

ACUERDO SOBRE UN VIENTRE DE ALQUILER

Grado en Derecho
Curso 2017/2018
Universidad de A Coruña

PAULA AGUIAR RODRÍGUEZ

Tutor: Profesor Óscar Vergara Lacalle

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ABREVIATURAS.....	5
ANTECEDENTES DE HECHO.....	7
INTRODUCCIÓN.....	9
I. LAS CONDICIONES PARA LA INSCRIPCIÓN DE UN NACIMIENTO POR GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA Y SU APLICACIÓN AL PRESENTE CASO... 11	
I.1. LAS CONDICIONES PARA LA INSCRIPCIÓN DE UNA NACIMIENTO POR GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA.....	11
I.2. LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO DE FLAVIO EN EL REGISTRO ESPAÑOL	16
II. FILIACIÓN DEL MENOR RESPECTO A LOS PADRES COMITENTES.....	21
III. RELEVANCIA PENAL DE LAS ACCIONES DE ANDREA Y ALBERTO EN ESPAÑA	25
IV. LIBERTAD DE MERCADO O ALTRUISMO.....	29
IV.1. GESTACIÓN SUBROGADA COMO FORMA DE LIBERTAD DE MERCADO... 29	
IV.2 . GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA.....	30
IV.3 . APLICACIÓN AL PRESENTE CASO.....	32
V. EL MALTRATO DE ALBERTO A ANDREA Y SU RELEVANCIA PENAL.....	33
V.1. MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR. MALTRATO DE OBRA.....	33
V.2. MALOS TRATOS HABITUALES EN EL ÁMBITO FAMILIAR.....	35
V.3. DELITO DE LESIONES.....	38
V.4. RECAPITULACIÓN.....	39
CONCLUSIONES FINALES.....	41
EPÍLOGO.....	43
FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA.....	45
LEGISLACIÓN.....	45
JURISPRUDENCIA.....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	46

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
CBE	Comité Bioética de España
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Pág	Página
Págs	Páginas
RRC	Reglamento del Registro Civil
Ss	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ST	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

ANTECEDENTES DE HECHO

Andrea y Alberto, de 38 y 41 años, 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 un embarazo y un parto. Por ello recurren a una empresa dedicada al alquiler de vientres en Grecia 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. Una mujer albanesa, Jana, madre de tres hijos y residente en Grecia encuentra en este medio una fuente de ingresos ante sus escasos recursos, aunque la práctica no le parece del todo correcta. El óvulo es de una donante (anónima) y el esperma de Alberto. El embarazo de Jana, por encargo, tiene la consideración de “altruista”, 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 al menor, 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. Andrea y Alberto se inscriben en el Registro Civil local de Grecia como padres de Flavio. La pareja trata de registrar el nacimiento del niño en el Consulado español sin éxito. Al llegar a España tratan de registrar el nacimiento, sin éxito. Se les acusa de haber comprado al menor. Siguiendo una orden judicial se entrega a 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 la obliga a permanecer durante ocho días ingresada.

1. Conforme al Derecho español, ¿en qué medida se puede considerar que Flavio es hijo de Andrea? Y, en su caso, ¿y de Alberto?
2. ¿Cuáles son las condiciones para la inscripción del nacimiento en España? ¿Cumplían Andrea y Alberto dichas condiciones?
3. ¿Qué relevancia penal tienen las acciones de Andrea y Alberto en España? ¿Qué pena, en su caso, les sería de aplicación?
4. ¿Y el maltrato de Alberto a Andrea? ¿Qué pena, en su caso, le sería de aplicación?
5. En este caso, ¿sería más pertinente el argumento de la “libertad de mercado” que el del “altruismo”? Expóngalo críticamente.

INTRODUCCIÓN

En el caso se presentan dos aspectos a tratar. Por un lado, el primer tema corresponde a la gestación por sustitución y, por otro lado, nos encontramos con una cuestión de malos tratos en el ámbito de una relación de pareja.

El presente trabajo de fin de grado se divide en cinco partes, un título por cada cuestión a responder. Así, los cuatro primeros títulos corresponden a la regulación de la gestación por sustitución y su aplicación en este caso. Por su parte, el quinto y último título se corresponde con toda la regulación pertinente al caso de los malos tratos y a las lesiones producidas en el contexto de una relación sentimental, así como su aplicación en este caso.

La primera parte relativa a la gestación subrogada se ha dividido en cuatro epígrafes, en los cuales se realiza un análisis de la situación de este procedimiento en España, tanto de su registro como de los métodos existentes para proceder a la filiación de los menores nacidos por esta técnica en el extranjero, y finalmente su relevancia penal en España.

La gestación subrogada es un método de reproducción humana asistida mediante el cual se realiza un contrato por el que se conviene la gestación a cargo de una tercera mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante. Existen muchas modalidades para llevar a cabo este procedimiento, pero en todas ellas se da la renuncia por parte de la madre gestante del menor para entregárselo a los padres comitentes.

La gestación por sustitución puede clasificarse de diversas formas, atendiendo a criterios económicos, de vinculación familiar, en función de las condiciones de entrega del menor, de la dotación genética del menor, la causa de la gestación, la localización geográfica de los comitentes y de la gestante, de la libertad de la gestante, las características de la relación jurídica, entre otros¹.

En relación con el presente caso, es interesante explicar brevemente ciertos criterios utilizados para clasificar este procedimiento desarrollados en el Informe del Comité de Bioética de España sobre la maternidad subrogada y así poder tener un mejor entendimiento de la resolución del caso.

Así, en primer lugar, el contrato de gestación puede considerarse altruista o lucrativo. En el caso de considerarse altruista, la mujer gestante no percibe ninguna retribución por la gestación, salvo posibles compensaciones por gastos médicos o perjuicios producidos por el procedimiento. En cambio, si es lucrativo o comercial, la gestante presta un servicio a cambio de una retribución económica.

En segundo lugar, el origen de la dotación genética del niño. En este caso, el óvulo puede proceder de la madre comitente, de la madre gestante o de un donante anónimo. Por su parte, el espermatozoides puede pertenecer al padre comitente o a un donante anónimo. Esto guarda especial relevancia en la legislación española como posteriormente se verá en el desarrollo de las cuestiones.

1 COMITÉ BIOÉTICA ESPAÑA: “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, pág. 6 y ss.

En tercer lugar, la causa de la gestación subrogada. La causa para someterse a este procedimiento puede encontrar su fundamento en diversas razones. Incapacidad de la mujer para gestar, imposibilidad biológica, motivos sociales o personales cuando la persona que solicita el procedimiento no quiere gestar o por las inconveniencias profesionales que puedan surgir, etc.

En cuarto lugar, la localización geográfica. Pueden darse dos situaciones: o bien los comitentes y la gestante son del mismo país e, incluso, pueden tener relación durante y después del embarazo, o bien son de países distintos, por lo que la madre gestante lleva a cabo el embarazo y el parto en un país distinto del de los comitentes.

Finalmente, para terminar con las formas en que se puede llevar a cabo esta técnica aplicables a este caso, está la existencia o no de un marco legal que ampare el procedimiento. Hay países que han regulado la gestación por sustitución prohibiéndola, como es el caso de España, y otros países que la han legalizado con una normativa clara. El problema surge con las subrogaciones internacionales, donde colisionan regulaciones de distintos países, dando lugar a una gran desprotección e incertidumbre jurídica.

Aplicando estos criterios al presente caso, el contrato de gestación subrogada llevada a cabo por Alberto y Andrea podría clasificarse como un contrato de gestación internacional lucrativo disfrazado de altruista, en el cuál el material biológico corresponde al padre y el óvulo pertenece a un donante anónimo, cuya causa se encuentra en motivos personales de los gestantes.

En el apartado IV del presente trabajo, se profundiza en la diferencia entre la gestación subrogada comercial y altruista, desarrollando los diferentes argumentos de ambas posturas, así como las posiciones a favor y en contra de este procedimiento por parte de la doctrina.

Dejando de lado la gestación por sustitución, la siguiente cuestión a tratar corresponde a un delito de malos tratos y lesiones producidos en el ámbito de una relación de pareja, donde el sujeto activo es, en este caso, el hombre y el sujeto pasivo la mujer. Esta cuestión, pese a parecer sencilla, tiene un trasfondo muy interesante, puesto que entra en juego la aplicación o no de las normas relativas a los delitos de género. Aquí se plantean cuestiones tales como si se ha producido un delito de violencia doméstica o de violencia de género, qué pena se aplicaría en el caso a tratar, cuál es la posición de la doctrina y de la jurisprudencia ante estas situaciones o si puede apreciarse el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar en este supuesto, entre otras.

I. LAS CONDICIONES PARA LA INSCRIPCIÓN DE UN NACIMIENTO POR GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA Y SU APLICACIÓN AL PRESENTE CASO

Este capítulo se dividirá en dos cuestiones, dada la complejidad del asunto. En primer lugar, se explicarán las condiciones generales para poder inscribir en España la filiación de un menor nacido por gestación subrogada en el extranjero y, en segundo lugar, cómo podríamos aplicar la teoría general al caso propuesto.

I.1. LAS CONDICIONES PARA LA INSCRIPCIÓN DE UN NACIMIENTO POR GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

En este primer epígrafe se tratará de esclarecer las condiciones necesarias para inscribir un nacimiento por gestación subrogada en el registro español. Para ello es necesario hacer un análisis legislativo y jurisprudencial con el fin de determinar qué criterios se siguen para aceptar o denegar el registro del menor, así como los motivos para que se produzca dicha decisión.

La Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida², en adelante LTRHA, es clara al respecto, pues, en su artículo 10, establece que será nulo cualquier contrato en el que se acuerde la gestación por parte de una mujer en favor a terceros. Concretamente, dicho artículo, en su apartado primero establece que “*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.*” La nulidad supone que la filiación de los hijos nacidos bajo esta técnica será determinada por el parto, por lo que a efectos legales, se considerará siempre como madre a la mujer gestante y no a la madre intencional³.

Por otro lado, también es preciso hacer referencia al Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil⁴, en adelante CC. Así, en su artículo 1271 establece que “*pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*”, de donde se infiere la prohibición de que los seres humanos, tanto presentes como futuros, sean objeto de contrato, dado que están fuera del comercio de los hombres.

Esta regulación es escueta y no responde de forma clara a todos los posibles casos que se puedan suscitar. ¿Qué sucede, por ejemplo, cuando unos padres han tenido un hijo mediante este procedimiento en un país extranjero donde sí es legal y se reconoce la filiación y lo quieren registrar en España?

Ante esta situación se encuentra la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN), cuando una pareja homosexual quiso registrar en España al hijo que concibieron en California mediante esta técnica. Así, la DGRN emite la Resolución de 18 de febrero de

2 BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006, en adelante LTRHA.

3 FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.6/2011, pág. 2

4 BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.

2009⁵ en la cual se admite el registro del menor en el Registro Civil como hijo de esta pareja, dado que entiende que, basándose en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, en adelante RRC⁶, el documento es auténtico, judicial y extranjero y tiene fuerza en España según las leyes, por lo que sería título suficiente para poder inscribir la filiación de la que trata. Además, establece que en este caso el registro *no determina* una filiación, sino que simplemente *se registra* una filiación que ya ha sido determinada previa y legalmente por el Registrador de California.

Esta resolución fue recurrida por la Fiscalía de Valencia ante los juzgados de primera instancia, argumentando que la gestación subrogada está prohibida explícitamente en la ley española, por lo que la inscripción en el registro debería ser denegada. El Juez resolvió en la Sentencia⁷ estimando la pretensión de la Fiscalía y dejando sin efecto la inscripción de los menores. Esta sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Valencia⁸, donde se desestimó el recurso nuevamente. Finalmente, la cuestión por recurso de casación al Tribunal Supremo.

Tras la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Valencia, la DGRN emitió la Instrucción de 5 de octubre de 2010⁹ sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española. Dado que el Juzgado de primera instancia de Valencia dejó la inscripción sin efectos, busca dar algún tipo de seguridad jurídica ante la posibilidad de que se intente registrar un menor nacido mediante el vientre subrogado en un país extranjero. Tal y como indica la propia Instrucción, con ella se busca otorgar protección jurídica al interés superior del menor, así como a las mujeres que se prestan a ser la madre gestante.

La doctrina de la DGRN es vinculante en su ámbito¹⁰, por lo que esta instrucción fija las directrices que los Encargados del Registro Civil deben seguir para inscribir en el Registro los menores nacidos en el extranjero a consecuencia del vientre subrogado.

Las directrices a seguir por el registro son tres.

En primer lugar, para poder inscribir el nacimiento del menor nacido en el extranjero mediante el vientre subrogado, es necesario presentar, junto con la solicitud de inscripción, la resolución judicial por la que el Tribunal extranjero competente determina la filiación del nacido. Con este primer punto lo que se pretende es garantizar que el proceso se haya realizado conforme a la legislación del país donde ha tenido lugar la gestación¹¹. La exigencia de una resolución judicial del país de origen, se utiliza especialmente para certificar la plena capacidad jurídica, así como la capacidad de obrar de la mujer gestante y la eficacia del consentimiento (libre de engaño, violencia o coacción)¹²

5 RJ 2009/1735.

6 BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958.

7 Sentencia núm. 193/2010 del JPI de Valencia, de 15 de septiembre. AC 2010/1707.

8 Sentencia núm. 826/2011 de la AP de Valencia, de 23 noviembre. AC 2011\1561

9 BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

10 GARCIA ABURUZA, M.P: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada” en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2015, pág. 3.

11 GARCIA ABURUZA, M.P: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, *op.cit.*, pág.4.

12 MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A: “La inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2014 parte Estudios, pág.3.

En segundo lugar, según la Instrucción, “*la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequatur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1981.*” Así, habría que presentar ante el Registro la solicitud y el auto que ponga fin al procedimiento de exequatur.

En tercer lugar, la Instrucción establece que “*en caso de que la resolución extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del registro civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución puede ser reconocida en España*”. A estos efectos, el Registrador debe controlar:

- a) *La autenticidad formal de la sentencia y demás documentos presentados.*
- b) *Que dicho Tribunal tenga competencia judicial internacional, según criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*
- c) *Que se garanticen los derechos procesales de las partes, con especial atención a los derechos de la madre gestante.*
- d) *Que no se haya producido una vulneración del interés del menor, así como de los derechos de la madre gestante y que conste el consentimiento de la misma, de forma voluntaria y libre, sin error, dolo ni violencia.*
- e) *Además, la resolución judicial ha de ser firme y los consentimientos irrevocables.*

Aparte de estos tres puntos, es relevante cómo la Instrucción establece que se no se podrá admitir como título apto de la filiación una certificación registral o una simple declaración acompañada del certificado médico relativo al nacimiento del menor, si en ella no consta la identidad de la madre gestante.

En consecuencia a todo esto, en España se ha admitido la inscripción de menores cuando nacen mediante la gestación por sustitución en un país extranjero donde sí es legal, siempre y cuando se cumplan los requisitos previamente explicados, con la finalidad de proteger el interés supremo del menor.

Sin embargo, la postura de los Tribunales Españoles difiere con la DGRN. Como se mencionó previamente, la fiscalía de Valencia llevó a juicio a una pareja que inscribió en el Registro a su hijo nacido por gestación por sustitución. Esta cuestión llegó al Tribunal Supremo, quien emitió sentencia¹³. En ella, los recurrentes buscan anular la sentencia, así como desestimar la demanda interpuesta por la Fiscalía y mantener la inscripción registral de la filiación de los menores que tuvieron mediante gestación por sustitución. El TS desestimó el recurso y consideró una serie de razones para no registrar estos nacimientos pese a los argumentos de los recurrentes.

En primer lugar, los recurrentes argumentan que la inscripción del menor en el registro español no contraría el orden público español, puesto que esta inscripción es una consecuencia “periférica” de dicho contrato y que únicamente se busca reconocer una decisión de una autoridad extranjera, tal como indica el artículo 81 del RRC. Ante este argumento, el TS establece que buscan reconocer una decisión que se ha producido de forma artificial, puesto que los recurrentes acudieron a California con la finalidad de obtener un hijo mediante la gestación por subrogación, porque en España se considera nulo de pleno derecho. Así, la sentencia versa que esta decisión es contraria al orden público español al resultar

13 STS de 6 de febrero de 2014 [RJ/2014/833].

incompatible con ciertos valores constitucionales, tales como la dignidad de la persona, el respeto a su integridad moral y la protección de la infancia. Y añade que el reconocimiento de dicha decisión no es una consecuencia periférica del contrato, sino que todo lo contrario, una consecuencia directa y principal del contrato, por lo que no puede estimarse.

En segundo lugar, los recurrentes alegan que la no inscripción en el registro atenta contra el derecho a una identidad única del menor, además de perjudicar su posición jurídica, dejándolos desprotegidos. Frente a esto, el TS considera que el interés supremo del menor es un término jurídico indeterminado que no se puede invocar a la ligera, puesto que si se admitiese en todos los casos, también podría utilizarse para permitir la determinación de la filiación a favor de personas pudientes en detrimento de las familias de zonas pobres o desestructuradas, argumentando que es el interés superior del menor. Concretamente, el TS estima que la aplicación de este principio “*ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma*”¹⁴.

El tercer y último argumento de los recurrentes es la desprotección en que se dejaría a los menores. El TS reconoce que sí podrían causarse ciertos inconvenientes al rechazar la inscripción de la filiación en el Registro, pero recuerda que la LTRHA, en su artículo 10.3, deja abierta la posibilidad de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes hubiese puesto su material biológico en el proceso, podrían ejercer esta acción y posteriormente la adopción por parte del otro padre intencional. El Tribunal expone aquí que la filiación por vientre subrogado por ser contraria al ordenamiento jurídico también es perjudicial para el menor porque se mercantiliza su vida, atentando así contra su dignidad.

Finalmente, como solución, el TS recuerda que según la jurisprudencia tanto española como del TEDH, al existir un núcleo familiar *de facto* entre el menor y los recurrentes, las autoridades públicas tendrán que encargarse de proteger esa situación y permitir el desarrollo de la misma¹⁵. En consecuencia el Tribunal resuelve instando al Ministerio Fiscal a determinar la correcta filiación de los menores, teniendo en cuenta la integración de los mismos en un núcleo familiar *de facto*.

Posteriormente, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* se pronunció en dos ocasiones sobre la inscripción de los hijos nacidos mediante la gestación subrogada en el ámbito internacional, teniendo especial relevancia en este caso el asunto *Menneson c. Francia*¹⁶ y el asunto *Labassee c. Francia*¹⁷. Esta fue la primera sentencia del TEDH sobre esta materia, considerando en ambos casos que Francia vulneró el artículo 8 sobre el derecho a la vida privada y familiar del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸.

Francia impidió el acceso de esos menores nacidos por vientre subrogado al Registro, pero sin ofrecer ningún otro medio de filiación, siquiera la biológica paterna, afectando al interés superior del menor, provocando una incertidumbre que afecta a su identidad, a su derecho a la vida privada, a la posibilidad de adquirir la nacionalidad francesa y a heredar como hijo.

14 STS de 6 de febrero de 2014 [RJ/2014/833], pág. 11.

15 Caso *Wagner y J.M.W.L contra Luxemburgo*. Sentencia de 28 de Junio de 2007 [JUR 2007/147388]

16 Sentencia del TEDH de 26 de Junio de 2014 [JUR 2014/176908]

17 Sentencia del TEDH de 26 de Junio de 2014 [JUR 2014/176905]

18 BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999, págs. 16808 a 16816.

Tras estas sentencias del TEDH, el matrimonio al que el TS en la Sentencia de 6 de febrero de 2014 rechazó la inscripción de sus hijos nacidos por el mismo método interpuso un recurso de nulidad, resuelto y desestimado por el TS en un Auto¹⁹.

En este Auto, el Tribunal Supremo establece que con la no inscripción de la filiación menor en el registro no se vulnera el interés supremo del menor y que no se aplicará al caso español la misma solución que en el caso francés, puesto que son ordenamientos jurídicos diferentes.

Los recurrentes alegan que se ha vulnerado el derecho de igualdad sin discriminación de los menores, así como el derecho a la intimidad familiar. Ante esto, el Tribunal Supremo estima que no se da una vulneración de esos derechos, puesto que dicha relación jurídica no puede ser reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, al resultar contraria a las normas vigentes que integran el orden público internacional español sobre la filiación. La LTRHA es clara al respecto y declara que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga una gestación subrogada, pero deja abierta la posibilidad a reclamar la paternidad respecto al padre biológico en el apartado 3 del artículo 10. Con esto, el Tribunal Supremo en este Auto estima que existe una posibilidad para conseguir la filiación del menor, ya sea emprendiendo una reclamación de paternidad por el padre biológico y la consiguiente adopción por el otro miembro, ya sea determinando la filiación con la situación familiar de facto.

Como se puede ver tras esta complicada encrucijada judicial, la respuesta a la cuestión de cómo se regula el registro en España de menores nacidos por gestación subrogada internacional no es sencilla. A raíz de las sentencias del TEDH y del TS, la DGRN emitió una circular el 11 de julio de 2014²⁰ autorizando a los Cónsules Españoles a seguir aplicando la Instrucción de octubre de 2010. Dicha Circular considera que el TEDH concuerda con la postura tomada por la DGRN en su Instrucción²¹, por lo que ésta mantiene su plena vigencia y permitirá la inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos por vientre subrogado en el extranjero, con los requisitos y limitaciones establecidos en la Instrucción de 2010.

Por otra parte, a 8 de Junio de 2017, Patricia Reyes Rivera, diputada del grupo parlamentario Ciudadanos, formuló una pregunta²² al Gobierno sobre los obstáculos que sufren ciudadanos españoles a la hora de registrar a sus hijos nacidos mediante este método en los registros españoles pese a estar reconocido su registro por la Instrucción de la DGRN de octubre de 2010. Ante esta cuestión, el Gobierno emite una escueta pero concreta respuesta²³, en la que establece que los Encargados de los Registros Civiles Consulares registrarán los nacimientos procedentes de la gestación por sustitución internacional dependiendo del lugar en el que se realizaron. Es decir, si el procedimiento se llevó a cabo en algún país en el que se

19 Auto del TS de 2 de Febrero de 2015 [RJ 2015/141]

20 “La DGRN dicta Resolución remitiendo a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” *LA LEY Derecho de familia*, Editorial LA LEY.

21 ARAGÓN GOMEZ, C. “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad.” en *Revista de Información Laboral* núm.4/2017 parte Art. Doctrinal, pág. 7.

22 http://www.congreso.es/112p/e3/e_0037559_n_000.pdf

23 http://www.congreso.es/112p/e4/e_0046340_n_000.pdf

cumplan los requisitos y criterios establecidos en nuestro ordenamiento y por la DGRN sí serán inscribibles, mientras que si el ordenamiento no cumple dichos requisitos entonces no se podrá tramitar la inscripción en el registro.

Este mismo grupo parlamentario redactó una Proposición de Ley²⁴ reguladora del derecho a la gestación por subrogación. De los artículos de la misma se puede extraer que lo que se regula es un contrato de carácter altruísta, que sólo puede llevarse a cabo cuando el resto de técnicas de reproducción asistida fallen, y en centros sanitarios autorizados, entre otros requisitos. Además también establece la creación de un Registro Nacional de Gestación por Sustitución en el que se inscribirían las mujeres que quieren ser gestantes, así como las personas que desean ser subrogantes.

A lo largo de esta cuestión se ha podido ver como la DGRN y los Tribunales optan por posturas opuestas a la hora de establecer si es posible o no el registro de menores nacidos por vientre subrogado en el extranjero.

Pese a la negativa del Tribunal Supremo de registrar estas filiaciones, la DGRN considera que lo que dispone en su Instrucción no contraviene la jurisprudencia del TS, puesto que son casos distintos los planteados.

Así, a día de hoy y mientras no se regule la gestación subrogada, la solución a esta controversia se encuentra en la Instrucción de la DGRN de 2010, permitiéndose así el registro de menores nacidos de la gestación por sustitución siempre y cuando cumplan con los requisitos que encontramos en ella.

I.2. LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO DE FLAVIO EN EL REGISTRO ESPAÑOL

Una vez establecidos los requisitos y condiciones para la inscripción del nacimiento de menores nacidos por la gestación subrogada en el extranjero, en este epígrafe tratará del registro de Flavio, hijo de Andrea y Alberto, en el Registro Español. Es una cuestión confusa y complicada, dada la escasa regulación que existe en España sobre el tema y la aplicación de la legislación griega al caso concreto.

Flavio nació a raíz de un procedimiento de vientre subrogado en Grecia. Los padres comitentes, ambos españoles, recurrieron a una empresa dedicada al alquiler de vientres para poder tener descendencia, ya que Andrea no quería pasar por el proceso del embarazo y parto. Esta empresa les pone en contacto con una mujer albanesa, residente en Grecia, que pasará a ser la madre gestante de Flavio, siendo el esperma de Alberto, la pareja de Andrea, y el óvulo de un donante tercero.

Ante la negativa de Jana, la madre gestante, de entregar al menor puesto que quiere quedarse con él tras el parto, la policía griega acudió a su domicilio a recoger a Flavio y entregárselo a los padres comitentes, quienes lo inscribieron en el Registro Civil local de

24 BOCG núm.145-1, de 8 de septiembre de 2017

Grecia como hijo suyo. El problema comienza cuando al querer inscribir a Flavio en el Consulado español, se lo deniegan.

Viendo el contexto de la situación, es necesario hacer un análisis de la legislación griega para determinar si Andrea y Alberto cumplieron con los requisitos contractuales en el país donde se gestó a Flavio, para así poder registrarlo en España, de acuerdo con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN.

La maternidad subrogada en Grecia viene regulada explícitamente en el Código Civil Griego, modificado por la ley 3089/2002 de *Reproducción Humana Médica Asistida*²⁵, y en la ley 3305/2005 de *Aplicación de la Reproducción Médica Asistida*²⁶.

El Código Civil Griego, en su artículo 1458 establece lo siguiente “*La transferencia de un óvulo fertilizado a una mujer para que lo geste está permitido por una autorización judicial previa a la transferencia, dando por entendido que hay un acuerdo escrito entre ambas partes, sin beneficio económico, entendiéndose por partes las personas que desean tener el hijo y la madre subrogada. La autorización judicial será emitida después de una solicitud por parte de la mujer que quiere tener el hijo, probando que ella es médicamente incapaz de concebir, así como que la madre gestante tiene una condición saludable buena y es capaz de concebir*”²⁷.

Por otro lado, en la Ley griega 3305/2005 de *Aplicación de la Reproducción Médica Asistida* se encuentra una regulación más detallada de la gestación por substitución en su artículo 13, en el que establece una serie de requisitos para que se pueda llevar a cabo esta gestación. Por un lado la madre gestante deberá ser examinada médicamente en atención a diversas enfermedades de transmisión sexual como el VIH o la Hepatitis B y C, así como ser evaluada psicológicamente. También será necesario hacer un análisis de la salud de los padres comitentes. Además, esta ley vuelve a hacer mención a la imperatividad del altruismo en este procedimiento, cuestión que será desarrollada en posteriores cuestiones.

En virtud de lo regulado en estas leyes, es necesario que los padres comitentes recaben una resolución judicial griega previa al procedimiento. Una vez la madre intencional tenga esta decisión judicial, podrá procederse a la gestación por subrogación.

Así, para que Alberto y Andrea puedan realizar este procedimiento en Grecia, tendrán que cumplir los siguientes requisitos para que se les conceda la autorización judicial:²⁸

a) *La madre comitente deberá probar que es incapaz de gestar un bebé, así como no superar la edad de 50 años.*

25 OFFICIAL GAZETTE OF THE HELENIC REPUBLIC, núm.327, de 23 de diciembre de 2002

26 OFFICIAL GAZETTE OF THE HELENIC REPUBLIC, a'17, de 27 de enero de 2005

27 “*The transfer of fertilized ova to another woman and pregnancy by her is allowed by a court authorization issued before the transfer, given that there is a written and, without any financial benefit, agreement between the involved parties, meaning the persons wishing to have a child and the surrogate mother and in case that the latter is married of her spouse, as well. The court authorization is issued following an application of the woman who wants to have a child, provided that evidence is adduced not only in regard with the fact that she is medically unable to conceive but also with the fact that the surrogate mother is in good health condition and able to conceive.*”

28 N. HATZIS, A.: “The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece”, pag.6.

b) *La madre subrogada debe probar ante el Juzgado que es adecuada mental y físicamente.*

c) *Las partes deberán entregar una copia del acuerdo por escrito al Juzgado.*

d) *El acuerdo puede compensar por los gastos producidos mientras dure la gestación, siendo pese a esto altruista. La obtención de beneficios está estrictamente prohibida.*

e) *En caso de que la madre gestante esté casada, es necesario también el consentimiento por escrito del marido.*

f) *El óvulo fertilizado no puede pertenecer a la madre gestante.*

Es interesante hacer mención al artículo 8 de la ley griega 3089/2002 de *Reproducción Médica Asistida*. Este artículo establece que la regulación referente a la gestación subrogada sólo se aplicará cuando la madre gestante y la madre comitente *tengan su domicilio permanente en Grecia*. Sin embargo, en 2014 hubo una modificación de este artículo en la ley 4272/2014, en la cual se establece que a partir de ese momento la gestación por sustitución será permitida a aquellos padres comitentes o madres gestantes que tengan su residencia permanente o temporal en Grecia, entendiéndose así que la posibilidad se extiende a aquellas personas que tienen su residencia permanente fuera de Grecia²⁹.

Finalmente, hay que considerar el hecho de que, una vez nacido Flavio, Jana quiere quedarse con él. La ley griega, concretamente el artículo 1464 del Código Civil griego, deja abierta una acción legal para rescindir el contrato si la madre quiere quedarse con el niño. El precepto establece que en aquellos supuestos en los que la madre gestante tiene una relación biológica con el menor que está gestando, podrá reclamar la maternidad sobre el mismo y rescindir el contrato, con un plazo de seis meses tras el parto. Este precepto legal no podrá aplicarse a este caso, pues tal y como se ha explicado previamente, el óvulo mediante el cual se produjo la gestación pertenece a una tercera donante anónima, por lo que Jana no gozará de esta acción legal.

Cumplidos estos requisitos, para los órganos judiciales, el menor nacido por este procedimiento será hijo de la madre comitente que tiene la autorización judicial y no de la madre biológica, tal y como indica el artículo 1464 del Código Civil Griego.

A simple vista, puede observarse cómo Alberto y Andrea no cumplen los requisitos para obtener la autorización judicial pertinente. Tal y como se indica en el enunciado del caso, *Andrea es capaz físicamente de concebir un hijo*, pero no quiere hacerlo y por eso recurren a este procedimiento. Así, incumplen el requisito según el cual, para poder tener un hijo por vientre subrogado, la madre comitente tiene que ser incapaz biológicamente de poder gestar, pese a cumplir el resto de requisitos aparentemente. Consecuentemente, sin un informe médico que corrobore la incapacidad para tener hijos, no puedan solicitar la autorización judicial necesaria para acceder a la gestación subrogada.

Según se ha explicado arriba, para poder inscribir el nacimiento es necesario presentar junto con la solicitud de inscripción, la resolución judicial por la que el Tribunal extranjero competente determina la filiación del nacido.

29 AMOIRIDIS, C. Y AKRITIDOU, A.: Greek law digest: The Official Guide to Greek Law, Nomiki Bibliothiki, Athens, Greece, 2016, pág. 154.

Sin embargo, Alberto y Andrea no cumplen los requisitos establecidos en la legislación griega, por lo que, o bien no presentan la resolución porque no llegaron a obtenerla nunca, o bien la resolución yerra al no cumplirse el requisito de incapacidad para gestar por parte de la madre comitente.

En ambos casos, la Instrucción de la DGRN es clara al establecer que si se solicita la inscripción de un menor nacido por gestación subrogada sin presentar la resolución que determina la filiación se denegará la inscripción, sin perjuicio de que posteriormente se pueda solicitar la inscripción por otros medios, tal y como indica la ya mencionada LTRHA en su artículo 10.3, donde se deja la posibilidad al padre biológico de ejercer la acción de paternidad.

Alberto y Andrea incumplen el requisito de incapacidad de gestar por parte de la madre comitente, por lo que, sin esa autorización judicial, no pueden acudir al procedimiento de gestación subrogada. La legislación griega no establece qué sucede con el menor nacido de una gestación subrogada ilegal³⁰, sino que en el artículo 26 de la ley 3089/2002 de *Reproducción Médica Asistida* se establecen una serie de sanciones penales que van desde multas a penas de privación de libertad. Aunque el menor se registre en el Registro Civil Griego, esto no significa que la gestación se considere válida y legal en el país heleno.

En conclusión, Flavio no puede ser registrado como hijo de la pareja porque no se cumplen los requisitos establecidos por la DGRN, al no haber realizado el procedimiento conforme a la legislación de Grecia, país donde se ha realizado la gestación subrogada.

30 N. HATZIS, A.: “The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece”, pag.5.

II. FILIACIÓN DEL MENOR RESPECTO A LOS PADRES COMITENTES

Una vez establecida la imposibilidad de inscripción de Flavio en el Registro en España, queda esclarecer a quién corresponde la filiación del mismo conforme al Derecho Español. Resolver en qué medida Alberto y Andrea son padres de Flavio es una cuestión complicada teniendo en cuenta todos los factores que se pueden dar para que la filiación por los padres comitentes se produzca o no.

Como se ha determinado en la cuestión anterior, Alberto y Andrea no cumplen los requisitos necesarios impuestos por la Instrucción de la DGRN para poder inscribir a Flavio como hijo propio en el registro.

Al no existir contrato válido y no poder inscribirlo conforme a las directrices de la DGRN, se recurre al artículo 10 de la LTRHA, que en su apartado segundo establece que la filiación se determinará en el parto. En esta situación, Alberto y Andrea no pueden inscribir a Flavio como hijo propio, puesto que la filiación se determina en el parto y, consecuentemente, según el derecho español, la madre en este caso sería Jana, la madre gestante.

Pese a esta prohibición, el apartado tercero de dicho artículo deja abierta la posibilidad al padre biológico de ejercer una acción de paternidad para reclamar la filiación del hijo nacido mediante este procedimiento y según las normas generales.

Dado que la LTRHA nos remite a las normas generales de la acción de filiación, en la normativa general del CC puede encontrarse que la regulación de la misma correspondería en este caso en los artículos 127 y siguientes. Este derecho también puede encontrarse recogido en el artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³¹, en adelante LEC, que establece en su apartado primero que *“podrá pedirse de los tribunales la determinación legal de la filiación, así como impugnarse ante ellos la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil.”*

Concretamente para el caso a tratar, el artículo 133 del CC regula la acción de reclamación de filiación no matrimonial en el caso de que no exista una efectiva posesión de estado. Así, el artículo establece que *“la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida”*. Aplicando este artículo, se llegaría a la conclusión de que dado que Flavio les fue retirado antes de que pudiesen ejercer una efectiva posesión de estado, la reclamación de filiación no matrimonial por parte de Alberto no puede realizarse, dado que la acción le corresponde exclusivamente al hijo y es un derecho personalísimo del mismo.

El hecho de que la acción de filiación no matrimonial no deje abierta una posibilidad a los padres biológicos de poder reclamar la filiación fue objeto de recurso en el TC³². El TC estableció que este artículo es inconstitucional³³ en su párrafo primero porque *“impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado”*. Este párrafo contraría el artículo 39.2 CE, en el que se regula la

31 BOE núm.7, de 8 de enero de 2000

32 STC 273/2005 de 27 de octubre de 2005 [RTC/2005/273]

33 STC 52/2006 de 16 de febrero de 2006 [RTC/2006/52]

posibilidad de investigación de la paternidad, al excluir a los progenitores que, de no tener la efectiva posesión de estado, no pueden solicitar la acción de filiación. En consecuencia, el progenitor puede ejercer la acción de filiación del menor en cualquier momento, puesto que es imprescriptible.³⁴

Aplicando esto al caso en concreto y en vistas a lo expuesto por la jurisprudencia del TC, pese a la retirada del menor al llegar a España y no tener la posesión de estado sobre Flavio, sí sería posible ejercer dicha acción. Alberto puso su material genético a la hora de gestar al menor, con el óvulo de un tercer donante, por lo que sí tiene una vinculación biológica con Flavio. Consecuentemente, sí podría solicitar la acción de paternidad para reclamar la filiación sobre Flavio de acuerdo con la normativa general recogida en el CC.

El Tribunal Supremo se pronunció sobre la filiación de los menores nacidos por este procedimiento, aclarando que, si bien la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada es nula, esto sólo será mientras se determina la filiación biológica paterna o se reconoce una filiación *de facto* mediante una adopción³⁵. También aclara que, mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna o la formalización de un núcleo familiar *de facto*, la identidad de los menores quedaría perfectamente asentada conforme al ordenamiento jurídico español.³⁶

Conforme a la legislación y a la jurisprudencia, Alberto inicialmente no ostenta la filiación sobre Flavio puesto que no cumple los requisitos para inscribirlo en el Registro consular como hijo propio nacido mediante una gestación subrogada, pero al ostentar la acción por filiación que le concede la LTRHA y en base a lo establecido por la jurisprudencia del TS y del TC, Alberto podrá solicitar la paternidad de Flavio ante los tribunales para finalmente poder ser el padre del menor.

Caso distinto es el de la madre comitente, Andrea, puesto que la LTRHA establece claramente que la filiación se determina en el parto, quedando excluida cualquier acción para reclamar la filiación del mismo. Esto no significa que la madre comitente en estos casos quede totalmente desamparada para poder conseguir la filiación del menor, puesto que la jurisprudencia del TS deja una opción a la que poder recurrir en estos casos.

Así, existe la posibilidad de que, una vez el padre biológico ejerce su acción de filiación sobre el menor y lo inscribe en el registro como propio, la madre comitente tiene la posibilidad de adoptarlo³⁷.

Con todo lo expuesto, el TS estima que anular una filiación contraria al ordenamiento jurídico, como la expuesta en este caso, no se considera perjudicial para el menor puesto que la filiación surgida por el contrato de gestación subrogada sí sería perjudicial contra el mismo y no se ajusta a los criterios legales para su fijación, pese a que no se sustituya inmediatamente por otra que sí se ajuste³⁸. Por lo tanto, pese a que sea una filiación tardía la

34 SANZ-DIEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J: “Las acciones de filiación”, UNED, pág. 3.

35 GARCIA ABURUZA, M.P: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”, *op.cit.*, pág.8.

36 Auto del TS de 2 de Febrero de 2015 [RJ 2015/141], pág. 13.

37 SALAS CARCELLER, A: “ Gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal núm 2/2014 parte Tribuna*, pág.3.

38 STS de 6 de febrero de 2014 [RJ/2014/833], pág. 12.

que se diese en el caso de ejercitar la acción de paternidad y la consiguiente adopción por Andrea, no es perjudicial para el menor y es una solución concorde al Ordenamiento Jurídico.

Esta solución aportada por el TS³⁹ supone una respuesta a un caso en concreto, al resuelto en ese recurso de casación. Pero este arreglo no acogería los supuestos en los que ninguno de los padres comitentes haya aportado su material genético, tampoco en el supuesto en que la gestación haya sido promovida por mujeres, dado que la ley no les permite reclamar su maternidad como vimos en este caso, ni tampoco en el caso de que no exista una situación *de facto* o una relación biológica con el menor⁴⁰.

En vistas a lo expuesto, si bien inicialmente ninguno de los dos ostenta la paternidad sobre el menor, sí tienen la posibilidad de reclamar la filiación por vía judicial. Alberto tendría que solicitar la acción de filiación recogida en la LTRHA y en el CC con la finalidad de reclamar la paternidad de Flavio dado que éste fue engendrado con el esperma de Alberto. Una vez conseguida esa filiación, Andrea podrá adoptar a Flavio por ser el hijo de su cónyuge.

Tras establecer esta posibilidad, nos encontramos ante un problema en este caso, puesto que tras su llegada a España se les acusa de comprar al menor y, mediante una orden judicial, se entrega al menor a unos padres de adopción. Entonces, si el menor ha sido entregado a otra pareja en adopción, ¿Puede Alberto reclamar la paternidad del mismo?

Encontrar una respuesta clara a esta cuestión es complicado. El artículo 180 CC establece que la adopción será *irrevocable* y, en el apartado cuarto, especifica que “*la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción*”. Conforme a este artículo, puede llegarse a la conclusión de que, aunque se acabe determinando que Flavio sí es hijo de Alberto mediante la acción de determinación de la filiación, esto no afectaría a la adopción, por lo que la pareja que lo adoptó ostentaría la patria potestad sobre el mismo.

Pese a la irrevocabilidad de la adopción, el legislador deja abierta la opción en el artículo 180.2CC de extinguir la adopción, siempre y cuando se den una serie de requisitos. En primer lugar, es necesario que sea a instancia de cualquiera de los progenitores cuando, sin culpa, no hubiesen prestado su consentimiento para la adopción, conforme al artículo 177.2 CC. En segundo lugar, es necesario que la demanda se interponga en los dos años siguientes a la adopción y, en tercer lugar, que la extinción de la adopción no perjudique gravemente el interés superior del menor.

Atendiendo al segundo requisito, es imperativo que asientan la adopción “*los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incursos en causa legal para tal privación.*”

Consecuentemente, si Alberto no hubiese prestado su consentimiento para la adopción, gozaría de la acción para extinguir la adopción, siempre y cuando no genere un perjuicio grave al menor y lo haga antes de que pasen los dos años establecidos en la ley.

39 STS de 6 de febrero de 2014 [RJ/2014/833]

40 COMITÉ BIOÉTICA ESPAÑA: “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, pág. 63.

En la siguiente cuestión se trata la relevancia penal de las acciones de Andrea y Alberto, donde se establece la posibilidad de que hayan incurrido en un delito de alteración de la paternidad, concretamente el recogido en el artículo 221 CP. Este artículo establece que aquellos que se enfrentan a ser condenados por este delito, podrán ser castigados con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad, tutela, curatela o guarda por un tiempo que puede oscilar entre cuatro y diez años.

Si finalmente se imputase a la pareja por cometer este delito, y teniendo en cuenta que el estar incursos en causa legal para la privación de la patria potestad es suficiente para que el consentimiento no sea necesario, la adopción sería irrevocable puesto que dicho consentimiento no habría sido necesario. E, igualmente, aunque se determinase la filiación biológica por parte de Alberto, el CC establece que la determinación de la misma no afecta a la adopción.

Llegar a una conclusión sucinta no es fácil, puesto que hay muchos factores y muchas cuestiones a tener en cuenta para poder determinar en qué medida Alberto y Andrea son padres de Flavio.

La ley otorga a Alberto la acción de reclamación de la filiación sobre Flavio, puesto que ambos tienen un vínculo genético.

Posteriormente, existe la posibilidad contemplada por el TS de que Andrea adopte al hijo de su pareja, pero como el menor ha sido dado en adopción, pueden darse dos conclusiones totalmente opuestas.

Si la pareja fuese imputada por el delito recogido en el 221CP, entonces su consentimiento no habría sido necesario para dar a Flavio en adopción, por lo que la adopción sería irrevocable aunque se confirmase la filiación.

Si finalmente la pareja no fuese imputada, entonces el consentimiento es necesario para poder efectuar la adopción de Flavio. Como Alberto no consintió dicha adopción, si puede solicitar la extinción de la adopción, siempre y cuando lo haga en los dos años posteriores y no sea gravemente perjudicial para el menor.

III. RELEVANCIA PENAL DE LAS ACCIONES DE ANDREA Y ALBERTO EN ESPAÑA

En este epígrafe se tratará la imputación de Alberto y Andrea por un delito de tráfico de menores, recogido en el artículo 221 del CP, dado que al llegar a España han sido acusados de comprar al menor.

Pese a determinar la nulidad del contrato de gestación subrogada, LTRHA no impone ningún tipo de sanción penal cuando se realiza el procedimiento, pero sí impone una serie de sanciones administrativas. En los artículos 24 y siguientes se regulan estas sanciones, aplicables sin perjuicio de las responsabilidades penales o civiles que también puedan concurrir. Se determina que la práctica de una técnica no autorizada, como es la gestación subrogada, será una infracción muy grave, sancionable con una multa de entre 10.001 hasta un millón de euros.

Atendiendo al marco internacional, se aprobó en el año 2000 el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos Humanos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*⁴¹, ratificado por la mayoría de los estados del mundo, incluido España. En su artículo segundo, se entiende que la venta de niños es todo acto o transacción por el cual un menor es transferido de una persona a otra a cambio de una remuneración o una retribución. Este precepto puede usarse para definir la gestación comercial, mediante la cual se entrega una remuneración a la gestante a cambio de gestar al niño de otra persona o pareja. Respecto a esto, el CBE, considera que, cuando los niños tienen carga genética de alguno de los comitentes, tal y como se ve en el caso de Alberto, podría no considerarse que sean objeto de compraventa, puesto que al menos uno de sus progenitores es también su padre legal⁴².

Dejando a parte la LTRHA y el marco internacional, podemos encontrar tipificada la conducta de Alberto y Andrea en el artículo 221 CP, según el cual “*los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra 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, serán castigados con las 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 10 años. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero*”. Con este artículo se establece que cuando los padres comitentes llevan a cabo lo recogido en este artículo se aplica la correspondiente sanción.⁴³

41 BOE núm. 27/2002, de 31 de enero de 2002.

42 COMITÉ BIOÉTICA ESPAÑA: “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, pág. 30.

43 FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.6/2011, pág.3.

Siendo necesario que medie compensación económica, habría que establecer si la compensación por los gastos producidos podría determinarse como un pago por el menor. Diversos juristas, tales como Carrasco Andrino⁴⁴ o Muñoz de Dios Sáez, consideran que el pago de los gastos médicos, permitidos en la legislación griega, se considerarían compensación económica, por lo que sería subsumible en este delito.

Como puede observarse, también se considera delito cuando la entrega del menor se haya realizado en el extranjero, como en este caso. Así se ha pronunciado también el TS que, si bien no ha determinado que la gestación subrogada esté tipificada en todos sus aspectos, sí reconoce que ciertos supuestos pueden ser objeto de delito aunque se cometan en el extranjero⁴⁵.

Para poder perseguir este delito cometido en el extranjero es necesario que se cumpla el principio de doble incriminación⁴⁶, recogido en el artículo 23.2.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁷, en adelante LOPJ. Para ello, el delito tiene que ser punible tanto en España como en el país en el que se cometió, el agraviado o el Ministerio Fiscal impongan querrela ante los Tribunales en España y que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. Así, para poder perseguir este delito es necesario que concurren los tres requisitos.

Como ya se determinó previamente, Alberto y Andrea incumplieron la legislación griega, ya que se establece como requisito previo una resolución judicial en la que se recoja un informe médico conforme la madre comitente *no puede tener hijos* y, en este caso, Andrea sí puede pero *no quiere* pasar por el parto.

La legislación griega establece una serie de sanciones administrativas y penales relativas al procedimiento de la gestación subrogada. Concretamente, aquellas personas que toman parte en el procedimiento sin cumplir con alguna de las condiciones establecidas en la ley serán castigadas con una pena de prisión de al menos dos años y una pena pecuniaria de al menos 1.500 euros⁴⁸. Consecuentemente, si bien en Grecia es legal el procedimiento de gestación por sustitución, en ciertos supuestos está penado. Por otro lado, en vistas a que inscribieron a Flavio en el Registro local griego, puede sobreentenderse que no fueron penados por estos hechos.

Aplicando esto al caso, Alberto y Andrea incumplieron los requisitos recogidos en la ley griega, por lo que su comportamiento es punible. Siendo punible en ambos países, uno de los tres requisitos que tienen que concurrir para que se dé la doble incriminación ya se ha cumplido. Que el sujeto haya sido penado, absuelto o indultado también se cumple puesto que no han sido perseguidos en Grecia, por lo que, si el Ministerio Fiscal presentase querrela en los tribunales, Andrea y Alberto serían perseguidos por este delito, lo cual se puede entender que ha sucedido, puesto que se les acusa al llegar a España de haber comprado al menor.

44 CARRASCO ANDRINO, M.M: “Protección penal de la filiación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*”.

45 STS de 6 de febrero de 2014 [RJ/2014/833], pág.9

46 MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F: “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción”, *AFDUAM* 14, 2018.

47 BOE núm. 157, de 2 de Julio de 1985.

48 GREEK LAW DIGEST, The Official Guide to Greek Law, “*Surrogacy Proceedings after the implementation of law 4272/2014*”, 2016.

Si se considerase que el pago de los gastos médicos a la madre gestante es una forma de compensación económica, podríamos subsumir este caso en el delito. Al ser punible en Grecia y no haber sido perseguido allí y, mediando querrela del Ministerio Fiscal, Alberto y Andrea pueden ser acusados de tráfico de menores, según el artículo 221 CP, y enfrentarse a una pena 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 10 años

IV. LIBERTAD DE MERCADO O ALTRUISMO

La última cuestión referente a la gestación por subrogación trata de determinar si, en este caso, sería más pertinente utilizar el argumento de la libertad de mercado o el argumento del altruismo. Para llegar a la conclusión final, donde se determina que en el presente caso nos encontramos ante una gestación comercial disfrazada de altruista, se realizará un análisis de las posturas referentes a la libertad de mercado como argumento, así como del altruismo.

En función del criterio que se siga, la gestación subrogada puede clasificarse de diversas formas. Desde un punto de vista económico, la finalidad con la que actúa la madre gestante puede ser altruista o lucrativa. En el caso del altruismo, la gestante no percibirá ninguna remuneración por gestar al bebé, salvo los posibles gastos médicos o compensación por pérdidas que le pueda ocasionar el procedimiento. En el segundo caso, la gestante ofrece su cuerpo para la gestación a cambio de una remuneración.

IV.1. GESTACIÓN SUBROGADA COMO FORMA DE LIBERTAD DE MERCADO

El debate sobre la gestación subrogada se ha enfocado en su mayor parte en la mercantilización de la capacidad reproductiva de la mujer, la propiedad sobre el uso del propio cuerpo y el ejercicio de ese derecho de propiedad. Concretamente, en la gestación subrogada se manifiesta en la puesta a disposición de la capacidad de gestar en manos de un tercero⁴⁹. El derecho a mercantilizar el cuerpo humano tiene defensores y detractores. Por un lado, aquellos que están a favor de incluir el cuerpo de las personas como objeto de mercado y, por el otro, aquellos que consideran que es algo antinatural y que debería prohibirse.

Aquellos favorables a la mercantilización argumentan que es esencial que la mujer posea derecho de autodeterminación sobre su propio cuerpo y pueda decidir sobre su función reproductora libremente con base en su autonomía. Al considerarse el útero una parte del cuerpo sobre el cual se ostenta propiedad, es totalmente factible la libre disposición sobre el mismo para poder gestar, y la negación de esta autonomía supondría un control no deseado sobre su cuerpo⁵⁰. Dicha negación por parte de un Estado supondría un paternalismo no deseado, una protección a la mujer y a su cuerpo, controlando la disposición que una pueda tener sobre el mismo. Por lo tanto, para no caer en el paternalismo estatal, lo que sería necesario es regular para proteger a la mujer de las consecuencias que podrían tener los contratos de gestación subrogada sobre ella y su autonomía, no sobre la posibilidad de suscribirse o no a dichos contratos.⁵¹

Así pues, es admisible para los defensores de la mercantilización que, partiendo de la libre disposición del cuerpo y ejerciendo una autonomía libre de vicios, una mujer se suscriba a un contrato de gestación subrogada pero que, a consecuencia de esto, sufra la pérdida de una

49 REDONDO SACEDA, L: “Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada”, en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 12 abril – septiembre 2017.

50 SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M, O: “La gestación por sustitución: Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas”, *Derchos y Libertades*, núm. 36, Época II, enero 2017, pp. 91-133.

51 *Ibid.*, pág. 142.

serie de derechos y libertades fundamentales, así como de su autonomía y libertad individual, durante el tiempo que dure la gestación, puesto que la prioridad será el feto, no la gestante.

En este supuesto, se podría considerar que la autonomía de la gestante queda hipotecada. Es relevante observar como, en la mayoría de las legislaciones que regulan y autorizan esta técnica reproductiva, las gestantes tendrán que adoptar determinados estilos de vida, no podrán rescindir el contrato ni quedarse con el menor si cambian de idea, e incluso pueden verse forzadas a interrumpir el embarazo si el niño que gestan tiene alguna enfermedad que los padres no desean. Con esto se pasa a considerar el cuerpo de la madre gestante como una vasija, un cuerpo deshumanizado y despersonalizado que se encargará de proporcionar un producto a aquellos que lo contraten, el bebé⁵².

Por lo tanto, si bien inicialmente se considera que la gestación subrogada es un acto de libertad sobre el propio cuerpo, el resultado de dicho acto de libertad es considerado una pérdida de libertad durante nueve meses para aquellos que están en contra de esta técnica.

Tradicionalmente se ha considerado que una decisión que afecte a la integridad física a cambio de una remuneración no es libre, sino que se consiente en un contexto de vulnerabilidad, por lo que si no se diese ese contexto el sujeto no tomaría dicha decisión⁵³. Aplicando esto al caso, puede verse como Jana, la madre gestante, no está de acuerdo con la práctica de la gestación por sustitución, pero se somete al procedimiento porque necesita una fuente de ingresos. En vistas a esto, resultaría indiferente si se trata de un contrato de gestación comercial o altruista, porque el simple pago de una contraprestación por los gastos causados es suficiente incentivo económico para que muchas mujeres decidan ser madres gestantes. Por lo tanto, parece inverosímil que la madre gestante sólo haya recibido los gastos médicos indispensables.

En un marco general, puede observarse como la mayoría de los países que regula la gestación subrogada, concretamente la comercial, son aquellos países con una población pobre y una situación desfavorable para la mujer. Podría exceptuarse EEUU de esta generalización, donde en función del Estado puede ser altruista o comercial, pero es asimilable a estos casos dadas las desigualdades económicas que allí se producen entre sus habitantes.

IV.2 . GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA

La gestación por sustitución de carácter altruista es aquella en la que la madre gestante no percibe ningún beneficio económico por gestar o, si lo hace, será simplemente una compensación económica por gastos médicos o inconvenientes producidos a raíz de la gestación, como es supuestamente el caso de Jana.

52 GUERRA PALMERO, M.J: “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La gestación subrogada como nuevo negocio transnacional” , en Rodrigo Delgado, Janet : Vulnerabilidad, justicia y salud global. *ILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº26, 39-51.

53 COMITÉ BIOÉTICA ESPAÑA: “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, pág. 24.

Lo habitual en este tipo de gestación altruista es que sea realizada por familiares o amigos de aquellos que no puedan gestar un bebé pero, en ciertos casos, también de desconocidos que se prestan voluntariamente a gestar el bebé.

El argumento principal para la defensa de la gestación subrogada altruista es el derecho a formar una familia que, si bien no viene expresamente reconocido en la CE, algunos autores sostienen que la reconoce implícitamente en el reconocimiento de la libertad y el pleno desarrollo de la personalidad⁵⁴.

Esto lleva a preguntarse si este derecho es ilimitado y si, en consecuencia a ello, tiene que considerarse imperativo legalizar la gestación por sustitución altruista para que aquellas personas que quieran ejercer ese derecho puedan hacerlo⁵⁵. Pues bien, el derecho a la reproducción no es ilimitado y encuentra sus límites en el orden público y en los derechos y libertades fundamentales de terceros. Atendiendo al artículo 10.1 de la CE en relación con esta cuestión, puede observarse como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden público y, por lo tanto, cualquier contrato que vulnere la dignidad de la persona irá en contra del ordenamiento público.

Aquí entrarían en conflicto la dignidad de la persona y el deseo de reproducción, y sería necesario sopesar si realmente la gestación por sustitución vulnera el derecho a la dignidad de la mujer gestante o del menor que nacerá a raíz de ese procedimiento. Pese a esto, si se considerase que atenta contra la dignidad de la madre gestante y se prohibiese la práctica, esto no atentaría contra el derecho de formar una familia, puesto que existen muchos métodos alternativos para poder tener descendencia, ya sea de forma biológica o mediante la adopción.

El Grupo Parlamentario Ciudadanos, como ya se mencionó previamente, redactó una propuesta de Ley reguladora de la gestación por sustitución. En esta propuesta se regula un procedimiento de carácter altruista, sin perjuicio de la compensación resarcitoria por los gastos derivados de la gestación. En esta propuesta se establece de forma explícita que la gestación comercial o lucrativa no está permitida.

El problema de legalizar la gestación subrogada altruista es que el derecho sería incapaz de impedir la gestación comercial una vez aceptada la altruista.⁵⁶ Una suele ir acompañada de la otra. Esto es porque en el momento que se legaliza la gestación altruista en un Estado y las personas que quieren acceder a esta técnica no son capaces de encontrar una madre gestante o prefieren acudir a un Estado en el que esté regulada la gestación comercial. Esto se debe a que, o bien resulta más económico, o porque el control que se ejerce sobre la madre gestante es mayor y consecuentemente, tienen más libertad de disposición sobre todo el procedimiento.

54 SOUTO GALVÁN, B: “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación por sustitución”, *Feminismo/s*, 8, diciembre 2006, pp. 181-195.

55 *Ibid*, pág. 193.

56 COMITÉ BIOÉTICA ESPAÑA: “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, pág. 25.

IV.3 . APLICACIÓN AL PRESENTE CASO

En el presente caso puede observarse que los comitentes han firmado un contrato de gestación altruista con la madre gestante, puesto que la única compensación económica que recibe Jana es aquella necesaria para cubrir los gastos necesarios del embarazo, además de ser el único tipo de gestación subrogada permitida en Grecia. Pese a esto, resulta llamativo que, según el Profesor Aristides N. Hatzis, la mayoría de las gestaciones por sustitución que se producen en Grecia son comerciales, pese a estar prohibidas⁵⁷. Esto se debe a que los jueces suelen dar permiso para llevar a cabo la gestación subrogada sin investigar profundamente el caso concreto.

Como indican los antecedentes de este caso, a Jana no le parece correcta esta práctica, pero se somete a ella al encontrar ahí una fuente de recursos. Consecuentemente, Jana solamente se ha sometido a este procedimiento por el beneficio económico que representa, no por altruismo o buena voluntad para con la pareja.

Determinar si este contrato es altruista o comercial es complicado, atendiendo todos los factores, contractuales e intencionales, y pese a ser un contrato no válido.

Teniéndose en cuenta que inicialmente lo único que supuestamente percibió Jana por el procedimiento fueron los gastos relativos al embarazo, se tendría que considerar que ha sido un contrato altruista. Pero en vistas a que el contrato no es válido, podría interpretarse que ese dinero ha sido entregado como concepto de pago por el menor.

Se considera altruismo, como ya se ha visto, aquel contrato en el que no se percibe remuneración económica. Sólo puede percibirse una compensación por gastos o por la pérdida de ingresos que origine la gestación. En Grecia, lo máximo que puede recibir la madre gestante son entre 10.000 y 12.000 euros, lo que se podría considerar una cantidad elevada.

Si se atendiese la cuestión desde el punto de vista intencional, Jana únicamente aceptó ser madre gestante porque necesitaba el dinero al no tener otra fuente de ingresos, por lo que encajaría en el contexto de la gestación comercial. Por su parte, Alberto y Andrea acudieron a la gestación subrogada porque no querían pasar por un embarazo propio y prefirieron pagar para que alguien gestase al menor, por lo que podría encajarse en el concepto de gestación comercial.

Considerando toda la información, el caso concreto inicialmente supone un caso de gestación altruista, ya que es la única forma legalizada en Grecia, pero dadas las circunstancias que rodean al caso puede considerarse que es un contrato de gestación subrogada comercial disfrazada de contrato altruista.

57 N. HATZIS, A.: "The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece", pag.5.

V. EL MALTRATO DE ALBERTO A ANDREA Y SU RELEVANCIA PENAL

En esta cuestión se tratarán los malos tratos por parte de Alberto a Andrea y la relevancia penal de los mismos. El caso nos presenta una situación en la que Alberto, una vez les quitan a Flavio y les acusan de su compra, empieza a maltratar a Andrea por el periodo de 4 semanas, pero sólo será necesaria la asistencia médica en la última ocasión, puesto que le da una paliza que la deja ocho días ingresada en el hospital.

Ante esta situación, podemos aclarar tres situaciones tipificadas en el CP. En primer lugar, un delito de lesiones, tipificado en el artículo 147.1 o 148.4º CP, en función de si se aprecia o no el agravante de género. En segundo lugar, un delito de violencia en el ámbito doméstico, por las agresiones –físicas o psíquicas– producidas en ese lapso de 4 semanas, ubicado en el artículo 153.1 o 147.2 y 147.3 CP. Y, finalmente, un delito de violencia habitual en el ámbito doméstico, recogido en el artículo 173.2 CP.

Dada la extensión de esta pregunta, se divide en 4 apartados, uno por cada delito cometido y otro para explicar de forma sucinta la relevancia penal de sus acciones.

V.1. MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR. MALTRATO DE OBRA

El presente caso muestra una situación en la que Alberto, pareja de Andrea, la maltrata durante cuatro semanas sin causar lesión, para finalmente acabar dándole una paliza y dejarla ingresada ocho días en el hospital.

De la redacción del caso se infiere que, durante esas cuatro semanas, hubo diversas agresiones que pudieron ser físicas o psíquicas –puesto que no entra en detalle– y que finalmente resultaron en una agresión con lesiones.

Ante estos actos pueden darse dos situaciones. Por un lado, que se aplique el tipo agravado de los delitos de género y se aplique el artículo 153.1 del CP o, por otro lado, que se aplique el tipo atenuado del 147.2 y 3 del delito de lesiones.

El artículo 153.1 CP castiga a aquel “*que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”.

Este artículo estima necesario que, para su aplicación, el sujeto activo sea el varón, y el sujeto pasivo sea la mujer, existiendo entre ambos una relación marital o análoga. La acción típica es causar una lesión no grave, así como el maltrato de obra sin lesión, es decir, aquellas que no requieren tratamiento médico o quirúrgico⁵⁸.

58 QUERALT I JIMÉNEZ, J.J: “La última respuesta penal a la violencia de género (1)”, en *Diario La Ley*, n.º 6420, Sección Doctrina, de 13 de febrero de 2006. Editorial La Ley.

Este artículo fue motivo de numerosas críticas al considerarse que supone una vulneración al principio de proporcionalidad y al principio de igualdad.

En primer lugar, el TC⁵⁹ rechazó la posibilidad de que se vulnerase el principio de proporcionalidad. Los recurrentes consideraron que, con este artículo, se vulnera dicho principio al condenar con penas de prisión conductas que son poco peligrosas para la integridad física.

En segundo lugar, con respecto a la posible vulneración del principio de igualdad por imponer más pena al delito de hombre a mujer que en el caso inverso, el TC⁶⁰ rechazó de nuevo la idea. En esta sentencia el TC considera que este artículo es constitucional, argumentando que las agresiones producidas de hombre a mujer tienen un mayor desvalor y una mayor lesividad para la víctima. Con esta sentencia, el TC establece la aplicación automática de este artículo siempre que el agresor sea el marido o pareja de la víctima, que ha de ser mujer.

Esta aplicación automática tiene muchos detractores, quienes consideran que debería introducirse un elemento subjetivo para proceder a su aplicación, es decir, que en el sujeto activo –el varón– resida una intencionalidad machista, una discriminación y un ánimo de actuación que debe ser apreciado para poder aplicar este precepto⁶¹.

Pese a esto, en base a la STC la aplicación del artículo 153.1 CP se considera automática dada la literalidad del CP y su conformidad con la CE, por lo que no sería necesario introducir ningún elemento subjetivo para poder aplicarlo⁶², al entenderse que la desigualdad se entiende implícita en el contexto social en el que nos encontramos.

Esta situación dio lugar a una serie de posiciones contradictorias tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La opinión del TC se sitúa en aplicar automáticamente este artículo, cualquiera que sea la causa y el contexto de la agresión, pese a que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia está en contra de esta aplicación mecánica.

Por su parte, el TS no toma posición. Inicialmente sus sentencias⁶³ se enfocaban en seguir la línea marcada por el TC y aplicó automáticamente este artículo, considerando que es suficiente la existencia de una agresión con los elementos objetivos descritos en el artículo para poder aplicarlo.

En cambio, en diversas sentencias el TS sí exige dicho elemento subjetivo, basándose en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral

59 ATC núm. 233/2004, de 7 de Junio [RTC 2004/233]

60 STC núm. 59/2008, de 14 de Mayo [RTC 2008/59]

61 MARÍ FARINÓS, E: “La relación de dominación como fundamento material de aplicación del delito de violencia de género del artículo 153.1 del Código Penal”, *Diario La Ley*, n.º 8881, *Sección Tribuna*, de 14 de diciembre de 2016, Editorial La Ley.

62 MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A: “Dominación y machismo: ¿Quién decide? (A propósito de la STC de 22 de julio, que considera conforme a la Constitución el artículo 148.4.º CP)”, *Diario La ley*, n.º 7496, *Sección Doctrina*, de 26 de Octubre de 2010, Editorial La Ley.

63 STS núm. 526/2012, de 26 de Junio [RJ 2012/065]; STS núm. 370/2009, de 6 de Abril [RJ 2009/4833]; entre otras.

contra la Violencia de Género⁶⁴. El objeto de esta LO es proteger a las mujeres que tienen una relación estable con un hombre, cuando el hombre ejerce una violencia sobre ellas aprovechando la superioridad que les proporciona la relación⁶⁵. En consecuencia, en algunas sentencias el TS se ciñe a la tesis conforme los tipos más graves sólo se aplicarán cuando se dé una situación machista o de discriminación, añadiendo un elemento subjetivo que no está en el tipo. Con esto, el TS establece que las lesiones graves es necesario que se produzcan a raíz de una conducta machista⁶⁶ para poder encajarla en el tipo recogido en el 153.1 CP.

Puesto que el TS no se ciñe a ninguna de las dos posturas, y atendiendo a que el TC considera que dicho artículo se aplica automáticamente, así como lo indica el CP, en este trabajo se seguirá la tesis según la cual el artículo 153.1 CP se aplica de forma automática y mecánica, no siendo necesaria la exigencia de ningún elemento de dominancia o machismo. Por lo tanto, si se dan los elementos objetivos del tipo, es decir, ser o haber sido pareja de hecho o de derecho, y el delito se haya cometido en el contexto de esa relación por parte del hombre a la mujer, se aplicará este artículo.

Finalmente, el artículo 153 CP en su apartado cuarto, establece que puede imponerse la pena inferior en grado si el tribunal así lo considera en atención a las circunstancias personales del autor. La aplicación de este atenuante es facultativo, por lo que es el juez o tribunal quien, atendiendo las circunstancias del sujeto activo, determina si es aplicable o no. En este caso, podría aplicarse, al considerar que Alberto se encuentra en una situación de estrés y tensión al haber sido acusado de robar a Flavio y por perder la custodia del mismo.

En visto a lo expuesto, Alberto ha agredido –física o psíquicamente– a lo largo de cuatro semanas a su esposa Andrea, sin causar lesión. Siguiendo la tesis expuesta, Alberto ha cometido un delito de violencia en el ámbito familiar recogido en el artículo 153.1 CP, con una pena de prisión de entre 6 meses a 1 año o de trabajos en beneficio de la comunidad por plazo de 31 a 80 días. Además, se condena con la privación del derecho a tenencia y porte de armas por entre 1 año y un día hasta los 3 años, en el hipotético caso de que tuviese y, si el tribunal lo considera adecuado para el interés de un menor, también la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por hasta 5 años. En cambio si el tribunal considera que se aplica el atenuante, se aplicaría la pena inferior en grado.

V.2. MALOS TRATOS HABITUALES EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Alberto maltrató a Andrea por un período de 4 semanas. El caso no especifica la entidad de las agresiones, ni la habitualidad de las mismas, pero se entiende que han sido reiteradas puesto que se han dado a lo largo de un mes y no se ha indicado un número concreto. Estos malos tratos desembocaron en una agresión con lesiones que dejó a Andrea ingresada por ocho días en el hospital.

En este contexto, el artículo a aplicar es el 173.2 CP, en el que se desarrolla el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico. Dicho artículo dispone “ *El que habitualmente*

64 BOE núm. 313, de 29 de Diciembre de 2004.

65 QUERALT I JIMÉNEZ, J.J: “La última respuesta penal a la violencia de género (1)” *op.cit.* pág.3.

66 STS núm. 654/2009 , de 8 de junio, [RJ 2010/979]

ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar; así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

Este delito se encuentra en el título relativo a las torturas y otros delitos contra la integridad moral. El bien jurídico protegido, en este caso, es la integridad moral por un lado y la paz familiar por el otro. El TS se ha pronunciado al respecto de esto en diversas sentencias, estableciendo que es objeto de protección *“la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente su derecho a no ser sometida a un trato inhumano o degradante alguno”*⁶⁷. Posteriormente, el TS matizó este concepto, estableciendo que se protege la dignidad de la persona en el seno de la familia, no sólo la integridad física o psíquica de la víctima⁶⁸.

Puede parecer que aplicar conjuntamente este artículo y el expuesto en el apartado anterior, el 153.1 CP, iría en contra del principio *non bis in idem*, pero no es el caso. Al final de este artículo se establece que se aplicará *“sin perjuicio de las penas que puedan corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”*. Así, se considera que el 173.2 CP establece un concurso real entre los actos de violencia individuales con el delito de violencia habitual. Esto se debe a que estos delitos están regulados bajo rúbricas distintas y, consecuentemente, protegen bienes jurídicos distintos. Por un lado, el artículo 153.1 CP es un delito de lesiones, mientras que el 173.2 regula un delito contra la integridad moral, por lo que según la doctrina del TS es compatible la condena de ambos preceptos.⁶⁹

La autoría de este delito se limita a aquellos que ejercen una posición de dominancia y abuso de poder en el ámbito familiar, por lo que es irrelevante la cuestión de género, puesto que se aplicaría de la misma forma si el sujeto activo fuese la mujer y el pasivo fuese el hombre.

Puesto que el bien jurídico protegido es la integridad moral, para la realización de este delito no es exigible la producción de un resultado de lesiones, basta con que la reiteración de

67 STS núm.1060/1996, de 20 de diciembre de 1996 [1996/9036]

68 MARCOS AYJÓN, M: “Un nuevo delito de malos tratos: análisis del artículo 173 del Código Penal”, *La Ley Penal n.º 2, Sección Estudios*, Febrero 2004, Editorial LA LEY, pág. 5.

69 STS núm. 927/200, de 24 de Junio de 2000 [RJ 2000/5792]

las agresiones provoquen en la víctima una sensación de desequilibrio emocional o tormento, atacando directamente la salud mental o física de la víctima⁷⁰.

Para poder apreciar este delito, es necesario que se cumplan ciertos requisitos. En primer lugar, es necesaria una vinculación entre el sujeto activo o pasivo, ya sean cónyuges, pareja, descendientes, ascendientes, etc. En segundo lugar, que haya un uso reiterado de violencia física o psíquica y, en tercer lugar, que sea un maltrato habitual.

La habitualidad es un requisito difícil de determinar, por lo que es necesario atender a la legislación y a la jurisprudencia para establecer qué se considera habitual. La habitualidad viene determinada en el propio artículo en el apartado tercero, que establece que es necesario atender al número de actos de violencia acreditados, la proximidad temporal de los mismos, independientemente de que los actos violentos hayan sido enjuiciados en procesos anteriores o no.

Inicialmente, ciertos sectores doctrinales aplicaron de forma analógica la definición del artículo 94 CP, que establece que se considerarán reos habituales quienes cometan tres o más delitos del mismo capítulo en el plazo de cinco años. Posteriormente, el TS consideró que lo relevante es que *“la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”*⁷¹.

Por otro lado, la jurisprudencia también considera que los actos tienen que estar próximos cronológicamente, puesto que no cabrían en este tipo comportamientos aislados en el tiempo o esparcidos de forma puntual a lo largo de los años. Así, ha de realizarse una pluralidad de actos temporalmente enlazados para poder aplicar este tipo, puesto que es necesario que se cree un clima de violencia y terror en el ámbito familiar⁷².

En consecuencia, el número de agresiones producidas no es determinante, sino que para poder acreditar la existencia de malos tratos habituales es necesario demostrar que esas agresiones se producen en un marco de dominación y terror en el ámbito familiar, independientemente de que hayan sido previamente juzgados esos actos o no.

El artículo 173.2 párrafo segundo se establece un agravante cuando el delito tiene lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, imponiendo la pena en su mitad superior. El supuesto no proporciona dicha información, pero puede presuponerse que alguna de las agresiones sí se produjo en el domicilio común puesto que han vivido juntos por plazo de al menos dos años.

El caso proporciona escasos datos sobre la situación vivida en el ámbito familiar durante esas cuatro semanas. Alberto maltrató a Andrea por cuatro semanas, lo que encajaría en la habitualidad exigida en este tipo, atendiendo al hecho de que las agresiones fueron a más al terminar ella ingresada en el hospital durante ocho días por lesiones. Por lo tanto, Alberto sí puede ser enjuiciado por este delito, enfrentándose a una pena de prisión de 6 meses a 3 años,

70 RUEDA MARTÍN, M.A: “La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre”, Editorial REUS, 2012, pág. 47.

71 STS núm. 1208/2000, de 7 de Julio de 2000 [RJ 2000/6823]

72 LEÓN CHAPARRO, L: “Estudio del actual artículo 173 del Código Penal”, *Revista Baylio*, pág. 8.

prohibición de tenencia y porte de armas por un período de 3 a 5 años, así como la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de un menor por plazo de 1 a 5 años si el tribunal lo estima adecuado.

V.3. DELITO DE LESIONES

Alberto, tras maltratar a Andrea durante semanas, le da una paliza que la obliga a permanecer ocho días ingresada.

El artículo 147.1 CP es el tipo básico de lesiones, el cual dispone que “*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*”. Este delito castiga a quien cause una lesión que, además de requerir una primera asistencia facultativa, también necesite algún tipo de tratamiento médico o quirúrgico.

Para la producción de este delito es necesario que se den varios elementos. En primer lugar, es necesaria una acción humana externa que hiera, golpee o maltrate a otra persona. En segundo lugar, ha de causarse un menoscabo en la integridad corporal o en la salud física o mental del agredido. En tercer lugar, tiene que existir un nexo causal entre la acción y el daño. Finalmente, es necesario el dolo genérico de lesionar, por lo que basta con que el sujeto activo quiera herir, golpear o maltratar al sujeto pasivo⁷³.

En el presente caso, se ha causado una lesión y ha existido una primera asistencia facultativa, puesto que tras sufrir la agresión Alberto la llevó al hospital, donde se tuvo lugar dicha asistencia. El tratamiento médico o quirúrgico, por su parte, presenta una mayor complejidad a la hora de determinar si se ha producido o no, por lo que el TS ha realizado una interpretación de lo que se considera o no tratamiento médico.

El único dato aportado es que, a raíz de esa paliza, Andrea tiene que permanecer ingresada durante ocho días en el hospital. El TS estimó que “*tratamiento médico es la acción prolongada más allá del primer acto médico, que supone una reiteración de cuidados que se continúa por dos o más sesiones hasta su curación total*”⁷⁴. Poniendo en relación ambas cuestiones, cabe llegar a la conclusión de que el ingreso hospitalario de Andrea por ocho días entra en el criterio jurisprudencial del TS al necesitar cuidados reiterados para su curación.

73 MAGRO SERVET, V: “Comparación en la aplicación del art. 148.5 CP frente al art. 153 CP en la violencia de género”, en *La Ley Penal, La Ley 1919/2013*, Editorial LA LEY, pág. 6.

74 ORÓS MURUZÁBAL, M., CASTELLANO ARROYO, M., SUBIRANA DOMÉNECH, M., MARTÍNEZ ALCAZAR, H.: “Algunos aspectos de la peritación médico forense en los casos de lesiones. Especial referencia a los conceptos de primera asistencia facultativa. Tratamiento médico y tratamiento quirúrgico.”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 13/2005 1 parte Doctrina*, Editorial Aranzadi, 2005, pág. 6.

Una vez establecido que sí existe delito de lesiones, es necesario establecer si esta agresión se encuentra en el marco del tipo básico de lesiones o si, por el contrario, es necesario aplicar el agravante de género.

Este delito puede verse agravado, tal y como indica el artículo 148.4º, “*si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*”. Por lo tanto, se agrava el delito de lesiones con la circunstancia personal de la relación de pareja o ex pareja.

Tal como pasó con el artículo 153.1 CP, también ha sido puesta en duda la constitucionalidad de este precepto. El TC⁷⁵ señaló que no es inconstitucional, siguiendo la línea de sentencias anteriores, puesto que es justificable tal agravación por el mayor desvalor de las agresiones a mujeres en el ámbito de pareja, ya que corresponden a una violencia machista arraigada en la sociedad. Considera que esta conducta agresiva daña la dignidad de la mujer, puesto que lo que el agresor busca es el sometimiento de la víctima a la voluntad del agresor.

El artículo es de aplicación facultativa, es decir, la mayor gravedad de la pena no se da únicamente por la existencia de una relación sentimental –actual o pasada– entre el agresor y la víctima, sino que es necesario que el juez o tribunal aprecien una intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado⁷⁶.

Dada la situación de maltrato previa y la entidad de la agresión, ésta es perfectamente subsumible en el tipo recogido en el agravante de género, dado que se cumplen los requisitos objetivos y subjetivos establecidos para este delito de lesiones agravadas.

Por lo tanto, Alberto se enfrenta a ser condenado con una pena de prisión de 2 a 5 años.

V.4. RECAPITULACIÓN

Tras el análisis legislativo y jurisprudencial de los delitos cometidos, la conducta de Alberto da lugar a la comisión de tres delitos. En primer lugar, el delito de maltrato de obra por las agresiones sin lesión producidas en las cuatro semanas que maltrató a Andrea. En segundo lugar, un delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, por atentar contra la integridad moral de Andrea. Finalmente, un delito de lesiones agravado por la paliza que dejó a Andrea ingresada ocho días en el hospital.

Por la comisión de estos delitos, Alberto se enfrenta a diferentes penas, ya desarrolladas previamente, siendo de mayor relevancia la pena de prisión.

Por el delito de maltrato de obra, puede ser condenado a prisión por un plazo de 6 meses a 1 año, pudiendo ser atenuado si el Juez así lo considera, por lo que se podría reducir esta pena en un grado. Por el delito de maltrato habitual en el ámbito doméstico, puede ser

75 STC 41/2010, de 22 de Julio, [RTC/2010/41]

76 JIMÉNEZ SEGADO, C. : “Los delitos de género”, *La Ley Penal*, n.º 112, Sección Estudios, Enero – Febrero 2015, Editorial Wolters Kluwer, pág. 3.

penado por 6 meses a 3 años de prisión. Finalmente, por el delito de lesiones se enfrentaría a una pena de 2 a 5 años de privación de libertad.

CONCLUSIONES FINALES

Alberto y Andrea acudieron a una agencia para poder tener un hijo mediante la gestación subrogada en Grecia, dado que Andrea no quería pasar por el proceso del embarazo y el parto. En Grecia la gestación por sustitución está permitida en los casos en que hay una incapacidad para gestar, lo que no es el caso de Andrea.

En cambio, en España los efectos producidos por la gestación por sustitución son declarados nulos expresamente por la LTRHA. Ante la posibilidad de que nacionales españoles acudan a países extranjeros para tener hijos mediante este método, la DGRN emitió doctrina vinculante para los registros consulares, por la cual se pueden registrar a estos niños en el registro civil español siempre y cuando se den una serie de requisitos. Para proceder al registro es necesario que al menos uno de los padres sea español, que se presente la resolución judicial del tribunal extranjero por la que se determina la filiación del menor, con la finalidad de comprobar que el procedimiento se ha realizado conforme la legislación de ese país, y que dicha resolución sea objeto de exequatur o de reconocimiento.

En este caso, aunque el niño ha nacido y ha sido registrado en Grecia, el incumplimiento de la ley griega imposibilita el registro de Flavio en España a los padres comitentes.

Debido a esto, una vez que llegan a España, las autoridades les retiran la custodia de Flavio, acusándoles de comprar al menor. El CP condena la entrega de un hijo a otra persona para que se establezca una relación análoga a la filiación a cambio de una compensación económica. Este delito es perseguible aunque la entrega se haya producido en el extranjero. Para poder perseguir los delitos en el extranjero es necesario que el delito sea punible tanto en España como en el país extranjero, que medie querrela por parte del Ministerio Fiscal y que no haya sido absuelto, indultado o penado en ese país extranjero. Por lo tanto, al no haberse perseguido en Grecia, siendo punible en ambos países, y si el Ministerio Fiscal presenta querrela, se puede acusar a Andrea y a Flavio de este delito.

Una vez que les retiran la custodia del niño, lo dan en adopción a otra pareja. Al no poder registrar al menor nacido por gestación subrogada siguiendo las directrices de la DGRN, la LTRHA deja abierta la posibilidad al padre biológico del menor de reclamar la filiación mediante una acción de paternidad. Si el padre consigue la filiación de Flavio, Andrea puede solicitar la adopción del hijo de su pareja, de forma que ambos consigan la filiación sobre el menor.

El problema es que Flavio ha sido adoptado, por lo que es necesario que dicha adopción sea revocada. Para poder solicitar la revocación de la adopción, Alberto tiene que alegar que él no prestó su consentimiento para dicha adopción, el cual es necesario para llevarla a cabo. Este consentimiento no es necesario cuando el padre biológico esté incurso en causa legal para la privación de la patria potestad, por lo que si finalmente Alberto y Andrea son acusados de comprar a Flavio no podrán solicitar la revocación de la adopción y, pese a que se le reconozca la filiación a Alberto, esto no afectará a la adopción. En cambio, si no se les acusa, Alberto podrá ejercer la acción de filiación y la revocación de la adopción siempre y cuando lo haga en el plazo de dos años desde la misma y cuando dicha revocación no afecte al interés del menor.

Por otra parte, es necesario determinar si esta situación representa un contrato de gestación subrogada altruista o comercial. En Grecia, el único contrato legalmente permitido es el altruista. Por lo tanto, los padres comitentes únicamente remuneraron a Jana con el dinero relativo a los gastos. La legislación griega establece que, para acceder a este procedimiento, es necesario que la mujer sea incapaz de gestar. Andrea tiene capacidad para tener hijos, pero no quiere pasar por el embarazo, por lo que no cumple los requisitos necesarios para solicitar la gestación subrogada en Grecia. Pese a esto, llevaron a cabo el procedimiento y registraron al menor. Esto puede llevar a la conclusión de que las autoridades griegas no han hecho demasiadas pesquisas al respecto, dado que los jueces no llevan a cabo una profunda investigación de los casos concretos.

Además, cabe destacar que Jana sólo se ha prestado a ejercer de madre gestante porque necesita la retribución económica que esto le reportaría, por lo que puede entenderse que no es un gesto desinteresado. Sumando todos estos factores, cabe sospechar que la gestación no ha sido del todo altruista, sino que es una gestación comercial disfrazada de altruismo.

Finalmente, tras la pérdida de la custodia de Flavio, Alberto comienza a maltratar a Andrea, causándole lesiones en la última ocasión, cuando ella sufre una agresión grave que la deja ingresada en el hospital ocho días. Con estas acciones, Alberto ha podido cometer varios delitos. En primer lugar, un delito de maltrato habitual, puesto que ha maltratado a Andrea durante cuatro semanas de forma consistente y reiterada, atentando así contra su dignidad. En segundo lugar, un delito de maltrato de obra sin lesiones, por los casos aislados de maltrato producidos en el transcurso de estas semanas. Y, en tercer lugar, un delito de lesiones con el agravante de género, puesto que la paliza que recibió necesitó asistencia médica y tratamiento facultativo posterior.

EPÍLOGO

La gestación subrogada, a día de hoy, es una cuestión que plantea muchas más cuestiones de las que se pueden resolver con la legislación actual. La falta de seguridad jurídica, de regulación sobre la materia, da lugar a una intensa desprotección de los menores nacidos por este procedimiento, así como de las madres gestantes. También es perjudicial para aquellos padres comitentes que, atraídos por las compañías que prometen un procedimiento legal y seguro, se encuentran con que, al llegar a España, no pueden registrar al menor o, como en el presente caso, les retiran la custodia del niño.

Concretamente en España, la situación se presenta una situación complicada, puesto que pese a considerarse nulos los efectos de este procedimiento, se han encontrado unos cauces para poder registrar a los menores nacidos por este procedimiento en el extranjero. No puede sostenerse un sistema en el que, pese a la explícita nulidad de los efectos producidos por esta técnica en la ley y la oposición por parte del TS, se sigan inscribiendo en el registro con base a en la doctrina vinculante de la DGRN.

La solución a esta controversia puede encontrarse en regular el procedimiento. Es necesario desarrollar una regulación más concreta sobre esta materia, ya sea para prohibir todo lo relacionado con ella, o para legalizar el procedimiento.

Si se optase por prohibirla de forma definitiva, se evitaría el turismo reproductivo a aquellos países en los que los extranjeros pueden recurrir a esta técnica, puesto que la imposibilidad de registrar al menor en España a su regreso disuadiría a los padres comitentes de recurrir a este procedimiento.

Por su parte, si se optase por legalizarla, tendría que darse un exhaustivo análisis de todas las posibilidades existentes. En este contexto puede encontrarse el Proyecto de Ley de Ciudadanos, quienes proponen una legalización de la gestación subrogada de forma altruista. También podría legalizarse de forma comercial, cerrando el procedimiento sólo a nacionales o permitiendo la gestación subrogada internacional, en función a la causa, etc.

Legislar sobre la materia supondría tomar una de las dos posturas de forma definitiva, por lo que se evitaría caer en la incertidumbre e inseguridad jurídica que actualmente envuelve la cuestión de la gestación subrogada.

En cuanto a la violencia de género, se trata de una cuestión que también tiene un complicado trasfondo puesto que, como se ha explicado arriba, existe un debate jurisprudencial y doctrinal sobre la posibilidad de aplicar automáticamente los delitos de género.

El TS, en diversas sentencias, ha aplicado de forma automática los delitos de género cuando se ha producido en el contexto de una relación de pareja o relación análoga, sin atender a criterios subjetivos, tales como el ánimo machista y discriminatorio en la actitud del varón agresor. En otras sentencias, sí ha considerado necesario ese ánimo para poder aplicar el agravante de género.

La doctrina mayoritaria considera que debería exigirse ese elemento subjetivo pese a no estar recogido explícitamente en el CP, puesto que lo que se pretende es proteger a las mujeres de las agresiones machistas en el ámbito de la pareja, lo cual no englobaría todas y cada una de las agresiones.

Por lo tanto, sería interesante que el TS adoptara una posición clara para que los juzgados pudieran utilizar dicho criterio uniforme en el momento de juzgar estas agresiones.

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

- Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978)
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999)
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE núm.157, de 2 de julio de 1985)
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE núm. 281, de 24/11/1995)
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (BOE núm.126, de 27/05/2006)
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 7, de 08/01/2000)
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (BOE núm.206, de 25/07/1889)
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. (BOE núm.296, de 11/12/1958)
- Ley 3089/2002 de Reproducción Humana Médica Asistida (OFFICIAL GAZETTE OF THE HELENIC REPUBLIC, núm.327, de 23 de diciembre de 2002)
- Ley 3305/2005 de Aplicación de la Reproducción Médica Asistida (OFFICIAL GAZETTE OF THE HELENIC REPUBLIC, a'17, de 27 de enero de 2005)

JURISPRUDENCIA

- Sentencia núm. 193/2010 del JPI de Valencia, de 15 de septiembre. [AC 2010/1707]
- Sentencia núm. 826/2011 de la AP de Valencia, de 23 noviembre. [AC 2011\1561]
- Sentencia del TEDH de 28 de Junio de 2007 [JUR 2007/147388], *Caso Wagner y J.M.W.L contra Luxemburgo.*
- Sentencia del TEDH de 26 de Junio de 2014 [JUR 2014/176908], *Caso Mennesson contra Francia.*
- Sentencia del TEDH de 26 de Junio de 2014 [JUR 2014/176905], *Caso Labassee contra Francia.*
- ATC núm. 233/2004, de 7 de Junio [RTC 2004/233]
- STC 273/2005 de 27 de octubre de 2005 [RTC/2005/273]
- STC 52/2006 de 16 de febrero de 2006 [RTC/2006/52]
- STC núm. 59/2008, de 14 de Mayo [RTC 2008/59]

STC 41/2010, de 22 de Julio, [RTC/2010/41]
STS de 6 de febrero de 2014 [RJ/2014/833]
STS núm. 526/2012, de 26 de Junio [RJ 2012/065]
STS núm. 370/2009, de 6 de Abril [RJ 2009/4833];
STS núm. 654/2009 , de 8 de junio, [RJ 2010/979]
STS núm.1060/1996, de 20 de diciembre de 1996 [1996/9036]
STS núm. 927/200, de 24 de Junio de 2000 [RJ 2000/5792]
STS núm. 1208/2000, de 7 de Julio de 2000 [RJ 2000/6823]

BIBLIOGRAFÍA

- AMOIRIDIS,C. Y AKRITIDOU, A.: Greek law digest: The Official Guide to Greek Law, *Nomiki Bibliothiki*, Athens, Greece, 2016
- ARAGÓN GOMEZ, C. “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del tribunal supremo con respecto a las prestaciones por maternidad.” en *Revista de Información Laboral* núm.4/2017 parte Art. Doctrinal.
- CARRASCO ANDRINO, M.M: “Protección penal de la filiación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*”.
- COMITÉ BIOÉTICA ESPAÑA: “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.6/2011.
- GARCIA ABURUZA, M.P: “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada” en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 8/2015.
- GREEK LAW DIGEST, The Official Guide to Greek Law, “*Surrogacy Proceedings after the implementation of law 4272/2014*”, 2016.
- GUERRA PALMERO, M.J: “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La gestación subrogada como nuevo negocio transnacional” , en Rodrigo Delgado, Janet : Vulnerabilidad, justicia y salud global. *ILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº26, 39-51.
- JIMÉNEZ SEGADO, C. : “Los delitos de género”, *La Ley Penal*, n.º 112, Sección Estudios, Enero – Febrero 2015, Editorial Wolters Kluwer
- MAGRO SERVET, V: “Comparación en la aplicación del art. 148.5 CP frente al art. 153 CP en la violencia de género”, en *La Ley Penal, La Ley 1919/2013*, Editorial LA LEY.
- LEÓN CHAPARRO, L: “Estudio del actual artículo 173 del Código Penal”, *Revista Baylio*.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A: “Dominación y machismo: ¿Quién decide? (A propósito de la STC de 22 de julio, que considera conforme a la Constitución el artículo 148.4.º CP)”, *Diario La ley*, n.º 7496, *Sección Doctrina*, de 26 de Octubre de 2010, Editorial LA LEY.

MARCOS AYJÓN, M: “Un nuevo delito de malos tratos: análisis del artículo 173 del Código Penal”, *La Ley Penal* n.º 2, *Sección Estudios*, Febrero 2004, Editorial LA LEY.

MARÍ FARINÓS, E: “La relación de dominación como fundamento material de aplicación del delito de violencia de género del artículo 153.1 del Código Penal”, *Diario La Ley*, n.º 8881, *Sección Tribuna*, de 14 de diciembre de 2016, Editorial LA LEY

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A: “La inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2014 parte Estudios.

MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F: “La gestación por sustitución: un fraude a la adopción”, *AFDUAM* 14, 2018.

N. HATZIS, A.: “The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece”

ORÓS MURUZÁBAL, M., CASTELLANO ARROYO, M., SUBIRANA DOMÉNECH, M. y MARTÍNEZ ALCAZAR, H.: “Algunos aspectos de la peritación médico forense en los casos de lesiones. Especial referencia a los conceptos de primera asistencia facultativa. Tratamiento médico y tratamiento quirúrgico.”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 13/2005 1 parte Doctrina, Editorial Aranzadi, 2005.

QUERALT I JIMÉNEZ, J.J: “La última respuesta penal a la violencia de género (1)”, en *Diario La Ley*, n.º 6420, *Sección Doctrina*, de 13 de febrero de 2006. Editorial La Ley.

REDONDO SACEDA, L: “Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada”, en *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm.12 abril – septiembre 2017.

RUEDA MARTÍN, M.A: “La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre”, Editorial REUS, 2012.

SALAS CARCELLER, A: “ Gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm 2/2014 parte Tribuna.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M., O: “La gestación por sustitución: Una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas”, *Derchos y Libertades*, núm.36, Época II, enero 2017, pp. 91-133.

SANZ-DIEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J: “Las acciones de filiación”, UNED.

SOUTO GALVÁN, B: “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación por sustitución”, *Feminismo/s*, 8, diciembre 2006, pp. 181-195.