



**UNIVERSIDAD DE A CORUÑA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**CUESTIÓNS RELATIVAS Á XESTACIÓN SUBROGADA.  
PRESTACIÓN POR MATERNIDADE E IMPLICACIÓNS ÉTICAS**

**CUESTIONES RELATIVAS A LA GESTACIÓN SUBROGADA.  
PRESTACIÓN POR MATERNIDAD E IMPLICACIONES ÉTICAS**

**ISSUES AROUND SURROGACY. MATERNITY LEAVE AND ETHICAL  
IMPLICATIONS**

**GRADO EN DERECHO  
CURSO ACADÉMICO 2020/2021**

*Autor: Sergio Cervera Rodríguez  
Tutor: D. Fernando Cachafeiro García*

## SUMARIO

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>3</b>
<b>I. ANTECEDENTES DE HECHO.....</b>	<b>4</b>
<b>II. RESOLUCIÓN DE CUESTIONES PLANTEADAS.....</b>	<b>5</b>
<b>CUESTIÓN 1. VALIDEZ, RECONOCIMIENTO Y EFECTOS DEL CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA .....</b>	<b>5</b>
A. INTRODUCCIÓN Y NOCIONES BÁSICAS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	5
B. SITUACIÓN INTERNACIONAL .....	6
1. <i>EN GRECIA</i> .....	6
2. <i>EN ESPAÑA</i> .....	8
2.1. Naturaleza jurídica .....	8
2.2. El artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida .....	9
2.3. El Código Civil español .....	10
2.4. Fraude de ley .....	13
2.5. Efectos para las partes .....	15
<b>CUESTIÓN 2. INSCRIPCIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN SUBROGADA.....</b>	<b>16</b>
A. INTRODUCCIÓN .....	16
B. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN SUBROGADA .....	16
1. <i>POSTURA DE LA DGRN</i> .....	16
2. <i>POSTURA DEL TS</i> .....	19
3. <i>LA LEY 20/2011 DEL REGISTRO CIVIL: NUEVO PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS EXTRANJEROS</i> .....	21
C. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN SUBROGADA.....	22
<b>CUESTIÓN 3. IMPLICACIONES PENALES DE LA GESTACIÓN SUBROGADA .....</b>	<b>24</b>
A. INTRODUCCIÓN .....	24
B. EL DELITO DE SUPOSICIÓN DE PARTO .....	24
C. EL DELITO DE OCULTACIÓN O ENTREGA DE UN HIJO.....	27
D. EL DELITO DE TRÁFICO DE MENORES.....	28
E. ENJUICIAMIENTO DE DELITOS COMETIDOS EN EL EXTRANJERO.....	30
<b>CUESTIÓN 4. IMPLICACIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.....</b>	<b>32</b>
A. INTRODUCCIÓN .....	32
B. LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR.....	32
1. <i>SITUACIONES PROTEGIDAS</i> .....	32
2. <i>BENEFICIARIOS</i> .....	32
3. <i>NACIMIENTO, DURACIÓN Y EXTINCIÓN</i> .....	33
4. <i>PRESTACIÓN ECONÓMICA</i> .....	33
C. DERECHO A LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR POR COMITENTES.....	33
1. <i>POSTURA DEL TS</i> .....	34
2. <i>APLICACIÓN POR EL INSS</i> .....	35
<b>CUESTIÓN 5. IMPLICACIONES ÉTICAS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.....</b>	<b>38</b>
A. LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA .....	38
B. A FAVOR DE LA GESTACIÓN SUBROGADA .....	39
C. EN CONTRA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA .....	40
D. GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA ¿POSIBLE ALTERNATIVA?.....	43
<b>III. CONCLUSIONES.....</b>	<b>44</b>
<b>IV. APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO.....</b>	<b>48</b>

## LISTADO DE ABREVIATURAS

ADN: Ácido desoxirribonucleico

AP: Audiencia Provincial

CC: Código Civil

CBE: Comité de Bioética de España

CDN: Convención de los Derechos del Niño

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CP: Código Penal

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social

LRC: Ley del Registro Civil

RC: Registro Civil

RRC: Reglamento del Registro Civil

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

SS: Seguridad Social

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

LTRHA: Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

Doña Rocío L. M. y doña Lola F. R., ambas de nacionalidad española y afiliadas al régimen general de la Seguridad Social, llegan a un acuerdo de gestación subrogada por el que doña Lola se presta a gestar un hijo para doña Rocío. En virtud de este acuerdo, D.<sup>a</sup> Rocío se compromete a aportar sus óvulos para que, una vez fecundados con los gametos de un donante anónimo, sean implantados en D.<sup>a</sup> Lola, que se compromete a gestar el hijo biológico de Rocío y a renunciar a la guardia y custodia del niño y a todos sus derechos sobre él en favor de ésta.

A tenor de este pacto, en febrero de 2019, Rocío sufraga los gastos del tratamiento de reproducción asistida al que se somete D.<sup>a</sup> Lola en Grecia, país en el que la gestación subrogada está regulada y es legal. Transcurrido el periodo de embarazo D.<sup>a</sup> Lola da a luz a un hijo y, siguiendo los términos del acuerdo entre ambas, lo entrega a D.<sup>a</sup> Rocío, quien lo inscribe como su propio hijo en el Registro Civil de la oficina Consular de España en Grecia.

Ambas mujeres y el niño regresan a España, cada una a su lugar de residencia. D.<sup>a</sup> Rocío y el niño residen en A Coruña, mientras que D.<sup>a</sup> Lola vive en Murcia. Ambas solicitan la prestación de maternidad, en calidad de madres biológicas, aunque tan solo D.<sup>a</sup> Rocío se va a dedicar al cuidado del niño. La prestación le es concedida a D.<sup>a</sup> Lola y denegada a D.<sup>a</sup> Rocío, por entrar en contradicción con la solicitud previa de D.<sup>a</sup> Lola —hay dos madres biológicas— y no encontrarse en ninguna de las situaciones previstas en el art. 177 de la Ley General de Seguridad Social.

D.<sup>a</sup> Rocío presenta reclamación administrativa y, al serle nuevamente denegada, interpone una demanda contra el INSS ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de A Coruña, reclamando que se le reconozca el derecho a la prestación por maternidad en calidad de madre biológica y legal del niño. Interpone también demanda contra D.<sup>a</sup> Lola en el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de A Coruña por incumplimiento contractual, al haber solicitado la prestación por maternidad.

## II. RESOLUCIÓN DE CUESTIONES PLANTEADAS

**CUESTIÓN 1. Validez, reconocimiento y efectos del contrato de gestación subrogada.** ¿Es válido el contrato realizado entre ambas mujeres? ¿Tiene algún reconocimiento en el ordenamiento jurídico español? ¿Podrían los hechos expuestos en este supuesto llegar a ser considerados fraude de ley? ¿Existe incumplimiento contractual por parte de D.<sup>a</sup> Lola tal y como sostiene D.<sup>a</sup> Rocío?

### A. INTRODUCCIÓN Y NOCIONES BÁSICAS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

A lo largo de nuestra historia como humanidad, la adopción se ha perfilado como la única opción existente para aquellas personas que no podían procrear de manera natural, o al menos así ha sido hasta finales del siglo pasado<sup>1</sup>. Actualmente, el abanico de opciones existente para aquellas personas que se ven imposibilitadas biológicamente para tener descendencia se ha ampliado enormemente gracias al desarrollo de técnicas de reproducción asistida. Tal ha sido el avance y perfeccionamiento de este tipo de prácticas, que la adopción ha quedado relegada a un segundo plano<sup>2</sup>. Concretamente, entre estas técnicas destaca la maternidad subrogada, también bautizada como vientre de alquiler o gestación por sustitución.

Consecuentemente, el legislador español se ha hecho eco de tales avances en la ciencia reproductiva abordando su regulación mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, finalmente reformada por la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en lo sucesivo, LTRHA)<sup>3</sup> que amplía el espectro de posibles nuevas técnicas siguiendo un criterio mucho más abierto y soluciona los problemas suscitados por la legislación precedente. De esta manera, en su artículo 10 se destila lo que se entiende por contrato de gestación subrogada: “*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*”.

A su vez, DÍAZ ROMERO define este tipo de práctica como aquella que “*se realiza a través de un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que pueden aportar o no sus gametos*”<sup>4</sup>.

Así, y atendiendo a ambas definiciones, podemos concluir que se trata de un negocio jurídico de carácter oneroso o gratuito en virtud del cual la mujer gestante accede a someterse a técnicas de reproducción asistida con la finalidad de gestar a favor de una persona o pareja subrogante, comprometiéndose a entregarles al nacido, así como a renunciar a la filiación a favor de aquellos. De esta manera, podemos extraer que en todo contrato de gestación subrogada existen al menos dos partes implicadas, por un lado, la parte comitente y, por otro lado, la gestante.

Respecto al primero este es la persona o personas físicas o jurídicas que encomiendan a la mujer la gestación de un niño para un sujeto que puede ser o no parte del contrato. Así pues, la parte comitente puede ser o bien la misma persona interesada o bien otra que actúa para un tercero.

---

<sup>1</sup> Concretamente, el punto de inflexión de estos estudios embriológicos lo situamos el 25 de julio de 1978 cuando la ciencia reproductiva, de la mano del ginecólogo Patrick C. Steptoe y del biólogo Robert G. Edwards, se anotó el primer gran éxito en la materia. Este hito consistió en el nacimiento por cesárea del primer ser humano concebido por fecundación *in vitro*. (cfr. Fernández Crehuet, J. y Gómez García, E. (1994). *Fecundación in vitro y transferencia de embriones*. Anuario Filosófico, págs.163-177).

<sup>2</sup> El número de adopciones internacionales y nacionales ha sufrido un pronunciado descenso. Concretamente en la Comunidad Autónoma de Galicia el número de adopciones registradas en el año 2019 alcanzó su mínimo histórico en dos décadas, produciéndose tan solo 55 adopciones frente a las 74 del año anterior (cfr. [https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2020/06/06/minimo-adopciones-galicia-veinte-anos-solo-55-2019/0003\\_202006G6P30992.htm](https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2020/06/06/minimo-adopciones-galicia-veinte-anos-solo-55-2019/0003_202006G6P30992.htm)).

<sup>3</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 27 de mayo de 2006 (nº 126) que entró en vigor, como prevé su Disposición final tercera, el día siguiente de su publicación en el BOE.

<sup>4</sup> Díaz Romero, M. (2018). *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos*. Pamplona: Aranzadi, pág. 23.

En el primer supuesto, la misma persona interesada es aquella para quien se realiza tal prestación y a favor de quien se estipulará la filiación del bebé. Por consiguiente, esta ha de ser *per se* una persona o personas físicas – hombre, mujer o pareja matrimonial o convivencial–.

En el supuesto de tratarse de una persona que actúa para un tercero, esta puede ser o bien una persona física o bien una persona jurídica. No obstante, lo habitual es que se trate de una empresa especializada que desarrolle funciones de intermediación poniendo en contacto a la mujer gestante con un tercero que desea ser padre o madre.

En cambio, la otra parte del contrato, la gestante, también conocida como madre sustituta o subrogada, ha de tratarse necesariamente de una persona que tenga la capacidad de engendrar y que *a posteriori* renuncie a la determinación de su maternidad.

## B. SITUACIÓN INTERNACIONAL

En el ámbito internacional, la gestación subrogada no goza de una regulación única y homogénea. Esto responde a la falta de acuerdo existente entre los diferentes países con respecto a esta cuestión de gran controversia. Por ello, cada ordenamiento jurídico regula la gestación subrogada de maneras muy diversas. Así, pues, nos encontramos con países que permiten la realización de tales prácticas como, por ejemplo, Rusia<sup>5</sup>, Ucrania<sup>6</sup>, Portugal<sup>7</sup>, Grecia<sup>8</sup>, o determinados estados de Estados Unidos<sup>9</sup>, con otros que simplemente la toleran o la permiten por no haber desarrollado legislación al respecto, destacando Bélgica, Brasil o Perú, o, por el contrario, países que la prohíben expresamente, entre los cuales se encuentran Francia<sup>10</sup>, Alemania<sup>11</sup>, o España como analizaremos en el presente trabajo, no sin antes, estudiar la situación en Grecia, pues, es allí, donde se celebra este contrato.

### 1. EN GRECIA

En Grecia, la gestación subrogada está regulada legalmente desde el año 2002, cuando se aprobó la Ley 3089/2002 sobre Asistencia Médica en la Reproducción Humana tras modificar la sección de Derecho de Familia del Código Civil griego. Desde entonces, la gestación subrogada se encuentra prevista en los artículos 1458 y siguientes de este mismo código en el marco de la Ley 3089/2002 y de la Ley 3305/2005.

En sus inicios, este tipo de prácticas únicamente estaba permitida a ciudadanos griegos o a residentes permanentes en Grecia. En cambio, tras la aprobación de la Ley 4272/2014, se modificó tal previsión. Desde entonces, pueden acudir a la gestación subrogada en este país personas extranjeras que residan temporalmente allí<sup>12</sup>.

La legislación vigente tiene como piedra angular el artículo 1258 del Código Civil griego que dispone lo siguiente: “*La transferencia de óvulos fertilizados al cuerpo de otra mujer se realiza con la condición de que*

---

<sup>5</sup> La legislación rusa regula favorablemente la gestación subrogada pero únicamente permite el acceso a parejas heterosexuales y mujeres solteras. A destacar el artículo 55 de la Ley Federal relativa a la Normativa de protección de la Salud de la Federación de Rusia, y el 51 y 52 del Código de Familia de la Federación de Rusia.

<sup>6</sup> En Ucrania se permite con carácter general, excluyendo a parejas del mismo sexo, parejas de hecho o personas solteras. Así lo establece la Orden del Ministerio de Sanidad nº 771 y el art. 123.2 del Código de Familia de Ucrania.

<sup>7</sup> El país luso permite la gestación subrogada desde el año 2016, gracias a la aprobación de la Ley 25/2016, de 22 de agosto de 2016, pero exclusivamente la de carácter altruista, debiendo concurrir una serie de requisitos enumerados en ese mismo cuerpo normativo.

<sup>8</sup> En Grecia, la gestación por sustitución viene regulada en dos leyes, la Ley 3089/2002 y la 3305/2005.

<sup>9</sup> Como por ejemplo en California, en donde a pesar de no existir una ley concreta reguladora de dicha materia, este tipo de prácticas se vienen desarrollando desde 1993 gracias a la jurisprudencia, concretamente en relación con el caso Calvert contra Johnson.

<sup>10</sup> El art. 16-7 del Código Civil francés la prohíbe expresamente, estableciendo la nulidad de cualquier contrato de gestación subrogada.

<sup>11</sup> En Alemania, de este tema se ocupa la Ley de protección del embrión, nº 745/1990 de 13 de diciembre, concretamente en su artículo primero en donde se establecen una serie de sanciones con penas privativas de libertad de hasta tres años o multa para aquellos que recurran a la realización de tales prácticas.

<sup>12</sup> Artículo 17 de la Ley 4272/2014 que dispone lo siguiente: “*Los artículos 1458 y 1464 del Código Civil son aplicables solo en el caso de que el solicitante o la mujer que dará a luz al niño sea residente permanente o residente temporal en Grecia*”.

*los óvulos no sean originados por esta última y que su gestación esté permitida con una autorización judicial otorgada antes de la transferencia, siempre que exista un acuerdo por escrito y no relacionado con la consideración financiera entre las personas que desean tener un hijo y la madre subrogada y, en caso de que este último esté casado, también del cónyuge. La autorización judicial se otorga después de que la mujer que desea tener un hijo haya presentado una solicitud, siempre que se apruebe que no es capaz de gestación médica y que la madre subrogada está según su estado de salud está capaz de estar embarazada”.*

De este artículo se extraen en esencia una serie de consideraciones al respecto. Por un lado, en este país solo está permitida la subrogación gestacional, es decir, aquella realizada con el material reproductor de la otra parte y no de la madre gestante, por lo que la misma gesta con óvulos ajenos. En contraposición a la subrogación tradicional en la que se utilizan los óvulos de la gestante. Además, para ello será necesario autorización judicial previa al momento de transferencia de los óvulos, de manera que deberá dictarse sentencia que valide el contrato celebrado entre las partes. Por otro lado, estos contratos han de ser puramente altruistas, de modo que cualquier tipo de beneficio financiero queda terminantemente prohibido. Únicamente se podrá abonar a la mujer gestante por los gastos realizados una determinada cantidad a modo de compensación. En fin, la madre de intención deberá aportar el correspondiente certificado médico que acredite su infertilidad.

En suma, de acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley 3305/2005 y 1455.1 del Código Civil griego, los aspirantes a padres podrán ser tanto parejas heterosexuales – casadas o en unión civil–, como una mujer soltera. Siendo requisito *sine qua non* que la madre de intención tenga menos de cincuenta años de edad.

Por ello, y, en fin, para poder determinar que un contrato de gestación subrogada ha sido celebrado válidamente en este país, deberán concurrir todos y cada uno de anteriores requisitos, ya que, en caso contrario, este negocio jurídico será ilegal y en consecuencia no producirá efectos jurídicos.

#### → ANÁLISIS DE LA PREGUNTA 1: ¿Es válido el contrato realizado entre ambas mujeres?

En el presente supuesto de hecho se nos plantea una cuestión que tiene como eje vertebrador la gestación subrogada. En este, dos mujeres, Doña Rocío y Doña Lola, deciden acudir a Grecia, país donde es legal este tipo de prácticas, llegando a un acuerdo en virtud del cual Doña Lola se compromete a gestar al futuro hijo de Doña Rocío y a renunciar a la guardia y custodia del niño y a todos sus derechos sobre él en favor de esta última.

De lo que se trata es de determinar la validez de este contrato. Para ello, debemos entender que la validez de un negocio jurídico viene determinada por la concurrencia de todos aquellos elementos y requisitos que establezca la legislación aplicable de un concreto ordenamiento jurídico. En consecuencia, en primer lugar, tendremos que establecer la ley aplicable al contrato, ya que cada ordenamiento jurídico concreta una serie diferente de condiciones que determinarán la validez de este tipo de contratos.

Al hilo de esta cuestión, cabe destacar que, en la actualidad, no existe una regulación armonizada de Derecho internacional privado en materia de maternidad subrogada *per se*, por lo que cualquier Estado deberá aplicar a los hechos y circunstancias de un supuesto concreto sus propias normas nacionales de elección de la ley aplicable.

En este sentido, es menester mencionar la inaplicabilidad del Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). En virtud del artículo 1.2 de Roma I, quedan excluidas del ámbito de aplicación de este reglamento las obligaciones contractuales que afecten al estado o a la capacidad jurídica de las personas físicas con la única salvedad del artículo 13 referente a la incapacidad, así como las obligaciones contractuales derivadas de las relaciones familiares. Por lo tanto, cualquier tribunal de la Unión Europea debe aplicar actualmente sus propias normas nacionales relativas a las obligaciones contractuales para evaluar la validez y la aplicabilidad de un contrato de maternidad subrogada<sup>13</sup>.

Por ello, para poder apreciar la validez de este contrato, tendremos que partir de la premisa de que este se ha celebrado en Grecia y, por lo tanto, le será de aplicación la legislación griega referente a la gestación

---

<sup>13</sup> Brunet, L. (2013). *El régimen de subrogación de los Estados miembros de la UE*. Bruselas: Parlamento Europeo, pág. 171.

subrogada. De esta manera, podremos entender como válido el contrato siempre que este se haya realizado observando todos y cada uno de los requisitos exigidos por la legislación al respecto.

En primer lugar, ha de señalarse que pueden darse dos situaciones en torno a la validez o no de este negocio jurídico celebrado en el país helénico. Por un lado, podemos entender que el proceso de gestación subrogada no ha sido válidamente realizado por no atender a los requisitos exigidos por la legislación griega. Y, en cambio, por otro lado, que todo el proceso se desarrolla conforme a las exigencias legales y por lo tanto el contrato es totalmente válido.

Para poder responder, tendremos que observar si concurren o no todos y cada uno de los requisitos. Así, pues, Doña Rocío es una mujer soltera, que ostenta la nacionalidad española, y que acude a Grecia para poder tener un hijo por gestación subrogada. Recordemos que en este país la gestación subrogada está permitida para mujeres solteras extranjeras desde el año 2014. Por lo que, si bien es cierto que no se nos facilita la fecha exacta en la que Doña Rocío celebra el contrato, podemos entender que, partiendo de que en el año 2019 sufraga los gastos de tratamiento de reproducción asistida, este se formaliza con posterioridad al 2014 y consecuentemente cumple con estos primeros condicionantes exigidos para poder acudir a la gestación subrogada en ese país. Además, aclara el supuesto de hecho que el material genético no correspondía a la mujer gestante, y da a entender que el único pago que medió entre ambas partes respondía únicamente a sufragar los gastos, y no como precio por los servicios prestados. De manera que se cumplen también los requisitos de realizar una subrogación gestacional y carácter altruista. Sin embargo, es necesario destacar que no se hace mención alguna en los hechos sobre una posible infertilidad médicamente certificada de Doña Rocío, hecho que deberá demostrar, ya que en caso contrario se estaría quebrando este condicionante. Asimismo, nada se menciona tampoco sobre la edad de la misma. Recordemos que otra de las exigencias es que la aspirante a madre sea menor de cincuenta años. Por lo tanto, y en base a tales afirmaciones, dado que es necesario que concurren todos los requisitos, Doña Rocío debe acreditar mediante certificado médico que es infértil o que tiene problemas para concebir, ya que en caso contrario el juez o tribunal encargado de velar por el cumplimiento de tales exigencias no podrá dar el visto bueno y dictar sentencia favorable, y lo mismo acontece con la edad. De modo que, en caso de que, finalmente, Doña Rocío acredite todas estas cuestiones al respecto, el órgano judicial competente podrá autorizar el inicio del proceso y declarar válido el contrato celebrado entre ambas partes por realizarse acorde a derecho.

## 2. EN ESPAÑA

La gestación subrogada se virtualiza a través de la celebración de un contrato. Este negocio jurídico consiste en “*un acuerdo de voluntades por el cual una mujer se compromete a gestar un bebé para otra persona o pareja, renunciando la gestante a sus derechos como madre respecto del ser humano así nacido*”<sup>14</sup>.

De esta manera, en este epígrafe estudiaremos el tratamiento que realiza nuestro ordenamiento jurídico de este tipo de contratos. Para ello, en primer lugar, analizaremos la naturaleza jurídica del mismo, su encuadre en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y en nuestro Código Civil, y, finalmente, haremos referencia al fraude de ley y a los efectos que producen para las partes este tipo de contratos en nuestro país.

### 2.1. Naturaleza jurídica

No es poca la controversia existente en torno a la naturaleza jurídica de los contratos celebrados relativos a gestación subrogada. Tal es la polémica, que la doctrina está claramente dividida.

Por un lado, parte de esta considera que se trata de un contrato de arrendamiento de servicios<sup>15</sup>. Este tipo de contrato se define según el artículo 1544 del CC como aquel por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto. No obstante, es menester mencionar, que esta definición ha de complementarse con el artículo 1546 del CC por el que se llama arrendador al que se obliga a prestar el servicio, y arrendatario al que adquiere el derecho al servicio que se obliga a pagar.

---

<sup>14</sup> Cardona Guasch, O. (2019). La gestación subrogada. Concepto. El artículo 10 LTRHA. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Madrid: Dykinson, S.L., pág. 237.

<sup>15</sup> Lledó Yagüe, F. (1988). *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Congreso mundial vasco*. Madrid: Trivium, págs. 330 y 331.

Además, la prestación se trata de una obligación de mera actividad, de modo que el arrendador queda obligado a realizar de manera diligente una actividad determinada. Consecuentemente, en caso de no obtener el resultado deseado, al arrendador no se le puede imputar un incumplimiento, no haciéndose responsable en tal caso, siempre que se haya desplegado la diligencia adecuada con los usos que engloben el desarrollo de determinada actividad<sup>16</sup>. Así pues, la gestante se obliga a desplegar una actividad, prestar su vientre, y a entregar al bebé en cuestión como efecto de la actividad realizada<sup>17</sup>.

*A sensu contrario*, otros consideran que es más adecuado calificarlo como arrendamiento de obra<sup>18</sup>. Es decir, aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto (artículo 1544 del CC), en virtud del cual, a diferencia del contrato de servicios, el arrendador se obliga a entregar un resultado. En este sentido, los autores que defienden esta posición entienden que los contratos de gestación subrogada tienen como finalidad teleológica la consecución de un resultado, el hijo mismo.

No obstante, también hay autores que encuentran este tipo de contratos encuadrable dentro de la categoría del negocio jurídico de la compraventa<sup>19</sup>, ya que, con arreglo al artículo 1445 del CC, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada – el niño fruto del proceso de maternidad subrogada – y el otro a pagar por ella un precio cierto – remuneración pactada previamente entre el comitente y la gestante–.

En fin, y tal y como pone de manifiesto GARGÍA ALGÜACIL, “*en realidad, el contrato de gestación por sustitución es difícil de encuadrarlo en cualquier tipo de contrato, pues al analizar los elementos del mismo, y en concreto el objeto parecen quebrar todos los posibles intentos de configuración*”<sup>20</sup>.

## 2.2. El artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Actualmente, el ordenamiento jurídico español declara a través del artículo 10.1 de la LTRHA “*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 en favor del contratante o de un tercero*”. De esta manera, el legislador español incorpora una cláusula de nulidad para los contratos de gestación por sustitución.

Además, este mismo artículo rechaza cualquier tipo de contrato de gestación subrogada, bien “*con o sin precio*”. Este precio a que se refiere dicho artículo consiste en una contraprestación que pueda recibir la mujer gestante. De este modo, podemos diferenciar dos supuestos concretos.

Por un lado, aquellos supuestos de gratuidad, denominada gestación altruista, en los que el contrato tiene carácter gratuito, es decir, no media remuneración alguna a favor de la gestante. Sin embargo, ello no impide que se abone ciertas sumas de dinero a la misma con el objeto de resarcir por la manutención o los gastos derivados de la operación médica o postoperatorio. Este tipo de contraprestaciones constituyen una indemnización y no una remuneración directa por los servicios prestados.

Por otro lado, el otro tipo de supuestos con el que nos podemos encontrar son aquellos de onerosidad, es decir, existe una contraprestación económica, remuneración o precio cierto por el servicio prestado y por la entrega del niño. Es la denominada gestación subrogada comercial.

Por tanto, y a modo de recapitulación, a la vista queda que el legislador con la redacción del artículo 10.1 de la LTRHA ha optado por disponer expresa y directamente la nulidad de este tipo concreto de negocio jurídico, siendo, en consecuencia, nulo de pleno derecho todo contrato de gestación subrogada celebrado en España.

---

<sup>16</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2019). *Manual de Derecho Civil. Contratos*. Madrid: Bercal, S.A., págs. 243 y 244.

<sup>17</sup> Lledó Yagüe, F., op. cit. *La filiación a finales del siglo XX*. Pág. 331. También Lledó Yagüe, F. (1988). *Fecundación artificial y derecho*. Madrid: Tecnos, pág. 149.

<sup>18</sup> Lledó Yagüe, F., op. cit. *La filiación a finales del siglo XX*. Pág. 332.

<sup>19</sup> Cobacho Gómez, J. A., e Iniesta Delgado, J. J. (2007). Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Madrid: Aranzadi.

<sup>20</sup> García Algüacil, M.J. (2016). *¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?* Madrid: Aranzadi, págs. 7 y ss.

### 2.3. El Código Civil español

En el mismo orden de cosas, a su vez, podemos también, por otro lado, acudir al Código Civil para hallar las prohibiciones a este respecto. Así, pues, nuestro ordenamiento jurídico determina que un contrato es válido siempre que, con arreglo al artículo 1261 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, CC), concorra el consentimiento de los contratantes, el objeto cierto que sea materia del contrato y la causa de la obligación que se establezca, y que, por consiguiente, ninguno de ellos sea contrario a una norma imperativa o prohibitiva, a la moral o a las buenas costumbres<sup>21</sup>, ya que en ese caso el contrato devendría nulo.

Ello se extrae de la dicción de los artículos 6.3 y 1255 del CC. Concretamente el artículo 6.3 del CC establece que *“los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*. Por otro lado, el artículo 1255 del CC determina que *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*.

Por lo tanto, para poder determinar si los contratos de gestación subrogada son o no nulos con arreglo a la legislación civil de nuestro país tendríamos que atender a anteriores requisitos mencionados, ya que, en caso de que alguno de estos sea considerado ineficaz, el contrato será completamente nulo<sup>22</sup>.

#### ***i. El consentimiento***

Con arreglo al artículo 1254 en relación con el 1261.1º del CC, el consentimiento consiste en la declaración de voluntad contractual emanada de las partes contratantes, es decir, en la concurrencia de oferta y aceptación de esta (art. 1262.I del CC). Para ello, ambas partes han de ostentar la capacidad de obrar, *ergo* han de ser mayores de edad en tanto en cuanto su capacidad no haya sufrido modificación alguna (artículos 322 y 1263 del CC).

Por lo tanto, en el contrato de gestación subrogada, al igual que en el resto de los negocios contractuales, cada una de las partes implicadas deberá emitir de manera válida, consciente y voluntaria su consentimiento, ya que en el supuesto de que medie vicio alguno, es decir, error, violencia, intimidación o dolo el contrato será sancionado según lo previsto en los artículos 1300 y 1301 del CC.

#### ***ii. El objeto***

Tal y como señala MORENO QUESADA, *“los contratos en nuestro ordenamiento positivo engendran obligaciones, surgiendo de todo contrato una o varias prestaciones de dar o de hacer o no hacer, que constituyen el objeto inmediato del contrato. Pero a su vez estas obligaciones que recaen sobre cosas materiales o sobre actos humanos constituyen el objeto mediato del contrato”*<sup>23</sup>.

Por lo que respecta a las cosas, el artículo 1271 del CC en su apartado primero establece que *“pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”*. De modo que se impide que aquellas cosas que están excluidas del tráfico humano, bien porque así lo estipula ley o bien por su concreta naturaleza, puedan ser objeto del contrato.

---

<sup>21</sup> Castán Tobeñas, J. (1984). *Derecho Civil Español, Común y Foral. T. 1º. Introducción y parte general. Vol. 2. Teoría de la relación jurídica*. Madrid: Reus, pág. 934.

<sup>22</sup> Linares Noci, R. (2019). El contrato de gestar para otro. Aspectos legales. La posición crítica de los Tribunales españoles. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Madrid: Dykinson, S.L., pág.197, en la que se puede leer: *“La nulidad de un contrato supone que en su celebración se cumple con todos los elementos esenciales del contrato a que se refiere el artículo 1261 del CC (consentimiento, objeto y causa) pero ocurre que alguno de ellos, o varios, son contrarios a una norma imperativa o prohibitiva, o bien lo son a la moral o a las buenas costumbres, porque de faltar alguno de esos elementos esenciales del contrato se podría entender [...] que estaríamos ante un supuesto de inexistencia y no de nulidad contractual”*. También Moreno Quesada, B. (2008). *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por actos ilícitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 205 y ss., donde aparece lo siguiente: *“La más radical de las formas de ineficacia de los contratos es la que la doctrina denomina inexistencia, expresión que está tomada del artículo 1261 cuando dice que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos esenciales que a continuación enumera: consentimiento objeto y causa. Si falta alguno de esos requisitos esenciales, se dice que el contrato es inexistente”*.

<sup>23</sup> Moreno Quesada, B., op. cit. *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por actos ilícitos*. Págs. 175 y ss.

Empero, en lo referente a los servicios como objeto del contrato, el mencionado artículo 1271 del CC, esta vez, en su apartado tercero, dispone que “*puede ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres*”. En consecuencia, el legislador, en palabras de GARCÍA AMIGO, “*requiere que el objeto reúna estas tres exigencias: que sea cierto o determinado, que sea posible aunque futuro, y que sea lícito – no ilegal o inmoral–.*”<sup>24</sup>

En el supuesto de un contrato de gestación subrogada, tendremos que partir de la consideración de que, independientemente de la naturaleza jurídica que se le quiera atribuir a este tipo de negocio jurídico, la cosa a entregar sería el niño, que al mismo tiempo habrá de tener una determinada filiación. Consecuentemente, se configura al niño como el objeto concreto del contrato.

Por tanto, y partiendo de la dicción del artículo 1271.I del CC, los seres humanos están fuera del comercio de los hombres, y, razonablemente, el nacido por gestación subrogada nunca podrá ostentar la consideración de objeto del contrato. Además, resulta imposible sostener que realmente no se trata de una cosa *extra commercium*, ya que esta premisa parte de la idea de considerar al bebé como un objeto, y no como una persona, o si lo prefiere, como un sujeto capaz de derechos y obligaciones<sup>25</sup>. Y tal es así que nos encontramos autores como CASTÁN TOBEÑAS que se pronuncia en los siguientes términos: “*el cuerpo humano viviente no se considera cosa, porque es la envoltura física de la persona. Pero pueden tener la consideración de cosa las partes separadas (pelo dientes etc.), así como el cadáver, siquiera este último, por motivos de moral pública, se suele considerar como una cosa no susceptible de apropiación y comercio*”<sup>26</sup>.

No obstante, si, en cambio, partiéramos de la premisa de que el objeto del contrato no es el niño, sino el servicio que la mujer realiza ofreciendo su útero, la conclusión a la que se llegaría sería exactamente la misma. Nos topáramos con idéntico caso de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que la capacidad de gestar es en esencia indisponible, intransferible y personalísima, y, por tanto, constituye una *res extra commercium*<sup>27</sup>.

Aunque, bien es cierto que, a pesar de tales afirmaciones, faltaríamos a la verdad si no ponemos de manifiesto que el término *res extra commercium* se trata de un concepto relativamente mutable, sujeto a la suma de principios morales que un determinado conjunto social posee en cada momento. Y ello se pone de manifiesto con, por ejemplo, la aprobación de la Ley de trasplantes de órganos, que, desde ese momento, permitió disponer de algo inherente a la propia persona. Así, en esta misma línea, LLEDÓ YAGÜE apunta lo siguiente: “*puede concluirse la elasticidad del concepto, de modo que su significación comprensiva depende de la mentalidad que rija la vida social en cada momento de la historia*”<sup>28</sup>. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el objeto de tal negocio jurídico lo constituye la persona *per se*, es decir, el ser humano en su conjunto, y no una parte de este, he ahí la sustancial diferencia existente con, por ejemplo, como se ha apuntado, la donación de órganos.

### **iii. La causa**

A la postre, procederemos, pues, a analizar la siguiente cuestión que nos permitirá considerar la nulidad de este tipo de contratos celebrados en el seno del ordenamiento jurídico español, la causa. Entendida esta como el fin o resultado que las partes pretenden alcanzar con la celebración del contrato y a la que hacen expresa mención los artículos 1261.3º, 1275 y 1276 del CC

---

<sup>24</sup> García Amigo, M. (1995). *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría General de las Obligaciones y Contratos*. Madrid: Mc Graw-Hill, págs. 293 y ss.

<sup>25</sup> Linares Noci, R. op. cit. El contrato de gestar para otro. Aspectos legales. La posición crítica de los Tribunales españoles. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Pág. 204.

<sup>26</sup> Castán Tobeñas, J. op cit. *Derecho Civil Español, Común y Foral. T. 1º. Introducción y parte general. Vol. 2. Teoría de la relación jurídica*. Pág. 584.

<sup>27</sup> Linares Noci, R., op. cit. El contrato de gestar para otro. Aspectos legales. La posición crítica de los Tribunales españoles. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Págs. 203 y 204. También Leonseguí Guillot, R.A. (1994). *La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo*. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, N. 7, pág. 334.

<sup>28</sup> Lledó Yagüe, F., op. cit. *La filiación a finales del siglo XX*. Págs. 330 y 331.

En consonancia, y tal y como pone de manifiesto el Tribunal Supremo en la sentencia 4 de abril de 1961, *“la causa debe reunir como requisitos: ser existente [...], ser verdadera [...] y ser lícita, pues a tenor del art. 1275, los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno, siendo ilícita la causa cuando se opone a la moral o a las buenas costumbres”*. En la misma línea también se manifiesta MORENO QUESADA, quien apunta que *“la causa no solo ha de existir en todo el contrato, sino que además ha de ser lícita. Si falta la causa, el contrato no llega a existir, no hay contrato, como dice el artículo 1261, y reitera después el artículo 1275 al decir que los contratos sin causa no producen efecto alguno. Y lo mismo sucede, según este precepto, si la causa es ilícita, entendiéndose que la causa es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral”*<sup>29</sup>.

Por ello, y en base a estas afirmaciones, podemos determinar la ilicitud de la causa en los contratos de gestación subrogada en base a los siguientes motivos. Por un lado, y tal y como afirman autores como GARCÍA ALGÜACIL, *“la finalidad que se pretende con el negocio que se realice ha de ser acorde a la ley, a la moral, y al orden público, y he aquí que hasta que no se establezca lo contrario, y en este sentido se modifique la ley existente y el único artículo que se refiere a la maternidad subrogada (art. 10 LTRHA), este contrato es nulo por ir contra la ley, la moral y el orden público”*<sup>30</sup>. Así, pues, el primer motivo que determina la ilicitud de la causa es que actualmente existe un precepto legal que declara nulo de pleno derecho este tipo de contratos y, por lo tanto, al atentar este contra una norma de carácter imperativa-prohibitiva, esta será considerada ilícita. Con todo, por otro lado, y en línea con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, se ha determinado que la finalidad que se pretende con este negocio jurídico es contraria al orden público español, y, por tanto, el contrato será declarado nulo, y así lo dispone el mismo en la sentencia de 6 de febrero de 2014: *“es contraria al orden público español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respecto a su integridad moral y protección de la infancia”*<sup>31</sup>.

#### → ANÁLISIS DE LA PREGUNTA 2: ¿Tiene algún reconocimiento en el ordenamiento jurídico español?

En el presente supuesto, ambas mujeres, Doña Lola y Doña Rocío, esta última con el menor, una vez celebrado el contrato válidamente en Grecia, deciden retornar a España, lugar del que ostentan la nacionalidad. Una vez aquí se nos plantea el interrogante de si nuestro ordenamiento jurídico otorga algún reconocimiento a tal negocio jurídico.

Para poder dar respuesta a esta cuestión debemos partir de la premisa siguiente. Nuestro ordenamiento jurídico sanciona con la nulidad de pleno derecho cualquier tipo de contrato de gestación subrogada. Bien, por un lado, en virtud del artículo 10.1 de la LTRHA, o bien, aplicándole las normas generales de los contratos contenidas en el CC, concretamente en su artículo 1261. De este modo, partiendo de la casuística del presente caso, y presuponiendo que el consentimiento contractual en el actual supuesto hubiera sido emitido válidamente, debemos atender a los consiguientes requisitos esenciales, el objeto y la causa. En fin, y como hemos analizado anteriormente, ambos serían considerados ilícitos con arreglo a nuestro ordenamiento jurídico, ya que, por un lado, el objeto es considerado una *res extra commercium*, y, por otro lado, la causa atentaría contra las leyes y contra el orden público español.

Realizada anterior apreciación, es menester mencionar que, si bien es cierto lo anteriormente mencionado, la situación de necesidad originada por el nacimiento del menor comporta que los órganos competentes no

---

<sup>29</sup> Moreno Quesada, B., op. cit. *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por actos ilícitos*. Págs. 205 y ss.

<sup>30</sup> García Algüacil, M. J., op. cit. *¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?* Pág. 9, donde también señala que: *“Distinto de la causa del contrato, al que se refiere el artículo 1274, es el motivo. Si la causa de un contrato oneroso es la prestación o promesa de una cosa o servicio que una parte se compromete a dar a la otra, y es la que determinará la existencia o no del contrato según exista y sea lícita o no; el motivo es irrelevante, en términos generales para el Derecho. Poco importan los motivos que hayan llevado a las partes al celebrar el contrato, que si reúne los requisitos del artículo 1261 del Código Civil el contrato existiría y sería válido. Sin embargo, en este supuesto de gestación por sustitución o maternidad subrogada o vientre de alquiler, se produce una alteración, pues los motivos se elevarán a la categoría de causa. El deseo de “ser padres” siendo el motivo que lleva a estos a embarcarse en una empresa de esta índole, se convierte, propiamente, en la causa de un negocio nulo “ab initio”. Ese deseo, aún siendo lícito “éticamente hablando”, es ilícito desde el punto de vista legal, pues hay un precepto que declara nulo expresamente el contrato celebrado bajo esos parámetros”*.

<sup>31</sup> STS, de 6 de febrero de 2014, FJ 3º (ECLI:ES:TS:2014:247).

puedan dejar desamparado al mismo. Por ello, y como analizaremos más adelante, estos órganos, para evitar que la nulidad de estos contratos perjudiquen a los menores, están optando por reconocer ciertos efectos derivados, no del negocio jurídico como tal, sino de tal situación de necesidad. Efectos, por ejemplo, en materia de filiación o de prestaciones de la Seguridad Social, haciendo, por tanto, primar el interés superior del menor sobre cualquier otra cuestión jurídica. De esta manera el ordenamiento jurídico español decide optar por realizar un reconocimiento muy acotado, concreto y definido de los efectos derivados de la celebración de este tipo de contratos, siempre y cuando tengan implicaciones directas sobre el menor en cuestión. No obstante, es menester mencionar, que este tipo de cuestiones serán objeto de un exhaustivo análisis y estudio en contiguos apartados, en donde se desarrollarán las implicaciones registrales y de filiación de los menores, así como el posible acceso a la prestación de maternidad por parte de los comitentes en respuesta a tal situación.

## 2.4. Fraude de ley

Con carácter general, el artículo 6.4 del CC regula el denominado fraude de ley: *“Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*. La doctrina española se apoya en la definición dada por DE CASTRO: *“uno o varios actos que originan un resultado contrario a una norma jurídica y al o a los que se han amparado en otra norma dictada con esta finalidad”*<sup>32</sup>. De esta manera, debemos entender que constituyen fraude de ley aquellos actos realizados al amparo de una determinada norma jurídica con la finalidad de alcanzar un determinado objetivo que contraviene lo establecido en otra norma.

En suma, y más específicamente en el ámbito del Derecho Internacional Privado, cuando hablamos de fraude de ley también podemos hacer referencia al artículo 12.4 del CC que dispone lo siguiente: *“Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”*. En este sentido, para incurrir en esta categoría concreta de fraude de ley podría realizarse bien manipulando el propio punto de conexión, el cual nos va a permitir saber qué derecho sustantivo aplicar, o bien a través del mecanismo del *forum shopping*, que consiste en seleccionar el foro más ventajoso con objeto de que se aplique la legislación que más convenga al supuesto concreto.

Empero, cabe destacar que, si bien es cierto que actualmente nuestro entramado legislativo nada dispone acerca de este concepto jurídico en relación con la gestación subrogada, han sido varios los pronunciamientos realizados a este respecto por diferentes órganos de notable entidad.

En primer lugar, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el seno de un conflicto de gestación subrogada, rechazó la idea de que los interesados hubieran incurrido en fraude de ley, y así lo puso de manifiesto en la Resolución del 18 de febrero de 2009: *“No cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, fenómeno al que aluden el art. 12.4 del Código Civil para los casos internacionales y, en general, el art. 6.4 del Código Civil. Los interesados no han utilizado una "norma de conflicto" ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como "Forum Shopping fraudulento" al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española”*<sup>33</sup>.

No obstante, y, en segundo lugar, a raíz de este mismo conflicto, la Audiencia Provincial de Valencia, en la Sentencia de 23 de noviembre de 2011<sup>34</sup>, reformuló el planteamiento realizado anteriormente por la DGRN. Efectivamente, a ojos de la AP, al igual que de la DGRN, no existe fraude de ley en sentido estricto, pero sí entiende que existen indicios de fraude por haber huido de una ley imperativa española. De esta manera la AP sentencia lo siguiente: *“No puede decirse por ello que los demandados hayan utilizado una norma de conflicto*

<sup>32</sup> De Castro, F. (1949). *Derecho Civil, I*. Madrid: Editorial Civitas, pág. 544.

<sup>33</sup> Resolución de 18 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, FJ 5º (RJ 2009/1735).

<sup>34</sup> SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:APV:2011:5738)

*para eludir una ley imperativa española, como prevé el artículo 12.4 del Código Civil, sino que simplemente, hay indicios consistentes para pensar que han huido de ella, poniendo la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas mediante el desplazamiento a aquel Estado y la suscripción allí de un contrato permitido según la ley de California, que tiene por objeto además una materia, como es la filiación y el estado Civil, caracterizado por la indisponibilidad”.*

Finalmente, conoce de este asunto el Tribunal Supremo que elude referirse en términos explícitos a un posible fraude a la ley española por parte de los recurrentes. No obstante, sí que realiza consideraciones acerca de la intención de estos por evitar que les sea aplicada la ley imperativa española, y así lo dispone en la Sentencia de 6 de febrero de 2014: *“En el caso objeto de este recurso, los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero”.*

A su vez, por otro lado, en esta misma línea un sector de la doctrina, entre la que destaca ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, resalta que *“el hecho de que los sujetos con residencia en nuestro país se desplacen al extranjero para aprovechar las técnicas de reproducción asistida y suscribir un contrato de maternidad subrogada, no es equivalente a un forum shopping for law shopping, cuando existen conexiones objetivas con el Estado de recepción, en el que normalmente coincidirán la residencia de la madre gestante, su nacionalidad, y el nacimiento en ese mismo suelo estatal del niño nacido de tales técnicas”*<sup>35</sup>.

No obstante, se posicionan del lado contrario de este planteamiento, autores como EMALDI CIRIÓN quien entiende que esta situación se corresponde con un fraude de ley<sup>36</sup>, o HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el cual cree que es más adecuado encuadrar estos hechos en el denominado *forum shopping*<sup>37</sup>.

Por ello, cabe concluir que la indeterminación legislativa existente respecto de esta figura implica que cualquier posible solución que se plantee en el seno de nuestro ordenamiento jurídico con respecto al fraude de ley en el marco de la gestación subrogada pueda entenderse como razonablemente válida.

→ ANÁLISIS DE LA PREGUNTA 3: ¿Podrían los hechos expuestos en este supuesto llegar a ser considerados fraude de ley?

La cuestión en estos términos relevante para poder dar respuesta a este interrogante reside en el hecho de que ambas partes, Doña Lola y Doña Rocío, decidieron desplazarse a un país donde la gestación subrogada es completamente legal, Grecia, para poder celebrar un contrato de estas características.

Pues bien, a diferencia del supuesto de hecho objeto de las sentencias citadas anteriormente, en donde tan solo la parte comitente era nacional y residente en España, en el presente caso tanto la parte comitente, Doña Rocío, como la gestante, Doña Lola, residen y ostentan ambas la nacionalidad española, de manera que los

<sup>35</sup> Álvarez de Toledo Quintana, L. (2014). *El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correlativo orden público internacional*. Madrid: Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, nº. 2, págs. 5 a 49.

<sup>36</sup> Apunta que: *“En definitiva y a la vista de esta normativa el contrato de maternidad subrogada es nulo de pleno derecho y sin embargo, hay españoles que los firman en el extranjero y luego pretenden inscribir a los hijos como propios en contra y en fraude de ley”*. (Cfr. Emaldi Ciri3n, A. (2018). *La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jur3dica. La imperiosa necesidad de buscar una soluci3n al problema espa3ol: cambio legislativo o cumplimiento de la ley*. Madrid: Dilemata, págs. 123 a 135).

<sup>37</sup> Así lo entiende al afirmar que: *“La situaci3n descrita m3s que con un “fraude de ley” (art. 6.4 CC) se corresponde con lo que en DIPr. se conoce como Forum Shopping, consecuencia del principio de exclusividad y de relatividad. El Forum Shopping tiene lugar cuando los sujetos de una relaci3n jur3dica privada nacional la internacionalizan con vistas a encontrar la jurisdicci3n que m3s les conviene y conseguir con ello, en la mayor3a de las ocasiones, una soluci3n m3s beneficiosa”*. (Cfr. Hern3ndez Rodr3guez, A. (2014). *Determinaci3n de la filiaci3n de los nacidos en el extranjero mediante gestaci3n por sustituci3n: ¿hacia una nueva regulaci3n legal en Espa3a?* Madrid: Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, nº. 2, págs. 147 a 174).

vínculos existentes con nuestro país son todavía más intensos que en el mencionado supuesto. Por lo tanto, la situación jurídica debatida en el extranjero fue creada artificialmente, con el objeto de celebrar un contrato de gestación subrogada que de haberse celebrado acorde con la legislación española sería declarado radicalmente nulo.

No obstante, si bien es cierto lo mencionado hasta el momento, las partes implicadas no se han apoyado en ninguna norma de conflicto para eludir la ley imperativa española, ya que, en suma, el menor nació en suelo estatal griego, siendo este un punto de conexión objetivo con el Estado de recepción. De modo que, en sentido estricto, y en línea con los pronunciamientos anteriormente citados, ni Doña Lola ni Doña Rocío han incurrido en fraude de ley.

## 2.5. Efectos para las partes

En nuestro ordenamiento jurídico, los contratos, en virtud del artículo 1091 del CC tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, de manera que “*solo producen efecto entre las partes que los otorgan*” (artículo 1257 del CC). Además, no solo se obligan al cumplimiento de lo pactado, sino también a todo lo que derive de la buena fe, del uso y de la ley (artículo 1258 del CC).

Sin embargo, para que las partes se encuentren vinculadas por un determinado contrato, en el presente caso de gestación subrogada, este deberá producir efectos jurídicos, *ergo* deberá estar válidamente constituido.

Como ya se ha analizado anteriormente, el ordenamiento jurídico español sanciona este tipo de contratos con la nulidad de pleno derecho. Esto quiere decir, como bien apuntan autores como LLEDÓ YAGÜE, que el contrato es ilícito, y, por lo tanto, la consecuencia es la inexistencia de cualquier tipo de obligación que hubiera podido derivar de este negocio jurídico<sup>38</sup>.

En consecuencia, un contrato de estas características, nulo de pleno derecho, celebrado en territorio español, no produce efecto alguno entre las partes otorgantes y, por ende, no crea, modifica o extingue la relación obligacional a que el mismo se refiera. En fin, el contrato es nulo y por tanto no emanan obligaciones para ninguna de las partes porque este carece de todo efecto negocial. De manera que, ninguno de los contratantes podrá exigir a la otra parte que cumpla con lo acordado en el negocio jurídico.

→ ANÁLISIS DE LA PREGUNTA 4: ¿Existe incumplimiento contractual por parte de D.<sup>a</sup> Lola tal y como sostiene D.<sup>a</sup> Rocío?

Tal y como anunciábamos, Doña Rocío y Doña Lola deciden volver a España junto con el nacido. Una vez aquí Doña Lola solicita la pensión de maternidad contraviniendo lo establecido en el contrato, por lo que Doña Rocío decide demandarla por incumplimiento contractual en el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de A Coruña.

Pues, bien, en nuestro país, como ya es conocido a estas alturas del trabajo, los contratos de gestación subrogada son nulos de pleno derecho. Por lo que, de esta manera, en España, ningún contrato de gestación subrogada produce efectos para las partes, y, por tanto, no existe incumplimiento contractual por parte de Doña Lola tal y como sostiene Doña Rocío. De modo que, partiendo de la premisa de que en base a la legislación griega existe un contrato de obligado cumplimiento entre las partes, la parte perjudicada que quiere exigir el cumplimiento del mismo, deberá acudir a los tribunales de ese ordenamiento jurídico y no al español, ya que aquí este contrato carece de efectos jurídicos y por tanto no habría nada que obligase a las partes a cumplir con lo acordado.

---

<sup>38</sup> Lledó Yagüe, F., op. cit. *Fecundación Artificial y Derecho*. Págs. 151 a 155.

**CUESTIÓN 2. Inscripción y determinación de la filiación de los menores nacidos mediante gestación subrogada.** ¿Es válida la inscripción registral del menor? ¿A quién ha de reconocer el ordenamiento jurídico español como madre del menor?

## **A. INTRODUCCIÓN**

Actualmente, y, como hemos analizado, el ordenamiento jurídico español declara a través del artículo 10.1 de la LTRHA la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación subrogada. Ello comporta que muchos españoles decidan acudir a otros países en donde sí que están permitidas este tipo de técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, cuando deciden retornar a España con el menor ya nacido, estas personas se ven envueltas en una gran incerteza que responde a la falta de seguridad jurídica derivada de la escasa regulación en nuestro entramado jurídico con respecto a esta materia.

Concretamente, la principal controversia en la actualidad latente es la referida a la inscripción registral de la filiación en el RC de los nacidos mediante gestación subrogada en relación con los comitentes. A este respecto, desde que se tiene constancia de los primeros casos de gestación subrogada en España, los pronunciamientos de los diferentes organismos competentes han sido de los más variados. Aquellos que optan por denegar este cauce de filiación se apoyan en el orden público español y en el fraude de ley. En cambio, los órganos que admiten este tipo de inscripciones lo fundamentan en la primacía del interés superior del menor.

Por ello, en la presente cuestión analizaremos los pronunciamientos de la DGRN y del TS, en lo referente a la filiación de menores nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, para poder dar una respuesta a los interrogantes planteados. También será objeto de estudio la “nueva” Ley 20/2011 del Registro Civil, que ha entrado en vigor el 30 de abril de este mismo año y que prevé un nuevo procedimiento de inscripción de resoluciones extranjeras.

No obstante, para poder abordar esta cuestión es menester señalar el *iter* del primer caso de gestación subrogada acaecido en España que llegó hasta el Alto Tribunal y que motivó los distintos pronunciamientos objeto de análisis en la presente cuestión. Pues bien, un matrimonio solicitó en el RC Consular de España en Los Ángeles (California, Estados Unidos) la inscripción de nacimiento de sus dos hijos nacidos en este país mediante gestación subrogada. Para ello, adjuntaron a la solicitud de la inscripción los certificados de nacimiento de los menores expedidos por la autoridad registral de California, en los que aparecían como hijos de los solicitantes. El encargado del RC consular denegó la inscripción solicitada amparándose en el art. 10 de la LTRHA. Posteriormente, el matrimonio recurrió esta decisión ante la DGRN solicitando, por un lado, la revocación de la anterior decisión y, por otro lado, la inscripción de los menores en el RC español con la filiación determinada en los asientos registrales californianos. El 18 de febrero de 2009 la DGRN dictó resolución en la que se estimaba el recurso y ordenó que se procediera a dicha inscripción. El Ministerio Fiscal, por su parte, impugnó dicha resolución ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia por entender que se infringía el art. 10 de la LTRHA. El juzgado estimó la impugnación formulada y acordó dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada en la resolución de la DGRN. Tras esta sentencia, el matrimonio recurre en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, la cual desestima el recurso. Finalmente, recurrieron en casación ante el TS que también opta por desestimar el recurso. Sin embargo, y paralelamente a este proceso, la DGRN dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que, como analizaremos, dista sustancialmente de la Resolución de 18 de febrero de 2009, y que, por lo tanto, según la propia DGRN, es compatible con la decisión adoptada por TS.

## **B. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN SUBROGADA**

### **1. POSTURA DE LA DGRN**

#### **1.1. Resolución de 18 de febrero de 2009<sup>39</sup>**

Esta Resolución responde, como adelantábamos, a la negativa por parte del RC Consular español de inscribir el nacimiento de dos menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero. En una primera

---

<sup>39</sup> Resolución de 18 de febrero de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RJ 2009\1735).

instancia, el encargado del RC Consular invocó el artículo 10 de la LTRHA para amparar su decisión de denegar tal solicitud de inscripción. Posteriormente, los interesados recurrieron ante la DGRN esta decisión. Finalmente, la DGRN estima el recurso y ordena al RC Consular que proceda con la inscripción del nacimiento de los menores en base a la certificación registral extranjera aportada, en donde se refleja que estos son hijos de los recurrentes, es decir, de la parte comitente.

Esta decisión se ampara en los artículos 81 y siguientes del Real Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (en adelante, RRC). Este artículo dispone lo siguiente: *“El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe”*. Argumenta la DGRN que lo relevante en esta controversia es determinar la validez extraterritorial en España del documento público emitido por una autoridad extranjera competente que desarrolla idénticas funciones que la autoridad española. Por lo que, el acceso de esta certificación registral extranjera al RC español no constituye una cuestión de “Derecho aplicable”, sino de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”. De esta manera, no se exige que la autoridad registral extranjera haya resuelto como también lo hubiera hecho la autoridad española, ya que esto supondría un grave perjuicio para la seguridad jurídica, sino que la certificación registral extranjera supere el control de legalidad requerido a tales documentos. De modo que el Encargado del Registro Consular español no ha de entrar a valorar el fondo de tal decisión, únicamente se ha de limitar a registrar una filiación definida, con arreglo a la legislación extranjera, por la autoridad extranjera competente.

Sin embargo, esta resolución fue impugnada y anulada por el JPI nº 15 de Valencia en la sentencia de 15 de septiembre de 2010<sup>40</sup>, dejando sin efecto la inscripción de nacimiento de estos menores.

## **1.2. Instrucción de 5 de octubre de 2010<sup>41</sup>**

La anulación judicial de la Resolución de 18 de febrero de 2009 motivó la publicación de 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. Si bien la Resolución de 18 de febrero de 2009 resolvía un supuesto de hecho concreto, la presente Instrucción se dictó con la finalidad de unificar criterios en la materia de obligado cumplimiento para todos los encargados del RC con arreglo al artículo 9 de la LRC de 1957 y al artículo 41 del RRC. En base a esta Instrucción, la DGRN, atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, opta por permitir la inscripción de los nacidos en el extranjero mediante este tipo de técnicas. De esta manera, la DGRN establece una serie de criterios que determinan las condiciones de acceso al RC español de estos menores. En este sentido, obliga a que, junto con la solicitud de inscripción, se aporte una resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Recordemos que, en la Resolución de 18 de febrero de 2009, la DGRN entendía que una certificación registral extranjera podría operar como título habilitante para acceder al RC español, pues bien, tras la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la certificación registral no tendrá ningún valor, y únicamente se permitirá el acceso al RC español de estos menores a través de una resolución judicial extranjera. Con ello la DGRN pretende *“controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante”*. En definitiva, la finalidad de esta decisión radica en constatar *“la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores”*<sup>42</sup>.

En relación con la resolución judicial que determina la filiación, esta habrá de ser objeto de *exequatur*, a no ser que exista un Convenio Internacional al respecto, con arreglo al procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en sus artículos 954 y siguientes, y en la vigente Ley 29/2015, de 30

<sup>40</sup> Sentencia del JPI de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:JPI:2010:25).

<sup>41</sup> Resolución de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RCL 2010\2624).

<sup>42</sup> *Ibidem*, párr. 8º.

de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. En cambio, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, esta será objeto de control incidental por parte del encargado del RC, quien deberá constatar lo siguiente: 1) La regularidad y autenticidad formal de la resolución extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado, 2) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, 3) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; 4) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; 5) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Por lo tanto, y, en conclusión, el encargado del RC deberá determinar si la resolución judicial extranjera fue dictada en el seno de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, en cuyo caso, será necesario obtener previamente el *exequatur*, y si, en cambio, esta fue dictada en el marco de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso será el encargado del RC quien controlará incidentalmente la misma atendiendo a los requisitos mencionados anteriormente<sup>43</sup>.

No obstante, cabe señalar un último apunte en relación con el reconocimiento de la resolución judicial que determina la filiación del menor dictada por el tribunal extranjero. En este sentido, la DGRN argumenta que “*la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo*” y que por esta razón se ha de proceder al reconocimiento de dicha resolución. Esta doctrina defiende que, por un lado, habrá de aplicar los arts. 954 y ss. de la LEC para instar el *exequatur* de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, y, por otro lado, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, dicha inscripción no queda sometida al requisito de *exequatur*, siendo necesario que se proceda con el reconocimiento incidental de la resolución judicial extranjera como requisitos previo a su inscripción. En definitiva, la DGRN se apoya en la doctrina del TS para dotar de validez a su Instrucción.

Finalmente, concluye la DGRN que “*en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante*”. En fin, y, por tanto, ultima la DGRN que para que la inscripción del menor nacido en el extranjero mediante gestación subrogada se realice con éxito, será necesario presentar una resolución judicial dictada por el tribunal extranjero competente que determine la filiación a favor de la parte comitente que ostente la nacionalidad española, en base a los términos enunciados anteriormente.

### **1.3. Resolución de 3 de mayo de 2011<sup>44</sup>**

Tras la publicación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, las resoluciones posteriormente dictadas al respecto han seguido la línea doctrinal marcada por la DGRN. No obstante, es menester traer a colación la Resolución de 3 de mayo de 2011, ya que, si bien se ajusta al marco de esta Instrucción, resuelve sobre una cuestión que resulta de gran interés: la competencia del RC del Consulado del país extranjero para llevar a cabo la correspondiente inscripción del nacimiento y filiación del menor.

En este supuesto, el encargado del RC Consular deniega la inscripción de una resolución judicial por la que se instituye la paternidad a favor de los recurrentes por declararse incompetente para proceder a tal inscripción. Este alega que tal competencia corresponde, en un primer lugar, al RC Central a la luz de lo señalado por el párrafo segundo de art. 68 del RRC, el cual dispone: “*Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor está domiciliado en España, deberá practicarse antes la inscripción en el Registro*

---

<sup>43</sup> Sánchez Sánchez, A. (2019). El informe de 11 de julio de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Madrid: Dykinson, S.L., pág. 326.

<sup>44</sup> Resolución de 3 de mayo de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (JUR 2012\107637).

*Central, y después, por traslado, en el Consular correspondiente*". No obstante, esta decisión fue recurrida por los interesados y finalmente revocada por la DGRN. La explicación esgrimida por este órgano para revocar tal decisión se fundamenta en la interpretación extensiva que el mismo realiza de la figura del "promotor" de la inscripción. Del modo que, habrá que entender como promotor al nacido domiciliado en el extranjero, y no a los padres comitentes domiciliados en España, ya que estos no actúan en nombre propio, sino, en definitiva, como representantes legales del menor. En consecuencia, no se infringe el párrafo 2º del art. 68 del RRC cuando estando el nacido domiciliado en el extranjero se practican las inscripciones de nacimiento y de filiación en el Registro Consular correspondiente. Es más, se estaría, por tanto, cumpliendo con la regla general de competencia en materia registral contenida en el artículo 16.1 de la LRC que dispone que: "*Los nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecen*". En definitiva, el RC del Consulado del país extranjero correspondiente es plenamente competente para poder inscribir el nacimiento y la filiación del menor en cuestión.

#### 1.4. Instrucciones de 14<sup>45</sup> y 18 de febrero de 2019<sup>46</sup>

La DGRN dictó el 14 de febrero de 2019 la Instrucción sobre la actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución con la que se planteaba la posibilidad de inscribir a los menores nacidos en el extranjero por gestación subrogada mediante una prueba de ADN que autentificara la maternidad o paternidad de uno de los progenitores<sup>47</sup>, y así se hace constar en los siguientes términos: "*Para ello, el medio preferente, por su sencillez, aunque no exclusivo, podrá ser la correspondiente prueba de ADN, que se habrá de realizar y acreditar con plenas garantías médicas y jurídicas*". No obstante, posteriormente se publica la Instrucción de 18 de febrero de 2019 que deja sin efecto alguno la Instrucción de 14 de febrero 2019 "*a todos los efectos, incluso derogatorios, en relación con los niños que hayan nacido mediante este procedimiento con posterioridad a la fecha de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la presente Instrucción*". De esta manera, se vuelve a adoptar el sistema de 2010, exigiendo, de nuevo, una resolución judicial para la inscripción y no una prueba de ADN. Y así figura: "*Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010*". Siendo obligatorio dar traslado al Ministerio Fiscal en el supuesto de que no concurren estos requisitos en virtud del artículo 124 del RRC.

## 2. POSTURA DEL TS

El TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014<sup>48</sup> discrepa del planteamiento realizado por la DGRN. Cuando el primer caso de gestación subrogada llega al Alto Tribunal, este opta por desestimar todas las pretensiones de los padres de deseo que acudieron a un país extranjero para celebrar un contrato de gestación subrogada, denegando, por tanto, la práctica de la inscripción del nacimiento de los menores y de la filiación aparejada a esta. Así, pues, el TS fundamentó esta decisión desde diferentes puntos de vista.

En un primer lugar, el Alto Tribunal señala la gran importancia de respetar el **orden público internacional**<sup>49</sup> en el seno del reconocimiento de decisiones extranjeras. En este sentido, se reconoce que una autoridad registral extranjera inscribió el nacimiento y la filiación de los menores, en base al Derecho extranjero propio de ese país. Por lo tanto, lo que debe realmente resolverse es "*si esa decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar sus efectos en el sistema jurídico español*". De esta manera, el TS resalta que para poder apreciar el reconocimiento de esta decisión extranjera ha de realizarse, acorde con nuestra

<sup>45</sup> Instrucción de 14 de febrero, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Disponible en <https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/806/GESTACION%20SUBROGADA.pdf>

<sup>46</sup> Instrucción de 18 de febrero, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RCL 2019/268)

<sup>47</sup> Muñoz Rodrigo, G. (2019). *La filiación y la gestación por sustitución: A propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019*. Actualidad Jurídica Iberoamericana, nº 10, pág. 730.

<sup>48</sup> STS de 6 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:247).

<sup>49</sup> *Ibidem*, FJ 3º, se define orden público internacional como "*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*".

legislación del RC, un control previo de la misma que no debe limitarse únicamente a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a las cuestiones de fondo, de modo que se atienda a la realidad del hecho inscrito y a su legalidad conforme al ordenamiento jurídico español. En base a esta argumentación, y partiendo de la idea de que el orden público internacional actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras<sup>50</sup>, el TS entiende que la decisión de la autoridad registral extranjera que atribuye la condición de padres al matrimonio que participó en el contrato de gestación subrogada es contraria al orden público internacional español por “*resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia*”. Afirma, por tanto, que este tipo de prácticas vulneran la dignidad de la mujer gestante y del menor, cosificándolos a ambos, y que esta situación posibilita “*la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza*”. En suma, añade que la inscripción de la filiación se trata de una consecuencia directa y principal de dicho contrato, y por esto no se puede disociar el contrato y la filiación. Por ello, concluye que no se puede reconocer la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación determinada en aquella.

Por otro lado, se valora en esta sentencia una posible **discriminación por razón de sexo u orientación sexual**. En este sentido, el TS rechaza esta premisa en base a que lo que responde a la denegación de la inscripción de la filiación no es el hecho de que los interesados sean un matrimonio de dos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación subrogada contratada por los mismos en un país extranjero. Por ello, “*la respuesta jurídica sería la misma tanto si los solicitantes fueran dos hombres, dos mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho heterosexual o una persona sola, sea hombre o mujer*”.

Finalmente, el Alto Tribunal atiende a la cuestión relativa al **interés superior del menor**. Para ello indica que este término se trata no solo de un concepto jurídico indeterminado, sino, además, de un concepto esencialmente controvertido, al expresar “*un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social*”. En suma, aclara el TS, este interés ha de ponderarse con el resto de los bienes jurídicos que concurren, como son, en el supuesto que nos ocupa, la dignidad e integridad moral de la mujer gestante o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Por ello, aún cuando los recurrentes afirman que reconocer la filiación determinada por el órgano extranjero implica satisfacer el interés superior del menor, el TS entiende que este interés no se estaría menoscabando si se rechazase tal inscripción, ya que actualmente nuestro ordenamiento jurídico prevé otros cauces de filiación como es el de la reclamación de paternidad de por el padre biológico del artículo 10.3 de la LTRHA, o la adopción por parte del otro comitente, que permiten que el menor no quede desprotegido. Ya que, “*no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor*”.

En conclusión, el TS entendió que efectivamente se vulneraba el orden público internacional español y rechazó que dicha resolución registral extranjera pudiese operar como título habilitante para inscribir dicha filiación en el RC de España.

No obstante, y como nota aclarativa cabe mencionar que, en esta sentencia, la controversia en esencia, más allá del propio debate generado derivado de la ilicitud de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español, consiste en el reconocimiento o no de la práctica de un asiento registral extranjero como título que permita a los menores nacidos mediante gestación subrogada acceder al RC español. Es decir, el pronunciamiento del TS gira entorno a la validez de la inscripción registral que se fundamenta, únicamente, en una certificación registral extranjera, y no en una resolución judicial extranjera, ya que sobre este último aspecto el TS no se ha querido pronunciar<sup>51</sup>. Por esta razón, y a falta de un pronunciamiento del Alto Tribunal al respecto, la DGRN entiende que la Instrucción de 5 de octubre de 2010, mediante la cual se permite la

---

<sup>50</sup> STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4º (ECLI:ES:TC:1989:54).

<sup>51</sup> STS de 6 de febrero de 2014, FJ 2º: “*Ciertamente podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es [...] la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó tal filiación con base en el contrato de gestación por sustitución y por aplicación de las leyes de California. Este problema no ha sido planteado en ningún momento en el litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones relevantes objeto del recurso, por lo que entrar en consideraciones sobre el mismo cambiaría completamente los términos en que se ha producido el debate procesal y solo obscurecería la solución del recurso*”.

inscripción de estos menores en el RC español en virtud de una sentencia de las autoridades judiciales del país extranjero, es compatible con la jurisprudencia del TS<sup>52</sup>.

### 3. LA LEY 20/2011 DEL REGISTRO CIVIL<sup>53</sup>: NUEVO PROCEDIMIENTO DE INSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS EXTRANJEROS

Con la reciente entrada en vigor el 30 de abril de 2021 de la “nueva” Ley 20/2011 del Registro Civil, el legislador ha previsto un nuevo procedimiento de inscripción de documentos judiciales que resulta de gran interés para afrontar el debate generado en torno a la inscripción de los nacidos mediante gestación subrogada. Concretamente nos centraremos en los artículos 96 y 98 subsumidos en el Título X referente a las “Normas de Derecho Internacional Privado”. El primero de ellos hace referencia a la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras en el RC español, en cambio, el segundo de ellos atiende a esta misma inscripción, pero de las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros. En ambos se establecen una serie de requisitos que han de verificarse para proceder a tal inscripción.

El artículo 96, a su vez, regula dos vías de reconocimiento de la resolución judicial extranjera. Por un lado, a través del trámite del *exequatur* contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. O, por otro lado, a través de la verificación por el Encargado del RC de los siguientes extremos: la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados, que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento, y, que, la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

Por su parte, el artículo 98.1 regula la inscripción de las certificaciones registrales extranjeras que no se basen en resoluciones judiciales previas. Para ello, habrá de verificarse lo siguiente: que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado, que el Registro extranjero de procedencia tenga análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española, que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado, y, que, la inscripción de la certificación registral extranjera no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

En consecuencia, podemos observar cómo tanto la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, como las resoluciones judiciales extranjeras pueden constituirse como títulos de acceso al RC español. No obstante, merece especial atención el requisito, en ambos casos, del orden público español. Lo cierto es que, autores como DURÁN AYAGO defienden que este obstáculo podría sortearse si partimos de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, concretamente de lo dispuesto en el apartado d) del numeral 3 de la disposición primera, que exige verificar que “*no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente*”<sup>54</sup>. Por lo tanto, si el encargado del RC verifica tales extremos podría entenderse que dicha inscripción no vulnera el orden público español. En cualquier caso, no cabe duda de que, ante el nuevo articulado, ya no será necesario aportar únicamente una resolución judicial para la realización de la inscripción siempre y cuando se cumpla con los requisitos de anteriores artículos. No obstante, es evidente que ello contravendría la doctrina de la DGRN, que venía exigiendo hasta ahora resolución judicial previa y no una certificación registral extranjera. Por ello, los órganos competentes podrían optar por buscar una solución intermedia, que consista en autorizar el reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras siempre y cuando estas se basen en una resolución judicial previa, tal y como prevé el artículo 98.2 de la Ley 20/2011.

<sup>52</sup> Circular de la DGRN de 11 de julio de 2014: “*La Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello*”.

<sup>53</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 22 de junio de 2011 (nº 175).

<sup>54</sup> Durán Ayago, A. (2012). *El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*. AEDIPr, t. XII, págs. 265 a 308.

En cualquier caso, esta Ley, de acuerdo con su Disposición transitoria primera, únicamente será de aplicación para los procedimientos y expedientes iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, es decir, a partir del 30 de abril de 2021, siendo, por tanto, de aplicación, la Ley, de 8 de junio de 1957, del Registro Civil para todos los incoados con anterioridad.

→ ANÁLISIS DE LA PREGUNTA 1: ¿Es válida la inscripción registral del menor?

Tal y como se nos plantea en el supuesto de hecho, una vez da a luz Doña Lola, Doña Rocío inscribe al nacido como su propio hijo en el RC de la oficina Consular de España en Grecia. Entendemos, por tanto, que esta inscripción se ha realizado con éxito ya que nada se dice de algún impedimento al respecto. No obstante, procederemos a analizar detalladamente este proceso de inscripción registral con el fin de observar si este se ha realizado válidamente.

Antes de empezar con tal análisis, es menester mencionar que debido a la ausencia de datos no podemos concretar en qué fecha concreta se realizó la inscripción, no obstante, sí que podemos estimar que se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 20/2011 por haberse planteado este supuesto de hecho antes del 30 de abril de este mismo año, por esta razón, no será de aplicación dicha norma. Por tanto, para poder resolver esta cuestión tendremos que atender a lo manifestado por los organismos de entidad de nuestro país en esta materia, es decir, a la doctrina tanto de la DGRN y como del TS, a la luz de la legislación civil vigente en ese momento. A su vez, es de especial importancia recordar, que, en Grecia, país donde se celebró este contrato, es necesario obtener autorización judicial previa, es decir, sentencia favorable, que valide el contrato celebrado entre las partes.

Observadas, pues, anteriores y necesarias matizaciones, procederemos a desarrollar este supuesto. En primer lugar, ha de realizarse especial mención a la competencia que ostenta el RC del Consulado de Grecia para llevar a cabo la correspondiente inscripción del nacimiento y filiación del menor. Pues bien, tal y como puso de manifiesto la DGRN en la Resolución de 3 de mayo de 2011, en base a la interpretación extensiva realizada del artículo 68 párrafo 2º del RRC en relación con el artículo 16.1 de la LRC, no será necesario acudir al RC Central en primera instancia. De manera que, el Consulado del país extranjero, en este caso, de Grecia, será plenamente competente para realizar tal inscripción.

Por otro lado, una vez determinado el órgano competente, habrá de atender a los requisitos exigibles para poder acceder al RC español de estos nacimientos y para que esta inscripción se realice válidamente. Como hemos analizado, tanto la DGRN y como el TS se oponen a que se inscriban a los nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada en virtud de una resolución registral extranjera. No obstante, la DGRN, en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 va más allá, y entiende que tal inscripción se puede producir siempre y cuando, junto con la solicitud de inscripción, se presente una resolución judicial dictada por el tribunal extranjero competente que acredite la filiación a favor de la parte comitente, es decir, a favor, en este caso, de Doña Rocío. Todo ello, siempre que esa sentencia hubiera sido dictada en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, ya que en el supuesto de que esta hubiera sido dictada en un procedimiento contencioso, será necesario el *exequatur*.

Así las cosas, podemos concluir que la inscripción registral del menor ha sido realizada válidamente, ya que, por un lado, Doña Rocío acude al órgano competente encargado de inscribir tales realidades jurídicas, y, por otro lado, existe una sentencia judicial que permitirá a Doña Rocío acreditar el nacimiento y la filiación del menor a su favor, siempre y cuando, recordemos, el encargado del RC del Consulado otorgue el visto bueno a esta sentencia en base a los requisitos exigidos por la propia DGRN.

### **C. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN SUBROGADA**

En primer lugar, es de especial interés señalar lo dispuesto en el art. 113 del CC. Este artículo enuncia lo siguiente: “*La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil*”. Es decir, en virtud de este artículo, la filiación quedará acreditada por la inscripción en el RC, por documento o sentencia, por la presunción de paternidad matrimonial, o, subsidiariamente por la posesión de estado. Establece, en definitiva, diferentes títulos de legitimación de la filiación.

Dicho lo cual, el art. 10.2 de la LTRHA establece que: “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”. Consecuentemente, este artículo establece que, para el supuesto de que llegue a celebrarse un contrato de gestación subrogada, la filiación materna se determinará por el parto. Esto quiere decir que a la mujer gestante que posteriormente da a luz le corresponderá la determinación legal de la filiación materna, es decir, la mujer gestante será reputada madre, no solo biológica, sino también legal. Por lo que, la mujer comitente nunca podrá ser la madre legal del nacido. Por lo tanto, este precepto no valora la procedencia del material genético reproductivo femenino, es decir, del óvulo, resultando irrelevante que este hubiera sido el propio de la mujer gestante o el aportado por la comitente, puesto que el legislador únicamente valora el hecho del parto. Queda claro, en consecuencia, que el ordenamiento jurídico español se refugia en el principio del Derecho Romano de *mater semper certa est* con el objetivo de reconocer como madre a la que alumbró al hijo.

Por su parte, en lo relativo a la filiación paterna, el art. 10.3 prevé que el padre biológico tenga a su alcance la reclamación de la paternidad recogida en los artículos 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Así lo dispone nuestro legislador: “*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”.

En definitiva, para el Derecho español la madre de intención nunca podrá ser la madre legal del menor nacido mediante gestación subrogada. En cambio, el padre de intención podrá alcanzar a ser el padre legal de aquel en virtud de la acción de reclamación de la paternidad siempre y cuando este sea el padre biológico.

#### ANÁLISIS DE LA PREGUNTA 2: ¿A quién ha de reconocer el ordenamiento jurídico español como madre del menor?

Esta se trata de una cuestión un tanto confusa y controvertida que, si bien *a priori* puede parecer que tiene fácil solución, ello no es así. Pues bien, resulta evidente que el art. 10.2 de la LTRHA determina que la madre legal del menor será la mujer que de a luz al mismo. Por ello, y en base a este precepto, Doña Lola sería la madre legal del menor y no Doña Rocío, ya que la primera fue quien alumbró al nacido. No obstante, si bien es correcta esta premisa, hay que tener en cuenta que, siguiendo con la doctrina fijada por la DGRN en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, se ha venido admitiendo la inscripción registral de estos menores siempre que se aporte una sentencia dictada por el órgano jurisdiccional extranjero competente en la que se determine la filiación de aquellos. En estos casos, el tribunal extranjero otorga la filiación conforme a la legislación de su propio país, es decir, a favor de la parte comitente, contraviniendo lo establecido en el art. 10.2 de la LTRHA, como resulta en el presente caso, en donde Doña Rocío, con arreglo a la sentencia del órgano jurisdiccional griego, es reputada madre legal del nacido. Por lo tanto, en el RC español la filiación se establece a favor de Doña Rocío y no de Doña Lola en base a esa resolución judicial de la autoridad extranjera. Por ello, y con base en el art. 113 del CC en donde se establece que la filiación quedará acreditada por la inscripción en el RC, y a no ser que Doña Lola presente un documento que declare lo contrario con arreglo al art. 113 del CC y de la LRC, la madre del menor a cualquier efecto es Doña Rocío, al ser esta última quien consta en el RC, y así lo ha de entender y reconocer el ordenamiento jurídico español.

En cualquier caso, y al hilo de anteriores afirmaciones, resulta patente la gran incongruencia de nuestro ordenamiento jurídico que, por un lado, prevé que la filiación materna del menor corresponderá a la madre gestante, y, en cambio, por otro lado, permite la inscripción de la filiación del menor a favor de la madre comitente determinada por un tribunal extranjero con arreglo al procedimiento de homologación de sentencias extranjeras de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o de la actual Ley 20/2011 del Registro Civil, de acuerdo con la doctrina de la DGRN. Por lo tanto, podemos observar como en la práctica, este tipo de contratos de gestación subrogada no solo se celebran, sino que terminan por desplegar determinados efectos jurídicos, como el que hemos visto en el ámbito de la filiación, que el legislador español *a priori* ha intentado, sin éxito, sancionar.

**CUESTIÓN 3. Implicaciones penales de la gestación subrogada.** ¿Qué consecuencias penales, si las hubiere, podrían llegar a derivarse de los hechos descritos en el párrafo segundo del supuesto?

## A. INTRODUCCIÓN

Como hemos analizado a lo largo de este trabajo, el Derecho español determina la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación subrogada. Sin embargo, es de menester importancia señalar que, tal y como apunta HEREDIA CERVANTES, y sin perjuicio de lo anterior, la presente regulación no instituye ningún tipo de sanción para aquellos sujetos que la practiquen<sup>55</sup>, y en esto se apoya un sector de la doctrina para determinar que en el derecho español la gestación subrogada no está directamente prohibida.

Por ello, habrá que acudir al CP para intentar buscar el encaje de esta conducta en modalidades típicas concretas. No obstante, cabe señalar que este tampoco sanciona directamente la gestación subrogada, por lo que se deberá atender a aquellos tipos delictivos que puedan tener cierta incidencia en este contexto.

De esta manera, tendremos que adentrarnos en el Título XII del Libro II del CP referente a “Los delitos contra las relaciones familiares”. Concretamente en el Capítulo II signado “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”. Empero, antes de profundizar en materia, es menester realizar el siguiente apunte: la conducta de realizar el contrato de gestación subrogada es penalmente irrelevante, lo que realmente interesa al Derecho penal son las conductas posteriores a la celebración del mismo. Así, pues, este tipo de conductas, se pueden incardinar en tres tipos penales diferentes que serán objeto de estudio en la presente cuestión. En primer lugar, empezaremos por el delito de suposición de parto por parte de la madre de deseo, continuando por el delito de entrega de un hijo por parte de la madre gestante, y finalizaremos analizando el delito de tráfico de menores en el seno de la gestación subrogada.

## B. EL DELITO DE SUPOSICIÓN DE PARTO

Este tipo delictivo se encuentra regulado en el artículo 220.1 del CP, el cual dispone lo siguiente: “*La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años*”.

### 1. Bien jurídico protegido

A este respecto la doctrina se encuentra muy ampliamente dividida. Por un lado, para ESCRIBUELA CHUMILLA el bien jurídico protegido consiste en la alteración del estado Civil y la filiación<sup>56</sup>. El mismo lo argumenta disponiendo que lo que se pretende evitar es la salida del menor del ámbito familiar al que normal y naturalmente pertenece. Por otro lado, autores como RODRÍGUEZ RAMOS, argumentan que lo realmente protegido es la normativa Civil reguladora de la adopción, protegiéndose solo mediante la filiación, ya que cualquiera que finja un parto atentaría directamente contra esta norma reguladora<sup>57</sup>. Sin embargo, para VILLACAMPA ESTIARTE, es el derecho del menor a conocer su propia identidad, íntimamente relacionado con la dignidad humana y con el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>58</sup>. A su vez, CARRASCO ANDRINO, relaciona el bien jurídico protegido con la fe pública<sup>59</sup>. También es interesante la propuesta de SANZ-DIEZ DE ULZURRÚN LLUCHDRINO, quien argumenta que se ve afectada la patria potestad de los padres, en base a su derecho a la maternidad y paternidad en relación con el derecho al libre desarrollo de la

---

<sup>55</sup> Este autor pone de manifiesto lo siguiente: “*Aunque la doctrina mayoritaria entiende que existe una prohibición radical de esta figura, lo cierto es que nuestro legislador se limitó a recurrir a una norma de naturaleza meramente obligacional cuyo tenor literal simplemente declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución*”. Continúa añadiendo que: “*En principio el ordenamiento español no sanciona penalmente la participación o la intermediación en un supuesto de gestación por sustitución*”. (Cfr. Heredia Cervantes, I. (2013). *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*. ADC, tomo LXVI, fasc. II, pág. 690).

<sup>56</sup> Escribuela Chumilla, F.J. (2016). Todo penal. Parte especial. Los delitos y sus penas. *La suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*. Madrid: La Ley, págs. 1064 y 1065.

<sup>57</sup> Rodríguez Ramos, L. (1997). *Derecho penal. Parte Especial II*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, pág. 69.

<sup>58</sup> Villacampa estiarte, C. (2001). *La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de “Tráfico de menores”*. Revista de derecho procesal y penal, nº 5, págs. 61 a 88.

<sup>59</sup> Carrasco Andrino, M. (2010). *Protección penal de la filiación*. Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, nº 12, pág. 2 y ss.

personalidad<sup>60</sup>. En contra, MENDOZA BUERGO defiende que lo que realmente se tutela es la filiación familiar, desde la dimensión institucional y de orden jurídico<sup>61</sup>.

En cualquier caso, la doctrina mayoritaria se posiciona del lado de autores como RODRÍGUEZ NÚÑEZ, entendiendo que el bien jurídico protegido lo constituye el derecho del menor a la filiación que le adscribe la familia<sup>62</sup>. Y en estos términos se pronuncia LLEDÓ BENITO, concluyendo que: “*en la actualidad es mayoritario de la doctrina que se decanta por defender que lo directamente tutelado es la filiación, en particular, la filiación legalmente adquirida, la que según el artículo 108 del Código Civil puede tener lugar tanto por naturaleza como por adopción*”<sup>63</sup>.

## 2. Tipo objetivo

La conducta penada consiste en “*suponer un parto*”, es decir, fingir un alumbramiento que nunca ha tenido lugar. Por ello, y como afirma unánimemente la doctrina, JIMENEZ DÍAZ expresa que se puede cometer este delito de dos diferentes maneras. Por un lado, fingir materialmente un parto que nunca ha llegado a existir. O, por otro lado, presentar como propio a un hijo fruto del alumbramiento de otra mujer<sup>64</sup>.

No obstante, el Tribunal Supremo<sup>65</sup> ha entendido que este tipo delictivo, en cuanto a la dinámica de la acción, requiere que mencionado fingimiento o simulación de alumbramiento de un ser nacido se ha de efectuar mediante actos reales o conductas que lleve consigo la realización de hechos que aparenten la existencia del parto. En este sentido, excluye por tanto las meras manifestaciones o fingimientos ideales del alumbramiento, que cuando atentan al estado Civil de las personas son susceptibles de tener encaje en otras figuras penales. Por ello, será necesario fingir el fenómeno biológico mediante los elementos externos que ello conlleva. Sin embargo, no han sido pocos los pronunciamientos judiciales de instancias inferiores que han optado por realizar una interpretación más amplia y extensiva de este tipo. Al respecto, la sentencia de la AP de A Coruña de 16 de octubre de 2002 que falla lo siguiente: “*el delito de suposición de parto consiste en simular por cualquier medio haber dado a luz a un niño sin que [...] se precise para su comisión el fingimiento del parto como hecho fisiológico caracterizado por determinados elementos externos*”<sup>66</sup>.

En el seno de la gestación subrogada, tal y como expone BENITEZ ORTUZAR, se estaría cometiendo un delito de suposición de parto cuando “*la mujer que no gesta al hijo simula la gestación y el parto para que, en el momento del verdadero alumbramiento, la parturienta desaparezca, dejando al hijo en manos de otra como si verdaderamente fuere fruto de la gestación y alumbramiento fingidos*”<sup>67</sup>. La acción, por lo tanto, consiste en hacer pasar un hijo, fruto del alumbramiento de otra mujer, como propio. Lo esencial, en definitiva, es presumir que el nacido es hijo biológico de quien realmente no lo es, y ello se alcanza mediante el fingimiento de un parto<sup>68</sup>.

---

<sup>60</sup> Sanz-Diez de Ulzurrun Llunch, M. (2013). *La entrega de menores eludiendo los procedimientos de adopción. Delito contra la relaciones familiares y detenciones ilegales. Sobre el llamado “robo de bebés”*. Revista Europea de Derechos Fundamentales, nº 21, págs. 187 y 188.

<sup>61</sup> Mendoza Buergo, B. (2016) *Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor en Penal*. Memento Práctico. Francis Lefebvre, págs. 1092 y 1093.

<sup>62</sup> Rodríguez Núñez, A. (2018) *Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor*. Madrid: Dykinson, pág. 275.

<sup>63</sup> Lledó Benito, I. (2019). Delitos relativos a la filiación y maternidad por sustitución. Reflexiones de lege data y de lege ferenda. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Madrid: Dykinson, S.L., pág. 634.

<sup>64</sup> Jiménez Díaz, M.J. (2006). *Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el art. 220 del Código Penal España*. Madrid: Dykinson S.L., pág. 3.

<sup>65</sup> STS de 6 de junio de 1980 [ECLI:ES:TS:1980:4152]

<sup>66</sup> SAP de A Coruña de 16 de octubre de 2002, en SAP de Madrid de 27 de noviembre de 2018, FJ 2º [ECLI:ES:APM:2018:12341].

<sup>67</sup> Benítez Ortuzar, I. (1996). *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. Madrid: EDERSA, pág. 394.

<sup>68</sup> Moretón Toquero, M. A. (2001). *La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños y el tráfico de menores*. Madrid: Bosch, pág. 9.

Así, pues, MENDOZA BUERGO, indica lo siguiente: “*la conducta punible supone hacer pasar a un menor como hijo de una mujer que, en realidad, ella no ha alumbrado, atribuyéndole así una filiación materna que no es la auténtica*”. Por lo tanto, el objetivo de este tipo delictivo consiste en instituir una relación aparente de filiación familiar<sup>69</sup>.

En fin, cabe mencionar que para la consumación de este delito no es necesario realizar la inscripción en el RC del nacido, que en el supuesto de realizarse se estaría incurriendo en un delito de falsedad documental, ya que únicamente es necesario la simulación de haber tenido un hijo<sup>70</sup>.

### 3. Tipo subjetivo

Por otro lado, y tal y como apunta ESCRHUELA CHUMILLA, únicamente es penalmente relevante este delito cuando concurre dolo directo, no castigándose el dolo eventual<sup>71</sup>. Y, en esta misma línea se manifiesta el Tribunal Supremo en los siguientes términos: “*desde el punto de vista subjetivo es precisa la conciencia y voluntad en la realización de la acción por parte del sujeto tendente a la modificación del estado Civil el nacido*”<sup>72</sup>.

### 4. Sujetos activo y pasivo

La doctrina tradicional y mayoritaria restringe la cualidad de sujeto activo a la mujer que finge el parto, entendiendo, por tanto, que se trata de un delito especial propio, siendo, únicamente, esta quien podrá simular haber dado a luz. En consecuencia, tendrán la consideración de meros partícipes el resto de los sujetos que intervengan en el delito. Ahora bien, la opinión minoritaria entiende que cualquier persona puede ser considerada como sujeto activo. Argumentan desde este punto de vista doctrinal que lo realmente relevante no es simular un parto sino simular un hijo adscribiéndolo a quien no es su madre biológica. Por tanto, tanto el marido de la falsa madre como el facultativo que certifica el inexistente parto podrán ser autores del delito.

La jurisprudencia tradicional se alinea con la doctrina mayoritaria entendiendo que solo la mujer podrá simular el parto. En cambio, pronunciamientos jurisprudenciales más recientes han sentenciado como autora del delito a la abuela biológica.

Por otro lado, la determinación del sujeto pasivo se realizará teniendo en consideración el bien jurídico objeto de protección. De esta manera, si entendemos que el interés protegido es la fe pública, el sujeto pasivo será la sociedad en su conjunto o el Estado, entendiendo que ambos están interesados en que la normativa relativa a la filiación se respete. En cambio, si, por otro lado, como así entiende la doctrina mayoritaria, partimos de la idea de que el bien tutelado es la filiación, consecuentemente el sujeto pasivo será el niño cuya filiación se falsea.

### 5. Penalidad

La pena prevista para este delito es de 6 meses a 2 años de prisión. Pudiéndose, en virtud del artículo 220.4 del CP, interponer facultativamente una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de los descendientes por tiempo de 4 a 10 años para los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que incurrieran en estos hechos.

No obstante, y como señala CARRASCO ANDRINO, podría llegar a aplicarse una eximente completa o incompleta en base al artículo 20.1 en relación con el 21.1 del CP por alteración o anomalía psíquica, o incluso una atenuante por arrebató u obcecación del artículo 21.3 del CP<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> Mendoza Buergo, B., op. cit. *Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor en Penal*. Pág. 1093.

<sup>70</sup> Jiménez Díaz, J., op. cit. *Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del Código Penal España*. Págs. 293 a 320.

<sup>71</sup> Escrihuela Chumilla, F.J., op. cit. *Todo penal*. Pág. 1065.

<sup>72</sup> STS de 6 de febrero de 1980 [ECLI:ES:TS:1980:73].

<sup>73</sup> Carrasco Andrino, M., op. cit. *Protección penal de la filiación*. Pág. 8.

## C. EL DELITO DE OCULTACIÓN O ENTREGA DE UN HIJO

Este tipo delictivo se encuentra regulado en el artículo 220.2 del CP, el cual dispone lo siguiente: “*La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación*”<sup>74</sup>.

### 1. Bien jurídico protegido

Las distintas interpretaciones doctrinales que giran en torno al bien jurídico protegido en el delito de ocultación o entrega de un hijo son las mismas que las que se realizan sobre idéntico aspecto en el delito de suposición de parto. Por ello, me remito a lo analizado con anterioridad al respecto.

### 2. Tipo objetivo

Se trata de un tipo mixto alternativo, ya que la conducta penada consiste en “*ocultar*” o “*entregar*” un hijo con el objeto de alterar su filiación. En este sentido el Tribunal Supremo señala lo siguiente: “*La ocultación y la exposición son conductas que, en esencia, constituyen el medio utilizado para desvincular al hijo de su propia familia natural – de sus padres, en concreto–, haciéndole desaparecer del entorno social en que dicha relación familiar debiera mostrarse, o abandonándole*”<sup>75</sup>.

En suma, la jurisprudencia ha entendido que el acto de ocultación implica no solo la realizada en el plano físico, sino también la ocultación de la verdad sobre la identidad o la propia existencia de un hijo<sup>76</sup>.

Por otro lado, la doctrina ha mantenido a lo largo de estos años un debate relativo a la comisión por omisión de este delito a través de la denominada ocultación jurídica. Ello implica la no inscripción del hijo en el RC, por lo que se cometería cuando hubiera prescrito el plazo fijado para la inscripción del mismo. En este sentido, se ha pronunciado CARRASCO ANDRINO, que entiende que en virtud del principio de legalidad es necesario que se cometa alguna otra conducta que implique una ocultación material del hijo<sup>77</sup>.

En el marco de la gestación subrogada, la madre gestante estaría incurriendo en este tipo penal al entregar al nacido a la parte comitente, desvinculando al mismo de su propia familia natural, *ergo* alterando el estado civil de filiación de aquel.

No obstante, y, en fin, al igual que en el delito de suposición de parto, para la consumación de este delito no es necesario realizar la inscripción registral, siendo únicamente necesario el acto de entrega a un tercero del hijo.

### 3. Tipo subjetivo

Para que este delito sea penalmente relevante es necesario que concurra el elemento subjetivo del injusto, es decir, ha de realizarse la conducta típica con intención de alterar o modificar la filiación del nacido. Ciertamente, se altera el estado Civil de forma dolosa, de modo que, en palabras de RODRÍGUEZ NÚÑEZ, “*la finalidad del delito es cambiar la filiación del hijo para que no se integren en su familia natural haciéndole perder su auténtico estado Civil*”<sup>78</sup>.

### 4. Sujetos activo y pasivo

De acuerdo con la literalidad del precepto y con la doctrina mayoritaria, JIMENEZ DÍAZ<sup>79</sup> y RODRIGUEZ NÚÑEZ<sup>80</sup> apuntan que ha de limitarse al sujeto activo a los padres del hijo. Esta vertiente doctrinal entiende

---

<sup>74</sup> Con la entrada en vigor el 25 de junio de este mismo año de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, el art. 220.2 del CP quedará redactado de la siguiente manera: “*La misma pena se impondrá a quien ocultare o entregare a terceros una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación*”.

<sup>75</sup> STS de 24 de junio de 1992, FJ 1º (ECLI:ES:TS:1992:10141).

<sup>76</sup> SAP de A Coruña de 30 de septiembre de 1998 (ARP 1998\4519).

<sup>77</sup> Carrasco Andrino, M., op. cit. *Protección penal de la filiación*. Pág. 10.

<sup>78</sup> Rodríguez Núñez, A., op. cit. *Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor*. Pág. 279.

<sup>79</sup> Jiménez Díaz, J., op. cit. *Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del Código Penal España*. Pág. 309.

<sup>80</sup> Rodríguez Núñez, A., op. cit. *Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor*. Pág. 280.

que al ser estos quienes ostentan la patria potestad únicamente serán estos quienes pueden ocultar o entregar al niño, siendo el resto de las personas que colaboren partícipes del delito. Sin embargo, autores como QUERALT JIMENEZ, parten de la idea de que el sujeto activo puede ser cualquier persona, por ejemplo, los abuelos, no quedando limitado únicamente a los padres<sup>81</sup>.

Por otro lado, y, en fin, no cabe duda de que el sujeto pasivo es el hijo ocultado o entregado. En cambio, la controversia existente al respecto tiene que ver con la edad del hijo, ya que el precepto nada indica. Por ello, se plantea la posibilidad de que el sujeto pasivo sea, bien un menor de edad, o bien una persona adulta. Pues bien, QUERALT JIMENEZ zanja la polémica alegando que parece oportuno excluir a las personas que ostentan la mayoría de edad, ya que estas podrán, a la postre, defender y reclamar su propia filiación de manera autónoma<sup>82</sup>.

## 5. Penalidad

Se impone una pena privativa de libertad de 6 meses a 2 años, de la misma manera que para el delito de suposición de parto como hemos analizado *ut supra*. También se le podrá aplicar de manera facultativa la pena de inhabilitación especial de la patria potestad del artículo 220.4 del CP

## D. EL DELITO DE TRÁFICO DE MENORES

Este tipo delictivo se encuentra regulado en el artículo 221 del CP, el cual dispone lo siguiente: “1. *Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.*

2. *Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en el país extranjero*”.

### 1. Bien jurídico protegido

En lo referente a este aspecto con relación al delito de tráfico de menores, si bien gran parte de la doctrina considera idéntico el bien jurídico protegido tanto en el artículo 220 como en el 221, existen autores, como CARBONELL MATEU<sup>83</sup> o MUÑOZ CONDE<sup>84</sup> que difieren, e interpretan que lo que este tipo penal pretende proteger es la dignidad del niño que se ve afectada al ser tratado este como un objeto o mercancía. Por lo que respecta al resto de autores que remito a lo anteriormente mencionado al respecto.

### 2. Tipo objetivo

La acción delictiva se compone, pues, de una serie de elementos de carácter acumulativo que han sido definidos por nuestro legislador y, posteriormente, matizados por la doctrina jurisprudencial. De esta manera, en primer lugar, cabe realizar mención a la entrega del menor, elemento básico del tipo penal, la cual no podrá ser concebida sin la recepción realizada por otro sujeto. Existen, por tanto, una pluralidad de conductas, ya que, sería materialmente imposible entregarse a uno mismo el niño. Por otro lado, el segundo elemento del tipo consiste en que medie compensación económica, que ha de terciar el ánimo de quien realiza la entrega del menor. Esta puede consistir en la entrega de un bien que pueda ser valorado económicamente, en promesas

---

<sup>81</sup> Queralt Jiménez, J. (2010). Derecho Penal Parte Especial. *Delitos contra las relaciones familiares*. Barcelona: Bosch, pág. 404.

<sup>82</sup> Queralt Jiménez, J., op. cit. Derecho Penal Parte Especial. *Delitos contra las relaciones familiares*. Pág. 405.

<sup>83</sup> Carbonell Mateu, J.C. y González Cussac, J.L. (2004). Derecho Penal. Parte Especial. *Delitos contra las relaciones familiares*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 367.

<sup>84</sup> Muñoz Conde, F. (2009). *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 285.

futuras de compensación<sup>85</sup> o incluso en la cancelación de deudas<sup>86</sup>. Finalmente, el tercer elemento del tipo objetivo consiste en la elusión de los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción. Por ende, para que se produzca la efectiva consumación de este delito será necesario que concurren todos y cada uno de estos elementos, es decir, habrá de haberse producido la entrega del menor y la contraprestación económica, ya que en caso contrario habrá quedado en grado de tentativa.

En el marco de la gestación subrogada esta podría considerarse como un delito de tráfico de menores siempre y cuando exista compensación económica a cambio de la entrega del menor. Por esta razón, únicamente tiene cabida en este tipo penal la gestación subrogada de naturaleza comercial, no siendo encuadrable su vertiente altruista en este delito por no mediar compensación económica alguna.

### 3. Tipo subjetivo

Toda esta actividad tendrá que realizarse con la finalidad de pretender establecer, entre el menor y la persona a la que se le ha entregado, una relación análoga a la filiación al margen de los procedimientos legales. Esto se puede entender bien como una filiación de hecho sin repercusión en el registro<sup>87</sup>, o bien como una filiación ficticia, es decir, que no se sustenta jurídicamente, de la misma manera que en los artículos 220.1 y 2 del CP<sup>88</sup>.

### 4. Sujeto activo y pasivo

El sujeto activo es quien realiza la entrega y, por otro lado, quien recibe el menor, es decir, puede serlo cualquier persona, sin necesidad de que medie una relación de filiación o parentesco con aquel. No obstante, los padres y abuelos también pueden llegar a cometer el delito, pues, el precepto hace referencia al hijo y a los descendientes<sup>89</sup>. Por lo tanto, se trata de un delito común que puede ser cometido tanto por los padres del menor como por terceros<sup>90</sup>.

En lo referente al sujeto pasivo, este será siempre el menor objeto de la venta y cuya filiación se va a ver modificada, y ello se extrae de la dicción del precepto que dispone “*cualquier menor*”.

### 5. Tipo de partición: la intermediación

El artículo 221.2 del CP equipara penológicamente al intermediario y a la persona que recibe el menor con el autor del delito. De esta manera, el legislador evita que se cuestione la posible implicación y responsabilidad penal tanto de un potencial intermediario como del propio receptor, penalizando su participación de la misma manera que al autor de este tipo penal.

En suma, el mismo precepto indica que, aunque la entrega del menor se haya realizado en el extranjero, los hechos seguirán siendo castigados. Esto es lo que se denomina extensión territorial de la competencia, y permite a los tribunales españoles conocer del hecho ilícito, aunque este se haya cometido fuera del territorio nacional. En este caso dicha extensión se prevé expresamente en el precepto, sin embargo, para el resto de los

---

<sup>85</sup> Mendoza Buergo, B., op. cit. *Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor en Penal*. Pág. 1100. Dice: “*El plus de desvalor que se atribuye a este delito, viene constituido, además de por la infracción de la normativa de carácter Civil, por la otra importante diferencia, que es la existencia de una contraprestación económica. Esta no se concibe en términos absolutos como un precio para obtener el consentimiento de la madre biológica, sino que puede consistir en una compensación de contenido monetario o no, como puede ser el pago en especie, la realización gratuita de un servicio, la obtención de un puesto de trabajo etc.*”.

<sup>86</sup> SAP de Vizcaya de 13 de enero de 2005 (JUR 2005\79326).

<sup>87</sup> Sanz-Diez de Ulzurrun Llunch, M., op. cit. *La entrega de menores eludiendo los procedimientos de adopción. Delito contra la relaciones familiares y detenciones ilegales. Sobre el llamado “robo de bebés”*. Pág. 195. También, Queralt Jiménez, J., op. cit. *Derecho Penal Parte Especial. Delitos contra las relaciones familiares*. Pág. 318.

<sup>88</sup> Queralt Jiménez, J., op. cit. *Derecho Penal Parte Especial. Delitos contra las relaciones familiares*. Pág. 343.

<sup>89</sup> Rodríguez Núñez, A., op. cit. *Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor*. Págs. 283 y 284.

<sup>90</sup> Carrasco Andrino, M., op. cit. *Protección penal de la filiación*. Pág. 6.

supuestos habrá que acudir al artículo 23.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ)<sup>91</sup> que analizaremos *ut infra*.

## 6. Penalidad

Nuestro legislador castiga la comisión de este delito con la pena de prisión de 1 a 5 años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad, tutela, curatela o guarda por el tiempo de 4 a 10 años.

## E. ENJUICIAMIENTO DE DELITOS COMETIDOS EN EL EXTRANJERO

El legislador español incorporó, a través del artículo 23.2 de la LOPJ, una cláusula de extensión de la jurisdicción que permite que los tribunales españoles puedan conocer de determinados asuntos que se han cometido fuera del territorio nacional siempre y cuando concurren una serie de requisitos de carácter acumulativo.

El primero de ellos es que los responsables han de ser españoles o extranjeros que adquieran la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del delito – principio de personalidad o nacionalidad activa–. El segundo requisito hace referencia a la doble punibilidad, es decir, el hecho ha de ser punible en el lugar de ejecución, salvo que un tratado internacional o el acto de una organización internacional de la que España sea parte excepciones esta exigencia. El tercero de estos requisitos exige que el agraviado o el Ministerio Fiscal interponga una querrela en los tribunales españoles. Y, finalmente, la última exigencia del legislador es la relativa al principio *non bis in ídem*, ello implica que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero.

→ ANÁLISIS DE LA PREGUNTA: ¿Qué consecuencias penales, si las hubiere, podrían llegar a derivarse de los hechos descritos en el párrafo segundo del supuesto?

Una vez analizado los distintos tipos penales en los que podrían incurrir las partes implicadas en la gestación subrogada, se procederá a dar respuesta al interrogante planteado relativo a las posibles consecuencias penales derivadas de las acciones de Doña Lola y de Doña Rocío. Para ello, debemos analizar la conducta de ambas por separado.

En primer lugar, Doña Lola, recordemos, mujer gestante, una vez da a luz al nacido se lo entrega a Doña Rocío, comitente o madre de deseo. De esta manera, Doña Lola, considerada la madre del menor a ojos de la legislación española, podría incurrir en un delito de entrega de un hijo tipificado en el artículo 220.2 del CP. En respuesta a ello, concurren todos los elementos del tipo. Por un lado, se produce el acto de entrega a un tercero del hijo, y, por otro lado, esta entrega se realiza con la finalidad de alterar la filiación del menor desvinculando al mismo de su propia familia natural.

Posteriormente, y, a continuación, Doña Rocío recibe al nacido y finalmente lo inscribe como propio hijo en el RC de la oficina Consular de España en Grecia. Pues, bien, si atendemos a los elementos del delito de suposición de parto del artículo 220.1 del CP, esta conducta podría subsumirse en aquel. En este sentido, Doña Rocío presenta a un recién nacido como hijo propio cuando en realidad ella no es su madre natural. En suma, lo inscribe en el RC, hecho que debe ser apreciado como constitutivo de delito de falsedad documental. En consecuencia, Doña Rocío podría ser acusada por ambos delitos, por el delito de suposición de parto y a la postre por el de falsedad documental.

Por otro lado, y, en fin, cabe estudiar la aplicabilidad al supuesto de hecho del delito de tráfico de menores tipificado en el artículo 221 del CP. Para ello atenderemos a sus requisitos. En primer lugar, efectivamente, se produce la entrega del menor, así como la consecuente elusión de los procedimientos legales de guarda, acogimiento y adopción, y todo ello con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación. Sin embargo, el proceso de gestación subrogada realizado por ambas partes en Grecia ostenta la consideración de altruista, de manera que no media ningún tipo de compensación económica. Es, por este último motivo, por el que cabe concluir la inaplicabilidad de este precepto a los hechos realizados por Doña Lola y por Doña Rocío.

---

<sup>91</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, de 2 de julio de 1985 (nº 157).

Ahora bien, la auténtica problemática gira en torno al enjuiciamiento de estos hechos, ya que, con arreglo al artículo 23.1 de la LOPJ, nuestro CP únicamente castiga delitos que han sido cometidos en territorio nacional – principio de territorialidad–. No obstante, y como bien hemos señalado, el legislador introduce una cláusula de extensión de la jurisdicción, en el artículo 23.2 de esta misma ley, que permite que los tribunales españoles conozcan de los delitos cometidos en el extranjero por sus nacionales. Sin embargo, para que esto sea posible, enuncia una serie de requisitos que han de concurrir. Entre ellos, nos encontramos con el referido a la doble incriminación, ello implica que la acción realizada por los españoles en el país extranjero ha de estar tipificada, no solo en la legislación española, sino también en el lugar en donde se lleva a cabo la misma.

Pues bien, y, en conclusión, como hemos visto, los hechos descritos podrían llegar a tener encaje en nuestro CP si estos hubieran tenido lugar en España. No obstante, estos se han producido en el extranjero, de manera que únicamente podrían ser castigados si también estuviesen tipificados en la legislación griega como delito. Sin embargo, el encuadre jurídico que la legislación helénica realiza de los hechos narrados se corresponde con el de una práctica totalmente legal y permitida por la misma. De modo que la falta de calificación como delito que realiza el legislador griego de este tipo de prácticas implica que los tribunales españoles no puedan conocer de estas acciones realizadas por Doña Lola y Doña Rocío y que, por tanto, no sean condenadas ni por un posible delito de suposición de parto, ni por un posible delito de entrega de un hijo.

**CUESTIÓN 4. Implicaciones en materia de Seguridad Social de la gestación subrogada.** ¿Tiene derecho D.<sup>a</sup> Rocío a la prestación de maternidad? ¿y D.<sup>a</sup> Lola?

## A. INTRODUCCIÓN

Actualmente, el legislador ha instaurado una nueva nomenclatura para la anteriormente denominada prestación de maternidad o paternidad. Esta, pasará a denominarse prestación económica de nacimiento y cuidado del menor. Todo ello, a raíz de la aprobación del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

En cualquier caso, en ningún precepto, en el actual entramado legislativo en materia de Seguridad Social española, se hace mención expresa a la gestación subrogada. No obstante, y, por ello, en la presente cuestión, estudiaremos en profundidad la situación de la gestación subrogada en el marco de la Seguridad Social española. Para ello, analizaremos en primer lugar la institución de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en esencia, con todo lo que ello engloba, así como, finalmente, el reconocimiento del derecho a tal prestación que nuestro ordenamiento jurídico realiza en los supuestos de hijos nacidos por gestación subrogada.

## B. LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR

### 1. SITUACIONES PROTEGIDAS

Tal y como adelanta MORENO PUEYO, “*las situaciones protegidas por la Seguridad Social se corresponden con causas de suspensión o extinción del contrato de trabajo, de tal manera que la prestación, generalmente de naturaleza económica, palia la pérdida temporal o definitiva del salario*”<sup>92</sup>. Es decir, la suspensión contractual por maternidad y el acceso a la prestación por nacimiento y cuidado del menor están íntimamente relacionadas.

Dicho lo anterior, estas situaciones protegidas vienen recogidas en el artículo 177 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS). Tal y como se indica en el mismo, se consideran situaciones protegidas, a efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, el nacimiento, la adopción y el acogimiento de un menor de seis años o de hasta dieciocho años en el ámbito de la función pública, sea cual sea la modalidad de acogimiento – familiar, preadoptivo, permanente, simple o provisional–. Además, se entiende como situación protegida aquella derivada del cuidado del lactante, prevista en los arts. 183 y 184 de la LGSS. De esta manera, no solo se protege el hecho biológico, sino también otro tipo de situaciones derivadas de actos de naturaleza jurídica. No obstante, podemos observar como en ningún caso se habla de gestación subrogada.

### 2. BENEFICIARIOS

Tendrá la consideración de beneficiario de esta prestación todo aquel que esté incluido en el Régimen General de la Seguridad Social. Para ello, la LGSS en su artículo 136 establece un extenso listado de personas obligatoriamente incluidas en el mismo. Además, es necesario cumplir con el requisito general del artículo 165.1 de la LGSS, que exige que se encuentre afiliado y en alta en dicho régimen o en situación asimilada al alta, y con el requisito particular, que exige una cotización mínima. Este último condicionante se halla regulado en el artículo 178 de la LGSS y 3.1 y 5.1 y 2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, de los cuales se extrae lo siguiente. En el supuesto de que esta persona sea menor de veintiún años no se le exigirá período mínimo de cotización. Si tiene entre veintiún y menos veintiséis años deberá, o bien, haber cotizado ciento ochenta días a lo largo de su vida laboral, o bien, haber cotizado noventa días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al hecho causante. Cuando ya haya alcanzado los veintiséis años, el período mínimo de cotización exigido será, bien de ciento ochenta días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al hecho causante, bien de trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral.

---

<sup>92</sup> Moreno Pueyo, M.J. (2015). *Maternidad subrogada y prestación de Maternidad*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 116, pág. 32.

### 3. NACIMIENTO, DURACIÓN Y EXTINCIÓN

El *nacimiento* de este derecho se corresponde con el momento en que da comienzo el periodo de descanso correspondiente, tal y como dispone el art. 8.1 del RD 295/2009. Además, la madre biológica podrá solicitar que le concedan la baja con 4 semanas de antelación al parto. De manera que nacerá este derecho el día en que dé a luz o en el que inicie el descanso. Por su parte, en caso de adopción o acogimiento el nacimiento se producirá en el momento en que se dicte la resolución de acogimiento o de adopción. No obstante, en los supuestos de adopción internacional, el derecho podrá nacer cuatro semanas antes de la resolución de adopción, conforme al artículo 48.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET).

Con respecto a la *duración* del mismo, habrá que tener en cuenta los artículos 48.4, 5 y 6 del ET y 49 a), b), y c) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), en donde se contemplan los periodos de suspensión del puesto de trabajo. En ambos casos, para ambos progenitores, el periodo de suspensión contractual y devengo prestacional será de dieciséis semanas, de las cuales las seis primeras serán obligatorias e ininterrumpidas, que habrán de disfrutarse a jornada completa. En suma, una vez transcurridas las seis primeras semanas, los progenitores podrán distribuir lo que reste por cumplir a su libre voluntad en periodos semanales que deberán comunicar a la empresa con una antelación mínima de quince días. Por otro lado, el periodo de suspensión será ampliable en los casos de nacimiento, adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada nacido.

En lo relativo a la *extinción*, de acuerdo con el art. 8.12 del RD 265/2009, esta se producirá por: el transcurso de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso, por la reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del periodo de descanso, por fallecimiento del beneficiario, y por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente. Cabe mencionar que esta extinción no se producirá con el fallecimiento del hijo, a no ser que los progenitores se reincorporen a su puesto de trabajo.

### 4. PRESTACIÓN ECONÓMICA

El artículo 179 de la LGSS establece la cuantía económica de esta prestación por nacimiento y cuidado del menor. Así, determina que supondrá el equivalente al cien por ciento de la base reguladora correspondiente que es equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

Por otro lado, se concede un subsidio especial para los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples por cada hijo o menor acogido a partir del segundo. Este subsidio consiste en una cantidad igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto o a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o adopción. Este subsidio se recoge en el artículo 6.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo<sup>93</sup>.

En el supuesto de parto prematuro o de que el neonato deba permanecer hospitalizado después del parto, si la percepción de la prestación hubiera sido interrumpida, cuando esta se reanude, habiendo el menor sido dado de alta en el hospital, el subsidio se percibirá en la misma cuantía en que se viniera abonando antes de la interrupción. Así lo prevé el art. 7.7 del RD 295/2009.

### C. DERECHO A LA PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR POR COMITENTES

En respuesta a la ausencia de una regulación como tal de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en los casos de gestación subrogada, el TS se ha visto en la posición de tener que resolver sobre esta cuestión en más de una ocasión con el fin de unificar la doctrina existente al respecto. Posteriormente, y a raíz de estos pronunciamientos del Alto Tribunal, el INSS ha emitido diferentes consultas que permiten adaptar las vigentes previsiones normativas existentes a las particularidades de los hijos nacidos por gestación subrogada, al tratarse de una situación que no está legalmente protegida por esta prestación. Por lo tanto, en este apartado

---

<sup>93</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado, de 21 de marzo de 2009 (nº 69).

analizaremos las posiciones adoptadas por ambos órganos a raíz de los diferentes pronunciamientos realizados al respecto, con el fin de determinar si realmente los padres de intención tienen derecho a la prestación por nacimiento y cuidado del menor.

## 1. POSTURA DEL TS

El TS en sus pronunciamientos se posiciona a favor de otorgar la prestación por nacimiento y cuidado del menor a los padres comitentes. Concretamente, la primera vez que se pronuncia al respecto lo hace en la sentencia de 25 de octubre de 2016<sup>94</sup> y posteriormente en la de 16 de noviembre de 2016<sup>95</sup>. Así pues, ARAGÓN GÓMEZ<sup>96</sup> analiza y agrupa los principales argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal en ambas sentencias.

El primero de estos consiste en “*el carácter de mínimo que, a estos efectos tiene el derecho de la Unión Europea*”. De manera que el Derecho de la Unión Europea no aborda esta cuestión, ni afirmativa ni negativa o excluyentemente, es decir, no se ha pronunciado al respecto, por lo que ello permite que cualquiera de los Estados Miembros pueda adoptar una regulación más favorable en este sentido. Por otro lado, el TS destaca “*la existencia de una situación de necesidad merecedora de protección*”, ya que, el simple hecho de que Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar<sup>97</sup>. En suma, se alude también a “*la propia finalidad de la prestación por maternidad*” que consiste no solo en atender a las necesidades de la madre derivadas del parto, sino también en proteger al recién nacido. Además, señala el Tribunal, que en caso de que esta prestación no se pueda conceder, se estaría lesionando “*el interés superior del menor*”, ya que el progenitor no podría brindarle los cuidados necesarios. Ello a su vez, implicaría que “*el principio de igualdad*” se quiebre por hacer distinción entre hijos biológicos o adoptivos e hijos engendrados a través de la gestación subrogada. Por otro lado, entiende el TS que las situaciones de necesidad articuladas en nuestra legislación constituyen un “*listado parcialmente abierto*”, de modo que ello permitiría ampliar este elenco a través de una interpretación más flexible de estos supuestos. En el mismo orden de cosas, sentencia que se puede realizar una “*aplicación analógica*” entre los supuestos de adopción o acogimiento y los de gestación subrogada, en relación con la semejante situación que ocupan los progenitores en estos casos, de manera que se reconozca esta prestación también a quienes incurran en este último tipo de prácticas. De otro lado, el TS afirma que la LTRHA, en concreto su artículo 10, no se puede aplicar a este supuesto, ya que no se trata de una norma que regule la prestación de por nacimiento y cuidado del menor, por lo que “*la nulidad de un contrato no implica necesariamente su ineficacia*”. Finalmente, argumenta que esta prestación puede ser reconocida a la parte interesada en base a “*la ausencia de fraude de ley*”, puesto que los interesados, realmente, no han acudido a este tipo de prácticas gestacionales para poder obtener indebidamente prestación alguna.

Por tanto, y con base en con ambas sentencias, el TS sienta precedente al reconocer el derecho a la prestación por nacimiento y cuidado del menor a los padres comitentes, ya que, en esencia entiende que el menor fruto de la gestación subrogada se encuentra en una situación de necesidad que ha de ser objeto de cobertura por esta prestación. Desde entonces, esta tesis sostenida por el máximo órgano jurisdiccional español se ha mantenido en posteriores pronunciamientos, como por ejemplo en la STS de 30 de noviembre de 2016<sup>98</sup>, STS de 14 de diciembre de 2017<sup>99</sup>, STS de 13 de marzo de 2018<sup>100</sup>, o en la STS 22 de marzo de 2018<sup>101</sup>.

---

<sup>94</sup> STS de 25 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5375)

<sup>95</sup> STS de 16 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5283)

<sup>96</sup> Aragón Gómez, C. (2017). *La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad*. Madrid: Aranzadi Social, Revista Doctrinal, nº 4, páginas 12 a 14.

<sup>97</sup> STS de 25 de octubre de 2016, FJ 9º (ECLI:ES:TS:2016:5375)

<sup>98</sup> STS de 30 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5805)

<sup>99</sup> STS de 14 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4759)

<sup>100</sup> STS de 13 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1242)

<sup>101</sup> STS de 22 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1242)

## 2. APLICACIÓN POR EL INSS

Como explicábamos al inicio de la cuestión, la Administración de la SS ha acatado esta doctrina de la Sala Cuarta. Han establecido una serie de criterios que permiten aplicarla y reconocer mencionada prestación al caso concreto de gestación subrogada, que, como se adelantaba, no está prevista en la actual legislación. Así, el INSS se pronunció al respecto en conocidas Consultas de 29 de diciembre de 2016<sup>102</sup> y de 20 de febrero de 2017<sup>103</sup>.

### 2.1. Situación protegida

En base a estas consultas, el INSS entiende que, a efectos de la prestación contenida en el art. 177 LGSS, la situación protegida consiste, además de las ya enunciadas anteriormente, en “*el nacimiento de un hijo por gestación por sustitución en un país extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país, durante los períodos/permisos de descanso que por tales situaciones se disfruten, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 48.4 del ET o en el artículo 49 del EBEP*”. De esta manera, la Administración de la SS admite que el nacimiento de un hijo mediante gestación subrogada sea considerado una situación protegida siempre que se cumplan dos requisitos tal y como apunta BENITO-BUTRÓN OCHOA<sup>104</sup>. Por un lado, es necesario que el contrato de gestación subrogada se celebre en un país extranjero que permita este tipo de prácticas. Y, por otro lado, el segundo presupuesto consiste en que este contrato se haya celebrado cumpliendo con todas las previsiones legales que exige dicho ordenamiento jurídico al respecto, es decir, que se haya atendido a todos los requisitos previstos en la legislación de ese país. Por lo tanto, y, en fin, el contrato ha de estar válidamente celebrado en el país en el que se suscribe, ya que en el supuesto de que este sea nulo no se podrá optar a dicha prestación de la SS.

No obstante, si bien en un principio el INSS en la primera Consulta, de 29 de diciembre de 2016, únicamente daba acogida a la maternidad con respecto a esta prestación, en la segunda Consulta, de 20 de febrero de 2017, la amplió también a los supuestos de paternidad.

### 2.2. Beneficiarios

En la Consulta de 29 de diciembre de 2016, el INSS determina que será persona beneficiaria de esta prestación “*el progenitor – independientemente de su sexo– que haya disfrutado del descanso o permiso y reúna los requisitos que para el reconocimiento del derecho a este subsidio establece el Real Decreto 295/2009*”. Estos mismos requisitos a los que se hace mención son los relativos a los períodos mínimos de cotización explicados anteriormente<sup>105</sup>.

### 2.3. Condiciones para el reconocimiento de la prestación

La primera condición de carácter general que establece el INSS para que a los padres de intención se les reconozca el derecho a obtener la prestación por nacimiento y cuidado del menor es haber practicado la previa inscripción de la filiación de su hijo en el RC español. Por lo tanto, de acuerdo con la doctrina de la DGRN asentada en la Instrucción de 5 de 2010, para poder obtener dicha inscripción será necesario que “*exista resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determina la filiación del nacido a favor del progenitor o progenitores comitentes*” en donde se reconozca “*el consentimiento libre y voluntario así como la renuncia expresa de la filiación de la madre gestante*”, además de constar que “*no se ha producido una vulneración del interés superior del menor*”.

No obstante, en la Consulta de 29 de diciembre de 2016 se establece una serie de condiciones, esta vez, de carácter excepcional que permiten suplir la ausencia de dicha resolución judicial siempre que la filiación del hijo se haya determinado a favor del comitente y de la madre biológica en el RC español. Así, pues, señala el

---

<sup>102</sup> Consulta del INSS, de 29 de diciembre de 2016 (JUR 2017\9486)

<sup>103</sup> Consulta del INSS, de 20 de febrero de 2017 (JUR 2017\54167)

<sup>104</sup> Benito-Bultrón Ochoa, J.C. (2019). Aspectos de seguridad Social en supuesto de gestación-maternidad subrogada. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Madrid: Dykinson, S.L., pág. 597.

<sup>105</sup> Concretamente en el epígrafe B.2 relativo a los beneficiarios de la prestación por nacimiento y cuidado del menor.

INSS que junto con la inscripción de la filiación del hijo en el RC español y con la solicitud de subsidio por maternidad habrán de aportarse los siguientes documentos. Por un lado, un documento público en el que conste que la madre biológica ha renunciado expresamente al ejercicio de la patria potestad sobre el menor. Y, por otro lado, un informe de un Notario o Cónsul español o Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable, en donde se acredite que mencionada renuncia no es contraria al ordenamiento jurídico del país de origen, es decir, que esté permitida esta renuncia de la patria potestad en dicho país.

En suma, se reserva a la Subdirección General de Ordenación Jurídica del INSS la potestad de emitir un informe previo a la resolución que proceda que tendrá por objeto determinar si el contrato de gestación subrogada se ha realizado conforme a las exigencias mencionadas anteriormente.

Por otra parte, es menester mencionar que también serán de aplicación las condiciones generales recogidas en los arts. 165, 178 y 184 de la LGSS, explicadas al inicio de la presente cuestión<sup>106</sup>.

En cualquier caso, resulta de especial importancia señalar que el INSS a través del requisito de inscripción de la filiación del menor lo que pretende es que quede constancia de que la madre biológica ha renunciado por completo a los derechos sobre el menor, al igual que sucede en aquellos supuestos en los que se da en adopción a un hijo. Ya que, o bien exige que la madre biológica haya renunciado expresamente a la filiación del menor cuando la filiación se haya otorgado a favor, únicamente, de la parte comitente en virtud de una resolución judicial extranjera, o bien exige que la gestante haya renunciado a la patria potestad sobre aquel en caso de que no exista tal resolución judicial y la inscripción se haya practicado a favor del comitente y de la madre biológica.

#### **2.4. Nacimiento, duración y extinción del subsidio**

Establece la Consulta de 29 de diciembre de 2016 que el derecho a la prestación únicamente corresponderá al periodo de descanso que se disfrute a partir de la fecha del nacimiento del hijo fruto de la gestación subrogada. No siendo de aplicación la previsión del art. 48.4 del ET referente a las cuatro semanas previstas para los casos de adopción internacional. En el supuesto de fallecimiento del hijo no se verá reducida la duración de la prestación económica, a no ser que los comitentes decidan reincorporarse al trabajo.

En lo relativo a la duración y a la extinción del mismo serán de aplicación los preceptos anteriormente mencionados relativos a los presupuestos generales de la prestación de nacimiento y cuidado del menor<sup>107</sup>.

#### **2.5. Otros**

En cuanto al hecho causante, este se corresponde con la fecha de nacimiento del hijo nacido por gestación subrogada, por lo que la prestación tendrá efectos económicos a partir del día de inicio del periodo de descanso que coincida con el nacimiento de aquel. En lo relativo a los periodos mínimos de cotización son de aplicación los arts. 178 de la LGSS y 3.1 y 5.1 y 2 del RD 295/2009, en cambio, no serán de aplicación los apartados 3 y 4 del mencionado artículo. Por su parte, para la prestación económica serán de aplicación el art. 179 LGSS y art. 6.2 del Real Decreto 295/2009 relativo este último a, en este caso, los hijos nacidos por gestación subrogada en supuesto de parto múltiple.

→ ANÁLISIS DE LA PREGUNTA: ¿Tiene derecho D.<sup>a</sup> Rocío a la prestación de maternidad? ¿Y D.<sup>a</sup> Lola?

Como hemos analizado, si bien la vigente legislación no prevé la gestación subrogada como una de las situaciones protegidas por la prestación de nacimiento y cuidado del menor, tanto el TS como el INSS entienden que sí ha de ser objeto de protección. Para ello, el INSS, junto con los requisitos generales necesarios para acceder a esta prestación, establece otros previstos para esta situación concreta.

---

<sup>106</sup> Concretamente en el B.1 y B.2 relativo a las situaciones protegidas y a los beneficiarios de la prestación por nacimiento y cuidado del menor.

<sup>107</sup> Corresponde con el apartado B.3 relativo al nacimiento, duración y extinción de la prestación por nacimiento y cuidado del menor.

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 165.1 de la LGSS, Doña Rocío deberá estar afiliada y dada de alta en el Régimen de la SS, hecho que, tal y como se nos indica en los antecedentes de hecho, se computa como cierto. Además, deberá haber cotizado durante un tiempo mínimo concreto. No obstante, nos remitimos a los artículos 178 de la LGSS y 3.1 y 5.1 y 2 del RD 295/2009 desarrollados con anterioridad, ya que desconocemos la edad de Doña Rocío, dato imprescindible para poder determinar si cumple o no con este requisito de cotización mínima. Si tomamos como referencia la edad media de la población femenina española según el INE, casi 46 años<sup>108</sup>, Doña Rocío deberá haber cotizado bien ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al parto, bien trescientos sesenta días a lo largo de su vida laboral.

En segundo lugar, y partiendo de la doctrina establecida por el INSS, para que esta situación se encuentre protegida, Doña Rocío deberá acreditar que el contrato ha sido celebrado válidamente, es decir, que, por un lado, se haya celebrado en un país extranjero en donde este tipo de prácticas estén completamente legalizadas, y, por otro lado, se haya suscrito atendiendo a todos los requisitos legalmente previstos en dicho país. De manera que, partiendo de que este contrato ha sido celebrado en Grecia, país donde la gestación subrogada está permitida, y, remitiéndonos al análisis realizado en la primera cuestión relativo a la validez del contrato objeto de estudio, podemos concluir que Doña Rocío podría demostrar que este contrato es plenamente válido.

En tercer lugar, para que Doña Rocío sea la beneficiaria de esta prestación deberá acreditar que es la progenitora del menor. Y, para ello, deberá haber practicado la inscripción previa de filiación de su hijo en el RC español en donde se determine la filiación a favor de aquella, y, todo ello, con base en una sentencia judicial del tribunal competente extranjero. Pues bien, en el presente supuesto de hecho, Doña Rocío cumple también con esta serie de condicionantes, ya que, efectivamente, ha realizado dicha inscripción registral.

Por lo tanto, y, en fin, con los datos que actualmente disponemos, podemos concluir que Doña Rocío podrá tener derecho a la prestación de nacimiento y cuidado del menor, siempre y cuando acredite que, por un lado, ha cumplido con la cotización mínima exigida por nuestra legislación, y, por otro lado, el contrato se ha celebrado válidamente. Ya que, en base al supuesto de hecho, entendemos el resto de los extremos han resultado más que acreditados.

En cambio, en lo referente a Doña Lola, si bien es cierto que se ha desprendido de su hijo, renunciando a todos sus derechos sobre este en favor de Doña Rocío, y en la inscripción en el RC la filiación se ha determinado a favor de la parte comitente, ella no deja de ser la madre biológica del menor. En definitiva, ella ha dado a luz a un hijo y por lo tanto nos encontramos ante una de las situaciones protegidas por esta prestación. Empero, es cierto que la finalidad de esta prestación comporta la de salvaguardar y atender al nacido, sin embargo, también la de velar por la salud y recuperación de la madre tras el parto debido a la situación de vulnerabilidad física y psíquica en la que se encuentra. Por esta razón, resulta carente de sentido alguno privar de este subsidio a una mujer que ha dado a luz a un hijo siempre que cumpla con el resto de los requisitos exigidos por la legislación. Por ello, Doña Lola también ostenta el derecho a acceder a la prestación por nacimiento y cuidado del menor. Es más, en caso contrario se podría llegar a entender que se vulnera el art. 39.2 de la CE que garantiza la protección por parte de los poderes públicos de las madres, cualquiera que sea su estado civil. No obstante, deberá acreditar que efectivamente es la madre biológica, ya que en el RC español no consta como tal, pudiendo esta cuestión derivar en un problema de prueba.

Finalmente, y, por otro lado, en nuestro país hasta el momento no se ha planteado un conflicto parecido en donde la madre biológica, junto con la parte comitente, hubieran solicitado esta prestación conjuntamente, ya que, en la inmensa mayoría de los casos, la gestante se trata de una ciudadana extranjera, que difícilmente cumple con los requisitos de acceso a esta prestación<sup>109</sup>. En cualquier caso, llegado el momento, los organismos competentes deberán decidir sobre esta cuestión y para ello deberán valorar no solo la necesidad de protección del recién nacido, sino también la situación en la que se encuentra la madre biológica tras el parto.

---

<sup>108</sup> Concretamente la edad media de la población española del sexo femenino en el 2020 es de 45,87 años. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/e245/p08/10/&file=03007.px>

<sup>109</sup> Gorelli Hernández, J. (2017). *La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)*. Aranzadi Doctrinal, n°1, pág. 3.

**CUESTIÓN 5. Implicaciones éticas de la gestación subrogada.** ¿Existen motivos que justifiquen una regulación positiva de la gestación subrogada en España, al estilo de otros países de nuestro entorno como por ejemplo Portugal o Grecia? ¿Cuáles serían las implicaciones éticas de esta regulación? ¿Sería posible justificar la gestación subrogada como un derecho humano reproductivo?

## **A. LA INSUFICIENTE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA**

En la actualidad, como es sabido por todos a estas alturas del trabajo, la única referencia existente en nuestro ordenamiento jurídico relativa a este tipo de prácticas se realiza en el art. 10 de la LTRHA que declara la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada. No obstante, lo cierto es que, a pesar de esta sanción jurídica, hoy en día, se están inscribiendo a menores nacidos fruto de la gestación subrogada en el RC español sorteando la legalidad vigente. Por ello, y, en definitiva, estamos ante lo que algunos autores consideran como una situación insostenible, ya que, *“de un lado, se prohíbe y se penaliza la maternidad subrogada, y, de otro, se legaliza de facto la situación de aquellos que, burlando la regulación española, han buscado cobijo en otros países donde la norma les resulta favorable”*<sup>110</sup>.

Si nos paramos a pensar, esta situación semeja a lo sucedido con el aborto en España cuando estaba sancionado. Antes de la promulgación de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, con la que se declaraba la no punibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo, las mujeres acudían a un país en el extranjero con el fin de practicar lo que aquí se les prohibía. Lo cierto es que el TC, en la sentencia de 27 de junio de 1984, determinó que no se podía condenar a los interesados por el aborto practicado en el extranjero<sup>111</sup>. Es más, lo ocurrido en aquel entonces, de igual manera que lo que sucede en la actualidad con la gestación subrogada, implica que únicamente puedan acudir a este tipo de prácticas aquellas personas que se ostentan un nivel adquisitivo medio-alto que les permita desplazarse a otro país. En palabras del TS, la presente regulación no impide la práctica de gestación subrogada, sino que crea *“una especie de ciudadanía censitaria en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paternofiliales vedadas a la mayoría de la población”*<sup>112</sup>. En fin, y, por tanto, la legislación actual provoca situaciones de flagrante desigualdad de trato en el plano fáctico entre la población que se plantea acudir a este tipo de prácticas.

No obstante, esta disparidad inducida por la presente normativa ha estudiarse en el marco de la falta de seguridad jurídica de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia. Esta última premisa se fundamenta en lo que ya adelantábamos al comienzo de este epígrafe. Y es que, actualmente, el tratamiento que realiza ordenamiento jurídico español de la gestación subrogada es totalmente incoherente. Por un lado, sanciona con la nulidad de pleno derecho este tipo de contratos, y, por otro lado, permite, con la aquiescencia del Estado español, la inscripción en el RC español de estos menores recién nacidos en el extranjero. El TS, por su parte, defiende la ilegalidad de este tipo de prácticas por contravenir el orden público internacional español, en cambio, la DGRN, órgano directivo del Ministerio de Justicia, legaliza la situación de quienes deciden acudir al extranjero para celebrar un contrato de esta naturaleza. Es más, como hemos analizado, ambos órganos, en búsqueda del mejor interés del menor, llegan a conclusiones totalmente opuestas.

En cualquier caso, resulta patente que la intención del legislador de la ley 14/2006 de ilegalizar la gestación subrogada no se ha virtualizado según lo previsto, ya que, en este momento, estamos en una situación de total incertidumbre, que perfectamente podría vulnerar el principio de seguridad jurídica recogido en el art. 9.3 de la CE. Por ello, y en aras garantizar este principio constitucional, resulta coherente posicionarse a favor de que el legislador español enfoque esta problemática a través de la elaboración de una legislación mucho más adecuada y completa que brinde a nuestro ordenamiento jurídico la seguridad jurídica de la que viene careciendo hasta el momento en esta materia.

Dicho lo anterior, y examinada la necesidad de elaborar una nueva regulación al respecto, a continuación, abordaremos todas aquellas implicaciones éticas objeto de debate que deberá tener en cuenta el legislador según se posicione a favor o en contra de la gestación subrogada en un futuro cambio legislativo.

---

<sup>110</sup> Aragón Gómez, C., op. cit. *La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad.* Pág. 27.

<sup>111</sup> STC de 27 de junio de 1984, fallo: *“el derecho de los recurrentes a no ser condenados en España por el aborto cometido en el extranjero”* (ECLI:ES:TC:1984:75).

<sup>112</sup> STS de 6 de febrero de 2014, FJ 3º (ECLI:ES:TS:2014:247).

## B. A FAVOR DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

El principio moral de la autonomía de la mujer se configura como el principal argumento a favor de la gestación subrogada. Se apela a la libertad de decisión de la misma, así como al derecho a disponer de su propio cuerpo y de su capacidad de gestar. En definitiva, la mujer que se somete a este proceso de gestación lo hace voluntariamente con base en una decisión tomada libremente. Defensores de esta posición como GARCÍA RUBIO y HERRERO OVIEDO, afirman que: “*La prohibición del contrato de maternidad por sustitución niega la libertad de decisión de la mujer que quiere llevar adelante un embarazo para otros, libertad que es también inherente a su dignidad. No tiene sentido hablar de explotación si el consentimiento de la mujer gestante es libre e informado. Por ello lo más coherente no parece prohibir estos contratos, sino introducir las salvaguardias necesarias para que el consentimiento de la madre subrogada sea íntegro, se emita libre de presiones, incluidas las económicas, y esté suficientemente informado*”<sup>113</sup>. Por su parte, y en esta misma línea, LLEDÓ YAGÜE plantea la siguiente premisa: “*cuando la mujer desea ofertar su útero voluntariamente y sin coacción alguna ¿prohibirlo no puede ser una manipulación de su libertad para decidir?*”<sup>114</sup>. En definitiva, entienden que la gestación subrogada se debería regular favorablemente, todo ello en virtud de la defensa del consentimiento informado y de la autonomía de la mujer.

Por otro lado, se argumenta que la gestación subrogada se configura como un método que permite acceder a la paternidad a personas que no pueden procrear, bien por ser estériles, o bien por estar solteras o por tratarse de parejas homosexuales. Se entiende, por tanto, que “*la gestación subrogada constituye una alternativa de acceso a la paternidad para las parejas del mismo sexo y sujetos únicos mediante el uso de material genético procedente del donante*”<sup>115</sup>. A su vez, quienes defienden esta idea, se escudan en la existencia de un posible derecho a ser padres que, como tal, debe ser objeto de garantía por parte de los poderes públicos. Este derecho a la reproducción, según sus defensores, tiene su fundamento constitucional en diferentes artículos: en el art. 1.1 CE que consagra la libertad como valor superior de su ordenamiento jurídico, en el art. 10.1 CE relativo a la dignidad de la persona, en este caso de los padres de intención, en el marco del libre desarrollo de su personalidad, entendiéndose que la autonomía de la persona implica poder elegir libremente entre las distintas opciones de concepción, y, también en el art. 17.1 CE, entendiéndose que el derecho a ser padre se enmarca en el derecho a la libertad personal. De esta manera, la legalización de la gestación subroga permitiría garantizar este derecho. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha sostenido que existe el derecho a procrear, y este se podrá satisfacer usando las técnicas de reproducción humana asistida. Entiende, en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, de 28 de noviembre de 2012, que “*la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico*”<sup>116</sup>. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en el caso de *Evans contra Reino Unido*, de 10 de abril de 2007, sentenció que “*la vida privada es un concepto amplio que abarca [...] el derecho al respeto tanto de la decisión de convertirse en padre como de la de no hacerlo*”<sup>117</sup>. En esta misma línea, el Comité de Derechos Humanos sostiene que en el derecho a fundar una familia implica la posibilidad de procrear<sup>118</sup>. Por otro lado, VELA SÁNCHEZ, entre otros, defiende que el derecho a tener un hijo “*tiene su fundamento [...] en el reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y de la dignidad de la persona como expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes y del libre desarrollo de su personalidad [...] fundamentos del orden político y la paz social y piezas esenciales del sistema constitucional*

---

<sup>113</sup> García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M. (2018). *Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº. 52, págs. 85 y ss.

<sup>114</sup> Lledó Yagüe, F. (1987). *Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas*. Congreso de los Diputados. Págs. 87 a 90.

<sup>115</sup> Ruiz Sáenz, A. (2013). *Gestación por sustitución problemáticas jurídica de los vientres de alquiler*. Tratado de derecho Sanitario. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 2, pág. 799.

<sup>116</sup> Concretamente en el párrafo 143. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

<sup>117</sup> Sentencia del TEDH, de 10 de abril de 2007, párr. 72 (ECLI:CE:ECHR:2007:0410JUD000633905).

<sup>118</sup> VV. AA. (1990). Observación General nº 19, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, Artículo 23 - La familia, 39º periodo de sesiones, págs. 7 a 171.

*democrático*”<sup>119</sup>. Y por ello, defienden la existencia del derecho a la reproducción, que, como tal, habrá de ser consagrado y garantizado por la sociedad política.

En otro orden de ideas, el interés superior del menor es, como veremos, un argumento que emplean tanto quienes están a favor como quienes están en contra de la gestación subrogada. Por su parte, los defensores de esta afirman que la gestación subrogada, lejos de vulnerar este principio, lo satisface. Se apoyan en la idea de que es imposible que se viole el interés superior del menor cuando de no haber sido por esta práctica, este no existiría. O lo que es lo mismo, si se hubiese prohibido la gestación subrogada una gran cantidad de niños no hubieran nacido, y consecuentemente se les habría privado de su derecho a la vida<sup>120</sup>. Además, CAMACHO defiende que: “*conocer el destino al dar un niño que se gestó sabiendo que las personas que se harán cargo de ese niño o niña cuidarán de su bienestar no tiene nada de objetable, ya que es una forma de ayudar y generar bienestar a las partes involucradas*”<sup>121</sup>. Es más, el hecho de prohibir la gestación subrogada implicaría que el nacido en cuestión no esté con quienes desde un primer momento han querido asumir el rol de padres, y ello comporta un grave perjuicio para el menor en cuestión. Por esta razón, regular positivamente esta práctica no hace más que beneficiar al menor, que ostentaría un vínculo legal con quien lo protegerá y cuidará de su bienestar.

### C. EN CONTRA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Uno de los principales argumentos en contra de la gestación subrogada es que esta supone una forma de explotación que conlleva la mercantilización e instrumentalización del cuerpo de la mujer. El Comité de Bioética de España (en adelante, CBE) en un Informe publicado el 6 de septiembre de 2016, considera que “*la mujer que presta su cuerpo para gestar el niño de otros consiente en que un tercero la reduzca a la condición de mero instrumento*”<sup>122</sup>. El mercado, en definitiva, convierte a las mujeres que ponen a disposición su cuerpo para gestar en recipientes cuya única finalidad es parir para otros. Por esto, no resulta éticamente aceptable que sea posible alquilar o comprar el cuerpo de una mujer, ya que tal y como señala GARCÍA CAPILLA, “*la gestación subrogada viene a ser una forma de neocolonialismo reproductivo en el que se ofrecen seres humanos a la carta mediante el pago de dinero, por un lado, y vientres de alquiler por otro*”<sup>123</sup>. Es por esta razón, por la que quienes defienden la ilicitud de esta práctica se amparan en el argumento de que el mercado tiene o ha de tener una serie de límites, ya que “*hay bienes que no se pueden comercializar por mucho que haya quién los compre o los desee. No podemos, por ejemplo, subastar al mejor postor nuestros órganos, ni vendernos como esclavos si garantizan techo y comida*”<sup>124</sup>.

Además de esta instrumentalización del cuerpo de la mujer, se defiende la inadmisibilidad ética de esta práctica con base en que gestantes se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad económica y personal. En los países en los que esta práctica más se ha desarrollado, han sido generalmente países con un elevado índice de pobreza, en donde la mujer se encuentra en una posición de inferioridad y de desigualdad respecto del varón, como, por ejemplo, la India, Camboya, Nepal o Tailandia. LÓPEZ GUZMÁN lo explica de la siguiente manera: “*Una mujer, que necesita su útero para llevar el hijo de otra pareja, se encuentra en un especial estado de vulnerabilidad y requiere de una especial protección que difícilmente es ofrecida por la ley del mercado o de la ética empresarial. Si la portadora no está suficientemente protegida puede verse cometida a abusos con tintes de explotación humana*”<sup>125</sup>. Es decir, parte de la noción de que la gestante se encuentra en un estado de vulnerabilidad que implica que esta pueda ser objeto de explotación. En este sentido

<sup>119</sup> Vela Sánchez, A. J. (2007). *El derecho a elegir el sexo de los hijos*. Diario la Ley, nº 1, págs. 1697 y ss.

<sup>120</sup> McLachlan, H. V. y Swales, J. K. (1998). *Commercial surrogate motherhood*. Contemporary Review, nº 272, pág. 113.

<sup>121</sup> Camacho, J.M. (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores. Pág. 15. Disponible en: <https://www.fundacionforo.com/uploads/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

<sup>122</sup> VV. AA. (2017). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, de 6 de septiembre de 2016.

<sup>123</sup> García Capilla, D. (2020). *Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía*. Revista de filosofía, nº 45, págs. 27 a 46.

<sup>124</sup> Nuño, L. (2016). *Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler*. Revista de Filosofía Moral y Política, nº 55, pág. 690.

<sup>125</sup> López Guzmán, J. (2017). *Dimensión económica de la maternidad subrogada*. Cuadernos de Bioética, nº 28, pág. 208.

también se ha pronunciado el Comité para los Derechos de las Mujeres y la Equidad de Género del Parlamento Europeo condenando esta práctica por ser “*contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima*” y posicionándose a favor de su prohibición porque “*implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financiero o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo*”<sup>126</sup>.

En suma, entienden que la libre elección y el consentimiento informado son una pantomima y una falacia. Si bien es cierto que sobre el papel existe una igualdad que podemos considerar de carácter formal, en el plano real o fáctico esto no es así. Para que exista un consentimiento libre por parte de la gestante es necesario que esta no se vea obligada a acudir a este tipo de prácticas por necesidad, ya que en tal caso la decisión estaría viciada. Por otro lado, tampoco se puede entender que exista un verdadero consentimiento informado, ya que en muchos casos la gestante no sabe leer, desconoce el idioma en el que está redactado el contrato, o carece de la formación jurídica necesaria para entender las implicaciones que supondrá someterse a un proceso de estas características. En consecuencia, el argumento que defiende la autonomía de la mujer gestante carece de cualquier tipo de fundamento, y más cuando esta procede de países en vías de desarrollo o de sectores desfavorecidos dentro de lo que entendemos como sociedades modernas, como Estados Unidos, por ejemplo, en donde la polarización entre ricos y pobres es cada vez más pronunciada. En este sentido, un estudio elaborado por Rudrappa y Collins, basado en entrevistas realizadas a mujeres gestantes en la India, reveló que: “*la divulgación médica y el consentimiento informado estaban ausentes; ninguna de las madres subrogadas entrevistadas había recibido información sobre el tipo de intervenciones médicas a las que finalmente se someterían. Tampoco habían recibido información sobre los riesgos para la salud que conlleva la hiperestimulación hormonal repetida. [...] Por último, ninguna de las madres de alquiler entrevistadas había recibido atención postnatal por parte de las agencias que las contrataron*”<sup>127</sup>.

Empero, otro de los aspectos controvertidos radica en que la madre gestante, una vez haya firmado el contrato, no podrá introducir modificación alguna durante el proceso. Según GALEOTE, esto quiebra con el principio de autonomía de la voluntad de la mujer gestante, ya que “*la elección va acompañada de la capacidad de alterar, modificar o variar el objeto de las preferencias, y la gestación subrogada no solo impide a las mujeres cosificadas la capacidad de elección, sino que contempla medidas punitivas en caso de que pretendan alterar las condiciones del contrato*”<sup>128</sup>. Por otro lado, durante el periodo de los nueve meses de embarazo, la mujer gestante estará sometida a las decisiones e injerencias de la otra parte en aspectos fundamentales de la salud e intimidad de aquella, relativos por ejemplo a la alimentación, hábitos diarios, o incluso modalidad de parto. Por esta razón, HERRÁN ORTIZ entiende que la gestación subrogada ha de estudiarse “*en clave de género, de desequilibrio y desigualdad y por supuesto, de discriminación de la mujer en un contexto donde se ensalza interesadamente la libertad de la aquella y su capacidad de decidir, como elemento legitimador de la gestación por sustitución*”<sup>129</sup>.

En otro orden de cosas, otro aspecto de gran relevancia en el que se escudan los partidarios de ilegalizar la gestación subrogada es el interés superior del menor. El CBE sostiene que “*la importancia de la gestación en el proceso procreativo y en la vida de cada ser humano no debe relativizarse y que, en consecuencia, se debe proteger el vínculo de cada ser humano con su madre biológica*”. De esta manera, entiende que, para garantizar el interés superior del menor, es necesario vincular la gestación con la maternidad, y que, por esta razón, la gestación subrogada atenta con este principio, porque precisamente induce a la quiebra entre ambos conceptos al provocar que el menor se desvincule de su madre biológica. En suma, y, por otro lado, legalizar esta práctica gestacional puede derivar en numerosos riesgos para el menor implicado. En primer lugar, uno

---

<sup>126</sup> VV. AA. (2014). *Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y política de la UE al respecto*. Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al Respeto.

<sup>127</sup> Rudrappa, S. y Collins, C. (2015). *Altruistic agencies and compassionate consumers: Moral framing of transnational surrogacy*. *Gender & Society*, Vol. 29, nº 6, pág. 945

<sup>128</sup> Galeote, T. (2017). *Vientres de alquiler: la mercantilización de las mujeres pobres*. Nueva Tribuna. Disponible en: <https://nuevatribuna.publico.es/opinion/teresa-galeote/vientres-alquiler-mercantilizacion-mujeres-pobres/20170215113705136729.html>

<sup>129</sup> Herrán Ortiz, A.I. (2019). Aproximación ética y jurídica a la gestación subrogada. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Madrid: Dykinson, S.L., pág. 274.

de los riesgos que la gestación subrogada puede provocar en el menor es el relativo al tráfico de niños. 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 en su artículo 2 establece que “*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*”. Conforme este artículo, los contratos de gestación subrogada de carácter comercial constituyen una venta de niños siempre que medie remuneración o retribución alguna. Por eso, frente a este riesgo se ha defendido como alternativa la gestación subrogada altruista. Sin embargo, la experiencia habida hasta el momento pone de manifiesto la poca credibilidad de esta. En segundo lugar, existe un riesgo de cosificación del niño, ya no solo porque la parte comitente pueda seleccionar las características futuras del menor, sino porque el menor se convierte en un objeto cuya finalidad es satisfacer el deseo de los comitentes de ser padres. Además, para el CBE, esto juega en detrimento del interés del menor, ya que “*si el entorno de elección y selección del que va a nacer se rodea, como de hecho hacen las agencias, de propuestas para obtener el mejor producto, el mejor hijo, es fácil pensar que cuando el hijo no satisfaga las expectativas por las que fue adquirido será difícilmente admitido por quienes pretendieron comprar la perfección*”. En tercer lugar, otro de los riesgos latentes es el relativo a la inseguridad jurídica a la que se ve avocada el menor una vez se produce su alumbramiento. La tan heterogénea legislación de los diferentes países en materia filiación, y, concretamente, entre el país de origen del menor y el de los padres de intención, suscita que aquel se vea en una situación de total incertidumbre y vulnerabilidad debido al conflicto legislativo existente relativo a la atribución de la filiación o bien a favor de la madre gestante o bien a favor de la parte comitente. De esta manera, hasta que esta cuestión alcance una solución, que bien puede durar años, el menor estará en un estado de inseguridad permanente. Finalmente, y, en cuarto lugar, el acceso a los orígenes personales muchas veces se ve vulnerado en aquellos países en los que la gestante renuncia a su condición de madre, por lo que conforme a esa legislación la única madre que ha tenido el menor es la comitente y no la biológica. En consecuencia, la maternidad biológica es irrelevante y ello atenta contra derecho que ostenta el menor de conocer su pasado biológico, no solo en lo relativo a las circunstancias que atañen a su salud, sino también a las relativas a la identidad de la mujer gestante, todo ello conforme al artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989<sup>130</sup>.

Finalmente, corresponde analizar uno de los aspectos más controvertidos de este debate, el derecho a la paternidad. Una de las razones que esgrimen aquellos que se posicionan a favor de legalizar la gestación subrogada en España consiste en la afirmación de que nuestro actual ordenamiento jurídico ampara un posible derecho humano reproductivo. Para ello, se enuncian normativas internacionales de derechos humanos, como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concretamente su art. 23.2<sup>131</sup> en donde se recoge el derecho a fundar una familia, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuyo art. 8<sup>132</sup> se prevé el derecho al respeto de la vida privada y familiar, o la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por Resolución de la Asamblea General de la ONU, el 10 de diciembre de 1948, cuyo art. 6<sup>133</sup> establece el derecho a casarse y fundar una familia. Se parte, por tanto, de estos derechos amparados internacionalmente para sostener que todas las personas adultas tienen un derecho a tener un hijo.

No obstante, si bien es cierto lo anteriormente mencionado, el Derecho internacional no reconoce en ningún caso el denominado derecho humano reproductivo, además, tampoco se puede entender que este forme parte del derecho a formar una familia o del derecho al respeto de la vida privada y familia. Es más, el último informe del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas establece que “*un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos. De ahí que ofrecer un derecho a tener un hijo suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño*”.

---

<sup>130</sup> Art. 7.1 de la CDN: “*El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”.

<sup>131</sup> Art. 23.2 del PIDCP: “*Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello*”.

<sup>132</sup> Art. 8.1 del CEDH: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”.

<sup>133</sup> Art. 6.1 de la DUDH: “*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*”.

*en condiciones de igualdad*<sup>134</sup>. En definitiva, la posición que defiende la existencia de un derecho humano reproductivo quiebra con la premisa fundamental de que los niños son personas, y como tal están protegidas por los derechos humanos. Por ello, y, en conclusión, se puede afirmar que el derecho a ser padres no tiene ninguna base legal, ni en nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco en el ámbito internacional, que permita defender que se trata de una aspiración que los poderes públicos hayan de garantizar.

#### **D. GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA ¿POSIBLE ALTERNATIVA?**

Una de las soluciones por las que abogan aquellos que quieren zanjar este conflicto ético, jurídico y social consiste en legalizar únicamente la gestación subrogada de naturaleza altruista, de manera que la vertiente comercial quede totalmente prohibida. Sin ir más lejos, aquí en España el 8 de septiembre de 2017 se presentó por parte del grupo parlamentario Ciudadanos una proposición de ley para regular la gestación subrogada en su vertiente altruista.

Sus defensores argumentan que este tipo de gestación no constituye venta de niños, ya que no se realizaría un pago a cambio de la entrega del menor o de los servicios prestados, evitando, por tanto, que exista una transacción comercial. Además, la mujer gestante se sometería a este tipo de prácticas movida, no por el dinero, sino por la voluntad de ayudar a las demás personas en un ejercicio de “*la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales*”<sup>135</sup>. Pues bien, nada más lejos de la realidad. Resulta difícilmente comprensible que una mujer se someta a un proceso de gestación con la única finalidad de satisfacer el deseo de tener un hijo de otra persona. Además, si bien es cierto que no existen datos oficiales sobre este tipo de prácticas, todos los estudios realizados al respecto concluyen que los casos de gestación comercial suponen un porcentaje mucho mayor con respecto de los casos de gestación altruista. En países como Canadá o Reino Unido en donde se adopta este modelo de gestación altruista, la demanda de madres gestantes es cuantitativamente superior a la oferta, lo que propicia que la inmensa mayoría de interesados en acudir a este tipo de prácticas lo hagan en países extranjeros como Estados Unidos o Ucrania en donde la gestación subrogada es comercial<sup>136</sup>. Konstantina Davaki<sup>137</sup>, en un estudio realizado en Grecia, donde solo está permitida la gestación subrogada altruista, denuncia los pagos encubiertos que se realizan a favor de la mujer gestante, debido a la opacidad de estos contratos. Además, señala que en muchos casos las gestantes son mujeres de origen extranjero, mayoritariamente provenientes del este de Europa, que residen en Grecia y que en ocasiones son trabajadoras domésticas de quienes desean tener el hijo.

En definitiva, una regulación positiva de la gestación subrogada altruista no impide el denominado turismo reproductivo ni las situaciones de explotación, sino todo lo contrario, permite legalizar la práctica comercial. Se trata, por tanto, de una pantomima. Por esta razón, hago mías las siguientes palabras de BELLVER CAPELA: “*Tomar en serio la opción de la gestación altruista no conduce a verla como una solución sino como una opción extraordinariamente problemática: sigue poniendo a la gestante en situación de vulnerabilidad y de explotación; crea confusión en el niño al duplicarle los lazos parentales; permite soterradamente la gestación comercial por vía de las compensaciones resarcitorias; y aboca necesariamente a una regulación mucho más amplia, que pueda dar respuesta real a la demanda de este servicio*”<sup>138</sup>.

Por lo demás, y para finalizar, quiero poner el foco en la siguiente idea. Este problema no se circunscribe únicamente a España, tiene un alcance global que afecta al conjunto de países, por esta razón para poder hacer frente a este problema de manera eficaz es necesaria una actuación internacional coordinada que, por un lado, ilegalice este tipo de prácticas y que, por otro lado, facilite y agilice los procesos de adopción internacional que tan estrepitosamente han caído en estos últimos años, con la finalidad de brindar una alternativa a aquellas personas que por impedimentos biológicos no pueden tener un hijo.

---

<sup>134</sup> VV. AA. (2018). *Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de niños*. Consejo de Derechos Humanos, 37º periodo de sesiones, A/HRC/37/60.

<sup>135</sup> Exposición de motivos III de la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos el 8 de septiembre de 2017.

<sup>136</sup> Un estudio publicado por *The Guardian* concluye que, de los 271 casos de gestación subrogada registrados en el Reino Unido, 252 tuvieron un hijo en el extranjero. Disponible en: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/mar/14/childless-britons-increasingly-surrogate-babies>

<sup>137</sup> Davaki, K. (2017). Surrogacy arrangements in austerity Greece: policy considerations in a permissive regime. *Babies for Sale? Transnational Surrogacy and the Politics of Reproduction*. Londres: Zed Books, págs. 142 a 159.

<sup>138</sup> Bellver Capela, V. (2017). *Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista*. Cuadernos de Bioética, Vol. 28, Nº 93, pág. 229

### III. CONCLUSIONES

- I. La gestación subrogada se realiza a través de un negocio jurídico, de carácter oneroso o gratuito, a través del cual una mujer acepta realizar la gestación, aportando o no su óvulo, adquiriendo el compromiso de entregar el nacido a la parte comitente renunciando a su filiación a favor de estos últimos.
- II. En Grecia, la gestación subrogada se encuentra regulada en la Ley 3089/2002 y en la Ley 3305/2005. A partir del año 2014, pueden acudir a realizar estas prácticas al país heleno las personas extranjeras. De esta manera, para que un contrato de gestación subrogada celebrado en este país sea válido, deberán cumplirse una serie de requisitos. En primer lugar, la gestación habrá de realizarse con material reproductor de la otra parte y no de la gestante. En segundo lugar, queda terminantemente prohibido la entrega a la gestante de cualquier tipo de beneficio financiero, de manera que únicamente está permitida la gestación subrogada en su modalidad altruista. En tercer lugar, podrán acudir a este tipo de prácticas parejas heterosexuales y mujeres solteras, siempre que no alcancen los cincuenta años. En cuarto lugar, la madre de intención deberá aportar el correspondiente certificado médico que acredite su infertilidad. En quinto y último lugar, será necesaria sentencia que valide el procedimiento por parte del órgano jurisdiccional competente del país griego acorde se han cumplido todos los requisitos exigidos legalmente.
- III. En España, el art. 10.1 de la LTRHA declara “*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 en favor del contratante o de un tercero*”. Además, por su parte, de acuerdo con la legislación civil española, este contrato es nulo con arreglo al objeto y a la causa del mismo, ya que, por un lado, el objeto es considerado una *res extra commercium*, y, por otro lado, la causa atentaría contra las leyes y contra el orden público español.
- IV. La sanción de nulidad de pleno derecho de estos contratos implica que estos no produzcan efecto alguno para las partes en España. De manera que ningún de los contratantes podrá exigir al otro, en territorio español, que cumpla con lo acordado. Sin embargo, se reserva la posibilidad de que estos puedan acudir al país de celebración de dicho contrato para exigir su cumplimiento.
- V. No obstante, respondiendo a la situación de necesidad originada por el nacimiento del menor que comporta la celebración de estos contratos en el extranjero, los órganos competentes españoles optan por reconocer ciertos efectos derivados de dicha situación de necesidad. Efectos, como por ejemplo, en materia de filiación o de prestaciones de la Seguridad Social.
- VI. Pese a la nulidad de este tipo de negocios jurídicos, muchos españoles deciden acudir al extranjero para celebrar un contrato de estas características con el objetivo de tener un hijo. Un sector defiende que esta situación conlleva un fraude de ley por haber huido de la legislación española. En cambio, del lado contrario, la DGRN entiende que no cabe afirmar que exista fraude de ley, ni tampoco que se haya incurrido en el denominado *forum shopping*. Por su parte, el TS evita pronunciarse en términos explícitos sobre la posibilidad de incurrir en fraude de ley por quienes acuden a un país extranjero a celebrar este tipo de contratos.
- VII. Una vez celebrado el contrato, una de las principales controversias que surge es la posibilidad de la inscripción registral de la filiación en el RC español de los nacidos mediante gestación subrogada en relación con los comitentes. Los pronunciamientos al respecto son de lo más variados al tratarse de una cuestión compleja. Tanto el TS como la DGRN adoptan posiciones diferentes y contradictorias en sus respectivas resoluciones.
- VIII. Postura de la DGRN. Resolución de 5 de octubre de 2010. Se permite la inscripción de los menores al amparo del principio del interés superior del menor con la condición de que exista una resolución judicial dictada por el Tribunal competente extranjero en la que se determine la filiación del nacido. En caso de que esta sentencia hubiera sido dictada en el seno de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa se deberá obtener previamente el *exequatur*. En cambio, si esta sentencia fue dictada en el marco de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, entonces será el encargado del RC quien controlará incidentalmente si esta resolución cumple con los requisitos establecidos por la

DGRN. Sea cual fuere el caso, no se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido una certificación registral extranjera.

- IX.** Postura del TS. Sentencia de 6 de febrero de 2014. El TS entiende que la inscripción de la filiación de los menores nacidos mediante gestación subrogada en el RC español a favor de la parte comitente en virtud de una certificación registral extranjera vulnera el orden público internacional español. Por esta razón opta por denegar tal inscripción, alegando que ello no vulnera el interés superior del menor, ya que actualmente nuestro ordenamiento jurídico prevé otros cauces de filiación, como el de la reclamación de paternidad por parte del padre biológico o la adopción por parte del otro comitente, que permiten que el menor no quede desprotegido.
- X.** En definitiva, tanto el TS como la DGRN entienden que no puede ser válida la inscripción de la filiación de un menor nacido en el extranjero mediante gestación subrogada cuando para ello se presente una certificación registral extranjera. En cambio, la DGRN va un paso más allá y concluye que dicha inscripción será válida siempre y cuando se presente una resolución judicial extranjera que determine la filiación del recién nacido.
- XI.** Con la entrada en vigor de la Ley 20/2011 del Registro Civil, el legislador ha previsto un nuevo procedimiento de inscripción de documentos judiciales. Establece las diferentes vías existentes para el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, y de certificaciones registrales extranjeras que no se basen en resoluciones judiciales previas. En base a esta nueva regulación, las certificaciones registrales extranjeras podrían constituirse como válido título para inscribir la filiación del menor por gestación subrogada. No obstante, solo será de aplicación para aquellos procedimientos iniciados con posterioridad al 30 de abril de 2021.
- XII.** La filiación del menor vendrá determinada, con arreglo al art. 10.2 de la LTRHA, por el parto, es decir, se establece a favor de la madre biológica. Sin embargo, la doctrina establecida por la DGRN permite que se inscriba en el RC español al menor con arreglo a la filiación estipulada por el tribunal extranjero competente, siendo esta otorgada a favor de la parte comitente.
- XIII.** La conducta de realizar el contrato de gestación subrogada es penalmente irrelevante, lo que realmente interesa al Derecho penal son las conductas posteriores a la celebración del mismo. De esta manera, este tipo de conductas se pueden incardinar en tres tipos penales diferentes: delito de suposición de parto por la parte comitente, delito de entrega de un hijo por la madre gestante, y delito de tráfico de menores por ambas partes.
- XIV.** El delito de suposición de parto se encuentra regulado en el art. 220.1 del CP. La conducta penada consiste en suponer un parto, es decir, fingir un alumbramiento que nunca ha tenido lugar. Además, será necesario instituir una relación aparente de filiación familiar y que exista consciencia y voluntad en la realización de la acción por parte del sujeto tendente a modificar el estado civil del menor. La doctrina mayoritaria entiende que la cualidad de sujeto activo corresponderá a la mujer que finge el parto y la del sujeto pasivo corresponderá con el niño cuya filiación se falsea.
- XV.** El delito de entrega de un hijo se encuentra regulado en el art. 220.2 del CP. La conducta típica consiste en entregar a un hijo a un tercero, desvinculando al mismo de su propia familia natural y alterando el estado civil de filiación de aquel. Será necesario que concurra el elemento subjetivo del injusto, es decir, esta conducta ha de realizarse con la intención de alterar o modificar la filiación del nacido. La doctrina mayoritaria entiende que ha de limitarse al sujeto activo a los padres del hijo, por ser quienes ostentan la patria potestad. En cambio, el sujeto pasivo es el hijo que ha sido entregado.
- XVI.** El delito de tráfico de menores se encuentra regulado en el art. 221.1 del CP. La acción delictiva se compone de una serie de elementos que han de concurrir acumulativamente. Por un lado, será necesario que se produzca la entrega de un menor eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción, y, por otro lado, será necesario que medie compensación económica. Toda esta actividad tendrá que realizarse con la finalidad de pretender establecer, entre el menor y la persona a la que se le ha entregado, una relación análoga a la filiación al margen de los procedimientos legales. El sujeto activo es quien realiza la entrega y por otro lado quien recibe el menor. En lo referente al sujeto pasivo este será

siempre el menor objeto de la venta y cuya filiación se va a ver modificada. En el apartado segundo se castiga a todo aquel que haya actuado como intermediario en este delito.

- XVII.** El art. 23.2 de la LOPJ permite perseguir todos aquellos delitos cometidos en el extranjero siempre y cuando los responsables sean españoles o extranjeros que adquieran la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del delito y el hecho sea punible en el lugar de ejecución. Es lo que se conoce como cláusula de extensión de la jurisdicción. Para perseguir estos delitos se deberá interponer por parte del agraviado o del Ministerio Fiscal una querrela en los tribunales españoles, y se deberá respetar el principio *non bis in idem*.
- XVIII.** La anteriormente denominada prestación de maternidad o paternidad ahora se denomina prestación económica de nacimiento y cuidado del menor. En respuesta a la ausencia de una regulación como tal de esta prestación en los casos de gestación subrogada, el TS se ha visto en la posición de tener que resolver sobre esta cuestión en más de una ocasión. En todos sus pronunciamientos se ha posicionado a favor de otorgar la prestación a los padres comitentes, ya que, en esencia entiende que el menor fruto de la gestación subrogada se encuentra en una situación de necesidad que ha de ser objeto de protección. Destaca la sentencia de 25 de octubre de 2016.
- XIX.** Posteriormente, en aplicación de la jurisprudencia, el INSS ha establecido una serie de criterios que permiten aplicarla y reconocer dicha prestación al caso concreto de gestación subrogada. El INSS entiende que la situación protegida corresponde con el nacimiento de un hijo por gestación subrogada en un país extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país. De esta manera, los beneficiarios de esta prestación serán los progenitores comitentes del menor siempre y cuando cumplan con los requisitos mínimos de cotización exigidos. Para que este derecho a obtener dicha prestación se reconozca será necesario que exista una resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determine la filiación del nacido a favor del progenitor o progenitores comitentes. En caso de ausencia de dicha resolución y siempre que la filiación se haya determinado a favor del comitente y de la madre biológica, se deberá aportar un documento público en el que conste que la madre biológica ha renunciado expresamente al ejercicio de la patria potestad sobre el menor, así como un informe de un Notario o Cónsul español o Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable, en donde se acredite que mencionada renuncia no es contraria al ordenamiento jurídico del país de origen. El derecho a la prestación únicamente corresponderá al periodo de descanso que se disfrute a partir de la fecha del nacimiento del hijo fruto de la gestación subrogada. Destaca la Consulta de 29 de diciembre de 2016 y de 20 de febrero de 2017.
- XX.** En lo referente al acceso a esta prestación por parte de la madre biológica, se entiende que al dar a luz a un menor se encuentra en una de las situaciones protegidas por esta prestación. Por lo tanto, y al amparo del art. 39.2 de la CE, entendiéndose que esta prestación no solo se concibe con la finalidad de salvaguardar y atender al nacido, sino también de velar por la salud y recuperación de la madre tras el parto, le corresponde el derecho a este subsidio siempre y cuando cumpla con el resto de los requisitos legalmente exigidos. No obstante, en nuestro país hasta el momento no se ha planteado un conflicto parecido en donde la madre biológica, junto con la parte comitente, hubieran solicitado esta prestación conjuntamente. Por esta razón, llegado el momento, los organismos competentes deberán decidir sobre esta cuestión y para ello deberán valorar no solo la necesidad de protección del recién nacido, sino también la situación en la que se encuentra la madre biológica tras el parto.
- XXI.** En la actualidad, el ordenamiento jurídico español responde ineficiente e incoherentemente a la problemática de la gestación subrogada. Por un lado, se sanciona con la nulidad de pleno derecho este tipo de contratos, y, por el otro lado, se legaliza la situación de aquellas personas que, sorteando la normativa vigente, huyen a países extranjeros con la única finalidad de buscar una legislación mucho más favorable y permisiva. Por esta razón, el legislador debe afrontar esta problemática a través de la elaboración de una legislación mucho más adecuada y completa que otorgue cierta seguridad jurídica.
- XXII.** Entre los argumentos que esgrimen aquellos que se posicionan a favor de la gestación subrogada destacan los siguientes. Por un lado, se ensalza el principio moral de la autonomía de la mujer del que dispone para poder elegir libremente si se somete o no a este proceso. Por otro lado, se argumenta que puede ser un método que permite acceder a la paternidad a personas que no pueden procrear, bien por ser estériles,

o bien por estar solteras o por tratarse de parejas homosexuales. Esta idea se defiende con base en el derecho humano reproductivo que encuentra su amparo constitucional en los artículos 1.1, 10.1 y 17.1 de la CE. A su vez, defienden que la gestación subrogada respecta y favorece el principio del interés superior del menor, ya que prohibirla implicaría que el nacido en cuestión no esté con quienes desde un primer momento han querido asumir el rol de padres.

- XXIII.** Por el contrario, quienes defienden la ilegalización de la gestación subrogada se apoyan en que esta conlleva la mercantilización e instrumentalización del cuerpo de la mujer, no resultando éticamente aceptable que sea posible alquilar o comprar el cuerpo de una mujer. En este sentido, destacan la necesidad de imponer una serie de límites al mercado derivados de la dignidad humana. Otra de las razones existentes para rechazar la legalización de este tipo de prácticas se sustenta en la vulnerabilidad de la mujer gestante, destacando el hecho de que la mayoría de estas provienen de países subdesarrollados. Por otro lado, consideran que la libre elección y el consentimiento informado se trata de una falacia, y que la mujer gestante carece de verdadera autonomía ya que durante el proceso de gestación está sometida a decisiones e injerencias de la otra parte en aspectos esenciales de su salud e intimidad. Además, la legalización de la gestación subrogada trae consigo una serie de innumerables riesgos que ponen en peligro el principio del interés superior del menor – riesgo de tráfico de niños, riesgo de cosificación del niño, la inseguridad jurídica que le rodea o riesgo relativo al acceso a los orígenes personales–.
- XXIV.** Derecho humano reproductivo. Si bien es cierto que en diferentes instrumentos internacionales se reconoce el derecho a formar una familia, o el derecho al respecto de la vida privada o familiar, realmente no existe ningún precepto que reconozca el derecho a procrear de las personas. Así lo ha defendido la ONU, que entiende que la gestación subrogada quiebra con la premisa fundamental de que los niños son personas, y como tal están protegidas por los derechos humanos. Por lo tanto, no se puede defender la legalización de este tipo de práctica amparándose en un posible derecho humano reproductivo que haya de garantizar el Estado.
- XXV.** La gestación subrogada altruista es concebida por algunos como una posible alternativa a esta problemática. Sin embargo, la experiencia habida hasta el momento pone de manifiesto la poca credibilidad de aquella. Una regulación positiva de la gestación subrogada altruista no impide el denominado turismo reproductivo ni las situaciones de explotación, sino todo lo contrario, permite legalizar la práctica comercial. Se trata, por tanto, de una pantomima.
- XXVI.** Por esta razón, se debe apostar por una actuación internacional coordinada que, por un lado, ilegalice este tipo de prácticas y que, por otro lado, facilite y agilice los procesos de adopción internacional, con la finalidad de brindar una alternativa a aquellas personas que deseen tener un hijo.

#### IV. APÉNDICE BIBLIOGRÁFICO

- Aragón Gómez, C. (2017). *La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad*. Madrid: Aranzadi Social, Revista Doctrinal, nº 4.
- Álvarez de Toledo Quintana, L. (2014). *El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correlativo orden público internacional*. Madrid: Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, nº 2.
- Bellver Capela, V. (2017). *Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista*. Cuadernos de Bioética, Vol. 28, Nº 93.
- Benítez Ortuzar, I. (1996). *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*. Madrid: EDERSA.
- Benito-Bultrón Ochoa, J.C. (2019). Aspectos de seguridad Social en supuesto de gestación-maternidad subrogada. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Madrid: Dykinson, S.L.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2019). *Manual de Derecho Civil. Contratos*. Madrid: Bercal, S.A.
- Brunet, L. (2013). *El régimen de subrogación de los Estados miembros de la UE*. Bruselas: Parlamento Europeo.
- Carbonell Mateu, J.C. y González Cussac, J.L. (2004). Derecho Penal. Parte Especial. *Delitos contra las relaciones familiares*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cardona Guasch, O. (2019). La gestación subrogada. Concepto. El artículo 10 LTRHA. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Madrid: Dykinson, S.L.
- Carrasco Andrino, M. (2010). *Protección penal de la filiación*. Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, nº 12.
- Castán Tobeñas, J. (1984). *Derecho Civil Español, Común y Foral. T. 1º. Introducción y parte general. Vol. 2. Teoría de la relación jurídica*. Madrid: Reus.
- Cobacho Gómez, J. A., e Iniesta Delgado, J. J. (2007). Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Madrid: Aranzadi.
- Davaki, K. (2017). Surrogacy arrangements in austerity Greece: policy considerations in a permissive regime. *Babies for Sale? Transnational Surrogacy and the Politics of Reproduction*. Londres: Zed Books.
- De Castro, F. (1949). *Derecho Civil, I*. Madrid: Editorial Civitas.
- Díaz Romero, M. (2018). *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos*. Pamplona: Aranzadi.
- Durán Ayago, A. (2012). *El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*. AEDIPr, t. XII.
- Emaldi Cirión, A. (2018). *La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley*. Madrid: Dilemata.
- Escrihuela Chumilla, F.J. (2016). Todo penal. Parte especial. Los delitos y sus penas. *La suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*. Madrid: La Ley.
- Fernández Crehuet, J. y Gómez García, E. (1994). *Fecundación in vitro y transferencia de embriones*. Anuario Filosófico.
- García Algüacil, M.J. (2016). *¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?* Madrid: Aranzadi.

- García Amigo, M. (1995). *Lecciones de Derecho Civil II. Teoría General de las Obligaciones y Contratos*. Madrid: Mc Graw-Hill.
- García Capilla, D. (2020). *Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía*. Revista de filosofía, nº 45.
- García Rubio, M.P. y Herrero Oviedo, M. (2018). *Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº. 52.
- Gorelli Hernández, J. (2017). *La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)*. Aranzadi Doctrinal, nº1.
- Heredia Cervantes, I. (2013). *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*. ADC, tomo LXVI, fasc. II.
- Hernández Rodríguez, A. (2014). *Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?* Madrid: Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, nº 2.
- Herrán Ortiz, A.I. (2019). Aproximación ética y jurídica a la gestación subrogada. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Madrid: Dykinson, S.L.
- Jiménez Díaz, M.J. (2006). *Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el art. 220 del Código Penal España*. Madrid: Dykinson S.L.
- Linares Noci, R. (2019). El contrato de gestar para otro. Aspectos legales. La posición crítica de los Tribunales españoles. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Madrid: Dykinson, S.L.
- Lledó Benito, I. (2019). Delitos relativos a la filiación y maternidad por sustitución. Reflexiones de lege data y de lege ferenda. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Madrid: Dykinson, S.L.
- Lledó Yagüe, F. (1987). *Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas*. Congreso de los Diputados.
- Lledó Yagüe, F. (1988). *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Congreso mundial vasco. Madrid: Trivium.
- López Guzmán, J. (2017). *Dimensión económica de la maternidad subrogada*. Cuadernos de Bioética, nº 28.
- McLachlan, H. V. y Swales, J. K. (1998). *Commercial surrogate motherhood*. Contemporary Review, nº 272
- Mendoza Buergo, B. (2016) *Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor en Penal*. Memento Práctico. Francis Lefebvre.
- Moreno Pueyo, M.J. (2015). *Maternidad subrogada y prestación de Maternidad*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 116.
- Moretón Toquero, M. A. (2001). *La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños y el tráfico de menores*. Madrid: Bosch.
- Muñoz Conde, F. (2009). *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Rodrigo, G. (2019). *La filiación y la gestación por sustitución: A propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019*. Actualidad Jurídica Iberoamericana, nº 10.
- Nuño, L. (2016). *Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler*. Revista de Filosofía Moral y Política, nº 55.
- Queralt Jiménez, J. (2010). *Derecho Penal Parte Especial. Delitos contra las relaciones familiares*. Barcelona: Bosch.

- Rodríguez Núñez, A. (2018) *Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor*. Madrid: Dykinson.
- Rodríguez Ramos, L. (1997). *Derecho penal. Parte Especial II*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Rudrappa, S. y Collins, C. (2015). *Altruistic agencies and compassionate consumers: Moral framing of transnational surrogacy*. *Gender & Society*, Vol. 29, nº 6
- Ruiz Sáenz, A. (2013). *Gestación por sustitución problemáticas jurídica de los vientres de alquiler*. Tratado de derecho Sanitario. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Vol. 2.
- Sánchez Sánchez, A. (2019). El informe de 11 de julio de 2014 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*.
- Sanz-Diez de Ulzurrun Llunch, M. (2013). *La entrega de menores eludiendo los procedimientos de adopción. Delito contra la relaciones familiares y detenciones ilegales. Sobre el llamado “robo de bebés”*. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 21.
- Vela Sánchez, A. J. (2007). *El derecho a elegir el sexo de los hijos*. *Diario la Ley*, nº 1.
- Villacampa estiarte, C. (2001). *La protección penal del derecho del menor a conocer la propia identidad: análisis del denominado delito de “Tráfico de menores”*. *Revista de derecho procesal y penal*, nº 5.
- VV. AA. (1990). Observación General nº 19, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos*, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones
- VV. AA. (2018). *Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de niños*. Consejo de Derechos Humanos, 37º periodo de sesiones, A/HRC/37/60.
- VV. AA. (2016). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, de 6 de septiembre de 2016.