

**ACUERDO SOBRE UN VIENTRE DE
ALQUILER.**

**ACORDO SOBRE UN VENTRE DE
ALUGUER.**

RENT A WOMB DEAL.

Grado en Derecho 2017/2018

Irene Castiñeira López

Tutor: Manuel Areán Lalín



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

ÍNDICE

ABREVIATURAS.	3
ANTECEDENTES DE HECHO.	4
INTRODUCCIÓN.	5
I. CONFORME AL DERECHO ESPAÑOL ¿EN QUÉ MEDIDA SE PUEDE CONSIDERAR QUE FLAVIO ES HIJO DE ANDREA? ¿Y DE ALBERTO?	7
I.1. La gestación subrogada en España: Marco legal versus Realidad.	7
I.2. Instrucción 5 de octubre de 2010 de la DGRN	8
I.3. Posición del Tribunal Supremo: STS 6 de febrero de 2014.	9
I.4. La doctrina del TEDH.	11
I.5. El orden público y su pertinencia.	13
I.6. La gestación subrogada en Grecia.	13
I.7. ¿Puede considerarse hijo de Andrea? ¿Y de Alberto?.	14
II. ¿CUÁLES SON LAS CONDICIONES PARA LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO EN ESPAÑA? ¿CUMPLÍAN CON LAS CONDICIONES ALBERTO Y ANDREA?	16
II.1. La filiación y subrogación: España y países de turismo reproductivo.	16
II.2. Las tres variantes que enmarcan la filiación de hijos nacidos en España.	17
II.3. Condiciones para la inscripción de Flavio en España. ¿Cumple los requisitos?.	18
III. QUÉ RELEVANCIA PENAL TIENEN LAS ACCIONES DE ANDREA Y ALBERTO EN ESPAÑA? ¿QUÉ PENA, EN SU CASO, LES SERÍA DE APLICACIÓN?	20
III.1. Regulación española.	20
III.2. Relevancia penal en el caso de Andrea y Alberto.	22
III.3. Detención por presunta compra de menor en el extranjero.	23
III.4. El tráfico de menores en relación con la gestación subrogada.	23
IV. SOBRE EL MALTRATO DE ALBERTO A ANDREA. ¿QUÉ PENA SERÁ DE APLICACIÓN?	25
IV.1. Violencia de género: razón de ser.	25
IV.2. Antecedentes a nuestra Ley integral contra Violencia de Género.	26
IV.3. Ley Integral Contra la violencia de Género.	28
IV.4. Analizando el caso de Andrea y Alberto.	29
IV.5. ¿Qué penas serán de aplicación en este caso?	29

V. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCESO DE GESTACIÓN SUBROGADA: ¿LIBERTAD DE MERCADO O ALTRUÍSMO?	32
V.1. Introducción.	32
V.2. La mujer gestante en el proceso.	32
V.3 Desigualdades en el contrato.	33
CONCLUSIONES FINALES.	35
BIBLIOGRAFÍA	39
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	43

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado.
CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.
CE	Constitución Española.
CEPDH	Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos.
CP	Código Penal.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
FJ	Fundamento Jurídico.
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LIVG	Ley Integral de Medidas contra la Violencia de Género.
LO	Ley Orgánica.
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
PNL	Proyecto No de Ley.
PRIA-MA	Programa de intervención para agresores de violencia de género medidas alternativas
RJ	Repertorio de Jurisprudencia.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS	Sentencia Tribunal Supremo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TRA	Técnicas reproducción asistida.
TS	Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO.

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

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

Jana tras el parto quiere quedarse al menor, por lo que las autoridades griegas para el correcto cumplimiento del contrato recogen al menor en casa de Jana y se lo entregan a Andrea y Alberto. Andrea y Alberto se inscriben en el Registro Civil local de Grecia como padres de Flavio. La pareja trata de registrar el nacimiento del niño en el Consulado español sin éxito.

Al llegar a España tratan de registrar el nacimiento, sin éxito. Se les acusa de haber comprado al menor. Siguiendo una orden judicial se entrega a Flavio a unos padres de adopción.

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

CUESTIONES:

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

INTRODUCCIÓN.

Nos encontramos ante un supuesto que versa sobre un proceso de gestación subrogada llevado a cabo por una pareja heterosexual, Alberto y Andrea, de nacionalidad española en Grecia, cuya mujer gestante, Jana, es una mujer albanesa residente en el país donde se llevará a cabo el proceso. Este proceso es el centro del caso en el que, como iremos viendo a lo largo de los informes, surgen otras cuestiones que afectarán a todas las partes de un modo u otro.

Para resolver las cuestiones que son sujeto de análisis en el Trabajo, debemos definir en primer lugar qué es la gestación subrogada también conocida como maternidad subrogada, gestación por subrogación, vientre de alquiler o subrogación. La complejidad del proceso, la novedad del mismo, todas las implicaciones éticas, morales, sociales, legales y la controversia que se suele desprender de esta práctica, explica en parte, la dificultad de encontrar un solo nombre¹. A lo largo del Trabajo, utilizaremos indistintamente los términos comúnmente utilizados en la literatura sobre la cuestión de la maternidad subrogada hasta la fecha, sin pretender caer en una connotación negativa que a veces se les aplica, generando profundos debates por cuestiones etimológicas o semánticas.

La gestación subrogada es la práctica por la que una mujer gesta a un hijo para otra persona o pareja, por lo tanto es un proceso que protagonizan dos partes: los padres de intención o futuros y la gestante. Es una variante de subrogación en la cual la gestante concibe mediante fertilización *in vitro* con el óvulo de la madre intencional o de una donante fertilizado con el esperma de un donante o del padre intencional o futuro². Este proceso que podemos calificar de novedoso viene practicando desde los años ochenta, pero es ahora, dado el contexto social, cultural, político y económico en el que nos encontramos donde, al haber aumentado masivamente esta práctica, surgen los mayores debates sobre ello.

Expuesta una definición inicial sobre la que versa el supuesto a tratar, en la totalidad de cuatro de las cinco cuestiones y de manera subyacente en la cuarta, donde se analizará el maltrato y las posibles consecuencias penales de Alberto hacia Andrea, considero importante poner en relieve la complejidad del caso por distintos motivos: en primer lugar el dilema moral y emocional que plantea un proceso de gestación subrogada para todas las partes implicadas en el proceso e, incluso, al intentar tratarlo desde una perspectiva crítica y jurídica; en segundo lugar, el marco legal en el que podemos encuadrarla en nuestro ordenamiento vigente y el ordenamiento internacional, a menudo en estos temas cambiante y poco claro, teniendo en cuenta que varía si se realiza dentro de nuestro territorio o no y por el modo de proceder; en tercer lugar la repercusión mediática que vive en estos momentos este tipo de reproducción asistida y por último, no por ello menos importante, el

¹ CAMACHO, J.M.: *Maternidad Subrogada: Una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, 2009.

² PANDE, A.: *Wombs in labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*, Columbia University Press. 2014. p. 12 “Gestational surrogacy is a variant of surrogacy in which the surrogate conceives using in vitro fertilization with egg of the intended mother or an egg donor that has been fertilized in a petri dish with sperm provides by the intended father or a donor”

carácter novedoso del asunto, si bien la primera gestación subrogada conocida data de 1984³, es, desde hace diez años atrás cuando se viene realizando de modo más regular y notorio⁴.

Numerosas figuras públicas han recurrido a esta práctica como método para cumplir sus deseos de ser padres o madres, nacionales e internacionales. Figuras conocidas como: el futbolista Cristiano Ronaldo, la empresaria Kim Kardashian, el cantante Miguel Bosé, el actor Javier Cámara, el presentador Jaime Cantizano, la actriz Nicole Kidman o el cantante Ricky Martin. Estos nombres configuran una larga lista de celebridades que han recurrido a esta técnica haciéndola muy popular a nivel global y favoreciendo, en cierto modo, la idea de que esta práctica solo se la pueden permitir las personas que gozan de una situación económica acomodada. Otras figuras reconocidas en nuestro país como el cantante Miguel Poveda o el empresario Kike Sarasola han sido fundamentales para situar la gestación subrogada en un debate social en España, comprometiéndose con los partidos políticos que están a favor de su regulación en nuestro territorio y dándole el empujón que necesita un debate social como éste en su favor. Es en medio de este debate social, tan dinámico estos últimos meses, donde muchos expertos en diferentes materias como derecho, biología o sociología son los principales detractores de la gestación subrogada, amparándose en evidencias científicas y legales.

A lo largo de las cuestiones no solo nos valdremos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, sino del Código Penal, Código Civil, la Constitución Española, leyes en materia de reproducción asistida internacionales (teniendo en cuenta que en este caso el proceso reproductivo se da en Grecia por una mujer gestante albanesa), instrucciones de la Dirección General de Registros y del Notariado, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, jurisprudencia aplicable, documentos audiovisuales y bibliografía que ilustren el caso.

³ RENGACHARY SMERDON, U.: *Crossing bodies, crossing borders: International surrogacy between the United States and India* p.21 “The first reported gestational surrogacy in the world occurred in 1984 when a woman without uterus had her eggs transfired to the uterus of a friend who gave birth to the child with whom had no genetic relation”.

⁴ Al no estar recogido como contrato vinculante en nuestro ordenamiento no existen estadísticas oficiales dadas por el Estado en materia de filiación de menores concebidos mediante la práctica de gestación por sustitución. Si bien es visible que, diez años atrás, en cuestiones mediáticas y por estadísticas de terceros (asociaciones y agencias de subrogación) es cuando comienza el *boom* de esta práctica por ciudadanos españoles en el extranjero.

I. CONFORME AL DERECHO ESPAÑOL ¿EN QUÉ MEDIDA SE PUEDE CONSIDERAR QUE FLAVIO ES HIJO DE ANDREA? ¿Y DE ALBERTO?

I.1. La Gestación subrogada en España: Marco legal versus Realidad.

Desde hace treinta años España cuenta con regulación sobre esta materia. Concretamente la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, disponía en su art. 10: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Queda claro que en España la Ley se acoge al principio del derecho romano *mater semper certa est*⁵ y dispone que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Esta ley fue parcialmente modificada por la Ley 45/2003, la cual, a su vez, fue derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en adelante LTRHA. Sin embargo, en ninguna de estas dos intervenciones del legislador sobre la materia se consideró necesario modificar la regulación de la gestación por sustitución establecida en aquella pionera ley de 1988. No obstante, a tenor del incremento de esta práctica por ciudadanos de nuestro estado y numerosas figuras públicas expresando su opinión sobre el proceso de subrogación, en los últimos años se ha abierto el debate acerca de si la legislación española vigente debería reformarse para permitir la maternidad subrogada en determinadas condiciones y actualizarse adaptándose a la realidad actual o, más bien, debería mantenerse tal como está y adoptar medidas para reforzar su eficacia y prohibir también su realización fuera de nuestras fronteras.

En 2016 este debate se abrió por primera vez en una sede regional parlamentaria, concretamente en la Asamblea de Madrid. En ella se debatió una Proposición No de Ley (PNL-51/2016 RGEP.2399) instando al Gobierno de la Comunidad de Madrid a instar, a su vez, al Gobierno de la Nación a impulsar, de forma inmediata, una Ley de regulación de Gestación Subrogada que garantizara los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y, de forma especial, a los menores fruto de esa técnica de reproducción⁶. Dicha iniciativa no salió adelante porque, si bien contó con los votos a favor de PP, en su mayoría, y Ciudadanos, recibió el voto en contra de PSOE y Podemos. A pesar de no contar con el apoyo de la Asamblea de Madrid, fue el año 2017 cuando el Grupo Parlamentario Ciudadanos presentó una propuesta de ley reguladora del derecho de gestación por subrogación. Una propuesta de doce páginas en las que defiende la regularización de esta práctica en España de un modo positivo, alegando que la sociedad española necesita ese cambio desde hace tiempo para adaptarse a la realidad actual de nuestra sociedad e igualar a todos en derechos reproductivos, independientemente del *status* económico⁷.

En un primer plano, la gestación subrogada no está permitida en nuestra regulación vigente y decimos “en un primer plano” pues es palpable que los contratos de vientres de alquiler en el

⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F. *¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español*. Anuario de Derecho Civil. 1997. Número 1. p. 13.

⁶ Boletín oficial de la Asamblea de Madrid/ Núm. 52 / 31 de marzo de 2016, p.84, 3. Textos rechazados.

⁷ 122/000117 Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el grupo Parlamentario Ciudadanos, p. 3, Exposición de motivos: VI.

extranjero son una realidad en nuestro país a pesar de no estar permitido en nuestro marco legal. Según datos de la Asociación Española de Abogados de Familia, los niños que llegan por este método al año son más de 1000 en detrimento de la adopción internacional que ha descendido en un 70% los últimos años⁸. El Derecho español no ofrece una respuesta uniforme con respecto a la inscripción de la filiación de los hijos nacidos mediante este proceso. Existe una diversidad de posiciones entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo que genera inseguridad jurídica para las partes afectadas, especialmente para los hijos.

Podemos hablar de dos principales problemas que surgen entorno al debate sobre la gestación subrogada en nuestro país: el primero versa sobre la ilegalidad en nuestro país y la situación real, pues son cada vez más españoles los que recurren a ella fuera de nuestras fronteras, ¿Es una cuestión de clase el tener más derechos?. El segundo se nos presenta por la importancia de una nueva vida en juego que debe gozar de todos sus plenos derechos, que son menoscabados cuando el recién nacido se encuentra en medio de estas batallas legales tan inciertas a menudo. Cabe destacar que sobre este segundo punto se ha pronunciado el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ambos órganos declarándose en contra de este tipo de filiación, por ser contrarios al orden público estatal pero apoyando el interés del menor y su dignidad como persona, prevaleciendo los derechos de éste sin perjuicio de lo realizado por sus padres. Si bien el Tribunal Supremo aporta una “falsa solución” a la inscripción de estos menores por parte de sus padres de intención en nuestro país que comentaremos más adelante.

Pese al pronunciamiento del Tribunal Supremo en nuestro país, la Dirección General de los Registros y del Notariado en España, que sí obliga a la inscripción de los niños nacidos en el extranjero por gestación subrogada de padres españoles residentes en España mientras cumplan todas las garantías en el país donde se ha realizado el procedimiento⁹, por lo que contradiciendo al Tribunal Supremo, estos niños sí serían a los todos los efectos hijos de sus padres de intención, sin tener en cuenta a la mujer gestante. La Instrucción de 5 de octubre ha dejado, en la práctica, sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la LTRHA, al hacer posible la inscripción en el Registro Civil español del fruto del contrato, con la única condición de que no se haya formalizado en España. Si bien no se permite la realización completa de esta práctica en nuestro país, por lo que podemos apreciar en este informe podríamos hablar de la casi legalidad de ésta con el único requisito de producirse fuera de nuestras fronteras.

1.2. Instrucción 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La citada Instrucción, publicada en el BOE a fecha 7 de octubre de 2010, pretende velar por el interés superior del menor, contenido de forma normativa en la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, adoptada por Naciones Unidas y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. La Convención incluye, entre otros derechos, los del menor a tener los mismos padres en todos los países y a tener una nacionalidad, cuestiones a las que la Instrucción da respuesta, como no podía ser de otra manera, permitiendo a la vez la inscripción en el Registro Civil español de menores nacidos mediante gestación subrogada en otros Estados. También surge para velar por los derechos de la gestante, parte esencial en el contrato, “*Junto a los del menor, deben*

⁸ Estadísticas recogidas en este artículo del periódico “El Mundo” en su versión digital <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/03/05/58bbe43cca4741c1428b4579.html>

⁹ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Núm. 243. Sec. I.

valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres¹⁰”.

Si bien esta instrucción no ha sido de aplicación en casos como el tratado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2014, la DGRN recuerda su obligado cumplimiento de modo posterior a ese pronunciamiento de filiación del TS mediante una circular fechada el 11 de julio de 2014 donde establece *“En el estado legislativo y jurisprudencial actual, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 está plenamente vigente por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y la filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero constituya un obstáculo para ello”*. Deja así sin efecto al pronunciamiento del Tribunal Supremo contradiciéndolo y obligando al cumplimiento de la inscripción de los menores a pesar de ello.

En la línea de la Instrucción, el nuevo art. 98.2 de la Ley del Registro Civil, indica que en *“el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el art. 96 de la presente Ley”*.

I.3. Posición del Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

El primer pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto de la filiación en casos de gestación subrogada aparece con la STS 247/2014, donde trata cuestiones fundamentales y se proclama firme contra la gestación subrogada al considerarla contraria a nuestro ordenamiento, declarando, como consecuencia del artículo 10 de la LTRHA, la filiación en este caso nula de pleno derecho, contradiciendo así la Instrucción de la DGRN de 2010. El TS, desestima en esta sentencia el recurso interpuesto por unos cónyuges de Valencia (padres de intención), contra la sentencia de la Audiencia Provincial que, confirmando la anterior del Juzgado de Primera Instancia, dejaba sin efecto la inscripción del nacimiento de dos menores en el Registro Consular Español de Los Ángeles, con las menciones de filiación de las que resulta que son hijos de E. y de G., y ordenaba la cancelación de la inscripción. En el año 2008 les fue denegada la inscripción a la pareja en el consulado español de Los Ángeles conforme al artículo 10 LTRHA. Éstos interpusieron recurso ante DGRN que dictaminó que los menores fuesen inscritos como hijos del matrimonio pero fue el Ministerio Fiscal el que se opuso a ello alegando el ya citado artículo, fue en ese momento en el que dos órganos del Estado quedaron enfrentados, el Ministerio Fiscal y la Dirección General de Registros y Notariados¹¹.

El Tribunal basa la denegación de la filiación por ser contrario al orden público español: una cuestión acerca del reconocimiento de la decisión de una autoridad administrativa extranjera conforme al art. 85 del Reglamento del Registro Civil¹². Conforme el art. 23 de la Ley del Registro

¹⁰ BOE, 7 octubre 2010, núm. 243, Sec. I, p. 84803.

¹¹ STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014. (RJ 2014\833)

¹² *“Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.”* Artículo 85 del Reglamento del Registro Civil.

Civil, deben cumplirse dos requisitos para que se produzca tal reconocimiento. En primer lugar, que el registro tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción en la ley española. El segundo consiste en que el hecho inscrito respete la legalidad conforme a la ley española. Así sucede cuando el hecho certificado por la autoridad extranjera respeta las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español. Este orden público, aclara la sentencia, está integrado por *“el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”*.

El TS entiende que el hecho inscrito incumple con el orden público internacional, que actúa como límite al reconocimiento de las decisiones de las autoridades extranjeras. Así es porque ese orden público está integrado por los derechos fundamentales y los principios contenidos en el Título I de la CE en la medida en que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, las relaciones paterno-filiales. Concretamente forman parte del mismo el *“derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39). También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución). Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución)”*¹³

De esta forma, en el respeto a la dignidad personal, como fundamento de los derechos de la persona y límite de cualquier actuación, halla el TS la razón que justifica la denegación de la inscripción de los niños nacidos de una maternidad subrogada en el Registro Civil español. Considera el Tribunal que, si bien actualmente la legislación no establece el hecho biológico como fuente exclusiva de la filiación (adopción o el consentimiento a la fecundación con contribución de donante) no se acepta que se vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño *“mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza, y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”*¹⁴.

Por último el TS deja la puerta abierta a una posible reclamación. De darse el caso de poseer la misma carga genética uno de los progenitores, éste podrá probar ser el padre biológico como establece el artículo 10 de la LTRHA. En el caso del otro progenitor, sin ninguna carga genética en común con el menor, la solución dada por el TS sería la de adopción del menor por vías legales establecidas en nuestro ordenamiento. También insta al Ministerio Fiscal a encargarse de las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y su protección¹⁵.

¹³ STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014. (RJ 2014\833) FJ 5.

¹⁴ STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014. (RJ 2014\833) FJ 6.

¹⁵ STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014. (RJ 2014\833) Fallo, punto 3.

Cabe destacar el voto particular en la sentencia del TS, que alude su disconformidad, entre otros razonamientos jurídicos, al menoscabo en la dignidad y derechos del menor, pues se le aparta a un limbo jurídico. La técnica jurídica aplicable no es la del conflicto de leyes, sino la de reconocimiento de una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California, como admite la sentencia. En lo que aquí interesa supone, aunque parezca obvio, que existe una previa decisión de este orden sobre filiación de dos niños nacidos tras una gestación por sustitución por lo que el acceso de esta decisión extranjera al Registro Civil español no debería plantear problemas sobre la ley aplicable, sino con relación al hecho del reconocimiento en España de un documento auténtico de autoridad administrativa, en la forma que hiciera la DGRN en la resolución que ha sido impugnada, conforme al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (RCL 1958, 1957 , 2122 y RCL 1959, 104). Esta solución estaría, además, amparada en el principio de igualdad e interés de los menores que de hecho están siendo inscritos en los registros civiles a partir de la inscripción aquí cuestionada.¹⁶ También dice diferir por completo en la cuestión sobre contraria al orden público, pues no lo considera en absoluto. Y dispone que en primer lugar, si bien el legislador español considera nulo el contrato de gestación por sustitución, tanto con precio como sin él, ha de diferenciarse la admisión de estas prácticas en España, que en el momento actual son ilegales, de sus efectos cuando provienen de un Estado en el que se admiten y tienen eficacia vinculante basada en la jurisprudencia emanada de su Tribunal Supremo, en línea con el informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya 10 de marzo de 2012, sobre los problemas de los contratos de gestación subrogada en el ámbito internacional, porque lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. La denegación de este reconocimiento solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. El orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor.¹⁷

I.4. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Labassee contra Francia (junio, 2014). Paradiso y Campanelli contra Italia (2015-2017).

Son dos pronunciamientos los que pondremos en consideración en este informe para enmarcar la doctrina del TEDH en materia de filiación y gestación subrogada: el caso Labassee contra Francia y el caso Paradiso y Campanelli contra Italia.

En el caso Labassee contra Francia, un matrimonio francés heterosexual cuya esposa tenía problemas de fertilidad y recurren al proceso de gestación por sustitución en Estados Unidos, del mismo modo que en el caso español y conforme al orden público, la Corte de Casación Francesa niega la inscripción considerándolo un fraude de ley. El artículo 16.7 y 16.9 del Code establece que cualquier convención para la procreación o gestación por cuenta de otro es nula produciéndose una vulneración del orden público francés¹⁸. Los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y de indisponibilidad del estado civil de las personas se oponen al reconocimiento de la gestación por sustitución. Deciden llegar a última instancia, recurren al TEDH invocando la vulneración del

¹⁶ STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014. (RJ 2014\833) Voto particular, SEGUNDO.

¹⁷ STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014. (RJ 2014\833) Voto particular, TERCERO.

¹⁸ Caso Labassee contra Francia. Sentencia de 26 junio 2014. JUR 2014\176905. Dispositions de droit civil, 19.

artículo 8 Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, en lo sucesivo CEPDH, que dice: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio, y de su correspondencia*”. Entendían que la negativa de las autoridades francesas a inscribir la filiación a su favor constituía una injerencia al respeto de su vida familiar¹⁹. Punto importante pues, a pesar de que el TEDH no considera menoscabo alguno en la vida de los mayores de edad y padres de intención sí lo considera en la de los hijos por lo que considera que al denegar Francia su inscripción les imposibilita un aspecto esencial de la identidad de las niñas, como es su filiación (y consecuentemente también su nacionalidad), lo que supone una violación de su derecho a la vida privada y familiar. Por tanto, el Tribunal condena al Estado Francés a que deje sin efecto sus resoluciones denegatorias y proceda a la inscripción solicitada. En este caso el TEDH resuelve positivamente la filiación. No es el único caso que resuelve este Tribunal en Francia, en ese mismo año, el caso *Mennesson* contra Francia, donde los recurrentes pretendían un efecto atenuado de orden público en función del interés del menor, noción finalmente estimada por el Tribunal y en relación a las niñas que estaban en medio del proceso litigioso, sí se tiene en cuenta el artículo 8 del Convenio por interés superior del menor y su dignidad y vida privada, exigiendo al Estado Francés una solución para proteger a las menores y no vulnerar sus derechos. De manera análoga se resuelven otros dos casos con posterioridad en Francia: caso *Laborie* contra Francia y el caso *Foulon y Bouvet* contra Francia.

Existe otro pronunciamiento esencial para enmarcar la doctrina del TEDH, el caso italiano *Paradiso y Campanelli* contra Italia. Una pareja heterosexual que decide, tras problemas de infertilidad, llevar a cabo el proceso de gestación subrogada en Rusia, tras inscribir en el Registro ruso al recién nacido vuelven a Italia donde realizan las pruebas de paternidad que dan resultado negativo. Al haber omitido el contrato de subrogación y la no existencia de relación genética entre los padres de intención el Estado italiano actúa contra el matrimonio por presentación de documentos falsos y alteración del estado civil. Esta Sentencia tiene su relevancia en cuanto la diferencia entre los dos pronunciamientos del TEDH: en un primer lugar el Tribunal resuelve a favor de la familia italiana dando por violado el artículo 8 de la CEPDH, sin retirar la custodia del niño a su familia adoptiva actual, tras ello, el Estado italiano recurre y le dan la razón dada la no existencia de lazos familiares, se tuvo en cuenta que el niño solo tenía cinco meses de edad cuando fue separado de sus padres de intención²⁰.

A priori puede parecer que las decisiones del TEDH son arbitrarias por su pronunciación diversa en la misma materia, pero no obedece a eso, sino más bien a la incertidumbre legal en materia de gestación subrogada dependiendo del país de donde provenga la demanda, cada caso concreto tiene sus peculiaridades y ha de ser tratado como tal, no puede equipararse una convivencia con un menor a la inexistencia de ésta en la aplicación del artículo 8 de la CEPDH, ni tampoco las circunstancias en las que se lleva a cabo la subrogación en el extranjero.

Cabe destacar que es, tras estas decisiones del TEDH, cuando nuestro ordenamiento vuelve a seguir las directrices de la DGRN e inscribe a los niños de forma regular.

¹⁹ Caso *Labassee* contra Francia. Sentencia de 26 junio 2014. JUR 2014\176905, *Sur la violation alléguée de l'article 8 de la convention*, 34.

²⁰ Caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia, STEDH, sentencia de 24 enero 2017. JUR 2017\25806.

I.5. El orden público y su pertinencia.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado que hace referencia a la seguridad ciudadana.²¹ En nuestra Constitución se habla en un par de ocasiones sobre esta noción, en primer lugar en el artículo 16 haciendo referencia a la limitación de los derechos fundamentales y en segundo lugar en el artículo 21 como límite a los derechos de culto religioso y del derecho de reunión. Lo relevante en este caso es qué considera nuestra Constitución orden público y qué relevancia tiene éste en materia de control sobre actos ocurridos en el extranjero cuya validez jurídica depende de nuestro ordenamiento. Sin duda gran parte quedará sujeta a la interpretación de los operadores jurídicos encargados de decidir sobre ello, pero una noción que nos sirve de ayuda es la proporcionada por el Código Civil en su artículo 12.3 *“en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera que sea contraria al orden público.”*

También es el Código Civil el que dispone en su artículo 1271 *“podrán ser objeto de contrato las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres”* y en su artículo 1275 *“los contratos sin causa o causa ilícita no producen efecto alguno. Es ilícita cuando es contraria a las leyes y a la moral.”* Por ello los efectos serían de nulidad, así la mujer gestante no estaría obligada a entregar al menor ni a indemnizar de ningún modo a los padres que pretenden la subrogación.

Como podemos observar, en nuestro ordenamiento es el Código Civil el que más hace referencia al concepto de orden público. Si ponemos en relación el artículo 6.2 donde establece como límite a la autonomía de la voluntad y renuncia de los derechos de ser contrarias al orden público y el artículo 1255 que limita del mismo modo los contratos, podemos interpretar así la, todavía más firme, negación de la gestación subrogada por parte de nuestro ordenamiento.

En uno de sus pronunciamientos, el Tribunal Supremo estima la obligación por parte del INSS de beneficiar con la prestación por maternidad a una mujer que mediante contrato de gestación subrogada en Los Ángeles fue madre²². Esta sentencia basa su pronunciamiento en el interés del menor, convirtiéndose los derechos de los menores fruto de ese contrato en el salvoconducto para unos padres intencionales que deseen tener hijos por un método no recogido en nuestra regulación nacional. De este modo el beneficio de los padres ante una situación de manifiesta ilegalidad en nuestro país queda igualmente amparado por nuestro derecho, haciendo latente la complejidad jurídica en la que está envuelto el proceso en nuestro territorio.

I.6. La Gestación subrogada en Grecia.

La regulación de la maternidad subrogada en el mundo se caracteriza por su diversidad, complejidad, variabilidad y consiguiente inseguridad. Hay países que permiten la gestación subrogada para todo tipo de comitentes: individuos solos o parejas, homosexuales o heterosexuales. Otros, en cambio, restringen la oferta de este servicio a parejas heterosexuales infértiles. Unos aceptan solo la subrogación gestacional y otros también la tradicional (en la que la gestante aporta material genético). Unos permiten contratos por los que los comitentes se convierten en padres desde el inicio del embarazo y otros establecen que la gestante es la madre y solo después del nacimiento puede renunciar al hijo. Unos ofrecen los servicios de gestación por sustitución a los

²¹ RIDAURA MARTÍNEZ, M.J. *Seguridad privada y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p. 25.

²² STS (Sala de lo Social) Sentencia núm. 953/2016 de 16 noviembre de 2016. (RJ 2016\6152)

extranjeros y otros solo a los nacionales. Unos cuentan con regulaciones más minuciosas y otros con márgenes mayores para la libertad de los contratantes.

En el caso de Grecia la gestación subrogada es legal bajo unas limitaciones muy estrictas y con diferencias sustanciales frente a otros ordenamientos. En 2002 se introdujo en el país la Ley 3089/2002 Sobre Reproducción Humana Asistida Médicamente que incorporaba reglas específicas para permitir la subrogación, dándole un marco legal y regulando la transferencia de filiación. Desde ese momento, las leyes griegas regulan esta técnica, aunque solamente en el caso de que no haya ningún vínculo genético entre la gestante y embrión. Cabe destacar que la primera regulación de 2002 era más estricta que la actual, aunque ésta última no deje de serlo frente a otros ordenamientos en esta materia. La maternidad por subrogación está contemplada en el artículo 1458 del C.c de Grecia donde se establecen todos los requisitos. Como notas esenciales, en Grecia la gestación por sustitución está regulada bajo los siguiente requisitos: podrán acceder a ella mujeres solteras o parejas heterosexuales (casadas o no), la madre de intención debe tener menos de 50 años y aportar documentos médicos sobre su infertilidad²³, se establece una compensación económica en torno a los 10.000 euros a la madre gestante, pudiendo ser penados por cárcel los fines lucrativos. Además, al contemplar esta práctica en su ordenamiento como legal, incide en el concepto tradicional de maternidad y hace necesaria una nueva regulación que se recoge en los artículos 1463 y 1464 del C.c griego. En estos preceptos señala que la maternidad vendrá determinada por el hecho del nacimiento, salvo en los casos de gestación subrogada. En éstos se presume que la maternidad corresponde a la mujer que obtuvo autorización judicial para recurrir a la maternidad subrogada por no poder gestar ella por sí misma al hijo. También dispone de un precepto peculiar por el que la presunción de maternidad podrá ser revocada dentro de los seis meses siguientes al nacimiento mediante la acción legal de impugnación de la maternidad. Esta acción podrá ejercerse por la mujer cuya maternidad se presume y por la mujer que llevó a cabo la gestación, siempre que exista una relación biológica entre ella y el hijo que ha gestado²⁴. En cuanto a la filiación del bebé previamente deberá ser autorizada mediante sentencia judicial el proceso de gestación, otorgando en ese momento la filiación a los padres de intención, sino no se podrá tramitar la filiación en España. De este modo será de aplicación la Instrucción de la DGRN por analogía.

I.7. ¿Puede considerarse hijo de Andrea? ¿Y de Alberto?

Una vez expuestos los marcos legales relevantes para dotar a esta cuestión de la correcta, o más aproximada, solución, analizaremos la situación concreta. La pareja formada por Andrea y Alberto acude a Grecia para realizar el procedimiento por gestación subrogada. Podrían surgir dos vertientes: la primera: alguno de los procesos de la gestación no ha sido correctamente realizado, por lo que la filiación no se podrá llevar a cabo del modo esperado. La segunda: que todo se hace del modo correcto sin ninguna laguna, por lo que no deberían tener problemas en cuanto al proceso ni la filiación, tanto en nuestro Estado como en el país heleno.

²³ Ley N° 3089/2002 sobre la Asistencia Médica a la Reproducción Humana. art. 1458 del Código Civil griego dispone que *“La transferencia de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta, y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial acordada antes de la transferencia si existe un acuerdo escrito y sin contrapartida, entre las personas que deseen tener un hijo y la mujer que lo gestará, así como su cónyuge, cuando ella sea casada. La autorización judicial se acordará luego del pedido de la mujer que desee tener un hijo, si se comprueba que la gestación le es médicamente imposible y que la mujer que se preste a la gestación es apta teniendo en cuenta su estado de salud.”*

²⁴ GARCÍA RUÍZ, Y.: *Reproducción humana asistida: Derecho, conciencia y libertad*. Ed. Comares. Granada. 2004.

Desarrollando el primer planteamiento, en el supuesto a tratar se menciona el deseo de Andrea de ser madre sin pasar por un embarazo y parto, pero no comenta nada acerca de la infertilidad de ésta ni de intentos por haber tenido hijos de forma natural con Alberto u otras parejas. Dado que es una exigencia irrefutable en materia de gestación por subrogación en Grecia certificar la infertilidad de la mujer como expusimos en el punto anterior y ello desencadenaría en el no aprobar mediante sentencia el procedimiento en su fase inicial, damos por probado que, de un modo u otro, fue acreditado por la pareja, de no ser así, la implantación del embrión en Jana no se hubiese dado y por ello, Flavio no hubiera nacido.

Por ende, tenemos en cuenta que todos los procesos se han llevado a cabo de forma correcta en Grecia y son cumplidores de los requisitos exigidos, la persona que estaría incurriendo en un incumplimiento de contrato y un presunto delito de retención ilegal sería Jana, pues carece de relación genética con Flavio ni se ha procedido a la filiación de otro modo como la adopción (no se trataría de un secuestro parental, previamente firmó un contrato donde señala quienes serán los padres legales: Alberto y Andrea. A pesar de este incidente la pareja quiere llevarse a Flavio a España pero es el Consulado el que no les permite registrarlo por lo que: se estaría vulnerando la instrucción de la DGRN que vela por el interés del menor y dispone que deben registrarse los menores cuya filiación se haya inscrito en un país extranjero por ser análoga. El consulado debe inscribirlo pero no lo hace con los consiguientes problemas al llegar a España, vulnera el Derecho de los padres y sobre todo, del menor, no siguiendo tanto la instrucción y posterior circular de la DGRN y la doctrina del TEDH.

Al llegar a España intentan registrar a Flavio sin éxito, son acusados de comprar al menor y éste es dado en adopción. Al cumplir con todos los requisitos necesarios que obliga la Ley Griega, deberían recurrir esa decisión, y ser exculpados de tal delito, pues es inexistente dado que todos los procesos fueron seguidos en Grecia con todas las garantías. Si el Estado español incumpliese de nuevo la instrucción de la DGRN y se siguiese la doctrina del Tribunal supremo la filiación se llevaría a cabo mediante: prueba de ADN por parte de Alberto, lo que arrojaría como resultado que el padre, biológico y legal es Alberto, dejando en una situación distinta a Andrea, al carecer de carga genética compartida con Flavio. Si bien resolvió el Tribunal Supremo: la carga genética y el parto no son el único modo de filiación en el Estado español, por lo que podría resolverse el caso de su futura maternidad legal adoptando a Flavio conforme al ordenamiento vigente español.

En definitiva, los procedimientos de gestación subrogada en el extranjero llevados a cabo con todas las garantías legales, sentencia por la que se concede la filiación o registro del menor en nombre de los padres de intención, no deben presentar mayor problema en España en cuanto al registro y el menor debe ser inscrito con todas sus garantías sin menoscabar su dignidad tal y como ampara el artículo 8 de CEDH y la Instrucción de la DGRN citada en diversas ocasiones en este informe. Ambos serán los padres legales de Flavio conforme al Derecho español.

II. ¿CUÁLES SON LAS CONDICIONES PARA LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO EN ESPAÑA? ¿CUMPLÍAN CON LAS CONDICIONES ALBERTO Y ANDREA?

II.1. La filiación por subrogación: España y la diferencia con los países de *turismo reproductivo*.

La filiación determinada en el extranjero tras una gestación por sustitución suscita la cuestión de sus efectos legales en España. Se trata de una cuestión tanto técnica como valorativa en la que se han visto implicados la DRGN, los tribunales de justicia y en especial el Tribunal Supremo así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El centro de la polémica real se centra en el alcance de la excepción de orden público internacional en relación con las certificaciones o sentencias extranjeras. Mientras que el TS emplea un orden público antiguo anclado en la férrea defensa de la legalidad española y del modelo español de filiación considerado en abstracto, el TEDH se mueve en una dimensión totalmente diferente. El TEDH sí que ha defendido los derechos individuales y no la autoridad de la Ley. El TEDH ha apostado por el interés del menor y ha dejado claro que la intervención del orden público internacional frente a las decisiones extranjeras relativas a la filiación de los menores nacidos tras una gestación por sustitución debe ser razonada y proporcionada. Sólo de ese modo se protege el derecho a la vida privada y a la identidad personal transfronteriza de los menores²⁵.

En la Unión Europea son pocos los países que permiten la gestación por sustitución como ejemplos tenemos a Reino Unido y Grecia. El país heleno admite el contrato de maternidad por sustitución, si bien lo configura como un contrato gratuito en el que solo cabe que se abonen a la madre gestante las cantidades que compensen la pérdida de sus salarios durante el embarazo, parto y posparto, así como los gastos derivados de la gestación y el parto. Además obliga a que la madre gestante no sea la madre biológica, de modo que, los óvulos fecundados deben pertenecer a la mujer que no puede tener hijos y a su pareja o a una donante. Además, exige que la filiación se establezca por resolución judicial. (Leyes 3089/2002 y 335/2005). De estos dos países extraemos los dos modelos básicos de determinación de la filiación. Por un lado está el británico, que declara la filiación a favor de los comitentes una vez ha nacido el niño y la gestante se ratifica en entregárselo. Por otro, el griego, que otorga el niño a los comitentes desde el inicio del embarazo, mediante sentencia judicial donde, además de aprobarse la implantación del embrión en la mujer gestante se determina la futura filiación.

La cuestión jurídica por excelencia que surge en estos casos es, desde un estricto enfoque de DIPr., la precisión de la filiación en el orden jurídico español de los menores nacidos en otro país tras una gestación por sustitución. En efecto, tales menores son considerados en ese otro país como “hijos” de los comitentes, lo que contrasta con la postura radical en contrario que existe en España en relación con estos contratos y con la regla de “filiación en favor de la madre gestante” que equivale a “es madre la que pare”). Se trata éste de un tema de extraordinaria complejidad técnico-valorativa sobre la que se han sostenido, fundamentalmente, tres tesis. Estas tres tesis han sido defendidas por diferentes órganos judiciales y administrativos españoles así como por autores

²⁵ CALVO, A. L. CARRASCOSA, J. *Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 2015. Cuadernos de Derecho Transnacional, .

diversos. Conviene, pues, recordar cuáles son estas tesis y también apropiado resulta tratar de dejar claro cuál de ellas es la más correcta en el sistema legal jurídico español.

II.2. Las tres variantes que enmarcan la filiación de hijos nacidos en España a partir de la gestación subrogada junto a la Ley del Registro Civil.

Como pudimos comprobar en el Informe I, son tres los pronunciamientos destacables para la filiación mediante gestación subrogada en el extranjero por parte de ciudadanos españoles residentes en nuestro Estado. La Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariados de 2010, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2014 y las Sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en los años 2014 y 2015. Tres planteamientos diferentes sobre los efectos legales en España de la filiación legalmente acreditada en otro Estado en relación con los menores nacidos en otro país en virtud de gestación por sustitución. Conviene ahora valorar cada una de estos tres planteamientos para averiguar cuál de ellas encaja mejor con los principios y valores que presiden el sistema jurídico europeo y español y, por lo tanto, cuál encajaría en nuestro supuesto planteado.

En cuanto a la Sentencia del Tribunal Supremo ya hemos visto como no encaja ni con las sentencias emitidas por el TEDH y, mucho menos, con la DGRN y sus instrucciones y circulares. En esta STS no se considera el acta o certificación registral extranjera como una decisión adoptada por una autoridad transfronteriza, en nuestro supuesto, existe una sentencia firme por parte de un Tribunal griego y un registro de filiación en ese país. El menor ya tiene una filiación. Una filiación otorgada legalmente las autoridades griegas. Se trata ahora, simplemente, de decidir si la filiación legalmente asignada por las autoridades del país heleno debe o puede hacerse constar igualmente en los Registros españoles. Debemos tener en cuenta que la filiación determinada en un Registro civil extranjero no es un mero hecho sino hechos calificados jurídicamente por dicha autoridad. Hechos que comportan consecuencias legales jurídicas de extraordinaria relevancia. Así, el funcionario del registro civil griego realiza una operación jurídica de gran relevancia, pues hace constar en el registro civil local la filiación del nacido según las normas jurídicas aplicables en dicho país. Estamos, en este caso y otros análogos, ante una validez extraterritorial de estos inscritos.

Sobre la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, basada en opiniones expertos que han indicado que es posible trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución, tal y como ha sido acreditada por autoridades de otros países y del modo que consta en un Registro civil extranjero. Con los requisitos de: presentar ante las autoridades españolas una sentencia o resolución judicial extranjera que acredite dicha filiación y que se compruebe que la mujer gestante dio su libre consentimiento para perder su patria potestad y que el menor no ha sido objeto de comercio. Todo ello es posible en nuestro caso conforme a la Sentencia por la que, en Grecia, se lleva a cabo la futura filiación del hijo nacido por gestación de sustitución y el implante del embrión en la mujer gestante, dando inicio al proceso. Esta tesis es la seguida por los Registros Civiles españoles hasta el momento, sin perjuicio de la STS del 2014, pues, como recordó la propia DGRN en una circular posterior fechada a 11 de julio

de 2014, sigue en vigencia, recordando que un solo pronunciamiento sobre la materia por parte del Tribunal Supremo no sienta jurisprudencia. La Instrucción deja claro su posicionamiento frente a este tipo de inscripciones disponiendo que no solo basta con la inscripción en Registro Civil extranjero, sino también una resolución judicial, resolución que posee la pareja formada por Alberto y Andrea.

En cuanto a la postura del TEDH puede afirmarse, en síntesis, que sostiene que no puede emplearse la cláusula de orden público internacional para rechazar, de modo sistemático, en un Estado parte en el CEDH, la filiación de un menor legalmente establecida en el extranjero en casos de gestación por sustitución²⁶. Precisa el TEDH que dicho reconocimiento debe aceptarse para salvaguardar, en primer lugar, el derecho a la vida privada y a la identidad del menor, y en segundo lugar, el derecho a la vida familiar de dicho menor y de los sujetos que tomaron la decisión de ser sus padres. Debe recordarse, como ha aclarado la Circular de la DGRN 11 julio 2014, que, incluso en los casos fallados por el TEDH en los que no ha sido parte España, las sentencias del TEDH tienen para España un valor de primera magnitud, pues despliegan el efecto interpretativo que deriva del art. 10.2 CE 1978 y que el TC viene reconociendo al acatar la doctrina expuesta en aquéllas.

Expuestas las consideraciones sobre los tres pronunciamientos más relevantes en la actualidad sobre la materia en España, cabe no dejar en el olvido a la Ley del Registro Civil, pues son los artículos comprendidos entre el 96 y 98 los que tratan la materia de resoluciones y certificaciones extranjeras regulando su validez en España. Si bien es cierto que ambos artículos dejan claro que estas resoluciones no pueden ser contrarias al orden español, como bien es sabido las leyes están sujetas a interpretación y, tal y como se pronunció el Tribunal en las Sentencias descritas en el Informe I, 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.

II.3. Condiciones para la inscripción del Flavio en España. ¿Cumple la pareja los requisitos exigidos?

Como hemos visto en los apartados anteriores de este informe, la inscripción del nacido por subrogación en el extranjero no está exenta de polémica, incluso existe una contradicción latente entre distintas instituciones que dificultan el entendimiento del proceso y la tranquilidad y fiabilidad de la realización de esta práctica fuera de nuestras fronteras, pues no sería extraño que la mayoría de los padres de intención tuvieran dudas al respecto de la inscripción del nacido por gestación de sustitución al regresar a su propio Estado.

²⁶ FLORES RODRÍGUEZ, J. *Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014*, Diario La Ley, No 8363, sección Tribuna, 28 julio 2014 pp. 1-4

Como bien hemos podido comprobar, es finalmente la doctrina establecida por el TEDH y, a mayores en nuestro territorio estatal, la Instrucción de la DGRN de 2010, las que establecen los requisitos exigibles y los límites para realizar la correcta inscripción en nuestro país. Por todo lo anteriormente expuesto podemos extraer los siguientes requisitos para la inscripción del menor en el Registro Civil: la Instrucción establece como requisito previo para solicitar la inscripción de la filiación en el Registro civil la presentación ante el Encargado de una resolución judicial dictada por un Tribunal extranjero competente en la que se establezca la filiación del nacido, esto permite el control judicial de los requisitos de perfección y contenido del contrato de maternidad subrogada y su adecuación a la ley del país en el que se ha formalizado y la protección de los intereses del menor y de la mujer gestante. En segundo lugar, también permite un control de la capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, que su consentimiento contractual ha sido prestado libre y voluntariamente, así como la posibilidad de su revocación. Y finalmente, trata de evitar que el contrato de maternidad subrogada sirva de cobertura legal al tráfico internacional de menores. Pues bien, si la resolución judicial extranjera que determina la filiación del menor ha sido dictada en un procedimiento contencioso será necesario instar por el particular el *exequátur* ante los Juzgados de Primera Instancia (arts. 954 Y 955 LEC). En este caso deberá presentarse ante el Encargado del Registro Civil, la solicitud de inscripción, así como el Auto que pone fin al *exequátur*. La misma instrucción deja claro que *“No se contemplará como apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica del nacimiento en que no conste la identidad de la gestante”*²⁷.

Expuestos los requisitos, analizamos nuestro caso concreto sobre Andrea, Alberto, Jana y Flavio determinando lo siguiente. El proceso se llevó a cabo con todas las garantías en Grecia, por lo que existe una resolución judicial en la que consta la filiación del menor a nombre de la pareja española, conforme a las leyes griegas de reproducción asistida médicamente (Leyes 3089/2002 y 335/2005) a pesar de lo sucedido con la retención del menor por parte de la mujer gestante, sin carga genética alguna y siendo consciente del proceso que se había llevado a cabo. En el enunciado se hace alusión a la intención por parte de la pareja de registrar al niño, aunque no se indica si eran portadores en ese momento de la resolución judicial ni del auto que pone fin al procedimiento de *exequator*. En principio sí cumplirían los requisitos, aunque probablemente el modo de ejecutar el registro en el Registro Civil español no fue el adecuado y por eso fueron detenidos acusados de la compra de un bebé, hecho erróneo y demostrable de modo posterior con toda la documentación en regla de la gestación subrogada en el extranjero.

²⁷ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Núm. 243. Sec. I. P. 84805.

III. ¿QUÉ RELEVANCIA PENAL TIENEN LAS ACCIONES DE ANDREA Y ALBERTO EN ESPAÑA? ¿QUÉ PENA, EN SU CASO, LES SERÍA DE APLICACIÓN?

III.1. Regulación española.

En España actualmente están prohibidos los contratos de gestación por sustitución. La primera ley en España reguladora de las técnicas de reproducción asistida humana, fue la de 22 de noviembre de 1988, en el ámbito comunitario fue precedida por la Ley sueca de 1985 sobre inseminación artificial en la pareja.

Han sido los avances científicos en materia de reproducción asistida los que han originado la necesidad de regular con mayor rigor y adaptación a la realidad vigente, dando como resultado la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, respondiendo así a la exigencia de regulación sobre las prácticas llevadas a cabo en la materia y, de igual modo, a los límites al respecto en nuestras fronteras.

Como hemos visto en los dos informes precedentes, es el artículo 10 de la referida Ley 14/2006 el que sanciona con la nulidad de pleno derecho los contratos que se celebren a dicho respecto, disponiendo en su segundo apartado que *“La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*, generando así una prohibición de la gestación por sustitución y un status de maternidad prevalente²⁸. Son los artículos 24 y siguientes de la Ley donde se establece que las infracciones en materia de reproducción humana asistida serán objeto de sanciones de tipo administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

El Código Penal, con su reforma introducida en el año 2003, establece en los artículos 220 a 222 las sanciones jurídico-penales relativas a la suposición del parto y a la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Sin embargo, el Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958, permite la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras firmes que establecen la filiación del menor como hijo de los padres subrogados, por lo que, en la práctica, nos encontramos con que los contratos de subrogación finalmente alcanzan los efectos jurídicos que no están permitidos en España. También la permiten y, de hecho, impone el carácter imperativo y urgente la Instrucción de 2010 por parte de la Dirección General de Registros y Notariado.

Por parte del Código Civil en esta materia, es el artículo 12.4 del Código el que establece que *“se considerará como fraude de Ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una Ley imperativa española”*, y su apartado 3 que *“en ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”*. Estas consideraciones han sido tratadas *supra* bajo la interpretación del TEDH y la DGRN.

En el sector doctrinal, existe una parte, expresamente a favor de la paternidad subrogada, defendiendo los convenios de gestación por sustitución, con el fin de *“solventar problemas de infertilidad que no pueden salvarse mediante los diferentes mecanismos establecidos en las*

²⁸ MARTÍNEZ CALCERRADA, L. *La nueva inseminación artificial (Estudio Ley 22 de noviembre 1988)*, Madrid, 1988, p. 303.

sucesivas leyes de técnicas de reproducción humana asistida²⁹” además de dar solución a esas personas que sí pueden costearse el tratamiento en España pero no en el extranjero, no podemos obviar que la práctica está aquí “Es una técnica de reproducción asistida que ha llegado para quedarse. Debería regularse de una manera buena y eficaz para dar solución a algo que la gente busca fuera y para proteger a las personas implicadas, especialmente la gestante y el menor. Hay que fijar los derechos y las obligaciones³⁰”. Sin embargo, otra parte considera que los que acuden a países extranjeros para tener hijos a partir de la técnica de la gestación por sustitución, están cometiendo fraude de Ley, ya que buscan una norma de cobertura para lograr un resultado expresamente prohibido por una norma española, así como que la Ley de Reproducción Asistida vigente constituye una norma de orden público, y por tanto, con efectos de obligado cumplimiento y superioridad en su aplicación y, en especial, la prohibición que afecta a la gestación por sustitución, ya que dicha figura, tal y como menciona la sentencia nº. 826, de 23 de noviembre de 2011, de la sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que dio lugar a, tratada en anteriores informes, la Sentencia del TS del 2014, afecta a principios tales “como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona. Principios reflejados, además de en el artículo 10.1 de la Constitución, en su artículo 15, que reconoce el derecho a la integridad moral, el artículo 39.2 de la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil, el artículo 1.271 del Código Civil, que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita».

Precisamente en el supuesto de los vientres de alquiler, aunque el nacimiento del niño se produzca en el extranjero, es en nuestro país donde se producen los efectos últimos del contrato, consistentes en lograr la inscripción de la filiación a favor de los padres comitentes.

No obstante, también debemos tener en cuenta, que es precisamente la propia Ley española la que permite la inscripción de dicha filiación del recién nacido a través de, entre otros, la legislación del Registro civil, el procedimiento de homologación de sentencias extranjeras previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, o la mencionada Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010.

Con la regulación expresada en este Informe, se hace palpable la insuficiencia e incluso incoherencia de la actual situación legislativa en España alrededor de la gestación subrogada, ni prohíbe por completo su realización, a efectos legales mientras se realice en el extranjero termina por ser un mero trámite en nuestro territorio, ni permite libremente la práctica dentro de nuestras fronteras.

²⁹ VELA SÁNCHEZ, A. J.: *La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia*. Diario La Ley, núm. 8055 (Sección Doctrina). Editorial La Ley. Madrid, 2013.

³⁰ Declaraciones de la abogada Ana Miramontes para www.laopinioncoruna.es 19/03/2017.

III.2. Relevancia penal en el caso de Andrea y Alberto.

El caso que estamos tratando es un proceso de gestación subrogada llevado a cabo por una pareja española en Grecia, podríamos hablar de una diferencia abismal en lo que a relevancia penal se refiere, el realizarlo dentro o fuera de nuestro territorio.

En un primer término vamos a analizar qué sucedería conforme a la legislación vigente la realización de esta práctica por parte de la pareja dentro del territorio español y, tras ello, analizaremos la situación real a la que se enfrentan Andrea y Alberto, tras realizar el proceso en el país heleno.

En el caso de que en España se produjera el proceso de Alberto y Andrea de maternidad subrogada, se realizaría de modo delictivo bajo la suposición de parto que sanciona el Código Penal, haciendo pasar por fruto de la pareja estéril el niño dado a luz por la madre gestante. Las penas en este caso vendrían dispuestas en nuestro Código Penal en el Capítulo II: de la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Especial interés en los artículos que serían de aplicación : teniendo en cuenta que Andrea se hace pasar como madre biológica al ir a inscribir a Flavio en el Registro Civil: artículo 220.1 *“La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años”*. En el caso de Alberto, al tratarse del padre biológico, recordemos que en el caso que se nos plantea él aporta su semen para fecundar el óvulo de donante, se le aplicaría el artículo 220.4 *“Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años”*. Teniendo en cuenta que para que ambos hayan decidido inscribirlo como hijo de los dos Alberto es plenamente consciente del hecho punible que está cometiendo a pesar de ser el padre legal y biológico en España.

Teniendo en cuenta la situación real que han afrontado las partes, gestación por sustitución en Grecia, al realizarse en el extranjero en un país donde sí es legal y con todas las garantías, no estarían incurriendo en un delito dentro de nuestras fronteras. Cabe remarcar este planteamiento con uno de los fundamentos de la sentencia ya comentada en este trabajo. Negar el reconocimiento de la filiación de los menores en el Estado de destino (España, en el caso que nos ocupa) sólo puede justificarse en alguno de los motivos recogidos en el art. 8.2 CEDH. Es, en concreto la *“defensa del orden y la prevención del delito”*, que no resulta adecuada, pues como indica el TEDH las operaciones y actividades de procreación asistida tienen lugar, íntegramente, en el Estado de origen, Grecia en este caso, pues es donde tiene lugar desde la contratación de la gestación hasta el parto. Ello supone que, vista la territorialidad material de la Ley penal, el Derecho Penal se aplica a los actos verificados en el territorio de dicho Estado, los actos realizados en el Estado de origen no constituyen “delitos” con arreglo al Derecho penal del Estado de destino. Por ello dictó en este caso el Tribunal que Francia no pudo valerse de dicho argumento para denegar en su estado el reconocimiento de la filiación de los menores tal y como había sido acreditada en los EE.UU, el que era el estado de origen³¹.

³¹ STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, Labassee vs. Francia, FD 53

III.3. Detención por presunta compra de menor en el extranjero.

Sin duda, puede que los límites entre la compraventa de menores y el contrato con compensación económica de gestación subrogada puedan estar borrosos en un país donde no está permitida esta práctica, como hemos visto anteriormente, en el propio territorio del estado. La pareja es detenida por la presunta compra del bebé en el extranjero por lo que, según nuestro vigente Código Penal, le serían de aplicación el artículo 221.1 que dispone *“Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”*. En el caso de Alberto por ser el hijo biológico con respecto a Andrea. 221.2 *“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”*. Aplicable para Andrea, artículos que además deja claro de que aún tratándose esta transacción en el extranjero será penado en nuestro país conforme las leyes españolas.

III.4. El tráfico de menores en relación con la gestación subrogada.

Garantizar el interés superior del menor, prevenir y perseguir el tráfico de menores es, sin duda, la mayor tarea que se enfrenta el legislador español cuando nos referimos a la gestación subrogada en nuestro Estado. Los derechos del niño que no ha podido decidir las condiciones de su propia procreación, gestación y nacimiento. ¿Bebés robados o alquilados? ¿Cómo garantizar que la compensación económica que recibe la mujer gestante no es lucrativa sino altruista? Recurrir a la gestación subrogada puede estar en algunas ocasiones muy cerca del tráfico de niños, del mismo modo que tráfico y explotación de mujeres.

En 1989 se aprobó, en el marco de Naciones Unidas, la Convención de Derechos del Niño, que ha sido ratificada por todos los Estados del mundo, excepto Estados Unidos. En el año 2000 se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Además este protocolo ha sido ratificado por la inmensa mayoría de los países del mundo, incluido Estados Unidos. En su artículo 2 se establece la siguiente definición de venta de niños: *“Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”*. Se puede entender que la maternidad subrogada en la que media retribución a la gestante es uno de los supuestos incluidos en esta definición. Contra esta interpretación se podría defender que cuando los niños habidos por este medio cuentan con carga genética de alguno de los comitentes no son objeto de compraventa puesto que, al menos uno de sus progenitores, es también su padre biológico y, por tanto, legal. Pero incluso en esas situaciones no se puede negar que existe una persona a la se le paga por desprenderse de un niño al que ha gestado durante meses y dado a luz.

El Comité de Derechos del Niño, órgano creado para velar por el cumplimiento de la Convención y los protocolos facultativos por parte de los Estados que los han ratificado, se ha referido concretamente a esta cuestión en 2014, al examinar a India sobre la Convención, manifestó su preocupación por el hecho de que *“no esté regulado adecuadamente y esté muy generalizado el uso comercial de la maternidad subrogada, lo que lleva a la venta de niños y a la violación de los*

derechos de los niños". Para evitar esta situación, el Comité recomienda la aprobación de leyes que contengan "disposiciones que definan, regulen y vigilen los acuerdos de subrogación y tipifiquen como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, incluido el uso indebido de la maternidad subrogada. El Estado parte debe velar por que se tomen medidas contra todo el que participe en adopciones ilegales"³².

Cuando el Comité de Derechos del Niño examinó el grado de cumplimiento de Estados Unidos sobre el protocolo facultativo relativo a la venta de niños, advirtió algunas deficiencias relacionadas con la maternidad subrogada: "a) *Persisten definiciones ambiguas y resquicios legales que escapan a la nueva Ley de acreditación, como el hecho de que se siga permitiendo efectuar pagos antes del nacimiento y otros gastos a las madres biológicas, incluidas las madres sustitutas, lo cual impide la eliminación efectiva de la venta de niños con fines de adopción; b) No hay leyes federales sobre la maternidad subrogada, lo cual, de no regularse con claridad, equivale a venta de niños*". Para resolver esta situación, urge a Estados Unidos a que: "b) *Defina, reglamente, vigile y tipifique como delito la venta de niños, a nivel federal y en todos los Estados, de conformidad con el Protocolo facultativo, en particular la venta de niños con fines de adopción ilegal de conformidad con el artículo 3, párrafos 1 a) ii) y 5 del Protocolo, incluidas cuestiones como la maternidad subrogada y los pagos antes del nacimiento y la definición de lo que cabe considerar "gastos razonables"*"³³. Aunque la recomendación resulta confusa, es innegable que pone en relación la maternidad subrogada con la adopción ilegal y la venta de niños. Ciertamente no rechaza cualquier forma de maternidad subrogada pero deja claro que la regulación vigente en aquel país no previene suficientemente los mencionados problemas.

Frente a los riesgos de compraventa en la maternidad subrogada comercial se ha defendido la alternativa de la maternidad subrogada altruista, aquella en la que no media pago alguno por el servicio prestado, como se da en Canadá, donde no existe la compensación económica a la mujer gestante. Aún así surge la problemática habitual: desde el momento en que comitentes y gestante se conocen, resulta extraordinariamente difícil acreditar que la gestante no ha obtenido retribución alguna. Solo en aquellos casos en los que fuera notoria la motivación altruista, por razón del parentesco o la amistad, se podría presumir que la gestante no ha actuado por dinero.

³² Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, aprobadas por el Comité en su 66º período de sesiones (26 de mayo a 13 de junio de 2014), pp. 13-14.

³³ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del 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, aprobadas por el Comité en su 62o período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), p. 9

IV. SOBRE EL MALTRATO DE ALBERTO A ANDREA. ¿QUÉ PENA SERÁ DE APLICACIÓN?

IV.1. Violencia de género: razón de ser.

La violencia de género no es algo nuevo en nuestra sociedad. La Ley Integral contra la violencia de género de 2004 la dotó de un marco legal teórico donde encuadrarla, definirla y proteger ante ella adecuadamente, pero siempre ha estado ahí con otras denominaciones: crímenes pasionales, violencia intrafamiliar, problemas de pareja, violencia doméstica. Designaciones que no hacían ninguna distinción entre la violencia dependiendo del sexo del agresor, pues, en un país de base patriarcal y capitalista, han sido necesarios muchos años para dotar a la sociedad de conciencia sobre la discriminación por género en todos los ámbitos de nuestra vida. Este tipo de violencia se denomina de género pues se trata de maltrato hacia la mujer por el mero hecho de serlo, por su condición, una violencia de origen histórico, una historia que ha relegado a la mujer detrás de la figura del hombre desde el inicio de las civilizaciones. Teniendo en cuenta que el Derecho es un producto histórico que evoluciona y se adapta a las realidades vigentes sin olvidar el pasado, vamos a incidir en el papel de la mujer a lo largo de la historia en nuestra cultura.

Si nos remontamos a la antigüedad, en Roma la mujer tenía un papel inferior al del hombre en materia de Derechos. En los siglos iniciales de su historia, el derecho romano consideraba sujetos de pleno derecho sólo a los ciudadanos, hombres, cabezas de un grupo familiar. Las mujeres, incluso cuando no estaban sometidas al poder de un cabeza de familia, tenían una capacidad limitada, en primer lugar, por el hecho de no ser titulares de derechos políticos y, en segundo lugar, por el hecho de poder ejercer los derechos civiles solamente con el consentimiento de un "tutor".³⁴ Esta situación jurídica fue un resultado de un Derecho de los hombres para hombres. La mujer en Roma era excluida de forma expresa de la vida pública con una división entre sexos basada en la inferioridad jurídica de la mujer.

En el ámbito filosófico de esa época, fueron varios los pensadores de renombre que describían a la mujer como un ser inferior al hombre, ilustres filósofos que tomamos como referencia hoy en día sentenciaban frases como "*La mujer es un hombre inferior*", Aristóteles de "Poética" en el año 323 a. C. "*De aquellos que nacieron como hombres, todos los que fueron cobardes y malvados fueron transformados, en su segundo nacimiento, en mujeres*" Platón en "Timeo" año 360 a. C refiriéndose a la reencarnación de los hombres inmorales en mujeres. "*Tal es la estupidez del carácter de la mujer que en todas las cuestiones le incumbe desconfiar de sí misma y obedecer al marido*" Confucio en el año 500 a. C, "*Existe un principio bueno que creó el orden, la luz y el hombre, y un principio malo que creó el caos, la oscuridad y la mujer*" Pitágoras (Siglo VI. a. de C.)

Los años transcurren y con ello los derechos y deberes de la sociedad van cambiando, pero en los siglos XVI y XVII hay algo que la sociedad todavía no está dispuesta a tolerar: las mujeres sabias y autónomas o, como lo quisieron enmascarar entonces: brujas. Mujeres con independencia intelectual y sexual que defendían sus derechos fueron acusadas de brujería tanto en Europa como en Estados Unidos: curanderas, profetas y artesanas fueron acusadas de desafiar el orden patriarcal³⁵. Perseguidas, torturadas y víctimas de violencia sexual públicamente y con total

³⁴ CANTARELA, E.: *La calamidad ambigua. Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana*. Madrid, 1991, p. 195

³⁵ LEWELLYN BARSTOW, A.: "*La caza de brujas*". Ed. Susaeta. 1999.

impunidad, en gran parte las “brujas” eran mujeres mayores viudas sin familia que dependían del Estado, lo que nos da una idea de que el sistema capitalista siempre ha estado detrás de la cultura machista. Las cifras son muy variables, por lo tanto inciertas, pero podríamos hablar por lo menos de 200.000 mujeres asesinadas en occidente acusadas de brujería.³⁶

A lo largo de la historia el papel inferior de la mujer no cambia, es a partir del siglo XVIII cuando las mujeres han tenido la capacidad de expresarse públicamente, escribir sin pseudónimos masculinos y manifestar sus pensamientos sobre su posición en la sociedad y sus anhelos futuros. Ilustres feministas han trasladado a papel sus pensamientos como *“Para la mujer, la solución del problema familiar no es menos importante que la conquista de la igualdad política y el establecimiento de su plena independencia económica”* decía Aleksandra Kollontai sobre las cargas familiares de la mujer y sus ansias por conquistar más allá del hogar. En 1929 en una conferencia en Reino Unido, país donde el voto femenino se había legalizado hacía nueve años, Virginia Woolf habla de la desigualdad en educación, en capacidad económica entre hombres y mujeres y reflexiona sobre la posibilidad de que el escritor Shakespeare hubiese tenido una hermana y dijo *“Tenía el mismo espíritu de aventurera, la misma imaginación, la misma ansia de ver mundo que él. Pero no la mandaron a la escuela. No tuvo oportunidad de aprender de la gramática ni la lógica, ya no digamos de leer a Horacio ni a Virgilio. De vez en cuando cogía un libro, pero entonces entraban sus padres y le decían que se zurciera las medias o vigilara el guisado y no perdiera tiempo con libros y papeles”*³⁷.

Es en la primera mitad del siglo XX cuando las mujeres comienzan a escribir, a alzar la voz, a luchar por sus derechos y por su igualdad. En España es la figura de Clara Campoamor la portavoz de la lucha por el voto femenino, consiguiendo así la igualdad en cuanto al sufragio pasivo con los hombres cuando en 1933 las mujeres españolas pueden votar con plena igualdad frente a los éstos. En esos tiempos de cambio el machismo de la sociedad no solo se palpa en las instituciones, la prensa lo constata a través de titulares de burla constantes ante las tensiones vividas en la cámara entre Clara Campoamor y Victoria Kent. Logros como el divorcio marcan también esta época.

La situación se deteriora de nuevo con el Franquismo y habrá de esperar al fin de la dictadura para que las mujeres vean sus derechos restaurados.

En nuestro país, a nivel periodístico y de conciencia social debemos marcar la entrevista en televisión de Ana Orantes, una mujer maltratada por su marido y padre de su hijo que días después de contarlo en público fue asesinada por el que había sido su pareja.

A día de hoy, la situación ha mejorado notablemente, pero no podemos dejar la memoria a un lado y debemos seguir educando en igualdad y conciencia social, una violencia que permanece enquistada en nuestra sociedad como algo cotidiano hasta conseguir que se erradique ésta y poder hablar de igualdad en derechos en todos los ámbitos.

“La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas,

³⁶ FEDERICI, S.: *Caliban and the Witch. Women, The Body and Primitive Accumulation*, Autonomedia, 2004.

³⁷ WOOLF, V.: *A room of one's own*. The Hogarth Press Ltd, Londres. 1929. pp. 66-67.

por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”³⁸.

IV.2. Antecedentes de nuestra Ley integral contra Violencia de Género.

Contextualizada la razón de ser y el reconocimiento de una necesidad por parte de nuestra sociedad, en este apartado expondremos los antecedentes a nuestra Ley en el ámbito mundial, europeo y español.

En 1948, fue la Declaración Universal de Derechos Humanos la que sentó las bases para la creación de convenciones internacionales de derechos humanos. De un modo más concreto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prohibió la discriminación por razón de género.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) es el instrumento internacional más extenso que trata los derechos de la mujer y, aunque la violencia no se aborda de modo específico, muchas de las cláusulas anti-discriminación suponen, de hecho, una protección ante esa violencia. En 1992, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en adelante CEDAW, que vigila la ejecución de esta Convención, incluyó formalmente la violencia por razón de género como discriminación por razón de género. Concretamente, la recomendación general número 19, Reglamento, adoptada en el XI período de sesiones (junio de 1992), trata en su totalidad de la violencia contra la mujer y de las medidas a tomar para eliminarla.

En diciembre de 1993 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”³⁹, el primer instrumento internacional de derechos humanos que aborda exclusivamente este tema. La violencia contra la mujer se define como *“todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada”*. E incluye *“la violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación; la violencia física, sexual y psicológica al nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, el tráfico de mujeres y la prostitución forzada; y la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”*. Esta definición se convertirá en marco de referencia para posteriores abordajes del tema.

En septiembre de 1995, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer adopta la Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción que dedica toda una sección al tema de la violencia contra la

³⁸ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Exposición de Motivos.

³⁹ Resolución. Asamblea General Distr. GENERAL /RES/48/104, ONU, 1994

mujer, definiéndola en términos similares a los empleados por Naciones Unidas y considerando que la eliminación de la violencia contra la mujer es esencial para la igualdad, el desarrollo y la paz.

También la Organización Mundial de la Salud ha dedicado esfuerzos a este tema . Así, desde 1995 y dentro del programa de desarrollo y salud de la mujer se desarrollan y coordinan los trabajos sobre violencia contra las mujeres que inicialmente se centraron en violencia doméstica y luego se han diversificado hacia otros ámbitos.

Así, en febrero de 1996 se acordó considerar la definición de violencia contra las mujeres adoptada por Naciones Unidas como un marco útil para las actividades de la OMS. A mediados de ese año se estableció un grupo especial sobre violencia y salud para coordinar las diversas actividades sobre este tema. Y en mayo de ese mismo año, la 49ª Asamblea Mundial de la Salud adoptó una resolución⁴⁰ constatando el aumento notable de la incidencia de lesiones intencionales que afectaban a personas de todas las edades y de ambos sexos, pero especialmente a mujeres y niños; reconociendo las graves consecuencias inmediatas y a largo plazo que, para el desarrollo psicológico y social de los individuos, las familias, las comunidades y los países, tiene la violencia; declarando la violencia como prioridad de salud pública; e instando a sus Estados Miembros a evaluar el problema y a tomar medidas para prevenirlo y resolverlo.

IV.3. Ley Integral Contra la violencia de Género.

A finales de los años noventa surge en nuestro país el planteamiento de la necesidad de una Ley contra la violencia contra la mujer, son las organizaciones de mujeres que estudian el tema las que lo plantean como un problema de Estado que interfiere en todos los ámbitos.

Fue en el año 2000 el primer pronunciamiento de un político español en esta materia, Aznar se comprometía como candidato por el Partido Popular a poner en marcha una Ley Integral en el caso de llegar a gobernar. En ese mismo año el PSOE presentó una moción que fue rechazada planteando el cumplimiento de ese compromiso.

También fue el grupo socialista el que presentó una proposición no de ley pidiendo una creación de Delegación del Gobierno en esa materia con rango Secretaría del Estado, fue rechazada. Así en 2001 presentan una Proposición de Ley Orgánica en el Congreso de los Diputados, se debate a principios de 2002 sin contar con la mayoría de votos a favor, el Grupo Popular vota en contra.

Tras aprobarse en el año 2003 la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, es durante la campaña electoral 14-M cuando Jose Luís Rodríguez Zapatero anunció que uno de sus primeros proyectos de llegar a la presidencia sería la Ley Integral contra la Violencia de Género. Con el apoyo de todos los grupos, ésta se aprueba definitivamente el 22 de diciembre de 2004.

La LO 1/2004 tiene como finalidad dar un tratamiento integral al problema del maltrato familiar, y en concreto enfocado a la violencia contra la mujer, no sólo en las medidas estrictamente penales del Título IV del Código penal agravando tipos y ampliando la cobertura penal, sino

⁴⁰ Resolución OMS: WHA49.25 Prevención de la violencia: una prioridad de salud pública, punto 30.2, OMS 25 mayo 1996.

también de sensibilización, prevención y detección en el Título I, asistencia social y jurídica en el Título II, tutela institucional en el Título III y judicial en el Título V. Los objetivos son proteger a la víctima, disuadir al agresor, y “*proteger a la parte más débil humanizando el Derecho penal*”⁴¹

Con la aplicación de la Ley se constituyen organismos especializados como los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la Fiscalía contra la Violencia sobre la Mujer y se realizan cambios en el Ordenamiento considerando como delito automáticamente las faltas de lesiones, amenazas y coacciones en el caso de que el sujeto activo del delito sea varón y el sujeto pasivo sea o haya sido su mujer o haya mantenido una relación de análoga afectividad, haya existido convivencia o no, o sea persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor⁴², modificando así el Código Penal en su artículo 148. También se crean herramientas como el número de teléfono institucional 016 para ayudar a la mujer agredida y la web de colaboración ciudadana donde informar de cualquier caso del que tengamos conocimiento⁴³.

IV.4. El caso de Andrea y Alberto.

Alberto y Andrea han mantenido una relación de pareja durante tres años y es en las últimas cuatro semanas cuando Alberto comienza a maltratarla, llegando a permanecer ésta en el hospital ocho días tras una paliza, él es detenido por los hechos.

Ambos constituyen una pareja de edades similares, si bien es cierto que la diferencia de ingresos, ella auxiliar de vuelo, él parte de la cúpula de un importante banco español, podría constituir en algún momento tensiones y puede que ello derivase en violencia económica en la pareja, ello no se constata en el presente caso. En el momento que comienza el maltrato de cuatro semanas no se expone ningún tipo de violencia previa: emocional, física, económica ni sexual. El periodo de violencia comienza tras un proceso de gestación subrogada en el extranjero que sale mal al llegar a España. Tras cuatro semanas de maltrato de Alberto a Andrea, él es detenido y ella ingresada en el hospital durante ocho días, sin tener constancia de la gravedad específica de las lesiones.

IV.5. ¿Qué penas serán de aplicación en este caso?

En su título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad.⁴⁴ Además, en el primer artículo del capítulo IV, el 61 de dicha Ley, recalca que las medidas de protección y seguridad previstas en este capítulo serán

⁴¹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, 16ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

⁴² Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Art. 36.

⁴³ Web colaboración ciudadana, formulario de contacto: https://www.policia.es/formulario_generico.php?ordenes=11

⁴⁴ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Exposición de motivos.

compatibles con otras medidas de aseguramiento y cautelares que se hayan adoptado en otros procesos civiles y penales.

Conforme al Título IV sobre tutela penal de la LO 1/2004, en concreto en referencia al artículo 36 por el que queda modificado el artículo 148 del Código Penal, la pena aplicable a Alberto en este caso será de dos a cinco años. Esta variante está justificada por la relación de pareja mantenida por ambos, ya que de no entrar dentro de los supuestos del artículo 148 del Código Penal⁴⁵ en relación con el primer apartado del artículo 147, la pena sería de pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses.

La pena está justificada por el artículo 147 del Código penal, donde establece las penas para el que causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico. Andrea permanece ingresada en el hospital ocho días, por lo que no se trata de una simple atención primaria a las lesiones, sino de un tratamiento médico con vigilancia en el hospital. El artículo 148 recoge la figura de Andrea como susceptible de pena agravada al encontrarse en el supuesto 4º: *“Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”*.

Esta sería la pena principal a la que podría enfrentarse Alberto tras su detención, si bien, podrían añadirse medidas cautelares, que tienen especial relevancia en los casos de violencia de género, pues no se tratan de simples medias durante el procedimiento, sino de medidas de seguridad que podrán adoptarse, incluso, durante la ejecución de la sentencia. Respecto de la regulación expresa de las medidas de protección que podrá adoptar el Juez de Violencia sobre la Mujer, se ha optado por su inclusión expresa, ya que no están recogidas como medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sólo regula la prohibición de residencia y la de acudir a determinado lugar para los delitos recogidos en el artículo 57 del Código Penal (artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Además se opta por la delimitación temporal de estas medidas (cuando son medidas cautelares) hasta la finalización del proceso. Sin embargo, se añade la posibilidad de que cualquiera de estas medidas de protección pueda ser utilizada como medida de seguridad, desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, incrementando con ello la lista del artículo 105 del Código Penal (modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), y posibilitando al Juez la garantía de protección de las víctimas más allá de la finalización del proceso⁴⁶.

De conformidad con el artículo 57 del Código penal, al tratarse este caso de un delito recogido en su primer apartado: delito de lesiones, establece el Artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte

⁴⁵ Establece el artículo 148 que para ese tipo agravado las lesiones deberán haberse producido contra: menores de doce años o incapaces, hubiere existido relación de pareja o análoga, persona vulnerable que conviva con el autor o que estas lesiones hayan sido producidas por armas u otros métodos y haber mediado ensañamiento o alevosía.

⁴⁶ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Exposición de motivos, III.

estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma. Además, al ser este un caso dotado de una protección especial por tratarse de violencia de género, también se regirá este asunto por el artículo 64 de la LIVG, podrá prohibirse al condenado comunicarse con la víctima, no solo permanecer alejado de ella. Estas medidas podrán ser acordadas acumuladas o separadas.

Además, al tratarse de un caso de violencia de género y saliendo Alberto condenado a prisión como tal, podría serle impuesta la realización de un curso dentro de prisión, el Programa de intervención para agresores de violencia de género en medidas alternativas, en adelante PRIA-MA. Tiene una duración de diez meses y puede ser realizado por individual o en grupo, según una evaluación inicial al reo.

La Administración Penitenciaria ha contado con diversos programas específicos de tratamiento: Un proyecto piloto inicial en año 2001 previo a la LIVG; un primer programa específico de intervención en año 2004; un segundo programa tratamental para agresores en el 2010 y, desde fechas recientes, el nuevo programa en materia de violencia de género PRIA-MA. Según datos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, sólo en 2015, 6.320 penados por un delito de violencia de género finalizaron el tratamiento específico para su tipología delictiva, 5.156 usuarios estaban cumpliendo el programa y se recibieron 6.267 nuevos mandamientos para realizar la intervención en medidas alternativas⁴⁷. Numerosos estudios avalan la efectividad de estos programas, si bien son voluntarios también pueden ser de obligatorio cumplimiento por sentencia.

⁴⁷ PEREZ RAMÍREZ, M.; GIMÉNEZES-SALINAS, A.; DE JUAN ESPINOSA, M.: *Reincidencia de los agresores de pareja en Penas y Medidas Alternativas*. Instituto de Ciencias Forenses y de la Seguridad Universidad Autónoma de Madrid, Informe de Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. 2017.

V. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCESO DE GESTACIÓN SUBROGADA: ¿LIBERTAD DE MERCADO O ALTRUÍSMO?

V.I. Introducción.

Si algo causa polémica en cuanto a la gestación subrogada sin duda es la pregunta sobre si estamos ante un acto altruista o un mero mercantilismo del cuerpo de la mujer como tantos otros, comparable con la explotación sexual de ésta.

En el caso que nos ocupa, contamos con unas nociones claras sobre Jana y la motivación por la que se convierte en mujer gestante en un proceso de subrogación: Jana no considera del todo correcto estas prácticas en materia reproductiva, ve esta oportunidad como una fuente de ingresos para su familia de escasos recursos, tiene tres hijos y ella es una inmigrante albanesa en situación precaria en Grecia. Tan solo por esta definición inicial es fácil decantarnos por una de las dos opciones que se nos plantea en esta pregunta: libertad de mercado. A continuación, analizaremos más profundamente el caso y expondremos críticamente el por qué de nuestro parecer al respecto.

Para decantarnos por una u otra opción, debemos tener en cuenta qué es altruismo y qué libre mercado. En el libre mercado el precio de un bien o servicio es, en términos teóricos, determinado por la oferta y la demanda, en lugar de por la regulación gubernamental. Un mercado libre contrasta con un mercado controlado o un mercado regulado, donde el precio, la oferta o la demanda están sujetos a la regulación o el control directo del gobierno. Si bien debemos tener en cuenta que nuestra Ley Suprema consta de artículos que enmarcan una Constitución económica para nuestro país, que son las normas fundamentales que determinan nuestro régimen económico. En la Constitución Española es el artículo 38 el que dispone “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”. Otros artículos en nuestra CE enmarcan el mercado en España: 33.1 que establece el derecho a la iniciativa privada de los empresarios en el marco de la economía de mercado.

El altruismo está recogido en el Diccionario de la Real Academia Española como “*diligencia de procurar el bien ajeno aun a costa del propio*”. Si aplicamos esta noción a la gestación subrogada nos quedaría claro lo siguiente: de ningún modo puede mediar retribución económica que compense el acto de gestar durante meses, de ser así no estaríamos hablando en ningún caso de altruismo. Sin duda una compensación económica de cualquier tipo colisiona con el concepto altruista.

V.2. La mujer gestante en el proceso.

En un proceso de gestación existen dos partes esenciales: la persona o personas que deciden tener un hijo mediante este proceso y la mujer que lo gesta. A menudo el debate y la razón de ser de esta práctica se centra en el deseo y posibilidad de ser padres de la parte que decide, por imposibilidad o no, tener hijos de este modo y la felicidad futura que esto traerá como consecuencia. Se obvia así la otra parte fundamental, y además, la única parte que puede salir directamente damnificada física y psicológicamente de este proceso.

Más allá de lo que comentábamos en la primera cuestión sobre *mater certa semper est* y quizás su no adecuación a los tiempos que corren en los que existen muchos tipos de familia donde el concepto de madre o padre no siempre es quien da a luz, no podemos negar la evidencia científica de los cambios, riesgos como hormonación, diabetes gestacional, cambios de vida y de cuerpo; sin duda es una de las mayores transformaciones físicas y emocionales que puede sufrir una mujer. Además de los vínculos que surgen entre una mujer y el ser que está gestando dentro, por ello, cualquier mujer que se someta a este proceso como gestante debe tener una fortaleza emocional muy superior para afrontar el proceso sin llegar a generar ningún vínculo durante nueve meses con el futuro ser humano que está creando en su interior. Fortaleza emocional que dado lo sucedido con Jana en el caso que nos ocupa cuando quiere quedarse al bebé con el que no comparte ninguna carga genética sino el vínculo creado durante esos meses de gestación.

Entonces cabe preguntarnos, ¿Qué lleva a Jana a pasar por un proceso de gestación subrogada para el que no está preparada emocionalmente ni está del todo de acuerdo? Jana es una inmigrante albanesa que reside en Grecia con sus tres hijos y ve en la compensación económica, en el caso de Grecia ésta no puede superar los doce mil euros, una oportunidad de obtener una fuente de ingresos para su familia. Jana no se convierte en mujer gestante de un modo altruista, lo hace para que ella y su familia puedan subsistir, por lo que sus derechos como persona se ven opacados por la posibilidad de otros de tener hijos de este modo. No podemos obviar frente a esta evidencia que los países subdesarrollados o las personas que viven en determinadas condiciones de pobreza y precariedad están en cierta desventaja al respecto de los individuos que gozan de una buena posición económica, relegándose así a aceptar actividades de riesgo para asegurar su propia supervivencia en circunstancias de necesidad o vulnerabilidad extrema.

V.3. Desigualdades en el contrato

Esta libertad de mercado no se produce en un medio de plena justicia por lo que deben existir restricciones al respecto para proteger los intereses de las partes más vulnerables.

Son dos partes las que se reúnen para acordar de mutuo acuerdo un intercambio, los bienes han de ser equivalentes, por lo que las dos partes ganan algo que se presupone de igual valor. En un contrato al uso no estaríamos hablando de posición desigual ni de que una de las partes ha de desprenderse de un bien al que de ningún modo se podrá valorar en términos económicos.

En la gestación subrogada se da una extensión del mercado dentro de la esfera privada de la sexualidad y reproducción de la mujer, colisionando claramente con su dignidad como persona. Este falso contrato igualitario crea una situación en la que personas capaces de acceder al mercado por su situación económica se aprovechen de mujeres que tan solo forman parte de un contrato a cambio de alquilar su propio cuerpo, haciendo así accesible este tipo de maternidad y paternidad a las personas cuya situación económica es suficientemente boyante como para realizar este tipo de contrato, contrastando la realidad de la gran mayoría de mujeres gestantes, en situaciones de precariedad como Jana.

Cabe entonces preguntarse ¿Es la posibilidad de formar una familia la que debe prevalecer frente a los derechos de una mujer? Bajo mi punto de vista cualquier derecho debe prevalecer, sin tener en cuenta la procedencia social o económica de ninguna de las partes, ante los deseos y posibilidades de otros. No está de más recordar una noción básica del derecho: nuestros derechos

están limitados a los de los demás, nuestros derechos terminan cuando lesionamos los de otros individuos para nuestro beneficio.

V.3. Posibilidad de formar una familia versus derechos.

Si bien es cierto que la protección de la familia y el reconocimiento de la formación de la misma se encuentra en distintos documentos de ámbito internacional. La Declaración Universal de los Derechos Humanos señala, en su artículo 16 que los hombres y mujeres tienen derecho sin restricción alguna a casarse y formar una familia.

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23.2 reconoce el derecho del hombre y la mujer a fundar una familia. También se pronuncia al respecto el Convenio para la Protección de los Derechos humanos y las Libertades Fundamentales en su artículo 12 donde aclara que estos derechos deben regirse por las leyes nacionales.

El derecho a fundar una familia no es más que una concreción del libre desarrollo de la personalidad⁴⁸ por lo tanto debemos poder distinguir la posibilidad de formar una familia del derecho ella infringiendo en los propios derechos de otras personas, a menudo, en situaciones sociales y económicas opuestas.

⁴⁸ ROMEO CASABONA, C.M: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Ed. Centro de estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1994.

CONCLUSIONES FINALES

Primera cuestión.

Es necesario entender que en un mundo globalizado que un Estado, España en este caso, no legalice la gestación subrogada no evita que otro sí lo haga como sucede en la actualidad, la compra de menores y la distinción con el proceso de gestación subrogada en nuestro país plantea el problema de la legalización dentro de nuestras fronteras, cuestión que, sin duda, dada la gran relevancia que está teniendo la gestación subrogada en los últimos años en nuestro país en materia judicial y social, deberá abordarse por el legislador adoptando alguna posición al respecto en los próximos años.

A tenor de las Instrucciones y posteriores resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y los pronunciamientos del TEDH, la pareja formada por los españoles serán legalmente los padres de Flavio.

Alberto y Andrea, tarde o temprano y considerando finalmente que no han incurrido en el ilícito de compra de un menor, serán legalmente en España los padres de Flavio, bien por regirse por las directrices de la DGRN o por las dos vías que aporta el Tribunal Supremo en su doctrina, la filiación por prueba de AND en el caso de Alberto y la adopción por parte de Andrea hacia Flavio.

Siguiendo el pronunciamiento del Tribunal Supremo en nuestro país, considero un fraude de ley la inscripción del menor para no perjudicar su dignidad, pues las acciones de los padres de intención, ilegales en nuestro país, quedan impunes por proteger a éste, convalidando así un acto surgido de la ilegalidad. Se utiliza al menor en interés de los padres.

Una solución quizás utópica vendría por parte de la Administración Sanitaria Pública, siendo así controlado este proceso por el Estado mediante la Seguridad Social. No existe un derecho a la maternidad ni paternidad por lo que este punto no tiene un horizonte claro.

A tenor de lo expuesto me sumo al sector doctrinal que considera debería ser uniforme el sistema de reconocimiento de menores por gestación subrogada, tanto en positivo como en negativo, pues no es lógico que dependiendo de un Registro u otro consideren de modo distinto la filiación de los hijos llegados del extranjero y todos deberían ceñirse a las directrices vigentes de la DGRN. No estoy de acuerdo con el principio de *mater semper certa est*, dado la variedad de familias que existen hoy en día y conviven con plena normalidad, en ese aspecto, urge una actualización del Derecho español.

A pesar de la situación en nuestro ordenamiento actual en materia de gestación por sustitución el interés del menor prevalece y no debe menoscabarse su dignidad por las acciones de sus progenitores a la espera de nuevas regulaciones sobre la materia.

Segunda cuestión.

Flavio podrá ser inscrito como hijo de Andrea y Alberto en el Registro Civil español, pues el interés del menor prima ante cualquier acto de sus padres intencionales fuera de nuestras fronteras, donde el proceso de gestación subrogada sí es legal.

De acuerdo con el Tribunal Supremo, considero que es un fraude de ley la inscripción de los menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero. Los padres intencionales aprovechan el salvoconducto del interés del menor y sus derechos como la dignidad o el tener los mismos padres en todos los países para salvaguardar su propio beneficio y posibilidad de convertirse en padres por un proceso ilegal en su propio país que, sin embargo, les ampara con la ley al llegar a España.

Además, el Tribunal Supremo ofrece dos “falsas soluciones” frente a este problema, que, bajo mi punto de vista, no hacen más que enrevesar más la materia complicándola, para al final, ofrecer el mismo término que se negaba en un principio.

El trámite de la filiación en España en estos casos tiene unos requisitos necesarios para evitar la comisión de delitos de tráfico de menores, si bien es cierto que parece no todos los Registros son conocedores de la materia y probablemente sea el punto a tratar en los próximos años de continuar la situación de gestación subrogada de este modo, aunque a tenor de los acontecimientos actuales parece que cada vez estamos más cerca de un pronunciamiento más firme en nuestro ordenamiento.

Siguiendo la línea del anterior informe, el interés del menor debe prevalecer y en cuanto a la filiación tiene el derecho de tener los mismos padres en todos los países.

Tercera cuestión.

A pesar de no ser la gestación subrogada una práctica legal en España, esto solo ocurre, como hemos podido observar a través del recorrido realizado en este apartado y los anteriores, si se realiza en el propio territorio español. Al realizar el proceso cubierto con todas las garantías en Grecia no están incurriendo en un ilícito, de hecho, su hijo debería haber sido inscrito sin ningún problema en el registro.

El hecho de ser detenidos acusados de comprar a un bebé en el extranjero cuando el procedimiento a seguir hubiese sido inscribir al menor con total normalidad en el Registro Civil correspondiente denota una falta de información por parte de los funcionarios del Registro, que conlleva a un acto tan grave como la detención por ese presunto delito.

En consonancia a los dos anteriores informes, de nuevo vuelve a menoscabarse el interés del menor, deteniendo a sus padres y separándolo de ellos. En este caso la dignidad de la pareja también es menoscabada sin duda.

Probablemente para poder distinguir la compra de menores de gestación subrogada la noción más importante sería realizar ésta de un modo altruista por completo, sin compensaciones económicas por medio, cosa que como hemos observado en este informe es una utopía.

La solución más eficaz, aunque de difícil realización, sería la de dotar de un ordenamiento global sobre esta materia. Teniendo en cuenta que en un mundo globalizado las normas sobre mercado sí podrían realizarse de forma conjunta, no ocurre lo mismo con los valores, por lo que esta idea probablemente sea irrealizable en un futuro.

Cuarta cuestión.

La violencia de género es una lacra en nuestra sociedad que no cesará ni disminuirá de modo notable hasta que las bases de ésta sean cambiadas, la educación es el punto más importante para erradicarla. Educar en igualdad es sin duda el punto de inflexión que marca la diferencia de una sociedad machista o feminista.

La LIVG es todavía una Ley con mucha importancia en nuestra sociedad que dota de protección a las mujeres frente a la violencia sistemática que sufren cada día, pero considero que los crímenes de género no solo se cometen contra parejas o análogas. Suceden cada día en asesinatos o violaciones a mujeres por parte de extraños, recordemos que esta violencia se da *“por el mero hecho de ser mujer”* no por el mero hecho de mantener una relación con un determinado sujeto.

Sin lugar a duda Alberto deberá ser condenado por el delito de lesiones con la agravante de género al ser Andrea su pareja en el momento de la comisión del delito, además de adoptar las medidas que se consideren pertinentes de protección con posterioridad y programas educativos en prisión o fuera de ésta.

Del mismo modo que la educación en igualdad en edades tempranas y de desarrollo es la base, el reeducar correctamente a individuos que no respetan las normas sociales con posterioridad también es importante. Todavía queda mucho por educar, concienciar y de este modo avanzar.

Quinta cuestión.

El cuerpo de una mujer no debería ser nunca objeto de contrato, ni por el completo ni dividiendo en partes como, en este caso, el útero. La gestación subrogada no solo afecta a la dignidad de mujeres que ven en ello una oportunidad de ingresos, sino también a la de menores futuros que pueden no estar de acuerdo con el modo en el que han sido concebidos.

No podemos considerar altruista una práctica realizada por una mujer que no esta de acuerdo con ella y necesita esa compensación económica para subsistir.

Propuesta la legalización de modo gratuito en nuestro país de esta práctica cabe señalar que su real carácter altruista es de muy difícil vigilancia y, por lo tanto, su persecución casi imposible. Siempre estará un precio detrás escondido mediante las empresas que se dedican a ese sector y median entre las partes y un seguro compensatorio hacia la mujer como en el caso de la donación de óvulos en nuestro país, el cual es imposible discernir si para la persona donante/gestante se trata de una compensación real por las molestias o en su caso lo ve como una fuente de ingresos por estar en

una situación precaria. Tan solo las molestias tangibles como los gastos derivados del transporte o médicos podrán cuantificarse, pues, ¿Quién determina el precio de las molestias físicas y emocionales derivadas de un embarazo?.

Por todo lo expuesto, sin duda, surge una necesidad de regular de un modo más extenso esta práctica en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías y obras colectivas:

BALAGUER, M. L.: *Hij@s del mercado: la maternidad subrogada en un Estado Social*. Feminismos. Ed. Cátedra. Madrid. 2017.

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R.: *La filiación inducida y las clasificaciones legales*. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Editorial Trivium. Madrid. 1988.

CALVO, A. L; CARRASCOSA, J.: *Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notario de 18 de febrero de 2009*. Cuadernos de Derecho Transnacional. 2009.

CAMPOAMOR, C.: *El voto femenino y yo. Mi pecado mortal*. La Sal. Barcelona. 1981.

CAPEL, R. M.: *La educación y el trabajo de la mujer en España (1900 – 1931)*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1982.

DE MIGUEL, A: *Neoliberalismo sexual: el mito de la libre elección*. Feminismos. Ed. Cátedra, Universitat de València. 2015.

CANTARELA, E: *La calamidad ambigua. Condición e imagen de la mujer en la antigüedad griega y romana*. Ediciones Clásicas. Madrid, 2002.

FEDERICI, S.: *Caliban and the Witch. Women, The Body and Primitive Accumulation*. Autonomedia, 2004.

FISAS, V.: *El sexo de la violencia género y cultura de la violencia*. Ed. Icaria. Barcelona. 1998.

FLORES RODRÍGUEZ, J.: *Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014*, Diario La Ley, No 8363, sección Tribuna, 28 julio 2014

GARCÍA GARRIDO, M.: *Ius uxorium: el régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*. Roma-Madrid, Cuadernos del Instituto Jurídico Español, núm. 9, 1958.

GARCÍA RUÍZ, Y.: *Reproducción humana asistida: Derecho, conciencia y libertad*. Ed. Comares, Granada, 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1996.

GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

LAGUNA PONTANILLA, G.: *Claves prácticas de los procesos por violencia de género*. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016.

LEWELLYN BARSTOW, A.: *La caza de brujas*. Ed. Susaeta, 1999.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, L.: *La nueva inseminación artificial (Estudio Ley 22 de noviembre 1988)*. Madrid. 1988.

PANDE, A.: *Wombs in labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*. Columbia University Press. 2014.

PEREZ RAMÍREZ, M.; GIMÉNEZES-SALINAS, A; DE JUAN ESPINOSA, M.: *Reincidencia de los agresores de pareja en Penas y Medidas Alternativas*. Instituto de Ciencias Forenses y de la Seguridad Universidad Autónoma de Madrid. 2017.

RENGACHARY SMERDON, U.: *Crossing bodies, crossing borders: International surrogacy between the United States and India*. 2008.

RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: *Seguridad privada y derechos fundamentales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. p. 25.*

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español*. Anuario de Derecho Civil, Número 1. 1997.

ROMEO CASABONA, C.M: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Ed. Centro de estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1994.

PRESNO, LINERA, M.A; JIMÉNEZ BLANCO, P.: Libertad, igualdad ¿Maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea, Revista Española de Derecho Europeo, núm 51, 2004.

SATZ, D.: *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta: los límites morales del mercado*. Siglo XXI, Madrid, 2015.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: *La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia*. Diario La Ley, núm. 8055 (Sección Doctrina). Editorial La Ley, Madrid, 2013.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Política criminal española en materia de violencia de género: valoración crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

WOOLF, V.: *A room of one's own*. The Hogarth Press Ltd, Londres, 1929

Audiovisual:

Documental “*Detrás de la gestación subrogada*” G3 Producciones, 2017.

Documental “*Wombs for rent: surrogate motherhood in India*” RTD Documentary Channel. 2015.

Páginas web:

www.aeges.es

www.assets.comitedebioetica.es

www.babygest.es

www.elmundo.es/sociedad/2017/03/05/58bbe43cca4741c1428b4579.html

www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/PenasyMedidasAlternativas/programas/priama.html

www.nosomosvasijas.eu

www.policia.es/formulario_generico.php?ordenes=11

www.reproduccionasistida.org

www.subrogalia.com

Normativa

Constitución Española.

Código Civil.

Código Penal.

Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Convención de los Derechos del Niño de 2014.

Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

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

Instrucción Dirección General Registros y Notariado BOE, 7 octubre 2010, núm. 243.

Ley Griega N° 3089/2002 sobre la Asistencia Médica a la Reproducción Humana.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.

Tribunal Supremo

STS (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 835/2013 de 6 de febrero de 2014. (RJ 2014\833)

STS (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 953/2016 de 16 noviembre de 2016. (RJ 2016\6152)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, Labassee vs. Francia.

STEDH Caso Mennesson contra Francia. Sentencia de 26 junio 2014. JUR 2014\176908

STEDH (Gran Sala), sentencia de 24 enero 2017. JUR 2017\25806

STEDH Caso Laborie contra Francia. Sentencia de 19 enero 2017. JUR 2017\14349

STEDH Caso Foulon y Bouvet contra Francia. Sentencia de 21 julio 2016. TEDH 2016\61