

- La estructuración de la adopción como un elemento de plena integración familiar.
- El interés del menor adoptado que se antepone a los demás intereses legítimos que se establecen en el proceso de constitución de la adopción.

Existen dos tipos de adopción:

- La adopción nacional: es aquella en la que los padres adoptivos y el niño que va a ser adoptado poseen la misma nacionalidad en el momento de la adopción, aunque también se pueden dar casos en los que el niño que va a ser adoptado no tiene la nacionalidad española, pero se encuentra en territorio español.
- La adopción internacional: es aquella en la que los padres adoptivos quieren adoptar a un niño que no es de origen español. En este caso se seguirá tanto la legislación española como la del país del niño.

En cualquier caso, una vez concedida la adopción del menor, se procederá a su inscripción en el Registro Civil.

En España, los requisitos para poder solicitar un proceso de adopción vienen establecidos por el art. 175 CC, y son los siguientes:

- Al menos uno de los adoptantes debe ser mayor de veinticinco años.
- La diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado deber ser, al menor, de dieciséis años y no puede superar los cuarenta y cinco años.
- Únicamente pueden ser adoptados los menores de edad no emancipados.
- Cumplir las condiciones psicopedagógicas y socioeconómicas mínimas que otorguen el certificado de idoneidad.

### 1. COMPARATIVA DE LA ADOPCIÓN CON LA MATERNIDAD SUBROGADA: VENTAJAS E INCONVENIENTES.

- a) Carga genética: la gestación por sustitución da la posibilidad de que al menos uno de los padres de intención aporte su material genético, mientras que con la adopción esto no es posible.
- b) Tiempo de espera: la media de espera para la adopción es de aproximadamente cinco años, mientras que para la gestación por sustitución este periodo es de 1 o 2 años.
- c) Coste: ambas técnicas de reproducción son costosas desde el punto de vista económico

---

<sup>21</sup> Comité de los Derechos del Niño (CRC) de Naciones Unidas, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, aprobadas por el Comité en su 66º período de sesiones (26 de mayo a 13 de junio de 2014), pp. 13-14

d) Elección: en la gestación por sustitución los padres de intención pueden elegir a la madre subrogada y ésta puede, al mismo tiempo, elegir para que padres quiere gestar, mientras que en la adopción esto es algo poco usual por no decir inexistente.

e) Seguimiento: en la gestación por sustitución los padres de intención pueden seguir el embarazo desde el primer momento, mientras que en la adopción el proceso es mucho más frío.

f) Aspectos legales: la adopción es una técnica de reproducción legal en España, por lo que los padres adoptivos no tendrán ningún problema en inscribir a su hijo en el Registro Civil, mientras que la gestación por sustitución no es legal, lo que puede traer consigo muchos problemas.

### III. DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES DEL CAPÍTULO II DEL TÍTULO XII DEL CÓDIGO PENAL.

Dentro de los delitos contra las relaciones familiares, en el Capítulo II del Título XII del Libro II del CP, artículos 220 a 222, localizamos toda una serie de figuras destinadas a la protección de la filiación, estado y condición de los menores.

En estas conductas se entremezclan toda una serie de derechos e intereses que resultan afectados:

-Por un lado, los derechos de los menores a los que se les modifica su filiación, como vínculo jurídico que une al menor con sus padres, determina la incorporación a una familia establecida y trae consigo toda una serie de consecuencias referentes al nombre, la patria potestad y los derechos sucesorios.

También se ve afectado el derecho de la persona a conocer su propia identidad biológica y familiar que, según Villacampa Estiarte<sup>22</sup>, constituye un aspecto de la dignidad humana y puede incardinarse en el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>23</sup>. Si se

---

<sup>22</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de tráfico de menores", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2001, p. 67

<sup>23</sup> Todos estos derechos de los menores quedan recogidos en una abundante normativa internacional. La *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su resolución 44 / 25, de 20 de noviembre de 1989, dispone en su artículo 7 que "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres"; en el artículo 8 se establece que "1. Los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiada con miras a restablecer rápidamente su identidad". La *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/ 85, de 3 de diciembre de 1986, establece en su artículo 1 que los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño; y en su artículo 3 se establece como primera prioridad que el niño debe ser cuidado por sus propios padres.

En el ámbito europeo, la *Carta Europea de los derechos del Niño* (DOCE nº C241, de 21 de septiembre de 1992, establece que " Todo niño deberá ser registrado desde su nacimiento y tendrá derecho a un nombre y a una nacionalidad" y que "Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas. Se deberán determinar las condiciones bajo las cuales se otorgarán al niño las informaciones relativas a sus orígenes biológicos así como las condiciones necesarias para proteger al niño de la divulgación de dichas informaciones por terceros".

tiene en cuenta que la identidad como persona no viene establecida por componentes exclusivamente biológicos, sino que se construye mediante el proceso de socialización que se lleva a cabo, en primer lugar y esencialmente, en el ámbito familiar, la asignación a una familia distinta de la biológica condiciona la formación de esa personalidad y decreta que el afectado llegue a la edad adulta siendo una persona distinta a la que, en principio, estaba llamado a ser. Además, si la entrega del menor a terceros se hace en condiciones que le perjudican, se pone en riesgo su bienestar e, incluso, su vida o su salud.

-Por otro lado y, en relación con los padres, se ve afectado su derecho a la maternidad y a la paternidad, que también está relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad y que, en nuestro ordenamiento, se interpreta mediante la institución de la patria potestad como derecho-deber que engloba, entre otros aspectos, el deber y la facultad de velar por los hijos, tenerlos en compañía, educarlos y procurarles una formación integral.

-Por último, queda afectada la dimensión institucional y pública de las normas relativas a la filiación y el interés del Estado en que la asignación de un niño a una familia que no es la suya se efectuó respetando la normativa civil en materia de adopción, dirigida a garantizar y proteger los intereses de los menores.

En consecuencia, tendremos que plantearnos cuales de estos derechos e intereses quedan protegidos penalmente por los tipos contenidos en el Capítulo II del Título XII del CP, ya que existe cierta controversia sobre cuál es el bien jurídico tutelado en estos delitos.

## 1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Tradicionalmente, se sostiene que el bien jurídico protegido en estos delitos es el estado civil del menor y, más concretamente, la filiación, entendida como el hecho de la adscripción de una persona a una determinada familia que comporta importantes consecuencias, tanto de carácter personal como de carácter jurídico y económico<sup>24</sup>.

Sin embargo, se discute si dicho bien jurídico se protege desde una perspectiva institucional o como derecho subjetivo y personal del menor.

Una parte de la doctrina considera que se trata de un bien jurídico de naturaleza pública, sin que resulte disponible por su titular, aunque incida sobre su identidad<sup>25</sup>, argumentando que el carácter colectivo del bien jurídico se pone de manifiesto por el hecho de que tal delito subsiste aún en el caso de que el menor resulte beneficiado por el cambio de adscripción familiar<sup>26</sup> o, que tales conductas ni siquiera tienen por sí mismas

---

Y, por último, en nuestro país, la LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, en su artículo 3, establece que “*Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas ...*”.

<sup>24</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 18ª edición, Valencia, 2010, p. 315; CASTIÑEIRA PALOU, T., en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Coord.): “*Lecciones de Derecho Penal: Parte especial*”, 4ª edición, Barcelona, 2015, p. 181; JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>.J.: “*Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del Código Penal español*”, en *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina: libro-homenaje al profesor Ferrando Mantovani*, Madrid, 2005, p. 295, entre otros

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “*Derecho Penal. Parte Especial*”, *op. cit.* p.315

<sup>26</sup> LLOBET ANGLÍ, M., en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.): “*Memento Penal. 2011*”, Madrid, 2011, p. 914; GONZÁLEZ RUS, J.J.: “*Derecho Penal español. Parte especial*”, (Coord.) COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 2004, p. 340; CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup>.M.: “*Protección penal de la filiación*”,

el efecto de modificar la filiación, ya que esto sólo puede hacerse por la vía establecida jurídicamente al efecto<sup>27</sup>.

Otra parte de la doctrina considera que lo directamente protegido es la normativa civil reguladora de la adopción, protegiéndose sólo mediatamente la filiación<sup>28</sup>. Frente a lo que se ha señalado que, si bien estos tipos suponen eludir la normativa civil sobre adopción, las conductas típicas tienen como finalidad presentar a un niño como hijo biológico de quién no lo es y, por ello, falsear la filiación por nacimiento y no la filiación por adopción<sup>29</sup>. En este sentido, se ha señalado que lo que se protege en estos delitos es la filiación surgida del nacimiento<sup>30</sup>, entendiendo que lo que se tutela no es tanto el derecho a conocer la propia identidad, sino el derecho a saber "si quien aparece como padre, madre o hijo, lo es biológicamente"<sup>31</sup>; aunque no quepa desconocer que de forma directa o indirecta, la regulación legal persigue como objetivo que la adscripción de los menores a una familia distinta de la biológica se realice conforme a la normativa civil reguladora de la adopción<sup>32</sup>.

Por último, una posición minoritaria de la doctrina entiende que lo que se protege en estos delitos es el derecho del menor a conocer su propia identidad, configurado como un derecho subjetivo e individual, derivado del valor de la dignidad humana en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>33</sup>. Además, se añade que este derecho a la identidad no comprende el derecho a investigar la maternidad o paternidad biológica, sino la procedencia familiar determinada por nacimiento o por adopción (filiación legal)<sup>34</sup>.

En conclusión, parece mayoritaria la postura que sostiene que a través de los delitos contra las relaciones familiares no se están protegiendo directamente los derechos subjetivos de los menores afectados por la alteración de la filiación y, más concretamente, su derecho a conocer su propia identidad, sino más bien la dimensión institucional y pública de las normas relativas a la filiación, en la medida en que estas conductas quiebran las garantías que el Estado debe ofrecer a sus ciudadanos en una materia que tiene una enorme relevancia en la vida de la persona<sup>35</sup>.

## 2. RELEVANCIA PENAL DE LA CONDUCTA DE LA MADRE BIOLÓGICA.

---

*Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010, <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>

<sup>27</sup> LLOBET ANGLÍ, M., en MOLINA FERNÁNDEZ, F (Coord.): *"Memento Penal. 2011"*, op. cit., p. 915

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, A.M., *"Derecho Penal. Parte Especial II"*, Madrid, 1997, p. 69

<sup>29</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup>.M.: *"Protección penal de la filiación"*, op. cit.

<sup>30</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup>.M.: *"Protección penal de la filiación"*, op.cit.; JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>.J., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir): *"Comentarios al Código Penal"*, tomo VII, Madrid, 1999, p. 705; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *"Derecho Penal español. Parte Especial"*, 5<sup>o</sup> edición, Barcelona, 2008, p. 334

<sup>31</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *"Derecho Penal español. Parte Especial"*, op. cit., p. 334

<sup>32</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *"Derecho Penal español. Parte Especial"*, op. cit., p. 334

<sup>33</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *"La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de tráfico de menores"*, op. cit., p. 67. Por su parte, CARBONELL MATEU, J.: *"Delitos contra las relaciones familiares en el Código Penal de 1995"*, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Vidal Guitarte*, tomo I, Valencia, 1999, p. 176, considera que no sólo se protege el estado civil del menor, sino los derechos propios del menor y la dignidad de la persona objeto de tutela

<sup>34</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup>.M.: *"Protección penal de la filiación"*, op. cit.

<sup>35</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>.J.: *"Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del Código Penal español"*, op. cit., p. 296

## 2.1. La ocultación y la entrega de un hijo.

Esta conducta se encuentra prevista en el art. 220.2 CP y es sancionada con pena de prisión de seis meses a dos años. Consiste en ocultar o entregar un hijo a un tercero con la finalidad de cambiar su filiación:

-La entrega consiste en poner al hijo bajo la custodia de terceros<sup>36</sup>. La madre o padre biológico entrega al hijo a la madre que ha simulado el parto con la finalidad de modificar la filiación del menor, evitando la normativa civil para la adopción<sup>37</sup>. Para que se dé este tipo delictivo es necesario que no medie compensación económica, ya que si ésta existiese el tipo aplicable sería la "venta de niños" tipificada en el art. 221 CP, de la que hablaremos más adelante.

-En cuanto a la ocultación, consiste en cualquier acto que impida el conocimiento de la existencia del niño por parte de la familia<sup>38</sup>, como por ejemplo cuando la madre oculta la existencia del hijo al padre, manifestando que ha nacido muerto<sup>39</sup>. En este caso se admite tanto la ocultación física como la jurídica, falseando la identidad o existencia del hijo<sup>40</sup>.

Los sujetos activos sólo pueden ser los padres, y los sujetos pasivos pueden ser tanto los menores como aquellos adultos que por su discapacidad no tengan conciencia de su filiación<sup>41</sup>.

## 2.2. Tráfico de menores.

El art. 221 CP castiga con pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda de cuatro a diez años, lo que se conoce como "venta o tráfico de niños", es decir, la entrega de menores a cambio de una compensación económica<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> CASTIÑEIRA PALOU, T., en SILVA SÁNCHEZ, J. (Coord.): "Lecciones de Derecho Penal. Parte especial", *op. cit.*, p. 181

<sup>37</sup> No obstante, en el discutible supuesto de la SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, núm. 355/2008, en el que una amiga de la madre, que se encuentra cumpliendo pena de prisión, convence a ésta para que entregue a su hija a una tercera persona que, con conocimiento.

<sup>38</sup> CASTIÑEIRA PALOU, T., en SILVA SÁNCHEZ, J. (Coord.): "Lecciones de Derecho Penal. Parte especial", *op. cit.*, p. 181

<sup>39</sup> Es el caso de la SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, núm. 101/1998, de 30 de septiembre, respecto de una mujer, objeto de malos tratos por su compañero sentimental, que al quedarse embarazada y comunicarlo a su pareja, fue físicamente maltratada por éste al hacerla responsable del embarazo, comunicándole que no se hacía cargo del menor. Al tener que abandonar la vivienda donde habitaba, porque la dueña de la misma le comunicó que si tenía el niño no se podía quedar allí, decidió procurar mejores expectativas de vida para el menor, contactando con una familia que se haría cargo de él. Después del alumbramiento, el padre se presentó en la clínica y ella le dijo que el niño había nacido muerto, lo que él creyó. Pocos días después acudió al Registro Civil, en compañía de otras personas, y rellenó el impreso indicando que el padre era desconocido, sustituyéndose posteriormente este dato, por indicación del funcionario, por el nombre de Juan. La Audiencia consideró que la ocultación al padre constituía el delito previsto en el artículo 220.2 y, si bien finalmente absuelve a la acusada, aplicando la eximente de miedo insuperable.

<sup>40</sup> LLOBET ANGLÍ, M., en MOLINA FERNÁNDEZ, F (Coord.): "Memento Penal. 2011", *op. cit.*, p. 917

<sup>41</sup> MUÑOZ CONDE, F.: "Derecho Penal. Parte Especial", *op. cit.*, p. 316

<sup>42</sup> Es el caso de la SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, nº 372/2011, de 30 de septiembre, en el que se resuelve el caso de los padres que ofrecieron en venta a su hija de 5 meses de edad a una señora que se encontraba en la vía pública, solicitando 5.000 pesetas, al tiempo que

La jurisprudencia ha señalado que por compensación económica no hay que entender exclusivamente la entrega de dinero, sino cualquier contraprestación evaluable económicamente, como, por ejemplo, la cancelación de una deuda del intermediario o del ascendiente que entrega al niño, o la entrega de un bien que, por su valor, merezca una consideración distinta a un simple regalo.

Por su parte, la doctrina considera que la existencia de compensación económica convierte a las personas en objeto de comercio, y esto es lo que determina la mayor gravedad de estas conductas<sup>43</sup>.

La entrega pueden realizarla los padres, ascendientes o una tercera persona con la que no exista relación de filiación o parentesco. Sin embargo, para que la conducta sea típica es preciso que se eviten los procedimientos legales de adopción, guarda, o acogimiento; que medie una compensación económica y que el objetivo de la entrega sea constituir una relación análoga a la de filiación, es decir, una filiación de hecho sin efecto en el registro.

Además, no sólo se sanciona la conducta de quien hace la entrega, sino también la conducta de quien recibe al menor y del intermediario, aunque la entrega haya sido llevada a cabo en un país extranjero.

En este delito, el bien jurídico protegido no es propiamente el estado civil o la filiación del niño, ya que la entrega no se realiza para modificarla, sino para constituir una relación análoga a la filiación; tampoco se está protegiendo la seguridad del menor, puesto que el delito se comete, aunque el cambio de familia resulte beneficioso para éste. En consecuencia, el bien jurídico protegido es:

-Por un lado, el interés público en que la entrega de menores se realice, respetando los procedimientos y garantías legales para la adopción, guarda y acogimiento<sup>44</sup>.

-Por otro lado, también se protege la dignidad del menor que, a través de estas conductas, queda reducido a la categoría de una mercancía, objeto de transacciones económicas<sup>45</sup>.

### 3. RELEVANCIA PENAL DE LA CONDUCTA DE LA MADRE ADOPTIVA.

#### 3.1. La suposición de parto.

Se castiga en el artículo 220.1 CP con pena de prisión de seis meses a dos años y consiste en fingir el alumbramiento de un hijo, haciendo pasar a un menor como hijo de una mujer que realmente no es su madre y atribuyéndole una filiación materna que no es la suya<sup>46</sup>. No es necesario que se aparente un embarazo, ni tampoco que se finja el

---

manifestaban que la querían vender porque tenían cuatro hijos más y no les podían dar de comer. A lo que la señora no accedió

<sup>43</sup> CARBONELL MATEU, J.: *"Delitos contra las relaciones familiares en el Código Penal de 1995"*, op. cit., p. 177

<sup>44</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *"Derecho Penal. Parte Especial"*, op. cit., p. 317

<sup>45</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *"Derecho Penal. Parte Especial"*, op. cit., p. 317

<sup>46</sup> Como señala CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup>.M.: *"Protección penal de la filiación"*, op. cit., para que la conducta sea típica es preciso que se altere la filiación de un niño. Fingir materialmente un parto sin afectar a la normativa sobre filiación es una conducta atípica

proceso fisiológico del parto, basta con presentar el hijo como fruto del alumbramiento de una mujer que no es su madre natural<sup>47</sup>.

El sujeto activo de este delito es la mujer que finge el parto. No obstante, una parte de la doctrina<sup>48</sup> considera que este delito puede ser cometido por cualquier persona, en la medida en que el contenido de injusto no consiste tanto en simular el hecho del parto, sino en asignar a un recién nacido a quien no es su madre natural. Por ello, el marido de la supuesta madre que inscribe al niño o el facultativo que certifica el alumbramiento inexistente, serían desde esta posición doctrinal autores de este delito. Sin embargo, la jurisprudencia se inclina más por el criterio de considerar autora únicamente a la mujer que finge el parto, considerando cooperación necesaria de este delito las conductas de los familiares que se ven involucrados en la conducta de aquella aparentando una relación familiar (STS 492/2007, de 7 de junio).

El sujeto pasivo es el recién nacido que ve modificada su filiación. Si bien parte de la doctrina considera que el sujeto pasivo es doble: el menor y la colectividad<sup>49</sup>. No es preciso que se produzca la inscripción en el Registro Civil, que de realizarse constituiría un delito de falsedad.

La doctrina mayoritaria entiende que es preciso que el niño que se entrega sea un recién nacido.

#### 4. OTROS TIPOS PENALES.

##### 4.1. La sustitución de un niño por otro.

En el art. 220.3 CP se establece la modalidad dolosa, castigada con la pena de prisión de uno a cinco años.

Esta conducta puede ser realizada por cualquier persona (enfermeras, comadronas, personal sanitario, etc), y puede realizarse con o sin el consentimiento de los padres o incluso por los propios padres<sup>50</sup>.

Los sujetos pasivos son los niños que son sustituidos, cuya asignación familiar se altera pudiendo darse el caso de que se sustituya un niño vivo por otro muerto<sup>51</sup>. Este caso será, normalmente, sin el consentimiento de los padres.

Este delito también tiene prevista una modalidad imprudente recogida en el art. 220.5 CP, que castiga con pena de prisión de seis meses a un año el supuesto de sustitución

---

<sup>47</sup> SAP: Sentencia de Audiencia Provincial de A Coruña 24/2002, de 16 de octubre; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas 114/1999, de 9 de julio, entre otras resoluciones; MUÑOZ SÁNCHEZ, L.M<sup>a</sup>.: *"Delitos contra las relaciones de filiación"*, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *"La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo"*, Madrid, 2002, p.1428, propone de *lege ferenda*, y para evitar equívocos, una fórmula que, sin referencia al parto, aluda a la adscripción de un niño existente a una familia, fingiendo un nacimiento inexistente

<sup>48</sup> CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup>.M.: *"Protección penal de la filiación"*, *op. cit.*

<sup>49</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: *"Derecho Penal español. Parte Especial"*, *op. cit.*, p. 335.

<sup>50</sup> CARBONELL MATEU, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): *"Derecho Penal. Parte Especial"*, 2<sup>o</sup> edición, Valencia, 2008

<sup>51</sup> CASTIÑEIRA PALOU, T., en SILVA SÁNCHEZ, J. (Coord.): *"Lecciones de Derecho Penal. Parte especial"*, *op. cit.*, p. 183; MUÑOZ CONDE, F.: *"Derecho Penal. Parte Especial"*, *op. cit.*, p. 316; LLOBET ANGLÍ, M., en MOLINA FERNÁNDEZ, F (Coord.): *"Memento Penal. 2011"*, *op. cit.*, p. 918

realizada en un centro sanitario por imprudencia grave de los responsables de la identificación y custodia del niño.

Por otra parte, además de las penas previstas en cada uno de los tipos delictivos, se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 220.4 CP, que prevé la inhabilitación para el ejercicio del derecho de patria potestad sobre el hijo o descendiente y, en su caso, sobre el resto de los hijos o descendientes, por un tiempo de cuatro a diez años. Y, en el caso de que hubieran participado educadores, facultativos o funcionarios, se impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de dos a seis años, estipulado en el artículo 222 CP.

#### 4.2. Robo de niños.

Cuando la entrega o sustitución del niño se lleva a cabo sin el consentimiento y conocimiento de los padres biológicos nos encontramos ante el supuesto del “robo de niños”. En estos casos, es posible encontrar dos situaciones distintas:

a) Que las dos madres hayan dado a luz y, empleando engaño, se sustituya el niño nacido vivo por el niño nacido muerto o por otro niño con alguna patología. En este caso, solamente la madre que recibe el niño que no es el suyo, con conocimiento de ello, habrá realizado el delito de sustitución de menores, previsto en el artículo 220.3 CP. En el caso de que su hijo haya nacido vivo y padezca alguna patología, se cumple el tipo de entrega previsto en el artículo 220.2 CP, que quedaría comprendido en la penalidad más grave del delito de sustitución de niños.

b) Que sólo una de ellas haya dado a luz un niño vivo, a quien se dice que ha nacido muerto, entregándolo una tercera persona. En este caso, la persona que hace la entrega habrá incurrido en el delito de alteración de la paternidad (art. 220.2 CP) en autoría mediata; y, la persona que lo recibe habrá consumado el delito de suposición de parto (art. 220.1 CP).

En conclusión, el problema que plantean estos supuestos reside en que con la entrega del niño no sólo se modifica su filiación, que es el bien jurídico protegido en estos tipos delictivos, sino que también se separa al menor de sus familiares, sin conocimiento de éstos, incorporándolo en un ámbito de custodia que no es el suyo y que no ha sido permitido por los titulares de la patria potestad.

#### IV. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

En este caso, cuando Andrea y Alberto regresan a España con Flavio, al intentar inscribirle en el Registro Civil se les acusa de haber comprado al menor. Este delito podríamos incluirlo en el de tráfico de menores del art. 221 CP, ya que se producen todos los requisitos para ello: se evitan los procedimientos legales de adopción, guarda o acogimiento del menor; hay una compensación económica de por medio que, aunque supuestamente no es una retribución salarial por la gestación sino una manera de compensar todos los gastos producidos por el embarazo, no se puede negar que existe un intercambio de dinero por una persona; y, por último, la finalidad del contrato es constituir una relación análoga a la filiación.

Por lo tanto, la pena que les sería impuesta a ambos sería la del art. 221 CP: prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda de cuatro a diez años.

Además, también se podría acusar a Andrea de un delito de suposición de parto, establecido en el art. 220.1 CP, aunque para ello Andrea deberá presentar a Flavio como fruto de su alumbramiento. Es decir, no vale únicamente con presentar a Flavio como su hijo sino que se precisa que Andrea lleve a cabo la simulación del fenómeno biológico del nacimiento con los elementos externos que ello supone. En este caso, la pena impuesta será de prisión de seis meses a dos años.

Sin embargo, dado que Alberto es en realidad el padre biológico de Flavio podrá reclamar la paternidad del mismo sin que se le acuse, por tanto, de haber comprado al menor. Y más adelante, Andrea como pareja de Alberto podrá realizar la adopción de Flavio.

## **CAPÍTULO 4: VIOLENCIA DE GÉNERO.**

### **I. DIFERENCIA ENTRE ABUSO Y MALTRATO.**

En primer lugar, me parece importante diferenciar entre cuando se produce un abuso sobre una persona y cuando se maltrata a una persona, ya que son términos que se pueden confundir, sobre todo si los relacionamos con el tema que estamos tratando, la violencia de género.

Se considera maltrato todo acto producido por parte de una persona hacia otra en el que emplee el uso de la violencia o cuyo propósito sea causar un daño en ella, tanto físico, como psíquico, sexual, patrimonial, etc.

No se considera maltrato únicamente la ejecución de actos, sino también su omisión siempre que ésta ocasione perjuicios en la persona maltratada.

En cuanto al abuso, se refiere a la existencia de una extralimitación con respecto a algo o a alguien, aprovechándose el sujeto que lo realiza de un componente, una cualidad o una situación específicas que posee o ha adquirido para realizar un acto o conseguir algo que no le corresponde.

Supone la existencia de una relación desigual. Un abuso hacia una persona implica la utilización o causación de perjuicios a ésta por algún medio, generalmente mediante algún tipo de violencia física, psíquica, sexual, socioeconómica o vicaria.

Las principales diferencias de estos dos conceptos son las siguientes:

a) Relación de poder: aunque ambos preceptos hacen referencia a la existencia de algún tipo de violencia o daño causado a alguien o algo, en el concepto de abuso hay que tener en cuenta que existe un elemento que provoca la relación de desigualdad entre ambos sujetos.

Este elemento puede variar, desde aspectos como la fuerza física, la edad y experiencia, la clase o posición social o simplemente la capacidad de manipulación o coacción hasta la existencia de un vínculo emocional entre ambos.

Por lo tanto, el sujeto que abusa se aprovecha de dicha desigualdad para dañar a la víctima.

b) Intencionalidad: tanto en las situaciones de maltrato como en las de abuso nos encontramos con que la parte agresora quiere dañar a la parte agredida o víctima. Sin embargo, se dan algunos supuestos en el maltrato en que esto no es necesarios, como por ejemplo, por ignorancia de las necesidades de la parte afectada o por descuido.

Por su parte, resulta mucho más habitual que el abuso se efectúe de manera completamente consciente y voluntaria, aunque pueden darse casos en los que alguien esté abusando de otra persona sin ser consciente de ellos, como por ejemplo, que debido a su poder un tercero haga algo por él aunque no fuese su intención aprovecharse de dicha posición de superioridad.

## II. LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

### 1. CONCEPTO.

Se entiende por violencia de género toda aquella violencia dirigida sobre las mujeres por el simple hecho de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión. No se trata de un problema que afecte al ámbito privado, sino que se manifiesta como el símbolo más significativo de la desigualdad existente en nuestra sociedad<sup>52</sup>.

En cuanto al ámbito de aplicación, la Ley establece que se ejercer sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, comprendiendo todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Además, el término violencia contra las mujeres fue definido por primera vez por la Organización de las Naciones Unidas en su Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer: se trata de todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada<sup>53</sup>.

### 2. DIFERENCIA CON LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.

La violencia doméstica es aquella que se ejerce en el núcleo familiar, es decir, su ámbito se extiende a todo el círculo de personas que conviven juntas, pretendiendo con ello otorgar una especial protección a la víctima.

Sin embargo, en algunas ocasiones es difícil determinar si una relación se encuentra dentro del núcleo familiar o fuera del mismo, por lo que la ley establece que cualquier relación que se encuentre integrada en el núcleo familiar puede ser considerada violencia doméstica. Asimismo, aquellas personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran bajo la custodia o guarda de Centros públicos o privados, también pueden ser consideradas objeto de violencia doméstica.

En conclusión, pueden ser víctimas de violencia doméstica las siguientes personas:

- El cónyuge o ex cónyuge.
- La persona ligada al agresor con análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.
- Los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, siempre que convivan con el autor del delito.

---

<sup>52</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Exposición de motivos I. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004, en adelante, MPIVG

<sup>53</sup> Resolución de la Asamblea General 48/104, del 20 de diciembre de 1993: "*Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*"

- Los menores o incapaces que conviven con el agresor o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.
- La persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar del agresor.
- Las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

### 3. TIPOS.

a) Violencia física: se trata de cualquier acto de fuerza contra el cuerpo de la mujer, con resultado o riesgo de producir lesión física o daño, ejercida por quien sea o haya sido su cónyuge o esté o haya estado ligado a ella por una relación de afectividad similar, aún sin convivencia. También tendrán la consideración de actos de violencia física contra la mujer los ejercidos por hombres en su entorno familiar o en su entorno social y/o laboral<sup>54</sup>.

b) Violencia psicológica: se trata de toda conducta, verbal o no verbal, que produzca en la mujer desvalorización o sufrimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones, exigencia de obediencia o sumisión, coerción, insultos, aislamiento, culpabilizarían o limitaciones de su ámbito de libertad, ejercida por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación de afectividad similar, aún sin convivencia. Asimismo, tendrán la consideración de actos de violencia psicológica contra la mujer los ejercidos por hombres en su entorno familiar o en su entorno social y/o laboral<sup>55</sup>.

Según Alberdi, la violencia psicológica hace referencia a cualquier conducta física o verbal, activa o pasiva, que es continua y que tiene como fin atentar contra la integridad emocional de la víctima<sup>56</sup>.

c) Violencia sexual o abusos sexuales: se trata de cualquier acto de naturaleza sexual forzada por el agresor o no consentida por la mujer, abarcando la imposición, mediante la fuerza o con intimidación, de relaciones sexuales no consentidas, y el abuso sexual, con independencia de que el agresor guarde o no relación conyugal, de pareja, afectiva o de parentesco con la víctima<sup>57</sup>.

d) Violencia económica o patrimonial: es aquella que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes, pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales<sup>58</sup>.

### 4. FACTORES DE RIESGO.

Los factores de riesgos son aquellas características que se encuentran vinculadas con un incremento de la posibilidad de recibirla o incurrir.

Estos factores pueden ser:

---

<sup>54</sup> Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012, p. 19-21

<sup>55</sup> Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012, p. 19-21

<sup>56</sup> ALBERDI, I. y MATAS, N.: *"La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España"*, 2002, en PÉREZ DEL CAMPO, A.Mª.: *"Las jóvenes frente a la violencia de género"*. *Revista de estudios de juventud*, 86 (5), pp. 83-98

<sup>57</sup> Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012, p. 19-21

<sup>58</sup> Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012, p. 19-21

a) Sociales: son aquellas normas que dan por sentado el control de los hombres sobre las conductas de las mujeres, aceptando la violencia como vía de resolución de conflictos, con unos roles de género rígidos. La noción de masculinidad se encuentra en este caso unida al dominio, honor o agresión<sup>59</sup>.

Cuando hablamos de este tipo de factores a lo que nos referimos es a que vivimos en una sociedad patriarcal en la cual el hombre toma un papel superior al de la mujer, sintiéndose con poder sobre ella en todos los aspectos<sup>60</sup>.

b) Comunitarios: engloba la pobreza, el estatus socioeconómico bajo, el desempleo, etc., provocando así el aislamiento social y familiar de las mujeres. También incluye el formar parte de grupos violentos<sup>61</sup>.

Cuando hablamos de estos factores no nos referimos únicamente a lo social, sino también al entorno familiar en el cual la mujer se ve reprimida por los mecanismos socio-culturales arrastrados por los roles masculinos y femeninos desde la infancia, creando así unos valores e ideales machistas<sup>62</sup>.

c) Relacionales: se trata de los conflictos de pareja debidos al control del dinero y la toma de decisiones por el hombre hacia la mujer<sup>63</sup>.

Por tanto, con este tipo de factores se impide que la mujer tenga una cierta libertad tanto económica como social, infravalorándola e imposibilitando todo aquello que la mujer quiera o desee hacer sin el consentimiento del hombre<sup>64</sup>.

d) Individuales: se producen cuando se ha sido testigo o víctima de violencia en la familia de origen, con un padre ausente o que rechaza, interiorizando así los valores y papeles tradicionales: la superioridad del hombre y la inferioridad de la mujer<sup>65</sup>.

Desde este punto de vista, pueden darse casos en el que la mujer haya vivido desde la infancia alguna experiencia de maltrato hacia ella o hacia algún familiar cercano, lo que implica que haya podido interiorizar valores y roles machistas, creyendo por tanto que el hombre es superior a la mujer<sup>66</sup>.

## 5. EL CICLO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. FASES.

a) Fase de tensión: consiste en la acumulación de tensión por parte del agresor al darse cuenta de que la relación con su pareja no funciona como él quisiera. Por ello, la aleja

---

<sup>59</sup> BLANCO, P., RUIZ, C., GARCÍA, L y MARTÍN, M.: "La violencia de pareja y salud de las mujeres". Gaceta Sanitaria, 2004, p. 18

<sup>60</sup> HEISE, L., ELLSBERG, M. y GOTTEMOELLER, M.: "Ending violence against women. Population reports", Series L, núm. 11, Vol. XXVII, núm. 4, 2000, p. 10

<sup>61</sup> BLANCO, P., RUIZ, C., GARCÍA, L y MARTÍN, M.: "La violencia de pareja y salud de las mujeres", *op. cit.*, p. 18

<sup>62</sup> HEISE, L., ELLSBERG, M. y GOTTEMOELLER, M.: "Ending violence against women. Population reports", *op. cit.*, p. 10

<sup>63</sup> BLANCO, P., RUIZ, C., GARCÍA, L y MARTÍN, M.: "La violencia de pareja y salud de las mujeres", *op. cit.*, p. 18

<sup>64</sup> HEISE, L., ELLSBERG, M. y GOTTEMOELLER, M.: "Ending violence against women. Population reports", *op. cit.*, p. 10

<sup>65</sup> BLANCO, P., RUIZ, C., GARCÍA, L y MARTÍN, M.: "La violencia de pareja y salud de las mujeres", *op. cit.*, p. 18

<sup>66</sup> HEISE, L., ELLSBERG, M. y GOTTEMOELLER, M.: "Ending violence against women. Population reports", *op. cit.*, p. 10

de su grupo de amistades y de su familia manipulándola para cambiar su actitud sin que pueda ser aconsejada por nadie.

En esta fase es en la que se produce la sumisión de la mujer, que no entiende el motivo por el que su pareja está irritable y siempre enfadado, por lo que ella está continuamente pidiendo disculpas sin saber, en la mayoría de las ocasiones, qué ha hecho mal o si ha hecho algo mal. Sin embargo, esta conducta al agresor no le suele gustar, ya que suele reprocharle a su pareja su actitud pasiva y toda la atención que recibe.

De esta manera, paulatinamente se van incrementando las agresiones verbales, incluso hasta el punto en que se puede llegar a producir alguna agresión física, sobre la cual la mujer cree que tiene el control y que se ha producido por algo que ella ha hecho mal.

b) Fase de afirmación contundente de dominio o fase de explosión: es en la que se manifiesta realmente la violencia, en todas sus formas, sin ningún motivo real, siendo por tanto el agresor el único que ve indicios y causas para que ocurra.

En esta fase surge la indefensión aprendida, que es cuando la víctima asume toda la culpa de la situación, creyendo que se ha portado mal y que para poder mantener y salvar su relación era necesario lo que ha sucedido.

c) Fase de arrepentimiento o "luna de miel": es en la que se deja ver el sentimiento de culpa del agresor, quien comienza a hacerle regalos a la víctima para que ésta le idealice y le cabe perdonando. Es por ello que se conoce como "luna de miel", ya que el agresor le promete y le jura a la víctima que no volverá a suceder y que no sabe que es lo que le pudo pasar para comportarse de aquella manera.

Es, por tanto, en esta fase en dónde el ciclo vuelve a empezar, ya que una vez que el sentimiento de culpa del agresor desaparece, vuelve a surgir la primera fase, y con ello la agresión y todo lo que viene después.

Sin embargo, la mujer cada vez se va sintiendo más débil, sin ser consciente de ello, ya que va perdiendo la confianza en sí misma, proporcionándole así más libertad al agresor para que haga con ella lo que se le antoje, ya que ha agotado su fuerza de voluntad.

Tras una fase de explosión verdaderamente perjudicial, la mujer suele pedir ayuda, superando el miedo y la vergüenza. Sin embargo, hay que tener en cuenta que tras esta fase viene la fase de arrepentimiento, como se ha explicado anteriormente, en la cual la víctima se encuentra con un hombre arrepentido, por lo que la mujer al final no consigue superar la situación de violencia que se ha producido. Por todo ello, es muy importante comprender la existencia y el funcionamiento de este ciclo, para no atacar a la víctima en el sentido del por qué no abandona a su pareja.

### III. CÓDIGO PENAL.

Podemos englobar los hechos cometidos en tres tipos de delitos distintos regulados en el código penal: lesiones (arts. 147 y 148 CP), violencia en el ámbito familiar (art. 153 CP), y violencia habitual en el ámbito familiar (art. 173.2, y 3 CP).

#### 1. DELITOS DE LESIONES.

En primer lugar, el artículo 147.1 CP establece que, y cito textualmente, "el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de

lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico".

Por su parte, el art. 148 CP recoge una serie de tipos agravados por la modalidad comisiva de las lesiones o por las características personales de la víctima. Sin embargo, todas estas agravaciones son potestativas, debiendo atenderse al resultado causado o al riesgo producido.

Entre ellas, la que nos interesa a nosotros es aquella en que "la víctima fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia", así lo establece el apartado 4º de dicho artículo.

Este tipo de delitos se castigan por el CP con pena de prisión de dos a cinco años.

## 2. VIOLENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, introdujo en el art. 153 CP un polémico precepto, en el que se castiga como delito causar un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el art. 147.2 CP<sup>67</sup> o golpear o maltratar de obra sin causar lesión (conducta prevista en el art. 147.3 CP), siempre que la víctima sea alguna de las siguientes clases de personas como: "mujer que es o ha sido esposa del autor, o mujer que está o ha estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor".

En este caso, las penas son superiores a las del resto de sujetos pasivos, lo que motivó numerosas críticas:

-En primer lugar, por considerarse que suponía una vulneración del principio de proporcionalidad, al castigar con penas de prisión conductas poco peligrosas para la integridad física. El TC rechazó esta objeción mediante ATC 233/2004, en el que entendió que existía proporcionalidad, dada la especial problemática de la violencia de género en nuestro Estado.

-En segundo lugar, se planteó una posible vulneración del principio de igualdad, al tener más pena el delito de hombre a mujer que de mujer a hombre. El TC, de nuevo, rechazó esta idea mediante STC 59/2008, entendiendo que la violencia de hombre a mujer denota una lesividad superior a la de otras formas de agresión, puesto que, junto a la afectación a la integridad física de la víctima, se reproduce un modelo de conducta de discriminación y sometimiento de la mujer al hombre.

Este delito tiene como posibilidad una agravación (art. 153.3 CP) de la pena en su mitad superior por cometer el delito en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o de la víctima, o quebrantando penas del art. 48CP (básicamente, la orden de alejamiento) o medidas de análoga naturaleza.

## 3. VIOLENCIA HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

---

<sup>67</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, art. 147.2 CP: "El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no incluida en el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses". BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, en adelante, CP

La conducta típica en este caso es ejercer habitualmente violencia física o psíquica respecto de los siguientes sujetos, recogidos en el art. 173.2 CP y entre los que nos interesa aquella "persona que es o ha sido cónyuge del autor, o está o ha estado ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia".

En cuanto al requisito de habitualidad, el art. 173.3 CP establece que hay que atender al número de actos de violencia y a su proximidad temporal, con independencia de que haya afectado a uno o varios sujetos pasivos, y de que hayan sido o no enjuiciados en procesos anteriores.

Por su parte, el TS mantiene que es irrelevante que ya se hayan juzgado algunos de los actos de violencia (cosa juzgada) o que ya hayan prescrito (SSTS 662/2002; 687/2002; 580/2006, entre otras), pues lo relevante para apreciar la habitualidad no es un número concreto de actos de violencia, sino la existencia de una repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento (SSTS 1750/2003; 108/2005; 105/2007; 607/2008, etc.).

Además, el TS argumenta que la habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multirreincidencia, sino que debe entenderse como repetición de actos de idéntico contenido lesivo. No es, por tanto, la mera repetición lo que integra este delito, sino la relación entre autor y víctima, la frecuencia con la que ocurre, la permanencia del trato violento, etc. (SSTS 580/2006; 770/2006, etc.).

#### IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.

La jurisprudencia ha definido el tratamiento médico o quirúrgico, a los efectos penales, de forma sintética como "toda actividad posterior a la primera asistencia tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico" (STS 3251/2017).

En este sentido, el tratamiento médico consiste en la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa; y el tratamiento quirúrgico es aquel que, por medio de la cirugía, tiene la finalidad de curar una enfermedad a través de operaciones de esta naturaleza, cualquiera que sea su importancia: cirugía mayor o menor, incluyendo distintas actuaciones (diagnósticos, asistencia preparatoria ex ante, etc.).

Además, la jurisprudencia considera que tanto los propios puntos de aproximación como los de sutura constituyen el tratamiento médico quirúrgico que viene exigido como elemento del tipo penal descrito en el art. 147 CP. Y entiende, que para que concurra la agravante específica de ser la víctima pareja sentimental del penado, considera que los hechos no deben ser calificados como un delito de lesiones leves en el ámbito de la violencia de género del art. 153 CP, sino como constitutivos de un delito de lesiones de los artículos 147.1 y 148.4 CP.

#### V. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

En base a todo lo expuesto anteriormente y a la STS 3251/2017, considero que el maltrato producido por Alberto sobre Andrea es un delito continuado de lesiones, en el que la víctima debe ser ingresada en el hospital durante ocho días por todos los daños causados por Alberto.

Al ser ingresada tantos días, considero que requiere del tratamiento médico quirúrgico que exige el art. 147.1 CP como elemento para su aplicación. Además, al tratarse

Andrea de una persona ligada al autor por análoga relación de afectividad, en la que ambos sujetos viven juntos, podrá aplicarse la agravante establecida en el art. 148.4 CP.

Por tanto, la pena que se le impondrá a Alberto será por un delito de lesiones de los artículos 147.1 y 148.4 CP, pudiendo ser castigado con pena de prisión de dos a cinco años.

Al tratarse de una pena de prisión inferior a diez años, el art. 56 CP establece que se puede imponer algunas de las siguientes penas como accesorias:

- Suspensión de empleo o cargo público.
- Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.
- Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercia, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación.

Además, al tratarse de un delito de lesiones, el art. 57 CP establece que también podrá imponerse algunas de las siguientes penas como accesorias, atendiendo a la gravedad del delito y al peligro que el delincuente represente:

- Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.
- Prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas que el propio Juez determine. Este tipo de imposición será preceptiva para el Juez en los supuestos de comisión de delitos de violencia de género.
- Prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas que el Juez determine.

Como se considera un delito menos grave por ser inferior o igual a cinco años, todas estas penas accesorias se impondrán por un tiempo de entre uno y cinco años. Tanto la pena de prisión como las prohibiciones antes mencionadas serán cumplidas por el condenado de manera simultánea.

## **CAPÍTULO 5: GESTACIÓN ALTRUISTA O INTERESADA: UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO.**

### **I. CONCEPTOS.**

Al hablar de maternidad subrogada podemos distinguir dos tipos en función de si existe una compensación económica a la mujer gestante o no, diferenciando así entre gestación subrogada altruista y gestación subrogada comercial.

#### **1. GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA.**

La gestación subrogada altruista es aquella en la cual la mujer gestante no es retribuida económicamente, es decir, no se realiza un contrato entre las partes en el que se establezca que el proceso se va a realizar a cambio de un importe previamente fijado. En esta clase de procesos, los padres intencionales se comprometen a resarcir los gastos relativos a la manutención o necesidades que se deriven del embarazo.

Por lo tanto, en este tipo de gestación por sustitución se prohíbe que la mujer gestante reciba cualquier tipo de contraprestación económica por el simple hecho de gestar un embrión; sino que la mujer gestante debe ofrecerse como gestante, con plena capacidad de sus funciones, sin ánimo de lucro.

La maternidad subrogada altruista suele tener lugar entre familiares o amigos que prestan su vientre para gestar el hijo de terceras personas con el objetivo de ayudarles a conseguir aquello que ellos no pueden realizar por cualquier razón.

Sin embargo, los padres intencionales tienen la obligación de hacerse cargo de los gastos que deriven del embarazo, como la ropa premamá, los desplazamientos al médico, los medicamentos necesarios, la compensación por no poder ir a trabajar algunos días, etc.

En nuestro país, aunque la gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida ilegal, cada vez se contempla más la posibilidad de la gestación subrogada altruista, aunque todavía queda mucho para llegar a ello.

## 2. GESTACIÓN SUBROGADA COMERCIAL.

En contraposición, la gestación subrogada comercial es aquella en la que sí media un contrato entre las partes, en el cual se determinan los derechos y las obligaciones mutuas y se establece cual es el importe que los padres intencionales atribuirán a la mujer gestante por el embarazo y el parto. Dicho de otra manera, en estos supuestos existe una base económica que motiva su ejecución.

La contratación de esta técnica de reproducción asistida se suele llevar a cabo mediante una agencia de gestación subrogada especializada.

Como he dicho antes, en el contrato de gestación subrogada comercial se establecen las obligaciones y derechos tanto de la madre subrogada como de los padres de intención.

Las obligaciones para la madre subrogada son:

- a) Permitir ser inseminada artificialmente con el espermatozoides del padre biológico.
- b) Gestar el feto en su vientre hasta el nacimiento del bebé.
- c) Renunciar a los derechos sobre el bebé en favor del padre biológico y su esposa.

Por otra parte, las obligaciones para los padres intencionales son:

- a) Pagar todos los gastos médicos y legales generados como consecuencia del embarazo.
- b) Asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido.
- c) Como regla general, pagar a la madre subrogada una compensación.

A pesar de las innumerables críticas en contra de la gestación por sustitución, existen muchas razones de peso que justifican esta práctica, como son los problemas de infertilidad o los elevados costes y el largo proceso de adopción que impulsan a todo tipo de parejas a recurrir a esta técnica para poder lograr su sueño de ser padres.

Asimismo, los defensores de la maternidad subrogada se basan para ello en que cada mujer es libre de ofrecer sus servicios como gestante a cambio de una retribución, ya que es su cuerpo y las consecuencias las sufre ella.

## II. DERECHO COMPARADO.

### 1. PAÍSES QUE PERMITEN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Algunos países admiten la maternidad subrogada, sin embargo, no en todos ellos la regulación es igual ni se permite, en cualquier caso, por lo que podemos distinguir dos grupos: aquellos países donde únicamente se admite de manera altruista y mediante la

observación de una serie de requisitos y aquellos donde su permiso es más amplio, abarcando tanto la gestación por sustitución altruista como la comercial.

### 1.1. De manera altruista y mediante la observación de una serie de requisitos

Este grupo incluye países como Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia o Australia.

La maternidad subrogada se encuentra en un entorno de altruismo, por lo tanto, cabría definir el convenio de gestación por sustitución en los términos estipulados por el Parlamento Europeo: "acuerdo de subrogación en el que a la madre subrogada no se le paga nada, o solo se le remuneran aquellos gastos relacionados con el alquiler del vientre. Por lo general, el padre o padres futuros cubren dichos gastos"<sup>68</sup>.

a) En Grecia se permite la gestación subrogada altruista y se prohíbe cualquier tipo de remuneración a la madre gestante, sin tener en cuenta los gastos producidos por el embarazo y una posible indemnización por la pérdida laboral que ha supuesto para la madre gestante.

Los requisitos son los siguientes:

-Solamente se podrá realizar la gestación por sustitución cuando el tribunal haya dictado resolución judicial favorable al acuerdo presentado por los padres comitentes y la madre gestante.

-Tanto los padres comitentes como la madre gestante deben tener su residencia en Grecia para llevar a cabo el acuerdo.

-La mujer comitente debe ser incapaz de gestar a un niño, y no puede superar los cincuenta años de edad.

-La madre gestante debe estar sana tanto física como mentalmente.

-Los óvulos aportados no pueden ser de la madre gestante, de ser así, ésta podrá, una vez haya nacido el niño y en el plazo de seis meses, convertirse en la madre legal del mismo.

b) En Israel solamente se admite la gestación subroga altruista, permitiendo la posibilidad de que se realicen pagos mensuales a favor de la madre gestante para cubrir gastos, como los ocasionados por la pérdida de capacidad de generación de ingresos y los relativos al embarazo.

Entre los requisitos exigidos legalmente se encuentran los siguientes:

-La religión de la gestante y de los padres comitentes tiene que ser la misma.

-Debe existir la verificación de la incapacidad por parte de los padres comitentes para tener hijos.

-La pareja tiene que ser heterosexual, por lo que no se permite para parejas formados por personas del mismo sexo.

-La madre gestante no puede estar casada, ni puede estar relacionada con la mujer comitente y, una vez que dé a luz, no podrá rescindir el contrato salvo que se demuestre ante el tribunal que es por el mejor interés del menor.

-Tras el nacimiento del bebé, en el plazo de siete días los padres comitentes deben obtener por parte de un juez una orden parental y, una vez el juez se haya pronunciado, los padres comitentes pasan a ser los padres legales del niño.

---

<sup>68</sup> BRUNET, L., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KIN, D., MARZO, D. y MCCANDLESS, J.: "El régimen de subrogación en los Estados Miembros de la UE", Dirección General de Políticas Internas del Parlamento Europeo, Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, *Asuntos Jurídicos y Parlamentarios*, 2013, p. 10

a) En Reino Unido se permite únicamente la gestación por sustitución de carácter altruista, sin la intervención de terceras partes y sin que la madre gestante reciba una remuneración aparte de los gastos producidos por el embarazo.

Sin embargo, en este caso, la filiación se establece inicialmente a favor de la madre gestante, que es la que pare, con independencia de si ésta guarda algún tipo de vínculo genético o no con el recién nacido. A continuación, los padres comitentes disponen de un plazo de seis meses para solicitar la filiación del bebé ante los tribunales, a los que les será transferida la filiación siempre que la madre gestante conceda su consentimiento. Esto implica que la madre gestante puede echarse atrás en cualquier momento y quedarse con el bebé.

Además, se establecen una serie de requisitos para que la gestación pueda ser llevada a cabo:

- El material genético aportado debe pertenecer al menos a uno de los padres comitentes.
- Ambos miembros de la pareja deben tener más de dieciocho años, y estar casados, unidos civilmente o haber convivido de manera duradera.

### 1.2. De manera altruista y comercial.

En este grupo se encuentran países como Ucrania o Estados Unidos. En ellos, se admite tanto la gestación subrogada altruista como la comercial, y se diferencian del resto de modelos en los requisitos exigidos tanto a la madre gestante como a los padres comitentes para llevar a cabo la gestación.

a) En Ucrania la propuesta de legislación de la maternidad subrogada es una de las más liberales de todo el continente europeo, ya que cuenta con la Instrucción sobre la Aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en la que cualquier persona, con independencia de su nacionalidad, puede emplear esta técnica de reproducción.

Se exigen una serie de requisitos, que son los siguientes:

- La mujer comitente debe justificar que no pueda tener hijos por sí misma.
- Los padres comitentes deben estar casados y no pueden ser del mismo sexo.
- La madre gestante debe tener más de treinta y cinco años, debe haber tenido un hijo sano con anterioridad y debe acreditar que se encuentra bien tanto física como mentalmente.

En cuanto al carácter comercial de este proceso, el Código Civil ucraniano regula el llamado principio de libertad contractual, por el que las partes celebran un contrato en el que pueden estipular las cláusulas y condiciones que consideren necesarias, incluyendo un precio.

b) En Estados Unidos la regulación de la gestación subrogada varía de un Estado a otro. Algunos Estados como Michigan o Nueva York la prohíben; otros como Florida o Washington permiten la subrogación altruista; y otros como California o Illinois la permiten ampliamente.

En cualquier caso, se necesitará una resolución judicial que determine la filiación en favor de los padres intencionales.

## 2. PAÍSES QUE PROHÍBEN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

a) En Francia la gestación subrogada se considera una técnica de reproducción ilegal. El artículo 16.7 del Código Civil francés establece como nulo cualquier contrato de subrogación cometido entre los padres intencionales y la gestante.

b) En Italia no solo se prohíben los programas de gestación subrogada, sino que otros tipos de "Tecnologías de Reproducción Asistida" (TRA) están muy limitados, pudiendo hacer uso de dichas técnicas únicamente entregando informe médico que confirme su infertilidad.

c) En Alemania se considera que la madre sólo puede ser la persona que dé a luz al bebé. Aunque hay algunos casos, sobre todo recientemente, en que se ha reconocido la filiación a hijos nacidos en otros países mediante maternidad subrogada, ya que el Tribunal de Estrasburgo consideraba que era en beneficio del menor.

### III. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO.

En primer lugar, considero importante exponer que, como he estipulado a lo largo del capítulo, según la legislación griega, uno de los requisitos para que esta técnica pueda llevarse a cabo es que tanto la madre gestante como los padres comitentes tengan la residencia en Grecia y, otro requisito importante es que la mujer comitente no sea capaz de tener un hijo por sí misma. En nuestro caso no se cumplen esos requisitos, ya que ni Andrea ni Alberto residen en Grecia y Andrea es perfectamente capaz de tener un hijo por sí misma, por lo que no deberían haberles dejado realizar ningún contrato.

Dicho esto, considero que nuestro caso debería ser considerado como una gestación subrogada comercial, ya que aunque en los antecedentes de hecho se expone que Jana no está recibiendo ninguna compensación por el simple hecho de gestar un embrión, que en un futuro será el hijo de Alberto y Andrea, y que únicamente se están resarcando los gastos ocasionados por el embarazo, también se expone que Jana encuentra en este medio una fuente de ingresos para sus escasos recursos y que no está del todo de acuerdo con esta técnica de reproducción.

Por lo que considero que, si Jana tuviese unas condiciones de vida mejores, no accedería a realizar una gestación subrogada ni para Andrea y Alberto ni para nadie, y que, por tanto, si la está realizando es porque necesita el dinero y no por pura voluntad.

En conclusión, en mi opinión, en el caso se considera esta técnica como altruista, cuando debería ser expuesta como comercial, porque en Grecia únicamente está permitida la gestación subrogada altruista, y si dijese que se está remunerando a la madre gestante por ello, no se lo permitirían.

Además, el hecho de que, una vez Andrea y Alberto regresan a España, se les acuse de haber comprado al menor y por orden judicial les entreguen a unos padres de adopción, corrobora el argumento de que no ha sido una subrogación altruista sino libertad de mercado.

## **CONCLUSIONES.**

**1.** - Nos encontramos ante un caso de maternidad subrogada gestacional, que es aquella en la que la mujer gestante, en este caso Jana, únicamente aporta su útero para gestar al bebe, sin aportar sus óvulos. En este tipo de maternidad subrogada podemos encontrar varios supuestos, el nuestro es aquel en que el óvulo pertenece a una donante anónima, ajena a los padres intencionales y a la mujer gestante, y el esperma es aportado por la pareja de la mujer comitente, es decir, Alberto.

Conforme al Derecho español, Alberto es el padre de Flavio sin que pueda haber ninguna otra posibilidad, ya que, en primer lugar, Alberto es quién aporta el gameto masculino para la fecundación, por lo que será el padre biológico de Flavio tanto en Grecia, como en España, como en cualquier país del mundo.

Además, la mujer gestante, es decir, Jana, no está casada, por lo que no habrá ningún marido que pueda reclamar la paternidad. Por lo tanto, Alberto, al llegar a España podrá reclamar la paternidad de Flavio, en virtud del art. 10.3 LTRHA, demostrando con pruebas de ADN que es el padre biológico del mismo, lo que le conferirá la paternidad tanto biológica como legal de Flavio.

En cuanto a Andrea, según el art. 10 LTRHA la filiación materna está determinada mediante el parto y el contrato de gestación por sustitución que tenían con Jana no será eficaz en España, por lo que Andrea, conforme al Derecho español, no podrá ser considerada como madre de Flavio.

Sin embargo, al reclamar Alberto la paternidad de Flavio ya que él sí es el padre biológico del mismo, en España se ofrece la posibilidad de determinar la filiación por adopción, por lo que Andrea podrá realizar la adopción de Flavio como pareja de Alberto.

Por último, la filiación de ambos también podría ser determinada por sentencia judicial. El proceso sería el siguiente; se celebra un juicio de filiación para determinar la paternidad y la maternidad de los padres intencionales, y la resolución judicial obtenida se reconoce directamente en España gracias a la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGNR) del 2010. Por lo que, tanto Andrea como Alberto podrían ser considerados padres de Flavio si tuviesen una sentencia judicial que así lo estipulase.

**2.** - Andrea y Alberto se inscriben en el Registro Civil local de Grecia como padres de Flavio, lo que les reconoce como padres legales de Flavio en Grecia. Sin embargo, el Consulado español en Grecia no les permite registrar el nacimiento del niño y les ocurre lo mismo al regresar a España con el bebé, ya que en España está es una técnica no regulada y según la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 los niños nacidos por gestación por sustitución podrán inscribirse en el Registro Civil español siempre y cuando exista una resolución judicial que determine su filiación.

En el caso, en ningún momento se da a entender que Andrea y Alberto aporten, junto a la solicitud de inscripción, una resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, sino que, en mi opinión, lo único que tienen en su posesión es una certificación registral extranjera al haber podido inscribir a Flavio como su hijo en el Registro Civil local de Grecia. Sin embargo, este es un requisito que

no se admite como título apto para la inscripción del nacimiento en España, en virtud de la DGRN.

Asimismo, tampoco cumplirían el requisito fundamental establecido en el art. 96 del Registro Civil, que permite la inscripción del nacimiento en el Registro Civil español de las sentencias y resoluciones judiciales extranjeras que hayan adquirido firmeza.

En conclusión, considero que Andrea y Alberto, entre las muchas condiciones necesarias para poder inscribir el nacimiento de Flavio en España, no cumplen, al menos, con la más importante, que es aportar una resolución judicial que establezca la filiación de Flavio y, por tanto, el Encargado del Registro Civil español hizo lo correcto al no dejarles registrar el nacimiento de Flavio.

Sin embargo, cabría preguntarse si Andrea y Alberto podrían instar un procedimiento judicial en Grecia para soslayar este inconveniente. En Grecia, el proceso de subrogación se inicia después de que un juez haya dictado resolución judicial favorable, en la que tras comprobar que se cumplen todos los requisitos exigidos por la legislación griega, se otorga la filiación del futuro bebé a los padres de intención. Sin embargo, si alguno de estos requisitos no se cumplen, no se autorizará legalmente la gestación y, por tanto, no se podrá llevar a cabo.

En definitiva, en nuestro caso aunque Andrea y Alberto llevan a cabo el contrato de subrogación con Jana, habiendo conseguido por tanto la autorización judicial correspondiente, no deberían habérselo permitido, ya que no cumplen varios de los requisitos exigidos, como por ejemplo, entre otros, que Andrea sea o no sea capaz de llevar a cabo el embarazo por sí misma. Por todo ello, en primer lugar, no les deberían haber dejado inscribir a Flavio ni en el Registro Civil local de Grecia.

**3.** - En este caso, cuando Andrea y Alberto regresan a España con Flavio, al intentar inscribirle en el Registro Civil se les acusa de haber comprado al menor. Este delito podríamos incluirlo en el de tráfico de menores del art. 221 CP, ya que se producen todos los requisitos para ello: se evitan los procedimientos legales de adopción, guarda o acogimiento del menor; hay una compensación económica de por medio que, aunque supuestamente no es una retribución salarial por la gestación sino una manera de compensar todos los gastos producidos por el embarazo, no se puede negar que existe un intercambio de dinero por una persona; y, por último, la finalidad del contrato es constituir una relación análoga a la filiación.

Por lo tanto, la pena que les sería impuesta a ambos sería la del art. 221 CP: prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda de cuatro a diez años.

Además, también se podría acusar a Andrea de un delito de suposición de parto, establecido en el art. 220.1 CP, aunque para ello Andrea deberá presentar a Flavio como fruto de su alumbramiento. Es decir, no vale únicamente con presentar a Flavio como su hijo sino que se precisa que Andrea lleve a cabo la simulación del fenómeno biológico del nacimiento con los elementos externos que ello supone. En este caso, la pena impuesta será de prisión de seis meses a dos años.

Sin embargo, dado que Alberto es en realidad el padre biológico de Flavio podrá reclamar la paternidad del mismo sin que se le acuse, por tanto, de haber comprado al menor. Y más adelante, Andrea como pareja de Alberto podrá realizar la adopción de Flavio.

4. - En virtud de la STS 3251/2017, considero que el maltrato producido por Alberto sobre Andrea es un delito continuado de lesiones, en el que la víctima debe ser ingresada en el hospital durante ocho días por todos los daños causados por Alberto.

Al ser ingresada tantos días, considero que requiere del tratamiento médico quirúrgico que exige el art. 147.1 CP como elemento para su aplicación. Además, al tratarse Andrea de una persona ligada al autor por análoga relación de afectividad, en la que ambos sujetos viven juntos, podrá aplicarse la agravante establecida en el art. 148.4 CP.

Por tanto, la pena que se le impondrá a Alberto será por un delito de lesiones de los artículos 147.1 y 148.4 CP, pudiendo ser castigado con pena de prisión de dos a cinco años.

Al tratarse de una pena de prisión inferior a diez años, el art. 56 CP establece que se puede imponer algunas de las siguientes penas como accesorias:

-Suspensión de empleo o cargo público.

-Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

-Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercia, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación.

Además, al tratarse de un delito de lesiones, el art. 57 CP establece que también podrá imponerse algunas de las siguientes penas como accesorias, atendiendo a la gravedad del delito y al peligro que el delincuente represente:

-Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

-Prohibición de aproximarse a la víctima u otras personas que el propio Juez determine. Este tipo de imposición será preceptiva para el Juez en los supuestos de comisión de delitos de violencia de género.

-Prohibición de comunicarse con la víctima u otras personas que el Juez determine.

Asimismo, como se considera un delito menos grave por ser inferior o igual a cinco años, todas estas penas accesorias se impondrán por un tiempo de entre uno y cinco años. Tanto la pena de prisión como las prohibiciones antes mencionadas serán cumplidas por el condenado de manera simultánea.

5. - Según la legislación griega, unos de los requisitos para que pueda realizarse la gestación por sustitución es que tanto la madre gestante como los padres comitentes tendrá la residencia en Grecia y, otro requisito importante es que la mujer comitente no sea capaz de tener un hijo por sí misma. En nuestro caso no se cumplen ninguno de estos requisitos, ya que ni Andrea ni Alberto residen en Grecia y Andrea es completamente capaz de tener un hijo por sí misma pero no quiere pasar por todo el proceso del embarazo y el parto, por lo que en primer lugar no deberían haberles dejado realizar con Jana el contrato de subrogación.

Por ello, considero que nuestro caso debería ser considerado como una gestación subrogada comercial, ya que aunque en los antecedentes de hecho se expone que Jana no está recibiendo ninguna compensación económica por el simple hecho de gestar un embrión, y que únicamente se están resarcando los gastos ocasionados por el embarazo, también se manifiesta que Jana encuentra en este medio una fuente de ingresos para sus escasos recursos y que no está del todo de acuerdo con esta técnica de reproducción.

Por lo tanto, en mi opinión, si Jana tuviese unas condiciones de vida mejores, no accedería a realizar una subrogación, ni para Andrea y Alberto ni para nadie, y que, por ende, si la está realizando es porque necesita el dinero y no por pura voluntad.

En conclusión, en mi opinión, en el caso se considera esta técnica como altruista, cuando debería ser expuesta como comercial, porque en Grecia únicamente está permitida la gestación subrogada altruista, y si dijese que se está remunerando a la madre gestante por ello, no se lo permitirían.

Además, el hecho de que, una vez Andrea y Alberto regresan a España, se les acuse de haber comprado al menor y por orden judicial les entreguen a unos padres de adopción, corrobora el argumento de que no ha sido una subrogación altruista sino libertad de mercado.

## BIBLIOGRAFÍA.

### I. DOCTRINA.

ALBERDI, I. y MATAS, N.: *"La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España"*, Fundación "la Caixa", 2002.

ÁLVAREZ, N.: *"Gestación subrogada en Ucrania: precio, legislación y agencias"*, Babygest, revista líder en gestación subrogada, 2016 (disponible en <https://www.babygest.es/ucrania/>: última consulta 07/12/2017).

ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO, M.: *"La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños, y el tráfico de menores"*, Bosch, Barcelona, 2001

BAYARRI MARTÍ, M.L.: *"Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España"*, 2015. Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>

BRUNET, L., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KIN, D., MARZO, D. y MCCANDLESS, J.: *"El régimen de subrogación en los Estados Miembros de la UE"*, Dirección General de Políticas Interiores del Parlamento Europeo, Departamento Temático C: Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, *Asuntos Jurídicos y Parlamentarios*, 2013

CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *"Delitos contra las relaciones familiares"*, en VIVES ANTON, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *"Derecho Penal. Parte Especial"*, Valencia, 2004

CARRASCO ANDRINO, M<sup>a</sup>.M.: *"Protección penal de la filiación"*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, 2010

CASTAN TOBEÑAS, J.: *"Derecho civil español, común y foral, Tomo III, Derecho de obligaciones, La obligación y el contrato en general"*, 16<sup>a</sup> ed. Reus, S.A., Madrid, 1992

CASTIÑEIRA PALOU, M.T.: *"Delitos contra las relaciones familiares"* en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) *"Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial"*, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2009

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: *"Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010"*, *Diario a Ley*, núm. 7501, 2010

GONZÁLEZ RUS, J.J.: *"Derecho Penal español. Parte especial"*, (Coord.) COBO DEL ROSAL, M., Madrid, 2004

HEISE, L., ELLSBERG, M. y GOTTEMOELLER, M.: *"Ending violence against women. Population reports"*, Series L, núm. 11, Vol. XXVII, núm.4, 2000. En BLANCO, P., RUIZ-JARABO, C., GARCÍA DE VINUESA, L. y MARTÍN-GARCÍA, M.: *"La violencia de pareja y salud de las mujeres"*, Gaceta Sanitaria, 2004

JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>.J.: *"Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del Código Penal español"*, en AAVV: *Estudios jurídico-*

penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al Prof. Dr. Ferrando Mantovani, Madrid, 2006

JIMÉNEZ DÍAZ, M<sup>a</sup>.J., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir): "*Comentarios al Código Penal*", tomo VII, Madrid, 1999

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V: "*La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución: problemas actuales*". Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 5, 2012

LAMM, E: "*El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*", Barcelona, Programa "*El Derecho en una Sociedad Globalizada*", Octubre, 2008

LAMM, E.: "*Gestación por Sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*", Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2012

LLOBET ANGLÍ, M., en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.): "*Memento Penal. 2011*", Madrid, 2011

MONTES PENADÈS, V.L: "*La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española*", 2003. [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

MUÑOZ CONDE, F.: "*Derecho penal. Parte Especial*", 18<sup>a</sup> ed., Valencia, 2010.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "*Investigación de la paternidad: acciones de filiación, acción de investigación de la paternidad, prueba biológica*", Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1993.

PANTALEÓN PRIETO, A.F.: "*Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida*", *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988

PÉREZ DEL CAMPO, A.M<sup>a</sup>.: "*Las jóvenes frente a la violencia de género*". *Revista de estudios de juventud*, 86 (5)

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: "*Derecho Penal español. Parte Especial*", 5<sup>a</sup> ed., Barcelona, 2008.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., LACRUZ, J.L., LUNA, A. y DELGADO, F.: "*Elementos de Derecho Civil*", vol. II, Bosch, Barcelona, 1987

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "*La presunción de paternidad legítima*", Madrid, Tecnos, 1971

RODRÍGUEZ RAMOS, A.M, "*Derecho Penal. Parte Especial II*", Madrid, 1997

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "*Delitos contra las relaciones familiares*" en RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., "*Derecho Penal. Parte Especial II*", Madrid, 1997

SALGADO, S.: "*Gestación subrogada en Grecia: legislación, registro del bebé y precio*", Babygest, revista líder en gestación subrogada. Recuperado de <https://www.babygest.es/grecia/>, 2017

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *"Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial"*, 4ª edición, Barcelona, 2015

VEIGA NICOLE, E.: *"La reforma del régimen jurídico de la filiación en nuestro derecho. La verdad biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad"*, en: *"La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación"*, director LLEDÓ YAGÜE, F., Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994

VELA SANCHEZ, A.J.: *"De nuevo sobre la regulación del Convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011)"*, *Diario La Ley*, núm. 7815, 2012

VILLACAMPA ESTIARTE, C: *"La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de "tráfico de menores"*, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2001

## II. LEGISLACIÓN.

"Carta Europea de los Derechos del Niño, DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992

Constitución Española de 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978

Decreto de 14 de noviembre de 1958, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil*. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*. BOE núm. 243, de 07 de octubre de 2010

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Exposición de motivos I. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995

Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*. BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000

Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006

Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro Civil*. BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011

Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*. BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987

Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil*. BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.

Real Decreto 1125/2008, de 4 de julio, *por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales*. BOE núm. 165, de 09 de julio de 2008

### III. JURISPRUDENCIA.

Audiencia Provincial de A Coruña, Sentencia núm. 24/2002, de 16 de octubre de 2002

Audiencia Provincial de A Coruña, Sentencia núm. 101/1998, de 30 de septiembre de 1998

Audiencia Provincial de Murcia, Sentencia núm. 372/2011, de 30 de septiembre de 2011

Audiencia Provincial de las Palmas, Sentencia núm. 114/1999, de 09 de julio de 1999

Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia núm. 685/2011, de 23 de noviembre de 2011

Corte Suprema de California, Estados Unidos. Caso Johnson contra Calvert. Sentencia de 20 de mayo de 1993

Tribunal Constitucional (Pleno), Auto núm. 233/2004, de 07 de junio de 2004

Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia 59/2008, de 14 de mayo de 2008. BOE núm. 135, de 04 de junio de 2008

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). Caso Labassee contra Francia. Sentencia de 26 de junio de 2014

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª). Caso Mennesson contra Francia. Sentencia de 26 de junio de 2014

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Barcelona (Sala de lo Social), Sentencia núm. 1760/2015, de 09 de marzo de 2015

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil. Pleno), Sentencia núm. 835/2013, de 06 de febrero de 2014

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil 1ª), Auto núm. 335/2015, de 02 de febrero de 2015

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 610/2017, de 12 de septiembre de 2017

### IV. RESOLUCIONES.

Resolución de la Asamblea General de la ONU 48/104, de 20 de diciembre de 1993: "*Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*".

Resolución de la Asamblea General de la ONU 44/25, de 20 de noviembre de 1989: "*Convención sobre los Derechos del Niño*".

Resolución de la Asamblea General de la ONU 41/85, de 3 de diciembre de 1986: *"Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional"*.

#### V. PÁGINAS WEB.

<http://www.pensamientocritico.org/antvil0911.htm>

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/servicios-ciudadano/tramites-gestiones-personales/inscripcion-nacimiento>

<http://www.europapress.es/sociedad/noticia-fiscalia-opone-inscripcion-espana-menores-nacidos-gestacion-subrogada-20170905133237.html>

[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)