



**UNIVERSIDAD DE A CORUÑA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**GRADO EN DERECHO**



**“ACUERDO SOBRE UN VIENTRE DE ALQUILER”**

**“ACORDO SOBRE UN VENTRE DE ALUGUER”**

**“RENT A WOMB DEAL”**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**CURSO ACADÉMICO: 2017/2018**

**AUTORA: Mélanie Guillín Martínez**

**TUTOR: Carlos Martínez-Buján Pérez**



---

**ÍNDICE**

|   |    |
|---|----|
| <b>I. ABREVIATURAS</b> .....  | 3  |
| <b>II. ANTECEDENTES DE HECHO</b> .....  | 4  |
| <b>III. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LA GESTACIÓN SUBROGADA</b> ...6   |    |
| 3.1. La nulidad del contrato .....  | 6  |
| 3.2. La renuncia a la maternidad de la gestante .....   | 7  |
| 3.3. Determinación legal de la filiación a favor de la madre gestante y, en su caso, del padre biológico.....   | 7  |
| <b>IV. LA INSCRIPCIÓN EN ESPAÑA DE LOS NACIMIENTOS PRODUCIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN</b> .....  | 10 |
| 4.1. La importancia de la inscripción en el Registro.....   | 10 |
| 4.2. Antecedentes que dieron lugar a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución ..... | 10 |
| 4.3. Las diversas tesis sobre los efectos legales en España de la filiación acreditada en el extranjero en virtud de gestación por sustitución.....                                     | 12 |
| 4.4. La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución .....                                 | 14 |
| 4.4.1. Requisitos .....   | 14 |
| 4.4.2. La falta de cumplimiento de los requisitos en el caso concreto .....   | 16 |
| 4.4.3. Crítica .....  | 17 |
| 4.5. La nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil .....   | 19 |
| <b>V. LOS DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES IMPLICADOS EN LA GESTACIÓN SUBROGADA</b> .....   | 21 |
| 5.1. Evolución histórica de los delitos contra las relaciones familiares.....   | 21 |
| 5.2. De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor .....  | 21 |
| 5.2.1. El delito de suposición de parto .....   | 22 |
| 5.2.2. El tráfico de menores.....   | 23 |
| 5.3. Relevancia penal de las acciones y pena aplicable al supuesto de hecho .....   | 25 |
| <b>VI. EL MALTRATO HABITUAL A LA PAREJA EN DERECHO ESPAÑOL</b> ... 26   |    |
| 6.1. El artículo 173.2 del Código Penal. Maltrato habitual.....   | 26 |
| 6.1.1. Consideraciones previas .....  | 26 |
| 6.1.1.1. Bien jurídico protegido .....  | 26 |
| 6.1.1.2. Conducta punible .....   | 26 |
| 6.1.2. Elementos del tipo .....   | 27 |
| 6.1.2.1. Relación afectiva .....  | 27 |
| 6.1.2.2. El dolo .....  | 28 |
| 6.1.2.3. La habitualidad .....  | 28 |

---

|  |    |
|--|----|
| 6.2. Los actos lesivos individualmente considerados .....  | 29 |
| 6.2.1. Artículo 153.1 del Código Penal .....   | 30 |
| 6.2.2. Artículo 147.1 del Código Penal .....   | 31 |
| 6.2.3. Artículo 148.4 del Código Penal .....   | 31 |
| 6.3. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal .....                               | 33 |
| 6.3.1. Atenuante de reparación del daño ocasionado o disminución de sus efectos<br>(art. 21.5ª CP) ..... | 33 |
| 6.3.2. La agravante de discriminación por razón de género (art. 22.4ª CP) .....                          | 35 |
| 6.3.3. Circunstancia mixta de parentesco .....   | 36 |
| 6.4. La sanción resultante que en el caso sería de aplicación .....                                      | 38 |
| 6.4.1. La pena principal .....   | 38 |
| 6.4.2. Pena accesoria .....  | 39 |
| 6.4.3. Posibilidad de imponer libertad vigilada .....  | 39 |
| <b>VII. HASTA DÓNDE LLEGA EL ALTRUISMO EN LA GESTACIÓN POR<br/>SUSTITUCIÓN</b> .....                     | 40 |
| 7.1. Libertad de mercado .....   | 40 |
| 7.2. Altruismo .....   | 41 |
| 7.2.1. La delgada línea entre el altruismo y la retribución .....  | 43 |
| 7.3. La propuesta altruista en España .....  | 43 |
| <b>VIII. CONCLUSIONES FINALES</b> .....  | 44 |
| <b>IX. BIBLIOGRAFÍA</b> .....  | 46 |
| <b>X. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL</b> .....   | 50 |
| <b>XI. ANEXO</b> .....   | 51 |

**I. ABREVIATURAS**

|          |  |
|----------|--|
| AAEE     | Asuntos Exteriores                             |
| AAP      | Auto Audiencia Provincial                      |
| AAVV     | Autores Varios                                 |
| ADC      | Anuario de Derecho Civil                       |
| Art.     | Artículo                                       |
| Arts.    | Artículos                                      |
| ATS      | Auto Tribunal Supremo                          |
| BOCG     | Boletín Oficial Cortes Generales               |
| BOE      | Boletín Oficial Estado                         |
| CC       | Código Civil                                   |
| CDN      | Convenio Derechos del Niño                     |
| CE       | Constitución Española                          |
| CEDH     | Convenio Europeo Derechos Humanos              |
| CESCO    | Centro de Estudios de Consumo                  |
| CP       | Código Penal                                   |
| DGRN     | Dirección General de Registros y Notariado     |
| DNI      | Documento Nacional de Identidad                |
| Dña.     | Doña   |
| Ed.      | Editorial                                      |
| Fasc.    | Fascículo                                      |
| IDGRN    | Instrucción de la DGRN                         |
| JPI      | Juzgado de Primera Instancia                   |
| LEC      | Ley de Enjuiciamiento Civil                    |
| LECRim   | Ley de Enjuiciamiento Criminal                 |
| LOPJ     | Ley Orgánica del Poder Judicial                |
| LRC      | Ley del Registro Civil de 2011                 |
| LRC/1957 | Ley del Registro Civil de 1957                 |
| LTRA     | Ley Técnicas Reproducción Asistida             |
| LTRHA    | Ley Técnicas Reproducción Humana Asistida      |
| Núm.     | Número   |
| ONU      | Organización de las Naciones Unidas            |
| p.       | Página   |
| Párr.    | Párrafo  |
| pp.      | Páginas  |
| RDGRN    | Resolución de la DGRN                          |
| RRC      | Reglamento del Registro Civil                  |
| SAP      | Sentencia Audiencia Provincial                 |
| SSTC     | Sentencias Tribunal Constitucional             |
| SSTS     | Sentencias Tribunal Supremo                    |
| STC      | Sentencia Tribunal Constitucional              |
| STEDH    | Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| STS      | Sentencia Tribunal Supremo                     |
| T.       | Tomo   |
| TC       | Tribunal Constitucional                        |
| TEDH     | Tribunal Europeo de Derechos Humanos           |
| TS       | Tribunal Supremo                               |
| UNESCO   | ONU para la Educación, Ciencia y Cultura       |
| Vol.     | Volumen  |

## II. ANTECEDENTES DE HECHO

Se examina en este trabajo un supuesto de hecho relativo a un caso de gestación subrogada, comúnmente conocido como vientre de alquiler.

En nuestra legislación el concepto legal de la gestación por sustitución se halla en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*<sup>1</sup>, que la define como 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*”.

Una definición más amplia la encontramos en la SAP de Valencia 826/2011 de 23 de noviembre [Roj: SAP V 5738, 2011] que declara que consiste en “*el contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos*”.

En cuanto a las modalidades que puede revestir podemos distinguir dos clasificaciones:

- a) Por un lado, variante gestacional o tradicional. En la primera, la gestante únicamente llevará a cabo el embarazo sin vinculación genética con menor de ningún tipo. En la segunda, la madre subrogada aporta tanto su útero como su material genético.
- b) Por otro lado, gestación por sustitución altruista donde el embarazo se realiza sin contraprestación alguna (aunque permitiendo ciertos ordenamientos jurídicos que se satisfagan los gastos estrictamente necesarios derivados de la gestación); o bien, bajo la modalidad conocida como subrogación comercial, en la que la madre subrogada llevará a cabo el embarazo a cambio de un precio.

Hechas las anteriores consideraciones previas procedemos a exponer el caso a examinar.

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

---

<sup>1</sup> BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006; en adelante LTRHA.

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.

Para empezar, se pregunta en qué medida se puede considerar que Flavio es hijo de Andrea y Alberto. Para examinar esta cuestión se procederá a averiguar si, en primer lugar, el hecho de que en el acuerdo figuren como padres o de que la gestante renuncie a su maternidad les atribuye la filiación. En segundo lugar, y hechas las anteriores consideraciones, detallaremos la determinación legal de la filiación para los casos de gestación por sustitución.

A continuación, se consulta sobre las condiciones para la inscripción del nacimiento en España y el cumplimiento o la falta de cumplimiento de los requisitos en la hipótesis. Para responder a este segundo aspecto debemos partir de la Instrucción de 5 octubre 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*<sup>2</sup>. Para comprender mejor el contenido de esta norma analizaré las circunstancias en las que fue dictada y las tres tesis sobre los efectos legales en España de la filiación acreditada en el extranjero en virtud de gestación subrogada. Por último, detallaré los fundamentos y requisitos de la Instrucción para terminar diciendo por qué considero que en el caso concreto no se cumplen. Igualmente, y dada la inminente entrada en vigor de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro Civil*<sup>3</sup>, haré referencia al procedimiento de reconocimiento para la inscripción de documentos judiciales y extrajudiciales extranjeros.

En tercer lugar, responderemos a la pregunta de la relevancia penal en España de las acciones de la pareja comitente en relación al contrato de maternidad subrogada, descartando otra de las figuras penales que podría verse implicada. Asimismo, se indicará la pena prevista para el delito.

Después, se desarrollará detalladamente la calificación jurídica de los hechos calificados de maltrato en el caso así como la penalidad de los mismos.

Por último, mostraré las censuras que reciben tanto el argumento del altruismo como el del libre mercado para finalizar exponiendo de forma crítica si, en un caso como el presente, es más adecuada una u otra variante.

---

<sup>2</sup> BOE núm. 243 de 7 de octubre de 2010, pp. 84803 a 84805; en adelante IDGRN.

<sup>3</sup> BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011; en adelante LRC.

### III. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

#### 3.1. La nulidad del contrato

Se celebra entre las partes un acuerdo sobre un vientre de alquiler. Establece el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*<sup>4</sup>: “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”.

Se utiliza de esta forma el término “contrato” para aludir a la relación que se entabla entre la pareja comitente (Andrea y Alberto) y la madre sustituta o gestante (Jana). En efecto, es mucho más amplio el sector doctrinal que considera que la maternidad subrogada es un contrato que aquellos que lo cuestionan.<sup>5</sup>

Debemos partir de la premisa básica y fundamental de que en Derecho español este acuerdo es nulo.

En los sistemas Romano-Germánicos predomina esta prohibición, lo que no ocurre en los sistemas Anglosajones, aunque haya una línea de orientación diferente en Inglaterra y en los Estados Unidos. En Inglaterra se admite, eventualmente, a título gratuito y en Estados Unidos la solución varía en cada Estado.<sup>6</sup>

Como señalaba, esta práctica es nula, sin posibilidad de excepción (art. 6.3 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 *por el que se publica el Código Civil*<sup>7</sup>).

Ello es así, en primer lugar, por la ilicitud del objeto. Según el artículo 1271 del CC: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”. Continúa diciendo: “Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”. En el caso que nos ocupa nos encontramos ante una *res extra commercium*. Tanto el estado civil como los bienes de la personalidad están sustraídos de la libre disponibilidad.

En segundo lugar, el pacto también es nulo en cuanto ilícita es su causa. El artículo 1275 del CC ordena que: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

Llegados a este punto, podemos afirmar que, conforme a Derecho español, el hecho de que en el contrato figuren como padres Andrea y Alberto no les confiere la filiación de Flavio, precisamente por las razones esgrimidas.

---

<sup>4</sup> BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006; en adelante LTRHA.

<sup>5</sup> GARCÍA PÉREZ, C. L.: “Artículo 10. Gestación por sustitución”, en AA VV, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (COBACHO GÓMEZ, J. A., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 368.

<sup>6</sup> GERALDES FALCAO, M. F.: *Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*, Universidad de Salamanca, 2014, p. 157, [https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/122968/1/DP\\_Geraldesmarta\\_tecnicasreproduccionasistida.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/122968/1/DP_Geraldesmarta_tecnicasreproduccionasistida.pdf) (consultado por última vez: 13/03/2018).

<sup>7</sup> BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889; en adelante CC.



### 3.2. La renuncia a la maternidad de la gestante

El anteriormente citado artículo 10.1 de la LTRHA centra la cuestión en la renuncia a la filiación materna por parte de la gestante a favor de la madre intencional.

Con fundamento en ello, se ha afirmado que realmente la nulidad no abarca a todo el contrato, sino únicamente a la cláusula de renuncia a la filiación materna. Sin embargo, aunque el contrato no incluya una cláusula de este tipo (contraria al art. 1255 del CC), si en su ejecución se llega a esa misma consecuencia (renuncia a la filiación materna), sería nulo no sólo ese efecto sino que lo serían todas las cláusulas del convenio.

Pero, ¿implica la renuncia de la madre gestante una atribución de la filiación a favor de los padres intencionales?

Las normas relativas al estado civil de las personas se caracterizan por ser de naturaleza imperativa, son normas de orden público<sup>8</sup>. Se trata de facultades personalísimas, intransferibles y excluidas del comercio de los hombres (art. 1271 CC), quienes no pueden disponer de ellas por cesión o venta (STS de 29 de octubre de 1928 [RJ 1928, 147]).<sup>9</sup>

Existe una imposibilidad de renunciar *a priori* a la maternidad a favor de otro sujeto determinado. Todavía más, la STS de 21 de septiembre de 1999 [RJ 1999, 6944] señalaba que la mujer que da a luz no puede “no asumir su maternidad” y las responsabilidades inherentes a la misma.

*A posteriori*, producido el parto, la madre sólo podrá dar su asentimiento a la adopción cuando hubieran transcurrido seis semanas desde el alumbramiento (art. 177.2.2ª del CC).<sup>10</sup>

Así, que la gestante renuncie en el pacto no implica un reconocimiento de la filiación a favor de la otra parte contratante, la pareja, pues estamos ante una materia indisponible.

### 3.3. Determinación legal de la filiación a favor de la madre gestante y, en su caso, del padre biológico

El artículo 10.2 de la LTRHA señala en cuanto a la filiación materna que: “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”.

Tanto en la LTRHA como el CC, a la hora de la determinación de la filiación materna, giran y construyen su reglamentación alrededor del hecho del alumbramiento.

Desde la perspectiva legal, en el establecimiento de la filiación no hay dudas: la madre gestante es la madre legal, idea que deriva del principio *mater semper certa est*. La célebre máxima paulina resulta la más notoria, como determinante de lo certero frente a la incertidumbre de la paternidad, que se infería de otros hechos: “*Siempre es cierta la madre aunque hubiere concebido ilegítimamente, pero padre es el que resulta serlo por matrimonio*” (Digesto 2, 4, 5: Paulo).

---

<sup>8</sup> Vid. 1814CC.

<sup>9</sup> GARCÍA PÉREZ, C. L.: “Artículo 10. Gestación por sustitución”, *op. cit.*, p.380.

<sup>10</sup> HUALDE MANSO, T.: “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2012, Ed. Aranzadi, 2012, [BIB 2012\132].

---

A pesar de derivar de ella, la gestación subrogada ha supuesto una crisis de esta regla en el mundo actual<sup>11</sup>. El propio TS en su sentencia de 6 de febrero de 2014 [RJ 2014, 833], reconoció que: *“las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación. De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural”*.

Se evidenciaba que, en este tipo de supuestos, la maternidad excedía del hecho del parto. Se admite por el propio TS la realidad de la ruptura del principio paulino en los supuestos de maternidad subrogada, pero la resolución la combate (esa ruptura) cuando, acto seguido, reconduce dicha situación como un negocio que cosifica a la mujer gestante y vulnera el orden público (dando lugar a la desestimación final del recurso).

Después de observar el origen de esta atribución de la filiación materna a la madre gestante debemos atender a la razón que ha llevado al legislador a tomar tal decisión.

Pues bien, la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, *sobre Técnicas de Reproducción Asistida*<sup>12</sup> señalaba en su Exposición de Motivos lo ulterior: *“la maternidad y la paternidad biológicas pueden serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cual es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan. En cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo”*. En definitiva, ésta es la razón esgrimida por el legislador para atribuir una mayor importancia a la gestante y otorgarle la filiación del menor.

Ahora bien, cabe hacer una reseña crítica al respecto y es que el ordenamiento español no toma en consideración el origen del gameto femenino utilizado para la procreación, siendo indiferente que sea el de la propia madre gestante, el de la madre intencional o el de una mujer anónima (como el caso que nos ocupa). No cabe duda de que el ligamen de sangre con la madre genética no puede ser considerado en términos de absoluta irrelevancia, sin embargo la ley no le da importancia alguna.

---

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, p. 151, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2264/1204> (consultado por última vez: 23/03/2018).

<sup>12</sup> BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988, pp. 33373 a 33378; en adelante LTRA.

De este modo, la madre de deseo o madre no gestante -que pudo incluso donar su material genético para la procreación- carece de cualquier derecho a reclamar la maternidad a su favor. Esta solución, criticada por algunos autores para quienes madre no sólo debe ser la que alumbró, se ha visto ratificada y concretada por la DGRN en diversas resoluciones (5 de junio de 2006, 11 de enero de 2007).<sup>13</sup>

En cuanto a la paternidad, el artículo 10.3 de la LTRHA formula: “*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”.

Si, como vimos, el contrato es nulo valdrá la presunción legal del artículo 116 del CC según el cual: “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*”. Podría el cónyuge de la gestante (si es que tiene) impugnar la paternidad en los seis meses después del nacimiento (art. 117 CC). Evidentemente, en el caso en que no haya dado su consentimiento expreso para ese efecto, pues en tal supuesto le sería vedada la posibilidad de impugnación (artículo 8.1 LTRHA).

A pesar de esta suposición inicial de la paternidad a favor del cónyuge de la gestante, estamos ante una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario (art. 10.3 LTRHA)<sup>14</sup>. Por lo tanto, el padre que aportó sus gametos podrá destruir esta presunción y reclamar la filiación. Es de destacar que esta reclamación de la filiación corresponde tanto al padre como al hijo. Estas acciones son las generales de determinación legal de la filiación establecida en los artículos 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*<sup>15</sup> y tendrán competencia para su conocimiento los Tribunales españoles, como regula el artículo 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*<sup>16</sup>.

En suma, nacido un niño mediante contrato de gestación será legalmente considerada como madre la mujer que alumbró al niño y determinado como padre quien ejercite con éxito una acción de reclamación de paternidad.

La solución ofrecida por la ley nos plantea un problema y es el caso en que se celebre un contrato de gestación entre la gestante y la pareja, en el cual los gametos masculinos han sido aportados por el hombre y se reclame la paternidad. Podría darse la delicada situación en la que el menor tendría madre y padre, pero fuera de un contexto familiar tradicional, ya que pudiendo no haber conexión emocional (o de otro tipo) entre la madre gestante y el padre (miembro de la pareja comitente), estarían padre e hijo ligados por un mero vínculo jurídico.

---

<sup>13</sup> HUALDE MANSO, T.: “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *op. cit.*

<sup>14</sup> GERALDES FALCAO, M. F.: *Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*, *op. cit.*, pp. 245, 246, 247 (consultado por última vez: 23/03/2018).

REGALADO TORRES, M. D.: “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, en *Femeris*, vol. 2, nº 2, 2016, p. 24, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/view/3756/2356> (consultado por última vez: 23/03/2018).

<sup>15</sup> BOE núm. 7, de 08 de enero del 2000; en adelante LEC.

<sup>16</sup> BOE núm. 157, de 02 de julio de 1985; en adelante LOPJ.

---

## IV. LA INSCRIPCIÓN EN ESPAÑA DE LOS NACIMIENTOS PRODUCIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

### 4.1. La importancia de la inscripción en el Registro

La *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>17</sup> y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966<sup>18</sup> establecen el deber de respeto a la identidad del niño, así como su derecho a tener un nombre y a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento. Con la práctica de la inscripción en el Registro Civil español, además de dar cumplimiento a las referidas normas internacionales, se satisfacen las normas nacionales, como el artículo 39 de la *Constitución Española*<sup>19</sup> que prevé “*la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y de las madres*”, así como su derecho a investigar la paternidad y a gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, o las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor*, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>20</sup>, en cuyo artículo 2 reconoce la primacía del interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, la inscripción registral establece una presunción *iuris tantum* de exactitud y legalidad de los hechos inscritos, permitiendo a los que figuran como padres, mostrar a su hijo como tal a todos los efectos legales. No se trata solo de un mecanismo para dejar constancia, sino también, una vía para acceder al conjunto de derechos y obligaciones que comporta la filiación.

### 4.2. Antecedentes que dieron lugar a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

El 24 de octubre de 2008, dos varones españoles casados entre sí, solicitaron en el Registro Civil consular de Los Ángeles (California, Estados Unidos) la inscripción del nacimiento de dos hijos, nacidos en dicho estado norteamericano mediante gestación subrogada. Adjuntaron a la solicitud documentos consistentes en certificados de nacimiento de los menores expedidos por la autoridad registral de California, en los que aparecían como hijos de los solicitantes. El Encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción solicitada, con invocación de la prohibición establecida en el artículo 10 de la LTRHA.

Tras esta negativa, recurren ante la DGRN que dictó resolución el 18 de febrero de 2009 [RJ 2009, 1735] estimando el recurso y ordenando que se procediera a la inscripción. La resolución consideraba que dicho resultado (la inscripción) no vulneraba el orden público internacional español, sino que evitaba una discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor.

Se decía que el registrador debía proceder a la inscripción aunque le constase que no era real lo expresado en la resolución extranjera. El fundamento en el que se sustenta este

---

<sup>17</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904; en adelante CDN.

<sup>18</sup> BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, pp. 9337 a 9343.

<sup>19</sup> BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978; en adelante CE.

<sup>20</sup> BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

fallo lo encuentra la DGRN en el artículo 81 del Decreto, de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil<sup>21</sup>, que establece que: “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados internacionales”. En virtud de este precepto, entiende la DGRN que la misión del Encargado del Registro Civil consular se tiene que limitar a realizar un control formal de legalidad de la decisión registral extranjera en forma de certificación registral, sin entrar a valorar si el contenido de ésta se adecúa o no al derecho positivo de nuestro ordenamiento jurídico. No se exige que la solución dada en la certificación extranjera sea idéntica a la ofrecida por las normas jurídicas españolas.

El Ministerio Fiscal presentó demanda en la que impugnaba dicha resolución. Consideraba que el contenido de la decisión de la DGRN era contrario al orden público español y que por tanto no procedía la inscripción de la filiación en ella acordada.

Resolvió el asunto el JPI núm. 15 de Valencia mediante sentencia dictada el 15 de septiembre de 2010 [AC 2010, 1707], que fue confirmada por la SAP Valencia, Sección 10ª, de 23 noviembre 2011 [AC 2011, 156]. Ambas sentencias estimaron que la citada RDGRN de 18 febrero 2009 era nula y así lo declararon.

Mientras se resolvía el recurso, la DGRN volvió a pronunciarse sobre la gestación subrogada a través de una Instrucción de 5 octubre 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>22</sup>. Esta instrucción produjo un impacto inmediato, muy positivo, en la práctica registral cotidiana de las autoridades españolas.<sup>23</sup>

La SAP de Valencia fue recurrida ante el TS que dictaminó que la resolución registral extranjera en la que constaba la filiación de estos menores en favor de sus comitentes con arreglo al Derecho extranjero vulneraba el orden público internacional español, dicha resolución registral no podía operar como título apto para inscribir tal filiación en el Registro Civil español. Daba la razón así al Ministerio Fiscal.

Posteriormente, entra en escena el TEDH a través de tres sentencias: STEDH de 26 de junio de 2014, asunto 65192/11, *Menesson vs. Francia*; STEDH de 26 de junio de 2014, asunto 65941/11, *Labassee vs. Francia*; STEDH de 27 de enero de 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*. Ninguno de estos casos tiene relación directa con España. Sin embargo, su incidencia en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución en España es innegable. En las citadas sentencias, el TEDH viene a concluir que la certificación registral expedida por autoridades de un Estado en la que consta la filiación de los menores en favor de los comitentes debe siempre producir efectos jurídicos en un Estado parte en el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>24</sup>. La razón es que solo con dichos efectos jurídicos se garantiza el respeto al derecho a la vida privada de los menores. De modo adicional, subraya el TEDH que

---

<sup>21</sup> BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958; en adelante RRC.

<sup>22</sup> BOE núm. 243 de 7 de octubre de 2010, pp. 84803 a 84805; en adelante IDGRN.

<sup>23</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº2, 2015, p. 53, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558> (consultado por última vez: 03/04/2018).

<sup>24</sup> BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999, pp. 16808 a 16816 ; en adelante CEDH.

---

muchas veces es también necesario conceder tales efectos para proteger así el derecho a la vida familiar de los menores y de sus comitentes, pues todos ellos constituyen una familia *de facto* que tiene derecho a ser protegida. En definitiva, el TEDH indica que la aceptación en un Estado parte de la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución y que consta en una certificación registral dictada en otro Estado, no vulnera, en principio, el orden público internacional del Estado de destino.

Tras esto, los dos españoles a quienes en España se les denegó la inscripción promueven incidente de nulidad de actuaciones contra la ya citada STS de 6 de febrero de 2014. En este trámite, el tribunal solo puede entrar a examinar si la sentencia ha infringido derechos fundamentales, pues esta cuestión es el único objeto posible del incidente de nulidad de actuaciones (FD II ATS de 21 de febrero de 2015 [RJ 2015,141]). Se alegaba la vulneración de tres derechos fundamentales: derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE); derecho a la igualdad sin discriminación (art. 14 CE); por último, vulneración del derecho a la intimidad familiar. Lo más destacado de este auto en relación con el caso que se nos plantea es que el Alto Tribunal señala que los casos resueltos por el TEDH y el TS en sentencia de 6 de febrero de 2014 no son equiparables. A juicio del Supremo, no se produce una desprotección de los menores, puesto que pueden figurar como hijos biológicos del padre que lo fuera realmente, y adoptivos del que es su pareja, protegiendo así en todo momento su núcleo familiar. Se formula expresamente que: *“No existe una situación de incertidumbre equiparable a la de los menores de los casos resueltos por el Tribunal de Estrasburgo, que se veían imposibilitados de por vida para ver reconocida su filiación por el ordenamiento jurídico nacional, con las consecuencias que ello traía respecto de la adquisición de la nacionalidad francesa y sus derechos sucesorios. En nuestro caso, los inconvenientes que puedan surgir en el proceso de fijación de la filiación biológica paterna y de adopción son transitorios, superables (...)”*. De esta forma, explica el Tribunal, *“una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos”*. Por lo tanto, según el TS, a los menores no se deja en situación de desprotección, sino que existen otros mecanismos para garantizar sus derechos y su interés como tales. En suma, negar en España la inscripción de los menores no atenta contra sus derechos y las sentencias de Estrasburgo, aunque deben ser tenidas en cuenta, no son aplicables al caso de los menores valencianos al tratarse de supuestos diferentes.

### **4.3. Las diversas tesis sobre los efectos legales en España de la filiación acreditada en el extranjero en virtud de gestación por sustitución**

Tesis legeforista: la filiación de estos menores debe determinarse conforme a la ley española. Se basa en los siguientes argumentos:

- a. Negación del carácter de “decisión” del documento registral extranjero: el Encargado del Registro Civil debe comprobar no solo la autenticidad formal sino también la realidad del hecho que en él figura.
- b. Lucha contra el fraude de ley: los españoles salen del país con el objetivo de evitar que se les aplique el artículo 10 de la LTRHA y de lograr así una filiación a su favor. Se trata, pues, de un fraude de Ley que debe ser sancionado con la ineficacia, en España, de la filiación atribuida al menor en el extranjero y con la aplicación del art. 10 Ley 14/2006, norma legal que se trató de eludir, pues: *“los*

*actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir” (art. 6.4 CC).*

Esta tesis ha sido defendida por autores como: ESPINAR VICENTE, J. M.; LASARTE ÁLVAREZ, E.; FARNÓS AMORÓS, A. J.; VELA SÁNCHEZ, A. J.

También ha sido apoyada por la antes citada SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011.

Tesis de los efectos en España de la filiación determinada en el extranjero mediante decisión registral.

Otros especialistas han subrayado que existen normas legales específicas en España que permiten trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución tal y como consta en la certificación registral extranjera. Tales normas españolas son los arts. 81 y 85 del RRC. Estas disposiciones legales exigen el control de ciertos extremos y, especialmente, exigen el respeto del orden público internacional español para poder trasladar al Registro Civil español la filiación que consta en el Registro Civil extranjero en relación con los nacidos en virtud de gestación por sustitución. Esta fue la tesis defendida por la RDGRN de 18 de febrero de 2009, por la STS de 6 de febrero de 2014 y por las STEDH. Para la inscripción basta pues con la certificación registral extranjera.

Sin embargo, en este punto las discrepancias en torno a la figura del orden público español entran en juego. Por un lado, para la DGRN no solo no se vulnera el orden público español, sino que es necesario el reconocimiento para proteger el interés superior del menor (en una línea similar se manifiesta el TEDH). Por otro lado, para el TS se vulnera este orden público y basa sus argumentos en tres discursos: discurso de la dignidad, discurso de la discriminación económica, discurso del fraude.

Asimismo, el TS realiza algunas consideraciones sobre el alegado interés superior del menor diciendo que este principio está subordinado a otro interés, éste sí verdaderamente superior para el TS: la autoridad de la ley, el imperio de la ley. En efecto, para el TS, el interés superior del menor no puede emplearse para desviarse de la solución concreta prevista en la ley.

Tesis de la exigencia de resolución judicial extranjera. IDGRN de 5 de octubre de 2010.

Otros expertos sostienen que es posible trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero a través de vientres de alquiler tal y como consta en el Registro Civil extranjero.

Ahora bien, para ello, es necesario que se presente ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acredite dicha filiación y que se compruebe que la mujer gestante prestó su consentimiento de forma libre y voluntaria.

Esta es la tesis seguida por la IDGRN. La DGRN cambió así de criterio con respecto a la RDGRN de 18 de febrero de 2009.

#### **4.4. La Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución**

Según la Consulta de la DGRN de 11 de julio de 2014, esta Instrucción sigue plenamente vigente a pesar de la STS de 6 de febrero de 2014.

En primer lugar, por una razón formal, porque una sola sentencia del TS no crea jurisprudencia. Igualmente, los tribunales no pueden derogar normas legales salvo en los casos expresamente admitidos en el ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, por una razón procesal, porque la IDGRN se refiere al acceso al Registro Civil español de sentencias o resoluciones judiciales extranjeras en las que consta la filiación de los nacidos por gestación subrogada mientras que la STS se refiere al acceso al Registro cuando dicha filiación consta en documentos registrales (distinto objeto).

Por todo ello, la citada Instrucción está “plenamente vigente y debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación” (Consulta DGRN de 11 de julio de 2014).

##### **4.4.1. Requisitos**

Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución especialmente “*la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres*”, se determinan los instrumentos necesarios para la que la filiación establecida en el extranjero tenga acceso al Registro Civil cuando al menos uno de los progenitores sea de nacionalidad española. Se dispone que: “*la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores*”. Por otro lado, se exige que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico (artículo 7, número 1, de la CDN, y artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de *Adopción Internacional*<sup>25</sup>).

Tras esta exposición, donde se señalan los motivos y finalidades de la misma, la Instrucción indica en sus dos directrices los requisitos para la inscripción.

En primer lugar, se exige una resolución judicial extranjera sobre la filiación. Debe acreditarse la filiación del menor en relación con el padre biológico. En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante (directriz segunda). Este requisito encuentra su fundamento en el artículo 10.3 de la LTRHA y tiene como finalidad la de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de

---

<sup>25</sup> BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.



revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

En segundo lugar, la exigencia de exequátur en España de la resolución judicial extranjera. Argumenta la DGRN que la resolución judicial extranjera que se pretenda que sea reconocida en España debe haber obtenido el exequátur en nuestro país a través de los Convenios Internacionales vigentes en España o a falta de estos, a través del proceso contemplado en Título V de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de *Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*<sup>26</sup>. Junto con la solicitud de inscripción deberá adjuntarse el auto judicial definitivo expedido por la autoridad judicial española que ponga fin al proceso de exequátur.<sup>27</sup>

No obstante, si la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción. Los extremos a controlar por el Encargado del Registro Civil en este control incidental son los siguientes: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

De este modo, si el Encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera ha sido dictada en el marco de un proceso jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de dicha resolución en el Registro ya que la resolución en cuestión requerirá un previo exequátur. Por el contrario, si el Encargado del Registro Civil estima que la resolución extranjera tiene su origen en un proceso análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción, tal y como se ha visto anteriormente.

Ello no impedirá que el padre biológico pueda intentar dicha inscripción mediante la acción de reclamación de la paternidad, regulada en el artículo 10.3 de la LTRHA y artículos 764 y siguientes de la LEC, siendo competentes los tribunales españoles, en

---

<sup>26</sup> BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015, pp. 65906 a 65942.

Esta norma, entre otras medidas, deroga el procedimiento de exequátur regulado en los artículos 951 a 958 del Real Decreto de 3 de febrero de 1881, de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que se mantenían en vigor tras la LEC).

<sup>27</sup> PAZ MARTÍN, P.: *Maternidad subrogada: eficacia en España de las certificaciones extranjeras*, Universidad de Girona, 2015, pp. 27 y 28, [https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/11825/Paz\\_Martin.pdf?sequence=1](https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/11825/Paz_Martin.pdf?sequence=1) (consultado por última vez: 12/04/2018).

---

virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el art. 22 de la LOPJ.<sup>28</sup>

#### 4.4.2. La falta de cumplimiento de los requisitos en el caso concreto

Conviene analizar en este punto si en el caso que se nos presenta y que tiene lugar en Grecia se cumplían las condiciones de la IDGRN.

Así, en primer lugar, en cuanto a la exigencia de que, al menos, uno de los progenitores sea español, se satisface puesto que Alberto aportó su espermatozoides al proceso de gestación siendo el óvulo de una donante anónima. En segundo lugar, el requisito de la resolución judicial previa a la inscripción. En Grecia, un juez debe dar permiso para poder hacer la transferencia de los embriones al útero de la gestante. En principio, esta sentencia cumple los requisitos de la sentencia exigida por la DGRN y, por tanto, permite la filiación directa en España<sup>29</sup>. Es más, en respuesta a una pregunta escrita formulada en septiembre de 2016 por una diputada del Grupo Parlamentario socialista, el Gobierno cifró en 979 los hijos inscritos desde 2010 por gestación subrogada<sup>30</sup>. Esos menores provienen de países distintos donde se permite esta técnica, entre ellos, Grecia. Por esta razón, vemos que esta resolución emitida por el juez griego sí cumple los requisitos de la Instrucción de 2010.

Como se ha señalado, uno de los requisitos de la citada resolución es comprobar el respeto al marco legal del país de origen. Por lo tanto, ¿cuál es este ordenamiento que se ha debido cumplir?

En Grecia la maternidad subrogada está regulada por dos leyes: la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005. En el año 2002 se promulga la Ley 3089/2002 de Reproducción Humana Médicamente Asistida de Grecia pero hasta 2014 no se permite recurrir a la gestación subrogada a los extranjeros.<sup>31</sup>

1. Solo se permite el acceso a parejas heterosexuales, ya estén casadas o no, y a mujeres solteras.
2. Está permitida la utilización de esta técnica sin aporte de material genético, mediante la donación de gametos, como en esta cuestión.
3. La edad de la madre de intención debe ser inferior a 50 años.
4. Certificado médico que justifique la incapacidad de gestar o que el embarazo supondría un riesgo para su salud o la del bebé.
5. El consentimiento de la madre gestante queda patente tanto en la resolución judicial como en el acuerdo privado con los padres comitentes siendo este beneplácito irrevocable.
6. La compensación económica a la gestante se dará por los días de trabajo perdidos y las molestias ocasionadas.

---

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A. S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2011, Ed. Aranzadi, 2011, [BIB 2011\1357].

<sup>29</sup> RODRIGO, A.: *Filiación y Registro Civil en casos de maternidad subrogada*, Babygest, 2017, <https://www.babygest.es/registro-civil-en-casos-de-maternidad-subrogada/#en-que-paises-se-da-la-resolucion-judicial-que-determina-la-filiacion> (consultado por última vez: 14/04/2018).

<sup>30</sup> ÁLVAREZ, P.: *El Gobierno cifra en 979 los hijos inscritos desde 2010 por gestación subrogada*, EL PAÍS, 2017, [https://politica.elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780\\_776827.html](https://politica.elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html) (consultado por última vez: 16/04/2018).

<sup>31</sup> CONDE MARTÍN, L. J.: “La gestación por sustitución, visión del panorama actual”, en *ELSA Spain Law Review*, 2017, p. 7, <http://lawreview.elsa-spain.org/wp-content/uploads/2017/06/Art11.pdf> (consultado por última vez: 14/04/2018).

En este caso, se alude como motivo para recurrir a esta técnica que “Andrea no quiere pasar por un embarazo y un parto” nada se dice a cerca de la incapacidad de gestar o de posibles riesgos para la salud. Si existe resolución judicial extranjera autorizando la transferencia embrionaria ésta ha sido emitida bajo engaño a los tribunales puesto que el juez o tribunal del país de origen en ningún caso habría permitido el proceso de haber sabido que la pareja es fértil, contraviniendo la legislación griega. La pareja española además de este fraude a los tribunales griegos habría cometido una falsedad documental en el certificado médico. Fallando este requisito principal ya no tendría lugar la inscripción.

Sin embargo, si efectivamente Andrea fuese estéril el tercer paso sería el reconocimiento en España de la resolución.

Al dictarse la misma en un proceso análogo a uno español de jurisdicción voluntaria (se trata de una mera autorización, una solemnidad, no hay un pleito) únicamente sería necesario ese control incidental al que anteriormente se ha aludido.

Según el propio Embajador de España en Atenas, la Sección Consular sita en Grecia podrá inscribir a los a los bebés nacidos fruto de un proceso de gestación subrogada mediante la aportación de los siguientes documentos:<sup>32</sup>

- Sentencia de un Tribunal griego tras un juicio de jurisdicción voluntaria. La sentencia debe llevar incorporada la Apostilla de la Haya y deberá estar traducida al español por el Ministerio de AAEE griego.
- Acuerdo escrito entre las partes traducido al español por un traductor jurado.
- Certificado literal de nacimiento. Con apostilla y traducido igualmente.
- Libro de familia. Si no existe, certificado literal de nacimiento de los progenitores.
- DNI o pasaporte de los progenitores.

#### 4.4.3. Crítica

La presente Instrucción ha supuesto un aumento de inscripciones de menores nacidos por medio de estas técnicas de gestación subrogada. Se ha resuelto así, un problema social y legal de numerosas personas. También ha generado otros efectos beneficiosos, como la obtención de licencias por maternidad<sup>33</sup>. Sin embargo, no ha estado exenta de críticas.

Buena parte de la doctrina, entre otros, Dña. Susana Salvador Gutiérrez, Magistrada encargada del Registro Civil único de Madrid, consideran que la comentada Instrucción se halla afectada de nulidad de pleno derecho por contravenir el artículo 10.1 de la LTRHA.<sup>34</sup>

Según CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ cabe hacer, al menos, las siguientes críticas:

---

<sup>32</sup> Vid. Anexo.

<sup>33</sup> LAMM, E.: “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol 4, 2016, p.72, <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/viewFile/14368/15395> (consultado por última vez: 09/04/2018).

<sup>34</sup> VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, pp. 917 y 918, <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/13293/12164> (consultado por última vez 17/04/2018).

---

*Primera crítica. El artículo 10 de la LTRHA no se aplica cuando la filiación de los nacidos por medio de vientres de alquiler ha sido declarada ya en el extranjero.* Ello es así porque en ese caso los tribunales españoles lo que tendrán que hacer es reconocer (o no) una resolución extranjera donde se contiene una filiación determinada ya en el extranjero.

*Segunda crítica. La exigencia de resolución judicial previa es contraria a la ley (arts. 81 y 85 RRC).* Estos artículos establecen la posibilidad de inscribir en el Registro Civil un nacimiento acaecido en el extranjero mediante presentación de acta registral extranjera que opera como título válido para la inscripción en España<sup>35</sup>. Ninguno de estos preceptos exige para la inscripción resolución judicial relativa a la gestación subrogada.

*Tercera crítica. Judicialización de la función registral.* Los jueces españoles son los que reconocen la resolución judicial extranjera y solo se inscribe el hecho del nacimiento tras este reconocimiento. Según estos autores, esta judicialización es contraria a la función primordial del Registro Civil: proporcionar certeza legal y seguridad jurídica en torno al estado civil de las personas sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria (arts. 2 y 92 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el *Registro Civil*<sup>36</sup>).

*Cuarta crítica. Judicialización en el extranjero.* Los sujetos de esta relación se ven obligados a acudir a un tribunal extranjero sin tener necesidad (pues no hay litigio ni lo exige el Derecho extranjero).

*Quinta crítica. Requisito de la resolución: imposible en ciertos casos.* Si bien como hemos visto, en el caso concreto no se cumplen los requisitos (aunque podrían cumplirse, porque ya hay niños inscritos nacidos en Grecia), en otros países, al no expedirse sentencia que acredite la filiación este requisito jamás podría cumplirse y nunca podría inscribirse al menor quedando así en un limbo jurídico. Ello sucede así, por ejemplo, en la India, cuyo ordenamiento jurídico carece de un procedimiento judicial destinado a acreditar la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución. Los españoles que han acudido a estas técnicas en la India no pueden beneficiarse del mecanismo recogido en la citada Instrucción.<sup>37</sup>

*Sexta crítica. Falta de alusión al orden público internacional como motivo de rechazo en el reconocimiento incidental.* En los extremos que debe controlar el Encargado del Registro Civil, de modo incidental, cuando se le presenta una resolución judicial extranjera dictada como consecuencia de un proceso de jurisdicción voluntaria o similar, no se ha incluido el orden público internacional.

---

<sup>35</sup> HEREDIA CERVANTES, I: *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*, BOE, ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. II, p.703, [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2013-20068700716](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-20068700716) (consultado por última vez: 16/04/2018).

<sup>36</sup> BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957, pp. 372 a 379; en adelante LRC/1957.

<sup>37</sup> Vid. Boletín Ministerio de Justicia: *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (de 1 de mayo de 2011 a 31 de mayo de 2011)*, pp. 16, 17 y 18, [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428450654?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones\\_de\\_la\\_Direccion\\_General\\_de\\_los\\_Registros\\_y\\_del\\_Notariado.\\_Mayo\\_de\\_2011.\\_Boletin\\_del\\_Mi.PDF&blobheadervalue2=1288776405392](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428450654?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones_de_la_Direccion_General_de_los_Registros_y_del_Notariado._Mayo_de_2011._Boletin_del_Mi.PDF&blobheadervalue2=1288776405392) (consultado por última vez: 17/04/2018).

*Séptima crítica. La competencia judicial internacional.* Uno de los puntos que el Encargado del Registro Civil español debe verificar es que “*el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española*”. Sin embargo, no pueden imponerse al resto del mundo los mismos criterios de competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

*Octava crítica. Confusión entre filiación paterna y filiación del padre biológico.* El artículo 10.3 de la LTRHA que, como se ha señalado, sirve de fundamento a la exigencia de resolución judicial extranjera, deja a salvo “*la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”. Es decir, el precepto solo exige resolución judicial para determinar la paternidad respecto del padre biológico (no para determinar la filiación paterna como incorrectamente indica la DGRN). Si el nacido ostenta nacionalidad española y la mujer que da a luz al mismo está casada, el padre (legal) de la criatura es el marido de ésta y no hace ninguna falta, diga lo que diga la DGRN, acudir a ningún tribunal ni obtener ninguna sentencia judicial que acredite la filiación paterna, ya que para eso existen las reglas de presunción de paternidad recogidas en el Código Civil. Sólo es preciso acudir a la vía judicial en el caso de que el varón que haya aportado material genético en un supuesto de gestación por sustitución impugne la paternidad atribuida *ope legis* al marido de la mujer que dio a luz.

#### **4.5. La nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil**

La exigencia de muchos juristas de una reforma de la LRC/1957 que se ajustase a la realidad social de la época dio lugar a la aprobación de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro Civil*<sup>38</sup>. Dicha ley fijaba, en su Disposición Final Décima, su entrada en vigor “*a los tres años de su publicación en el Boletín Oficial del Estado*” (22 de julio de 2014). Sin embargo, la entrada en vigor de esta norma se ha ido dilatando en el tiempo y está prevista para el 30 de junio de 2018 (con excepción de algunas partes del texto que ya están vigentes). Por este motivo, resulta de interés hacer una referencia al nuevo procedimiento para la inscripción de documentos judiciales y extrajudiciales extranjeros que deberá ser aplicado con respeto a la normativa comunitaria y a los tratados e instrumentos internacionales suscritos por España. Este nuevo procedimiento figura en el Título X de la Ley que lleva como rúbrica “*Normas de Derecho internacional privado*” (arts. 94 a 100 de la nueva LRC). Estos artículos se aplican sin perjuicio de las normas de la Unión Europea y de los tratados suscritos por España.

El art. 95 resuelve que los documentos extranjeros deberán presentarse oportunamente traducidos por órgano o funcionario competente, a no ser que al Encargado del Registro Civil le conste el contenido del documento, en cuyo caso podrá prescindirse de la traducción. Si el país cuya autoridad ha expedido el documento público extranjero ha suscrito el XII Convenio de La Haya de 1961<sup>39</sup>, bastará con que en el mismo conste la correspondiente apostilla, sin necesidad de legalización.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011; en adelante LRC.

<sup>39</sup> BOE núm. 229, de 25 de septiembre de 1978, pp. 22329 a 22333.

<sup>40</sup> VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, *op. cit.*, p. 922 (consultado por última vez 18/04/2018).

En relación con la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras, que es el tema que nos ocupa, el artículo 96 preceptúa que deberán ser firmes y si resultan de un procedimiento de jurisdicción voluntaria deberán ser definitivas. Respecto de las resoluciones que carezcan de firmeza o de carácter definitivo se procederá a su anotación registral en los términos previstos en el ordinal 5º del artículo 40.3, es decir, bajo una *“modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción”*.

Su inscripción se podrá instar previa superación del trámite de exequátur, o bien ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique los siguientes puntos: a) la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados, b) que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento y d) que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

La resolución del Encargado del Registro Civil deberá ser notificada a todos los interesados y afectados. Contra la misma se podrá interponer recurso ante la DGRN, o bien solicitar exequátur de la resolución judicial en cuestión.

Como vemos, el art. 96 permite, al margen del correspondiente exequátur, el reconocimiento incidental de una resolución judicial extranjera a través del Encargado del Registro Civil, es decir, a través de un órgano no jurisdiccional, cuando el reconocimiento del mandato de un poder judicial extranjero solo puede ser asumido por el poder judicial español. Según ESPINAR VICENTE, puede incluso que la norma manifieste ciertos principios de inconstitucionalidad.<sup>41</sup>

Con la redacción del art. 96 de la LRC de 2011 debemos plantearnos los posibles problemas de coexistencia con la IDGRN de 2010. En el primer caso, se permite la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras a través de un mero control incidental, sea dicha resolución resultado de un procedimiento contencioso o voluntario; en el segundo caso, será necesario, como vimos, acudir al exequátur salvo que la resolución tenga su *“origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria”*, en cuyo caso el Encargado del Registro Civil *“controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España”*. Con esta normativa vigente puede plantearse la paradoja de que acudiendo al art. 96 de la LRC de 2011 (por ser de rango superior) pueda reconocerse tras un mero control incidental. Sin embargo, al aludir ese control incidental al *“orden público español”* como motivo de denegación nos topáramos de frente con el artículo 10.1 de la LTRHA que impediría el reconocimiento de la resolución.

---

<sup>41</sup> VÁZQUEZ MUIÑA, T: *La inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución*, Universidad Complutense de Madrid, 2013, pp. 111 y ss., [http://eprints.ucm.es/23416/1/LA\\_INSCRIPCION\\_EN\\_EL\\_REGISTRO\\_CIVIL\\_ESPAOL\\_DE\\_LOS\\_HIJOS\\_NACIDOS\\_EN\\_EL\\_EXTRANJERO\\_MEDIANTE\\_GESTACION\\_POR\\_SUSTITUCION.pdf](http://eprints.ucm.es/23416/1/LA_INSCRIPCION_EN_EL_REGISTRO_CIVIL_ESPAOL_DE_LOS_HIJOS_NACIDOS_EN_EL_EXTRANJERO_MEDIANTE_GESTACION_POR_SUSTITUCION.pdf) (consultado por última vez: 20/04/2018).

## V. LOS DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES IMPLICADOS EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

### 5.1. Evolución histórica de los delitos contra las relaciones familiares

Tradicionalmente, el cumplimiento de los deberes familiares era una cuestión jurídico-privada, marginal al Derecho Penal. Quitando algunos casos excepcionales, se consideraba incluso que una excesiva intromisión del Estado en el ámbito familiar podía tener malas consecuencias. Ésta fue la idea que dominó la Codificación penal del siglo XIX. En la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del *Código Penal*<sup>42</sup> se pretende llevar a cabo un reagrupamiento de los delitos que inciden en el ámbito familiar con la creación del Título XII “Delitos contra las relaciones familiares”. Pero, aunque pudiese pensarse que se trata de proteger aquí a la familia como un todo, siguiendo las pautas del art. 39.1 de la CE (“*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”), como se desprende de la propia rúbrica del Título y de la naturaleza de *ultima ratio* del Derecho Penal, prevalece más la protección de bienes jurídicos como el estado civil o la seguridad material de sus miembros, que la propia familia como un todo.

Además, del principio de intervención mínima se deduce que la intervención jurídico-penal en el ámbito familiar debe ser muy parca y limitada a la protección de bienes personales, pues, de lo contrario, se puede producir una moralización de las normas jurídico-penales y una perversión de su función en el marco del ordenamiento jurídico.<sup>43</sup>

Por todo ello, el contenido del Título XII se clasifica en función de los bienes jurídicos implicados: por un lado, el estado civil y familiar; por otro, los derechos y deberes familiares que afectan a la seguridad material. En nuestro estudio nos interesaremos por el primer grupo, donde se integran los delitos de suposición al parto y alteración de la filiación.

### 5.2. De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor

Los delitos recogidos en el Capítulo II se caracterizan por constituir una alteración del estado civil de una persona derivado de la filiación, bien privándole del que le corresponde, bien atribuyéndole uno diferente. A esta idea responden los delitos de previstos en el art. 220, mientras que el tipificado en el art. 221, en la medida en que no afecta a la filiación ni tampoco a la seguridad de un menor, constituye más bien la penalización de una práctica bastante extendida, entre otras cosas por las deficiencias y lentitud del sistema de adopción, como es la venta de niños.

En esta materia debemos tener en cuenta que, por imperativo del art. 5 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 *por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*<sup>44</sup>, los problemas civiles que se planteen en torno al estado civil deberán ser

---

<sup>42</sup> BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; en adelante CP.

<sup>43</sup> MUÑOZ CONDE F.: *Derecho Penal: Parte Especial*, 15ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 297 y 298.

<sup>44</sup> BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882; en adelante LECrim.

resueltos por los tribunales de dicho orden, mediante la correspondiente cuestión prejudicial.

### 5.2.1. El delito de suposición de parto

El delito de suposición de parto (art. 220.1 CP) consiste en simular el alumbramiento de un niño, lo cual puede hacerse inventado el hecho mismo del parto y la existencia del propio menor (por ejemplo, para obtener ayudas o beneficios fiscales), o bien, pretendiéndose modificar la filiación del pequeño<sup>45</sup>.

En el primer caso, la conducta desde esta figura penal es atípica, sin perjuicio de que pudiera producirse un delito de falsedad, de estafa, defraudación tributaria, etc.

En el segundo caso, sí existe un menor cuyos derechos, nacidos de la filiación, son puestos en peligro o lesionados.

La suposición de embarazo entiende PUIG PEÑA que constituye tentativa, pero parece más acertada la posición de GROIZARD, seguida por MUÑOZ CONDE, de considerarlo como acto preparatorio impune.<sup>46</sup>

El sujeto activo solo puede ser la supuesta madre (aunque autores como QUERALT sostienen que puede ser también otra persona), en tanto que será sujeto pasivo el propio niño cuyo parto ha sido objeto de simulación. Dada la necesaria existencia de un menor cuya filiación se pretende cambiar, parece imprescindible la colaboración de una tercera persona que haya proporcionado al niño, la cual deberá responder como cooperadora necesaria.<sup>47</sup>

La SAP de A Coruña, de 16 de octubre, [ARP 2003, 321] dispone que: “*Al radicar el núcleo del injusto en el ataque a los derechos del recién nacido*”, no se precisa para su comisión “*el fingimiento del parto como hecho fisiológico caracterizado por determinados elementos externos*”. Sí resulta necesario presentar al niño como fruto del alumbramiento, sin que baste fingir o simular un parto o embarazo (SAP de Ourense de 9 de junio de 2004 [Roj: SAP OU 572/2004]).

El delito se consuma sin que sea precisa la inscripción del niño en el Registro Civil; si esto último se lleva a cabo habrá un concurso con un delito de falsedad en documento público.

Sin embargo, defienden algunos autores como BOIX REIG y JAREÑO LEAL, que la falsedad documental que se produzca deberá considerarse como acto posterior necesario, siendo preciso acudir a las reglas que disciplinan el concurso aparente de leyes penales. La posición de estos autores se basa en la necesidad, para que se consuma el delito de suposición de parto, de que éste se plasme documentalmente, por lo que la falsedad sería inherente a aquél. Como ya se ha dicho, si bien es cierto que el delito implica la realización de una conducta falsaria, no lo es que ésta tenga carácter típico, por lo que la falsedad documental posterior no es necesaria.

---

<sup>45</sup> RAMÓN RIBAS, E.: “Comentario al artículo 220 del Código Penal”, en AA VV, *Comentarios al Código Penal Español*, T. I (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 1583.

<sup>46</sup> LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 160.

<sup>47</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, Á. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Ed. Aranzadi, 2011, [BIB 2011\1578].



La suposición de un parto está castigada con penas de prisión que van de los seis meses a los dos años.

Estamos ante un delito de ejecución instantánea o, dicho de otro modo, no es un delito de consumación permanente o extendida en el tiempo, circunstancia que influye de manera decisoria en la determinación y cómputo de los plazos de prescripción. A estos efectos, señala el art. 132.1 del CP que el cómputo de los plazos de prescripción se iniciará desde el día de la comisión del delito. Por lo expuesto, y de acuerdo con el art. 131.1 del CP, la suposición al parto prescribe a los diez años.<sup>48</sup>

### **5.2.2. El tráfico de menores**

Enuncia el artículo 221.1 del CP que: *“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 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 diez años”*. A su vez, y para lo que aquí más nos interesa, en su apartado segundo dispone que 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.

Como señalaba PRATS CANUT, es conocida la existencia de tráfico al margen de la legalidad de menores tomados en adopción, lo cual pone de manifiesto que frente a legítimas demandas de adopción, los cauces legales se revelan insuficientes, bien sea por la excesiva lentitud bien sea por exceso de celo garantista.

El bien jurídico aquí protegido no tiene directamente que ver con el estado civil derivado de la filiación<sup>49</sup>, ni tampoco con la seguridad del niño. El legislador ha querido sancionar una conducta que infringe las disposiciones sobre adopción y convierte al menor en una especie de mercancía objeto de transacciones económicas.

Se requiere la concurrencia de varios elementos para el tipo: a) la entrega a otra persona de un hijo (por sus padres), descendiente (por cualquiera de sus ascendientes) o cualquier menor (por cualquiera persona); b) a cambio de una compensación económica; c) con elusión de los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción; d) y, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Sólo la presencia de todos estos elementos da vida al delito, debiendo optarse por la atipicidad si faltare cualquiera de ellos, sin perjuicio de que concurran eventualmente otras figuras.<sup>50</sup>

Según el AAP de Vizcaya, de 13 de enero [JUR 2005, 79326], *“buena parte de la doctrina ha puesto en duda la razón político-criminal de la intervención penal en este campo de las adopciones obtenidas no siguiéndose los trámites previstos en las normas correspondientes, y ello porque de la conducta descrita no se deriva, siempre y*

---

<sup>48</sup> Vid. art. 33.3 letra a del Código Penal, donde en función de su naturaleza y duración se clasifica la presente pena como menos grave.

<sup>49</sup> La entrega no se hace para alterar o modificar la filiación sino para establecer *“una relación análoga a la de filiación”*.

<sup>50</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, Á. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial, op. cit.*

---

*necesariamente, un perjuicio para el menor, antes al contrario. La exigencia típica de la concurrencia de establecer una relación análoga a la filiación comporta, necesariamente, la voluntad de asumir los deberes inherentes a dicha situación por parte del adoptante y ello, en situaciones como la que nos ocupa, incluso puede resultar beneficioso para las criaturas abandonadas a su suerte, de corta edad, en ambientes y situaciones indescriptibles por su dureza para los niños”.*

*“En cualquier caso, el art. 221 del CP referido castiga a quien entrega al menor, mediando compensación económica, y este requisito forma parte del tipo (la entrega sin contraprestación estará excluida del tipo) equiparando como sujeto activo del delito, no solo a quien recibe el dinero, sino a quien intermedia al fin expresado en el párrafo anterior, e incluso a quien lo entrega (para recibir esa criatura). También esta equiparación ha sido cuestionada por la doctrina (JAÉN VALLEJO, QUERALT) pues parece que la reprochabilidad ha de ser mayor para quien se beneficia de estas situaciones de desamparo, por un lado, y de deseo de adoptar como hijo, por otro, que de quien, sencillamente, quiere ejercer como progenitor responsable que no obra por un móvil lucrativo, sino que paga por recibir al menor. Bien es cierto que, en cualquiera de los dos extremos, lo que trata el legislador es que el menor no sea tratado como una mercancía, susceptible de ser comprado y vendido”.*

Por compensación económica se debe entender cualquier tipo de contraprestación evaluable en términos pecuniarios. Es evidente que no va a efectuarse tal entrega como precio confesado por los niños (basta que se cancele una deuda que tenga el intermediario, o el destinatario del dinero; o que se efectúa entrega de un bien que puede ser valorado en cuantía susceptible de superar el mero presente o regalo, etc.).<sup>51</sup>

El artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Niño de la ONU (1959) proscribía cualquier tipo de trato en los que el objeto sea un menor, tesis en la que abunda el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000<sup>52</sup>.

Así lo han venido interpretando las Audiencias Provinciales. Se establece, por tanto, una interpretación amplia pro menor.<sup>53</sup>

En la doctrina se ha entendido que dicha compensación debe haberse satisfecho: si faltare la satisfacción solo podrá apreciarse imperfectamente ejecutada la conducta, si bien también es posible que la consecuencia sea la atipicidad. Empero, según RAMÓN RIBAS, el tenor del tipo no exige la efectiva satisfacción de la compensación económica, siendo suficiente que obtenerla sea el motivo que anima a quien entrega al menor.

Las penas son de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años.

---

<sup>51</sup> AAP de Vizcaya, de 13 de enero [JUR 2005, 79326].

<sup>52</sup> BOE núm. 27, de 31 de enero de 2002, pp. 3917 a 3921.

<sup>53</sup> BARJA DE QUIROGA, J. y GRANADOS PÉREZ, C.: “Comentario al artículo 221 del Código Penal”, en AA VV, *Código Penal: Comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico*, Ed. Colex, 2018, p. 897.

### 5.3. Relevancia penal de las acciones y pena aplicable al supuesto de hecho

De entrada, debemos decir que el delito de tráfico de menores, del artículo 221 del CP, reduce el espacio aplicativo del delito de suposición de parto: la simulación de alumbramiento no podrá castigarse a través de esta vía cuando tenga lugar para establecer una relación análoga a la de filiación eludiendo los correspondientes procedimientos legales. Si no mediare aquella compensación económica, el delito de suposición de parto sí podrá aplicarse.<sup>54</sup>

Dicho esto, tenemos que comprobar si se dan todos los elementos necesarios para la aplicación de la infracción del art. 221, que resulta de uso preferente cuando hay resarcimiento económico.

En Grecia, la compensación económica a la gestante no debe ser superior a los 10000-12000 euros y se da por los días de trabajo perdidos y las molestias ocasionadas. La ley griega prohíbe expresamente que se pague una cantidad superior.<sup>55</sup>

En este caso, donde lo que se compensan son los gastos de embarazo (sin retribución salarial), tal y como exige la legislación griega, podemos decir que este pago entra dentro del concepto de “compensación económica” establecido por la jurisprudencia y las normas internacionales antes mencionadas.

Así las cosas, aplicaremos de modo preferente el delito del artículo 221 por cumplirse los requisitos del tipo: a) entrega a otra persona de un hijo por parte de la gestante; b) a cambio de una compensación económica; c) con elusión de los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción y d) con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación.

Ambos son autores de este delito de tráfico de menores, previsto y penado en el art. 221 con la sanción de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. No se aprecian ni eximentes, ni atenuantes, ni agravantes.

Hasta aquí lo relativo a la pena principal. Éstas son las que aparecen impuestas específicamente en un delito y no dependen de otras para su aplicación. Por el contrario, son penas accesorias aquellas que dependen de la imposición de una pena principal. Toda pena de prisión debe llevar consigo una pena accesoria.

El art. 33 del CP preceptúa que las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal “*excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código*”. En virtud del art. 56 del CP se impone como pena accesoria la inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo. Esta sanción tendrá la misma duración que la pena de prisión principal (uno a cinco años) siguiendo la regla general del antecitado precepto.

---

<sup>54</sup> RAMÓN RIBAS, E.: “Comentario al artículo 221 del Código Penal”, *op. cit.*, p. 1596.

<sup>55</sup> SALGADO, S.: *Gestación subrogada en Grecia: legislación, registro del bebé y precio*, Babygest, 2017, <https://www.babygest.es/grecia/#precio> (consultado por última vez: 11/05/2018); también disponible en Surrofair: <https://surrofair.com/es/gestacion-subrogada-grecia/> (consultado por última vez: 11/05/2018).

## VI. EL MALTRATO HABITUAL A LA PAREJA EN DERECHO ESPAÑOL

### 6.1. El artículo 173.2 del Código Penal. Maltrato habitual

#### 6.1.1. Consideraciones previas

##### 6.1.1.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en este tipo delictivo no es la salud o la integridad corporal, sino la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15 CE) como manifestación del principio de dignidad humana.

Se trata de preservar el ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque, en efecto, nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.<sup>56</sup>

##### 6.1.1.2. Conducta punible

Estamos ante un delito especial impropio, cuyo sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una de las relaciones indicadas en el tipo. La acción típica viene definida sustancialmente con la expresión ejercer violencia física o psíquica.<sup>57</sup>

La jurisprudencia considera que la conducta se caracteriza por la presencia constante de violencia creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Esa situación de dominación mediante el temor suscitado en la víctima se alcanza ordinariamente a través de actos que incorporan diferentes dosis de violencia, física o psíquica, que incluso de forma sutil provocan en la víctima una sensación de automenosprecio que una vez instaurada conduce al sometimiento de su persona a la voluntad del autor (STS de 26 de junio de 2012 [Roj: STS 4475, 2012]).

*“Lo castigado es el mantenimiento de una línea de conducta con, o mejor, sobre el cónyuge, dirigida e idónea para envolverlo en un clima de tensión y de agobio, en una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anularle como persona y de reducirle a una actitud de sumisión, con la consiguiente incapacidad de reaccionar ante el estado de cosas, por el temor y la angustia, así inducidos”* (STS de 22 de junio de 2012 [RJ 2012, 6964]).

La STS 927/2000 de 24 de junio [RJ 2000, 5792], a la que cita la STS 716/2009 de 2 de julio, realiza un detenido estudio de las características y funciones del antiguo art. 153 del CP -actual art. 173.2- que penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable y su doctrina debe complementarse por otras SSTs 645/1999 de 29 de abril, 834/2000 de 19 de mayo, 1161/2000 de 26 de junio o 164/2001

---

<sup>56</sup> BARJA DE QUIROGA, J. y GRANADOS PÉREZ, C.: “Comentario al artículo 173.2 del Código Penal”, *op. cit.*, p. 670.

<sup>57</sup> TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Comentario al artículo 173.2 del Código Penal”, *op. cit.*, p. 1211.

---

de 5 de marzo<sup>58</sup>. En ella se señala que el delito de maltrato familiar es un *aliud* y un plus distinto de los concretos actos de agresión. La infracción que comentamos debe ser abordada como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero dilema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas.

### **6.1.2. Elementos del tipo**

#### *6.1.2.1. Relación afectiva*

El artículo 173.2 del CP sanciona a quien habitualmente ejerza violencia física o psíquica -entre otros- sobre quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

De acuerdo con la STS 1376/2011 de 23 de diciembre [RJ 2012, 1932] -referida a un caso de amenazas de género del art. 171.4 del CP- no toda relación afectiva, sentimental o de pareja puede ser calificada como análoga a la conyugal.

No resulta fácil dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos que la práctica puede ofrecer respecto de modelos de convivencia o proyectos de vida en común. La determinación de qué se entiende por convivencia o la definición de cuándo puede darse por existente una relación de afectividad desaconseja la fijación de pautas generales excesivamente abstractas.

El grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matrimonial no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que caben esperar en éste, como precisamente por la comprobación de que comparte con aquél la naturaleza de la afectividad en lo que la redacción legal pone el acento, la propia de una relación personal e íntima que traspase con nitidez los límites de una simple relación de amistad, por intensa que ésta sea.<sup>59</sup>

Lo decisivo es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar los móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensa el precepto no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones.<sup>60</sup>

La ausencia de criterios objetivos de determinación obliga a acudir a la valoración de la voluntad o intención de estabilidad de los convivientes que, como todo elemento o dato subjetivo, ha de acreditarse acudiendo a elementos y circunstancias externas que han de ser tratadas como indicios (por ejemplo, otorgamiento de contratos comunes de arrendamiento o adquisición de vivienda).

---

<sup>58</sup> STS 305/2017 de 27 de abril [RJ 2017, 2306].

<sup>59</sup> BARJA DE QUIROGA, J. y GRANADOS PÉREZ, C.: “Comentario al artículo 173.2 del Código Penal”, *op. cit.*, p. 673.

<sup>60</sup> STS de 12 de mayo de 2009 [Roj: STS 3351, 2009] y STS de 23 de diciembre de 2011 [Roj: STS 8962, 2011].

---

Como ejemplo que refuerza lo anterior cabe hacer referencia a la notoriedad que supone el comportamiento exteriorizado de los sujetos como pareja, y, por ende, su consideración como tal para el entorno. La convivencia en un mismo domicilio, si bien no es una nota constitutiva ni decisiva de la equiparación de la relación afectiva a la matrimonial, sí permite apreciar con mayor facilidad las notas definitorias de continuidad y estabilidad exigibles.

En fin, la relación análoga al matrimonio, que requiere el art. 173, “*se configura principalmente a través de la estabilidad en el tiempo de una sólida relación afectiva y sentimental entre dos personas sobre la que ambas constituyen un proyecto serio de vida en común, de compartir juntos en lo espiritual y en lo material el futuro de la aventura de la vida que se presentan como un destino unitario*” (STS de 14 de diciembre de 2011 [Roj: STS 9353, 2011]).

#### *6.1.2.2. El dolo*

En el tipo solo se exige como requisito subjetivo el dolo, sin más (SAP sección 1ª de A Coruña de 23 de septiembre [Roj: SAP C 2285, 2013]).

No se requiere la concurrencia de un dolo que abarque no sólo la acción material del maltrato sino también su significado discriminatorio, pues, de ser de otro modo, se produciría un descoyuntamiento de la tutela penal contra la violencia de género.<sup>61</sup>

Dicho de otro modo, no se demanda un dolo reduplicado a mayores del dolo general que muestre un móvil discriminatorio contra la mujer en la conducta del autor. Basta de esta forma con que el sujeto activo ejerza esos actos de violencia contra quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

De lo anterior no debe inferirse que toda acción violenta producida en el seno de la pareja, de la que resulte lesión para la mujer necesaria y automáticamente deba considerarse como integrante del tipo penal definido en el artículo 173.2 del CP. Se está ante un delito de naturaleza dolosa y por eso resultará necesario para su aplicación que el sujeto activo tenga conocimiento de que la persona agredida es o fue su esposa o que se encuentra o encontró en una situación análoga al matrimonio aun sin convivencia y que quiera, precisamente, agredir a esta persona y no a otra. Cuando así sucede, considera el legislador, que la conducta comporta un mayor desvalor (y es por eso su autor merecedor de una sanción superior) que cuando otra agresión, con idéntico resultado, se proyecta sobre una persona en la que no concurren dichos vínculos con el sujeto activo.

#### *6.1.2.3. La habitualidad*

Proclama el art. 173.3 que para apreciar la habitualidad a que se refiere el art. 173.2, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre las mismas o distintas víctimas, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

El elemento característico del artículo 173 del CP es la habitualidad en el ejercicio de la violencia física o psíquica: concepto jurídico formal que supone la acreditación de un

---

<sup>61</sup> STC 59/2008 de 14 de mayo [RTC 2008, 59].

estado de agresión permanente, sin necesidad de probar cada concreto acto de violencia que se haya desplegado, lo que diferencia a esta figura delictiva del delito continuado, o de un delito permanente que habría de venir asentado en un único comportamiento ilegal.<sup>62</sup>

Se trata de una exigencia típica que ha originado diversas corrientes interpretativas.

La más habitual entiende que esta exigencia se satisface a partir de la tercera acción violenta, criterio no tiene más apoyo que la aplicación analógica del art. 94 del CP.

Otra línea interpretativa, ha entendido que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es 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.

Esta es la postura que parece más correcta. La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multirreincidencia sino que parece más acertado optar por un criterio que entienda la habitualidad como repetición de actos de idéntico contenido lesivo.

De entrada, así lo ha entendido el Tribunal Supremo que en su sentencia 364/2016 de 27 de abril [RJ 2016, 1707] pone de manifiesto su criterio de apartarse de la jurisprudencia que, por establecer este paralelismo con el art. 94 del CP, a efectos de sustitución de penas, vinculaba la habitualidad al un número de acciones violentas. A renglón seguido se señala que: *“Gana terreno y se consolida en la doctrina de esta Sala la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo. La habitualidad así configurada responde a un concepto criminológico-social más que jurídico-formal. Será conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas, que de existir, son prueba de aquella, aunque no la única vía para su acreditación”*.

La habitualidad no es un problema aritmético de un número mínimo de comportamientos individualizados que han de sumarse hasta alcanzar una determinada cifra. Menos aún puede exigirse un número concreto de denuncias. Responde más a un clima de dominación o intimidación, de imposición y desprecio sistemático.

Lo que se sanciona entonces es la consolidación, por parte del sujeto activo: *“de una atmósfera psicológica y moralmente irrespirable, capaz de anular a la víctima e impedir su libre desarrollo como persona, precisamente por el temor, la humillación y la angustia inducidos. Un estado con autonomía propia y diferenciada, que se vertebra sobre la habitualidad, pero en la que los distintos actos que lo conforman sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor”*.<sup>63</sup>

## 6.2. Los actos lesivos individualmente considerados

Relacionado con lo anterior, se mantiene la autonomía de esta figura delictiva, algo que ya proclama el propio CP al indicar que las sanciones señaladas se aplicarán *“sin*

---

<sup>62</sup> STS 640/2017 de 28 de septiembre [Roj: STS 3528, 2017].

<sup>63</sup> STS 232/2015 de 20 de abril [RJ 2015, 1541].

*perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica” (art. 173.2 párr. primero in fine).*

La violencia física y psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad, como es el núcleo familiar.

Esta autonomía del bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad es lo que permite afirmar con claridad la sustantividad de este tipo penal. Los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento (o prescripción) de estos actos impide apreciar la existencia de este delito ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia. Lo relevante será constatar si lo que se describe es una conducta que atenta contra la paz familiar y se demuestra en agresiones que dibujan ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia.

La necesidad legal de penar separada y cumulativamente el delito de violencia doméstica habitual y los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia no supone una infracción del principio de *non bis in idem*, que impide que recaiga duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento (STS de 19 de octubre [Roj: STS 6027, 2010]).

La existencia de esta cláusula concursal, que permite castigar separadamente el delito de maltrato habitual y los concretos actos de violencia, implica que el *non bis in idem* solo podrá ser invocado en relación con aquellas específicas agresiones que hayan integrado la habitualidad de un maltrato anterior ya enjuiciado.<sup>64</sup>

Así las cosas, comenzamos a analizar las tres posibilidades que caben para calificar las lesiones que en el caso están acreditadas y que tuvieron como resultado el ingreso hospitalario durante ocho días.

### **6.2.1. Artículo 153.1 del Código Penal**

Este precepto sanciona a quien por cualquier medio o procedimiento cause 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 (art. 147.3 del CP), 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.

El artículo 147.2 castiga a quien causa un resultado de lesión pero que no llegue a necesitar tratamiento médico o quirúrgico.

El artículo 147.3 sanciona el hecho de golpear o maltratar de obra sin causar lesión (lo que podría estar constituido por golpes de menor entidad, empujones o conductas similares).

Con todo, lo que en el supuesto examinado se produce se califica como “paliza” que además de asistencia médica requiere tratamiento médico (pues el ingreso hospitalario se considera por la jurisprudencia como tratamiento médico).

---

<sup>64</sup> STS 364/2016 de 27 de abril [RJ 2016, 1707].



Por lo tanto, podemos y debemos descartar este precepto como apto para calificar el agravio acreditado dado que, en ningún caso estamos ante una lesión de las llamadas atenuadas de los artículos 147.2 y 3 del Código Penal.

### **6.2.2. Artículo 147.1 del Código Penal**

Se reprime en este precepto el tipo básico de lesiones consistente en causar a otro una lesión que requiera de asistencia facultativa y donde, además, haya existido tratamiento médico o quirúrgico.

En cuanto a la exigencia relativa a causar lesión debemos decir que se trata de una acción típica de medios indeterminados<sup>65</sup>. Esta formulación permite incluir en el tipo tanto comportamientos en que se empleen medios violentos, como conductas que, sin ejercer fuerza física sobre la víctima, tengan virtualidad para incidir sobre su salud.<sup>66</sup>

Por asistencia facultativa se entiende la atención o cuidados que los profesionales de la sanidad prestan a quien los necesita. Se incluyen así todos los comportamientos dirigidos a eliminar, disminuir o evitar la agravación de los menoscabos de la salud; también los cuidados paliativos para reducir el sufrimiento y las medidas preventivas dirigidas a impedir la aparición de secuelas vinculadas a la agresión.

Se entiende por tratamiento médico una acción prolongada, más allá del primer acto médico, que supone una reiteración de cuidados hasta la curación total<sup>67</sup>. En todo caso, debe dispensarse por profesionales de la sanidad y ser imprescindible para la curación (el precepto habla de requerir “objetivamente”).

En cuanto al tratamiento quirúrgico, se entiende un tratamiento reparador del cuerpo para corregir cualquier alteración funcional u orgánica<sup>68</sup>. Se incluye cualquier tipo de cirugía, puntos de sutura, inmovilización de partes del cuerpo etc.

En resumidas cuentas, vemos que se cumplen los requisitos para considerar la conducta del caso planteado como un tipo básico de lesiones puesto que contamos primero, con una lesión; segundo, asistencia facultativa y, tercero, tratamiento médico basado en el ingreso hospitalario durante ocho días.

El art. 147.1 castiga la conducta con pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses.

### **6.2.3. Artículo 148.4 del Código Penal**

Se castiga a quien cause alguna de las lesiones previstas en el artículo 147.1, atendiendo al resultado causado o riesgo producido, si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

---

<sup>65</sup> El propio artículo 147.1 principia manifestando: “*El que, por cualquier medio o procedimiento*”.

<sup>66</sup> Por ej. son admisibles conductas consisten en contagio de enfermedades, suministro de venenos, colocación de la víctima en un medio hostil (altas o bajas temperaturas, inmersión en agua...) e incluso medios de naturaleza psíquica como reproches continuados que desencadenen situaciones de angustia o pérdida de autoestima, reacciones de susto o temor etc.

<sup>67</sup> STS 1147/1994 de 3 de junio de 1994 [RJ 1994, 4524].

<sup>68</sup> STS 259/1997 de 28 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1465].

---

La redacción del precepto exige la concurrencia de tres notas: a) la condición de mujer de la víctima, b) la condición de hombre del sujeto activo y c) la existencia de una relación conyugal o de análoga relación de afectividad pasada o presente, aun sin convivencia.<sup>69</sup>

El art. 148.4 del CP “*tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales*”.<sup>70</sup>

No resulta irrazonable entender que “*en la agresión del varón hacia la mujer se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece*”.<sup>71</sup>

Para explicar, y en algunos casos justificar, la cualificación penal de ciertas conductas atendiendo al sexo de la víctima y del autor, algunos han recurrido a la idea de discriminación positiva, que goza de arraigo y respaldo doctrinal y jurisprudencial en el ámbito internacional. Cabe recordar, en este sentido, las *affirmative action* (acciones afirmativas) como uno de los instrumentos del Derecho antidiscriminatorio. La jurisprudencia del TEDH ha avalado las políticas basadas en la discriminación positiva ahí donde puedan observarse situaciones de desigualdad real y las medidas para corregirla sea conformes a un doble canon de necesidad y proporcionalidad y vinculadas a objetivos concretos, de modo que tan solo resultarán legítimas mientras éstos no se hayan alcanzado.

El TC se ha pronunciado a través de diversas sentencias sobre las cuestiones de constitucionalidad relativas a la posible infracción del principio constitucional de igualdad. Así, el TC ha señalado que la norma diferenciadora no es contraria al principio de igualdad en la medida en que el legislador persigue un fin legítimo, el tratamiento diferenciado es adecuado para conseguir ese fin y las consecuencias que se derivan de la diferencia superan el control de proporcionalidad.

En las sentencias 41/2010 de 22 de julio [RTC 2010, 41] y 45/2010 de 28 de julio [RTC 2010, 45], el Tribunal tuvo que sortear un escollo mayor, dado el importante salto punitivo del art. 147.1 (que prevé incluso la multa como pena alternativa) al art. 148.4 del Código Penal.

La primera de estas sentencias indica que “*a efectos de proporcionalidad no puede desconocerse la opción seguida por el legislador de dejar al arbitrio del juez la aplicación de la agravante, siendo la misma, a tenor de su redacción típica, de imposición facultativa, debiendo atenderse para ello al resultado causado y al riesgo producido. Ello supone que para la aplicación del art. 148.4 del CP no solo habrían de*

---

<sup>69</sup> TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Comentario al artículo 148.4 del Código Penal”, *op. cit.*, p. 1037.

<sup>70</sup> SSTC 59/2008 de 14 de mayo [EDJ 2009, 48144] y 45/2009 de 19 de febrero [EDJ 2009, 12861].

<sup>71</sup> STC 127/2009 de 26 de mayo [EDJ 2009, 101480].

*concurrir las circunstancias específicamente descritas –que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del autor-, sino que, junto a ello, sería preciso que los hechos expresaran un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado. Expresado en otros términos, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado”.*

Por otra parte, el art. 148.4 del CP no se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una manifestación de discriminación sino que *“lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas”*.<sup>72</sup>

Tampoco cabe, según el Constitucional, considerar que se castigue al concreto autor por hechos cometidos por otras personas, a modo de una culpa colectiva, puesto que no se está sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta.

La pena prevista para este delito agravado es de dos a cinco años de prisión.

Teniendo en cuenta las tres posibilidades anteriores (y considerando que hemos tenido que descartar la aplicación del art. 153.1), a los efectos de sancionar la paliza, considero más adecuada esta última por las siguientes razones:

- Se trata de una norma especial, que prevalece sobre la general. Frente al tipo genérico del 147.1 del CP, en el art. 148.4 se menciona expresamente a la pareja del autor.
- Aunque se trate un precepto de aplicación facultativa, si tenemos que atender “al resultado causado o riesgo producido” el ingreso tras la paliza fue de ocho días en el hospital, algo que, a pesar de la ausencia de más datos, nos hace presumir que nos encontramos ante unas lesiones de una importante gravedad.
- La conducta que con preceptos como este se trata de sancionar entraña un mayor desvalor ante la falta de consideración con la persona con la que se mantiene o se ha mantenido una relación conyugal o de afectividad.

### **6.3. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal**

#### **6.3.1. Atenuante de reparación del daño o ocasionado o disminución de sus efectos (art. 21.5ª CP)**

Se podría plantear en la hipótesis la posible aplicación de esta atenuante por hacerse referencia al traslado de la víctima al hospital después de los hechos.

La atenuante más que en su modalidad de reparación del daño lo sería en la de aminoración de los efectos del delito.

---

<sup>72</sup> SSTC 81/2008 de 17 de julio [EDJ 2008, 131243] y 127/2009 de 26 de mayo [EDJ 2009, 101480].

Destaca la doctrina que a través de la reparación hay una reconstrucción de la paz jurídica, cumpliendo con ello una función pacificadora y una importante mejora del clima social (ROSSNER). Una base lejana de la circunstancia se halla en alguno de los fines de la Administración de Justicia relacionados con el resarcimiento del daño causado, siquiera sea parcial y, de manera más próxima, en el comportamiento posterior al delito indicativo de una menor lesividad de éste justificando una reducción de la pena.<sup>73</sup>

El TS lo explica por razones utilitarias o de política criminal que llevan al legislador a poner “*sus ojos en la históricamente olvidada y desatendida situación de la víctima*”, de modo que “*el restablecimiento del daño ocasionado a la víctima, con la consiguiente disminución de la necesidad de pena a imponer integran la razón fundamental de la atenuación*”<sup>74</sup>. Con diferente rigor conceptual, la STS de 8 de junio de 1999 recuerda que el Derecho positivo reconoce ciertas circunstancias posteriores a la comisión del delito que, al implicar un reconocimiento de la vigencia de la norma realizado por el autor de la infracción con posterioridad a su comisión, compensan, al menos en parte, la culpabilidad por el hecho.

Esta tesis del efecto compensador de la culpabilidad entronca con la teoría de que la culpabilidad es una entidad modificable y que hay hechos posteriores al delito que pueden modificar su significación originaria respecto de la pena aplicable, dentro de un Derecho Penal de culpabilidad, como el vigente, en que el cumplimiento de la pena extingue completamente la culpabilidad, lo que no ocurriría si el nuestro fuere un Derecho Penal de autor.

Los requisitos para apreciar esta atenuante son los siguientes y podemos agruparlos en las siguientes categorías:

- a) **Objetivo.** Reparación del daño o disminución de sus efectos, ese *actus contrarius* que permita compensar el desvalor de la conducta contraria a la norma. Basta con que objetivamente se repare o aminore para construir la atenuante, con independencia de la voluntad o motivos del sujeto y de si éste actuó a instancias del consejo de un tercero o con el fin de obtener un tratamiento penal más favorable. Pero la reparación debe ser suficientemente, significativa y relevante (STS 59/2011 de 2 de febrero [RJ 2011, 468]).
- b) **Subjetivo.** Frente al carácter eminentemente objetivo de la atenuante se alude también a un requisito subjetivo para hacer referencia a la capacidad reparadora del sujeto. La prevalencia del elemento objetivo sobre el subjetivo no excluye la aplicación de la atenuante si el culpable acude a terceros solventes para que le proporcionen los medios económicos reparatorios.
- c) **Cronológico.** En palabras de ORTOS BERENGUER, el legislador confirió un amplio margen a fin de que la víctima obtuviese una reparación total o parcial del daño. Consecuentemente, desde la comisión del delito hasta que se inicia el juicio oral puede el autor, directa o indirectamente, reparar o disminuir sus efectos; incluso si esa actividad tuviera lugar con posterioridad a la celebración

---

<sup>73</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, Á. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, Ed. Aranzadi, 2011, [BIB 2011\1541].

<sup>74</sup> SSTS 128/2010 de 17 de febrero [RJ 2010, 3283], 239/2010 de 24 de marzo [RJ 2010, 5533] y 954/2010 de 3 de noviembre [RJ 2011, 2366].

---

del juicio oral, y antes de que el Tribunal dicte sentencia, cabrá aplicar una atenuante analógica a ésta.

El TS desestimó en su sentencia 56/2018 de 1 de febrero [RJ 2018, 514] el motivo por el que se reivindicaba la aplicación de esta atenuante.

En este caso, la defensa del acusado señalaba que este, al no tener en ese momento teléfono móvil, cogió su coche de inmediato y salió a buscar ayuda, y al no ver a nadie se dirigió a una comisaría para pedir una ambulancia que atendiese a su expareja. Apuntaba además que ese auxilio rápido e intencionado fue de gran utilidad para evitar el agravamiento de la situación clínica de la víctima y prevenir futuras secuelas, como reconoce el médico forense.

El TS consideró que al no proceder de inmediato el acusado a comunicar el hecho a un centro médico o a un servicio de ambulancias, ni a contactar tampoco con ningún sujeto próximo al lugar de los hechos que le ayudara a avisar a los servicios sanitarios de urgencia no se cumplían los requisitos del tipo penal.

Así las cosas, en el supuesto analizado no disponemos de datos para saber si efectivamente se produce una aminoración significativa y relevante de los efectos del delito, tampoco si la conducción al hospital fue inmediata o no o si transportó a la víctima a un hospital más o menos lejano.

A este respecto debemos mencionar que, en cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad, cuya carga probatoria compete a la parte que las alega *“deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo, y la carga de la prueba, como circunstancias obstativas u obstaculizadoras de la pretensión penal acusatoria que son, corresponde al acusado en quien presumiblemente concurren (SSTS 13-11-2012, 16-12-2013, 13-11-2014, 27-05-2015, 18-02-2016, entre otras). Los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal (STS 29-12-2003 y 18-02-2016)”*.<sup>75</sup>

En definitiva para las eximentes o atenuantes no rige la presunción de inocencia ni el principio *in dubio pro reo*. La deficiencia de datos para valorar si concurre o no la eximente o atenuante pretendida no determina su apreciación.<sup>76</sup>

Por todo lo expuesto, considero que no se debe apreciar esta circunstancia como atenuante en este caso.

### **6.3.2. La agravante de discriminación por razón de género (art. 22.4ª CP)**

Esta agravante se funda en *“cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”*.<sup>77</sup>

Su justificación parece estar en adicionar al desvalor propio del hecho el que en su motivación predominante arraigue una idea (actitud interna) de discriminación que tenga por base una característica personal, con negación del principio de igualdad

---

<sup>75</sup> SAP de A Coruña 198/2017 de 2 de mayo [ARP 2017, 779].

<sup>76</sup> SSTS 701/2008 de 29 de octubre [RJ 2008, 6442] y 467/2015 de 20 de julio [RJ 2015, 4491].

<sup>77</sup> Se incorporó la nueva agravante por razón de género en el año 2015 con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

---

recogido en el art. 14 de la CE. Su presencia en el Código puede responder a un “efecto pedagógico” frente a graves situaciones caracterizadas por el daño adicional que conllevan; la Exposición de Motivos establece la causa de la inclusión de “género” en que, entendido conforme al *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011<sup>78</sup>, es capaz de constituir un fundamento de acciones discriminatorias distinto al que abarca la referencia “sexo”.

Como regla general, el móvil que impulsa al autor a cometer el delito es irrelevante. Sin embargo, para apreciar esta agravante es necesario atender a la motivación que le mueve a quebrantar la norma.

La citada agravante debe tratarse con prudencia por cuanto no todo delito en el que la víctima sea la esposa o mujer unida al autor por una relación análoga a la matrimonial puede llevar objetivamente a su aplicación, dado que la mayor culpabilidad trae causa de la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa su acción delictiva, siendo por ello necesario que la motivación de actuar por razones de género sea la determinante para cometer el delito.

La agravante tiene como finalidad evitar toda conducta que entrañe una discriminación de la mujer que sea o haya sido la esposa o la compañera sentimental del autor, lo que nos lleva a entender que la circunstancia es de carácter eminentemente subjetivo. Por ello, debe practicarse en el juicio prueba relativa a la intencionalidad del sujeto activo o, lo que es lo mismo, debe quedar acreditado que el autor no solo quiso lesionar a su compañera sentimental, sino también que cometió el delito de lesiones por razones de género, o en otras palabras que la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia aquella por el hecho de ser su esposa o compañera sentimental.<sup>79</sup>

Lo anterior significa que deberán imputarse por las acusaciones y probarse una serie de hechos circunstanciales de los que se infiera sin duda que el autor actuó, además, por ese motivo discriminatorio puesto que el artículo 22.4<sup>a</sup> claramente hace referencia a que debe existir ese motivo para la comisión del concreto delito de que se trate.

En el presente caso, no se recoge ningún hecho o circunstancia de la que se desprenda que el procesado actuó, además de con dolo de lesionar, por un motivo discriminatorio para su compañera sentimental.

Consecuentemente, no existen elementos para apreciar la agravante de género apuntada.

### **6.3.3. Circunstancia mixta de parentesco**

Asimismo se podría sugerir la aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del CP que es la condición que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, por “*ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente*”.

---

<sup>78</sup> BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, pp. 42946 a 42976.

<sup>79</sup> SAP de A Coruña 198/2017 de 2 de mayo [ARP 2017, 779].

No existe un catálogo de aquellos delitos en los que esta circunstancia agrava o atenúa. Depende de la apreciación de los Tribunales, que deberán tener en cuenta “*la naturaleza, los motivos y los efectos del delito*”.

La circunstancia mixta de parentesco es de aplicación cuando la relación familiar resulte relevante en relación con el tipo delictivo, y se aplica como atenuante o agravante atendiendo al mayor o menor grado de reprochabilidad que merece el comportamiento del autor por el hecho de existir la relación parental, conyugal o de análoga afectividad, pudiendo estimarse que un delito cometido entre familiares será más o menos reprochable que el cometido por extraños cuando el tipo de relación familiar concreta existente incremente o disminuya, en cierto modo, el vigor o entidad del mandato que lo impide así como los efectos sobre la víctima. Ello comporta que cuando se trata de delitos contra las personas esta circunstancia suele ser valorada ordinariamente como agravante.<sup>80</sup>

En su aplicación a los cónyuges la razón fundamentadora de la agravación no se encuentra en la concurrencia formal del vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente, de manera que, en la misma forma que el artículo 23 extiende la circunstancia a las uniones conyugales de hecho aunque no exista legalmente vínculo matrimonial, debe entenderse excluida en aquellos casos en que la relación conyugal no subsiste más que de modo formal por encontrarse los esposos separados, de hecho o de derecho, de forma prolongada.<sup>81</sup>

El aumento del reproche que conlleva la agravante no depende de la existencia de una relación afectiva real hacia la víctima. El mayor desvalor de la conducta es consecuencia de la falta de respeto especial y de consideración demostrada por el autor en relación a una persona con la que está o estuvo estrechamente ligado por vínculos afectivos o de sangre.<sup>82</sup>

En este caso concurren los presupuestos fácticos que determinan el fundamento material de la agravación.

Por una parte, se da el elemento objetivo constituido por la existencia de una relación sentimental similar a la conyugal entre ambos que existió durante, al menos dos años en los que han convivido juntos.

Por otra parte, también concurre el elemento subjetivo, que se concreta en que el acusado obviamente tenía conocimiento de los lazos que le unían con la víctima.

Sin embargo, al recoger ya el art. 148.4 una hiperpunicción derivada de la relación afectiva autor-víctima no procedería volver a apreciar esta circunstancia ahora, por medio del precepto 23 del CP<sup>83</sup>, pues estaríamos conculcando el principio de *non bis in idem*.

---

<sup>80</sup> PRATS CANUT, J. M.: *Comentario al art. 23 del CP (Parte I)*, Ed. Aranzadi, 2008 [BIB 2008\3115].

<sup>81</sup> STS 1475/1997 de 2 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 8835].

<sup>82</sup> STS 56/2018 de 1 de febrero de 2018 [RJ 2018, 514].

<sup>83</sup> Que también operaría como agravante al tratarse de un delito contra la persona: SSTS 835/2015 de 23 de diciembre [RJ 2015, 5573] y 610/2016 de 7 de julio [RJ 2016, 3786].

---

## 6.4. La sanción resultante que en el caso sería de aplicación

### 6.4.1. La pena principal

No apreciándose causas eximentes en las que la ilicitud venga excluida, procede determinar la pena que corresponde imponer al sujeto activo.

A efectos de calcular la sanción debemos tener en cuenta los siguientes extremos:

- Primero, grado de ejecución: consumado (en caso de haber sido en grado de tentativa se aplicaría al marco abstracto anteriormente señalado uno o dos grados menos).<sup>84</sup>
- Segundo, autoría/participación: Alberto es autor de un delito de violencia habitual en el ámbito familiar (173.2 CP) y de un delito de lesiones (148.4 CP).
- Tercero, no se aprecian eximentes incompletas.
- En cuanto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, no concurren.<sup>85</sup>

Los hechos declarados probados constituyen un delito de maltrato de violencia habitual en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 173.2 del Código Penal, imputable en concepto de autor al procesado.

Asimismo, es autor de un delito de lesiones agravadas, previsto y penado en el artículo 148.4 del Código Penal.

Por lo que respecta a la penalidad de los preceptos, el art 173.2 aplica una pena de prisión de seis meses a tres años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años. Se establece que se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. En este caso, no se suministran datos que nos permitan saber ni el lugar de los hechos, ni si hay menores presentes, ni si se utilizan armas... por lo que no podemos agravar basándonos en este fundamento.

Hay que sancionar por separado este delito de violencia habitual y las demás infracciones concretas que hubieran podido cometerse cuya total apreciación constituye este delito. Es decir, entre las figuras de delitos individualizados y el delito de violencia habitual hay un concurso real a penar conforme a lo dispuesto en el art. 73 del CP.<sup>86</sup>

El art. 148.4 castiga la conducta que recoge en el tipo con pena de prisión de dos a cinco años.

---

<sup>84</sup> Vid. art. 62 del Código Penal.

<sup>85</sup> Art. 66.1.6ª. “Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

<sup>86</sup> STS 92/2009 de 29 de enero [RJ 2009, 2029].



#### **6.4.2. Pena accesoria**

Como ya se ha indicado, además de las penas de prisión (de 6 meses a 3 años y de 2 a 5 años) se impone en virtud del art. 173.2 la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años.

Como accesoria a la pena de prisión del art. 173.2 se impondrá la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por la misma duración que la condena principal.<sup>87</sup>

A mayores, el art. 57.2 del Código Penal prevé para un caso como el analizado (de lesiones a la pareja) la aplicación obligatoria de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48. Esta sanción establecida en el art. 48.2 del Código es la de: *“aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos...”*.

El delito de lesiones por el que se condena a Alberto es clasificado por el CP como menos grave, por lo tanto, esta accesoria se impondrá por un tiempo superior entre uno y cinco años. Además, la pena de prisión y la prohibición antes citada se cumplirá necesariamente por el acusado de forma simultánea a la pena privativa de libertad.

#### **6.4.3. Posibilidad de imponer libertad vigilada**

El párrafo tercero del art. 173.2 del Código Penal establece que en los supuestos a los que se refiere ese apartado (el apartado dos) podrá imponerse una medida de libertad vigilada.

De igual manera, el art. 156 *ter* dispone que a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en el Título III (de las lesiones), cuando la víctima fuere alguna de las personas a que se refiere el apartado 2 del art. 173 (entre las que, como sabemos, se encuentra la pareja), se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.

El fundamento de las medidas de seguridad se basa en un pronóstico de peligrosidad que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95 del CP).

En la hipótesis, nada se nos dice acerca de si el sujeto es reincidente o se prevé que pueda ser especialmente peligroso para la víctima. Además, debemos tener en cuenta que ya se le está imponiendo la sanción prevista en el art. 48.2 del CP relativa a la prohibición de aproximarse.

En todo caso, los preceptos señalados son de aplicación potestativa lo que quedará bajo el criterio del juez o tribunal sentenciador.

---

<sup>87</sup> Vid. arts. 33 y 56 del CP.

## VII. HASTA DÓNDE LLEGA EL ALTRUISMO EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

### 7.1. Libertad de mercado

Los partidarios del libre mercado se basan fundamentalmente en dos aseveraciones: una, relativa a la libertad; la otra, sobre el bienestar. La primera, sostiene que permitir que las personas acuerden voluntariamente intercambios respeta su libertad. La segunda, el argumento utilitarista a favor de los mercados, defiende que el libre mercado promueve el bienestar general: mientras el trato beneficie a las partes sin perjudicar a nadie, se incrementará la utilidad general.

Los escépticos en lo que se refiere a las bondades del mercado ponen en duda esas aseveraciones. Sostienen que las decisiones que se toman en un mercado no son siempre tan libres como pudiera parecer e insisten también que ciertos bienes y prácticas sociales se corrompen o degradan si se los compra o vende por dinero.<sup>88</sup>

También en el campo del feminismo la gestación por sustitución ha sido muy debatida. Por un lado el feminismo liberal hace hincapié en el hecho de que la limitación de estas prácticas se puede considerar –por lo menos en ciertos casos– como una limitación a la libertad reproductiva de las mujeres. Por el contrario, entre el feminismo de inspiración marxista y socialista se insiste en la coerción económica a que se ven sometidas las mujeres, y como en este sentido en realidad no entran libremente en los contratos, cuyas condiciones provocan realmente su explotación. Sobre todo desde el momento en que –salvo en los casos de subrogación dentro de la familia– la pareja contratante suele tener una posición social y económica relativamente alta, mientras que las madres subrogadas suelen ser pobres y, en la mayoría de los casos, con más hijos.<sup>89</sup>

Elizabeth Anderson, filósofa moral de nuestros días, sostiene que los contratos de subrogación de la maternidad degradan a los niños y a las mujeres embarazadas porque los tratan como si fuesen mercancías. Para el argumento de Anderson hay bienes que el dinero no debería comprar. Plantea también una dificultad en torno al utilitarismo y es que si la justicia no consiste más que en maximizar el excedente de placer con respecto al dolor, se necesitará una única manera de pensar y valorar todos los bienes y el placer o el dolor que nos proporcionan. Bentham creó el concepto de utilidad precisamente con ese propósito. Sin embargo, Anderson sostiene que valorarlo todo según la utilidad (o el dinero) degrada esos bienes o prácticas –entre ellas los niños, el embarazo y la maternidad– que se valoran apropiadamente solo conforme a normas superiores.<sup>90</sup>

Una forma de abordar la cuestión relativa a la valoración de estas normas superiores es la que parte de la idea de libertad. Como los seres humanos tienen la capacidad de ser libres, no se nos debería usar como si fuésemos meros objetos, sino digna y respetuosamente. Este enfoque resalta la diferencia entre las personas (dignas de respeto) y los meros objetos o cosas (susceptibles de ser usados) y hace de ella la distinción fundamental de la moral. Su mayor defensor es Immanuel Kant.

---

<sup>88</sup> SANDEL, M. J.: *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Ed. Debate, 2011, p. 118.

<sup>89</sup> LEMA AÑÓN, C.: “Mujeres y reproducción asistida: ¿autonomía o sujeción?”, en AA VV, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Ministerio de Justicia, 2015, pp. 223 y 224.

<sup>90</sup> SANDEL, M. J.: *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

El propio Kant, en su obra “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres” exponía que: “*Lo que está encima de cualquier precio y que, por lo tanto, no admite equivalente es lo que tiene dignidad*”.

Otra manera de abordar la cuestión de las normas superiores es la que tiene su punto de partida en la idea de que la manera adecuada de valorar los bienes y las prácticas sociales depende de los propósitos y fines de esas prácticas. Al oponerse a la gestación subrogada, Anderson sostenía que las costumbres sociales del embarazo promueven un cierto fin: que la madre sienta un vínculo emocional con su hijo. Un contrato que requiera a la madre que no forme ese vínculo es degradante porque la desvía de ese propósito.

## 7.2. Altruismo

Si el embarazo se hace sin contraprestación económica puede resultar claramente valioso para personas que no pueden gestar. Sin embargo, cuando se alude a la gestación por sustitución altruista se hace referencia a una situación donde lo que se sufraga a la gestante es una compensación económica que cubra gastos de embarazo, molestias, lucro cesante etc. A partir de ahí, las cuestiones se multiplican: ¿qué debemos entender por compensación económica y dónde corresponde establecer el límite? ¿Es posible una gestación subrogada sin ningún tipo de resarcimiento? ¿Son equiparables, como algunas asociaciones han sostenido, la gestación subrogada y la donación de órganos *inter vivos*? Y por último, ¿debe ser la gestante una familiar o persona no vinculada o resulta indiferente?

Con respecto a la primera cuestión, la Proposición de Ley de la Asociación por la Gestación Subrogada en España<sup>91</sup> señala que: “*la compensación económica resarcitoria que se pueda fijar solo podrá compensar las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento, y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el postparto*” (art. 3). De esta forma se reconoce que la gratuidad no está reñida con la compensación por molestias. La competencia para fijar esas compensaciones se atribuyó, para el caso de la donación de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida, a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida quien, en sus más de 30 años de existencia, nunca ha aprobado criterio alguno en este ámbito. A pesar de todo, se propone que un órgano de esas características fije las compensaciones para la gestación por sustitución en el caso de que fuera aprobada. En este punto, un problema ante el que podríamos toparnos es que los términos empleados son difícilmente objetivables e invitan a aprobar unos marcos bastante amplios. Tanto es así que se podrían generar verdaderas retribuciones. A nadie se le escapa que la cantidad que para una persona, por su situación socio-económica, puede ser vista como una mera compensación, para otra puede resultar un auténtico incentivo retributivo. Pero más allá de la dificultad de determinar cuándo estamos ante compensaciones lícitas y cuándo no, y más allá de la constatación de que el órgano que debía fijar esos criterios en España nunca lo ha hecho hasta el momento, a nadie se le escapa la dificultad de ejercer el control en ese campo. La Administración

---

<sup>91</sup> Asociación por la Gestación Subrogada en España: *Proposición de Ley sobre Maternidad Subrogada*, 2013, <http://gestacionsubrogadaenespana.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley> (consultado por última vez: 13/05/2018).

Pública no puede evitar que los comitentes retribuyan a las gestantes cuando quieran y como quieran.

En relación a lo segundo, como en otros ámbitos, el altruismo puede cubrir una pequeña parte de la demanda de aquellas personas que desean ser padres y madres. Sin embargo, resultaría difícil encontrar a personas dispuestas a gestar el hijo de otras a cambio de ninguna compensación, ello salvo que la gestación subrogada se realice entre miembros de la misma familia (lo que, como veremos, tampoco está exento de críticas).

En cuanto a la siguiente cuestión, algunos colectivos se han planteado si, ante todo, se puede permitir a alguien llevar a cabo una acción de este tipo. La ética y el Derecho tradicionalmente han considerado que aquellas decisiones que suponen un importante sacrificio para el individuo o una afectación de su integridad física y que son retribuidas, no son libres sino que se adoptan en un contexto de vulnerabilidad, de manera que, eliminado ese determinado contexto, el sujeto no adoptaría la misma decisión. Por ello, tales decisiones que afectan a esferas muy directamente vinculadas con la dignidad humana se someten a la exigencia de gratuidad, como garantía de la libertad. Si no hay contraprestación es más fácil pensar que el sujeto actúa libremente, altruistamente. A este respecto, pueden verse los Informes del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO sobre el respeto a la vulnerabilidad humana e integridad personal de 2013 y sobre el principio de participación en los beneficios de 2015. En este último se señala que la donación de órganos es uno de los principales ejemplos de cómo la gratuidad opera como garantía frente a situaciones comprometidas de vulnerabilidad<sup>92</sup>. Pero, ¿verdaderamente pueden compararse la gestación subrogada y los vientres de alquiler? Según BELLVER CAPELLA ambas cuestiones no son homologables por las siguientes razones: a) en un caso se cede un órgano que no afecta a la identidad personal y en otro una capacidad que afecta a la totalidad de la persona, b) la donación es una acción puntual que entraña riesgos en un momento específico mientras que la gestación supone una preparación de la gestante y todo un proceso gestacional y postgestacional en el que su metabolismo quedará afectado, c) la donación no genera dependencia con respecto al órgano (se dona desinteresadamente) mientras que en la maternidad subrogada existe un conflicto de intereses entre comitentes (que querrán controlar la gestación conforme a lo que ellos consideren mejor) y la gestante (que querrá seguir siendo dueña de su propia vida), d) en la gestación por sustitución se afecta a una tercera persona (el niño nacido de esta técnica), e) controversia sobre si debe realizarse este tipo de maternidad en el ámbito familiar (lo que no ocurre en la donación de órganos), y f) el órgano se pierde para siempre, la capacidad para gestar, salvo complicaciones, no. Para este autor, a la vista de las diferencias apuntadas, resulta difícil reconocer una verdadera analogía entre la donación *inter vivos* y la maternidad subrogada.<sup>93</sup>

Por último, y dado que como se ha dicho es sumamente improbable que la gestante altruista sea una persona desconocida para los comitentes, se plantea la posibilidad de que esta práctica se realice por quienes son miembros de la familia. Esto tiene como ventaja principal evitar el beneficio económico pero puede entrañar riesgos, a saber:

---

<sup>92</sup> Comité de Bioética de España: *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017, pp. 24 y 25, [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf) (consultado por última vez: 14/05/2018).

<sup>93</sup> BELLVER CAPELLA, V.: “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, en *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 2017, pp. 234, 235 y 236, <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/229.pdf> (consultado por última vez: 14/05/2018).

grave conflicto emocional en la gestante (al tener que asumir un rol distinto al de madre) y en el menor (al descubrir la realidad), posibilidad de estar sometida la gestante a presiones (si es la única mujer en la familia, por ejemplo), etc.

### **7.2.1. La delgada línea entre el altruismo y la retribución**

Partiendo de algunas de las consideraciones hechas en los apartados precedentes debemos evidenciar que en una hipótesis como la que nos ocupa, la idea inicial que parte del carácter altruista de la técnica de reproducción queda en ocasiones desdibujada. La gestante (Jana) a pesar de posicionarse en contra de esta práctica, dadas sus necesidades económicas, decide aceptar el acuerdo. Como se ha señalado, los 10000-12000 euros que en Grecia se permite pagar a la gestante se consideran dentro del concepto de altruismo. Sin embargo, vemos como para Jana constituye una verdadera retribución que le compensa no solo para pasar por nueve meses de embarazo sino también para dejar de lado su ética personal. Vemos como desgraciadamente en estas prácticas son mujeres de poder adquisitivo menor las que terminan gestando hijos de parejas pudientes. Considero, por lo tanto, que en este caso no estamos ante un verdadero supuesto de altruismo, porque para la gestante la compensación no tiene ese efecto de resarcimiento sino de verdadera retribución.

### **7.3. La propuesta altruista en España**

El 27 de junio de 2017 el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó ante el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación.<sup>94</sup>

En su Exposición de Motivos se señala que: *“La gestación subrogada es una práctica existente y hasta más frecuente de lo generalmente conocido. Ante esta nueva realidad, la mejor solución, la más garantista, es regular, no es cerrar los ojos ni prohibir”*.

Según el artículo primero, la Ley tiene por objeto regular el derecho de las personas a la gestación por subrogación, entendiéndose por tal, el que les asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes, todo ello en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales.

En el art. 5 se desarrolla la naturaleza altruista de la gestación por sustitución estableciéndose que ésta no podrá tener carácter lucrativo o comercial, sin perjuicio de la compensación resarcitoria que podrá percibir la mujer gestante.

Esta compensación económica resarcitoria solo podrá: a) cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, y el lucro cesante inherentes a la gestación, y b) proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el postparto.

Si bien podría esta propuesta considerarse positiva en cuanto incorpora seguridad jurídica, las reflexiones preliminares nos hacen plantearnos si todos los problemas se solventarían con la gestación subrogada de tipo altruista.

---

<sup>94</sup> BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 145-1, de 08 de septiembre de 2017.

## VIII. CONCLUSIONES FINALES

**1.-** El contrato de gestación subrogada es nulo de acuerdo con el art. 10.1 de la LTRHA. Por ello, no podemos entender que Andrea y Alberto sean padres de Flavio porque así se establezca en el contrato. Esta nulidad se ampara en la ilicitud del objeto y la causa (arts. 1271 y 1275 del CC). La renuncia de la gestante tampoco atribuye la filiación a los comitentes: en cuanto forma parte del estado civil de las personas estamos ante una facultad personalísima, intransferible y excluida del comercio de los hombres (art. 1271 del CC).

La filiación materna se atribuye a la gestante (art. 10.2 de la LTRHA) por la estrecha relación psicofísica que se genera con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo (Exposición de Motivos LTRA). De este modo, Jana sería la madre del menor sin que Andrea pueda reclamar ningún derecho sobre el mismo.

En cuanto a la filiación paterna, si la gestante está casada valdrá la presunción del art. 116 del CC. En ese caso, el cónyuge de la gestante podrá impugnar la paternidad en los seis meses posteriores al nacimiento (art. 117 del CC) siempre que no hubiese consentido la realización de esta técnica (art. 8.1 de la LTRHA). Estamos ante una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario, por lo tanto como Alberto aportó sus gametos podrá impugnar su paternidad y destruir esta suposición. Estas acciones son las generales de determinación legal de la filiación establecida en los artículos 764 y siguientes de la LEC y tendrán competencia para su conocimiento los Tribunales españoles, como regula el artículo 22 de la LOPJ.

**2.-** Las condiciones para la inscripción del nacimiento en España de los nacidos mediante gestación subrogada son, según la IDGRN, resumidamente las siguientes:

**2.1.-** Resolución judicial extranjera donde se acredite la filiación del menor en relación con el padre biológico. En ningún caso se admitirá como título apto una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica en la que no conste la identidad de la madre gestante.

**2.2.-** Exequátur en España de la resolución judicial extranjera si ésta ha sido dictada en el marco de un proceso jurisdiccional de naturaleza contenciosa.

**2.3.-** Si ha tenido origen en un proceso análogo a uno español de jurisdicción voluntaria el Encargado del Registro controlará incidentalmente los siguientes extremos:

**a)** La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; **b)** que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; **c)** que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; **d)** que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente y, **e)** que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

En este caso no se cumplen los requisitos necesarios ya que no se respetó en la legislación griega que exige como premisa básica la incapacidad de gestar o que el embarazo sea de riesgo. En el caso solo se hace referencia a que Andrea “no quiere pasar por un embarazo y un parto”.

**3.-** Andrea y Alberto son autores de un delito de tráfico de menores del art. 221 del CP penado con prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. Se aplica este precepto preferentemente a la suposición de parto al mediar compensación económica. No se aprecian ni eximentes, ni atenuantes, ni agravantes. Junto con la pena principal se impondrá como accesoria la inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo de la condena (arts. 56 y 33 del CP).

**4.-** Alberto es autor de un delito de violencia habitual del art. 173.2 del CP. Esta habitualidad se extrae de los hechos probados del caso: se emplea la preposición durante que evoca a una permanencia en el trato violento además de decirse que es maltratada cuatro semanas, siendo suficiente este tiempo para crear esa atmósfera de sometimiento y dominación que requiere el tipo delictivo. Por lo demás, las lesiones están perfectamente acreditadas. El elemento que arraiga en el hueso de la hiperpunicción (la relación de pareja análoga a la conyugal) consta en los términos correctamente consignados y desde las pautas proporcionadas por la doctrina legal en lo que llama “relación de afectuosidad” y en la línea de excluir solo lo puramente esporádico o de simple amistad en que el componente afectivo no ha tenido siquiera la oportunidad de desarrollarse. Finalmente, porque solo se exige como presupuesto subjetivo “el dolo, sin más”<sup>95</sup>. Para este delito se establece una pena de prisión de seis meses a tres años y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años.

Asimismo, es autor de un delito de lesiones agravadas, previsto y penado en el artículo 148.4 del CP. La sanción a imponer será la prisión de dos a cinco años.

Igualmente, vinculada a la pena principal del art. 173.2 del CP la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por la misma duración que la condena principal y a la pena del art. 148.4 del CP la prohibición de aproximarse a la víctima (art. 48.2 del CP). Esta última sanción la cumplirá el acusado simultáneamente a la privación de libertad y por un tiempo superior entre uno y cinco años (art. 57 del CP).

**5.-** En la hipótesis, el argumento del mercado es el que mejor define la situación aquí producida donde una pareja de clase acomodada contrata a una gestante que a pesar de no estar moralmente de acuerdo con la práctica accede a llevarla a efecto. No existe ninguna regulación que fije las compensaciones económicas aunque estamos ante un terreno difícilmente objetivable donde lo que para algunos es una compensación económica para otros constituye una verdadera retribución. Además, la ausencia de precio no puede garantizar la falta de intereses económicos. Basta con observar los sistemas de compensación permitidos en relación con la donación de óvulos y esperma y que en palabras de algún autor suponen una banalización de técnicas de una trascendencia indiscutible.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> SAP de A Coruña 643/2014 de 18 de noviembre [JUR 2015, 44373].

<sup>96</sup> GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: “Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 22/2017, pp. 121 y 122, <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1439/1203> (consultado por última vez: 22/05/2018).

---

---

## IX. BIBLIOGRAFÍA

### Obras monográficas o libros

Comité de Bioética de España: *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017, [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf) (consultado por última vez: 14/05/2018).

GERALDES FALCAO, M. F.: *Las Técnicas de Reproducción Asistida – especial consideración de la Maternidad por Sustitución en el contexto Ibérico*, Universidad de Salamanca, 2014, [https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/122968/1/DP\\_Geraldsmarta\\_tecnicasreproduccionasistida.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/122968/1/DP_Geraldsmarta_tecnicasreproduccionasistida.pdf) (consultado por última vez: 23/03/2018).

HEREDIA CERVANTES, I.: *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*, BOE, ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. II, [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2013-20068700716](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-20068700716) (consultado por última vez: 16/04/2018).

LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2017.

MUÑOZ CONDE F.: *Derecho Penal: Parte Especial*, 15ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

PAZ MARTÍN, P.: *Maternidad subrogada: eficacia en España de las certificaciones extranjeras*, Universidad de Girona, 2015, [https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/11825/Paz\\_Martin.pdf?sequence=1](https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/11825/Paz_Martin.pdf?sequence=1) (consultado por última vez: 12/04/2018).

PRATS CANUT, J. M.: *Comentario al art. 23 del CP (Parte I)*, Ed. Aranzadi, 2008 [BIB 2008\3115].

SANDEL, M. J.: *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Ed. Debate, 2011.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, Á. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.:

- *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, Ed. Aranzadi, 2011, [BIB 2011\1541].
- *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Ed. Aranzadi, 2011, [BIB 2011\1578].

VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución*, Universidad Complutense de Madrid, 2013, [http://eprints.ucm.es/23416/1/LA\\_INSCRIPCI%C3%93N\\_EN\\_EL\\_REGISTRO\\_CIVIL\\_ESPA%C3%91OL\\_DE\\_LOS\\_HIJOS\\_NACIDOS\\_EN\\_EL\\_EXTRANJERO\\_MEDIANTE\\_GESTACI%C3%93N\\_POR\\_SUSTITUCI%C3%93N.pdf](http://eprints.ucm.es/23416/1/LA_INSCRIPCI%C3%93N_EN_EL_REGISTRO_CIVIL_ESPA%C3%91OL_DE_LOS_HIJOS_NACIDOS_EN_EL_EXTRANJERO_MEDIANTE_GESTACI%C3%93N_POR_SUSTITUCI%C3%93N.pdf) (consultado por última vez: 20/04/2018).

### Artículos doctrinales publicados en revistas científicas

BELLVER CAPELLA, V.: “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, en *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 2017, <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/229.pdf> (consultado por última vez: 14/05/2018).

---



CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 2, 2015, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558> (consultado por última vez: 03/04/2018).

CONDE MARTÍN, L. J.: “La gestación por sustitución, visión del panorama actual”, en *ELSA Spain Law Review*, 2017, <http://lawreview.elsa-spain.org/wp-content/uploads/2017/06/Art11.pdf> (consultado por última vez: 14/04/2018).

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2011, Ed. Aranzadi, 2011, [BIB 2011\1357].

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C.: “Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 22/2017, <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1439/1203> (consultado por última vez: 22/05/2018).

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2264/1204> (consultado por última vez: 23/03/2018).

HUALDE MANSO, T.: “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2012, Ed. Aranzadi, 2012, [BIB 2012\132].

LAMM, E.: “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol 4, 2016, <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/viewFile/14368/15395> (consultado por última vez: 09/04/2018).

REGALADO TORRES, M. D.: “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, en *Femeris*, vol. 2, nº 2, 2016, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/view/3756/2356> (consultado por última vez: 23/03/2018).

VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/13293/12164> (consultado por última vez 18/04/2018).

### **Estudios en obras colectivas**

BARJA DE QUIROGA, J. y GRANADOS PÉREZ, C.:

- “Comentario al artículo 221 del Código Penal”, en AA VV, *Código Penal: Comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico*, Ed. Colex, 2018.
- “Comentario al artículo 173.2 del Código Penal”, en AA VV, *Código Penal: Comentarios, concordancias, jurisprudencia e índice analítico*, Ed. Colex, 2018.

GARCÍA PÉREZ, C. L.: “Artículo 10. Gestación por sustitución”, en AA VV, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (COBACHO GÓMEZ, J. A., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

LEMA AÑÓN, C.: “Mujeres y reproducción asistida: ¿autonomía o sujeción?”, en AA VV, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Ministerio de Justicia, 2015.

RAMÓN RIBAS, E.:

- “Comentario al artículo 220 del Código Penal”, en AA VV, *Comentarios al Código Penal Español*, T. I (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- “Comentario al artículo 221 del Código Penal”, en AA VV, *Comentarios al Código Penal Español*, T. I (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

TAMARIT SUMALLA, J. M.:

- “Comentario al artículo 148.4 del Código Penal”, en AA VV, *Comentarios al Código Penal Español*, T. I (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- “Comentario al artículo 173.2 del Código Penal”, en AA VV, *Comentarios al Código Penal Español*, T. I (QUINTERO OLIVARES, G., Dir.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

### Otros

ÁLVAREZ, P.: *El Gobierno cifra en 979 los hijos inscritos desde 2010 por gestación subrogada*, EL PAÍS, 2017, [https://politica.elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780\\_776827.html](https://politica.elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html) (consultado por última vez: 16/04/2018).

Asociación por la Gestación Subrogada en España: *Proposición de Ley sobre Maternidad Subrogada*, 2013, <http://gestacionsubrogadaenespana.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley> (consultado por última vez: 13/05/2018).

Boletín Ministerio de Justicia: *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (de 1 de mayo de 2011 a 31 de mayo de 2011)*, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428450654?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=ResolucionDGRN&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones+de+la+Direccion+General+de+los+Registros+y+del+Notariado.+Mayo+de+2011.+Boletin+del+Mi.PDF&blobheadervalue2=1288776405392> (consultado por última vez: 17/04/2018).

*Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación.*

Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

RODRIGO, A.: *Filiación y Registro Civil en casos de maternidad subrogada*, Babygest, 2017, <https://www.babygest.es/registro-civil-en-casos-de-maternidad-subrogada/#en-que-paises-se-da-la-resolucion-judicial-que-determina-la-filiacion> (consultado por última vez: 14/04/2018).

SALGADO, S.: *Gestación subrogada en Grecia: legislación, registro del bebé y precio*, Babygest, 2017, <https://www.babygest.es/grecia/#precio> (consultado por última vez: 11/05/2018).

SURROFAIR: *Gestión subrogada en Grecia*, 2018, <https://surrofair.com/es/gestacion-subrogada-grecia/> (consultado por última vez: 11/05/2018).

### **Normativa**

*Constitución Española.*

*Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

*Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica*, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

*Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

*Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros*, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961.

Decreto, de 14 de noviembre de 1958, *por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.*

Instrucción de 5 octubre 2010, de la DGRN, *sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.*

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

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida.*

Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro Civil.*

Ley 29/2015, de 30 de julio, de *Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.*

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, *sobre Técnicas de Reproducción Asistida.*

Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de *Adopción Internacional.*

Ley de 8 de junio de 1957 sobre el *Registro Civil.*

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor.*

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del *Código Penal.*

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial.*

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

*Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 *por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

Real Decreto de 24 de julio de 1889 *por el que se publica el Código Civil.*

---

## X. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Antecedentes de hecho: SAP de Valencia 826/2011 de 23 de noviembre [Roj: SAP V 5738, 2011].

La determinación de la filiación: STS de 29 de octubre de 1928 [RJ 1928, 147]; STS de 21 de septiembre de 1999 [RJ 1999, 6944]; STS de 6 de febrero de 2014 [RJ 2014, 833].

La inscripción del nacimiento: SJPI de Valencia 193/2010 de 15 septiembre [AC 2010, 1707]; SAP de Valencia 826/2011 de 23 noviembre [AC 2011, 156]; STS de 6 de febrero de 2014 [RJ 2014, 833]; STEDH 65192/11, *Menesson vs. Francia*, 26/06/2014, [JUR 2014, 176908]; STEDH 65941/11, *Labassee vs. Francia*, 26/06/2014; [JUR 2014, 176905]; STEDH 25358/12, *Paradiso Campanelli vs. Italia*, 27/01/2015, [JUR 2015, 24184]; ATS de 21 de febrero de 2015 [RJ 2015,141].

Delitos contra las relaciones familiares: SAP de A Coruña, de 16 de octubre, [ARP 2003, 321]; SAP de Ourense de 9 de junio de 2004 [Roj: SAP OU 572/2004]; AAP de Vizcaya, de 13 de enero [JUR 2005, 79326].

Maltrato a la pareja: STS de 26 de junio de 2012 [Roj: STS 4475, 2012]; STS de 22 de junio de 2012 [RJ 2012, 6964]; STS 927/2000 de 24 de junio [RJ 2000, 5792]; STS 716/2009 de 2 de julio [RJ 2009, 5976]; STS 645/1999 de 29 de abril [RJ 1999, 3332]; STS 834/2000 de 19 de mayo [RJ 2000, 4896]; STS 1161/2000 de 26 de junio [RJ 2000, 5801]; STS 164/2001 de 5 de marzo [RJ 2001, 1304]; STS 1376/2011 de 23 de diciembre [RJ 2012, 1932]; STS 305/2017 de 27 de abril [RJ 2017, 2306]; STS de 12 de mayo de 2009 [Roj: STS 3351, 2009]; STS de 23 de diciembre de 2011 [Roj: STS 8962, 2011]; STS de 14 de diciembre de 2011 [Roj: STS 9353, 2011]; SAP de A Coruña de 23 de septiembre [Roj: SAP C 2285, 2013]; STC 59/2008 de 14 de mayo [RTC 2008, 59]; STS 364/2016 de 27 de abril [RJ 2016, 1707]; STS 640/2017 de 28 de septiembre [Roj: STS 3528, 2017]; STS 232/2015 de 20 de abril [RJ 2015, 1541]; STS de 19 de octubre [Roj: STS 6027, 2010]; STS 364/2016 de 27 de abril [RJ 2016, 1707]; STS 1147/1994 de 3 de junio de 1994 [RJ 1994, 4524]; STS 259/1997 de 28 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1465]; STC 41/2010 de 22 de julio [RTC 2010, 41]; STC 45/2010 de 28 de julio [RTC 2010, 45]; STC 59/2008 de 14 de mayo [EDJ 2009, 48144]; STC 45/2009 de 19 de febrero [EDJ 2009, 12861]; STC 127/2009 de 26 de mayo [EDJ 2009, 101480]; STC 81/2008 de 17 de julio [EDJ 2008, 131243]; STC 127/2009 de 26 de mayo [EDJ 2009, 101480]; STS 929/1999 de 8 de junio [RJ 1999, 5559]; STS 59/2011 de 2 de febrero [RJ 2011, 468]; STS 128/2010 de 17 de febrero [RJ 2010, 3283]; STS 239/2010 de 24 de marzo [RJ 2010, 5533]; STS 954/2010 de 3 de noviembre [RJ 2011, 2366]; STS 56/2018 de 1 de febrero [RJ 2018, 514]; SAP de A Coruña 198/2017 de 2 de mayo [ARP 2017, 779]; STS 701/2008 de 29 de octubre [RJ 2008, 6442]; STS 467/2015 de 20 de julio [RJ 2015, 4491]; SAP de A Coruña 198/2017 de 2 de mayo [ARP 2017, 779]; STS 1475/1997 de 2 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 8835]; STS 56/2018 de 1 de febrero de 2018 [RJ 2018, 514]; STS 835/2015 de 23 de diciembre [RJ 2015, 5573]; STS 610/2016 de 7 de julio [RJ 2016, 3786]; STS 92/2009 de 29 de enero [RJ 2009, 2029].

Conclusiones finales: SAP de A Coruña 643/2014 de 18 de noviembre [JUR 2015, 44373].

## XI. ANEXO

Gmail - RE:

<https://mail.google.com/mail/u/0/?ui=2&ik=b5d054f00a&jsver=7NL0m...>



Mélanie Guillín Martínez <melany.guillin@gmail.com>

---

**RE:**

. Emb. Atenas <EM.Atenas@maec.es>

19 de abril de 2018, 9:57

Para: "melany.guillin@gmail.com" <melany.guillin@gmail.com>

Ref.: 485/2018

Estimada Sra. Guillín,

En respuesta a su consulta le informamos de lo siguiente:

1. La maternidad subrogada en Grecia está regulada fundamentalmente en la Ley 3089, de 23 de diciembre de 2002, que modifica los artículos 1458 y 1464 (entre otros) del Código Civil y la Ley 3305, de 27 de enero de 2005, sobre Reproducción Asistida.

2. El acuerdo de subrogación se formaliza en dos documentos. En primer lugar, se requiere la autorización judicial, que se obtiene mediante auto emanado de un proceso de jurisdicción voluntaria. La solicitud corresponde a la mujer que por razones médicas no puede gestar (cuya edad no puede ser superior a 50 años). Si está casada se requiere autorización del marido. El citado auto se refiere expresamente al acuerdo escrito que se formaliza aparte entre los padres comitentes, la madre gestante y, en su caso, su marido.

3. Está permitida la utilización de esta técnica sin aporte de material genético, mediante la donación de gametos.

4. El consentimiento de la madre gestante queda manifiesto tanto en el auto del juez como en el acuerdo privado con los padres comitentes. Se exige que sea un consentimiento informado, cuyo trámite de audiencia corresponde a personal especializado. Además, debe someterse a varias pruebas médicas y se exige la certificación de su aptitud para gestar. El acuerdo privado no puede incluir contraprestación económica para la madre gestante, más allá de los gastos ocasionados por el embarazo, parto y post parto y de una compensación por el salario no percibido debido al embarazo, parto y post parto.

La decisión de la madre gestante es irrevocable. Según el artículo 1464 del código civil, cuando existe autorización judicial y acuerdo escrito para un procedimiento de maternidad subrogada, se establece la presunción de que la madre es la madre comitente.

Gmail - RE:

<https://mail.google.com/mail/u/0/?ui=2&ik=b5d054f00a&jsver=jjkp99x...>

Existe un plazo de seis meses a partir del parto para que la madre gestante impugne esta presunción, con la condición previa de que quede demostrado que el hijo proviene biológicamente de ella. Únicamente en ese caso una nueva resolución judicial establecería, con carácter retroactivo a la fecha del parto, los derechos de la madre gestante como genuina progenitora.

En definitiva, el procedimiento de maternidad subrogada en Grecia queda sometido a un proceso de jurisdicción voluntaria en el que el juez determina que las partes cumplen todos los requisitos legales y médicos necesarios, verificando que no se vulneren los derechos de la madre gestante. Tras el auto, las partes no pueden retractarse, es decir, la madre gestante pierde los derechos sobre el futuro hijo y los padres comitentes adquieren sus derechos y obligaciones, con lo cual no pueden renunciar al bebé.

El auto es imprescindible para la inscripción en el Registro civil de Grecia, que expide una partida de nacimiento donde los padres comitentes figuran como progenitores. En caso de ser extranjeros, el bebé nunca llega a adquirir la nacionalidad griega.

Por ello, se considera que el procedimiento cumple los requisitos establecidos en la Instrucción de 2010 de la DGRN del Ministerio de Justicia, por lo cual no sería necesario el exequátur y bastaría el reconocimiento incidental de la resolución para inscribir en esta Sección Consular a los españoles nacidos en Grecia por este procedimiento.

Esta Sección Consular podrá inscribir a los bebés nacidos fruto de un proceso de gestación subrogada mediante la aportación de los siguientes documentos:

- sentencia de un Tribunal griego tras un juicio de jurisdicción voluntaria. La sentencia debe llevar incorporada la Apostilla de la Haya y deberá estar traducida al español por el Ministerio de AAEE griego.
- Acuerdo escrito entre las partes traducido al español por un traductor jurado
- certificado literal de nacimiento. Con apostilla y traducido igualmente
- Libro de familia. Si no existe, certificado literal de nacimiento de los progenitores
- DNI o pasaporte de los progenitores

Atentamente,

Gmail - RE:

<https://mail.google.com/mail/u/0/?ui=2&ik=b5d054f00a&jsver=jjkp99x...>

Sección Consular



De: Mélanie Guillín Martínez [mailto:[melany.guillin@gmail.com](mailto:melany.guillin@gmail.com)]

Enviado el: martes, 17 de abril de 2018 19:47

Para: . Emb. Atenas

Asunto:

[Siguenos en Facebook y en Twitter](#)

En A Coruña, a 17 de abril de 2018.

Al Estimado Honorable Embajador Enrique Viguera Rubio.

Le escribo para solicitar información sobre el proceso de gestación subrogada en Grecia. Necesitaba conocer si la resolución judicial emitida por el juez en Grecia (autorizando la transferencia embrionaria) cumple con los requisitos de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Mi interés sobre el tema radica en un trabajo que estoy realizando sobre el tema de la gestación subrogada y, debido a que existen algunas informaciones contradictorias, me gustaría saber si podría confirmarme usted este punto.

Muchas gracias.

Reciba un cordial saludo.  
Mélanie Guillín Martínez.



Libre de virus. [www.avg.com](http://www.avg.com)