

eman la zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

---

# LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

## Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO PENAL

---

TRABAJO FIN DE GRADO

Universidad del País Vasco

Grado en Derecho

Realizado por Arantza Alkorta Torre

Dirigido por Ana Isabel Pérez

Año académico 2023-2024

## RESUMEN

El problema tanto social como jurídico que plantea la gestación por sustitución suscita múltiples interrogantes en el Derecho. En este trabajo nos centraremos en la rama del Derecho Penal y en la poca intervención que posee sobre esta cuestión en el ordenamiento jurídico español. Examinaremos la actual regulación de este fenómeno tan controvertido, al igual que debatiremos sobre la viabilidad de permitir o regular esta figura jurídica en España. ¿Se tiene que prohibir la gestación por sustitución? y en tal caso, ¿merece ser castigado por el Código Penal? o, por el contrario, ¿ha llegado el momento de que España acuerde un marco normativo que apruebe y controle estos sucesos? En las próximas páginas daremos respuestas a estas preguntas.

**Palabras claves:** Gestación por sustitución, Derecho Penal, Código Penal, interés superior del niño, técnicas de reproducción asistida.

## ABSTRACT

The social and legal problems posed by gestational surrogacy raises many questions in law. In this paper we will focus on the branch of Criminal Law and the little intervention it has on this issue in our Spanish legal system. We will examine the current regulation of this controversial phenomenon, as well as we will debate on the feasibility of allowing or regulating this legal figure in Spain. Should surrogacy be prohibited and, if so, does it deserve to be punished by the Penal Code or, on the contrary, has the time come for Spain to agree on a regulatory framework that approves and controls these events? In the next pages we will give answers to these questions.

**Key words:** Surrogacy, Criminal Law, Penal Code, Best interest of the child, assisted reproductive technologies.

## ÍNDICE

<b>I)</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>II)</b>	<b>CUESTIONES PRELIMINARES</b> .....	5
	1) Diversidad terminológica en la gestación por sustitución .....	5
	2) Concepto de la gestación por sustitución.....	8
	3) Tipos o modalidades de gestación por sustitución.....	11
<b>III)</b>	<b>LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL</b> .....	13
	1) La inicial regulación de la gestación por sustitución en el Derecho español: la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida .....	13
	2) La actual regulación de la gestación por sustitución en el Derecho Español: la Ley 16/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida .....	16
<b>IV)</b>	<b>EL PAPEL DEL DERECHO PENAL ANTE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN</b> .....	20
<b>V)</b>	<b>LAS PROHIBICIÓN Y EL ALCANCE PENAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO</b> .....	32
	1) Francia .....	33
	2) Alemania.....	34
	3) Italia .....	36
<b>VI)</b>	<b>PROPUESTAS PARA SU FUTURA REGULACIÓN Y POSIBLES REPERCUSIONES PENALES</b> .....	36
<b>VII)</b>	<b>CONCLUSIONES</b> .....	43
<b>VIII)</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	45

## **ABREVIATURAS**

LTRHA: Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

G.S: Gestación por sustitución

TRA: Técnicas de reproducción asistida

IA: Inseminación artificial

FIV: Fecundación *in vitro*

CC: Código Civil

TS: Tribunal Supremo

DGRN: Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública

CP: Código Penal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

SEF: Sociedad Española de Fertilidad

PLDGS: Proposición de la Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución

UE: Unión Europea

EEMM: Estado Miembro

## I) INTRODUCCIÓN

Los avances en medicina y en biotecnología han provocado cambios significativos en la idea tradicional de la familia, dando lugar a nuevas formas de procreación exitosas. De aquí surge la gestación por sustitución, que es una realidad en el área de reproducción humana asistida, el cual ha estado rodeada de polémica desde sus inicios por entablar una discusión compleja acerca de los derechos de las partes involucradas y en los últimos años, el debate se ha expandido en la esfera pública, debido al creciente número de personas que se acogen a esta vía (no tradicional) para formar una familia.

La legalidad de esta práctica varía significativamente de un país a otro y se plasma en las diferentes respuestas que ofrece el derecho comparado en relación con las conceptualizaciones, modalidades, aristas y regulaciones. El ordenamiento jurídico español, contempla la prohibición de la gestación por sustitución en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), negándole el carácter de técnica de reproducción asistida. Sin embargo, aunque esta norma ha provocado que no se practique la gestación por sustitución en España (al menos no públicamente), no impide que los ciudadanos de estados prohibicionistas acudan a otras, permisivas, para alcanzar su deseo de ser padres (deseo que analizaremos más adelante).

Además, debido a su gran magnitud, en el ámbito estrictamente jurídico se han realizado abundantes aportaciones en diferentes áreas de conocimiento: el derecho civil, el derecho internacional, el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho laboral... Sin embargo, el Derecho Penal guarda silencio acerca del tema, lo que hace que surjan dudas acerca del motivo. Dudas que intentaremos solventar en el presente trabajo de investigación, o al menos, aclarar si en el Código Penal actual, que por su propia naturaleza tiene carácter fragmentario y subsidiario y se encarga de salvaguardar los bienes jurídicos más importantes para la convivencia pacífica, realmente tiene cabida la gestación por sustitución y en su caso, pueda haber lugar a sanciones penales en un futuro con una regulación jurídica diferente para afrontar la realidad social.

Siendo esta la premisa del proyecto, para poder analizar la actual regulación penal, es necesario abordar unas cuestiones previas generales con el ánimo de exponer la situación real en la que se encuentra la gestación por sustitución.

En primer lugar, haremos hincapié en el carácter fuertemente controvertido de la propia terminología, y las diversas opiniones sobre la misma, prosiguiendo con el concepto (donde no hay un acuerdo claro ni una definición unánime), y las distintas modalidades de la práctica, distinguiéndose en función del aporte genético (tradicional o gestacional) y de la intervención del elemento monetario (comercial o altruista), siendo esta última de gran interés debido a que en muchos estados se permite la gestación por sustitución altruista, pero no la comercial.

En segundo lugar, hablaremos en profundidad de la normativa actual de la gestación por sustitución, analizando la LTRHA, tanto la actual como su antecedente, en relación con la declaración de la nulidad y las posibles sanciones y respuestas que prevé el legislador por su incumplimiento, para estudiar ampliamente la evolución de esta técnica.

Para acabar, nos centraremos en el papel del Derecho Penal, haciendo un breve énfasis en el derecho comparado, equiparándolo con nuestro ordenamiento jurídico y discutiremos la posibilidad de una regulación garantista, con limitaciones, pautas y requisitos de la gestación por sustitución, examinando varias propuestas legislativas y las consecuencias que puedan estas suponer en los derechos de las mujeres gestantes y los menores, al igual que la necesidad (en su caso) de una reforma del texto penal, junto con las posibles repercusiones penales.

## **II) CUESTIONES PRELIMINARES**

### **1) Diversidad terminológica en la gestación por sustitución**

Cuando hablamos de la gestación por sustitución, observamos que existe un lenguaje muy diverso y variado acerca de las denominaciones que hacen referencia a un mismo fenómeno. Se habla, por ejemplo, de: “*gestación subrogada*”, “*maternidad subrogada*”, “*gestación por sustitución*”, “*vientre de alquiler*”, “*úteros de alquiler*” y “*madres suplentes*”, entre otras<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para más información sobre la terminología utilizada véase LAMM, E. (2013) y EMAKUNDE, “¿*Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe Final*”. Abril 2018.

Hay un gran debate acerca de la denominación correcta para referirse a este concepto y se tiende a recurrir a uno u otro término dependiendo de la valoración moral y ética que se posee, ya que el trasfondo es el mismo, pero si cambiamos el nombre, también cambiamos el acto y lo que este supone. Así pues, los que se refieren a este fenómeno como “*vientre de alquiler*” o “*úteros de alquiler*” (con un largo etcétera), lo utilizan con una intención crítica y reivindicativa, para manifestar su rechazo hacia esta nueva manera de reproducción asistida por producir la cosificación de las personas que se gestan como resultado de tales técnicas y lesionar gravemente la dignidad y derechos de la mujer. Sin embargo, no es correcto hablar de las denominaciones expuestas anteriormente, ya que no estamos ante una compraventa de un objeto físico, ni de una transacción mercantil.

Igualmente, partiendo de la base de que, según la Real Academia Española<sup>2</sup>, la palabra “*gestar*” significa “*llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto*” y “*subrogar*” equivale a “*sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa*”, la “*maternidad subrogada*”, “*madres suplentes*” o semejantes y la “*gestación subrogada*”, que son los términos empleados comúnmente en la esfera social para referirse a esta figura jurídica, no son del todo adecuadas.

Por un lado, al hablar de “*maternidad*”, se engloba a una realidad mucho más extensa de lo que realmente es la gestación, entendiendo que ser madre es mucho más que gestar y dar luz a un niño<sup>3</sup>. No es solo una función biológica, sino también social<sup>4</sup>, desacreditando el principio romano *mater semper certa est*, según la cual la madre es siempre aquella que da a luz. Un ejemplo claro sería la adopción<sup>5</sup>. Además, no es la

---

<sup>2</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.7 en línea]. <<https://www.rae.es/drae2001/gestar>>, <<https://www.rae.es/drae2001/subrogar>> [6 de junio de 2024].

<sup>3</sup> SARASOL, C. y RAMÓN, F. “*La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español*”. *Jurídicas CUC*, 17(1), 2021, pág. 329.

<sup>4</sup> EMAKUNDE, “*¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe Final*”, abril 2018, pág. 13.

<sup>5</sup> No hay que comparar la gestación por sustitución con la adopción. Mientras que la gestación por sustitución permite a los padres intencionales tener un hijo con vínculos genéticos, la adopción implica brindarle un hogar y una familia a un niño o niña que ya ha sido concebido, que, por diversas razones, no pueden ser criados por sus padres biológicos.

maternidad ni ninguna parte del cuerpo de la mujer<sup>6</sup> lo que se subroga, sino la posibilidad de gestar<sup>7</sup>.

Asimismo, siendo el término “*subrogación*” en el ámbito jurídico también una forma de transmisión de las obligaciones, este razonamiento no puede adjudicarse a la maternidad o gestación subrogada, ya que la mujer que contrata no puede ser sustituida por otra mujer contratante<sup>8</sup>. Así, al ser la “*subrogación*” un sinónimo de “*sustitución*”, este segundo término es más pertinente, porque la definición de “*sustitución*” es “*reemplazo*” y, por consiguiente, especifica que la mujer gestante, es la que reemplaza a la madre a la hora de dar a luz. Es decir, gesta un hijo para otra persona<sup>9</sup>.

Por tanto, la denominación más aceptada por la doctrina y la legislación es la “*gestación por sustitución*”, la cual se puede considerar el término legal en España para esta práctica, tal como recoge el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006<sup>10</sup>, el cual manifiesta que todo contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho. De igual manera, es también la terminología empleada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Organización Mundial de la Salud.

---

<sup>6</sup> En este trabajo, para facilitar la comprensión lectora, cuando nos referimos a una “*mujer*”, “*madre*” “*madre/mujer gestante*” o similares, apuntamos a personas con un sistema reproductivo femenino, entendiendo que no siempre tenga que existir una conexión entre el sexo biológico y el género.

<sup>7</sup> CLAVEL ULE, S. “*Gestación subrogada en España*”, Universidad Miguel Hernández, Facultad de Derecho, junio 2020, pág. 6.

<sup>8</sup> PAMELA CIFUENTES V., PEDRO GUERRA A. y MARCELA CÁCERES L. “*Gestación por sustitución, maternidad subrogada o “vientre de alquiler”, Chile y la legislación extranjera*”, BCN, Asesoría técnica Parlamentaria, abril 2023, pág. 6.

<sup>9</sup> Sin embargo, el Informe del Comité de Bioética de España considera que toda terminología es inadecuada: «*las expresiones “vientre de alquiler”, “maternidad por sustitución” o incluso “gestación subrogada”, comprobamos que no pasan de ser meros eufemismos”. No se alquila un vientre para que lleve a cabo la gestación, se contrata a una persona en su integridad. Tampoco el concepto de “maternidad por sustitución” parece correcto, ya que desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible: o hay maternidad genética (la madre aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante). La “gestación por sustitución” o “gestación subrogada” supone ocultar la palabra maternidad, lo que resulta inadecuado pues ser madre, entendemos, supone mucho más que gestar y dar luz a un niño*». Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 16 de mayo de 2017, págs. 9-10.

<sup>10</sup> EMAKUNDE, “*¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe Final*”. Abril 2018, pág. 13.



## 2) Concepto de la gestación por sustitución

Una vez escogida la que se considera la denominación más adecuada e imparcial, se debe entender de qué trata y en qué consiste la gestación por sustitución (G.S en adelante), dado que al igual que sucede con la terminología, no hay un debate baladí sobre su noción.

En este sentido, fue P. COLEMAN quién brindó una de las primeras definiciones de este fenómeno en el año 1982: *“la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar al niño y darlo a luz o procrearlo. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina con todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada lo adopte”*<sup>11</sup>.

Esta definición, en muchos aspectos, no está actualizada para afrontar la realidad social en la que nos encontramos, pudiendo acceder a la G.S únicamente las parejas heterosexuales casadas que estén imposibilitados por una infertilidad, quienes, además, deben aportar el material genético del hombre para llevar a cabo el proceso.

De igual forma se expresa VIDAL MARTÍNEZ, según el cual la gestación por sustitución acontece cuando una mujer *“acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y, además, renuncia a sus derechos maternofiliales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo”*<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> COLEMAN, P., “*Surrogate motherhood: analysis of the problem and suggestions for solutions*”, Tennessee Law Review, Num 50, University of Tennessee, Tennessee (EEUU), 1982, pág. 75. Traducción de la definición efectuada por LAMM, E., “*Gestación por sustitución. Ni maternidad...*”, cit. Págs. 22 a 23.

<sup>12</sup> VIDAL MARTÍNEZ, J. “*Las nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del derecho civil español*”. Editorial Civitas, Madrid, 1988, pág. 180.

En atención a lo expuesto por los dos autores mencionados previamente, antaño, con los medios y recursos que disponían, sólo era posible la G.S mediante inseminación artificial y con la gestante aportando sus propios gametos<sup>13</sup>.

Igualmente, es de vital envergadura la mención del Informe WARNOCK<sup>14</sup> de Reino Unido del año 1984, que define de manera concisa la gestación por sustitución como “*la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregársela después de que nazca*”. Una explicación parecida da el Departamento de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales de la Unión Europea veinte años después, describiéndolo como “*una práctica a la que una mujer queda embarazada con la intención de entregar el niño a otra persona al nacer*”<sup>15</sup>.

Con el transcurso del tiempo, han aparecido diferentes definiciones por distintos autores que se ajustan más a la modernidad. En esta línea, el concepto más aceptado por la doctrina es la proporcionada por el señor VELA SÁNCHEZ, el cual manifiesta que “*el contrato de gestación por sustitución es un fenómeno social, por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para otra u otras personas con la finalidad de que éstos puedan ser padres, biológicos o no*”<sup>16</sup>.

En similar sentido, se sitúa PÉREZ MONGE, quién define el mismo concepto “*como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)*”<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> LAMM, E. “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”. 1ª edición. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 22.

<sup>14</sup> Informe WARNOCK (1984) sobre fertilización humana y embriología.

<sup>15</sup> UNIÓN EUROPEA. Departamento de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales. (2012). Conférence de La Haye de Droit International Privé. [Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère International]. Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/b4114840-8e21-4f34-b054-43fe4c01ab32.pdf>. Traducción de la definición recogida de SARASOL, C. y RAMÓN, F. “*La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español*”. Jurídicas CUC, 17(1), 2021, pág. 328.

<sup>16</sup> VELA SÁNCHEZ, A. J. “*La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler*”, Diario LA LEY, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, Editorial LA LEY.

<sup>17</sup> PÉREZ MONGE, M. “*La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*”. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2002, pág. 329.

Asimismo, según la SAP, Valencia, 10ª, 23 de noviembre 2011, la llamada gestación por sustitución, “*consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida (TRA), aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que puede ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos*” (FJ 1)<sup>18</sup>.

Por tanto, se puede apreciar que no existe una definición universalmente aceptada de la gestación por sustitución, pero entre todas las definiciones aportadas por la doctrina y jurisprudencia, existen tres aspectos que coinciden: la existencia de un contrato entre las partes, la de una madre gestante y un progenitor o progenitores legales (también denominados padres intencionales o comitentes) y la entrega del bebe al final del proceso<sup>19</sup>. Siempre que nos hallemos frente a estos tres elementos, nos encontramos ante una gestación por sustitución, de una forma u otra, al existir varias modalidades como veremos en el siguiente epígrafe.

En conclusión, la gestación por sustitución es un contrato<sup>20</sup>, que puede ser onerosa o gratuita, a través del cual una mujer, denominada *mujer gestante (mujer sustituta o portadora)*, se compromete a someterse a técnicas de reproducción asistida (TRA)<sup>21</sup> para llevar a cabo la gestación de un embrión en su vientre a favor de otra persona o pareja *comitente*<sup>22</sup> (también conocida como *padres intencionales, aspirantes o subrogantes*), con el compromiso de entregar (tanto física como jurídicamente) al recién nacido a los comitentes, renunciando así a sus derechos maternofiliales y la posibilidad de reclamar la maternidad.

---

<sup>18</sup> Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (Sección 10ª) n.º. 826/2011 de noviembre [AS/2011/1561]. Disponible en <https://vlex.es/vid/344773338> [citado el 6 de junio de 2024]

<sup>19</sup> GÓMEZ GÓMEZ, M. “*La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado*”, ICEI: Nueva época, N.º.1, 2020, pág. 5.

<sup>20</sup> En el contrato, se especifica cuándo se realizará la entrega del niño o niña fruto de la gestación y la renuncia de los derechos de la mujer gestante. Igualmente, se puede reflejar la determinación de la responsabilidad económica de los gastos médicos que se generen, desde el embarazo hasta la recuperación post parto y la cuantía que recibirá la mujer gestante, dependiendo de si existe o no ánimo de lucro.

<sup>21</sup> En cuanto a las técnicas de reproducción asistida (TRA), se puede utilizar tanto la inseminación artificial (IA) como la fecundación *in vitro* (FIV).

<sup>22</sup> Estas terceras personas pueden ser una mujer o un hombre que optan por llevarlo a cabo en solitario o una pareja heterosexual u homosexual (casados o no).

### 3) Tipos o modalidades de gestación por sustitución

La gestación por sustitución se clasifica de acuerdo con varios criterios que nombraremos a continuación:

- a) En función del aporte genético que realice la mujer gestante al niño o a la niña, existen varias tipologías de gestación por sustitución<sup>23</sup>:
  - a. *Gestación por sustitución tradicional*, en cuyo caso la madre gestante es a su vez la madre biológica del bebe, ya que no aporta sólo su gestación, sino que también sus gametos, es decir, también aporta sus óvulos. El óvulo fecundado puede ser resultado de una relación sexual o si se utiliza TRA, se realizará a través de una inseminación artificial, utilizando el espermatozoides del padre intencional o de un donante.
  - b. *Gestación por sustitución gestacional*, donde la mujer sustituta sólo aporta la gestación, por lo que no tiene vínculo genético con él bebe, debido a que se utilizan los gametos de los padres intencionales o de terceros donantes. Al contrario que en la tradicional, en este caso se debe recurrir a la fecundación *in vitro*. Dentro de esta tipología existen tres posibles subtipos<sup>24</sup>:
    - i. Aportación del material genético por ambos comitentes mediante la implantación de un embrión en la mujer gestante, en cuyo caso ambos padres intencionales estarán relacionados genéticamente con su hijo.
    - ii. En este caso se da una aportación genética de la madre o padre intencional, por lo que existirá vinculación genética entre uno de ellos y el bebe que dará a luz la mujer gestante. Por ejemplo, se utiliza un óvulo donado y el semen del padre potencial o viceversa.
    - iii. Por último, también es posible implantar un embrión que es resultado de la aportación de material genético de terceros

---

<sup>23</sup> FUGARDO ESTIVILL, J. M. “*Procreación humana y acciones de responsabilidad. Derecho español y comparado*”. Barcelona: J.M. Bosch, 2018, págs. 44 y ss.

<sup>24</sup> ABASOLO BARANDIKA, ITXASNE. “*La gestación por sustitución y las mujeres gestantes. Aspectos jurídicos y éticos*”. Lan Harremanak, 41, 2019, pág. 265.

donantes, en cuyo caso ni los padres intencionales ni la mujer gestante estarán genéticamente relacionados con la niña o niño.

Entre estas dos clases de gestación por sustitución, se opta en su mayoría por la gestacional<sup>25</sup>. Esto radica en que los problemas y discusiones son más frecuentes en la tradicional, como se pudo comprobar con la problemática del caso *Baby M*<sup>26</sup>.

- b) En función de si la mujer gestante accede a la gestación de manera lucrativa o altruista, la gestación por sustitución puede ser<sup>27</sup>:
  - a. *de carácter comercial o retributiva*, donde la mujer suplente recibe una compensación económica por la gestación. No obstante, en los países donde se permite y regula esta práctica reproductiva, la compensación correspondiente suele estar regulada por la ley.
  - b. *de carácter altruista*, donde la madre gestante no recibe ningún tipo de retribución por sus servicios, salvo la compensación de los gastos por las pérdidas o las necesidades que le haya podido ocasionar el embarazo durante todo el proceso (por ejemplo, los días de baja laboral).

---

<sup>25</sup> Las estadísticas señalan que las parejas en Estados Unidos en su mayoría aportan sus propios óvulos, siendo el 85% de los casos de gestación por sustitución gestacionales. LAMM, E. “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”. 1ª edición. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, págs. 28-29.

<sup>26</sup> In Re Baby M, Supreme Court of New Jersey, 109 N.J. 396; 537 A.2d; 1988 N.J. LEXIS 1; 77 A.L.R. 4th. El caso *Baby M* fue una disputa por la custodia de un bebe nacido el 27 de mayo de 1987 entre Mary Beth Whitehead, la gestante y William y Elizabeth Stern, los futuros padres intencionales, quienes convinieron un contrato de gestación por sustitución ante la imposibilidad de Elizabeth de gestar un hijo, donde se concretó que la señora Whitehead, quién renunciaría a todos a sus derechos filiatorios, sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procrearía al bebe y lo entregaría a los esposos Stern, a cambio de una compensación económica (10.000 dólares). Pese a esto, Mary Beth, después de estar unos días con la niña, decidió no entregarlo a los Stern, los cuales decidieron acudir a los Tribunales. Finalmente, el Tribunal Supremo de Nueva Jersey determinó que el contrato era ilícito e ineficaz “*por estar en conflicto con las leyes que prohíben el pago de una suma de dinero en relación con las adopciones; las leyes que exigen la prueba de la incapacidad de los padres o el abandono para que se declare la extinción de los derechos parentales o se conceda la adopción; y las leyes que establecen la revocabilidad de la entrega de la custodia y del consentimiento para la adopción en las adopciones convenidas privadamente*”. Aun así, el factor decisivo fue el interés superior de la niña (que fue nombrada Melissa Stern) y su bienestar. Por eso, a pesar de tratarse de un contrato ilegal, el tribunal concedió la custodia al matrimonio Stern, por su situación económica y familiar, permitiéndole a la señora Whitehead un derecho de visita. Sobre la sentencia vid. SILVA-RUIZ, P. F., “*Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente*”, Boletín del Ministerio de Justicia, N.º 1503, 1988, págs. 3898-3937.

<sup>27</sup> Para más información véase el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 16 de mayo de 2017, págs. 7-9.

### III) LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La regulación de la gestación por sustitución discrepa dependiendo del ordenamiento jurídico que lo regula. Hay países que admiten legalmente la práctica, otros solamente lo admiten en determinadas situaciones, otros estados no lo regulan y finalmente, en otros países, como el nuestro, la Ley considera nulo de pleno derecho cualquier contrato de gestación por sustitución, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)<sup>28</sup>.

Por lo cual, a priori, podemos decir que la G.S no está permitida en España. Pero ¿significa esto que practicar la gestación por sustitución constituye un delito<sup>29</sup> en nuestra sociedad? Para responder esta pregunta, primero hay que analizar el marco normativo que existe en España sobre este fenómeno y sus posibles repercusiones, para poder así observar la evolución que se ha producido en el ordenamiento jurídico español. Así, como punto de partida, es transcendental hablar de las Leyes de Reproducción Asistida de 1988 y 2006, para luego centrarnos en su relevancia penal.

#### 1) La inicial regulación de la gestación por sustitución en el Derecho español: la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida

España, es uno de los primeros países que estableció una legislación acerca de la reproducción asistida, existiendo previamente regulación solo en el Estado de Victoria de Australia y Suecia. Fue tras la publicación del primer Informe WARNOCK sobre reproducción humana y embriología en julio de 1984, cuando varios países europeos, incluida España, empezaron a concienciarse sobre la repercusión social que tenían las

---

<sup>28</sup> LUCAS ESTEVE, A. “*La gestación por sustitución: derechos e intereses en conflicto*” (capítulo 1). En LUCAS ESTEVE, A. (Ed.) “*La gestación por sustitución*”, 1ª edición; Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 23.

<sup>29</sup> El artículo 10 del Código Penal (Título I: De la infracción penal) define “*delito*” como “*las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”. Reino de España. Jefatura del Estado (24 de mayo de 1996). CÓDIGO PENAL. [Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 24 de mayo de 1996]. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con> [citado el 6 de junio de 2024].

técnicas de reproducción asistida<sup>30</sup>. Además, el primer nacimiento por fecundación *in vitro* en España fue el 12 de julio de 1984 en Barcelona.

A partir de esto, el Congreso de los Diputados, creó un grupo de trabajo, denominado como la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humana, y gracias a las recomendaciones del Informe Palacios de dicha Comisión especial, el Pleno del Congreso aprobó por mayoría una Proposición de Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida el 16 de diciembre de 1987<sup>31</sup>.

En la recomendación H) del Informe, denominada “*gestación de sustitución*”, se señaló que esta práctica debía de prohibirse bajo cualquier circunstancia, fijando la necesidad de sancionar, incluso penalmente, a todas las partes intervinientes (incluidos los intermediarios del proceso) que formarán parte en un contrato de G.S <sup>32</sup>:

*“115. Deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia.*

*116. Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que las propicien, y los equipos médicos que las realicen.*

*117. Deberán ser objeto de sanción los Centros Sanitarios o Servicios en los que se realizarán las técnicas para la gestación de sustitución”.*

Tras una multitud de debates parlamentarios acerca de esta Proposición, se produjo la entrada en vigor de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de

---

<sup>30</sup> COBACHO GÓMEZ, J. A. “Breve comentario a la evolución legislativa española en la regulación de las técnicas de reproducción asistida”. Coord. por CHIEFFI, L., y SALCEDO HERNÁNDEZ J. R. en “*Questioni di Inizio vita: Italia e Spagna: esperienze in dialogo*”. Milano: Mimesis Edizioni, 2015, págs. 377-385.

<sup>31</sup> Ídem.

<sup>32</sup> VILAR GONZÁLEZ, S. “*La gestación subrogada en España y en el derecho comparado. Estado de cuestión en España*”, Edición N.º 1, Madrid: BOSCH, 2018, pág. 2.

Reproducción Asistida<sup>33</sup>, que supuso el primer reconocimiento legal para la aplicación este tipo de prácticas en nuestro país<sup>34</sup>. La propia Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 señaló el “por qué” de esta regularización<sup>35</sup>:

- *“La aparición de avances y descubrimientos científicos y tecnológicos.*
- *El desarrollo de las diversas técnicas como la inseminación artificial, tanto del marido o varón como de donante; la fecundación in vitro con transferencia de embrión y la transferencia intratubárica de gametos.*
- *La posibilidad de tratar la esterilidad humana a través de algunas de las técnicas indicadas en el caso que otros métodos no resulten eficaces, y también su utilización en otros casos médicos en los que no resulte posible la concepción de forma natural.*
- *La utilización de métodos de diagnóstico a través de los óvulos ya fecundados con finalidad terapéutica, de investigación o experimentación y su repercusión en el ámbito social, ético, biomédico y jurídico.*
- *La necesidad de establecer una estrecha colaboración entre la sociedad y la ciencia que lleve como prioridad el respeto a los derechos y libertades fundamentales del ser humano, siempre actuando en su beneficio, pero estableciendo unos límites adecuados. Por ello, se deben crear Comisiones de carácter multidisciplinar para recoger el criterio de la población y la opinión de los expertos en reproducción asistida, estableciendo los límites de aplicación y las posibilidades de las técnicas mencionadas.*
- *La necesaria argumentación de las técnicas reproductivas sobre su aceptación o rechazo sin estar mediatizadas por presiones ideológicas, religiosas o partidistas, teniendo en cuenta la ética civil, y procurando el interés general de acuerdo con los preceptos constitucionales”.*

---

<sup>33</sup> Reino de España. Jefatura del Estado. (22 de noviembre de 1988). TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. [Ley 35/1988]. BOE-A-1988-27108. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/22/35> [citado el 6 de junio de 2024].

<sup>34</sup> Aborda la gestación por sustitución en su artículo 10:

1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en 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.*

<sup>35</sup> SARASOL, C. y RAMÓN, F. “La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español”. Jurídicas CUC, 17(1), 2021, pág. 332.



Sin embargo, la Ley 35/1988 fue recurrida ante el Tribunal Constitucional en 1989, siendo resuelto el recurso diez años después de modo favorable a la constitucionalidad de la citada Ley, aunque estimó el recurso en algunos aspectos<sup>36</sup>.

Posteriormente, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre<sup>37</sup>, modificó parcialmente determinados preceptos de la Ley de 1988, debido a los defectos y limitaciones que tenía esta norma (ninguna relacionada con la G.S), sobre todo en relación con el problema generado por la acumulación de los llamados embriones sobrantes<sup>38</sup>, y fue sustituida más tarde por la vigente Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)<sup>39</sup>, por la necesidad de adaptarlo a la realidad social actual y solucionar todo tipo de inseguridad jurídica.

## **2) La actual regulación de la gestación por sustitución en el Derecho Español: la Ley 16/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida**

La Ley vigente, en su décimo artículo, mantiene intacto lo dispuesto por su predecesora (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida) en relación con la figura de la subrogación.

En su apartado uno manifiesta que será “*nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”, respetando con ello, la recomendación del Informe Palacios, pero sin llegar a contener ningún tipo de sanción (ni penal ni de ningún tipo) más allá de la nulidad<sup>40</sup>. De conformidad con el artículo 1271 del Código Civil (CC), el precepto establece la nulidad de cualquier contrato tanto

---

<sup>36</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, de 17 de junio, núm. 116/1999, RTC 1999/116. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1999-15024> [citado el 6 de junio de 2024].

<sup>37</sup> Reino de España. Jefatura del Estado. (21 de noviembre de 2003). TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. [Ley 45/2003]. BOE-A-2003-21341. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21341> [citado el 6 de junio de 2024].

<sup>38</sup> VIDAL MARTÍNEZ, J. “*Acerca de la regulación jurídica de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*”. Actualidad Jurídica Iberoamericana N.º 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, pág. 499.

<sup>39</sup> Reino de España. Jefatura del Estado. (25 de mayo de 2006). TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. [Ley 14/2006]. BOE-A-2006-9292. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con> [citado el 6 de junio de 2024].

<sup>40</sup> VILAR GONZÁLEZ, S. “*La gestación subrogada en España y en el derecho comparado. Estado de cuestión en España*”, Edición N.º 1, Madrid: BOSCH, 2018, pág. 3.

oneroso como gratuito, que tenga como objeto la G.S, por interpretar que el embrión es *res extra commercium*, es decir, que la capacidad de gestar queda excluida del tráfico jurídico<sup>41</sup>.

Para una gran parte de la doctrina, al establecer el artículo 10.1 únicamente efectos civiles (la nulidad *ipso iure* con efectos *erga omnes*), este no prohíbe expresamente su realización, convirtiéndolo en una norma de tipo constitutivo<sup>42</sup>. Por lo tanto, para estos el Derecho español no prohíbe expresamente la gestación por sustitución.

No obstante, hay opiniones contrarias a esta, que afirman que los contratos de gestación por sustitución están totalmente prohibidos en nuestro ordenamiento jurídico, coincidiendo con la opinión del Tribunal Supremo (TS) y de la Dirección General de la Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGRN)<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> VILAR GONZÁLEZ, S. “*La gestación subrogada en España y en el derecho comparado. Estado de cuestión en España*”, Edición N.º 1, Madrid: BOSCH, 2018, pág. 10. Esta misma autora, también hace mención del artículo 1275 CC, donde se dispone que los contratos “*sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno*”. Recalca que, bajo esta premisa, un pacto de G.S tan solo podría alcanzar la licitud moral cuando la prestación se realice de manera altruista y sin contraprestación económica, siendo de lo contrario punible por el artículo 221.1 del Código Penal (CP).

<sup>42</sup> Según MARTÍN ALBÉNIZ, el autor MANUEL ATIENZA, para llegar a esta conclusión, diferencia claramente dos tipos de normas: “*las regulativas, que prohíben, permiten o establecen como obligatorio un curso de acción (como lo son las normas penales) y las constitutivas, que fijan las condiciones que tienen que darse para que se produzca un determinado resultado normativo (como las condiciones de validez de un contrato)*”. Vid., ATIENZA RODRIGUEZ, M. “*Gestación por sustitución y perjuicios ideológicos*”, El notario del Siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid, N.º 63, 2015, págs. 95-96.

Véase también MARTÍN ALVÉNIZ, B. “*Maternidad subrogada: regulación en España y Análisis de otros modelos en derecho comparado*”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, abril 2020, pág. 16-17, donde también se distingue la nulidad de la sanción afirmando que “*La nulidad es el resultado de hacer incumplido alguno de ellos requisitos establecidos de una norma constitutiva, mientras que la sanción presupone la realización de un ilícito, el incumplimiento de una prohibición*”.

<sup>43</sup> MARTÍN ALBÉNIZ, BEGOÑA. “*Maternidad subrogada: regulación en España y Análisis de otros modelos en derecho comparado*”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, abril 2020, pág. 17.

Cabe advertir que no necesariamente ha de aceptarse que en España la G.S este realmente prohibida, porque tal y como señala FERÁNDEZ ECHEGARAY, lo que recoge el artículo 10 de la Ley 14/2006 expresamente “*es el reconocimiento de la gestación por sustitución, aunque posteriormente sea excluida de su ámbito de regulación. El razonamiento o fundamento de esta sanción de nulidad descansa en la prohibición de utilizar un cuerpo ajeno para ubicar en él un embarazo cuyo fruto sería entregado a persona distinta de la mujer que ha desarrollado la gestación. Este planteamiento, en realidad, como ocurre en todos los campos jurídicos, no significa que a pesar de su nulidad este tipo de contrato no se esté celebrando en la práctica*”. Véase FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. “*La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista?*”, 1ª edición, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2019, pág. 128.

La Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de 16 de octubre de 2018 decretó lo siguiente<sup>44</sup>: “*la gestación subrogada no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, y la ausencia de una legislación específica no permite la integración de una laguna legal al existir una norma que la prohíbe de forma expresa*”.

Sin embargo, aunque no esté permitido en nuestro país, lo cierto es que cada vez más ciudadanos españoles acuden al extranjero (concretamente a los países donde está permitido) para acceder a la maternidad o paternidad mediante esta vía, formando lo que se conoce como *turismo reproductivo*<sup>45</sup>.

En el apartado segundo de este artículo, se señala que “*la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”, potenciando la regla tradicional *mater semper certa est*<sup>46</sup>, y en el último apartado, se regula la posibilidad de una acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales del artículo 131 y siguientes del Código Civil y 768 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Esto significa que la reclamación de la filiación biológica paterna no es automática, sino que hay que acudir a los tribunales, siguiendo los medios ordinarios regulados en la legislación española.

En cuanto al régimen sancionador de la LTRHA, siguen existiendo dudas sobre la tipificación como infracción administrativa de la gestación por sustitución. Es importante remarcar que una sanción administrativa excluirá la imposición de una posible sanción penal sobre lo mismo, por el principio *non bis in idem*, al no poder imponer doble sanción a un sujeto por los mismos hechos e intereses protegidos.

---

<sup>44</sup> AUTO CIVIL N.º 565/2018, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18, Rec. 319/2018 de 16 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.iberley.es/jurisprudencia/auto-civil-n-565-2018-ap-barcelona-sec-18-rec-391-2018-16-10-2018-47894603> [citado el 6 de junio de 2024].

<sup>45</sup> También conocido como “*turismo procreativo internacional*”, “*turismo de fertilidad internacional*” o “*CrossBorder Reproductive Care*”.

<sup>46</sup> El principio *mater semper certa est* supone que la que da a luz al bebé siempre será la madre. Tal y como manifiesta VILAR GONZÁLEZ “*en virtud de la legislación vigente, si algún acuerdo de gestación por sustitución se llevará a cabo en España, lo que no resulta imposible, pero sí arriesgado, la filiación de los hijos quedará siempre determinada por el parto. Así, la gestante que se arrepintiese y no quisiera entregar el niño, no tendría por qué hacerlo, ni porque renunciar a su maternidad, pudiendo quedarse con el menor y los padres intencionales, no podrían exigir la entrega del niño, ni la devolución de las cantidades entregadas hasta ese momento. En sentido contrario, si fueran los comitentes quienes decidieran incumplir su parte del contrato, la gestante tampoco podría obligarles recibir el niño, ni a que se constituyera la filiación del menor a su favor, ni tampoco exigirles la entrega de las sumas acordadas pendientes de pago*”. VILAR GONZÁLEZ, S. “*La gestación subrogada en España y en el derecho comparado. Estado de cuestión en España*”, Edición N.º 1, Madrid: BOSCH, 2018, pág. 11.

En atención a las posibles sanciones, el Capítulo VIII versa exclusivamente sobre “*infracciones y sanciones*” (arts. 24 a 28 LTRHA<sup>47</sup>) y dentro del mismo, hay que subrayar lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 24 y en los artículos 26 y 27<sup>48</sup>.

El primero de ellos establece sanciones administrativas ante infracciones en materia de reproducción humana asistida, tras haber instruido el oportuno expediente administrativo, todo ello “*sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir*”<sup>49</sup>.

El artículo 26 dispone que las distintas conductas consideradas infracciones por la ley, se clasifican como leves, graves o muy graves (apartado uno). Dentro de esta calificación, la presente Ley considera la gestación por sustitución como una infracción leve o eso se deduce del apartado segundo a) del precepto, al establecer que es infracción leve “*el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta Ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave*”.

Al no prever en el resto del artículo taxativamente ninguna sanción de tipo administrativo que pudiera ser aplicable a los contratos de G.S, donde se califican las infracciones graves y muy graves [apartados b.) y c.)], se tiene que integrar esta práctica en el artículo 26.2.a), siendo sancionable con multas de hasta mil euros (artículo 27.1 LTRHA)<sup>50</sup>.

Sin embargo, una parte de la doctrina piensa que este tipo de pactos o acuerdos si podrían categorizarse como infracciones muy graves, conforme a lo previsto por el artículo 26.2.c). 2ª: “*la práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos del artículo 2*”<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> Arts. 24 a 28 LTRHA. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292> [citado el 6 de junio de 2024].

<sup>48</sup> VILLA SIEIRO, S. V. “*Gestación por sustitución ¿y Derecho penal?*”, Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada, ISSN 1134-7198, N.º 58, enero 2023, págs. 99-100.

<sup>49</sup> Ídem.

<sup>50</sup> VILAR GONZÁLEZ, S. “*La gestación subrogada en España y en el derecho comparado. Estado de cuestión en España*”, Edición N.º 1, Madrid: BOSCH, 2018, págs. 11-12.

<sup>51</sup> Ídem, pág. 12. Empero, como dice VILAR GONZÁLEZ, ha de tenerse en cuenta que para la gestación por sustitución no es necesario acudir a técnicas innovadoras, ya que “*bastará con aplicar en la gestante uno de los procedimientos de fecundación asistida o de inseminación in vitro prevenidos para alcanzar*

Si finalmente la práctica de la gestación por sustitución se contemplara como una infracción muy grave, esto supondría el posible cierre o clausura de los centros o servicios en los que se hubiera practicado (artículo 25 LTRHA), junto con multas de entre diez mil un euro hasta un millón de euros (artículo 27.1 LTRHA)<sup>52</sup>.

#### IV) EL PAPEL DEL DERECHO PENAL ANTE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Como ha quedado puesto de manifiesto, la gestación por sustitución no está permitida en España<sup>53</sup> y supone la nulidad de pleno derecho del contrato, sin perjuicio de las sanciones administrativas y, ya veremos, si también penales.

El papel de esta rama de derecho en países donde la gestación por sustitución está permitida no tiene nada que ver con aquellos en los que está prohibida. En algunos países cercanos como pueden ser Francia, Alemania e Italia, esta práctica no sólo está prohibida, sino que está ligada a sanciones penales. En cambio, otros países lo admiten como un negocio altruista (Canadá, Gran Bretaña...) y otros estados lo aprueban en todas sus modalidades (México, Estados Unidos...), al igual que existen territorios donde no se encuentra regulado de ninguna manera<sup>54</sup>.

Como hemos advertido anteriormente (y por su vital importancia lo volvemos a mencionar), en caso de producirse sanción penal, esta excluirá la imposición de la sanción administrativa (ya sea leve o muy grave). Sin embargo, si no hay pruebas suficientes para estimar la existencia de delito, la Administración continuará con el expediente sancionador<sup>55</sup>.

---

*con ello su embarazo, recurriendo o no a donantes anónimos de gametos, todo lo cual se contempla expresamente como legal en la LTRHA”.*

<sup>52</sup> VILLA SIEIRO, S. V. “Gestación por sustitución ¿y Derecho penal?”, Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada, ISSN 1134-7198, N.º 58, enero 2023, pág. 100. A pesar de esto, hay autores que consideran (como ha sido mencionado anteriormente) que la gestación por sustitución sólo puede dar lugar a la nulidad del contrato, pero no a sanción respecto a las partes.

<sup>53</sup> Independientemente de si existe una prohibición expresa de la gestación por sustitución en la LTRHA, “la nulidad del contrato y la imposibilidad de adjudicar la maternidad señalan con claridad la imposibilidad de celebrar estos contratos en el territorio español”. GÓMEZ GÓMEZ, M. “La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado”, ICEI: Nueva época, N.º.1, 2020, pág. 12.

<sup>54</sup> El derecho comparado se analiza en un apartado independiente. Vid., infra.

<sup>55</sup> VILLA SIEIRO, S. V. “Gestación por sustitución ¿y Derecho penal?”, Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada, ISSN 1134-7198, N.º 58, enero 2023, pág. 115.

Poniendo sobre la mesa la pregunta antes planteada: ¿practicar la gestación por sustitución constituye un delito en nuestra sociedad? Con carácter general, se suele afirmar que en España la gestación por sustitución no tiene relevancia penal, aunque sea una cuestión sometida a controversia, ya sea por la pluralidad de opiniones que existen en la doctrina, como por la falta de interpretación de los tribunales de si realmente está conducta está prevista en el Código Penal<sup>56</sup>.

Si analizamos con detenimiento el Libro II del Código Penal (Delitos y sus penas), su Título XII (Delitos contra las relaciones familiares), cuenta con el Capítulo II (arts. 220-222), denominado “*De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*”. Estos tres artículos, plantean la posibilidad (y para muchos una realidad) de que la gestación por sustitución este sancionado penalmente, aunque, en principio, no se haga alusión de esta conducta ni se haya creado con la finalidad de regularla, por lo que se podría decir que se ha buscado una similitud con otros delitos que sí contempla el Código Penal. Sin embargo, la idea más generalizada es que regulan supuestos que pueden ocurrir en un caso de G.S, aunque no se encargue de castigarlo específicamente.

La redacción de los tres artículos (220, 221 y 222), en lo sustancial, ha permanecido sin variaciones desde la aprobación del Código Penal de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre), ya que a pesar de que haber existido múltiples ocasiones para incorporar la gestación por sustitución directamente<sup>57</sup>, no se ha efectuado acción alguna, al contrario que en otros países vecinos que sí han tipificado penalmente esta técnica<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> GUARDIA HERNÁNDEZ, JUAN J., “*Policía administrativa y maternidad subrogada en España*” (capítulo 14). En LUCAS ESTEVE, A. (Ed.) “*La gestación por sustitución*”, 1ª edición; Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 356.

<sup>57</sup> El CP ha sido modificado numerosas veces (en 1944, 1973 y 1978) y actualmente, el CP de 1995 (conocido como el Código Penal de la Democracia) ya cuenta con más de treinta reformas.

<sup>58</sup> VILLA SIEIRO, S. V., “*El derecho penal español ante la gestación por sustitución*”. En NUÑEZ PAZ, M. I. (Ed. lit.), JIMÉNEZ BLANCO, P. (Ed. lit.) y SUÁREZ LLANOS, L. (Dir.), “*Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y la maternidad por sustitución*”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 459. Igualmente se menciona que únicamente se ha realizado un cambio en el apartado primero del artículo 221 CP, donde se añadió la referencia a la “*tutela, curatela o guarda*”, inicialmente no previstas.

Además, se afirma que los delitos recogidos en estos preceptos se caracterizan por *afectar a la filiación de un menor* que surge con su nacimiento, su adopción o relaciones análogas a la de la filiación en caso de guarda o acogimiento<sup>59</sup>.

Centrándonos en lo dispuesto por el artículo 10 de la LTRHA, el precepto más relevante es el 221 CP, sin perjuicio de la conexión necesaria que tenga con los artículos 220 (suposición de parto, ocultación o entrega de un menor y sustitución de un niño por otro)<sup>60</sup> y 222 CP (modalidad agravada de los dos artículos precedentes).

El artículo 221 CP<sup>61</sup> se divide en tres apartados:

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

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

---

<sup>59</sup> Ídem.

<sup>60</sup> El artículo 220 CP, expresa lo siguiente:

*“1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.*

*2. La misma pena se impondrá a quien ocultare o entregare a terceros una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación.*

*3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.*

*4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de los hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.*

*5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o sociosanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año.”*

<sup>61</sup> Reino de España. Jefatura del Estado (24 de mayo de 1996). CÓDIGO PENAL [Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal]. BOE-A-1995-25444. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con> [citado el 6 de junio de 2024].

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años”.

En primer lugar, ha de tenerse presente que no siempre es sencillo determinar cuál o cuáles son los bienes jurídicos protegidos por un determinado artículo del Código Penal, debido a que existen diferentes maneras interpretativas del mismo texto normativo, lo que origina una discusión latente, como sucede con el artículo 221 CP. Algunos aluden que el bien jurídico protegido es la compraventa de los niños o el tráfico de menores<sup>62</sup> y otros que son las adopciones ilegales, así como también existen personas que consideran que el bien jurídico tutelado es la gestación por sustitución (en algunos supuestos)<sup>63</sup>.

Para autores como MUÑOZ CONDE<sup>64</sup>, el bien jurídico protegido del presente precepto, no tiene nada que ver con el estado civil derivado de la filiación, ni tampoco con la seguridad e integridad del niño o la niña en cuestión, sino que el legislador quiere sancionar una conducta que infringe las normas sobre adopción (“*eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción*”) y evitar que el menor se convierta en una especie de mercancía, haciendo hincapié en la importancia de la “*compensación económica*”, al ser este el elemento decisivo para considerar si realmente estamos frente a un delito o no. Por ende, lo que diferencia en parte el delito de tráfico de menores con el delito del artículo 220.2 CP<sup>65</sup>, es que aquí la entrega no se hace para alterar o modificar la filiación del menor, sino que, se realiza para establecer una filiación de hecho, es decir, “*una relación análoga a la de filiación*”.

---

<sup>62</sup> No hay que confundir el delito de tráfico de menores del art. 221 CP, con el delito de trata de seres humanos del art. 177 bis CP, ni tampoco con el delito de tráfico de seres humanos (migrantes) del art. 318 CP.

<sup>63</sup> VILLA SIEIRO, S. V. “*El derecho penal español ante la gestación por sustitución*”. En NUÑEZ PAZ, M. I. (Ed. lit.), JIMÉNEZ BLANCO, P. (Ed. lit.) y SUÁREZ LLANOS, L. (Dir.), “*Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y la maternidad por sustitución*”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 463.

<sup>64</sup> MUÑOZ CONDE, F. y LÓPEZ PEREGRÍN, M. d. C., “*Derecho penal: parte especial*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 349-350.

<sup>65</sup> El bien jurídico protegido de la suposición de parto es la filiación del menor, entendiendo por filiación la relación de parentesco.



Sin embargo, hay autores como TORRES FERNÁNDEZ<sup>66</sup>, que consideran que mediante esta infracción penal se está atacando a la filiación legal y que por ello pueda decirse que es este es el bien jurídico protegido, aunque se realice de manera indirecta, ya que con la entrega del menor no surge una nueva relación jurídica de filiación, sino que solo se modifica aparentemente su estado civil, puesto que la filiación únicamente puede tener lugar por naturaleza o por adopción (art. 108 CC).

Así, como afirma GONZÁLEZ RUS<sup>67</sup>, “*con la entrega de un menor lo que se hace es modificar la situación o la adscripción familiar del menor, a través de la que se le atribuye socialmente su filiación y estado civil, para insertarlo en otro contexto familiar y social en el que, por la misma razón, se le presumirá la pertenencia a otra familia y, consiguientemente, otro estado civil*”. En relación con la filiación adoptiva, la entrega del menor no es suficiente para crear una relación de filiación con efectos jurídicos que se pueda aparejar a una adopción.

En todo caso, con la conducta de entrega de “*cualquier menor*”, puede entenderse que además de afectar a los derechos de filiación, cosifican al menor al tratarlo como mero objeto de tráfico (lo cual afecta a su dignidad humana). Por tanto, entendemos que el bien jurídico que pretende proteger el art. 221 CP no tiene nada que ver con su estado civil ni con la filiación (aunque puede llegar a ser protegido implícitamente), sino lo que se pretende castigar en realidad es el hecho convertir a un menor de dieciocho años en una especie de mercancía. De ahí, que MUÑOZ CONDE, preste especial atención a la modalidad remunerada del artículo, ya que como se ha puesto de manifiesto, en ausencia de esta, se produciría la atipicidad, sin perjuicio que pudieran concurrir otras figuras delictivas (lo que podría derivar en un concurso de delitos), como puede ser un delito de entrega de menores del art. 220.2 CP (ocultación o entrega de hijo), al estimar varios escritores como CASTIÑEIRA<sup>68</sup>, que el art. 221 CP es un tipo agravado de la primera, al mediar una compensación económica<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M. E., “*El tráfico de niños para su adopción ilegal: El delito del artículo 221 del Código Penal Español*”. Editorial Dykinson, 2003.

<sup>67</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J., “*Compendio de Derecho penal español. Parte especial*”. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 357.

<sup>68</sup> CASTIÑEIRA PALOU, M. T.; MONTANER FERNÁNDEZ, R. “*Delitos contra las relaciones familiares*”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M., (Coord.). “*Lecciones de Derecho penal: parte especial*”. Atelier, Barcelona, 2009, págs. 201-223.

<sup>69</sup> VILLA SIEIRO, S. V., “*El derecho penal español ante la gestación por sustitución*”. En NUÑEZ PAZ, M. I. (Ed. lit.), JIMÉNEZ BLANCO, P. (Ed. lit.) y SUÁREZ LLANOS, L. (Dir.), “*Mujer sujeto u objeto*

Lo mismo señala RAMÓN RIBAS<sup>70</sup>, al establecer que la intervención penal no es consecuencia de la elusión de los procedimientos legales de la guarda, acogimiento y adopción, sino que solo sucede si media una compensación económica.

También ha de tenerse en mente que la protección personal de los menores no encontraba una respuesta adecuada (aunque no fuera del todo ausente) en el anterior Código Penal. No obstante, en el Código Penal vigente, la protección de menores y su dignidad humana, se ve protegida por el delito de compraventa o tráfico de menores (art. 221 CP)<sup>71</sup>. Por eso, según MENDOZA BUERGO<sup>72</sup>, la lectura de preceptos del Capítulo II en la realidad actual dista mucho del concepto de familia (o de la relación familiar). En la misma línea se encuentra CARBONELL MATEU<sup>73</sup>, cuando anota que en el contenido del Capítulo II, se recogen varias figuras delictivas “*que anteriormente componían delitos contra el estado civil de las personas. Y, como veremos, en algún supuesto sigue tutelándose éste mientras que en los otros son los derechos propios del menor*”. Igualmente, GONZÁLEZ RUS<sup>74</sup>, manifiesta que “*la inadmisibile instrumentalización que se hace a los menores por motivos económicos, con el consiguiente menosprecio de su dignidad personal*” es lo que ampara el art. 221 CP actualmente.

Por tanto, puede existir debate acerca de la estricta protección de la filiación y de la seguridad del menor, pero es innegable que la finalidad del art. 221 CP es la protección

---

*de derechos reproductivos: derechos de los menores y la maternidad por sustitución*”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 464.

<sup>70</sup> RAMÓN RIBAS, E. “*Delitos contra las relaciones familiares*”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS, F. (Coord.), “*Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (artículos 1 a 233)*”, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, págs. 1595-6.

<sup>71</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M. E. “*El tráfico de niños para su adopción ilegal: El delito del artículo 221 del Código Penal Español*”. Editorial Dykinson, 2003.

Igualmente, como afirma CARRASCO ANDRINO, este precepto responde a las normas internacionales que han sido ratificadas por el Estado español, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. CARRASCO ANDRINO, M. d. M. “*Lección 28. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor*”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), “*Derecho penal: parte especial (I)*”, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 900.

<sup>72</sup> MENDOZA BUERGO, B. “*Sección 2. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor*”, en MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), *Memento Práctico Penal*, Madrid, 2017, pág. 1123.

<sup>73</sup> CARBONELL MATEU, J. C. “*Derecho penal: parte especial*”. Valencia, 1999, pág. 326.

<sup>74</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J. “*Delitos contra la familia relacionados con la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*”. MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), “*Sistema de derecho penal español: parte especial*”, Dykinson, Madrid, 2016, pág. 384.

de los menores (y sus derechos) que no pueden ser objeto de mercantilización<sup>75</sup>. Es decir, la dignidad del niño<sup>76</sup>.

Es debido a esta diversidad de opiniones sobre el bien jurídico protegido del art. 221 CP que esta se configura mayoritariamente como un delito pluriofensivo.

Sin embargo, RAMÓN RIBAS<sup>77</sup> establece que “*no es la tutela de los derechos del menor lo que motiva la intervención penal, sino fundamentalmente, el vil ánimo que guía el comportamiento de los autores, pues sólo éste autoriza reacción penal*”, concluyendo que no es necesario la existencia de un perjuicio para el menor, por lo que no tiene cabida lo que entendemos por gestación por sustitución en la actualidad<sup>78</sup>.

En relación con el apartado primero del art. 221 CP, nos encontramos ante un tipo básico, que consiste en la entrega de un menor a cambio de una compensación económica, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación. Se sanciona este delito con la prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años, la cual se aplica tanto a quién entrega al menor (apartado uno) como al que lo recibe y al intermediario, ya sea en el extranjero como el territorio nacional (apartado segundo).

---

<sup>75</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J. “*Delito contra las relaciones familiares y protección de menores: ¿Qué protegemos, que debemos proteger?*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2023, núm. 25-03, pág. 11.

<sup>76</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, expone que la dignidad humana debe entenderse “*como garantía de la propia personalidad del ser humano y de su libertad moral: al ser humano sólo se le puede asegurar el reconocimiento de su condición de tal y de su libertad si se le garantiza esa inviolabilidad, su tratamiento como “persona” y no como “cosa” como un “fin en sí mismo”, de ahí la interdicción de su consideración como un “puro o simple medio” para la consecución de determinados fines y, simultáneamente, su protección frente a toda clase de ataques ofensivos, humillantes, degradatorios o envilecedores*”. Véase en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. “*Torturas y otros atentados contra la integridad moral*”, Estudios penales y criminológicos, XX. Santiago de Compostela, 1998, pág. 71.

<sup>77</sup> RAMÓN RIBAS, E. “*Delitos contra las relaciones familiares*”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS, F. (Coord.), “*Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (artículos 1 a 233)*”, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, págs. 1595-6.

<sup>78</sup> VILLA SIEIRO, S. V. “*El derecho penal español ante la gestación por sustitución*”. Cit., pág. 468.

Por lo que, en principio, el tipo común del artículo 221.1 CP, está compuesta por cuatro elementos predominantes, y la ausencia de alguna de ellas, hará que sea imposible aplicar el tipo.

El primer requisito será la entrega de cualquier “*hijo, descendiente o cualquier menor*” y el autor puede ser cualquier persona, ya sean los progenitores, otros ascendientes o terceros ajenos a la familia. Como indica QUERALT JIMÉNEZ<sup>79</sup>, este es uno de los pocos preceptos que no hace referencia literal al sujeto o sujetos activos. Además, es indiferente que la sustitución tenga lugar con o sin consentimiento de los padres<sup>80</sup>. Como sujeto pasivo, se suele considerar a la persona entregada, que no puede ser mayor de dieciocho años, momento donde se alcanza la mayoría de edad en España, si bien no será fácil cometer el delito con quién se aproxime a esa edad (y en la gestación por sustitución será imposible).

En este punto se puede observar el primer impedimento para que se pueda tipificar la gestación por sustitución en el presente artículo, porque parte de la jurisprudencia y doctrina consideran que el sujeto activo de la entrega del bebé en un caso de gestación por sustitución sólo puede ser la mujer. Sin embargo, el principio de legalidad no impide que se haga una interpretación extensiva de los sujetos activos, no limitando los mismos a la madre, pudiendo suceder que la que entrega del bebé recién nacido a los padres intencionales sea cometida por otro sujeto, como, por ejemplo, el marido, pudiendo existir otros autores también dentro del círculo familiar<sup>81</sup>.

Asimismo, desde el punto de vista penal, lo que podría encajar en la “*entrega de un hijo*” no es algo que quede dentro de lo que entendemos como gestación por sustitución, porque comprendemos que la mujer gestante no debe aportar sus óvulos, debiéndose utilizar el semen y óvulos de los futuros padres mediante la fecundación *in vitro*, para que genéticamente no tenga vinculación alguna con él bebe que gesta. Esto es así porque una gestación por sustitución donde la mujer actúa de mera incubadora de un

---

<sup>79</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J., “*Derecho penal: parte especial: “Delitos contra las relaciones familiares”*”. Edit. Bosch. Barcelona, 2010, pág. 403.

<sup>80</sup> Si el bien jurídico se configura a partir de las relaciones de filiación legal, también serán sujetos pasivos los padres cuando se haga sin su consentimiento.

<sup>81</sup> LLEDÓ BENITO, I., “*Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*”, REDS, núm. 15, Julio-diciembre 2019, pág. 310.

embrión ajeno (gestacional) es muy distinta a la tradicional, donde la mujer gestante aporta sus propios óvulos, y en este segundo caso, la gestante vende o cede a su propio hijo en adopción, lo cual nos haría plantear si estamos ante un supuesto de adopción ilegal. Como señala ALKORTA IDIAKEZ<sup>82</sup>, “*la auténtica subrogación de útero sólo se da en el caso de que la mujer produzca óvulos fecundables, pero no pueda gestarlos, por lo que encarga a otra que lleve adelante el embarazo con el embrión obtenido in vitro*”.

De la misma manera, se podría considerar gestación por sustitución si la comitente recurre a un óvulo donado (inseminado con espermatozoides de su pareja o no), porque lo importante es que el óvulo no proceda de la mujer gestante, siendo indiferente si procede de la comitente o de una donante, porque lo que se entrega es el hijo propio de los padres intencionales. Por lo que, para hablar de un auténtico supuesto de gestación por sustitución, esta tiene que ser gestacional<sup>83</sup>.

El segundo componente es que dicha entrega sea realizada evitando los procedimientos legales de guarda, acogimiento y adopción, el cual hay que completarlo con otras normas del ordenamiento jurídico, tales como el Código Civil sobre la filiación, guarda, acogimiento y adopción (artículo 108 y siguientes, y de 172 a 180) y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre acogimiento y adopción (artículos 779 y siguientes). Aun así, esta entrega no tiene por qué proceder de una sustracción del menor, ya que, aunque se actúe al margen de la legalidad, es posible que la adopción sea materialmente procedente<sup>84</sup>. Debe existir una omisión absoluta del procedimiento legalmente previsto, como, por ejemplo, la falsificación de documentos para la entrada en España de los niños tratando de dar apariencia a una supuesta adopción (AAP, Vizcaya, Sección 1ª, 13-1-2006 [Tol 599526])<sup>85</sup>. Por tanto, no habrá elusión de estos procedimientos cuando la filiación

---

<sup>82</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. “*Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado*”. Thomson-Aranzadi, 2003, págs. 274-275.

<sup>83</sup> VILLA SIEIRO, S. V. “*Gestación por sustitución ¿y Derecho penal?*”, Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada, ISSN 1134-7198, N.º 58, enero 2023, pág. 117-8.

Para saber más sobre las diferencias entre distintas modalidades de gestación por sustitución acude al Epígrafe 2, apartado 3.

<sup>84</sup> VILLA SIEIRO, S. V. “*El derecho penal español ante la gestación por sustitución*”. Cit., pág. 468.

<sup>85</sup> CARRASCO ANDRINO, M. d. M. “*Lección 28. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor*”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), “*Derecho penal: parte especial (I)*”, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, Pág. 900.

se haya establecido en un país extranjero en el que el contrato de gestación por sustitución está permitido<sup>86</sup>.

El tercer elemento es que este comportamiento se produzca con la finalidad de establecer una situación análoga a la de la filiación (y no para alterar o modificar el estado civil como en el artículo 220.2 CP). Esto implica que se trata de un delito doloso, tanto por la ausencia de la imprudencia, como por establecer un fin concreto que es necesario perseguir. Dicho de otra manera, se exige un requisito adicional a la intención que es distinta del dolo que describe igualmente el tipo delictivo (elemento subjetivo del injusto)<sup>87</sup>. Este requisito implica la voluntad de asumir los deberes asistenciales para el cuidado del menor, porque no hay que olvidarse de que el niño no tiene por qué salir perjudicado con la conducta descrita, pudiendo incluso verse favorecido con el cambio<sup>88</sup> (si bien es cierto que no siempre es así).

De igual manera, esta operación puede darse también sin interés alguno en la filiación, como será en caso de instrumentalización de menores para su explotación sexual o, para la extracción de órganos, los cuales no se hallan comprendidos en el art. 221.1 CP, pero pueden constituir otros delitos más graves.

La última pieza es la retribución dineraria. Dicha “*compensación económica*” puede consistir en una suma de dinero o cualquier otro beneficio de naturaleza económica. Para una parte de la doctrina es indispensable la existencia de una contraprestación económica a cambio de la entrega del menor por parte de quien la recibe (que no pueden ser la misma persona) para que exista la consumación del delito. Para la otra parte, existe la posibilidad de la tentativa cuando no se haya procedido aún a la entrega del bebe, pero exista perspectiva de su obtención, sin necesidad de la recompensa<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Ídem. Este es el caso de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia N.º 15 Valencia 15-9-2010; Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 octubre de 2010 sobre régimen registral de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE 7-10-2010.

<sup>87</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.7 en línea]. < <https://dpej.rae.es/lema/elemento-subjetivo-del-injusto-o-del-il%C3%ADcito> > [6 de junio de 2024].

<sup>88</sup> MUÑOZ CONDE, F. y LÓPEZ PEREGRÍN, M. d. C. “*Derecho penal: parte especial*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 349.

<sup>89</sup> VILLA SIEIRO, S. V. “*El derecho penal español ante la gestación por sustitución*”. Cit., pág. 466.

La gestación por sustitución puede ser comercial, donde se exige una compensación económica por la gestación, o ser altruista, en el que la mujer gestante no recibe ningún tipo de retribución por sus servicios. Siendo esto así, para algunos autores cabe defender que la vertiente retributiva tiene cabida en el art. 221.1 CP. En cambio, en el modelo altruista faltaría este requisito de la ventaja económica y, por consiguiente, no sería de aplicación el mismo artículo, aunque una parte de la doctrina especule que pudiera situarse en el sentido que en la misma se realizan pagos para asegurarse del bienestar de la mujer gestante y del menor en el vientre, como pueden ser los gastos médicos o los medicamentos, ya que cualquier prestación cuantificable económicamente (una cantidad de dinero, una cancelación de una deuda, prestación de un servicio de forma gratuita...), puede considerarse “*compensación económica*”, como indica CARRASCO ANDRINO<sup>90</sup>. En la misma línea, ABELLÁN-GARCÍA<sup>91</sup> proclama que desde la perspectiva penal “*no puede obviarse la incidencia que en determinados casos de maternidad subrogada que se concertaran en España (en los que medie un alquiler o el pago de un canon o contraprestación) puede llegar a tener el tipo delictivo referido a las adopciones ilegales*”.

El apartado segundo del art. 221 CP castiga con la misma pena a la persona que reciba al menor y al intermediario “*aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero*”. Para desarrollar este punto, es importante hablar del principio de territorialidad, en virtud del artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)<sup>92</sup> y el artículo 8 CC.

En base a estos artículos, para ser sancionados por un delito de gestación por sustitución conforme al Código Penal (en el caso de que realmente estuviera regulado) los hechos delictivos tienen que realizarse en España, independientemente de la nacionalidad de los contratantes. Subsidiariamente, el art. 23 LOPJ recoge el principio de personalidad, como excepción al principio de territorialidad, donde a veces se permite

---

<sup>90</sup> CARRASCO ANDRINO, M. d. M. “*Lección 28. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor*”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), “*Derecho penal: parte especial (I)*”, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 902.

<sup>91</sup> ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F. “*Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España*”, REDS, N.º. 9, 2016, pág. 63.

<sup>92</sup> Artículo 23.1 LOPJ: “*En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte*”.

aplicar la ley penal española a las personas con nacionalidad española con independencia del lugar de comisión del delito, pero para esto hay que cumplir con unos requisitos, como el hecho de que el comportamiento en cuestión esté sancionado penalmente en el país extranjero<sup>93</sup>. Por lo cual, si en un país extranjero se celebra un convenio de gestación por sustitución por españoles y esta se encuentra regulado penalmente, cabe sancionarlos, aunque esto no suceda habitualmente (por no decir nunca), porque obviamente se suele recurrir a estados donde la técnica esté permitida (dando lugar al *turismo reproductivo*), para no incurrir en responsabilidad penal. Se puede discutir si el presente supuesto de extraterritorial solo afecta al que recibe al menor y al intermediario o si también afecta a quién efectúa la entrega, ya que lo usual es que este último sea nacional de un país donde la gestación por sustitución este permitida, mientras que el receptor (o receptores) sea del territorio español.

En el apartado tercero del art. 221 CP se recoge el tipo agravado de los dos apartados precedentes y es que si los hechos se cometen “*utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños*” se impondrá a los sujetos activos la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años, junto con la clausura temporal (que no podrá exceder de cinco años) o definitiva de los establecimientos. Esta agravación existe por la obligación que tienen estos establecimientos de proteger y velar por los intereses de los menores que se encuentran en él.

En relación con el último artículo que conforma el Capítulo II, el artículo 222 CP, esta señala una modalidad agravada de las conductas descritas en los arts. 220 y 221 del Código Penal. En caso de que estos delitos fueran cometidos por “*el educador, facultativo, autoridad o funcionario público*”, en el ejercicio de su profesión, además de las penas señaladas para los tipos citados, se les aplicará la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, durante dos o seis años.

Finalmente, habría que hacer una breve alusión a acciones que están directamente relacionadas con la gestación por sustitución y que están previstas en el Código Penal, distintas a los artículos que acabamos de exponer y desarrollar. Lo cierto es que, por un

---

<sup>93</sup> BERGA SOCÍAS, M. I. “*La gestación por sustitución desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la mujer y del menor*”. Universitat de Les Illes Balears, 2016, pág. 20.



lado, contamos con el delito de reproducción asistida no consentida (art. 161.1 CP), junto con el delito de coacciones (art. 172 CP). Igualmente, aunque sea poco probable, este tipo de prácticas podría incurrir en un delito de falsedad documental (arts. 390 y ss. CP).

En definitiva, de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto, la gestación por sustitución no está prevista en el Código Penal, ya que la posible relevancia penal de la G.S vendrá marcada por la realización de algún comportamiento que tiene cabida en alguno de esos tipos penales, y no por el mero hecho de realizar un contrato de gestación por sustitución. Que no quepa la sanción penal en la actualidad no significa que en un futuro no muy lejano pueda tener lugar en el marco jurídico penal, aunque sea muy poco probable (pero no imposible) por la existencia de principios fundamentales del Derecho Penal, como pueden ser el principio de legalidad y el de intervención mínima, que configuran el Código Penal como la “*última ratio*” del ordenamiento jurídico español y en consecuencia, se considera que no es oportuno introducir un delito específico que regule de la gestación por sustitución.

## **V) LAS PROHIBICIÓN Y EL ALCANCE PENAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

No existe actualmente ningún instrumento normativo –ni a nivel internacional, nacional o regional– que regule la gestación por sustitución de manera unificada y global, al igual que tampoco existe una única postura sobre el tema, como ha quedado demostrado a lo largo de la investigación.

En primer lugar y como ya ha sido señalado varias veces, existe un conjunto de estados que prohíben normativamente la gestación por sustitución, con la finalidad de prevenir o eliminar su práctica, entre los que se encuentran, además de España, Alemania, Italia y Francia. Frente a estos, existen países que carecen de cualquier tipo de regulación, ya sea permisiva o prohibitiva, como es el caso de Brasil o Austria, donde aprovechando la falta de previsión legal, permitirán o no el acceso a la práctica dependiendo de sus intereses. Finalmente, existirán territorios donde se permita legalmente los contratos de gestación por sustitución, ya sea de una manera limitada, aceptando únicamente su modalidad altruista y estableciendo condiciones que son necesarias cumplir para su

acceso, como es el caso de Reino Unido y Canadá, o ampliando el abanico, admitiendo incluso la vertiente lucrativa, como sucede en Rusia o México<sup>94</sup>.

Dentro de todas estas variantes, nos centraremos en tres estados prohibicionistas de la gestación por sustitución, por ser los más relevantes para compararlos con nuestro ordenamiento jurídico español, haciendo hincapié en su regulación penal o la ausencia de esta. Estos tres países serán Francia, Alemania e Italia<sup>95</sup>.

## 1) Francia

La práctica de gestación por sustitución (o “*gestation pour autrui*”) fue frecuente durante algunos años en Francia mediante diferentes asociaciones, hasta que la Corte de casación (1989) declaró ilícito el objeto de estas asociaciones<sup>96</sup> y condenó todos los contratos de gestación por sustitución por considerar que eran una desviación de la adopción<sup>97</sup>. La definitiva prohibición fue consagrada años después mediante la Ley relativa al respeto del cuerpo humano de 1994<sup>98</sup>, que modificó los artículos 16.1 y 16.7 del Código Civil francés y, además, se sancionó penalmente en el *Code penal* (Código Penal francés), en su art. 227-12<sup>99</sup>, por considerarlo contrario a la dignidad de la persona, ya que como en España, una persona no puede ser objeto de un contrato (art. 16-1 CC), por el principio de inaccesibilidad del cuerpo humano. Se castiga el atentado a la filiación y el abandono del niño, al igual que el actuar como intermediario entre la mujer gestante

---

<sup>94</sup> VILAR GONZÁLEZ, S. “*La gestación subrogada en derecho comparado*”, en “*La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*”, edición núm. 1, Madrid: BOSCH, 2018, p 1-2.

<sup>95</sup> No podemos abordar en este trabajo las distintas regulaciones de cada país, por lo que nos limitaremos a explicar las más relevantes desde la perspectiva penal.

<sup>96</sup> Civ. 1ª, de 13 de diciembre de 1989, N.º 88-15655.

<sup>97</sup> AP de 31 de mayo de 1991, “*Revue Trimestrielle de Droit Civil*”, 1992, 489, nota M. GOBERT. Véase BORRILLO D., RODRIGUEZ J. F. “*La reforma del Derecho de familia en Francia*”. *Actualidad Civil*, 2013, 4 (1 abril). fihal-01235222f, pág. 18.

<sup>98</sup> Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

<sup>99</sup> Artículo 227-12 CP:

“*El hecho de provocar, bien con fines lucrativos, o mediante dádiva, promesa, amenaza o abuso de autoridad, a los padres o a uno de ellos a abandonar a un niño nacido o por nacer será castigado con seis meses de prisión y multa de 7.500 euros.*

*El hecho de intermediar, con fines lucrativos, entre una persona deseosa de adoptar un niño y un padre deseoso de abandonar a su hijo nacido o por nacer será castigado con seis meses de prisión y multa de 15.000 euros. Será castigado con las penas previstas en el segundo párrafo el hecho de intermediar entre una persona o una pareja deseosa de acoger a un niño y una mujer que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo.*

*La tentativa de las infracciones previstas en los párrafos segundo y tercero del presente artículo será castigada con las mismas penas”.*

y los comitentes<sup>100</sup>, con unas penas de prisión y unas multas de hasta 15.000 euros (incluso en caso de tentativa), pudiendo duplicarse en caso de fin lucrativo o reiteración.

Al contrario que en España, esta prohibición se encuentra en el propio Código Civil y no es un estatuto especial<sup>101</sup>, donde el art. 16-7<sup>102</sup> sanciona taxativamente todo tratado de gestación por sustitución, declarando la nulidad absoluta de esta<sup>103</sup>.

En concreto, la legislación francesa ha sido muy clara proclamando que este tipo de prácticas son nulas, incluida las inscripciones en el Registro Civil, hasta que en 2014 tuvo lugar el mediático caso *Menesson*<sup>104</sup>, donde se declaró la violación del art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH)<sup>105</sup> por parte de Francia, por lesionar el derecho a la vida privada y familiar de los niños, al no reconocer la filiación entre el niño nacido mediante técnicas de gestación por sustitución y los padres comitentes. Se afirmó que a pesar de las prohibiciones de la gestación por sustitución en las leyes internas de los Estados Miembros de la Unión Europea (UE), no es posible la denegación absoluta del reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos por G.S en el extranjero.

Sin duda, Francia es de los estados que contiene la regulación más restrictiva respecto a la gestación por sustitución (mucho más que España), al establecer no únicamente su nulidad, sino que también una sanción penal que no se limita a la mera multa.

## 2) Alemania

Otro ejemplo de nuestro entorno es el caso alemán. El Derecho alemán, con la Ley de Protección del Embrión, de 3 de diciembre de 1990<sup>106</sup>, junto con la Ley de Adopciones

---

<sup>100</sup> J. FLORES, R. “*Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo*”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, N.º 27, julio-diciembre, pág. 74.

<sup>101</sup> GUARDIA HERNÁNDEZ, JUAN J., “*Policía administrativa y maternidad subrogada en España*” (capítulo 14). En LUCAS ESTEVE. A. (Ed.) “*La gestación por sustitución*”, 1ª edición; Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 354.

<sup>102</sup> Art. 16-7 CC: “*Cualquier pacto relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de un tercero es nulo*”.

<sup>103</sup> Este artículo es equiparable con el art. 10.1 LTRHA del ordenamiento jurídico español.

<sup>104</sup> TEDH, Sección 5a., *Menesson c. Francia*, asunto 65192/11, 26 de junio de 2014. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179> [citado el 6 de junio de 2024].

<sup>105</sup> Art. 8.1 CEDH: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”.

<sup>106</sup> Gesetz zum Schutz von Embryonen.

y Prohibición en la Intermediación de la Gestación por sustitución de 1978<sup>107</sup>, prohíbe de manera expresa la gestación por sustitución, pero en ninguno de ellos criminaliza penalmente en sus disposiciones legales ni a la gestante ni a los comitentes<sup>108</sup>.

La primera, establece una sanción penal a los médicos que lleven a cabo la fecundación o la transferencia de embriones a una “*madre de sustitución*”, con pena de prisión de hasta tres años o pena de multa<sup>109</sup>, por considerar que el tratado de gestación por sustitución es contrario a las buenas costumbres y es nulo por violar el orden público.

Igualmente, la Ley de adopciones, incluye entre sus disposiciones la prohibición taxativa de la gestación por sustitución: los art. 13.b, 13.d y 14.b señalan que esta Ley no solo veta los convenios de G.S, sino que también prohíbe todo tipo búsqueda u oferta de madres sustitutas a través de anuncios o reportajes periodísticos, contemplando pena de prisión de hasta tres años y multa para todos aquellos que incumplan sus disposiciones<sup>110</sup>.

En correlación, el Código Civil alemán (BGB) anuncia que los negocios jurídicos que violen una prohibición legal son nulos, por lo que, si a pesar de la rigidez de las leyes alemanas se llevará un proceso de gestación por sustitución en territorio germano, estas carecerán de eficacia y validez. Además, el art. 1691 CC, establece que, sin excepciones, madre es quién da a luz, por lo que, así como en España, prevalece el latinismo *mater semper certa est*.

Como se observa, en Alemania se establecen penas de privación de libertad y multas por celebrar convenios de G.S, pero no deja de sorpresivo que estas sólo se apliquen a los intervinientes necesarios para llevar a cabo las operaciones de la gestación, eximiendo de toda responsabilidad a los padres de intención y a la mujer gestante.

---

<sup>107</sup> Adoptionsvermittlungsgesetz – AdVermiG.

<sup>108</sup> LAMM, E. “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”. 1ª edición. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 125.

<sup>109</sup> El artículo 1 de la Ley de Protección del Embrión, núm. 745/90, del 13 de diciembre de 1990, establece lo siguiente: “1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundará artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo... 7) Fecundará artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento”.

<sup>110</sup> GONZÁLEZ MARTÍN, N. “*Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución (Capítulo octavo)*”, en MERCEDES ALBORNOZ, M. (Ed.), “*La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 895,2020, pág. 179.

### 3) Italia

En Italia, no había regulación sobre la gestación por sustitución hasta la entrada en vigor de la Ley 40/2004, de 29 de febrero, sobre Normas en Materia de Procreación Médica Asistida, donde se prohíbe y criminaliza expresamente<sup>111</sup> con penas de prisión de tres meses a dos años y multas que pueden elevarse de 600.000 a un millón para cualquiera que lo realice, organice o publicite (art. 12.6). En la misma línea, el art. 4.3 prohíbe el uso de técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo<sup>112</sup>.

Asimismo, el Código Civil italiano, del mismo modo que en nuestro ordenamiento jurídico, manifiesta que madre es quién da a luz (art. 269 CC, párrafo 3).

Por tanto, están prohibidos y penalizados en Italia todo tipo de acuerdos de gestación por sustitución, ya sean gestacionales como tradicionales, comerciales como gratuitas.

Una vez vista y explicada la situación jurídica penal de los tres territorios prohibicionistas, la pregunta en cuestión es la siguiente: Si en estos estados la gestación por sustitución es merecedora de ser castigado por el Código Penal, siendo este subsidiario y utilizado para los ataques más graves e intolerables, ¿Por qué no ocurre lo mismo en España? Y en su caso, ¿Debería de serlo?

## VI) PROPUESTAS PARA SU FUTURA REGULACIÓN Y POSIBLES REPERCUSIONES PENALES

Como en todo en la vida, cada uno tiene su punto de vista. Cada persona. Cada país. Sucede lo mismo con la gestación por sustitución. Algunos son partidarios de su regularización y otros son partidarios de su absoluta prohibición<sup>113</sup>. Dicho esto, ¿Cuál es la opción más adecuada?

---

<sup>111</sup> Ídem, pág. 177.

<sup>112</sup> Este precepto fue bastante problemático al ser declarado parcialmente inconstitucional por la Sentencia núm. 162 del Tribunal Constitucional del 9 de abril de 2014. Sobre la modificación a la ley italiana de 2014, véase CORN, EMANUELE. “*La reproducción asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de la fecundación heteróloga*”, Rev. de Bioética y Derecho, España, núm. 35, noviembre de 2015.

<sup>113</sup> Incluso con sanciones penales.

Los argumentos abolicionistas sostienen que la gestación por sustitución es una instrumentalización y utilización del cuerpo de la mujer, además de una vulneración de los derechos y dignidad de los menores. En esta tesis, la mujer se ve como un mero objeto reproductor y los niños como un mero producto del mercado. En cambio, los que abogan por el cambio consideran que la mejor solución, no es cerrar los ojos, ni prohibir este fenómeno, sino regularlo, porque la gestación por sustitución es una figura que ha venido para quedarse y es la realidad a la que tenemos que enfrentarnos<sup>114</sup>.

Sin embargo, un cambio en la regulación de un fenómeno tan problemático y discutido como lo es la G.S no es una cosa tan sencilla, ya que, en la práctica, está en juego, nada más y nada menos que la dignidad de la mujer y del menor y por ello, no pueden existir actuaciones en nuestro ordenamiento jurídico que no respeten los derechos básicos de las personas<sup>115</sup>.

Asimismo, muchos se preguntan hasta qué punto llega la autonomía y la libertad de la propia mujer a la hora de tomar esta decisión y a partir de qué momento esa voluntad esta social, económica o familiarmente influenciada. Para muchos, el argumento de la explotación es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer<sup>116</sup>. Por esta razón, este atentado contra la dignidad despierta un gran interés y polémica, puesto que escritores como PRESNO LINERA<sup>117</sup>, manifiestan que formar parte de un procedimiento de gestación por sustitución no supone la existencia de dicha vulneración en la autonomía e integridad de la mujer y que incluso *“una eventual regulación de la gestación por sustitución en los términos indicados sería perfectamente compatible con la dignidad y libre desarrollo de la personalidad que la Constitución ha convertido en fundamentos del orden político y de la paz social, así como el derecho fundamental a la integridad física y moral, y en su caso, el derecho a la intimidad personal y familiar”*<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Cada año hay más españoles que se hacen padres mediante la gestación por sustitución.

<sup>115</sup> La Constitución Española (CE) proclama, en su art. 10.1, que *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables de los 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”*.

<sup>116</sup> LAMM, E. *“Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”*. 1ª edición. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, págs. 5-10.

<sup>117</sup> PRESNO LINERA, M. Á. *“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, págs. 109-130.

<sup>118</sup> Apoyan la misma idea otros autores como ATIENZA, que afirman que la dignidad de la mujer no se ve afectada por la gestación por sustitución. ATIENZA, M. *“Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca”*, Revista de Bioética y Derecho, N.º 56, 2022, págs. 107-124.

Además, se plantea si la situación económica de pobreza que impide mantener al hijo en condiciones adecuadas justificaría la entrega de un niño a cambio de una compensación económica. Autores como MUÑOZ SÁNCHEZ<sup>119</sup> señalan que no, porque consideran que el conflicto se podría solucionar por otros medios, aunque otros sostienen que el hecho de que la gestación por sustitución sea comercial tampoco justifica su prohibición, dado que con independencia de que la G.S sea una actividad rentable, ello no quiere decir que siempre sea un negocio, ni tampoco que sea la principal causa para celebrarlo. Sostienen que al tratarse de un acuerdo voluntario y libre no hay por qué hablar de explotación, ni aun cuando haya una remuneración de por medio.

Otros, apoyan la idea de que se prohíba la vertiente retributiva pero que se permita con carácter altruista. Sin embargo, cuando se argumenta el altruismo como única motivación de la gestante, esta suele coincidir con la existencia de vínculos familiares o de amistad, lo cual puede crear problemas emocionales que alteren su supuesta libertad de decisión, por no hablar de la alteración de los roles biológicos que implica<sup>120</sup>. El ejemplo más habitual es el caso de una hermana o una amiga que se ofrece “*voluntariamente*” como mujer gestante de manera gratuita para ayudar en la frustración o en un problema de infertilidad que padece una pareja o persona con las que comparte un vínculo estrecho. Pero ¿hasta qué punto es una decisión propia y no una obligación moral de ayudar a los familiares y amigos cercanos para cumplir con su deseo de ser padres?

Asimismo, los prohibicionistas razonan que estas técnicas pueden afectar en el vínculo maternofilial de manera negativa y los garantistas, aducen que no se violan los derechos del niño, porque éste nace en una familia que lo ha deseado<sup>121</sup>. Sin embargo, no hay un extenso tratamiento en la doctrina sobre ese anhelo. Hay que tener presente que ser padre o madre no es un derecho, sino que simplemente es una capacidad ofrecida por la naturaleza. Un simple deseo. Que el respaldo a una regulación de la gestación por sustitución se haga con base al derecho de las personas de ser padres o madres es

---

<sup>119</sup> MUÑOZ SÁNCHEZ, J “*Delitos contra las relaciones de filiación*”, en La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. CEREZO MIR, JOSÉ., Madrid, 2002, págs. 1423 y sigs.

<sup>120</sup> MARTÍN AYALA, M. “*La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*”. Vol. 28, Extraordinario XXVII Congreso, 2018, pág. 157.

<sup>121</sup> Para más información véase LAMM, E. “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”. 1 edición. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, págs. 5-10.

totalmente erróneo, al no existir fundamentos suficientes que respalden esa idea en nuestro ordenamiento jurídico<sup>122</sup>. La creación de una vida para cumplir deseos de terceros sin tener en cuenta las consecuencias que puedan ocurrir refleja una clara vulneración de la dignidad e integridad física y psíquica de la mujer, que al contrario que esos padres de intención, si tiene una base constitucional que lo tutela.

En relación con la mencionada integridad física o psíquica de la mujer, también existe debate, ya que una parte de la doctrina argumenta que no se han encontrado trastornos de ningún tipo en las mujeres que han actuado como sustitutas. La otra parte, alega que la mujer que se somete a las TRA no tiene manera de saber cuál será el resultado del parto y cuáles serán sus actitudes frente al bebé cuando termina de dar a luz, puesto que no es descabellado pensar que después de nueve meses de embarazo la gestante se arrepienta de su decisión de entregar el niño<sup>123</sup>. En este caso, ¿la mujer gestante tendría la posibilidad de revocarse de su decisión inicial o deberá cumplir con lo pactado en el contrato?

Por todo lo expuesto, es evidente que esta práctica cuenta con voces que la defienden y voces que se oponen frontalmente, y ello también se ve reflejada en todas estas diferentes valoraciones aportadas por muchos autores en la doctrina<sup>124</sup>, al igual que

---

<sup>122</sup> SORIANO MORENO, S., “Fundamento constitucional del derecho a la maternidad o paternidad”, en PERALTA CARRASCO, M. (Dir.) “Derecho de familia: nuevos retos y realidades”, 2017, pág. 361-367.

<sup>123</sup> REGLADO TORRES, M. D., “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada” *Femeris: Revista Multidisciplinar De Estudios de Género*, 2 (2), págs. 15-17.

<sup>124</sup> Lamentablemente, no podemos centrarnos en analizar con detenimiento la opinión de cada autor, por lo que nos hemos focalizado en proporcionar una visión general de las distintas valoraciones, pero a continuación aportamos varios trabajos doctrinales de interés, con diferentes puntos de vista: 1) TORRES DÍAZ, M. C. “El discurso jurídico sobre el cuerpo de las mujeres o la artificiosa articulación del derecho a la gestación por sustitución”, en CARRIO SAMPEDRO, A. (Ed.), “Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación”, Marcial Pons, Madrid, 2021, págs. 75-108. 2) PRESNO LINERA, M. Á. “Gestación por sustitución, autonomía personal y dignidad de la mujer gestante”, op. Cit., pág. 109-130. 3) MATRA PORTILLA, F. J. “¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, N.º 105, mayo-agosto 2019, págs. 81-125. 4) MÚRTULA LAFUENTE, V. “Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad”. *Cuadernos de Derecho Privado*, N.º 2, abril 2022, págs. 134-190. 5) FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. “Una propuesta legislativa para la regulación de la gestación por sustitución en España”, *Revista. Boliv. de Derecho* N.º 35, enero 2023, págs. 377-383. 6) LAMM, E. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. 1ª edición. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, págs. 5-10.



existen opiniones contrapuestas entre los grupos políticos<sup>125</sup>, o entre asociaciones de distintas clases<sup>126</sup>.

Por supuesto que, al existir diferentes puntos de vista, también existen diferentes iniciativas y propuestas legislativas.

Por un lado, la Sociedad Española de Fertilidad (SEF)<sup>127</sup>, redactó un documento donde se manifiesta desde el principio la no unanimidad en el grupo redactor sobre si la gestación por sustitución debería de permitirse o no, aunque sí apuntan unas directrices y unas bases para una hipotética y potencial regulación legislativa de la técnica en España<sup>128</sup>. La SEF entiende que la G.S no debe considerarse como una técnica reproductiva más, y que debe tener lugar únicamente en supuestos excepcionales, es decir, cuando sea médicamente indicada o haya presencia de esterilidad estructural (parejas homosexuales masculinas u hombres sin pareja). A mayor abundamiento, declaran la importancia de la ausencia de ánimo de lucro<sup>129</sup>, por lo que no se admite el pago de una cantidad a la gestante a parte de una compensación resarcitoria razonable por las molestias del proceso (lo que sería la gestación por sustitución altruista), al igual que se manifiesta el obligatorio control judicial previo para descartar completamente el comercio de niños y la explotación de la mujer, comprobándose la situación social y económica y la autonomía de la mujer gestante y excluyendo las relaciones laborales y de parentesco entre los comitente/s y la sustituta para asegurarse de su libre decisión<sup>130</sup>. De igual manera, esté obliga la entrega del niño en todo caso, aunque reconocen el derecho de la gestante de poder interrumpir el embarazo de acuerdo con la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

---

<sup>125</sup> El Grupo Parlamentario Ciudadanos, presentó una propuesta legislativa a favor de esta figura, mientras que el Grupo Parlamentario Socialista defiende una postura totalmente contraria, al igual que el PSOE y Podemos. Para saber más sobre la posición de los Grupos políticos y parlamentarios véase PÉREZ-MONEO, M. “*La gestación por sustitución en el debate político español*”. Revista General de Derecho Constitucional 31, ISSN: 1886-6212, núm. 31 Ext., enero 2020, págs. 1-25.

<sup>126</sup> Asociaciones como “*Son nuestros hijos*” defienden la gestación por sustitución y otros como “*No somos vasijas*” se oponen absolutamente a estas técnicas.

<sup>127</sup> NÚÑEZ, R., FEITO, L., ABELLÁN, F. “*Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*”, Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, 2016.

<sup>128</sup> ROMEO CASABONA, C. M. “*Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿Aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?*”, en ROSANA TRIVIÑO CABALLERO: “*Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada*”, DILEMATA, Revista Internacional de Éticos Aplicados, N.º 28, 2018, pág. 113-114.

<sup>129</sup> Contemplan la admisibilidad de las agencias intermediarias entre la mujer gestante y los padres de intención, pero siempre que sean entidades sin ánimo de lucro y con supervisión.

<sup>130</sup> Ídem, pág. 114.

que estaba vigente en ese momento<sup>131</sup> y afirman la necesidad de que cada caso particular sea remitido a un Comité de Ética oficial antes de empezar con la gestación.

Por otro lado, la Proposición de la Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación (PLDGS), presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (la última el 14 de abril de 2023), plantea una regulación permisiva con las mismas bases que la SEF, priorizando el altruismo y la irrevocabilidad del consentimiento libre, además de someterlo a una serie de requisitos, por considerar que la gestación por sustitución es una práctica normalizada en todos los rincones del mundo.

No obstante, el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (CBE), al contrario que la propuesta de SEF y la PLDGS, adopta una postura negativa y rechaza la gestación por sustitución, siguiendo la línea del Informe Palacios, concluyendo la mayoría de los miembros (puesto que existe un voto particular en contra<sup>132</sup>) que todo contrato de gestación por sustitución (comercial o gratuita) supone una explotación de la mujer y lesiona el interés superior del menor<sup>133</sup>. Además, aunque algunos miembros del Comité acepten la posibilidad de la regulación de esta práctica, no alcanzan a ver la fórmula para hacerlo si se pretende tutelar la dignidad y los derechos de la gestante y los del menor.

Asimismo, más allá de los pros y los contras de los modelos lucrativos y altruistas, ha de tenerse en cuenta como afirma el propio Comité que *“una cosa es desear algo y otra asumir la responsabilidad sobre un hijo a lo largo del tiempo y en cualquier tipo de circunstancias. Nuestra sociedad ha tendido a promover la satisfacción de los propios deseos, pero no tanto a asumir las responsabilidades que esos deseos pueden traer consigo. Estamos acostumbrados a buscar nuevos deseos cuando hemos conseguido los que pretendíamos, más que a comprometernos con las consecuencias de esos deseos a lo largo del tiempo”*<sup>134</sup>. No es lo mismo desear algo, que tener derecho a algo, y es algo que

---

<sup>131</sup> VILLA SIEIRO, S. V. “Gestación por sustitución ¿y Derecho penal?”, Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada, ISSN 1134-7198, N.º 58, enero 2023, pág. 123.

<sup>132</sup> ROMEO CASABONA, en su voto particular, señala que *“en una futura, y esperemos que cercana, situación de mayor seguridad jurídica, podría plantearse la posibilidad de abrir la maternidad subrogada a ciertas situaciones, siempre vista como excepcionales”*. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 16 de mayo de 2017, pág. 90.

<sup>133</sup> Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 16 de mayo de 2017, pág. 86.

<sup>134</sup> Ídem, pág. 23.

muchas personas olvidan. Si en el día de mañana el legislador español decide abordar la posibilidad de regular de manera positiva la gestación por sustitución, primero que todo tendrá que dar solución a esta cuestión fundamental y, si finalmente, se lleva a cabo una regulación permisiva de esta práctica, el altruismo puede ser discutido (aunque en nuestra opinión sería indispensable), pero el consentimiento libre siempre debe de estar presente, siendo necesario sancionar penalmente la ausencia de la misma, ya sea a las personas que hayan viciado dicha aprobación u obligado a la mujer sustituta someterse a un proceso que no desea. Por tanto, la eventual regulación de la gestación por sustitución no supone la ausencia absoluta de toda intervención penal como muchos piensan, sino que, al contrario, su papel sería indispensable para garantizar los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, no es posible concretar una específica regulación en el Código Penal sin existir previamente una regulación de la gestación por sustitución sobre la que basarse<sup>135</sup>.

A mayor abundamiento, no hay que dejar de lado el intento de reforma de la LTRHA en 2022, donde se pretendía reescribir el segundo apartado del artículo 10, para que fuera todavía más prohibitiva, estableciendo lo siguiente: *“La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de la madre y padre comitente la resolución judicial extranjera dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”*. Al ser este intento de reforma tan reciente, queda de manifiesto que el legislador sigue adoptado una postura contraria a la legalización de la práctica, y, por consiguiente, contraria a su regularización.

Nosotros, al igual que el legislador español, somos partidarios de las propuestas prohibicionistas de la gestación por sustitución y en su caso, de las propuestas muy restrictivas en cuanto a la posibilidad de acceso a la técnica, ya que nos parece utópico pensar que es posible una regulación de esta práctica sin vulnerar la dignidad y derechos de la mujer y los menores, que son los principales perjudicados en todo este asunto.

---

<sup>135</sup> Por ejemplo, en caso de llevar a cabo una regulación permisiva, se tendría que hacer algo parecido a lo que sucede en el aborto, donde se permite en las primeras semanas de gestación sin que quepa ninguna represalia, pero que se sanciona si se realiza en contra de la voluntad de la embarazada o fuera del plazo establecido por el legislador.

Si bien es cierto que es imposible evitar todos los convenios de gestación por sustitución por la existencia del turismo transfronterizo, una sanción penal por celebrarlas indudablemente bajaría mucho el porcentaje de estas. Por ello, no nos parece descabellado la idea de establecer sanciones penales a los que celebren los contratos de gestación por sustitución, al igual que sucede en los países cercanos, ya sea incluyendo un nuevo artículo que hable específicamente de la gestación por sustitución (prohibiéndolo en todas sus modalidades), o añadiendo un nuevo apartado en el art. 221 CP<sup>136</sup>, ya que, a pesar de no regular estas técnicas, si tiene similitudes que no se pueden obviar.

El hecho de que sea una realidad social cada vez más aceptada y permitida en todo el mundo (uno de los argumentos más utilizados por los garantistas), cada país, al igual que tiene su propio punto de vista, tiene sus propios valores y su propio derecho, y tiene que ser fiel a estas, y aunque el papel del Derecho Penal llegue a estar en primer plano o en segundo plano, lo que es indudable es que la práctica tiene que continuar siendo prohibida en España, pues no podemos dejar que los deseos humanos se antepongan a los derechos humanos.

## VII) CONCLUSIONES

La gestación por sustitución es una figura compleja que genera mucho interés y un debate jurídico muy extenso en todas las ramas del Derecho. Un debate muy necesario, ya que resulta evidente que el ser humano, una vez más, intenta sobrepasar los límites impuestos por la propia naturaleza. El anhelo de muchas personas de querer tener un hijo es legítimo y honrado, pero, sin embargo, nos preguntamos si el deseo de pocos es razón suficiente para vulnerar el derecho de muchos. Además, no existe un derecho de a la procreación ni un derecho a ser padre o madre (no ha de confundirse con el derecho a fundar una familia) cuando nos referimos al acceso a las técnicas de gestación por sustitución, porque supondría la instrumentalización y desprotección de las mujeres gestantes y del propio hijo, velando por los intereses de los padres de intención, y no los del menor. Es por esto por lo que la G.S tampoco es equiparable con la adopción, donde sí prevalece el interés superior del menor a la hora de darle un hogar y una familia a un niño que lo necesita.

---

<sup>136</sup> Por ejemplo, incluyendo un cuarto apartado en el art. 221 CP que manifieste lo siguiente: “*Con las mismas penas serán castigadas las personas que practiquen un contrato de gestación por sustitución*”.

Así, no podemos considerar la gestación por sustitución como una técnica más de reproducción humana asistida, aunque la actual regulación recogida en la LTRHA genera más interrogantes que respuestas, por ser insuficiente y muy ambigua para tratar uno de los temas más polémicos en nuestra sociedad. En nuestra opinión, es indispensable una reforma de esta, de manera que no deje lugar a interpretaciones y que quede manifestado de manera clara la prohibición de esta técnica y las sanciones que se establecen por celebrarla. Sanciones que, a nuestro juicio, deberían de ser mucho más comprometedoras y no quedarse en la mera multa, que, además, consideramos que es de una cantidad mínima para los perjuicios que genera esta práctica, al declarar la Ley que su incumplimiento es una infracción leve (y aunque fuera muy grave, seguiríamos opinando que es escaso). Estas sanciones podrían limitarse al ámbito administrativo o expandirlos al ámbito penal, siempre siendo precavidos de no incurrir en la vulneración del principio *non bis in idem* y siendo conscientes de la dificultad de conseguirlo por el principio de intervención mínima (complementada con el de legalidad) que rige en el Derecho Penal. Aun así, no nos parece imposible que se establezcan sanciones penales por celebrar contratos de gestación por sustitución, así como sucede en países cercanos con unos principios y derechos sumamente parecidos a los nuestros. Cabe destacar que es cierto que se plantea el encaje de la gestación por sustitución en el art. 221 CP (junto con el art. 220 y 222 CP), aunque a nuestro modo de ver esta práctica no tiene lugar en esos preceptos, si bien no descartamos la posibilidad de que se produzca algún comportamiento delictivo que tenga cabida en estos artículos en un proceso de G.S.

Sin embargo, parece inevitable pensar que un futuro se permitirán los contratos de gestación por sustitución, por el gran número de personas que están a favor de la regularización permisiva (de modo amplio o restringido) de este fenómeno, por considerar que es factible compaginar los derechos de la mujer y del menor con el deseo de los adultos. En caso de que esto ocurriera, determinadas extralimitaciones deberían de ser protegidas por el Código Penal, como sucede con el aborto.

Es cierto que ese interés paternal/maternal no tiene por qué ser algo negativo, pero no todos los deseos son necesidades y si el deseo es únicamente viable con la explotación de otra persona, no debería de permitirse. Lo ideal, sin embargo, sería una regulación prohibitiva unánime de todos los países (al menos de todos los EEMM de la UE), para así poder evitar en su mayoría el turismo reproductivo y zanjar esta problemática de una

vez por todas. Empero, con la diversidad normativa que existe actualmente en todos los rincones del planeta, es inaccesible una regulación conjunta de la gestación por sustitución.

En conclusión, ha quedado expresado a lo largo del trabajo que la vía penal en España no ejerce un gran papel sobre la gestación por sustitución, pero no se puede negar la posibilidad de sanciones penales en un futuro, ya sea porque la práctica continúe prohibida o por permitirse la misma. En caso de suceder este último supuesto, la regulación actual tendría que reconocer de cierta manera (sin desproteger los demás derechos), el derecho subjetivo de ser padres.

Después de todo, el debate tan extendido se resume en una simple cuestión. ¿Qué prima, el derecho (no existente) de tener descendencia o la dignidad y derechos de la mujer y del menor? Para nosotros la respuesta es clara.

## VIII) BIBLIOGRAFÍA

ABASOLO BARANDIKA, ITXASNE. “*La gestación por sustitución y las mujeres gestantes. Aspectos jurídicos y éticos*”. Lan Harremanak, 41, 2019, págs. 260-297. Disponible en <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.20825> [citado el 6 de junio de 2024].

ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “*Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España*”, REDS, N.º 9, 2016, págs. 60-77. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6140628> [citado el 6 de junio de 2024].

ALKORTA IDIAKEZ, I., “*Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado*”. Thomson-Aranzadi, 2003, 460 págs. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=44593> [citado el 6 de junio de 2024].

ATIENZA RODRIGUEZ, M. “*Gestación por sustitución y perjuicios ideológicos*”, *El notario del Siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, N.º 63, 2015, págs. 94-98. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5213547> [citado el 6 de junio de 2024].

ATIENZA, M. “*Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca*”, *Revista de Bioética y Derecho*, N.º 56, 2022, págs. 107-124. Disponible en <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2022.56.40721> [citado el 6 de junio de 2024].

BERGA SOCÍAS, M. I. “*La gestación por sustitución desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la mujer y del menor*”. *Universitat de Les Illes Balears*, 2016, 82 págs. Disponible en [https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/146456/tfm\\_2015-16\\_MVI\\_2\\_ibs310\\_157.pdf?sequence=1](https://dspace.uib.es/xmlui/bitstream/handle/11201/146456/tfm_2015-16_MVI_2_ibs310_157.pdf?sequence=1) [citado el 6 de junio de 2024].

BORRILLO D., RODRIGUEZ J. F. “*La reforma del Derecho de familia en Francia*”. *Actualidad Civil*, 2013, 4 (1 abril). fahal-01235222f, 31 págs. Disponible en <https://hal.science/hal-01235222/document> [citado el 6 de junio de 2024].

CARBONELL MATEU, J. C., “*Derecho penal: parte especial*”. Valencia, 1999.

CARRASCO ANDRINO, M. d. M., “*Lección 28. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor*”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.), “*Derecho penal: parte especial (I)*”, Vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 889-906. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7455074> [citado el 6 de junio de 2024].

CASTIÑEIRA PALOU, M. T.; MONTANER FERNÁNDEZ, R. “*Delitos contra las relaciones familiares*”, en Castiñeira Palou et al.: “*Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*”. Barcelona, 2009, págs. 201-223.

CLAVEL ULE, S. “*Gestación subrogada en España*”, Universidad Miguel Hernández, Facultad de Derecho, junio 2020, 58 págs. Disponible en <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/25731/1/TFG-Clavel%20Ule%2C%20Sonia.pdf> [citado el 6 de junio de 2024].

COBACHO GÓMEZ, J. A. “*Breve comentario a la evolución legislativa española en la regulación de las técnicas de reproducción asistida*”. Coord. por CHIEFFI, L., y SALCEDO HERNÁNDEZ J. R. en “*Questioni di Inizio vita: Italia e Spagna: esperienze in dialogo*”. Milano: Mimesis Edizioni, 2015, págs. 377-385. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5479865> [citado el 6 de junio de 2024].

COLEMAN, P., “*Surrogate motherhood: analysis of the problem and suggestions for solutions*”, Tennessee Law Review, Núm 50, University of Tennessee, Tennessee (EEUU), 1982, págs. 71-118. Traducción de la definición LAMM, E. “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”. 1ª edición. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, 336 págs. Disponible en [https://www.academia./Gestaci%C3%B3n\\_por\\_sustituci%C3%B3n](https://www.academia./Gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n) [citado el 6 de junio de 2024].

CORN, EMANUELE. “*La reproducción asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de la fecundación heteróloga*”, Rev. de Bioética y Derecho, España, núm. 35, noviembre de 2015. Disponible en <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2015.35.14278> [citado el 6 de junio de 2024].

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “*Torturas y otros atentados contra la integridad moral*”, Estudios penales y criminológicos, XX. Santiago de Compostela, 1998, págs. 41-116. Disponible en <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2010409/A+44+Torturas+y+otros+atentado+contra+la+integridad+moral.pdf> [citado el 6 de junio de 2024].

DE LA MATA BARRANCO, N. J., “*Delito contra las relaciones familiares y protección de menores: ¿Qué protegemos, que debemos proteger?*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2023, núm. 25-03, 24 págs. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-03.pdf> [citado el 6 de junio de 2024].



EMAKUNDE. “¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe Final”.  
Abril 2018. 129 págs. Disponible en  
[https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones\\_informes/es\\_emakunde/adjuntos/ges\\_sub\\_vie\\_alq\\_informe.pdf](https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_sub_vie_alq_informe.pdf) [citado el 6 de junio de 2024].

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. “La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista?”, 1ª edición, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2019, 369 págs. Disponible en  
<https://www.marcialpons.es/libros/la-gestacion-por-sustitucion-y-la-reproduccion-humana-asistida-en-espana/9788413098722/> [citado el 6 de junio de 2024].

FUGARDO ESTIVILL, J. M. “Procreación humana y acciones de responsabilidad. Derecho español y comparado”. Barcelona: J.M. Bosch, 2018, 266 págs. Disponible en <https://doi.org/10.2307/j.ctvr33d4h> [citado el 6 de junio de 2024].

GÓMEZ GÓMEZ, M. “La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado”, ICEI: Nueva época, Nº.1, 2020, 30 págs. Disponible en  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7261630> [citado el 6 de junio de 2024].

GONZÁLEZ MARTÍN, N., “Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución (Capítulo octavo)”, en MERCEDES ALBORNOZ, M. (Ed.), “La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 895, 2020, págs. 169-191. Disponible en  
[https://www.academia.edu/76779703/\\_Cap%C3%ADtulo\\_Octavo\\_Estados\\_que\\_proh%C3%ADben\\_la\\_gestaci%C3%B3n\\_por\\_sustituci%C3%B3n\\_Gonz%C3%A1lez\\_Mart%C3%ADn\\_Nuria\\_en\\_Albornoz\\_Mar%C3%ADa\\_Mercedes\\_Ed\\_La\\_gestaci%C3%B3n\\_por\\_sustituci%C3%B3n\\_en\\_el\\_Derecho\\_Internacional\\_Privado\\_y\\_Comparado\\_CIDE\\_IIJ\\_UNAM\\_2020\\_pp\\_169\\_191](https://www.academia.edu/76779703/_Cap%C3%ADtulo_Octavo_Estados_que_proh%C3%ADben_la_gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n_Gonz%C3%A1lez_Mart%C3%ADn_Nuria_en_Albornoz_Mar%C3%ADa_Mercedes_Ed_La_gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n_en_el_Derecho_Internacional_Privado_y_Comparado_CIDE_IIJ_UNAM_2020_pp_169_191) [citado el 6 de junio de 2024].

GONZÁLEZ RUS, J. J., “Compendio de Derecho penal español. Parte especial”. Dykinson, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ RUS, J. J., “*Delitos contra la familia relacionados con la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*”. MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), “*Sistema de derecho penal español: parte especial*”, Dykinson, Madrid, 2016.

GUARDIA HERNÁNDEZ, JUAN J., “*Policía administrativa y maternidad subrogada en España*” (capítulo 14). En LUCAS ESTEVE. A. (Ed.) “*La gestación por sustitución*”, 1ª edición; Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 333-368. Disponible en <http://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/login/login?username=UUU&password=PPP&redirectto=/ebook/show/9788413133737> [citado el 6 de junio de 2024].

Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 16 de mayo de 2017, 93 págs. Disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Children/SR/Surrogacy/Other/InformeComit%C3%A9Bio%C3%A9ticaEspa%C3%B1aaspectos.pdf> [citado el 6 de junio de 2024].

Informe WARNOCK (1984) sobre fertilización humana y embriología.

J. FLORES R. “*Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo*”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 27, julio-diciembre de 2014, págs. 71-89. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3885/4179> [citado el 6 de junio de 2024].

LAMM, E. “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”. 1ª edición. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, 336 págs. Disponible en [https://www.academia./Gestaci%C3%B3n\\_por\\_sustituci%C3%B3n](https://www.academia./Gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n) [citado el 6 de junio de 2024].

LLEDÓ BENITO, I., “*Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*”. REDS, núm. 15, Julio-diciembre 2019, págs. 303-313. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7468246> [citado el 6 de junio de 2024].

LUCAS ESTEVE, A. “*La gestación por sustitución: derechos e intereses en conflicto*” (capítulo 1). En LUCAS ESTEVE, A. (Ed.) “*La gestación por sustitución*”, 1ª edición; Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 23-55. Disponible en <http://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/login/login?username=UUU&password=PPP&redirectto=/ebook/show/9788413133737> [citado el 6 de junio de 2024].

MARTÍN ALBÉNIZ, B. “*Maternidad subrogada: regulación en España y Análisis de otros modelos en derecho comparado*”, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, abril 2020, 67 págs. Disponible en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/38591> [citado el 6 de junio de 2024].

MARTÍN AYALA, M. “*La gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida*”. Vol. 28, Extraordinario XXVII Congreso, 2018, págs. 149-159. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6938154> [citado el 6 de junio de 2024].

MATRA PORTILLA, F. J. “*¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?*”, Revista de Derecho Político de la UNED, N.º 105, mayo-agosto 2019, págs. 81-125. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7003291> [citado el 6 de junio de 2024].

MENDOZA BUERGO, B. “*Sección 2. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor*”, en MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.), Memento Práctico Penal, Madrid, pág. 1116-1126.

MUÑOZ CONDE, F. y LÓPEZ PEREGRÍN, M. d. C., “*Derecho penal: parte especial*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 491 págs. Disponible en <https://biblioteca-nubedelectura-com.ehu.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788490043868> [citado el 6 de junio de 2024].

MUÑOZ SÁNCHEZ, J. “*Delitos contra las relaciones de filiación*”, en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. CEREZO MIR, JOSÉ, Madrid, 2002, págs. 1423-1452. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=754240> [citado el 6 de junio de 2024].

MÚRTULA LAFUENTE, V. “*Los efectos del contrato de gestación por sustitución en el Derecho comparado y en las propuestas de regulación en España: en torno al consentimiento de la mujer gestante y su revocabilidad*”. *Cuadernos de Derecho Privado*, N.º 2, abril 2022, págs. 134-190. Disponible en <https://rua.ua.es/dspace/handle/10045/125050> [citado el 6 de junio de 2024].

NÚÑEZ, R., FEITO, L., ABELLÁN, F. “*Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*”, Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, 2016.

PAMELA CIFUENTES V., PEDRO GUERRA A., y MARCELA CÁCERES L. “*Gestación por sustitución, maternidad subrogada o “vientre de alquiler”, Chile y la legislación extranjera*”, BCN, Asesoría técnica Parlamentaria, abril 2023, 42 págs. Disponible en [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34180/1/BCN\\_Gestacion\\_por\\_sustitucion\\_2023FINAL.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34180/1/BCN_Gestacion_por_sustitucion_2023FINAL.pdf) [citado el 6 de junio de 2024].

PÉREZ MONGE, M. “*La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*”. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2002, 418 págs. Disponible en <https://www.marcialpons.es/libros/la-filiacion-derivada-de-tecnicas-de-reproduccion-asistida/9788495240569/> [citado el 6 de junio de 2024].

PÉREZ-MONEO, M. “*La gestación por sustitución en el debate político español*”. *Revista General de Derecho Constitucional* 31, ISSN: 1886-6212, núm. 31 Ext., enero 2020, 25 págs. Disponible en <https://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/161873> [citado el 6 de junio de 2024].

PRESNO LINERA, M. Á. “*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, págs. 109-130. Disponible en <https://doi.org/10.2307/j.ctv2zp4xmz.8> [citado el 6 de junio de 2024].

QUERALT JIMÉNEZ, J., “*Derecho penal: parte especial: “Delitos contra las relaciones familiares”*”. Edit. Bosch. Barcelona, 1312 págs. Disponible en <https://www.dykinson.com/libros/derecho-penal-espanol-parteespecial/9788492788408/> [citado el 6 de junio de 2024].

RAMÓN RIBAS, E. “*Delitos contra las relaciones familiares*”, en QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. (Coord.), “*Comentarios al Código Penal Español. Tomo I (artículos 1 a 233)*”, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, págs. 1565-1631. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6152385> [citado el 6 de junio de 2024].

REGLADO TORRES, M. D. “*Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada*” *Femeris: Revista Multidisciplinar De Estudios de Género*, 2/2), págs. 10-34. Disponible en <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3756> [citado el 6 de junio de 2024].

ROMEO CASABONA, C. M. “*Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿Aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?*”, en ROSANA TRIVIÑO CABALLERO: “*Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada*”, *DILEMATA, Revista Internacional de Éticos Aplicados*, N.º 28, 2018, pág. 109-121. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6694797> [citado el 6 de junio de 2024].

SARASOL, C. y RAMÓN, F. “*La Gestación Subrogada: Aspectos Éticos y Jurídicos en el Derecho español*”. *Jurídicas CUC*, 17(1), 2021, págs. 323-366. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8352839> [citado el 6 de junio de 2024].

SORIANO MORENO, S. “*Fundamento constitucional del derecho a la maternidad o paternidad*”, en PERALTA CARRASCO, M. (Dir.) “*Derecho de familia: nuevos retos y realidades*”, 2017, pág. 361-367. Disponible en <https://vlex.es/vid/fundamento-constitucional-derecho-maternidad-685513997> [citado el 6 de junio de 2024].

TORRES DÍAZ, M. C. “*El discurso jurídico sobre el cuerpo de las mujeres o la artificiosa articulación del derecho a la gestación por sustitución*”, en CARRIO SAMPEDRO, A. (Ed.), “*Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*”, Marcial Pons, Madrid, 2021, págs. 75-108. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8066650> [citado el 6 de junio de 2024].

TORRES FERNÁNDEZ, M. E., “*El tráfico de niños para su adopción ilegal: El delito del artículo 221 del Código Penal Español*”. Editorial Dykinson, 2003, 176 págs. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=82772> [citado el 6 de junio de 2024].

VELA SÁNCHEZ, A. J. “*La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler*”, Diario LA LEY, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, Editorial LA LEY. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3605650> [citado el 6 de junio de 2024].

VIDAL MARTÍNEZ, J. “*Acerca de la regulación jurídica de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*”. Actualidad Jurídica Iberoamericana N.º 10 bis, junio 2019, ISSN: 2386-4567, págs. 478-513. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6978813> [citado el 6 de junio de 2024].

VIDAL MARTÍNEZ, J. “*Las nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del derecho civil español*”. Editorial Civitas, Madrid, 1988, 221 págs. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=180905> [citado el 6 de junio de 2024].

VILAR GONZALEZ, S. “*La gestación subrogada en España y en el derecho comparado. Estado de cuestión en España*”, Edición N.º 1, Madrid: BOSCH, 2018, 284 págs. Disponible en <https://www.dykinson.com/libros/la-gestacion-subrogada-en-espana-y-en-el-derecho-comparado/9788490902981/> [citado el 6 de junio de 2024].

VILLA SIEIRO, S. V. “*Gestación por sustitución ¿y Derecho penal?*”, Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada, ISSN 1134-7198, N.º 58, enero 2023, págs. 85-132. Disponible en <https://vlex.es/vid/gestacion-sustitucion-derecho-penal-951348431> [citado el 6 de junio de 2024].

VILLA SIEIRO, S. V., “*El derecho penal español ante la gestación por sustitución*”. En NUÑEZ PAZ, M. I. (Ed. lit.), JIMÉNEZ BLANCO, P. (Ed. lit.) y SUÁREZ LLANOS, L. (Dir.), “*Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y la maternidad por sustitución*”. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 445-474. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7017585> [citado el 6 de junio de 2024].