

Prof. Dra. Sonia Villa Sieiro

Prof. Ayudante Doctora de Derecho Penal, Univ. de Oviedo, España. Socia de la FICP.

~¿Es posible la intervención del Derecho penal ante la gestación por sustitución?~

Sumario: I. La gestación por sustitución. II. La gestación por sustitución en España: ¿un delito contra las relaciones familiares? III. Propuestas de regulación de la gestación por sustitución y posibles repercusiones penales. 1. Propuestas de regulación 2. Cuestiones penales IV. Conclusiones. V. Bibliografía

I. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La gestación por sustitución es una cuestión compleja, comenzando ya por su propia denominación, que es de lo más variada, siendo frecuente la alusión los vientres de alquiler o a la maternidad subrogada, entre muchas otras expresiones. El problema no se limita a la denominación, sino que se suscita también en relación con si se puede considerar una *técnica de reproducción asistida* o si realmente está o no *prohibida*, y, por supuesto, también, sobre su regulación (ya no sólo en nuestro país) y efectos. Es un tema de gran importancia social y jurídica con implicaciones en los intereses ciudadanos, sociales, y económicos. Obviamente, también hay implicaciones morales, pero, como se señalará posteriormente, desde una perspectiva penal, éstas no han de ser tenidas en cuenta.

En origen nos encontramos ante una técnica médica derivada de la que proliferó a partir de los años ochenta del siglo pasado y que permitió, en un primer momento, constatar que era viable que una mujer gestara un bebé con un óvulo que no era suyo. Si bien inicialmente, ello permitía acceder a la maternidad a mujeres que no podían usar su propio material genético, también abrió la puerta a que hubiera mujeres que gestaran bebés para quienes no podían gestarlos por sí mismos por una infertilidad estructural (caso de los varones) o de otra naturaleza (mujeres sin útero, por ejemplo)¹. Técnicamente, el proceso a

¹ En 2020 se conoció en nuestro país el caso de una mujer que donó el útero a su hermana, que no lo tenía. Avanzamos con ello aquí, lo llamativo de la regulación de nuestro país, que no permite a esa mujer que gesticione para su hermana, pero sí la permite que le done su útero, con todos los peligros y complicaciones que de ello se pueden derivar y que, sin duda, superan las de un embarazo. Además, si seguimos la evolución del caso, en el que la mujer pudo ser madre no sin complicaciones dando a luz al primer bebé nacido por esta vía, asombra más que todo ese esfuerzo finalizara, hace pocos meses, con la extirpación del útero por parte de la mujer que lo recibió, pues ya no desea volver a ser madre. Vid., https://www.niusdiario.es/espana/catalunya/20230524/mujer-trasplantaron-utero-hermana-extirpo-despues-ser-madre_18_09610076.html

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

seguir en estos casos (en los que, obviamente, excluimos el supuesto de concepción por vía natural) es el mismo para lograr ese embarazo. Con material donado, cuando no se disponga de él por una o las dos partes implicadas en el proceso, o con material de uno o ambos comitentes (en función del tipo de relación), pero evitando, en caso de donación, el empleo del material genético de la mujer que va a llevar a cabo la gestación, los pasos a seguir requieren del uso de Fecundación in Vitro²; proceso, éste último, indubitadamente enmarcado entre las técnicas de reproducción asistida en nuestro país, no solo en la regulación actualmente vigente, Ley 4/2016, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, sino también en su predecesora (Ley 35/1988, de 22 de noviembre). Sin embargo, y pese a ser conocidos los casos de gestación por sustitución y algunos problemas derivados de ellos en Norteamérica, donde, en primer lugar, se dieron casos (como el conocido como “Baby M.”) nuestra ley menciona la gestación por sustitución en su artículo 10 y también en los artículos relativos a las sanciones contempladas en la Ley (quedando patente que su intento daría lugar a una infracción muy grave), pero no la incluye en el listado de técnicas de reproducción asistida. Es más, en su referencia a ella en el artículo 10 indica, en su primer apartado, 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”, lo que enlaza con el segundo apartado, que viene a recoger la clásica máxima de *mater semper certa est*, en virtud de la cual, el parto determina la maternidad, cuando indica que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución “será determinada por el parto”. Ahora bien, como recoge el punto tercero del artículo, es posible la “acción de reclamación de la paternidad del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Más allá de la polémica previamente apuntada sobre si la conducta está prohibida o *simplemente* produce nulidad, la cuestión es que, desde hace muchos años, esta técnica está reconocida y regulada, en distintos términos, en muchos países. Las diferencias entre los países que la permiten van más allá de hacerlo en modalidad altruista o mediando contraprestación, ya que, en ocasiones, sólo pueden acceder a ella personas vinculadas al país, de un determinado sexo, con un determinado tipo de relación, etc. Sea como fuere, lo cierto es que muchas personas, que no pueden acceder a la

² Sin perjuicio del uso de otras técnicas como el diagnóstico genético preimplantacional, ovodonación o vitrificación de embriones, por ejemplo.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

maternidad o paternidad por otra vía³, acceden en pareja o en solitario a ella en los países en los que sí está permitida. Una vez terminado el proceso, el *problema* llega a nuestro país, donde se solicita el reconocimiento de esos niños como hijos de su progenitor o progenitores comitentes (con vínculo genético o no). Si hay vínculo genético el padre podría pedir el reconocimiento de su paternidad y después, en su caso, su pareja adoptar el bebé, pero esto no sólo no es siempre posible, sino que no es aceptado por las personas que acuden a esta vía para ser padres ya que *obliga* a adoptar, en el caso de la mujer, a un bebé que puede ser genéticamente suyo. La legislación de otros países es distinta y, por ello, la solución varía. No en vano han sido ya varias las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con este tema, en especial en relación con supuestos vinculados con Francia e Italia. La práctica, sin duda, ha puesto de manifiesto la falta de coherencia entre la supuesta nulidad de estas prácticas y el reconocimiento *de facto* por los organismos públicos⁴, lo que conlleva una importante, e inadecuada a nuestro juicio, inseguridad jurídica. Ello sin olvidar que, mientras España es destino de *turismo reproductivo* para ciudadanos de países en los que ni se permite la donación de gametos, nuestros ciudadanos son también usuarios de ese *turismo* cuando se precisa gestación por sustitución. Algo, cuanto menos, llamativo en un país en el que la ley de reproducción humana asistida se ha considerado muy avanzada.

³ Las controversias sobre este tema, como se viene indicando, son enormes y afectan no sólo a temas médicos sino también a distintos niveles jurídicos. Así, por ejemplo, otra cuestión debatida es la de si existe un derecho a ser padres.

⁴ El primer caso que puso de manifiesto esta problemática es el conocido como “Asunto Valencia” en el que dos hombres habían suscrito un contrato de gestación por sustitución (siendo ya posible en nuestro país el matrimonio homosexual) y se encontraron con la imposibilidad de inscribir al bebé en nuestro país. De ahí siguieron varias resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN de 18 de febrero de 2009 y de 5 de octubre de 2010), así como varias Sentencias, entre las que destaca la STS de 6 de febrero de 2014 (vinculada al “Asunto Valencia”) y la más reciente STS de 31 de marzo de 2022 (en la que se manifiesta que la gestación por sustitución vulnera los derechos de los niños y de las madres gestantes). Y ello sin olvidar sentencias de otras jurisdicciones como la social, ya que el TS en la STS de 18 de octubre de 2012, pese a señalar que, por la vía de la inscripción se está salvando una prohibición de nuestro ordenamiento jurídico, estima ponderar el interés superior del menor y reconoce a los progenitores los derechos previstos en el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 133 de la LGSS que, permiten la prestación de paternidad o maternidad en estos casos, lo que genera aún mayores confusiones sobre la línea a seguir en esta temática.

II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA: ¿UN DELITO CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES?

Partiendo de la situación brevemente apuntada sobre esta técnica y el tratamiento de la gestación por sustitución en nuestro país, que resulta bastante *caótico*, la pregunta que se ha planteado, desde un punto de vista penal, y en atención a la regulación actual (que, básicamente, es la misma desde hace más de tres décadas) es si este comportamiento de quien recurre a la gestación por sustitución para poder ser progenitor encaja en alguna conducta delictiva ya descrita y, en su caso, si es oportuno el enfoque dado en materia penal.

Los únicos tipos en los que se ha planteado su eventual encaje serían los recogidos en los artículos 220, 221 y 222 CP (especialmente en esto dos últimos), esto es, delitos situados en el capítulo II, *Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor*, del Título XII, *Delitos contra las relaciones familiares*, del Libro II del Código Penal. Son todos artículos con escasa, o nula, modificación desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995⁵. También, como es sabido, entre las posibles interpretaciones de un precepto penal se puede acudir a la histórica (donde no hay precedentes) y es interesante tener presente el debate parlamentario, pues puede permitir vislumbrar la voluntad del legislador. En el debate, a pesar de que el tema era conocido hacía décadas (aunque no planteaba los problemas de los últimos años) no se tiene presente en ninguno de estos artículos esta temática. En todo caso, también es cierto que la interpretación no puede ser estática, sino que ha de evolucionar en función de las circunstancias.

Desde un punto de vista general también se ha de tener en cuenta que la intervención penal se rige por unos principios limitadores entre los que destaca la intervención mínima, de modo que si es posible proteger el bien jurídico en cuestión (recordemos, bien jurídico de suma importancia para la pacífica convivencia que, normalmente, viene determinado por

⁵ Resulta curioso, en un Código en el que, lamentablemente, el número de reformas ha sido ya ingente y con escasa técnica legislativa en demasiadas ocasiones. En concreto sólo se ha modificado el apartado segundo del artículo 220 CP por el apartado veintiocho de la disposición final sexta de la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (que ha sustituido la alusión a “hijo” por la de “persona menor de dieciocho años”) y el apartado primero del artículo 221 CP (en el que a patria potestad se ha unido la alusión a la “tutela, curatela o guarda”) por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

valores constitucionales, lo que permite cambios) por una vía menos *lesiva* que el Derecho penal, se acudiría a ella. En los delitos que se plantean tradicionalmente se ha afirmado que suponen un atentado al estado civil, y más concretamente, se alteran relaciones de filiación personales que van referidas a los menores afectados por las conductas típicas (concretos sujetos pasivos), que tienen derecho a su filiación familiar⁶.

Además, en virtud del principio de territorialidad los hechos susceptibles de ser juzgados por los tribunales españoles son aquellos que han tenido lugar en nuestro territorio, salvo que encajen en alguno de los principios de extraterritorialidad recogidos en los apartados segundo y siguientes del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que nos lleva a avanzar que, en principio, las conductas de gestación por sustitución, tal y como las entendemos en estas páginas, no se llevarían a cabo en territorio español, por lo que, en principio, quedarían fuera de nuestra jurisdicción, así como fuera de los principios de extraterritorialidad pues si se lleva a cabo en un país en el que la técnica está permitida no se cumpliría el requisito de doble incriminación del principio de personalidad, y en el caso de los otros dos principios el recurso a la jurisdicción nacional está vinculado, entre otros puntos, a que se trate de algún delito listado en sus respectivos apartados, y no es el caso.

Concretamente el artículo 220 CP comienza aludiendo a la “suposición de parto”. A nuestro entender este artículo es difícilmente ligable a la gestación por sustitución tal y como la entendemos ya que los padres comitentes acuden al extranjero (país en el que la cuestión está regulada y permitida) para llevar a cabo del proceso y la mujer no permanece en el país simulando una maternidad que no es real y presentando a un niño como hijo fruto de un parto en el que no ha nacido (si bien no es necesario que se fina el embarazo previo, dado el bien jurídico apuntado, a pesar de que la dicción del artículo pudiera llevar a pensarlo), que sería la conducta típica de este artículo. Al contrario, los comitentes quieren registrar legalmente a su bebé, que, en muchos casos, es además genéticamente suyo. Su

⁶ Es sabida la dificultad para determinar el bien jurídico protegido, cuestión en la que no nos podemos adentrar en estas páginas, si bien también es debatida en este caso. Conviene añadir que algunos autores aluden a la importancia de conocer la familia biológica por razones de salud, pero ello es difícilmente aplicable si pensamos en los casos de gestación por sustitución ya que, actualmente, si se acudiera a material donado (lo que en sí mismo estaría permitido en nuestro territorio) se mantendría el anonimato del donante (salvo muy concreta excepción), a pesar de que esto resulta muy criticable por un sector que sostiene la necesidad de eliminar el citado anonimato.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

objetivo no es, por tanto, establecer una relación aparente de filiación familiar, sino obtener esta legalmente⁷. Tampoco se vincula su conducta, por tanto, a la ocultación o entrega de un menor⁸ ni a la sustitución de niños.

Así, a nuestro juicio, no hay conexión con el artículo 220 CP (tampoco sentencias al respecto) caso del artículo 221 CP, sin embargo, no es tan evidente. Su primer apartado aborda la entrega de un menor mediante compensación económica. De nuevo, incluso en los países en los que la gestación subrogada no es altruista, la compensación económica no es estrictamente por la entrega del menor, sino por llevar a cabo el proceso de gestación. No obstante, y antes de profundizar en el tipo, conviene tener presente que, desde la perspectiva del bien jurídico, algunos autores precisan que éste no se agota con la tutela del estado civil de la filiación ni importa que la seguridad del menor se vea mejorada, pues se tutela también la dignidad del menor y sus derechos, que no pueden ser objeto de mercantilización. Esto, sin embargo, podría ser discutible a nuestro parecer, pues la dignidad del menor es un bien fundamental tanto a nivel nacional como internacional, así como el interés superior del menor, y es cuestionable que sea conveniente sancionar penalmente a quien vela por ese interés de un modo igual, o incluso mayor, que progenitores por vía natural, a quienes no se les *controla* como a los adoptantes o a los padres comitentes, y que pueden poner en situaciones de grave riesgo a sus descendientes antes de que servicios sociales tenga conocimiento o pueda actuar al respecto. La mercantilización, que entendemos puede estar más asociada a eventuales intermediarios, es, por tanto, algo que no necesariamente ha de producirse⁹.

El precepto, en su primer apartado, según un sector doctrinal y por razones de política criminal, busca castigar el tráfico de menores o la compraventa de niños, si bien ello no se ajusta bien a la redacción del precepto. El sujeto pasivo es, pues, un menor. Es cierto que

⁷ Téngase presente que si media compensación económica, la conducta podría ser abarcada por el art. 221 CP, al que se aludirá a continuación.

⁸ También es interesante subrayar que la modificación operada por LO 8/2021, anteriormente citada, ha convertido este tipo en común (anteriormente la referencia a “hijo” lo hacía especial propio).

⁹ En algunas sentencias también se tiene en cuenta que la conducta no siempre implica un perjuicio para el menor. Incluso, al contrario, el resultado puede ser beneficiosos, por ejemplo, en los casos de adopciones en que los niños están sometidos a situaciones muy duras y en los que, en su caso, se podría acudir a otros delitos si se vieran afectados otros bienes jurídicos del menor como su salud o integridad física. Sin embargo, a ello se opone que el sistema de adopción legalmente establecido busca asegurar condiciones de bienestar y seguridad del menor por lo que la intervención penal parece justificada, máxime si hay compensación económica.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

por la dicción del artículo podría ser también un adulto (ya que se alude a “hijo o descendiente” además de “cualquier menor”), pero parece claro por el contexto que estos quedan excluidos. No es necesario que concorra relación de parentesco o filiación. De hecho, se trata de un delito común, pues cualquiera puede ser sujeto activo del mismo (desde un familiar hasta un extraño). A ello se ha de añadir, en virtud de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo, que se sanciona, en principio, no sólo a quien entrega sino también a quien recibe al menor (que, normalmente, es quien ha ofrecido la contraprestación) y, en su caso, a cualquier intermediario. De este modo se convierten en autores sujetos que, de no existir esta precisión, serían considerados *simplemente* partícipes en la conducta del autor principal¹⁰.

Así pues, la conducta requiere que se entregue al menor al margen de los cauces legales establecidos para la adopción¹¹ y con la finalidad de establecer una relación análoga a la de la filiación, además de que medie contraprestación económica¹². Si atendemos a estos requisitos vemos que, en puridad, tampoco encajan con lo que supone un proceso de gestación por sustitución. No se da ese elemento subjetivo del tipo de la finalidad de establecer una relación análoga a la de la filiación, sino que esa es una consecuencia pretendida del proceso previamente llevado a cabo, en un país, recordemos, en lo que ello está regulado, para reconocer a un bebé que en muchos casos tiene vinculación genética con, al menos, uno de los progenitores. No es una simulación (hacer que personas distintas a los progenitores hagan pasar al menor por su hijo) sino un reconocimiento. Por otra parte, no hay pago por esa entrega en sí, sino por los gastos derivados del proceso de gestación y,

¹⁰ No obstante, se cuestiona esta equiparación a efectos de su responsabilidad penal, entre quien recibe el dinero y quien lo entrega porque quiere ejercer como progenitor responsable, que no obra por un móvil lucrativo, sino que paga por recibir al menor.

¹¹ Se ha de constatar la elusión de los procedimientos legalmente establecidos para la guarda, acogimiento o adopción, pues es una norma penal en blanco. No es suficiente una mera irregularidad en los trámites, sino que se ha de haber procedido *al margen* de los cauces legalmente fijados.

Cabe añadir, si bien no es el objeto directo de estas páginas, que los problemas que se plantean para acceder a una adopción necesitan un serio abordaje que, quizás, disminuiría también el número de procesos de gestación por sustitución.

¹² Pudiendo consistir ésta en dinero o no. Y no es necesario que la contraprestación sea para obtener el consentimiento de la madre biológica. Puede darse un pago en especie, como, por ejemplo, el acceso a un puesto de trabajo. Es, pues, suficiente con que la contraprestación sea evaluable en términos pecuniarios.

Téngase en cuenta que ha de darse ambos requisitos (entrega del menor y contraprestación económica) para que se produzca la consumación. Ahora bien, caben perfectamente imperfectas en las que uno u otro término de la conducta típica no se ha completado, y así consta en alguna de las pocas sentencias en las que se ha aludido a este precepto (caso, por ejemplo, de oferta de venta de una hija de meses por sus padres que no fue aceptada por quien recibió la oferta).

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

en algunos casos, una *compensación* por ganancias dejados de percibir (por ejemplo, derivados de no poder trabajar) o pago a agencias donde estas forman parte del proceso, y, en todo caso, el pago no es por la finalidad del *establecimiento* de una relación de filiación, lo que lo haría atípico.

Además de las penas de prisión de uno a cinco años las conductas conllevan la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. Imaginemos lo que esto implicaría si se aplicara el precepto a padres comitentes, que, como venimos indicando, incluso pueden estar vinculados genéticamente con el bebé. Parece obvio que la consecuencia queda lejos del interés superior del menor, que se vería apartado de la persona o personas que han tenido que viajar fuera de su país y realizar esfuerzos significativos para traerlos a este mundo y darles, previsiblemente, todo el afecto y cuidados necesarios, para que después acaben en un sistema de *protección* de menores como quienes no tienen familia o ésta no se encuentra en situación de atenderlos¹³.

No obstante, es significativo el contenido del apartado segundo del artículo 221 CP, según el cual se aplicaría la pena anteriormente indicada a la persona que lo reciba y el intermediario, *aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero*¹⁴. Con esta cláusula se extiende la aplicación de la ley española más allá de lo que el principio general de territorialidad prevé en el artículo 23.1 de la LOPJ¹⁵. El precepto declara únicamente punible las conductas del que recibe al menor y del intermediario, lo que ha llevado a criticar que no se incluyera la conducta del que entrega al menor a cambio de la

¹³ Según el apartado tercero si la conducta de entrega remunerada se realiza utilizando **guarderías, colegios y otros locales** o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de 2 a 6 años a los responsables, y, potestativamente, el juez puede complementar la sanción con la clausura **temporal (por un máximo de 5 años) o definitiva de los respectivos establecimientos**.

¹⁴ En aparente cumplimiento de lo previsto en el Protocolo Nueva York 25-5-2000 facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁵ En relación con ello interesará tener presente que, en la última propuesta de regulación de la gestación por sustitución (claramente prohibicionista), se contempló expresamente la modificación en el LOPJ para proceder a perseguir lo que se consideraba delictivo.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

compensación económica que, de este modo, si se realiza en el extranjero, no será punible con arreglo a la ley española¹⁶.

Según el artículo 222 CP, de aplicación tanto al artículo 220 CP como al 221 CP, el educador, facultativo¹⁷, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas incurrirá, además de en la pena señalada en el artículo en cuestión, a la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años

III. PROPUESTAS DE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y POSIBLES REPERCUSIONES PENALES

Como se ha indicado, en nuestra opinión, la gestación por sustitución no está actualmente penada en nuestro Código penal, a diferencia de lo que sucede en otros países de nuestro entorno como Francia o Italia. Ahora bien, ello no significa que no pueda estarlo. Sin ir más lejos hace un año, a propósito de la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se planteó esa posibilidad, que, sin embargo, no prosperó. Esta propuesta enfocaba la gestación por sustitución como algo completamente negativo, que vulnera derechos fundamentales y que debía de ser prohibido, por lo que no extraña que se planteara sanción penal. Sin embargo, otras propuestas anteriores, como la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada en 2017, inicialmente, por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, tenían un enfoque muy diferente, abogando por la regulación (permisión si bien con limitaciones) y no contemplando sanción penal directa por el proceso (otra cuestión diferente es la de si, en función de cómo quedara finalmente regulado, fueran precisos nuevos tipos penales para salvaguardar bienes jurídicos o si los ya existentes serían suficientes). Estas dos visiones, contrapuestas, no son las únicas que hemos conocido en los últimos años. Procedemos, a continuación, a aludir, brevemente a cada una de las cuatro

¹⁶ Se afirma al respecto que la “exclusión solo se explica porque se parte de la base que si hace la entrega del menor fuera de España se trata de un súbdito de otro país, mientras que las conductas de los otros intervinientes deben presentar alguna conexión nacional, normalmente la nacionalidad española de estos o, al menos, la pretensión de que surta efectos la relación análoga a la filiación del menor en España”.

¹⁷ De acuerdo con el mismo artículo, el término facultativo comprende a “los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio sanitaria”.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

reseñables para, a continuación, plantearnos las eventuales repercusiones penales de una aceptación del proceso o prohibición inequívoca del mismo.

1. Propuestas de regulación

Desde un punto de vista cronológico la primera propuesta a tener en cuenta en nuestro país¹⁸ es la Iniciativa de la Ley Popular de regulación de la gestación por sustitución –IPL-, promovida por la Asociación por la Gestación Subrogada en España en 2013, que, como se podrá intuir buscaba una regulación favorable a la técnica en nuestro ordenamiento jurídico (podría considerarse permisiva con requisitos, de modo similar a la PLC que se mencionará en unas líneas). En segundo lugar, se ha de tener presente que la sociedad española de fertilidad - SEF- realizó una propuesta publicada en abril de 2016, que, más bien se limitó a realizar un análisis de la situación ante la eventual posibilidad de que se procediera a la regulación de la gestación por sustitución. A pesar de ello, ese mismo año surge la primera Propuesta de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el grupo parlamentario “ciudadanos” –PLC-. Por su parte, el Comité de Bioética de España procedió, de manera similar el SEF, en 2017, a realizar un exhaustivo informe (Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada) en el que, aun con voto particular, destacaba una posición contraria a la admisión de esta técnica. No obstante, la Propuesta de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el grupo parlamentario “ciudadanos” –PLC- se volvió a plantear, en términos muy similares, por segunda, y última vez hasta el momento, en julio de 2019. Unos años más tarde, en 2022, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, intenta retomar el tema desde una perspectiva de prohibición y persecución penal que no vería la luz, salvo por una pequeña referencia, en la LO derivada de ese proyecto, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de

¹⁸ Dejamos en este punto al margen la problemática situación a nivel europeo en el que, a pesar del importante papel del Convenido de Estambul, aún siguen sin cumplirse muchas de sus premisas, ante lo cual el Parlamento Europeo está trabajando en una Directiva, cuyo contenido propuso la Comisión Europea, y que pretende ser la primera herramienta legislativa de la UE para combatir la violencia de género con reglas mínimas comunes en todos los países miembros. En ella no parece que vaya a prohibirse la gestación por sustitución, si bien se consideran formas de violencia contra la mujer la mutilación genital femenina o la ciberviolencia.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Como se puede apreciar, las propuestas legislativas se han movido en polos opuestos, y las propuestas de otra índole también¹⁹. Mientras a nivel ciudadano parece que la técnica sería bien recibida, los órganos que se han pronunciado al respecto, aunque no sean vinculantes, como el Comité de Bioética y la SEF se han decantado por destacar las violaciones de derechos o las dificultades que se derivarían de aplicar esta técnica, respectivamente. Los términos de una u otra propuesta, en los que el papel del consentimiento, tan reiterado en los últimos tiempos, podrían dar lugar a un papel u otro del Derecho penal.

2. Cuestiones penales

Como ya se ha apuntado ninguna de las anteriores propuestas vio la luz, al menos en toda su extensión, ya que la última, aunque no pudo incluir la persecución penal en los términos que pretendía (y, no podemos olvidar, a nuestro juicio los procesos de gestación por sustitución no tienen cabida en el artículo 221 CP, lo que, en buena medida, viene apoyado por los términos de las escasas resoluciones judiciales que lo aplican) sí aludió en su Exposición de Motivos a la idea de que este tipo de gestación es una forma de violencia reproductiva en línea con el Convenio de Estambul. Se refuerza, según la misma Exposición de Motivos, la ilegalidad de la gestación por sustitución establecida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, mediante la prohibición de la publicidad de las agencias de intermediación. Además, al final del apartado tercero se indica que “Asimismo, se promueve la responsabilidad institucional de las administraciones públicas para la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en el ámbito ginecológico y obstétrico, a través de medidas de sensibilización y,

¹⁹ Todas las permisivas comparten algunos aspectos relevantes como son el carácter gratuito (con compensación resarcitoria razonable) y la irrevocabilidad del consentimiento de las partes intervinientes (aunque reconocen el derecho de la gestante a poder interrumpir el embarazo de acuerdo con la entonces vigente LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo).

La mayoría de los miembros del Comité de Bioética estima que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Sin embargo, algunos miembros, aunque aceptan en línea de principio que esta práctica podría regularse de modo que compaginara la satisfacción del deseo de unos de tener un hijo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

sobre todo, a través de la promoción de servicios de ginecología y obstetricia que respeten y garanticen los derechos previstos en la ley, poniendo el consentimiento informado de la mujer en el centro de todas las actuaciones, promoviendo la adecuada formación del personal de los servicios de ginecología y obstetricia, y velando por las buenas prácticas y de apoyo a entidades sociales”. En relación con ello creemos que sería muy importante fomentar el conocimiento sobre la fertilidad, que está generando grandes problemas en los últimos años y no sólo por el retraso en la edad en la maternidad (que a su vez se debe a otros muchos factores, algunos de los cuales podrían ser abordados por el Gobierno). Sería, por ejemplo, interesante plantearse la opción de la vitrificación de óvulos por la vía pública, e, incluso, la gestión del proceso de gestación por sustitución, si llegara, para minimizar o anular la presencia de agencias que tantas reticencias plantean. De hecho, la LO 1/2023 introdujo la prohibición de la publicidad de las agencias de intermediación²⁰ (artículo 33)²¹ y la sensibilización a través de campañas institucionales sobre la ilegalidad de estas conductas²² (artículo 32)²³, con poco éxito hasta el momento. Fuera quedó, como ya se apuntó, la persecución de estas conductas cuando el comitente fuera español o residiera habitualmente en España (vía modificación de la LOPJ), en particular, por las reticencias del Ministerio de Justicia.

Actualmente los principales bloques políticos tienen una posición muy distinta sobre el tema. El actual Gobierno en funciones ha intentado prohibir y sancionar penalmente estas conductas, además de transmitir una imagen de ellas que implica una vulneración de derechos y una cosificación de las mujeres. Por el contrario, el Partido Popular, ante el

²⁰ La disposición final primera modifica la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, para incluir como publicidad ilícita aquella que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución.

²¹ Artículo 33. *Prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución. En coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, las administraciones públicas legitimadas conforme al artículo 6 de dicha Ley instarán la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y a su cese.»*

²² Según el artículo 10 quinquies, “se impulsarán campañas que desmitifiquen todas las formas de violencia en el ámbito reproductivo contenidas en la presente ley, como la gestación por sustitución”.

²³ Artículo 32. *Prevención de la gestación por subrogación o sustitución. 1. La gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, por el que se acuerda la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. Se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

resurgimiento de la cuestión no se ha posicionado de una forma tan tajante y propone escuchar a expertos de diferentes áreas implicadas y afrontar un debate profundo, sereno y sereno. Así, el papel del Derecho penal en este campo podría moverse entre la tipificación expresa de estas conductas (como sucede en otros países) o una efectiva persecución y la atipicidad del comportamiento, aunque en cualquier caso hay otras conductas penales que podrían entrar en juego. Aunque no compartimos la idea de que necesariamente la permisión de esta técnica suponga una vulneración de derechos y un atentado contra la dignidad de la mujer o su cosificación, sí puede ser utilizada para este fin (como para otros como la comisión de delitos o prácticas sexuales) en cuyo caso cabría recurrir al delito de trata. Por otra parte, si se reconociera la posibilidad de recurrir a la gestación por sustitución sin implicación penal directa, podría retomarse la visión apuntada por IPL y PLC, según las cuales, entre otras cuestiones, la mujer gestante podría decidir abortar siguiendo lo previsto en la ley del aborto, que, como sabemos, da la posibilidad de hacerlo en las primeras semanas de gestación sin justificación alguna. Ello podría situarnos en un escenario, relativamente fácil, en el que, siendo la práctica altruista, la gestante amenazara o coaccionara a los a los comitentes con proceder al aborto si no le dieran algún tipo de compensación no prevista en la ley. Ello no sólo haría entrar en juego conductas penales preexistentes, sino que podría llevarnos a plantear algunas nuevas o matizadas pues la mujer gestante no necesariamente sería una *víctima* en este tipo de *tratamientos* sino que podría ser también sujeto activo de conductas delictivas. De ahí que fuera positivo que, cualquier regulación, estuviera lo más protocolizada posible.

IV. CONCLUSIONES

La gestación por sustitución es, a nuestro juicio, una técnica de reproducción asistida conocida desde hace décadas y muy asentada en países de nuestro entorno, que en un elevado número de casos la aceptan y regulan, aunque también hay países que la prohíben y otros que no se pronuncian al respecto. Se trata de un tema muy delicado, que puede afectar a derechos fundamentales y en el que es fundamental afrontar un debate sosegado y científico en nuestro país sin mucha dilación.

No cabe duda de que para muchas personas es la única vía para acceder a la maternidad o paternidad, aunque para otras eso no sea más que un deseo y no un derecho,

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

por lo que si no es posible ha de aceptarse. Sin embargo, quienes tienen recursos y se niegan a esa aceptación llevan años acudiendo a otros países en los que la técnica está permitida, encontrándose después, en ocasiones, problemas para su reconocimiento en España que, no obstante, por el interés superior del menor, que a veces se invoca para negarse a aceptar la técnica, acaban siendo reconocidos por nuestro ordenamiento pese a los problemas de seguridad jurídica que ello conlleva. No es aceptable una situación así en un Estado social y democrático de Derecho, y, menos, en uno que es conocido por su adelantado papel en la aplicación de técnicas de reproducción asistida. No es tampoco lógico, que, si algo se entiende verdaderamente prohibido, después se acepte, básicamente sin repercusiones, quedando la situación delimitada por el poder económico. Ello recuerda a lo que sucedía en nuestro país hace décadas, cuando las mujeres que podían acudir al extranjero, a un país en el que estaba permitido, a que las practicaran un aborto donde, mientras que, las demás, tenían hijos que no podían o querían mantener o se sometían a prácticas peligrosas que ponían en riesgo su vida y la del feto.

La técnica está ahí, está regulada en muchos países y hay suficiente información como para abordar el tema de forma consecuente. En otro caso sólo lograremos prolongar la indeseable situación en la que estamos en la que, si bien, el derecho penal no está directamente afectado a diferencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, el Estado en general pierde. Quizás haya que replantearse algunas máximas como la de *mater semper certa est* (la penal *societas delinquere non potest* también llegó, *sorprendentemente*, a su fin y, no sin dificultades, el Derecho penal *subsiste*). Quizás haya que sancionar incluso penalmente esta conducta, bien por llevarse a cabo estando prohibida, bien modificando o incluyendo algún precepto para salvaguardar los bienes que su regulación permisiva (e incluso gestionada a nivel estatal, sin perjuicio, como en otros muchos casos de una mejor formación sobre fertilidad) puedan precisar. Es cierto que la regulación, que en nuestra opinión es la mejor opción, puede dar lugar, incluso en modalidad altruista, a conductas que pongan en peligro ciertos bienes jurídicos y eso lleve, con un análisis de política criminal, a realizar modificaciones penales, pero hasta que no exista un auténtico posicionamiento sobre el tema, no parece posible realizar afirmaciones desde una perspectiva penal que vayan más allá de posibles especulaciones como algunas de las previamente apuntadas.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**

* * * * *