

Gestación subrogada. Consecuencias jurídicas y legislativas de la Directiva Europea 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo

Surrogacy. Legal and legislative consequences of European Directive 2024/1712 of the European Parliament and of the Council

MARÍA ANGUSTIAS ALCÁZAR ESCRIBANO

Profesora Asociada de Derecho Penal

Universidad de Castilla La Mancha (España)

angustias.alcazar@uclm.es

 <https://orcid.org/0009-0000-1747-5924>

Resumen: La gestación por subrogación, comúnmente conocida como «vientre de alquiler», no es una práctica nueva, sin embargo, y a pesar de sus conflictos éticos y su prohibición legal en España y en la mayor parte de los países europeos, está en alza. Ante esta situación, la Unión Europea, a falta de una postura común legal ante esta práctica, ha determinado, a través del Consejo y del Parlamento Europeo considerar, explícitamente como trata de seres humanos la explotación de la gestación subrogada cuando se coaccione o engañe a las mujeres para que actúen como madres sustitutas. Esto abre una discusión jurídica respecto a cuáles son los derechos en juego y cuál debe ser la regulación legal y, en su caso, penal que, en este artículo trataremos de abordar desde la acción que se trata de sancionar, sin profundizar sobre el resto de los elementos del tipo penal que requeriría de un estudio más por menorizado. Además, evidenciaremos la política de hechos consumados que, desde la órbita civil, validan esta práctica al entrar en conflicto con el interés del menor y que invita a reflexionar sobre la situación actual.

Recepción: 15/10/2024

Aceptación: 13/12/2024

Cómo citar este trabajo: ALCÁZAR ESCRIBANO, María Angustias, “Gestación subrogada. Consecuencias jurídicas y legislativas de la Directiva Europea 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n.º 10, Universidad de Cádiz, 2024, pp. 309-345, DOI: <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2024.i10.09>

Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos
ISSN-e: 2345-3456
N.º 10, julio-diciembre, 2024, pp. 309-345

Abstract: Surrogacy, commonly known as renting a womb, is not a new practice, however, and despite its ethical conflicts and its legal prohibition in Spain and in most European countries, it is on the rise. Faced with this situation, the European Union, in the absence of a common legal position on this practice, has determined, through the Council and the European Parliament, to explicitly consider the exploitation of surrogacy as human trafficking when women are coerced or deceived into acting as surrogate mothers. This opens a legal discussion regarding what rights are at stake and what should be the legal and, where appropriate, criminal regulation. In this article, we will try to address the action that is being sanctioned, without going into the rest of the elements of the criminal type that would require a more detailed study. In addition, we will highlight the policy of accomplished facts that, from the civil orbit, validate this practice by entering into conflict with the interest of the minor and that invites us to reflect on the current situation.

Palabras clave: gestación subrogada, trata de seres humanos, género, coacción, delito.

Keywords: surrogacy, human trafficking, gender, coercion, crime.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA GESTACIÓN SUBROGADA. APROXIMACIÓN A UNA PRÁCTICA CUESTIONADA. 3. LA EXPLOTACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO TRATA DE SERES HUMANOS. 4. LA COACCIÓN, EL ENGAÑO Y EL CONSENTIMIENTO, ¿ELEMENTOS PARA TIPIFICAR LA GESTACIÓN SUBROGADA DE FORMA AUTÓNOMA O INCLUIDOS EN ELLA?. 5. CONSECUENCIAS DE LAS INSCRIPCIONES DE BEBÉS PROCEDENTES DE LA GESTACIÓN SUBROGADA Y LEGITIMACIÓN POR HECHOS CONSUMADOS. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, TRA), -versión revisada en el año 2010-, realizada por miembros del *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART) y de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en colaboración con organizaciones médicas de salud reproductiva citadas en el mismo¹, recoge el término “Gestante subrogada” como aquella mujer que lleva adelante un embarazo acordando que entregará el bebé a los padres previstos, pudiendo originarse de los gametos de los padres previstos y/o de terceros. Del mismo modo, como TRA incluye, entre los tratamientos o procedimientos posibles, el útero subrogado. Posteriormente

¹ ZEGERS-HOCHSCHILD, F. et al., *The ICMART glossary on ART terminology*. *Hum Reprod*, v. 14 n°2, april-may-june, 2010. pág. 21.

la OMS se desvinculó de este Glosario, eliminándolo de su página web de información², no obstante, sigue apareciendo publicado por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida en nuestro país³.

La inclusión como TRA en el Glosario es uno de los argumentos que esgrimen los defensores la gestación subrogada, (en adelante, GS), para su legalización en nuestro país. Una legislación, la nuestra, que la prohíbe en la Ley Orgánica 1/23 de 28 de febrero de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que modifica la ley 2/2010 de 3 de marzo⁴, en su art. 32 en consonancia con lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRA)⁵ y que 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 a favor del contratante o de un tercero y con lo dispuesto en el Código Civil (en adelante, CC) respecto al objeto de los contratos”⁶. Sin embargo, y a pesar de su total prohibición, la propia LTRA dispone que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” en el mismo artículo que lo prohíbe.

² *Vid:* https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/ (Consulta: 24/09/2024).

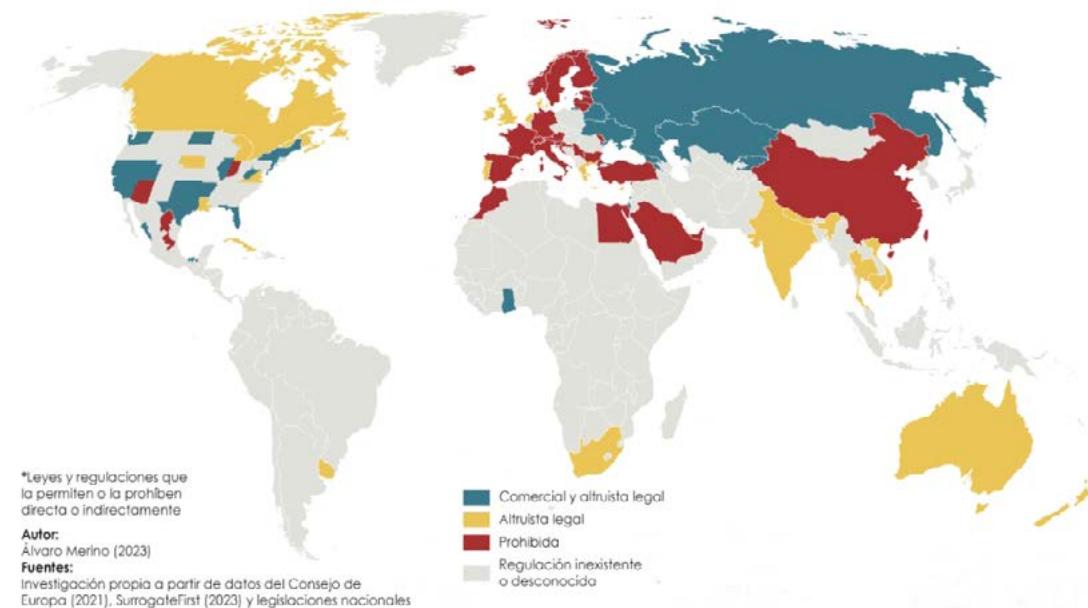
³ Publicada en la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida: https://cnrha.Sanidad.gob.es/_documentacion/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Asistida_TRA.pdf. (Consulta: 24/09/2024).

⁴ Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023, págs. 30334-30375. Art. 32. “Prevención de la gestación por subrogación o sustitución. 1. La gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, por el que se acuerda la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. Se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del 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”. Además, recoge el art. 33: “Prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución. En coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del art. 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, las administraciones públicas legitimadas conforme al art. 6 de dicha Ley instarán la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y a su cese”.

⁵ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006, págs. 19947-19956. Art. 10. “Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

⁶ Art. 1271 CC: Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. BOE-A-1889-4763. Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889, págs. 249-259.

La situación jurídica de la GS en el mundo es la siguiente:



Fuente: El mapa de la gestación subrogada en el mundo. Disponible en: El Orden Mundial⁷

En el ámbito europeo, no hay consenso sobre la prohibición o permisividad de la GS. La situación actual podemos observarla en el siguiente cuadro:

País	Normas de acceso a la gestación subrogada	Extranjeros	Altruista o compensado
Albania	No hay leyes definitivas	✓	Compensado
Austria	Prohibido para todos	✗	-
Bélgica	Disposiciones nulas e inejecutables	✗	-
Bulgaria	Prohibido para todos	✗	-
Croacia	Prohibido para todos	✗	-
Chipre	No hay leyes definitivas	✗	-
República Checa	Disposiciones nulas e inejecutables	✗	-
Dinamarca	Prohibido para todos	✗	-
Estonia	Prohibido para todos	✗	-
Finlandia	Prohibido para todos	✗	-
Francia	Prohibido para todos	✗	-
Alemania	Prohibido para todos	✗	-

⁷ El Orden Mundial es un medio independiente de análisis internacional divulgativo de referencia en español. En: https://elordenmundial.com/mapas-y-graficos/mapa-gestacion-subrogada-mundo/?fbclid=IwY2xjawF3cfxlleHRuA2FlbQIxMAABHRXeaZP_tPmcEq_Xb6-NxhMYCrcLnI93j6o1_oRET98XzidGPZOoUJ83zg_aem_x1CQmOLoCo9HHRpKPiWbfw (Consulta: 25/09/2024).

Georgia	Parejas heterosexuales, incluidos los extranjeros	✓	Compensado
Grecia	Parejas heterosexuales y mujeres solteras, incluidos los extranjeros	✓	Altruista
Hungría	Prohibido para todos	✗	-
Irlanda	Disposiciones nulas e inejecutables pero bajo revisión	✗	-
Italia	Prohibido para todos	✗	-
Letonia	Prohibido para todos	✗	-
Lituania	Prohibido para todos	✗	-
Luxemburgo	Prohibido para todos	✗	-
Malta	Prohibido para todos	✗	-
Países Bajos	Disposiciones nulas e inejecutables	✗	Altruista
Noruega	Prohibido para todos	✗	-
Polonia	Prohibido para todos	✗	-
Portugal	Parejas heterosexuales con necesidad médica	✓	Altruista
Rumanía	Prohibido para todos	✗	-
Rusia	Permitido para locales y extranjeros	✓	Compensado
Eslovaquia	Prohibido para todos	✗	-
Eslovenia	Prohibido para todos	✗	-
España	Prohibido para todos	✗	-
Suecia	Prohibido para todos	✗	-
Suiza	Prohibido para todos	✗	-
Reino Unido	Sólo se permite a los nacionales del Reino Unido	✗	Altruista
Ucrania	Parejas casadas heterosexuales, incluidos los extranjeros	✓	Compensado

Datos facilitados por *Families Through Surrogacy* (septiembre 2017)⁸

Dentro de dicha relación de países, además de España, algunos prohíben la GS, en la mayoría de los casos, con consecuencias penales. Entre ellos, Alemania (Ley de Protección del Embrión, 1990)⁹; Bulgaria (Código Penal, 1968)¹⁰; Francia (Código

8 Vid: <https://es.euronews.com/2018/09/13/donde-en-europa-es-legal-la-gestacion-subrogada> (Consulta: 25/09/2024).

9 *Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2746), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. November 2011 (BGBl. I S. 2228)*. El Art. 1.7, castiga con penas de prisión de hasta tres años o de una multa esta práctica. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/ESchG.pdf>.

10 *Наказателен Кодекс (ДВ, бр. 26/1968, изменен до 27.05.2011 г.).* El art.182a.3 castiga con prisión de hasta dos años y multa de hasta tres mil BGN a la mujer que acepta llevar un niño en su seno con el fin de entregarlo en adopción. Si el acto se vuelve a cometer, la pena será de prisión de hasta tres años y multa de hasta cuatro mil BGN. El Art.182. b.1. castigará también a la mujer que haya consentido en la venta de su hijo en el país o en el extranjero con prisión de uno a seis años y multa de cinco años y de mil a quince mil BGN. El castigo previsto en el párrafo 1 también se impone a la mujer embarazada que consiente en la venta de su hijo antes de su nacimiento. Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/21816>.

Penal, 1791)¹¹; Italia (Ley nº 40/2004, 19 de febrero, 2004)¹²; Austria (Ley 275, 4 de junio, 1992, sobre medicina reproductiva FMedG y reforma del CC General, la ley del matrimonio y la norma jurisdiccional)¹³; Suiza (Constitución Federal, 2006)¹⁴; o Suecia (Ley 251, 18 de mayo, 2006, sobre integridad genética)¹⁵. Otros la permiten en determinados casos, de forma altruista, como Portugal ((Ley nº 90/2021, 16 de diciembre, que modifica la ley nº 32/2006, 26 de julio, que regula la procreación medicamente asistida)¹⁶; Reino Unido (Ley de Maternidad Subrogada, 1985)¹⁷; o

11 *Code pénal (version consolidée au 1 janvier 2014)*. Art. 227.12 castiga con un año de prisión y 15.000 euros de multa, tanto a los intermediarios con parejas o éstas y a la mujer que acepta llevar a este niño dentro de sí. Si, además, se cometieren habitualmente o con ánimo de lucro, las penas se incrementan al doble. Del mismo modo se pena la tentativa, con las mismas penas. Disponible en: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/fr444fr.html>.

12 *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. L. 19 febbraio 2004, n. 40. Pubblicata nella Gazz. Uff. 24 febbraio 2004, n. 45.* En su art. 12.6 castiga la maternidad subrogada de cualquier interviniente con pena privativa de libertad de tres meses a dos años y con multa de 600.000 a un millón de euros. Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/02/24/004Goo62/sig>.

13 275. *Bundesgesetz, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (Fortpflanzungsmedizingesetz — FMedG) sowie das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz und die Jurisdiktionsnorm geändert werden. 105. Stück — Ausgegeben am 4. Juni 1992 — Nr. 275.* El art. 2.3 de la Ley federal sobre reproducción asistida, determina que los ovocitos y embriones solo pueden ser utilizados en la paciente de la que proceden. Puede constituir infracción administrativa castigada con multa de hasta 500.000 S y pena de prisión sustitutiva de hasta 14 días. Disponible en: https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1992_275_o/1992_275_o.pdf.

14 *Constituziun federala da la Confederaziun svizra, dals 18 d'avrigl 1999 (versiun dals 3 da mars 2024).* El art. 119.2.d. prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución, también por el art. 4 de la Ley Federal sobre procreación médicaamente asistida de 1998 (reformada en 2006), que expresamente prohíbe la GS en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito). Disponible en: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/rm>.

15 *Lag (2006:351) om genetisk integritet m.m., 18 maj.* En su capítulo 8, art. 6, castiga la GS con multa o prisión de hasta dos años, si bien refiere cuando se haga con ánimo de lucro la transmisión de material genético. En 2013 se propuso la autorización para cuando, de forma altruista, se permitiera en el ámbito familiar, sin embargo, tras el Informe Wendel (2016), se reconoce que no es posible garantizar el altruismo ante la demanda creciente, recomendándose que quedase prohibida. Disponible en: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2006351-om-genetisk-integritet-m_m_sfs-2006-351/#K8 y <http://www.ionainstitute.ie/swedish-report-calls-for-total-ban-on-surrogacy/>.

16 *Lei n.º 90/2021 de 16 de dezembro Altera o regime jurídico aplicável à gestação de substituição, alterando a Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida.* Diário da República n.º 242/2021, Série I de 2021-12-16, págs. 13-16. En su art. 8.2 establece que se admitirá con carácter excepcional y gratuito, en los casos de ausencia de útero, lesión o enfermedad de este órgano u otra situación clínica que impida absoluta y definitivamente el embarazo de la mujer. Disponible en: <https://diariodapublica.pt/dr/detalhe/lei/90-2021-175983728>.

17 *Surrogacy Arrangements Act 1985; Adoption and Children Act 2002; Human Fertilisation and Embryology Act 1990* modificada por *Human Fertilisation and Embryology Act 2008; or Fertilisation and Embryology (Parental order) Regulations 2010*. La ley de maternidad subrogada de 1985 solo asume un tipo de servicio para parejas heterosexuales y homosexuales, pero debe ser un proceso altruista y no permite que la gestante aporte sus óvulos, para no tener vínculo genético con el bebé. Limita a los extranjeros, ya que uno de los dos miembros de la pareja debe residir allí para poder beneficiarse. Están excluidas las personas solteras. Garantiza los derechos de filiación de la madre, teniendo 6 meses para renunciar a ella. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> y en:

Grecia¹⁸ (art. 1458 del CC). En estos dos últimos países, a pesar de prohibirse de forma comercial, se permite una compensación económica a la madre gestante. En Reino Unido, esta compensación económica, si se da, cubriría los gastos derivados del embarazo, incluidos, gastos de ropa, viajes, costes médicos, costes del embarazo y pérdida de ingresos para la madre gestante. En Grecia se da por la pérdida de salarios y por los gastos del embarazo, prohibiéndose por Ley que se compense a la gestante con más de 12.000 €, pudiéndose multar a los padres o imponer una pena de cárcel en caso de incumplimiento. La diferencia entre ambos países es que, mientras en Grecia el consentimiento otorgado por la madre gestante es irrevocable, en el Reino Unido el bebé es de la madre gestante a quien, además, se le da un tiempo de reflexión tras el parto por si decide no entregarlo.

Donde sí se permite completamente la GS es en Rusia (Código de Familia de la Federación de Rusia, 1995; Ley federal sobre los fundamentos de la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia, 2011, publicada en enero de 2012)¹⁹ o Ucrania (Código de Familia, 2002)²⁰. Respecto a este último, es el país europeo con la legislación más sólida y favorable a la GS, imposibilitando que la madre gestante

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>.

18 Νόμος 3089/2002 “Ιατρική βοήθεια στην ανθρώπινη αναπαραγωγή” (ΝΟΜΟΣ ΥΠ' APIΘ. 3089 ΦΕΚ A 327/23.12.2002) που τροποποιεί τα άρθρα 1458 και 1464 ΑΚ, τροποποιήθηκε με αριθμό νόμουννόμο 3305/2005; αριθμός νόμου 4272/2014; και αριθμός νόμου 4958/2022. La Ley 3089/2002 que modifica los arts. 1458 y ss del CC griego, modificada por Ley 3305/2005; Ley 4272/2014; y por la Ley 4958/2022, permite sólo la maternidad subrogada de forma altruista, siempre que la madre gestante sea residente permanente o temporal en Grecia. Es legal para parejas heterosexuales y mujeres solteras que no pueden tener hijos, pero se necesita un certificado de infertilidad y el consentimiento por parte de un tribunal. Disponible en: <https://www.e-nomothesia.gr/kat-ygeia/tekhnete-gonimopoiiese/n-3089-2002.html>.

19 Код Семьи Российской Федерации 1995; Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан Российской Федерации» 2011 г., опубликованный в январе 2012 г.; Закон о федеральном реестре актов гражданского состояния 1997 года и приказ министра № 67. Минздрава РФ о применении методик. Вспомогательная репродукция в лечении женского и мужского бесплодия, 2003. Código Familias de la Federación de Rusia 1995; Ley federal sobre los fundamentos de la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia, de 2011, publicada en enero de 2012; Ley Federal de Registro Civil de 1997 y Orden Ministerial N° 67. En Rusia, para ser gestante se requiere tener entre 20 y 35 años; haber tenido al menos un hijo propio sano; y tener buena salud. Si está casada, necesita el consentimiento de su marido. La Federación rusa sólo admite la maternidad subrogada gestacional, prohibiéndose así a la gestante que aporte su propio material genético. Solo pueden optar a la GS, las parejas heterosexuales casadas y no casadas, así como las mujeres solas. No se regula el pago, si bien se estima que el coste puede estar entre 50.000 y 80.000 €. Disponible en: <https://babystart.com/es/rusia/>.

20 СІМЕЙНИЙ КОДЕКС УКРАЇНИ, 2002. El Código Familiar de Ucrania, art. 123.2 (modificado por la Ley N° 3760-VI del 20/09/2011). La pareja que solicite la GS ha de estar casada y han de ser incapaces de concebir, o de llevar un embarazo, o de dar a luz de forma natural. Además, para ser registrados como padres legales, deben presentar ante el registro un certificado que determine que el material genético utilizado pertenece al menos, a uno de ellos, hecho que supone un requisito legal para reconocer la filiación. En cuanto a la gestante, ha de ser adulta, competente, haber tenido mínimo un hijo propio y sano, buena salud y sin contraindicaciones médicas. Puede ser casada, si bien en este caso, ambos cónyuges deben otorgar consentimiento. Disponible en: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>.

pueda quedarse con el bebé y permitiendo también la selección del sexo mediante el diagnóstico genético preimplantacional. El proceso costaría entre los 26.000 y los 60.000 €, incluidos los pagos a la madre gestante. Hasta el inicio de la invasión rusa y posterior conflicto bélico, era uno de los países más recurrentes para realizar la GS.

Ante esta disparidad legislativa, la Unión Europea (en adelante, UE), en el Parlamento Europeo, el 30 de noviembre de 2015, con motivo de la emisión del “Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el mundo 2014”, condenaba la GS por ser contraria a la dignidad humana de la mujer, pidiendo que se examinara con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos²¹. No obstante, fue en 2024, el 23 de enero, cuando el Consejo y el Parlamento Europeo llegaron a un acuerdo provisional para incluir la GS como una figura delictiva dentro de la trata de seres humanos (en adelante, TSH). Como consecuencia de ello, el 13 de junio vio la luz la Directiva (UE) 2024/1712 (en adelante, DE1712) del Parlamento Europeo y del Consejo²², por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, sin perjuicio de las normas nacionales sobre maternidad subrogada, incluido el Derecho penal o el Derecho de familia.

Paralelamente, continúan los trabajos de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) que, además de estudiar cuestiones de derecho internacional privado sobre la filiación legal de los niños y los acuerdos internacionales de GS, también refiere la necesidad de eliminar los casos de TSH, incidiendo en evitar que las mujeres se ofrezcan a ser gestantes solo por no tener recursos económicos, como recogió la quinta reunión celebrada del 29 de enero al 1 de febrero de 2019. El Grupo de Expertos publicó su informe en noviembre de 2022 para el Consejo de Asuntos Generales y Políticas (CGAP). El trabajo del Grupo de Expertos concluyó después que publicaría su Informe Final, en el que siguen trabajando²³.

En este contexto, considerando los derechos y bienes jurídicos que pueden verse afectados, trataremos de analizar si tras la DE1712, deben producirse cambios legales en nuestro país en el ámbito penal, para asegurar, según qué acciones deben ser susceptibles de sanción. Además, reflexionaremos si, a raíz de las últimas sentencias de reconocimiento de filiación, consecuencia de la GS, se está produciendo, desde el ámbito civil, una cierta legitimación de esta práctica. Todo ello porque, prohibir una conducta

²¹ INFORME A8-0344/2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto. 30.11.2015-(2015/2229(INI)). En: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.html?redirect (Consulta: 24/09/2024).

²² DOUE núm. 1712, de 24 de junio de 2024, págs. 1-13.

²³ HCCH. *Vid:* <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (Consulta: 20/09/2024).

dentro del territorio propio, pero aceptar después la evidencia de que los ciudadanos del mismo han acudido fuera de las fronteras para conseguir un hijo, violando la legislación propia, podría resultar la “aceptación tácita del acto infractor” o bien sembrar el camino para su regulación por hechos consumados²⁴. No olvidemos, además, que, como recoge HELBLE, cualquier negligencia que ocurra en el extranjero, debe resolverse en el país de la contratante, lo que supone un esfuerzo de los servicios públicos²⁵.

2. LA GESTACIÓN SUBROGADA. APROXIMACIÓN A UNA PRÁCTICA CUESTIONADA

La GS o por sustitución, es la gestación que se pacta mediante un contrato, con o sin precio, en el que la mujer gestante renuncia a la filiación materna del futuro hijo a favor del contratante o de un tercero²⁶. En la GS el embrión se forma “con espermatozoides donados que fecundan los óvulos de la gestante subrogada o los óvulos de una donante. El embrión se implanta en el útero de la gestante subrogada, quien continúa el embarazo hasta que nace el bebé”²⁷, siendo la más cuestionada aquella en la que la madre gestante o ambos no guardan ninguna relación genética con el producto de la gestación.

La utilización del cuerpo femenino, sólo para concebir, no es una práctica actual o desconocida a lo largo de la historia. Sus orígenes ya se recogían en la Biblia²⁸, documentándose como práctica en el Código de Hammurabi babilonio, en el que se ofrecían esclavas a los maridos de mujeres estériles²⁹. En los países orientales tampoco fue ajena, siendo similar a las recogidas en la Biblia. En la antigua China, un hombre podía “tomar prestado el vientre de una mujer para producir descendencia” con el fin de continuar su linaje familiar³⁰ y en Japón se llevaba a cabo la práctica

²⁴ DEONANDAN, R. et al., “Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism”, *Journal of Medical Ethics*, 38, 2012, pág. 1742.

²⁵ HELBLE, M., “The movement of patients across borders: challenges and opportunities for public health”, *Bulletin of World Health Organization*, 89, 2011, pág. 70.

²⁶ Vid: https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/menores/gestacion-sustitucion.html#-ad423719bbbd (Consulta: 22/09/2024).

²⁷ Vid: Instituto Nacional del Cáncer de EEUU (NIH). En: <https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionarios/diccionario-cancer/def/embarazo-subrogado> (Consulta: 25/09/2024).

²⁸ Génesis 16: 2-16: La mujer de Abraham, Sarai, incapaz de tener descendencia, le pide a su marido que su esclava Agar conciba; Génesis 30: 2-9: Raquel, mujer de Jacob, siendo estéril, intenta que sea su criada Bilhá quien conciba.

²⁹ Conjunto de 282 leyes inscritas en una piedra por el rey de Babilonia Hammurabi (r. 1795-1750 a.C.).

³⁰ DING, C., “Surrogacy litigation in China and beyond”, *Journal of Law and the Biosciences*, 2, (1), pág. 33.

denominada *mekake-bouko*, según la cual, las mujeres solteras dedicadas al servicio doméstico, tenían el deber de dar descendencia, entregando al bebé si terminaban sus servicios y abandonaban la casa³¹.

También se ha recurrido a ella en el mundo occidental. El caso más conocido fue el proyecto *Lebensborn* o Fuente de vida, puesto en marcha por el régimen nazi en Alemania en los años 30 con el objetivo de que los oficiales de las SS tuvieran descendencia aria. Las mujeres solteras seleccionadas, normalmente en los países ocupados, debían tener el pelo rubio, ojos azules y una altura y un peso específicos, siendo separadas de sus hijos tras nacer³². Ya en época reciente, la GS tuvo sus inicios en Estados Unidos (EEUU), durante la década de los 70 aportando la gestante los gametos, haciendo uso de la inseminación artificial a través de una agencia llamada *Surrogate Family Service Inc.* Tras la aparición en 1978 de la fertilización in vitro, se produjo, ya si, la primera GS en 1984, cuando los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al útero de una mujer que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética³³.

Sobre su aplicación y su posible legalidad o ilegalidad, podríamos disertar largo y tendido. No es nuestra intención hacer un juicio moral al respecto, sino, en aplicación de los derechos reconocidos tanto a nivel internacional como nacional, determinar si su práctica debe ser objeto de regulación legal. En este sentido, partiremos de los argumentos de quienes piensan que debe permitirse, fundando su petición al considerarla una garantía de los Estados como servicio público en virtud de un posible derecho a la paternidad y maternidad y de la libre autonomía personal; y los de los que sostienen que no puede considerarse su uso como TRA, atendiendo al derecho a la dignidad de la mujer y a la no cosificación de su cuerpo.

Sobre el derecho a ser padre o madre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 16.1 recoge el derecho a fundar una familia, -también a contraer matrimonio³⁴, sin que crear una familia sea sinónimo de reproducirse. Es más, el concepto de familia no se basa sólo en la tenencia de unos hijos por la llamada “vía natural”, ni siquiera en la tenencia de unos hijos³⁵. En el mismo sentido los

31 YANAGIHARA, Y., “The practice of surrogacy as a phenomenon of ‘bare life’: An análisis of the Japanese case applying Agamben’s theory”, *Current Sociology Monograph*, 69, (2), pág. 233.

32 TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., “Los derechos humanos de los hijos de los soldados alemanes tras la Segunda Guerra Mundial. El caso de Noruega”, *Anuario español de derecho internacional*, vol. 35, 2019, págs. 190 y 191.

33 LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 20; UTIAN, W. H., et al., “Successful pregnancy after in vitro fertilization-embryo transfer from an infertile woman to a surrogate”, *New England Journal of Medicine*, nº 313, 1985, págs. 1351-1352.

34 Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

35 Familia: grupo de personas vinculadas por relaciones de matrimonio, parentesco, convivencia o

arts. 9 y 33 de la Carta Europea de los Derechos Humanos (CDFUE)³⁶; el art. 23.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)³⁷. Nuestra Constitución (en adelante, CE)³⁸, art. 39.1, no habla de un derecho a la paternidad o maternidad, ni siquiera a la reproducción, refiriéndose a la protección a la familia, determinando en el apartado 2 la protección a los hijos y a las madres cualquiera que sea su estado civil, garantizando la investigación de la paternidad, y en su apartado 3, la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Junto con esos derechos reconocidos a fundar una familia y a la protección de la misma, se protege el derecho a la privacidad, prohibiendo las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y en su familia, pero insistimos, no un derecho a procrear (art. 7 CDFUE; art. 17 PIDCP; art. 18 CE). Todo ello porque procrear, ya sea hombre o mujer, en su aspecto biológico, es “engendrar un individuo de su misma especie”³⁹, aunque en la mujer esté ligado a la fertilidad femenina como capacidad de la mujer para concebir un hijo y llevar a término el embarazo durante 9 meses⁴⁰. Este aspecto solo biológico, impediría, sin otra reflexión, que siendo infértil no pudiera impetrar ese derecho a reproducirse. No obstante, tanto para la mujer como del hombre, la reproducción es considerada no sólo un acto biológico o fisiológico, sino algo más allá del hecho objetivo de la procreación. Todos los convenios internacionales que hablan del derecho a la reproducción, vistos y que veremos, lo recogen como un compromiso responsable de los hombres y mujeres que han decidido procrear con el hijo o hija resultado del mismo. Reproducirse es una decisión libre que puede

afinidad. Fuente: <https://www.rae.es/> (Consulta: 28/09/2024).

36 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). DOUE 18.12.2000. Art. 9: “Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Art. 33 “Vida familiar y vida profesional 1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social”. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

37 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el art. 49. Art. 23: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-on-civil-and-political-rights>.

38 Constitución Española 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Art. 39: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

39 Fuente: <https://dle.rae.es/> (Consulta: 30/09/2024).

40 Fuente: <https://www.reproduccionasistida.org/> (Consulta: 30/09/2024).

ejercerse o no. Por tanto, la incapacidad para gestar de una mujer o de engendrar de un hombre, no genera un derecho a procrear, tampoco debe entenderse como una discriminación respecto a quién si puede, ni como una obligación para los poderes públicos que deban solventar a toda costa, más allá de poner a disposición de quienes lo soliciten, los avances científicos en materia reproductiva, siempre respecto a sus propios cuerpos y con respeto a los derechos humanos.

Los derechos reproductivos, recogidos por primera vez en sendas conferencias internacionales como fueron la Conferencia del Cairo sobre población y Desarrollo del (CIPD) de 1994⁴¹ y la Conferencia sobre la Mujer de Beijing de 1995⁴², tampoco otorgan el derecho a procrear a toda costa. La primera, respecto a los derechos reproductivos tanto del hombre como de la mujer, reconoce la capacidad de procrear y la libertad de hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia, siempre atendiendo a la salud sexual. Por otro lado, y en relación con la salud reproductiva, hace referencia a la necesidad de poder recurrir a todos los “métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva”, sin embargo, no abre las puertas a la intervención en otro cuerpo ajeno, sino a la propia salud reproductiva, insistiendo en la conformidad de dichos métodos con los derechos humanos. Derecho de acceso a los métodos y técnicas que ayuden en la salud reproductiva, al igual que a obtener información para poder acceder a la planificación de la familia de su elección, siempre que no estén legalmente prohibidos. Permitir cualquier técnica sólo para lograr el fin deseado convertiría la medicina reproductiva en un producto de consumo, denominado por algunos autores como “medicina del deseo”⁴³, y por tanto provocaría la mercantilización de la misma⁴⁴, y transformaría a los agentes sanitarios en proveedores de un producto⁴⁵.

La Conferencia de Beijing, en este caso respecto a la mujer, reconoce su derecho a controlar todos los aspectos relacionados con su salud, especialmente, en lo relativo a su fecundidad, debiendo garantizar los Estados la atención a la salud y promover la salud sexual y reproductiva de la mujer y su educación⁴⁶, no limitado a lo antes

41 Naciones Unidas, A/CONF.171/13/Rev.1, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. Disponible en: <https://www.un.org/es/conferences/population/cairo1994>.

42 Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 4 al 15 de septiembre de 1995, Beijing, China. Disponible en: <https://www.un.org/es/conferences/women/beijing1995>.

43 LÓPEZ GUZMÁN, J., “Dimensión económica de la maternidad subrogada (“habitaciones en alquiler”）”, *Cuadernos de Bioética* XXVIII 2^a, 2017, pág. 209; SPAR, D., “Reproductive tourism and the regulatory map”, *N Engl J Med* 352, 6, 2005, págs. 531-533.

44 HELBLE, M., “The movement of patients across borders: challenges and opportunities for public health”, *op. cit.*, pág. 70.

45 PELLEGRINO, E.D. “The commodification of Medical and Health Care: The Moral consequences of a paradigm shift from a Professional to a Market Ethic”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 24 (3), 1999, pág. 244.

46 Naciones Unidas, A/CONF.177/20/Rev.1, Beijing, 4-15 september, 1995, nº 17 y nº 30. Disponible en: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/fwcwn.html>.

recogido como procreación. Así, la gestación como estado, no como derivado del derecho a ser madre, merecería especial atención dado que las hormonas producidas en la misma “inducen un intenso proceso neurobiológico natural que configura el que se puede llamar cerebro materno”⁴⁷. Ello se complementaría con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) que en su art. 16 establece el derecho de las mujeres a decidir de manera libre y responsable sobre su maternidad y el derecho a acceder a la información y a la educación que les permitan ejercer esos derechos⁴⁸.

En resumen, no existe el derecho a ser padre o madre, como recoge la normativa citada. Además, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en su Sentencia de 14 de julio de 1994, no considera la procreación un derecho, sino una libertad que se deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10.1 como garantía negativa frente a la intromisión de terceros. Todo ello relacionado con lo declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (en adelante, TEDH), en relación al derecho a una vida familiar y el derecho a la no intromisión, y su posición en contra de la GS abordado en distintas sentencias como en el *Caso Mennesson vs. France*, y *Caso Labassee vs. France*⁴⁹. Más concretamente, la Sentencia en el *Caso Paradiso Campanelli vs. Italia*⁵⁰, determinaba que “el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁵¹, no reconoce un derecho a convertirse en padre/madre” por lo que el “interés público” prevalece sobre “el deseo de ser padres”, quedando claro que no existe un derecho reconocido a ser padres⁵².

Otro elemento en juego, respecto a la GS, es el derecho a la dignidad de la mujer reconocido en el art. 10 CE⁵³ afectado por la mercantilización de su cuerpo. Sobre ello

47 LÓPEZ MORATALLA, N., “Comunicación materno-fetal en el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*. XX, (3), 2009, págs. 307-308.

48 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981. *Vid:* https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cedaw_SP.pdf.

49 Caso *Mennesson vs. France* (nº 65192/11) y Caso *Labassee vs. France* (nº 65941/11), Sentencia de 26 de junio de 2014 (TEDH).

50 Caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia* (Rec. 25358/2012), Sentencia de 27 de enero de 2015 (TEDH, Sección 10^a) y Sentencia de 24 de enero de 2017 (TEDH, Gran Sala).

51 Convenio Europeo de Derechos Humanos. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, págs. 23564 a 23570. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa.

52 Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada, pág. 88. En: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Children/SR/Surroga_cy/Other/InformeComit%C3%A9Bio%C3%A9ticaEspa%C3%B1aaspectos.pdf (Consulta: 3/10/2024).

53 TÍTULO I. De los derechos y deberes fundamentales. Art. 10: “1. La dignidad de la persona,

existe ingente literatura, considerando definitiva la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS), de 6 de febrero de 2014 que conjuga el “respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante” con la necesidad de “evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse las mujeres jóvenes en situación de pobreza o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”⁵⁴. Se cuestiona si dicha dignidad de la mujer se vería afectada cuando es la propia mujer gestante la que libre y voluntariamente decide someterse a esta práctica, más aún si se encuentra en países desarrollados en un proceso supervisado judicialmente⁵⁵. Así, se apela a la autonomía personal comparando la libertad de gestar a la de abortar, obviando que ésta última atiende a la decisión sobre el propio hijo biológico futuro y, precisamente, -excluido solo motivos médicos-, en ejercicio del derecho a una decisión libre y responsable sobre su maternidad, lo que no ocurre en la GS donde se le obliga a renunciar a ella con anterioridad al nacimiento sin posibilidad de decidir si quiere quedarse con el hijo o hija, en virtud de un contrato y, normalmente, con remuneración económica. Además, en la GS lo que se acuerda o contrata son las funciones reproductivas, inherentes a la persona, lo que está fuera del comercio de los hombres, como *res extra commercium* sin que puedan ser objeto de contrato, ni a título oneroso ni a título gratuito. Por tanto, con independencia de las opiniones a favor o en contra, y aunque la decisión de la gestante no sea atribuible a una situación de necesidad, hay un hecho irrefutable y es la utilización del cuerpo de la mujer sólo como un instrumento para procrear y la mercantilización del hijo o hija producto de esa procreación, contrario a los derechos humanos.

Al hilo de lo expresado, también en el *Caso Paradiso Campanelli vs. Italia*, los jueces DE GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE, WOJTYCZEK Y DEDOV, emitieron voto particular donde lamentaban que el Tribunal no se hubiera pronunciado expresamente sobre la maternidad subrogada, por entender que:

- 1) Es incompatible con la dignidad humana, ya que supone tráfico de niños, en el sentido del art. 2 del Protocolo Opcional de la Convención de Derechos del Niño (CDN)⁵⁶;
- 2) Desconoce la fuerte relación creada durante el embarazo entre la madre gestante y el niño;

los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

54 STS núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, Sala 1^a, de lo Civil, (RJ 2014,736). (ECLI: ES:TS:2014:247).

55 PRESNO LINERA, M.A., “Gestación por sustitución, autonomía personal y dignidad de la mujer gestante”, en CARRIO SAMPEDRO, A. (ed.), *Gestación por Sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pág.122.

56 Art. 2.a, del Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, BOE, núm. 27, de 31 de enero de 2002, págs. 3917-3921.

3) Hace desaparecer de la vida del niño a su madre gestante⁵⁷.

Para concluir éste epígrafe, podemos afirmar que, a pesar de las diversas opiniones e interpretación que sobre los derechos reproductivos quieran hacerse, no existe un derecho a ser padre o madre. No cabe argumentar la denominada “asimetría reproductiva”⁵⁸ como desigualdad de oportunidades de quienes no tienen posibilidad de tener hijos biológicos por falta de capacidad gestacional (mujeres estériles solas o en pareja, varones solos o en pareja homosexual)⁵⁹. La capacidad gestacional, como aspecto biológico, no puede alegarse como desigualdad, ni la utilización de otro cuerpo como avance científico, más aún cuando quienes, impetrando un derecho a la maternidad, obligan a renunciar, por contrato, a quien sí tiene esa capacidad de gestar. Además, en esta mercantilización de la maternidad, se crean dos categorías de ciudadanos, lo que sí es discriminatorio, ya que sólo pueden realizar la GS quienes tengan recursos suficientes para costearse un viaje al extranjero más los gastos para afrontarla. Pero sobre todo, abrir la puerta a la GS como última oportunidad de ser madre o padre, como señala LÓPEZ GUZMÁN, fomenta la cultura que asume que un hijo, un hijo verdadero, sólo es aquel que tiene una relación genética con su progenitor⁶⁰.

3. LA EXPLOTACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO TRATA DE SERES HUMANOS

La primera definición consensuada de la trata se incorporó en el año 2000 al Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante, Protocolo de Palermo)⁶¹, que define la TSH en su art. 3.a) como la “captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al

⁵⁷ GODOY VÁZQUEZ, M.O., “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, nº 34, 2018, pág. 124.

⁵⁸ REDONDO SACEDA, L., “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada” en *Anuario Facultad de Derecho–Universidad de Alcalá IX*, 2016, pág. 50.

⁵⁹ GODOY VÁZQUEZ, M.O., “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo”, *op. cit.*, pág. 112.

⁶⁰ LÓPEZ GUZMÁN, J. “Dimensión económica de la maternidad subrogada (“habitaciones en alquiler”), *op. cit.*, pág. 208.

⁶¹ Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Nueva York, 15 de noviembre de 2000. Instrumento de ratificación por España: BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003, págs. 44083-44089. En: <https://www.refworld.org/es/leg/trat/agonu 2000/ es/23886>.

engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos". En el mismo sentido, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005, (Convenio de Varsovia)⁶². Una explotación similar a la que la Convención sobre la Esclavitud de 26 de septiembre de 1926 definía en su art. 1, como "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos"⁶³.

La DE1712 por fin habla textualmente de la explotación de la maternidad subrogada como forma de infracción relacionada con la TSH, tal como se definía en la Directiva 2011/36/UE, en la medida en que se cumplan todos los criterios constitutivos de dichas infracciones, incluidos los medios. Si bien el Convenio de Palermo no recoge literalmente la GS, ni la adopción ilegal, su enumeración no es exhaustiva y al establecer como fin la explotación, comprende los elementos que pueden hacer que la GS se incluya en el tipo, como son: la captación; la vulnerabilidad; el aprovechamiento de la necesidad; el pago; y el fin mismo como explotación de las capacidades reproductivas e integridad física de la mujer. Además, recoge el abuso de poder, la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación, acciones que también podemos encontrar en la GS. La DE1712 si concreta como conductas persegibles, respecto a dicha explotación, las de aquellos que coaccionan o engañan a mujeres para que actúen como madres subrogadas⁶⁴. El propio considerando primero de la misma señala a "la pobreza, los conflictos, la desigualdad, la violencia de género, la ausencia de oportunidades de empleo viables o de apoyo social, las crisis humanitarias, la apatridia y la discriminación, entre los principales factores que hacen que las personas sean vulnerables a la trata, en especial las mujeres, los menores y los miembros de colectivos marginados"⁶⁵.

Como decíamos al inicio, la GS es una práctica en alza que, además, mueve mucho dinero. Se estima que el mercado europeo de la GS alcanzará un valor de 61.000

62 Instrumento de Ratificación del Convenio nº 197 del Consejo de Europa. Varsovia, 16 de mayo de 2005. BOE, núm. 219, de 10 de septiembre de 2009, págs. 76453-76471. En: <https://www.coe.int/es/web/compass/convention-on-action-against-trafficking-in-human-beings>.

63 Convención relativa a la esclavitud. Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926. Entrada en vigor: 9 de marzo de 1927. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Trata_Personas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Universales/Convencion_RE.pdf.

64 Considerando 6, Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024.

65 Considerando 1, Directiva (UE), *ibidem*.

millones de dólares en 2032⁶⁶. La evolución del negocio es imparable. En la India, por ejemplo, en 2012 operaban más de 3.000 clínicas de fertilidad, que solo ese año ingresaron más de 400 millones de dólares⁶⁷. En 2015 se obtuvieron más de 138 millones de dólares que se repartieron entre comercializadoras, servicios jurídicos y sanitarios, empresas satélites que rodean el negocio, Estados y las gestantes -que apenas percibieron el 0,9% de los ingresos generados-, alcanzando los pagos, dependiendo de la clínica, los 2.800 y 5.700 € por el bebé⁶⁸. En Rusia, en el 2015, un acuerdo de GS podía costar entre 35.000 y 60.000 \$, recibiendo la madre gestante entre 10.000 y 17.000 \$ después del parto del bebé, siempre que estuviese sano, además de una asignación mensual de entre 250 y 400 \$ para alimentos y otros gastos⁶⁹. En EEUU, por su parte, la madre gestante recibiría alrededor de 25.000 a 35.000 \$, más gastos⁷⁰.

A la sombra de este “negocio” también han crecido organizaciones criminales que extienden sus redes por países como Tailandia, Nigeria o Vietnam⁷¹. Incluso en el seno de la UE, al amparo de leyes permisivas con la GS, se instalan redes criminales como por ejemplo en Grecia, donde en 2020 las policías griega y búlgara, en colaboración con la Europol, detuvieron a más de 60 implicados, entre los cuales se

66 Estudio *Global Market Insights Inc.*, “Mercado de gestación subrogada: por tipo (gestación subrogada, gestación subrogada tradicional), por tecnología (inseminación intrauterina (IIU), fertilización in vitro (FIV), por grupo de edad, por proveedor de servicios y pronóstico, 2023-2032”, en: <https://www.gminsights.com/industry-analysis/surrogacy-market> (Consulta: 1/10/2024).

67 *Vid:* “India busca regular su floreciente industria de ‘alquiler de útero’”, Reuters, en: <https://www.reuters.com/article/us-india-surrogates-idUSBRE98T07F20130930/> (Consulta 1/10/2024).

68 NUÑO GÓMEZ, L., “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *Revista de filosofía moral y política*, n.º 55, 2016, págs. 686-687; Vientes de alquiler en India: abstenerse extranjeros | Público (publico.es), en: <https://www.publico.es/sociedad/vientres-alquiler-india-abstenerse-extranjeros.html> (Consulta 3/10/2024); TREJO PULIDO, A., “En el nombre del padre: explotación de mujeres con fines reproductivos y venta de bebés recién nacidos. Diez puntos básicos para conocer toda la verdad sobre el alquiler de vientres”, 2021, en: <https://www.enferalicante.org/Documentos/2021>(Consulta 1/10/2024); NADIMPALLY, S., *For Motherhood and for Market: Commercial Surrogacy in India In: New Cannibal Markets: Globalization and Commodification of the Human Body*, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2015, párr, 17.

69 *Vid:* Marcos morales de la gestación subrogada comercial en EEUU, India y Rusia, en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8009022/#CIT0034> (Consulta: 01/10/2024).

70 *Vid:* Precio de la Subrogación de EEUU, en: <https://fertilitycenterly.com/es/tratamiento-de-fertilidad/precio-de-la-subrogacion/> (Consulta: 01/10/2024).

71 La policía nigeriana rescató a 32 niñas embarazadas, con edades de entre 15 y 17 años, retenidas en una vivienda. Decían percibir un precio aproximado de 130 euros, lo que podía ser más si fuese varón. *Vid.:* EUROPAPRESS <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-policia-nigeriana-rescata-32-adolescentes-embarazadas-clinica-supuestamente-dedicada-trafico-bebes-20110602114525.html>. La red Baby, una empresa de gestación comercial que operaba por Internet en Tailandia, liberó en 2011, a catorce mujeres vietnamitas (siete de ellas embarazadas); Informe del Consejo de Europa *Surrogate motherhood: a violation of human rights, report presented at the council of europe*, Strasbourg, on 26 april 2012, pág. 13. En: <https://www.ieb-eib.org/ancien-site/pdf/surrogacy-motherhood-icjl.pdf> (Consultados: 30/09/2024).

encontraban una ginecóloga, un abogado y varios empleados de una clínica privada, identificando a 30 víctimas⁷². En EEUU se desmanteló una red de abogados que había creado un inventario de bebés no nacidos para venderlos al precio de 100.000 \$, utilizando vientres de alquiler⁷³.

Nuestro Código Penal (en adelante, CP), recoge en el Título VII bis, art. 177 bis, el delito de TSH, castigando con pena de cinco a ocho años de prisión al que, en territorio español o desde España, en tránsito o con destino a ella, “empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:

- 1) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad.
- 2) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.
- 3) La explotación para realizar actividades delictivas.
- 4) La extracción de sus órganos corporales.
- 5) La celebración de matrimonios forzados”⁷⁴.

No contempla, como finalidad, la explotación en la GS, aunque si recoge en qué consiste la situación de vulnerabilidad que allana la explotación en la TSH, estableciendo que “existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso”, precisamente en consonancia a lo que ya nuestra Jurisprudencia había recogido respecto al atentado a la dignidad de la mujer⁷⁵.

Importante destacar que el art. 177 bis, apartado 3º, en casos de explotación, y, por tanto, también en relación a la GS, establece que el consentimiento de la mujer o anuencia de la misma sería absolutamente irrelevante⁷⁶, en consonancia con el Protocolo de Palermo, art. 3.b, que determina que “el consentimiento dado por la

72 Vid:https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2020-03-03/grecia-gestacion-subrogada_2479332/ (Consulta: 01/10/2024).

73 Vid: Mujer, Madre y Profesional de Profesionales por la Ética. (2015, abril). Vientres de Alquiler, Maternidad Subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas, en; https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/vientreAlquiler/v_aquiler_web.pdf (Consulta: 01/10/2024).

74 Art. 177 bis CP Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE, 31 de Marzo de 2015.

75 STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, *op. cit.*

76 Art. 177.3 bis. CP “El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo”.

víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”.

La redacción del art. 177 bis, a pesar de reconocer la explotación, la violencia, la coacción y las situaciones de vulnerabilidad, no puede aplicarse a la explotación por GS sin una modificación legislativa, al contener, como numerus clausus las finalidades de la TSH. Sin embargo, ningún impedimento habría para realizar la ampliación de dichas finalidades, más aún cuando la DE1712 incide en el respeto a las normas nacionales, y en nuestro país, aunque no se recoja nada, la GS es una práctica prohibida. Por tanto, sería TSH la explotación cuando su fin sea la GS, ya sea en el tránsito por nuestro país o éste como destino, en cumplimiento, también, de nuestra adhesión al Protocolo de Palermo para combatir la explotación de las personas, especialmente las mujeres y los niños.

Respecto a los niños y niñas fruto de esa GS, nada dice la DE1712, más allá de contemplar como TSH las adopciones ilegales, que, efectivamente, deberán también incluirse en el art. 177 bis del CP. Sólo se refiere a la GS en menores cuando la madre gestante lo fuere, es decir, como sujeto pasivo de TSH, lo que ya se contempla en el art. 177 bis⁷⁷. Nuestro ordenamiento, sin embargo, insiste en la protección integral de los menores a través de normas como la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio⁷⁸, y la Ley 26/2015, de 28 de julio⁷⁹, ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que introducen como principio rector de la actuación administrativa el amparo de las personas menores de edad contra todas las formas de violencia, incluidas las producidas en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras.

El Título XII del CP, relativo a los delitos contra las relaciones familiares, en su Capítulo II “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, si recoge algunas disposiciones respecto las adopciones ilegales. El art. 220, castiga en su apartado 1º, “la suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años”, así como la ocultación o entrega “a terceros una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación”, en su apartado 2º. Incluso respecto al personal, en su apartado 5º, contempla que cuando “las sustituciones de un niño por otro que se produjeren en centros sanitarios o sociosanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y

⁷⁷ Art. 177. 2 bis CP: “Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se lleve a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación”.

⁷⁸ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, págs. 61871-61889.

⁷⁹ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015, págs. 64544-64613.

custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año”. En el art. 177 bis de acuerdo a la DE1712, encajarián estos tipos, como adopciones ilegales, siempre que, con los medios recogidos en el mismo, se diese la acción mediando explotación, coacción o engaño, contemplándose ya penas accesorias, tanto para el personal sanitario o de cualquier tipo interviniente, como para las personas jurídicas implicadas⁸⁰.

El art. 221 recoge aquellas conductas en las que, mediando explotación, coacción y engaño, finalicen en adopción ilegal. El apartado 1, castiga con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años, a quienes, “mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”. De la misma manera, a quienes reciban el bebé o actúen como intermediarios, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. Son estas conductas del art. 221 las que, ciertamente, más se aproximan a la tesis de los magistrados que elaboraron voto particular en el TEDH con motivo del *Caso Paradiso vs. Campanelli*, respecto a la GS, sobre todo sin vínculo genético, y que tildan de venta de niños. Lo que el art. 2.a del Protocolo facultativo de la CDN citado, contempla como “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”. Este mismo protocolo establece en su art. 3 que “todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente”, encontrándose en dicha enumeración lo contenido en el art. 2.a.

80 Art. 177bis CP: “6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en éste en su mitad superior. (...) Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo; 7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33”.

En resumen, la legislación española podría incorporar en el art 177 bis, sin ningún problema legislativo, tanto la explotación en la GS como las adopciones ilegales, aprovechando la ocasión para no volver a encorsetar el delito de TSH estableciendo los fines como *numerus clausus*. No obstante, queda analizar si, abierta la posibilidad de la persecución, tras la preceptiva reforma penal de la explotación, se abre la necesidad de tipificar la GS como tal.

4. LA COACCIÓN, EL ENGAÑO Y EL CONSENTIMIENTO, ¿ELEMENTOS PARA TIPIFICAR LA GESTACIÓN SUBROGADA DE FORMA AUTÓNOMA?

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua (RAE) define coacción como “aquella fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo”. Respecto al engaño, lo caracteriza como la “falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre” o como sinónimo de dolo⁸¹. Profundizando en ambos conceptos, podemos definir la coacción como “aquella llevada a cabo por razones egoístas, de ganancia personal o individual, por parte de uno o varios individuos sobre otro u otros”⁸². Del mismo modo, podemos entender por engaño, en términos psicológicos, como “el intento deliberado, exitoso o no, de ocultar, generar, y/o manipular de algún otro modo información factual y/o emocional, por medios verbales y/o no verbales, con el fin de crear o mantener en otra(s) persona(s) una creencia que el propio comunicador considera falsa”⁸³.

A la vista de ello, si la coacción y el engaño también pueden ser coerción, fuerza o fraude, deberíamos analizar si dichos elementos están presentes en la GS fuera del delito de TSH, incluso si no media contrato lucrativo. En un primer análisis, convencer a las madres gestantes de que no son madres del futuro bebé, exigiéndoles renunciar a la filiación, es un engaño, medie contraprestación económica o no, porque si lo son. Es más, renunciando a esa filiación, podrían ser, en puridad, sujetos activos de un delito de abandono y/o venta de menores si estamos ante una GS con compensación o retribución⁸⁴. No podemos obviar que la coacción puede manifestarse en forma psicológica, social, familiar, religiosa y económica, y que es esta última, fundamentalmente, la que redirige a las parejas hacia madres gestantes, como una prueba más de la llamada feminización de la pobreza, ya que, incluso en países como EEUU, las mujeres gestantes no son precisamente las que mejor posición económica tienen.

81 RAE. <https://www.rae.es/> (Consulta: 25/09/2024).

82 *Vid:* <https://concepto.de/coaccion/#ixzz8o3IN2tJr> (Consulta: 25/09/2024).

83 MASIP, J., et al., *Anales de Psicología / Annals of Psychology*, 20, (1), 2004, pág.147.

84 GARCÍA, B. O., “La gestación subrogada en la nueva Directiva europea contra la trata de seres humanos”, *Tribuna Feminista*, mayo 2024. En: <https://tribunafeminista.org/2024/05/la-gestacion-subroga-da-en-la-nueva-directiva-europea-contra-la-trata-de-seres-humanos/> (Consulta: 27/09/2024).

En nuestro sistema penal, la coacción ya es, en sí misma, un delito como recoge el Título VI del CP, arts. 172 y ss., dentro de los delitos contra la libertad, siempre que se impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto (art. 172 CP). Pero también estaremos ante un delito de coacción cuando mediante cualquier acción que atente contra la libertad de una persona, mediando intimidación o también cuando se condiciona su vida, como en el caso del acoso o del matrimonio forzado.

Respecto a la acción coercitiva, la STS de 27 de abril de 2023 determina que “no puede apreciarse coacción por la sola existencia de una perturbación del estado de ánimo o de otros intereses de los que una persona sea titular. El núcleo de la tipicidad reside en la lesión de la libertad personal mediante una compulsión directa, violenta o intimidatoria, y causalmente relevante para que la persona que la sufre se vea obligada a realizar lo que no quiere o dejar de hacer lo que tiene derecho a realizar”⁸⁵. El mismo tribunal ya anteriormente había establecido como requisitos necesarios de la coacción los siguientes: “1. Una conducta violenta de contenido material vis física, o intimidatoria, vis compulsiva, ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo o indirecto a través de cosas, e incluso de terceras personas; 2. La finalidad perseguida va encaminada como resultado a impedir hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto; 3. La conducta ha de tener la intensidad de violencia necesaria para ser delito; 4. Que exista el ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena como se deriva de los verbos impedir y compelir; 5. Una ilicitud del acto, examinado desde la normativa de la convivencia social y la jurídica que preside o debe regular la actividad del agente, el cual no debe estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación”⁸⁶.

Compeler a alguien a entrar en un proceso de GS, a través de un abuso de poder, generando un estado de coacción psicológica o económica y, sobre todo, obligándola a renunciar a la maternidad, condicionando durante nueve meses su libertad, es un hecho de violencia. Pero además, el art. 3 a) del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011⁸⁷, (en adelante, Convenio de Estambul) en su art. 3.a)

85 STS, núm. 310/2023 Sala de lo Penal, de 27 de abril de 2023. Recurso nº: 2679/2021. (ECLI:ES:TS:2023:1779), fj.1º.

86 STS, núm. 539/ 200921 de mayo de 2009, Sala Segunda, (ECLI:TS:2009:3283), fj. 2º.

87 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, 11 de mayo de 2011. Council of Europe Treaty Series - No. 210. Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, págs. 42946-42976. Art. 3.a) “Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las

considera violencia contra la mujer la violación de los derechos humanos causados por “actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica”, por tanto, quedaría incluida como violencia de género la explotación en la GS, pero también la GS como tal. Así, nuestra legislación, ya en la LO 2/2010, de 3 de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo⁸⁸ en su art. 10 quinque, calificaba como forma de violencia en el ámbito reproductivo, la GS en todo caso ⁸⁹. En el mismo sentido, la LO 1/2023 de 28 de febrero que modifica la anterior, estableciendo que las vulneraciones graves de los derechos reproductivos constituyen manifestaciones de la violencia contra las mujeres, incluyendo entre aquellas la “esterilización y la anticoncepción forzosas, el aborto forzoso, y la gestación por sustitución”, instando a tomar medidas para reconocer normativamente esta práctica como una forma grave de violencia reproductiva, y tomar medidas en el ámbito de la prevención y de la persecución”⁹⁰.

Incidiendo más en ello, determinada la acción coercitiva y el elemento violento que pudiera producirse en la GS, no podemos obviar que, dentro de la casuística que, sobre coacciones nuestro CP recoge, respecto a cuándo una conducta es violenta o no y la entidad de la misma para considerarla como elemento del tipo, observamos diversos tipos en los que este grado de violencia exigida decae ante el interés de los derechos objeto de protección. Hablamos del art. 172 ter, delito de acoso, donde la insistencia de la acción, que no tiene por qué ser violenta, condiciona la vida de la víctima. Más aún, el apartado 5, introduce como delito de coacción, la utilización de la imagen de una persona, sin su consentimiento, para hacer anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, que provoque una situación de acoso, hostigamiento o humillación⁹¹. Del

amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”.

88 LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010, págs. 21001-21014.

89 Art. 10 quinque, *ibidem*. “Campañas institucionales de prevención e información. También se impulsarán campañas que desmitifiquen todas las formas de violencia en el ámbito reproductivo contenidas en la presente ley, como la gestación por sustitución”.

90 Preámbulo, II, Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023, págs. 30334-30375.

91 Art. 172 ter CP. “1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de esta forma, altere el normal desarrollo de su vida cotidiana: 1^a. La vigile, la persiga o busque su cercanía física; 2^a. Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas; 3^a. Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella; 4^a. Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella; Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón

mismo modo, lo contenido en el art. 172 quater cuando, para obstaculizar el ejercicio del derecho, se acose a una mujer con actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos⁹². Esta preponderancia de otros derechos frente a la conducta violenta no excluye como delitos a los citados, lo que abriría la posibilidad a considerar otras conductas, como las referidas a la GS, aún sin contraprestación económica, como delito de coacción de acuerdo a todo lo anteriormente relatado en atención a la protección del derecho a la dignidad y no mercantilización del cuerpo de la mujer.

No olvidemos que este mismo debate, sobre la violencia e intimidación, se estableció a la hora de valorar la inclusión, como delito de coacciones, del matrimonio forzado, actualmente contemplado en el art. 172 bis CP, -y que por cierto ya se incluía como fin de la TSH-. Se introdujo, en este caso, como acción delictiva, además de la violencia o la intimidación grave, el engaño, sólo cuando se forzase a abandonar el territorio español o no se permitiera regresar a él⁹³. Sin embargo, la exigencia, fuera de la violencia, de que la intimidación fuese “grave”, resulta excesiva dado que la propia Jurisprudencia considera que la intimidación ya es grave por sí misma. Además, cómo determinar la intensidad de la intimidación en estos delitos es un problema, más aún cuando en la decisión que se termina tomando pueden interferir circunstancias o presiones ambientales de las que resulta y con las que se relaciona. El temor o el miedo pueden neutralizar todo deseo de resistencia, imposibilitando que se pueda hablar de un asentimiento real. También a la hora de decidir si se ejerce de madre gestante en la GS.

Acreditado que el engaño y la coacción, fundamentalmente económica y psicológica, si forma parte de la GS y por tanto es violencia atendiendo a la preponderancia de derechos afectados, a su consideración como conducta contra los derechos humanos sostenida por nuestra Jurisprudencia y a lo determinado por la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, (en adelante LIVG)⁹⁴ y normas penales referidas, ¿qué pasaría si la mujer alega no

de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.(...) 5. El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses”.

92 Art. 172 quater CP. “1. El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días”

93 Art. 172 bis CP: “1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados; 2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo”.

94 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia

sentirse ni coaccionada, ni engañada y apela a su libre consentimiento?. En este caso, es evidente que el consentimiento de la mujer que lucha por su supervivencia no es el mismo que el de aquellas que, desde occidente, se someten a estas prácticas, pero, ¿realmente ninguna está condicionada por su situación económica?; ¿resulta acreditado que se ha informado a la mujer de todos los riesgos que pueden derivarse de la práctica?; ¿quién comprueba que se ha informado de forma correcta?; ¿cómo se controla ese consentimiento?; ¿puede hacerlo una agencia dedicada a la GS?; o ¿debe recabarla el representante de la clínica privada?. Preguntas que, por si solas, incluyen una respuesta negativa.

Cierto que, si bien en el orden civil, en aras de garantizar el consentimiento y prevenir la violencia o engaño, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) en su directriz 1.3.d) de forma procedural, establece una forma de actuar respecto al nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de GS, siempre que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. Así, el encargado del Registro Civil debería controlar, incidentalmente, la resolución judicial extranjera comprobando que, aparte de no vulnerarse el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante, se verifique 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”⁹⁵, especificando la propia Administración que “dolo es la voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída”⁹⁶. No obstante, debemos resaltar que esta Instrucción parte del error de equipar la GS con una TRA practicada por facultativos en el extranjero como recoge el preámbulo de la misma, y no lo es, previendo efectos jurídicos derivados de una conducta prohibida. Ello, además, entra en contradicción con el art. 10 de la LTRA y, por tanto, no respeta el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE)⁹⁷, entrando en colisión también, con la normativa antes indicada. Más aún, ya el art. 161 CP, en el caso de reproducción asistida, castiga con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años a quien la practicare en una mujer, sin su consentimiento. En todo caso, la prevención para respetar la libertad de la madre gestante ante actos de error, dolo o violencia dependería de una administración

de Género. BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004, págs. 42166-42197.

95 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, págs. 84803-84805.

96 Punto de Acceso General. En: https://administracion.gob.es/pag_Home/Tu-espacio-europeo/derechos-obligaciones/ciudadanos/familia/menores/gestacion-sustitucion.html (Consulta: 01/10/2024).

97 FERRER VANRELL, M. P., “La discutible constitucionalidad de la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 1, Época I, enero-abril, 2013, pág. 60.

foránea donde la GS está permitida, obviando que, ya la obligación a renunciar a la maternidad, aún libre e incluso sin contraprestación, fuera de la adopción, puede ser un acto de violencia y que, hoy en nuestro país, la GS es una forma de violencia contra las mujeres *per se*, recogida en la Ley con independencia de su motivación.

Respecto a este consentimiento, algunos planteamientos inciden en la capacidad emancipadora para las mujeres que representa la decisión de alquilar el cuerpo para gestar equiparándolo al ejercicio voluntario de la prostitución e incluso de la venta de órganos, como libre elección, siendo dueña de su cuerpo, y por tanto comerciar también con su capacidad de gestación⁹⁸. Incluso apelan al argumento de la ayuda desinteresada a quienes no pueden gestar de forma natural. En el año 2003 se realizó una encuesta a 34 mujeres que habían sido madres subrogadas en EEUU: el 91% (31 personas) manifestó que había decidido participar en la subrogación porque quería ayudar a la pareja que no tenía hijos; el 15% (5 personas) porque disfrutaba del embarazo; el 6% (2 personas) por autorrealización (self-fulfillment); y finalmente, el 3% (1 persona) por el pago de una remuneración⁹⁹. No obstante, en ningún caso fue una gestación altruista¹⁰⁰, lo que no es extraño de entender ya que, normalmente, la madre gestante va a tener peor situación económica que los padres contratantes, cubriendo sólo temporalmente las necesidades de sus familias, siendo los padres que logran su fin y las agencias que se aprovechan de su necesidad, quienes se benefician, de donde deriva la verdadera explotación. Otros estudios realizados, sobre todo en países en vías de desarrollo, describen otra situación¹⁰¹ como que muchas mujeres se sienten engañadas porque no siempre reciben el dinero acordado¹⁰²; que no les soluciona sus problemas por las exigencias que conlleva el embarazo, muchas veces teniendo que vivir separadas de la familia, generándose gastos extras si tienen personas a su atención (menores, ancianos, etc.); o que tienen que desatender a sus propios hijos¹⁰³, entre otras quejas.

98 Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada, *op. cit.*, págs. 25-26.

99 JADVA, V., et al., “Surrogacy: the Experiences of Surrogate Mothers”, en *Human Reproduction, Oxford University Press*, vol. 10, nº 18, 2003, pág. 2196.

100 Si un salario medio americano oscilaba en 2016, en unos 40.000 \$, al ofrecerles 20.000 \$ no le cambias radicalmente la vida como si le ofreces los 10.000 \$ a una mujer india. No obstante, es muy probable que, la mujer norteamericana que cede su cuerpo no se encuentre entre las que reciben un salario medio. En LÓPEZ GUZMÁN, J., “Dimensión económica de la maternidad subrogada (“habitaciones en alquiler””), *op. cit.*, pág. 204.

101 RABINOWITZ, A., “The surrogacy cycle”, *Virginia Quarterly Review spring, 2016*, págs. 69-70..

102 En una encuesta realizada a 70 madres de alquiler que entrevistaron en Bangalore, India, la mayoría habían ganado 4.000 \$ y no los 7.000 a 8.000 \$ que se indicaban en los medios de comunicación. En RUDRAPPA, S. y COLLINS, C., “Altruistic agencies and compassionate consumers: moral framing of transnational surrogacy”, *Gender & Society, 29, 6, 2015*, pág. 954.

103 LÓPEZ GUZMÁN, J., “Dimensión económica de la maternidad subrogada (“habitaciones en alquiler””), *op. cit.*, pág. 204.

En todo caso, el debate sobre el consentimiento resulta estéril al encontrarnos ante una práctica que nuestro país prohíbe por considerarla contraria a los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, y en la que, en caso de abuso, engaño o explotación, el consentimiento es irrelevante. Aquí estamos ante una situación de abuso dado que, como señala PARDO MIRANDA, salvo la decisión de embarazarse, no hay ninguna libre decisión más, ya que en el curso de la GS, las personas que la contratan adquieren un derecho real sobre la madre gestante, un derecho de uso e incluso de disfrute sobre su persona y su cuerpo, pudiendo decidir todo lo concerniente a su embarazo e incluso el tipo de parto¹⁰⁴.

En conclusión, la GS sí debería tener cabida como delito de coacciones en nuestro CP, como delito autónomo, de forma similar a lo recogido para el matrimonio forzoso. Todo ello por considerarse un acto de violencia; por servirse de acciones intimidatorias psicológicas, económicas y ambientales que condicionan la decisión de la mujer gestante; porque media engaño en las circunstancias que hemos señalado; y, en todo caso, porque debe primarse la dignidad del cuerpo femenino y la lucha contra la mercantilización de los niños. No olvidemos que, además, la violencia de género ya se recoge como tipo de coacciones leves, art. 172.2 CP, si bien limitado a las relaciones afectivas presentes o pasadas.

5. CONSECUENCIAS DE LAS INSCRIPCIONES DE BEBÉS PROCEDENTES DE LA GESTACIÓN SUBROGADA Y LEGITIMACIÓN POR HECHOS CONSUMADOS.

La LTRA prohíbe la GS, pero ello no impide que se siga recurriendo a dicha técnica, ya sea de forma monoparental o en pareja, en países donde si se permite. Según datos suministrados por el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación desde 2010 hasta julio de 2023, España recibió 3.546 solicitudes para inscribir bebés nacidos por GS¹⁰⁵, aunque la cifra podría ser mayor. Tras la entrega del niño o niña, efectuado el registro civil admitido en interés del menor, se derivan derechos para los padres contratantes y, evidentemente, derechos de filiación para aquél. Esto da lugar a situaciones dispares y a obligados pronunciamientos por parte de nuestra Jurisprudencia, en el orden civil, que, indirectamente, legitiman conductas prohibidas al derivarse efectos jurídicos de ellas. Todo esto a pesar de que, la STS de 31 de marzo de 2022 reconoce la nulidad de los contratos de GS, señalando que en sus cláusulas se “va más allá de los cuidados normales que deberían seguirse antes y durante cualquier embarazo, constituyendo una clara intromisión

¹⁰⁴ PARDO MIRANDA, M., “La adopción ilegal y la gestación subrogada como finalidades del delito de trata de seres humanos”, *Anales de Derecho*, nº 40, 2023, pág. 82.

¹⁰⁵ *Vid:* <https://www.newtral.es/gestacion-subrogada-2023/20231220/> (Consulta: 10/10/2024).

en la dignidad y la autonomía personal de la gestante, además de en sus derechos a la intimidad y a la integridad física y moral”¹⁰⁶.

Una de las acciones de las que se derivan efectos jurídicos, como consecuencia de la GS, surge respecto a la inscripción del bebé cuando llega a España. La STS de 6 de febrero de 2014, anteriormente citada, confirmó la denegación de una inscripción de filiación de dos menores nacidos en EEUU por vulnerar el orden público español en virtud de la prohibición y de la nulidad del contrato de GS contenida en el art. 10 de la LTRHA, en consonancia con el TEDH¹⁰⁷ que ponderaba, respecto al art. 8 del CEDH¹⁰⁸, el derecho a la vida familiar y el derecho a la vida privada, conjugado con la protección de la salud o de la moral y la protección de los derechos y las libertades de los demás. El Auto del TS de 2 de febrero de 2015, por el que se resolvía el incidente de nulidad de actuaciones planteado contra la sentencia anterior, concluía que no existía vulneración del derecho a la vida privada de los menores, considerando que ya se protegía el interés de los menores permitiéndose la fijación de las relaciones paternofiliales mediante “la determinación de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones familiares “de facto” mediante la adopción o el acogimiento”¹⁰⁹.

A partir de ese momento, la DGRN requerirá para la inscripción, en todo caso, una resolución judicial previa y no la mera certificación de la autoridad registral a la que se refería la Resolución de fecha 18 de febrero de 2009 anterior. Así, emitirá una Instrucción el 14 de febrero de 2019¹¹⁰, declarando la competencia del registro consular para practicar la inscripción del nacimiento si se acreditaba la filiación del menor respecto del padre en cualquiera de las formas establecidas en el CC, con el consentimiento expreso de la madre gestante. Se podía, para asegurar la verdad material de la paternidad e impedir el tráfico de menores, practicar una prueba de ADN. Dejada sin efecto la anterior, se emitió una nueva Instrucción el 18 de febrero

106 STS, núm. 277/2022 de 31 de marzo. Sala de lo Civil (ECLI:ES:TS: 2022:1153).

107 En fecha 2 de julio de 2014 el TEDH dictó la sentencia, asuntos 65192/11 (*Mennesson vs. France*) y 65941/11 (*Labassee vs. France*), en la que declaró que viola el art. 8 del CEDH al no reconocer la relación de filiación entre los niños habidos a través del método reproductivo conocido como «vientre de alquiler» y los progenitores que lo habían secundado.

108 El art. 8 del CEDH estipula que: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros”.

109 Auto de 2 de febrero de 2015, Sala de lo Civil, Rec. n.º 245/2012.

110 Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Disponible en: <https://www.elindependiente.com/wp-content/uploads/2019/07/instrucci%C3%B3n-14-febrero-2019.pdf>.

de 2019¹¹¹ estableciendo el régimen general y legal para la inscripción de la filiación y nacimiento de los nacidos por GS fuera de territorio español, de padre o madre españoles, aportando sentencia de las autoridades judiciales del país de gestación, firme y dotada de exequatur, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Por tanto, se termina produciendo la inscripción, ya que, aun considerando que “la gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes”, se incide en que “el interés preferente de los primeros debe quedar en todo caso salvaguardado y a la vez, la actuación de los poderes públicos debe garantizar a la mujer una adecuada protección contra el peligro de abusos de situaciones de vulnerabilidad que es de todo punto inaceptable. Resulta además claro que la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho. Sería necesaria una actuación internacional coordinada para hacerle frente de forma eficaz. En tanto no se disponga de ese claro marco internacional, y sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas y más contundentes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor”¹¹². Todo ello preponderando el art. 39.4 de la CE que consagra la protección al menor prevista en los acuerdos internacionales y velando por sus derechos desarrollados por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)¹¹³, en cuyo art. 2 recoge que, en su aplicación, “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

No obstante, no podemos obviar que, en nuestro ordenamiento, la filiación se determina de acuerdo al art. 10.2 LTRA por el parto, originándose un problema tras la GS, porque, precisamente, la madre que da a luz termina en otro país, probablemente sin ningún contacto con el hijo o hija, habiéndosele obligado a renunciar a sus derechos derivados de la maternidad. Es por eso que sólo pueden determinarse la filiación de los padres contratantes, estableciéndose diferencias entre el acceso a la filiación paterna, la materna no gestante, -incluso aunque sean suyos los gametos aportados¹¹⁴-, y la paterna no biológica. Para su reconocimiento, deberá instarse la reclamación judicial de la paternidad por el padre biológico, de acuerdo al art. 10.3

¹¹¹ Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019, págs. 16730-16730.

¹¹² *Ibidem*

¹¹³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, págs. 1225-1238

¹¹⁴ Sobre esta diversidad de trato contraria al mandato igualitario del art. 14 de la CE y al principio de no discriminación NÚÑEZ BOLAÑOS, M., “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 29, enero-diciembre, 2015, pág. 255 y 256.

LTRA, y la adopción por parte del cónyuge según el art. 176 CC, con independencia de la aportación genética de este último. Esto hace que, tanto en el caso de pareja heterosexual como homosexual, se impetre un trato desigual y discriminatorio, respecto al caso de la pareja del padre biológico. Como argumento, se alude al caso de pareja formada por mujeres en el caso de reproducción asistida, donde la no gestante accederá a la filiación con la mera manifestación ante el encargado del Registro Civil, olvidando que no es la misma situación, no interviniendo una mujer ajena a la relación y estando, esta vez sí, ante una TRA. Respecto a ello, la STC de 22 de noviembre de 1982¹¹⁵, señalaba que desigualdad no es sinónimo de discriminación ya que la discriminación proviene de una conducta arbitraria o no justificada de los poderes públicos, tratando diferenciadamente una igualdad de situaciones y, en este caso, nuestra ley es clara respecto a cómo se determina la filiación materna o del padre no biológico.

Lo importante a reseñar es que, en definitiva, se permite que una práctica que atenta contra los derechos humanos, termina en una situación de legalidad, ya sea con el inminente reconocimiento de la paternidad o con la posterior por vía de adopción de la maternidad o, en caso de parejas homosexuales, de la paternidad de la pareja del padre biológico. Más aún, tras la STS de 17 de septiembre de 2024 en el caso de los padres de un niño nacido por GS, se autoriza a modificar en el Registro Civil el lugar de nacimiento por el del domicilio familiar¹¹⁶, asimilando la GS a la adopción internacional. Todo en aplicación por analogía de los preceptos de las normas registrales vigentes en su día, -en el caso de la adopción internacional-, basado en el art. 4.1 CC¹¹⁷ acorde con las exigencias del art. 18.1 CE, -en tanto que permite la efectividad del derecho a la intimidad personal y familiar del menor-; el art. 14 CE, -garantizando la no discriminación por razón de nacimiento-; y el art. 39.2 CE -apelando a la protección por los poderes públicos de los hijos, ya señalada-. En cualquier caso, con esta aplicación análoga no se salvaguarda el interés del menor ya que los padres contratantes ni siquiera se han sometido a un informe de idoneidad preceptivo en las adopciones legales, sin olvidar que son los mismos que han accedido a una práctica a sabiendas de su prohibición en nuestro país.

Una segunda consecuencia que puede derivarse, en este caso para los padres contratantes, es, una vez entregado el hijo o hija y procedido a la inscripción registral, el acceso a las prestaciones por maternidad y paternidad¹¹⁸. Hablamos de

115 STC núm. 68/1982 de 22 de noviembre, Sala Segunda, (ECLI:ES:TC:1982:68).

116 STS núm. 1141/2024, de 17 de septiembre de 2024, Sala de lo Civil, (ECLI:ES:TS:2024:4370).

117 Art. 4.1 CC: "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón".

118 Real Decreto 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. Art. 2.2: "se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento, "aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas

aquellos derechos económicos destinados a proteger, en este caso, las situaciones de maternidad o paternidad ya sea biológica, por adopción o acogimiento¹¹⁹, pero que no se contemplan para la GS. No obstante, la STS de 25 de octubre de 2016¹²⁰, a requerimiento del INSS, reconoció la prestación por maternidad al padre biológico de dos niñas nacidas en la India por GS argumentando que “que una 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; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de las prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos”. Dicha sentencia tuvo tres votos particulares a los que se adhirieron otros tres magistrados, en los que se consideraba que de un acto ilegal no pueden derivarse derechos que perjudiquen a un tercero, en este caso, al INSS, obligado a pagar la prestación y porque, además, todo ello se produce con un claro fraude de ley, ya que el actor pudo simplemente reconocer su paternidad, según lo previsto por el art. 10.3 de la LTRA pero prefirió reconocer su actuación previa, y la consecuencia de ello debería ser la nulidad¹²¹.

Dicho reconocimiento, una vez más, de hecho, otorga efectos legales a la GS, al asimilarla a situaciones que no son análogas (adopción, acogimiento y guarda) y reconocer efectos jurídicos a una situación contraria a Derecho. Y es que, como señala QUIÑONES ESCAMEZ, “las legítimas expectativas de los particulares, la cristalización de las situaciones válidamente creadas en el extranjero, no implican que el Estado de reconocimiento que contiene una ley prohibitiva, se vea obligado a aceptar las situaciones creadas por la voluntad de los interesados con el concurso de las autoridades y al amparo de una legislación permisiva que, de manera militante, abre sus instituciones tanto a nacionales como a extranjeros no residentes sin tener en cuenta el riesgo de crear situaciones claudicantes, válidas en el país que las crea, pero no en los otros”¹²².

extranjeras”, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento. BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009, págs. 27936-27981.

119 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. Art. 177 A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del art. 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el art. 49. a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015, págs. 103291-103519.

120 STS núm. 881/2016, 25 de octubre de 2016, Sala de lo Social (ECLI: ES:TS:2016:5375).

121 Voto particular contra la STS 881/2016 de 25 de octubre de 2016 citada que formula el Magistrado D. José Manuel López García de Serrana al que se adhieren Dña. María Milagros Calvo Ibarluce y D. Jesús Souto Prieto, motivo tercero, 2, pág. 30.

122 QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”. *Indret: Revista*

Más aún, en dicho reconocimiento de derechos, se produce disparidad dependiendo si se es al padre o la madre contratante. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) con carácter prejudicial, tuvo ocasión de pronunciarse sobre el permiso de maternidad a una madre subrogante, -recogido en la Directiva comunitaria 92/85/CEE de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, entre otras¹²³-, en dos sentencias de 28 de marzo de 2014, asuntos C-167/12¹²⁴ y C-363/12¹²⁵. En la primera, la madre contratante, del Reino Unido, pidió un permiso retribuido a raíz del nacimiento del niño, sin tener la relación genética con él dado que el óvulo era de la madre gestante, además, no había iniciado el proceso de adopción. En la segunda, la niña si había sido concebida con los gametos de la misma y de su esposo y ya estaba en Irlanda en régimen de acogimiento. El TJUE declaró que “este permiso de maternidad al que tiene derecho la trabajadora tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que derivan del ejercicio simultáneo de una actividad profesional, perturbe dichas relaciones”. Por tanto, según el TJUE, el art. 8 de la Directiva aplicable, no obliga a conferir el permiso de maternidad a una mujer que no ha estado embarazada en virtud de lo anterior, no pronunciándose aquí sobre la conveniencia de otorgarlo para hacer más efectiva la protección familiar contenida, ni la relación de la mujer con el niño.

En definitiva, a la vista de lo anterior, estamos ante una política de hechos consumados derivados de una normativa que reconoce que, quien recurre a estas prácticas, incurre en fraude de Ley de acuerdo al art. 6.4 CC que establece que “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido

para el Análisis del Derecho, nº. 3, Barcelona, 2009, pág. 28, en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=30184_91 (Consulta: 01/10/2024). Para el Estado de reconocimiento sería un caso contrario al orden público; e, incluso, en fraude a la ley, pues se ha buscado cristalizar una situación para hacerla valer en un país que no la permite y al que la pareja está estrechamente vinculada por la nacionalidad y la residencia. Poco importaría que el Estado de origen los hubiera casado invocando el *ius nubendi* de los interesados y el principio de igualdad o una estancia superior a tres meses en el territorio.

123 Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras y Directiva 2000/78/CEE sobre igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación; Directiva comunitarias 92/85/CEE de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.

124 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne — Reino Unido) — C. D/S. DOUE 12 de mayo de 2014. En: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CA0167>.

125 Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por The Equality Tribunal — Irlanda) — Z/A Government department y the Board of management of a community school. DOUE 12 de mayo de 2014. En: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CA0363&from=EN>.

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”, en este caso, el art. 10 LTRA, pero de la que se derivan efectos jurídicos.

6. CONCLUSIONES

Prohibir esta práctica por un lado, pero reconocer derechos derivados de la misma por otro, es dar una cobertura tácita a lo que, en base a argumentos sólidos, se pretende evitar. Como bien señala LASARTE ÁLVAREZ, se ha abierto la puerta a utilizar normas y figuras jurídicas con unos objetivos que, no siendo los propios de esa norma, son además contrarios a la ley existente del ordenamiento jurídico¹²⁶. Ello nos lleva a una primera doble conclusión, con relación a los efectos civiles o reconocimientos anteriormente referidos, entendiendo que no deberían admitirse sin determinar en qué condiciones se han emitido las sentencias judiciales extranjeras sobre filiación, al derivarse de prácticas incompatibles con el orden público internacional, y, por otro lado, que por interés del menor, siendo sus padres quienes han recurrido a una práctica prohibida, los efectos deberían derivarse a través de la adopción.

Unido a lo anterior, es necesario considerar la inclusión, por vía administrativa, de un catálogo de infracciones ya sean leves, graves o muy graves relacionadas con la GS en la propia LTRA que la prohíbe, ya que como señala GONZÁLEZ CARRASCO no se plantean infracciones en caso de contravención del art. 10 LTRA¹²⁷. No obstante, la regulación administrativa no es suficiente, tal y como hemos comprobado y, atentando contra los derechos humanos, debería recogerse como delito contra la libertad en el Título VI del CP.

Por lo anteriormente dicho, en el ámbito penal, producida la modificación del art. 177 bis para la inclusión de la GS como fin de la trata, de acuerdo a la DE1712, cabría su tipificación como delito autónomo de coacciones en el capítulo III del CP en los términos expresados. En la misma modificación respecto a la TSH, habría que incluir como fin las adopciones ilegales, complementando la protección del menor respecto a lo dispuesto en el art. 221 CP, reiteradamente citado.

No olvidemos, respecto a la respuesta penal que, además, estamos ante un delito de violencia de género, por lo que habría que encuadrarlo en dicho ámbito legislativo. La LIVG se apoyaba en la necesidad de proporcionar una “respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres”. Así, la Ley 10/2022 de garantía integral

¹²⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, 2012, en: www.laley.es (Consulta: 4/10/2024).

¹²⁷ GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 22, 2017, pág. 123.

de la libertad sexual, destacando los avances de la LIVG¹²⁸, recoge como delito de violencia de género el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina y la TSH con fines de explotación sexual en su art. 3, equiparando las víctimas de violencia sexual acreditadas para que puedan tener la consideración jurídica de víctimas de violencia de género, de acuerdo al art. 41.5 de dicha ley. Sin embargo, seguimos sin tener una Ley Integral que aborde, de dicha forma, la violencia contra la mujer, de acuerdo a la recomendación del CEDAW. En este sentido, la Recomendación General 35 (2017) del CEDAW, desarrolla el alcance de las obligaciones de los Estados frente a todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas causadas por agentes estatales o particulares¹²⁹, en consonancia con el primer informe de evaluación de la aplicación por parte de España del Convenio de Estambul, realizado por el Grupo de Expertos en Acción contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (GREVIO) del Consejo de Europa, que además pide “reforzar el marco legal sobre violencia psicológica, acoso, violencia sexual, acoso sexual y mutilación genital femenina”¹³⁰. Esta exigencia de diferentes organismos internacionales, es la que debe motivar la Ley Integral, para dar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres, incluida, claro está, la GS¹³¹.

Sigue, por tanto, sin hacerse la necesaria reflexión sobre si resulta efectiva la regulación de los delitos de violencia de género en nuestro sistema penal y cuáles de estos delitos, como la GS, siguen sin estar penados, produciéndose una falta de protección de distintos bienes jurídicos y, en consecuencia, la desprotección penal. Cierto que el Derecho Penal debe ser la última opción, que han de incentivarse medidas educativas y de prevención para erradicar esta lacra. Sin embargo, ante prácticas como la GS, con tantos intereses afectados, no es fácil, sólo desde la educación conseguir erradicarlos, ya que, a pesar de atentar contra los derechos más elementales, el deseo a una maternidad o paternidad a toda costa y los beneficios que genera, se imponen. Por todo ello, cada vez es más necesario la existencia de un Título específico en nuestro CP que englobe el castigo para todas aquellas conductas que sean provocadas por el ánimo de sometimiento a la mujer sólo por el hecho de serlo, incluida, por supuesto, la GS, lo que daría una protección integral de los bienes jurídicos afectados, y no sólo en relación a la libertad. Debe garantizarse la perseguitibilidad de la GS sin condiciones, al constituir dicha práctica

128 Preámbulo II. Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. BOE núm. 215, de 7 de septiembre de 2022, págs. 124199-124269.

129 Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/GC/35. 26 de julio de 2017. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>.

130 GREVIO/Inf (2020) 19, España, publicado el 25 de noviembre de 2020, pág.11. En: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/InformeGrevioEspana.pdfP11> (Consulta: 5/10/2024).

131 LLORIA GARCÍA, P., “El Delito de Trata de Seres Humanos y la necesidad de creación de una Ley Integral”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 39, 2019, pág. 395.

la mercantilización del cuerpo de la mujer y una forma más de violencia de género. En cualquier caso, creando el marco legal en nuestro país, sería necesaria y, añadimos, urgente, tal como recogía la Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la DGRN citada, la coordinación internacional para erradicarla de forma eficaz, lo que, en una práctica transnacional como esta sólo se consigue a través de la negociación de un Convenio internacional que la prohíba.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT MÁRQUEZ, M.M., “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2^a*, págs. 177-198.
- CARRIO SANPEDRO, A. (ed.), *Gestación por Sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Marcial Pons, Madrid | Barcelona | Buenos Aires | São Paulo, 2021.
- DEONANDAN, R.; GREEN, S.; VAN BEINUM, A., “Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism”, *J Med Ethics* 38, 2012, págs. 742-745.
- DÍAZ CREGO, M., “Paradiso y Campanelli c. Italia: ¿un pronunciamiento europeo contra la gestación por sustitución?”, *Revista Española De Derecho Europeo*, (64), 2018, págs. 185–200.
- DÍEZ FERNÁNDEZ, J.A., “El niño y la mujer gestante: los dos “eslabones” débiles en la cadena de la maternidad subrogada”, *Revista europea de Historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, nº 13 (diciembre de 2018), en <http://www.eumed.net/rev/rehipip/13/diez.html>.
- DING, C., “Surrogacy litigation in China and beyond”, *Journal of Law and the Biosciences*, 2(1), 2015, págs. 33-55.
- EKIS EKMAN, K., *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Edicions Ballaterra, Barcelona, 2017.
- FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., “Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania”, *Revista de Derecho UNED, (RDUNED)*, núm. 26, 2020, págs. 153-194.
- FERRER VANRELL, M. P., “La discutible constitucionalidad de la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, núm. 1, Época I, enero –abril, 2013, pág. 57-76.
- GARCÍA, B. O., “La gestación subrogada en la nueva Directiva europea contra la trata de seres humanos”. *Tribuna Feminista*, mayo 2024. Disponible en: <https://tribuna-feminista.org/2024/05/>

la-gestacion-subrogada-en-la-nueva-directiva-europea-contra-la-trata-de-seres-humanos/.

GODOY VÁZQUEZ, M.O., “La Gestación Subrogada en la Jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, núm. 34, 2018, págs. 111-131.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 2017, págs. 117-131.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. (coord.); LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.), *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, Madrid, 2019.

HELBLE, M., “The movement of patients across borders: challenges and opportunities for public health”, *Bulletin of World Health Organization* 89, 2011, págs. 68-72.

LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, en *Diario la Ley*, (Sección Doctrina), núm. 7777, enero de 2012, (La Ley 22179/2011), en: www.laley.es.

LÁZARO GONZÁLEZ, I.E. (coord.), *La gestación subrogada: una mirada multidisciplinar*, Universidad Pontificia Comillas, Ed. Sepín, Madrid, 2023.

LLORIA GARCÍA, P., “El Delito de Trata de Seres Humanos y la necesidad de creación de una Ley Integral”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 39, 2019, págs. 353-402.

LÓPEZ GUZMÁN J., *Dimensión económica de la maternidad subrogada (“habitaciones en alquiler”)*, Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2^a, págs. 199-218.

LÓPEZ MORATALLA, N., “Comunicación materno-fetal en el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*. XX (3), 2009, págs. 303-315.

MASIP, J.; GARRIDO, E.; y HERRERO, C., “Definición de engaño”, *Anales de Psicología / Annals of Psychology*, 20 (1), 2004, págs. 147-172.

NADIMPALLY, S., *For Motherhood and for Market: Commercial Surrogacy in India In: New Cannibal Markets: Globalization and Commodification of the Human Body*. Éditions de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 2015.

NUÑO GÓMEZ, L., “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *ISEGORÍA, Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 55, julio-diciembre, 2016, págs. 683-700.

PARDO MIRANDA, M., “La adopción ilegal y la gestación subrogada como finalidades del delito de trata de seres humanos”, *Anales de Derecho*, núm. 40, 2023, págs. 66-90.

- PELLEGRINO, E.D., "The commodification of Medical and Health Care: The Moral consequences of a paradigm shift from a Professional to a Market Ethic", *The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine*, 24 (3), 1999, págs. 243–266.
- PÉREZ ALONSO, E. J., OLARTE ENCABO (dirs.); MERCADO PACHECO, P., RAMOS TAPIA, M. I. (coords.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, Barcelona, 2009.
- RABINOWITZ, A., "The surrogacy cycle", *Virginia Quarterly Review Spring*, 2016, págs. 65-81.
- REDONDO SACEDA, L., "Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada", *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá IX*, 2016, págs. 49-68.
- RUDRAPP, S., COLLINS, C., "Altruistic agencies and compassionate consumers: moral framing of transnational surrogacy", *Gender & Society*, 29, (6), 2015, págs. 937-959.
- SMIETANA, M., "Affective De-Commodifying, Economic De-Kinning: Surrogates' and Gay Fathers' Narratives in U.S. Surrogacy", *Sociological Research Online*, Volume 22, Issue 2, may 2017, págs. 163-175.
- SPAR, D., "Reproductive tourism and the regulatory map", *The New-England Medical Review and Journal*, 352, (6), 2005, págs. 531-533.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, S., "Los derechos humanos de los hijos de los soldados alemanes tras la Segunda Guerra Mundial. El caso de Noruega", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 35, 2019, págs. 181-218.
- UTIAN, W.H.; SHEEAN, L.; GOLDFARB, J.M; KIWI, R., "Successful pregnancy after in vitro fertilization and embryo transfer from an infertile woman to a surrogate", *The New England Journal of Medicine*, 313, 1985, págs. 1351-1352.
- YANAGIHARA, Y., "The practice of surrogacy as a phenomenon of 'bare life': An análisis of the Japanese case applying Agamben's theory", *Current Sociology*, 69, (2), 2021, págs. 231-248
- ZEGERS-HOCHSCHILD, F.; ADAMSON, G.D.; DE MOUZON, J.; ISHIHARA, O.; MANSOUR, R.; NYGREN, K.; SULLIVAN, E.; VANDERPOEL: S., *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*, JBRA Assist. Reprod, vol. 14, nº 2, abril-mayo-junio, 2010.