

GESTACIÓN SUBROGADA: PRINCIPALES CUESTIONES CIVILES, PENALES, REGISTRALES Y MÉDICAS. SU EVOLUCIÓN Y CONSIDERACIÓN (1988-2019)

Ignacio Lledó Benito
Doctor Internacional Derecho Penal
Profesor Contratado Doctor (ANECA)
Profesor Derecho penitenciario UNIR

Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa (coord.) Francisco Lledó Yagüe (dir.) (2019) *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson. Madrid. 823 pp.

Sobre la gestación subrogada, explica PÉREZ MONGE¹, que desde la bioética, la mayoría del Comité de Bioética de España, entiende que todo contrato de gestación por sustitución, lucrativo o altruista, entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Otros miembros del Comité, aunque aceptan en línea de principio que esta práctica podría regularse de modo que compaginara la satisfacción de dicho deseo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual. Las propuestas regulatorias que se manejan y las experiencias de otros países son claramente deficientes en la tutela de la dignidad y derechos de la gestante y del menor.

En atención a la naturaleza y funciones del Comité, no le corresponde (indica la autora), traducir su parecer en una concreta propuesta de reforma legal, pero sí, ofrecer algunos criterios que orienten aquélla, y, entre estos, destacan tres fundamentales:

1.º Dotar de verdadera eficacia legal a la nulidad de esos contratos, de manera que resulte aplicable también a los celebrados en el extranjero, para lo que podría considerarse la posibilidad, entre otras medidas legales de sancionar a las agencias que se dedicaran a esta actividad.

2.º Promover a nivel internacional un marco común regulatorio que prohíba la celebración de contratos de gestación, en garantía de la dignidad de la mujer y del niño.

¹ PÉREZ MONGE, M. Maternidad subrogada. Actualidad del Derecho en Aragón. Junio 2018. Pg. 28.

3.º Asegurar una transición segura que evite que queden desprotegidos los niños resultantes de los procesos de maternidad subrogada internacional en los que pueden estar inmersos actualmente varios españoles. Para ello puede garantizarse que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo.

En opinión de FERRER VANRELL, el art. 1271 Cc, no admite como objeto del contrato, las cosas *extra commercium*, ni los servicios contrarios a las leyes y las buenas costumbres. Lo que se está contratando es, la función reproductora de una mujer para gestar un ser y la cualidad de madre, para entregarlo a otro, claramente fuera del comercio de los hombres.

La conducta designada en la prestación carece de uno de sus presupuestos, que la hace incompatible con el deber jurídico, porque no es lícita al no ser conforme con las leyes, las costumbres y los usos sociales (arts. 1271.3 y 1275 Cc), y la consecuencia es la inexistencia de la obligación².

El TS en sentencia 6/12/2014, confirmó la nulidad del contrato y como dice RODRÍGUEZ PRIETO, el TS condena esta vía como medio de mercantilizar la gestación, y le parece aberrante que determinados intermediarios puedan realizar un negocio con ello. Sin embargo, otras actividades de ayuda a la gestación, como por ejemplo, a través de implantes in vitro, se realizan por instituciones con ánimo de lucro, y ello no se considera condenable. ¿Por qué en este caso, cuando se buscan los mismos objetivos de facilitar una paternidad que no es posible naturalmente, el prestar esos servicios con lucro ha de merecer esa condena?, ¿dónde está el límite de lo mercantil?

La admisión o reconocimiento de efectos legales, para el TS, permitiría la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza. Pero la opción gratuita tampoco se considera admisible. Y si media precio, esas madres gestantes, ¿han de considerarse necesariamente explotadas?. Las incomodidades, esfuerzos y riesgos de una gestación por cuenta de otros, ¿ha de rechazarse siempre que puedan ser retribuidas?. Y esa vía para paliar una situación de pobreza, ¿es necesariamente condenable?, ¿se ha de privar necesariamente a mujeres sin otros recursos y que no deseen ser madres de esa posibilidad de mejorar su fortuna?. Al cabo si es posible contratar trabajos que exigen esfuerzos físicos o situaciones de mayor riesgo, ¿cuál es entonces el factor diferenciador en la gestación por sustitución?³.

² FERRER VANRELL, P. op.cit. (El llamado superior interés del menor). Pg 74-75. También, BASOA COLL, F. Dret d'obligacions. Publicacions Universitat de Barcelona. Barcanova. Barcelona 1990, pp. 12 y ss. y LLEDÓ YAGÜE, F., califica el contrato de ilícito "en virtud de la indignidad en su contenido ontológico, al pretender erigir a la persona en objeto del contrato, cual si se tratara de algo material y patrimonializable (...) dicho negocio jurídico no surtiría efecto alguno entre las partes (...). Fecundación Artificial y..., cit. P. 155, en la p. 151 razona la ilicitud del objeto del contrato y de la causa.

³ RODRÍGUEZ PRIETO, F. "El tratamiento en España de la gestación subrogada internacional" en el Notario del siglo XXI, N° 58. Nov-Diciembre 2014. LLEDÓ YAGÜE, F, op.cit. (Fecundación artificial y derecho). Pg. 150 y 151. LLEDÓ YAGÜE, F, op.cit. (Fecundación artificial y derecho). Pg. 150 y 151.

A este respecto, como ha venido manifestando la jurisprudencia, la ilicitud de la causa a que se refiere el art. 1275 del CC se asienta en una finalidad negocial contraria a la ley o a la moral y común a todas las partes para dar significado al contrato, por lo que resultan irrelevantes los deseos y expectativas que impulsan sólo a una de ellas, de donde se sigue que la nulidad radical ordenada por dicho precepto únicamente se ocasionará si el negocio persigue un fin ilícito o inmoral, pues el móvil se eleva a la categoría de verdadera causa al imprimir a la voluntad de los contratantes la dirección finalista y reprobable del convenio (Sentencias de 31 de octubre de 1955, 29 de octubre de 1960, 26 de abril de 1962, 4 de octubre de 1966, 2 de octubre de 1972, 4 de diciembre de 1975, 2 de noviembre de 1979, 2 de diciembre de 1981, entre otras significativas)⁴.

Así pues, como el negocio jurídico es nulo, no se derivan obligaciones para las partes, puesto que carece dicho contrato de todo efecto negocial, por lo que aplicando los principios generales de las obligaciones, no tiene la gestante, en absoluto, una obligación de hacer lo pactado, es decir, entregar al hijo; de suerte que caso de no hacerlo, no se podría mandar ejecutar a su costa (art. 1.098 del CC).

En este supuesto, sin embargo, lo que sí ocurriría es que se den una serie de efectos indirectos o reflejos en cuanto a las consecuencias de los servicios ciertamente realizados, o sea, la consumación del proceso de gestación, aunque el contrato lo calificuemos como nulo, se darán los efectos típicos de los contratos ilícitos por ser ilícita la causa u objeto (arts. 1.305 y 1.306 del CC, cuando el hecho en que consiste la causa torpe no constituye delito ni falta), en los que su característica fundamental es el no ejercicio de acción alguna por los interesados, con lo cual, como de todos es sabido, supone la excepción a la tesis general tipificada en el art. 1.303 del CC, según el cual declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato con sus frutos y el precio con sus intereses⁵.

En esta línea favorable a la nulidad, ha venido reiterando este criterio con posterioridad la doctrina. Así, JIMÉNEZ MARTÍNEZ⁶, coincide con el

⁴ LLEDÓ YAGÜE, F, op.cit. (La filiación a finales del siglo XX). Pg. 333.

⁵ LLEDÓ YAGÜE, F, op.cit. (La filiación a finales del siglo XX). Pg. 334. Asimismo, ALKORTA IDIAQUEZ, I. op.cit. (regulación jurídica) Pg. 286 y siguientes en donde analiza con acierto que la condena de la maternidad subrogada es puramente civil.

LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Ed: Universidad de Barcelona. Publicaciones y Ediciones, 2015, p.119.

VÉLEZ CORREA, L. A. *Ética médica. Corporación para Investigaciones Biológicas*. Colombia, 3.ª ed., 2003.

GARCÍA, M. P. “A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2015, 8, pp. 4-6.

⁶ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales. Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá V (2012) 365-381 ISSN 1888-3214. Pg. 368. Y, en este punto, explica el criterio mantenido en el Derecho Europeo y así dice: En este punto la Ley española, coincide con lo previsto en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos europeos. Así, cabe citar, entre otras, la

planteamiento expuesto por nosotros supra y concluye que esta sanción de nulidad es coherente con el sistema establecido en nuestro ordenamiento jurídico puesto que este contrato sería sancionado con la misma nulidad absoluta por ilicitud de la causa (art. 1275 Cc) y por estar su objeto fuera del comercio de los hombres (art. 1271.1 Cc), en la medida que ni se puede comerciar con personas ni se puede considerar a un niño como objeto de un contrato. Asimismo, parece que también incumple los límites de la autonomía privada establecidos en el artículo 1255 Cc por ir en contra de la ley, como se acaba de exponer, la moral y el orden público, ya que en este último caso no hay que olvidar que las normas relativas al estado civil de las personas son indisponibles para los particulares.

En opinión de LLEDÓ YAGÜE y GUTIÉRREZ BARRENENGOA, la gestación subrogada, conocida vulgarmente como alquiler de úteros, incide en una cuestión trascendental, cuál es que el arrendamiento va a resultar que el objeto es el ser humano. Nos parece que debe considerarse acertada su prohibición, ya que aquella (persona humana) no puede ser como decimos objeto lícito de relaciones jurídicas. Entendemos que es una violación de la dignidad al ser tratado el ser humano como una pura mercadería, objeto de satisfacción de pretendidos derechos individuales. El ser humano, no puede ser considerado como algo-cosa (*res intra commercium*) sino como alguien que constituye una finalidad per se. No podemos olvidar que el objeto del singular negocio jurídico familiar es la persona, el hombre en sí mismo.⁷

Participámos no obstante, del criterio sustentado por el informe del Comité de Bioética de España, sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada en cuanto que como se argumenta en el citado informe en una situación de mayor seguridad jurídica, podría plantearse la posibilidad de abrir la maternidad subrogada a ciertas situaciones que siempre han de ser vistas como excepcionales. Y además debemos caminar en una contextualización que busque uniformidad de criterios a nivel internacional, que no susciten problemas de fraude de ley, que en nada benefician el interés supremo del menor, al que siempre debe preservarse en cualquier legislación

Ley italiana n° 40 de 19 de febrero de 2004 que en su artículo 19.6 determina la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución y establece que la filiación materna será la determinada por el parto. Sobre esta ley vid. BENÍTEZ DE ORTÚZAR, I.: “Breve comentario crítico a la Ley italiana sobre normas en materia de procreación médicamente asistida”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n° 84, 2004, p. 169-198. Por su parte, el artículo 16.7 del Código Civil francés también aplica la nulidad a este tipo de contrato, calificando esta nulidad como de orden público (art. 16.9). Vid. BERROCAL LANZAROT, A.I.: “De nuevo sobre la reproducción asistida en España. Análisis jurídico sanitario de la Ley 14/2006, de 26 de mayo” en *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, octubre 2008, pp.20 y ss. Asimismo, la Ley Federal alemana sobre la protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990 obliga a que el embrión obtenido se implante en el útero de la mujer de la que se ha obtenido el óvulo (art. 1). Incluso en Suiza es la propia Constitución Federal la que en su artículo 119.2 la que prohíbe cualquier forma de maternidad de sustitución. (ver página 368 op.cit.)

⁷ LLEDÓ YAGÜE, F. y GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “La gestación subrogada: luces y sombras de la legislación actual. Su prohibición versus la posibilidad de una admisión de supuestos en el futuro”, en VELASCO MIGUEL, R. (dir.), *Nuevos horizontes y perspectivas para el Derecho del siglo XXI*, Thomson Reuters (Aranzadi), 2018, página 183 y siguientes.

futura que contemple su legalización, en la regulación española de la materia *de lege ferenda*.⁸

La ley aborda la regulación que comentamos, concretamente en el artículo 10 de la Ley de la Reproducción Humana Asistida, y dedica su contenido al tema de lo que en términos vulgares se ha conocido como maternidad subrogada y/o locación de vientres o alquiler de úteros. Consiguientemente, dice la citada disposición 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 en favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución, será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales”⁹.

En cuanto a la nulidad del contrato, su fundamentación a buen seguro debemos encontrarla en que se sitúa a la persona como objeto de dicho negocio jurídico, ora entendemos la calificación de dicho contrato como arrendamiento de servicios (donde la mujer que pare se obliga a efectuar una actividad), ora lo calificamos como arrendamiento de obra (donde lo que importaría sería su resultado – el hijo–, como efecto de la actividad desplegada), de suerte que queda fuera de la autonomía de voluntad de las partes al contratar sobre una materia indisponible para los contratantes (la capacidad generativa). *Ítem* más el hijo aparece como un medio útil

⁸ LLEDÓ YAGÜE, F. y GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A. op.cit. (gestación subrogada) pg. 183 y siguientes.

⁹ Leyes de reproducción humana asistida 35/1988, de 22 de noviembre, BOE Núm. 282 de 24 de noviembre de 1988, y Ley 14/2006, de 26 de mayo, BOE Núm. 126, de 27 de mayo de 2006. Así mismo ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F. (Julio-diciembre 2016) “Gestación por sustitución: Dificultades para mantener la prohibición en España”; en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, Núm. 9, Ed. Dykinson; pág. 60. BENÍTEZ ORTUZAR, I. (1996) *Aspectos jurídicos penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*; Madrid; Ed. EDERSA; Pp. 192-206. ALKORTA IDIAQUEZ, I. (2003) *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva: Derecho Español y Comparado*; Ed. Aranzadi; Pp. 278-286. De la misma autora (2015) “La regulación jurídica de la maternidad subrogada”; en sesión organizada por la Fundación Grifols i Lucas: *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*; Barcelona, Pp. 72-81. De igual manera LLEDÓ YAGÜE, F. – OCHOA MARIETA, C. – MONJE BALMASEDA, O. (2007) *Comentarios a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006)*. LLEDÓ YAGÜE, F. (1988) *Fecundación artificial y Derecho*; Madrid; Ed. Tecnos. Del mismo autor (1998) “La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”; en *Anuario de Derecho Civil*; tomo II. MONTES PEÑADES, V. (2003) “La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española”; en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*; Núm. 7; Ed. Tirant lo Blanch; Pp. 5-22. LAMM, E. (2013) *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Observatorio de Bioética y Derecho; Barcelona; Ed. Universitat de Barcelona; Pp. 71-72. PALACIOS ALONSO, M. (2005) “Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88) de 1988 a 2005”; en *Estudios jurídicos-penales sobre genética y biomedicina*; Coord. BENÍTEZ ORTUZAR, I.F. – MORILLAS CUEVA, L – PERIS RIERA, J.; Madrid; Ed. Dykinson; Pp. 33-69. La problemática es clásica, remitimos a uno de los primeros trabajos sobre la materia que se elaboró por los mismos autores en 1988: “El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo”. Ponencia presentada en el *II Congreso Mundial Vasco: La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (1988), Madrid, Ed. TRIVIUM; Pg. 336.

instrumental para alcanzar una maternidad, de donde resulta notorio que se intenta que prevalezca siempre un derecho al niño *versus* derechos del niño subordinados a otros intereses.

En otro orden de consideraciones conviene aportar al tema algunas reflexiones en torno a la suposición de parto o el papel de la mujer que contrata los servicios de gestación por sustitución.

En el caso de la maternidad subrogada, como dice BENÍTEZ ORTUZAR, existen dos mujeres interesadas. En este sentido parece lógico plantear también la posibilidad de que la parturienta ceda el hijo parido a la otra mujer, esté realizando la conducta de entrega de un hijo a terceros para alterar o modificar su filiación.

Efectivamente, por un lado estaría la mujer comitente, que accede a los servicios del contrato de gestación subrogada, nulo como hemos visto *supra*, y por otro estaría la mujer gestante que si entrega al hijo parido con la finalidad que su filiación sea la de la pareja comitente, incurriría, como dice BENÍTEZ ORTUZAR, en el párrafo segundo del art. 220 CP¹⁰. Cabría incluso pensar (pero a los efectos que nos interesa lo descartamos por lo que explicaremos *infra*), hablar de la mujer titular del gameto femenino – ovulo -, si bien como la maternidad viene determinada por el parto (art. 120-4 Cc), esta maternidad biológica, queda fuera del espacio regulador del art. 220 CP.

Por tanto, se habla de la mujer comitente-madre o socio-afectivamente hablando y la mujer gestante jurídicamente madre a tenor de las normas sustantivas civiles.

En el caso de la suposición de parto del art. 220 CP, sí estaría incluido el caso de la maternidad subrogada, si como dice BENÍTEZ ORTUZAR, permite la comisión mediante la ficción del embarazo hasta el alumbramiento propiamente dicho¹¹.

Entiendo, siguiendo la reflexión acertadísima de BENÍTEZ ORTUZAR, lo siguiente: debemos partir del art. 10 LRHA, y consiguientemente, como el contrato es nulo, la determinación de la filiación del recién nacido, correspondería en todo caso, a la mujer que ha parido. Si no está casada (o estándolo, no actúa la presunción de paternidad ej., separación vincular), al niño le correspondería la filiación materna no matrimonial. Quedaría por dilucidar la filiación paterna, y si coincide que el esposo y/o conviviente de la mujer comitente prestó su semen, podría aquél reconocer la filiación paterna no matrimonial¹².

Al respecto, como explica BENÍTEZ ORTUZAR, estaríamos en el delito de suposición de parto si la mujer que no gesta al hijo, simula la gestación y el

¹⁰ BENÍTEZ ORTUZAR, I. “Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana” EDERSA. Editoriales de Derecho Reunidas. (Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid). 1997. pg. 390

¹¹ BENÍTEZ ORTUZAR, I. op.cit. pg. 392

¹² BENÍTEZ ORTUZAR, I. op.cit pg. 394

parto para que en el momento del verdadero alumbramiento, la parturienta desaparezca, dejando al hijo en manos de otra como si verdaderamente fuere fruto de la gestación y alumbramiento fingidos¹³.

De tal manera, que fingiendo el alumbramiento del hijo realmente nacido, la mujer comitente inscribiría la filiación de este hijo como si fuera de ella, o si estuviese casada, se inscribiría como matrimonial y si fuera pareja de hecho y/o mujer sólo, entonces la filiación materna no matrimonial de ésta, siguiendo la doctrina jurisprudencial al respecto (STS 6 de junio 1980), hay que pensar que en la maternidad subrogada, puede incurrirse en un delito de suposición de parto, en relación a la mujer o madre comitente (*madre de deseo...* como la define BENÍTEZ ORTUZAR):

1º) *En cuanto a la dinámica de la acción de fingimiento o simulación del alumbramiento de un ser nacido, efectuado por actos reales:* En nuestro caso, sería el fingimiento de un alumbramiento del hijo que es alumbrado por otra que lo abandona y lo deja a la disposición de la comitente, quien lo inscribe en el Registro como hijo suyo.

2º) *En cuanto a la culpabilidad o elemento psíquico delictivo que vaya dirigido al ánimo tendencial de modificar el estado civil.* Es decir, la mujer finge un embarazo, un alumbramiento de un hijo que abandona la parturienta en sus manos, y ésta altera el estado civil de la filiación del hijo, inscribiéndolo como suyo.

Porque no se incurriría si en el delito de suposición de parto, como dice BENÍTEZ ORTUZAR, “*aun cuando se actúe con el ánimo tendencial de modificar el estado civil del nacido...no haya existido una simulación o fingimiento del alumbramiento, sino meramente una manifestación de su existencia*”¹⁴.

A mi juicio, podría darse el siguiente supuesto, que quizá encajaría en esta doctrina expuesta. Nace el hijo, que no es inscrito por parte de la gestante. No consta en la inscripción del nacimiento y el hijo es entregado a la mujer comitente, quien no finge la simulación o fingimiento del alumbramiento, pero si actúa con el ánimo tendencial de modificar el estado civil, porque la *madre de deseo* o comitente, actúa en la posesión de estado de ése hijo y pretende declarar la filiación de éste hijo a tenor de lo prescrito en el art. 131 Cc. Párrafo primero. Y sin embargo, en tal sentido, entenderíamos que no hay delito de la suposición de parto, porque no ha habido el fingimiento o simulación que debe darse como conducta delictiva, como parte de los elementos descriptivos del tipo penal.

En cualquier caso, coincido plenamente con la opinión de BENÍTEZ ORTUZAR, cuando concluye que la posibilidad de que los hechos que se analizan se califiquen como suposición de parto, se refiere a la forma anecdótica de tratar de alterar la filiación determinada legalmente al simular

¹³ BENÍTEZ ORTUZAR, I. op.cit pg. 394

¹⁴ BENÍTEZ ORTUZAR, I. op.cit pg. 396

el parto, no por la contratación por sustitución, la que sería nula con efectos jurídico-civiles¹⁵.

Efectivamente, el delito surge porque la mujer comitente finge el alumbramiento de un hijo que otra abandona a su favor, y lo inscribe aquella como hijo propio, alterando la filiación que por naturaleza le corresponde. Conducta ésta que altera un estado civil, que no le corresponde ni jurídica ni biológicamente. Y nada tiene que ver un contrato de gestación subrogada, que por ende es nulo.

3º) El tercer elemento jurisprudencial es que el juicio valorativo sobre la antijuricidad, se determine no solamente con el sentir general del grupo, de acuerdo con la norma social de convivencia humana, sino también con el relativo a la filiación y elementos específicos que caracterizan la existencia del parto en sí.

Es decir, se altera conscientemente un estado civil de filiación, que no corresponde al hijo, a quien se le sustrae de la relación familiar que por naturaleza le corresponde.

En otro orden de consideraciones, como bien argumenta MORETON TOQUERO, el tipo ataca directamente el *status familiae* del niño que se presenta como fruto del alumbramiento. De este modo, se hace miembro de una familia a alguien que no pertenece a ella, atribuyéndole un origen familiar que no es el suyo, lo que lleva consigo la alteración del conjunto de derechos y deberes, expectativas y oportunidades que podría tener en relación con su familia de origen biológica¹⁶.

Efectivamente, argumentamos por nuestra parte, ello es así, porque el Código Civil, determina el hecho predominante del parto o alumbramiento como reconocimiento de la paternidad (art. 120-4º Código Civil-Cc).

Así se dice que el bien jurídico protegido sería la filiación y el estado civil. Como explica QUERALT JIMÉNEZ, éste es uno de los pocos preceptos que no hacen referencia literal al sujeto o sujetos activos, se castiga un hecho sin indicar quién es su autor. Pese a ello, la jurisprudencia mayoritaria (SS 26-12-1928, 6-6-1980) y la doctrina consideran que sólo puede ser sujeto activo la mujer¹⁷. Pero este comportamiento no es únicamente comisible por la mujer que pretende haber parido al hijo que presenta ante los demás, puede cometerlo con ayuda de otra persona, el marido (S 18-10-1946) p.ej., de acuerdo con la mujer o ignorándolo ésta u otros familiares que cooperen en la farsa y por tanto podrían existir otros autores también dentro del círculo familiar.

¹⁵ BENÍTEZ ORTUZAR, I. op.cit pg. 396

¹⁶ MORETÓN TOQUERO, M.A. La suposición de parto, la ocultación y sustitución de niños y el tráfico de menores. Edit. Bosch. Biblioteca básica de práctica procesal. 2001. Pg. 8.

¹⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.: Derecho Penal Parte Especial. "Delitos contra las relaciones familiares". Edit. Bosch. Barcelona. Pg. 403.

En otro orden de consideraciones, se ha dicho acertadamente en el prólogo de la obra que este estudio sistemático, supone una reflexión global de los principales aspectos que concurren en esta temática: los civiles, los penales, registrales, laborales y de Derecho comparado a nivel mundial, y otros interesantes extremos en su legislación comparada, que traducen exactamente el interés de los autores, verdaderos artífices de esta obra colectiva. Se ha conseguido un estudio actualizado y completo sobre una materia que socialmente ha dividido a la opinión pública en detractores y quienes apuestan por su regulación y admisibilidad en determinados casos y circunstancias. Sin entrar en polémicas se describe la situación y los hechos para un posible estudio futuro de alguna ley que desee tratar el tema.

Durante estos treinta años, de ahí que el título de la obra colectiva lleve unido un significativo elemento cronológico que va desde 1988, fecha de la publicación de la primera Ley de Fecundación Humana Asistida, Ley 35/1988 y después su versión actualizada Ley 14/2006 de 26 de mayo, hasta el momento presente del año 2019.

La estructura de la obra tiene dos partes significativas, por un lado la parte jurídica, en donde se abordan las principales cuestiones civiles, penales, constitucionales, de derecho internacional privado, laborales, y una segunda parte en donde se sitúan los aspectos puramente de orden médico.

Del mismo modo que en el resto de los principales países del mundo, las divisiones entre legislaciones permisivas y restrictivas o prohibicionistas han generado un fenómeno al que se le ha calificado como turismo reproductor, generando una problemática en la que el interés superior del menor se ha visto perjudicado cuando se ha pretendido reconocer la eficacia de los efectos de la filiación en el país de origen (de la pareja denominada clásicamente comitente) tiene una legislación prohibitiva, al entender que el contrato de gestación por sustitución deviene nulo por atentar a la dignidad del ser humano.

Se reitera con razón que uno de los valores intrínsecos de ésta obra – verdadero prontuario de conocimiento sobre la gestación subrogada- sea que los autores opinan de lo que saben. Sus juicios y comentarios son profesionalmente rigurosos y el lector encontrará las herramientas precisas para confirmar un juicio propio, del que podrá extraer argumentaciones e informaciones que siempre le ayudarán a entender los problemas de la filiación, de la inscripción, de la naturaleza del contrato y cuantas cuestiones suscitadas el derecho extranjero comparado cuando se aborda el problema de la gestación por sustitución.

Y en el capítulo de agradecimientos no quiero olvidarme de esa histórica Comisión (algunos de aquellos participantes han podido volver a volcar su conocimiento de nuevo en éste libro: el Doctor Marcelo Palacios, la doctora Carmen Ochoa y el catedrático de derecho civil Francisco Lledó Yagüe entre ellos) que llevó a España, en un momento socialmente demandado por la ciudadanía, a ayudar al legislador a hacer realidad la publicación de la primera ley de fecundación humana asistida en el mundo, pero ello se debe, sobre todo, al empuje, convicción, arranque, decisión e inteligente

determinación, una vez más del doctor D^o Marcelo Palacios, quien será recordado por todos nosotros como el “padre de la ley de la fecundación humana asistida”.

En otro orden de valoraciones y considerando el impulso, la evolución *in crescendo* que ha motivado el asunto de la gestación subrogada en la sociedad, no es de extrañar que haya supuesto un tema recurrente en la postura de los diferentes grupos parlamentarios, incluso con propuestas e iniciativas legislativas (entre otras la propuesta de proposición de ley del GP Ciudadanos) y cuyos fundamentos, se dice radica en el derecho a crear una familia por intermediación de otra mujer, la gestante, ajena a la familia. Y se analiza con acierto la naturaleza altruista del contrato, y las imprescindibles connotaciones bioéticas. En esta misma línea, se describe el caso español, diferenciándolo del caso portugués.

Pero también, son importantes las propuestas nacidas en el seno de la sociedad civil y más especialmente de la sociedad española de fertilidad, y que como se argumenta en la obra, su objetivo no es apoyar, ni condenar la legislación en España de la técnica de gestación por sustitución, sino aportar unos criterios éticos, y que fueron valedores, de una hipotética modificación de la normativa vigente. Y concluye que el modelo que defiende la sociedad española de fertilidad en relación a la gestación por sustitución sería similar a la de donación de gametos y embriones y que fuera por ejemplo la propia Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida CNRHA, quien estableciera los gastos de compensación objetivamente tasados. En esta cuestión no debemos olvidar que el interés superior del niño, debe ser el objetivo prioritario, y en esa línea camina la doctrina jurisprudencial, sobre todo la doctrina del TEDH.

Del mismo modo, un análisis obligado en esta temática lo constituye el estudio de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, en torno al debate polémico de la inscripción de la filiación del menor nacido como consecuencia de la gestación subrogada, y el control de la resolución extranjera.

Todos los autores de nuestra obra, inciden en la citada Instrucción, cuyo eje nuclear gira en torno al interés superior del menor. Resulta es en este punto relevante las reflexiones de los expertos en el Registro Civil.

La obra colectiva, como explicamos, analiza el fenómeno de la gestación subrogada, no sólo desde la visión de los problemas de orden registral, sustantivo y jurisprudencial del Derecho español, sino como hemos referido *supra*, también se extiende el comentario a la principal legislación mundial sobre la gestación subrogada.

Así en esta línea de desarrollo, brillan trabajos muy interesantes sobre la gestación subrogada en EE.UU. Se describe muy bien la experiencia judicial americana, y se lleva a cabo un análisis francamente didáctico sobre el contenido del Código de Familia de California, imprescindible su explicación para entender el contenido de los contratos de gestación subrogada.

Precisamente, en esta línea es interesantísima la explicación en torno a la realidad de las cláusulas que suelen incorporarse en las Agencias de Gestación por Sustitución (peyorativamente conocidas como *madres de alquiler*). A buen seguro ilustrará a futuros investigadores a analizar cláusulas que chocan frontalmente con el respeto a los derechos de la persona.

Naturalmente en un estudio global sobre la gestación por sustitución, no podían faltar los aspectos penales que son excelentes contribuciones a la relevancia penal ante la maternidad subrogada y a la que hemos dedicado *supra* unos convenientes comentarios.

Y finalmente, para completar un estudio de estas características, no podemos obviar las indicaciones médicas y psicosociales.

Este bloque de orden médico y aspectos psicosociales, sitúan el supuesto hecho de la subrogación uterina sobre el que hemos analizado las principales relaciones y situaciones jurídicas de derechos de la gestante, de la pareja comitente, y de la filiación correspondiente al hijo nacido de la subrogación de útero. En estos excelentes trabajos no hay que olvidarnos de analizar los aspectos psicosociales de los intervinientes en éste procedimiento de gestación.