

UNIVERSIDAD DE  
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

# **ANALES** de **DERECHO**

**La adopción ilegal y la gestación subrogada  
como finalidades del delito de trata de seres  
humanos**

MARTA PARDO MIRANDA

Doctora en Derecho Penal Universidad de Almería

### **Resumen**

*La regulación del delito de trata de seres humanos a partir de la LO 5/2010, por la que se incorporó el delito autónomo de trata de seres humanos en el artículo 177 bis del Código Penal español supuso el inicio de una amplia producción científica en torno a los diferentes niveles de discusión que este precepto ha generado, no siendo así en una cuestión de vital importancia como son las finalidades de explotación a las que se refiere el precepto, uno de los tres elementos fundamentales en la configuración del delito, pero deficiente a nuestro parecer, pues deja fuera, a diferencia de los instrumentos internacionales y los cuerpos legales de países cercanos a nuestra regulación jurídico-penal, conductas como el tráfico de menores o la explotación reproductiva a través de la gestación subrogada. Analizamos la conveniencia y oportunidad de incorporarlas como finalidades del delito de trata de seres humanos para así cumplir con los compromisos internacionales adquiridos y reforzar la protección de los menores.*

**Palabras clave:** *Trata de seres humanos, adopción ilegal, tráfico de menores, gestación subrogada, explotación reproductiva.*

### ***“Illegal adoption and surrogate gestation as purposes of the crime of trafficking in human beings”***

### **Abstract**

*The regulation of the crime of trafficking in human beings from the LO 5/2010 by which the autonomous crime of trafficking in human beings was incorporated in article 177 bis of the Spanish Penal Code marked the beginning of a wide scientific production around the different levels of discussion that this precept has generated, not being so in a matter of vital importance such as the exploitation purposes referred to in the precept, one of the three fundamental elements in the configuration of the crime but deficient, in our opinion seem, because it leaves out, unlike the international instruments and the legal bodies of countries close to our legal-criminal regulation, behaviors such as child trafficking or reproductive exploitation through surrogacy, we analyze the convenience and opportunity of incorporating them as purposes of the crime of trafficking in human beings in order to comply with the international commitments acquired and reinforce the protection of children.*

**Palabras clave:** *Human trafficking, illegal adoption, child trafficking, surrogacy, reproductive exploitation*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Venta de menores y adopciones ilegales. 1. Consideraciones previas. 2. La adopción ilegal como finalidad del delito de trata de seres humanos. III. Trata de personas con fin de explotación reproductiva: Gestación subrogada. 1. Consideraciones previas. 2. La gestación subrogada como finalidad del delito de trata de seres humanos. IV. Conclusiones.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El delito de trata de seres humanos ha sido configurado por el legislador español en el artículo 177 bis del Código Penal como fiel reflejo de las normas comunitarias e internacionales. Si bien configura una lista *numerus clausus* de finalidades de explotación a diferencia de lo que ocurre en el Protocolo de Palermo de 2000 que utiliza la expresión “como mínimo” o la Directiva 2011/36/UE que incluye entre las modalidades de trata la adopción ilegal en su Considerando 11. Ello nos lleva a cuestionar si otras finalidades de explotación deberían ser contempladas en el precepto y si son, por tanto, merecedoras de un reproche penal como las ya recogidas y, al mismo tiempo, analizar conductas como la venta de menores, las adopciones ilegales o la gestación subrogada para después determinar si efectivamente constituyen fines de explotación que encajan en el delito de trata de seres humanos, y es que las normas internacionales encarnan una serie de valores en torno a los niños: reconocen a los niños y niñas como sujetos de derechos, conciencian a los legisladores, al ejecutivo y a la sociedad sobre la necesidad de protegerlos y orientan a las legislaciones nacionales en orden a tipificar como delitos la venta de menores, la adopción ilegal y la trata de menores, pero ¿ello permite considerar la transferencia ilícita de menores (venta de menores) como una forma de trata?

## **II. VENTA DE MENORES Y ADOPCIONES ILEGALES**

### **1. Consideraciones previas.**

A comienzos de los años 90, la bajada de la natalidad, la mejora en ayudas sociales y la prevención del embarazo supuso una disminución en España del abandono infantil. Esto supuso la aparición de un fenómeno paralelo como son las adopciones internacionales y es en ese entorno, cuando el dinero se sale de los trámites oficiales, cuando aparece el mercado negro de las adopciones ilegales<sup>1</sup>. En el mismo, las organizaciones criminales

---

<sup>1</sup> DELGADO, G., “Comercio de niños”, *Cambio 16*, 1996, Núm. 1271, pp. 20-23.

encuentran una oportunidad de negocio en la baja natalidad y la demanda de niños a familias y parejas al margen de los procedimientos legales genera una alta rentabilidad, una suerte de “tráfico de niños”, bajo el imperio de la ley de la oferta y la demanda. La constatación de una demanda de niños superior a los adoptables atrae la actividad de las organizaciones criminales hacia la satisfacción de ese interés fuera del ordenamiento jurídico<sup>2</sup>. A veces tras la apariencia de servicio social se esconde un negocio de millones de dólares en el que las organizaciones criminales actúan como intermediarias entre las familias vulnerables y las que no pueden tener hijos<sup>3</sup>.

El tráfico de menores puede presentar dos formas: el tráfico con fin delictivo bajo cobertura de adopción y el tráfico con fin de adopción. Ahora bien, en el caso del tráfico con fines delictivos el peso de la protección jurídica correrá por cuenta del Derecho penal que castiga el fin. Por el contrario, en el caso del tráfico con fines de adopción, aquél en que se pretende utilizar la adopción como un negocio, es donde las medidas contra el tráfico en sede de regulación de la adopción internacional están llamadas a tener un mayor protagonismo.

La Asamblea General de Naciones Unidas ya instaba en 1986 a los Estados a la creación de leyes que prohíban el secuestro o cualquier otro acto encaminado a la colocación ilícita de niños, y a tomar medidas para evitar la venta o trata de niños para cualquier fin o de cualquier forma<sup>4</sup>. La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 es la que contiene una formulación más general dada la amplitud de su objeto. Así, el artículo 21 de la citada Convención garantiza el interés superior del menor concretándolo en diversas obligaciones. Entre ellas destaca la última: que no haya beneficios financieros indebidos para las personas que participan en la adopción internacional<sup>5</sup>. Similar prohibición se contiene en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, que sigue, según la propia declaración, los principios reconocidos por

---

<sup>2</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M. E., *El Tráfico de Niños Para Su “Adopción” Ilegal: El Delito Del Artículo 221 Del Código Penal Español*, Madrid, Dykinson, VLex, 2003.

<sup>3</sup> MARTÍN MEDEM, J. M., “Niños en venta”, *Cambio 16*, 1999, (1438), pp. 68-69. Habla este autor de las adopciones ilegales de niños sudamericanos hacia la UE y EEUU como negocio que reporta más de un millón de dólares.

<sup>4</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, 3 de diciembre de 1986.

<sup>5</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, Convenio sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.

Naciones Unidas en la Convención de Derechos del niño de 1989 y en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños. El Preámbulo del Convenio declara que, entre otros objetivos, el Convenio se adopta “para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños”<sup>6</sup>.

La prohibición de tráfico, por tanto, es general. También es único el tenor literal con que se expresa: “prohibición de beneficios indebidos”. Esta formulación supone: a) que se reconoce la necesidad de admitir un margen de beneficio, y b) que el margen de lo debido deberá ser valorado. Esto supone trasladar el problema hacia la segunda cuestión, esto es, cuándo los beneficios son indebidos. Este tema fue objeto de duros debates tanto en el seno de Naciones Unidas como en La Haya.

El Artículo 2 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”<sup>7</sup>.

En el ordenamiento jurídico español, la reforma de la regulación de la adopción llevada a cabo en 1987<sup>8</sup> aumentó las garantías en los procedimientos de adopción y supuso una disminución de las posibilidades de casos de tráfico para la paternidad. Lo que se complementa con los artículos 4.2 y 4.5 de la Ley de Adopción Internacional<sup>9</sup> en la que se establece la prohibición de no tramitar ofrecimientos para la adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias:

a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural.

---

<sup>6</sup> Conferencia de la Haya, Convenio de la Haya, relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993. Más extensamente en CUARTERO RUBIO, M.V., “Adopción internacional y tráfico de niños”, en (coord.) Martín López M.T. *Justicia con menores: menores infractores y menores víctimas*, 2000, núm. 1840, pp. 407 y ss.

<sup>7</sup> Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas relativo a la venta de niños la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000. Disponible en:

[http://www.oas.org/DIL/esp/Protocolo\\_Facultativo\\_de\\_la\\_Convencion\\_sobre\\_los\\_Derechos\\_del\\_Nino\\_R\\_elativo\\_Venta\\_de\\_Ninos\\_la\\_Prostitucion\\_Infantil\\_y\\_la\\_Utilizacion\\_de\\_Ninos\\_en\\_la\\_Pornografia.pdf](http://www.oas.org/DIL/esp/Protocolo_Facultativo_de_la_Convencion_sobre_los_Derechos_del_Nino_R_elativo_Venta_de_Ninos_la_Prostitucion_Infantil_y_la_Utilizacion_de_Ninos_en_la_Pornografia.pdf)

<sup>8</sup> Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. BOE-A-1987-25627.

<sup>9</sup> Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. BOE-A-2007-22438.

b) Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción y que remita a las autoridades españolas la propuesta de asignación con información sobre la adoptabilidad del menor.

c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de esta no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales.

Posteriormente, se han hecho esfuerzos por reforzar la protección de los menores, materializándose en algunos instrumentos relevantes, destacando recientemente la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Tal y como señala en su Preámbulo “el cuerpo normativo español ha incorporado importantes avances en la defensa de los derechos de las personas menores de edad, así como en su protección frente a la violencia. En esta evolución encaja la reforma operada en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que introduce como principio rector de la actuación administrativa el amparo de las personas menores de edad contra todas las formas de violencia, incluidas las producidas en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina, entre otras”. Las intenciones son buenas, proteger a los menores frente a delitos extremadamente graves. La cuestión es si el legislador está protegiendo de forma efectiva a los menores en determinados contextos, como puede ser el caso del delito de Trata de seres humanos y si se está prestando la atención que requieren estas conductas que si bien, en un principio, no están previstas expresamente en el cuerpo penal, ha quedado patente la gestación de un lucrativo negocio en torno a unos hechos cuyo carácter delictivo es, cuanto menos, digno de análisis.

## **2. La adopción ilegal como finalidad del delito de trata de seres humanos**

Son numerosas las cuestiones que surgen en el ámbito de las adopciones ilegales y su posible conexión con determinadas modalidades delictivas. En este sentido, nos hemos preguntado por la relación que se puede establecer entre el tráfico de menores y el delito de trata de seres humanos y si los abusos procedentes de una adopción pueden ser calificados de “trata” de conformidad con la definición del Artículo 3 del Protocolo de

Palermo contra la Trata (Artículo 4 del Convenio de Varsovia contra la Trata). Dicha regulación ha marcado como elementos vertebradores de esta figura delictiva la acción, los medios comisivos y el fin de explotación. El elemento controversial es lo que refiere al fin, que es la “explotación”. Podría hacerse una diferencia cuando se habla de trata para fines de adopción (cuando la adopción es el propósito) y trata a través de la adopción (cuando la adopción es el medio)<sup>10</sup>. Se observan dos conductas muy diferentes, y es que la trata a través de la adopción podría implicar que los niños o niñas fueron adoptados para ser explotados por los padres a través de múltiples formas (explotación sexual, laboral, tráfico de órganos, mendicidad...), conductas que ya tienen una respuesta penal. Lo que aquí nos inquieta es la trata para fines de adopción, es decir aquella conducta que consiste en hacer a un menor disponible para ser adoptado, siendo separado de su familia biológica a través de medios que se alejan de los cauces legales, esto es la adopción internacional fraudulenta, en la que puede haber una “compra” de un niño y un traslado ilícito del mismo a otro país para ser entregado a otra familia, pero no existe intención explotadora. Puede que se reciba un precio a cambio del menor, pero la adopción no es una forma de esclavitud, y, muchas veces, se justifican las irregularidades en el deseo de “salvar” al niño y proteger su propio interés, llevándole hacia una vida con una mejor posición económica<sup>11</sup>. No obstante, y, a pesar de la ausencia del elemento de la explotación, la adopción internacional ha sido mencionada y catalogada como una posible forma de tráfico de menores, siempre que haya existido un intermediario que haya inducido el consentimiento para la adopción violando los estándares previstos en la Convención de la Haya (es decir sin la información previa, la libertad y la ausencia de compensación económica exigidas), y cuando el niño haya sido intercambiado por dinero. La presencia de estos dos elementos determina la existencia de un caso de venta y tráfico de niños, que viola lo establecido por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Illegal Adoption as Child Trafficking: The potential of the EU Anti-trafficking Directive in protecting children and their original family from abusive intercountry adoption. p. 54; disponible en: <https://www.againstchildtrafficking.org/wp-content/uploads/Illegal-Adoption-as-Child-Trafficking-Iara-de-Witte.pdf>

<sup>11</sup> GÓMEZ BENGOCHEA, B., “El negocio de la paternidad en occidente y el tráfico de niños” en Guiberte, J. M. *El Liderazgo Ignaciano. Una senda de transformación y sostenibilidad*, Edit. Salterrae, 2017, pp. 39 y 40.

<sup>12</sup> LÁZARO GONZÁLEZ, I. Y SERRANO MOLINA, A., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Don José María Castán Vázquez*. Madrid, 2019, Editorial Reus. Recuperado de <https://elibro-net.ual.debiblio.com/es/ereader/ual/120934?page=360>.

La regulación de esta cuestión en los instrumentos internacionales nos ha llevado a analizar si constituye o debe constituir la adopción ilegal una forma de trata de seres humanos, así como la mercantilización de un menor o de su madre biológica a través de una posible explotación reproductiva mediante la gestación subrogada, lo que nos conduce a otra reflexión: ¿la gestación subrogada constituye una forma de adopción ilegal y, por ende, otra modalidad de trata de seres humanos?

### **III. TRATA DE PERSONAS CON FIN DE EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA: GESTACIÓN SUBROGADA**

#### **1. Consideraciones previas**

La denominada gestación subrogada ha planteado diversos problemas políticos, sociales y éticos. La mercantilización de seres humanos y la explotación de personas necesitadas en países en vías de desarrollo son solo las manifestaciones más graves de esta figura. El perfil de los países que realizan la oferta y los que realizan la demanda de este tipo de gestación refuerza la idea de que la gestación subrogada constituye un vehículo de explotación de mujeres. Las rutas del turismo de vientres de alquiler no son insensibles al mapa de la pobreza y es que se trata de un flujo mercantil que mueve al año millones de dólares<sup>13</sup>. Una cuestión que ha sido tratada, de alguna manera, tanto en la normativa comunitaria como por el legislador nacional.

El Parlamento Europeo ha entendido que la Unión Europea no tiene competencias para armonizar las leyes nacionales sobre la materia. Al mismo tiempo, ha señalado la Comisión que la gestación subrogada se encuentra dentro de la definición de “Trata de seres humanos” y remite a la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Así, la Comisión Europea mantiene una postura pasiva en relación con este tema y remite a las soluciones que adopte la Conferencia de La Haya, pero hay que recalcar que equipara la gestación por sustitución a los supuestos de Trata de personas. El Parlamento Europeo en su Resolución de 17 de diciembre de 2015, sobre el informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión europea al respecto, deja clara su postura al

---

<sup>13</sup> SIMÓN YARZA, F., “Gestación subrogada y vientres de alquiler: reflexiones a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017, p. 6.

disponer que “*la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos*”<sup>14</sup>.

En España, la cuestión sigue siendo un auténtico atolladero, pero existe normativa y resoluciones que se oponen de forma clara a esta figura. Así, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, dispone 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*” (art. 10.1). A su vez, la Ley de Reproducción asistida dispone que “*la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*” (art. 10.2), si bien “*queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales*” (art. 10.3)<sup>15</sup>.

El 5 de octubre de 2010 se dictó una importante instrucción por la Dirección General de Registros y del Notariado, por la que se permite la inscripción de relaciones de filiación de niños nacidos en el extranjero por gestación subrogada, siempre que se presente la resolución judicial del tribunal competente extranjero que determine la filiación, así como el *exequatur* de dicha resolución, si no fue fruto de un procedimiento de jurisdicción voluntaria sino de un proceso contencioso<sup>16</sup>. Frente a la misma, el Tribunal Supremo dictó la Sentencia el 6 de febrero de 2014 que, en aplicación del artículo 10 de la Ley 14/2006, rechazaba la inscripción en el registro de la relación de filiación de un menor obtenido en California mediante gestación de alquiler por una pareja. El Tribunal Supremo recordaba que el registro en España debe someterse a un control de orden público, categoría de la

---

<sup>14</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)). Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IP0470&from=ES>

<sup>15</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE-A-2006-9292.

<sup>16</sup> Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE-A-2010-15317.

que forman parte principios constitucionales básicos como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), así como el mandato de protección de la familia y los hijos (art. 39). Asimismo, el Alto Tribunal declaró que, “*en nuestro ordenamiento jurídico y en la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población*”<sup>17</sup>, con lo que dejó patente que estamos ante un atentado a la dignidad humana, la de quienes deben renunciar a ella por necesidad.

## **2. La gestación subrogada como finalidad del delito de trata de seres humanos.**

En el ámbito penal español, la gestación subrogada no forma parte del catálogo de delitos que configuran hoy día nuestro Código Penal, pero hay quienes no pueden negar que estamos ante una conducta con tintes delictivos. Así, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO<sup>18</sup> ha señalado que la conducta puede encajar en modalidades típicas recogidas en el seno de los “delitos contra las relaciones familiares” Capítulo III, del Título XII, del Libro II CP (Art. 217-233), por suponer en lo material una alteración de la filiación y en lo subjetivo, algo intencionado y planeado intelectualmente.

Penalmente puede afectar a los comitentes, a través del delito de suposición del parto, ya que el Artículo 220 CP castiga: “*La suposición de un parto con las penas de prisión de seis meses a dos años*”, pero también a la gestante conforme al apartado 2º que impone la misma pena “*a quien ocultare o entregare a terceros una persona menor de dieciocho*

---

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 835/2013 de 6 de febrero. RJ 2014/833, Vlex. El alto Tribunal declaró que “la filiación cuyo acceso al registro civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución”.

<sup>18</sup> Para un análisis profundo véase DOMINGUEZ IZQUIERDO, E., “La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en casos de maternidad subrogada. El alcance del consentimiento”, *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)* / (Coord.) Gutiérrez Barrenengoa, A.; Lledó Yagüe, F. (Dir.), 2019, pp. 685 y ss.

*años para alterar o modificar su filiación*". Incluso al personal sanitario conforme al apartado 5º según el cual *"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"*.

Pero ¿cuál es el bien jurídico protegido en este caso? La respuesta no es una, pues con este delito se busca proteger diversos bienes jurídicos. El primero, es el interés público que tienen las normas relativas a la filiación, y el segundo el estado familiar derivado del nacimiento evitando las maniobras de sustitución y manipulación que modifican su entorno familiar. La familia goza de especial e incuestionable protección constitucional en el artículo 39 de la Constitución Española. Así, podemos entender que el bien jurídico protegido en el delito de la suposición de parto es la filiación del menor, entendiendo por filiación la relación de parentesco.

Pero son otras las cuestiones controvertidas y que aquí cabe traer a colación como es el consentimiento de la mujer<sup>19</sup>, en concreto, la reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer (Arts. 159 a 162 CP), así como otras figuras delictivas como las lesiones, coacciones y detenciones ilegales. Y es que, la barrera entre la compraventa de un niño y el alquiler de un útero puede ser difusa en algunas ocasiones. Los dos contratos se parecen en la medida en que tienen por objeto cosas "fuera del comercio de los hombres", es decir, "incontratables". Ciertamente es que en la maternidad subrogada el objeto del contrato es la gestación, el parto (funciones reproductivas de la mujer inherentes a su persona) y también, la determinación de la filiación del niño a favor de los comitentes (lo que implica la convencionalidad de la cualidad de madre). Tanto la cualidad de madre como la función reproductora son cosas *extra commercium*, y, por tanto, no se pueden someter a la lógica contractual, ni a título oneroso ni a título gratuito. En el caso del tráfico de niños, en cambio, el objeto del contrato es el menor en sí, que es lo que una parte vende y la otra compra, en ese caso es aún más fácil advertir que se trata de algo innegociable. La gestación no es un fin en sí mismo para los contratantes. Si se paga por una gestación es porque se persigue conseguir el fin deseado: un hijo. Obviamente la respuesta difiere en función de la procedencia de los gametos cuya fusión da lugar al embrión que se implanta en la gestante. Si estos no revelan un vínculo biológico con los comitentes, resulta francamente difícil distinguir la gestación por sustitución de la venta de niños, máxime si

---

<sup>19</sup> Coincidimos en este sentido con DOMINGUEZ IZQUIERDO, E., "La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción (...)", Cit. pp. 696 y ss.

el embarazo es producto de una inseminación artificial, resultando la gestante también madre biológica del hijo que entrega a los comitentes<sup>20</sup>. Y en este sentido se han pronunciado los Tribunales. Como señalaron los magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos firmantes de uno de los votos concurrentes a la sentencia *Paradiso y Campanelli*<sup>21</sup>, en los casos de maternidad subrogada donde no existe vínculo biológico ni, obviamente, gestacional, entre los comitentes y el bebé, “*lo que hay es sencillamente tráfico de seres humanos*”. En opinión de los jueces del TEDH, la gestación subrogada remunerada conduce a las situaciones descritas en el Protocolo Facultativo a la Convención de Derechos del Niño, que define la venta de niños como: “*todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*”<sup>22</sup>.

La situación no deja lugar a dudas, en occidente aprovechamos las situaciones de vulnerabilidad mediante la deslocalización de nuestra producción y nuestros deseos hacia países que nos permiten abaratar costes y el único límite se encuentra en las posibilidades económicas de cada uno y en la ley. Así, por ejemplo, algunas familias acuden a países como Ucrania por resultar más económico<sup>23</sup>. La globalización está permitiendo extender y diversificar las formas de explotación, especialmente del cuerpo y la vida de mujeres y niños sobre todo de los que se encuentran en situación de vulnerabilidad por causas como la extrema pobreza o los conflictos armados. Partiendo de la existencia de un sistema que sitúa a las mujeres en situación de precariedad emocional y económica, de vulnerabilidad en definitiva. La situación de partida de las mujeres que “deciden” alquilar su cuerpo no las coloca en las condiciones de igualdad necesarias para el ejercicio de la libertad, sin igualdad de condiciones y de oportunidades no existe libre elección<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> ALBERT MÁRQUEZ, M.M., “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2ª*, p. 179.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia. Sentencia de 24 enero 2017. JUR 2017\25806. Aranzadi.

<sup>22</sup> Artículo 2.a, del Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, BOE, núm. 27, de 31 de enero de 2002, 3917-3921.

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., “Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 26, 2020, p. 159.

<sup>24</sup> Asociación Feminista leonesa Flora Tristán, “Explotación reproductiva. Mujeres alquiladas para gestar”, *Pornografía, prostitución, trata y vientres de alquiler*, Edit. Fórum de política feminista, 2018, p.70.

La cuestión es si estas nuevas formas de explotación deberían ser contempladas dentro del delito de trata de seres humanos, teniendo en cuenta que estamos ante la sofisticación de la mercantilización del cuerpo de las mujeres que posibilita que en el mercado de la prostitución se pueda comprar sexo sin descendencia y, en el de los vientres de alquiler, descendencia sin sexo. Una explotación a la carta del cuerpo de las mujeres según se precise sexo, óvulos o úteros. Se está produciendo un incremento exponencial del turismo reproductivo. Solo en la India, la industria gestacional genera una plusvalía anual cercana a los 140 millones de dólares, con un crecimiento interanual del 20%. Los beneficios se distribuyen entre comercializadoras, servicios jurídicos y sanitarios, empresas satélites que rodean el negocio, Estados y gestantes. Conviene advertir que, estas últimas, solo perciben el 0,9% de los ingresos generados por el negocio de los vientres de alquiler, por lo que cabría calificarse de proxenetismo reproductivo. Pero en la gestación comercial el objeto del contrato es una criatura según encargo personalizado<sup>25</sup>. La extensión de la gestación comercial ha provocado que las redes criminales dedicadas a trata de personas con fines de explotación sexual amplíen su negocio incorporando los beneficios que conlleva la explotación reproductiva (como en Tailandia o Nigeria). Son casos reales, en los que la ciudadanía de occidente es autor y cómplice. Así, en junio de 2011, la policía nigeriana rescató a 32 niñas embarazadas retenidas en una vivienda. Las menores, que tenían edades comprendidas entre los 15 y los 17 años, declararon percibir por la gestación un precio aproximado de 130 euros, cantidad que podía ser algo superior si el nacido era varón<sup>26</sup>. Uno de los casos más mediáticos fue el caso *Baby*. En febrero de 2011, catorce mujeres vietnamitas (siete de ellas embarazadas) fueron liberadas de la red *Baby*, una empresa de gestación comercial que operaba por Internet en Tailandia<sup>27</sup>. Y, más grave aún, fue el caso *Baby Gammy* en que una pareja australiana rechazó al bebé “defectuoso”, con síndrome de Down, como si fuera mercancía averiada que se puede devolver.

Para que las conductas descritas sean consideradas otra forma de explotación, debería concurrir alguna de las acciones típicas y los medios comisivos. En este punto, nos

---

<sup>25</sup> NUÑO GÓMEZ, L. “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *Revista de filosofía moral y política*, n.º 55, 2016, p. 686-687.

<sup>26</sup> Los medios se hicieron eco pero hay muchos casos que no salen a la luz, véase EUROPAPRESS 2 de junio de 2011, Disponible en: <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-policia-nigeriana-rescata-32-adolescentes-embarazadas-clinica-supuestamente-dedicada-trafico-bebes-20110602114525.html>

<sup>27</sup> A este se refiere el informe del Consejo de Europa Surrogate motherhood: a violation of human rights, report presented at the council of europe, Strasbourg, on 26 april 2012. p. 13. Disponible en: <https://www.ieb-eib.org/ancien-site/pdf/surrogacy-motherhood-icjl.pdf>

cuestionamos si las víctimas son captadas, trasladadas [...] a través de los correspondientes medios comisivos siempre que sean mayores de edad (violencia, engaños, abuso...) con fin de dicha explotación reproductiva. En primer lugar, hay que tener en cuenta que los comitentes o padres de intención se atribuyen el derecho a ser padre, pero ninguna norma reconoce tal derecho, el artículo 16.1 de la DUDH establece el derecho a formar una familia, pero lo único que está protegiendo y reconociendo es la libertad de procrear o no, sin injerencias estatales, sin sometimiento a esterilizaciones forzadas. Como decíamos también se alega la libertad de la mujer gestante, la libre disposición de su cuerpo, libre desarrollo de su personalidad y su dignidad. Creemos que lejos de la realidad la mujer gestante no es una mujer empoderada, por el contrario, está más cerca de la esclavitud que del empoderamiento ya que está instrumentalizada para conseguir los deseos de otros, es utilizada como un medio no como un fin y, en la mayoría de los casos, la decisión no es libre porque no tiene otra opción real e incluso, a veces, no deciden ellas y el consentimiento no es informado. Además, este supuesto “altruismo” da lugar a un mercado negro con los consecuentes abusos que esto supone.

Otra postura es defender el carácter altruista<sup>28</sup> de las gestaciones por entender que si no media compensación económica no se corre el riesgo de explotar a las mujeres. Coincidimos con LARA AGUADO<sup>29</sup> en que este argumento no es sostenible por varias razones:

1) Es irónico que las mujeres que están en peores condiciones económicas sean altruistas con los comitentes más adinerados.

2) Las situaciones en las que las mujeres deciden alquilar su útero sin compensación económica son las menos frecuentes y no justifican por sí solas la legalización de una práctica que perjudica a la mayoría de las gestantes.

3) A la mujer no se le explota por remunerarla por unos servicios prestados, sino por aprovecharse de la situación de necesidad en la que se encuentra para “forzarla” a

---

<sup>28</sup> En este sentido FARNÓS AMORÓS, E. “Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución”, en Carrio Sampredo, A. (ed.) *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 131-186.

<sup>29</sup> LARA AGUADO, A., “Una nueva forma de esclavitud: El alquiler de úteros” en (Coord.) Pérez Alonso, E. J. *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Edit. Tirant lo Blanch, 2020, pp. 326 y 327.

someterse a una práctica que la lleva a mercantilizar su función reproductiva y a separarse de su hijo.

4) No es creíble que la gestación subrogada se vaya a realizar gratuitamente solo por solidaridad: la compensación económica que reciben en concepto de gastos del embarazo en países que solo admiten la modalidad altruista (Canadá, Grecia o Portugal), es una forma encubierta de remuneración, muy por encima de dichos gastos, cubiertos por los seguros sociales y superior en ocasiones a la que se paga a las gestantes en países donde es legal la gestación subrogada comercial y donde la vulnerabilidad de la mujer es mayor y su útero vale menos.

5) A ello se une el riesgo de que la gestante quede totalmente desprotegida, sin poder reclamar legalmente ningún tipo de compensación económica por los riesgos y daños a que se puede ver sometida. La gestación subrogada altruista es un mayor aliciente para las redes de trata, que pueden sacar más beneficio de este negocio.

Creemos que hay aspectos sobre los que no se puede disponer. Está surgiendo una industria de turismo procreativo que se aprovecha de la vulnerabilidad económica de las mujeres. Se alega el utilitarismo económico de esta industria, pero no se repara en las externalidades negativas del alquiler de los úteros y de la colonización del cuerpo de la mujer. Para evitar semejanzas con la trata de seres humanos se realizan maniobras de todo tipo como no equiparar la maternidad subrogada a la trata de personas porque el niño no existía cuando se selló la transacción, entender que no se vende al niño sino la paternidad o entender que no estamos ante trata porque uno no puede negociar algo que no pose legalmente, los padres no tienen derecho de propiedad sobre el niño y lo que se vende es un conjunto limitado de derechos relativo a la patria potestad, no el bebé en sí<sup>30</sup>.

En definitiva, se observa que se está tratando el embarazo como cualquier otro trabajo o servicio, como el alquiler de una cosa, en el sentido más propio de objeto. Se equipara quedar embarazada a trabajar en una fábrica y, siendo esto así, el recién nacido puede compararse con un coche. La mujer porta y pare a un niño y entrega el producto terminado a cambio del precio. Para defender esta postura, se esgrimen los mismos argumentos que utilizan los defensores de la prostitución. Pero si el embarazo es un trabajo, entonces ¿cuál

---

<sup>30</sup> Más detalladamente EKIS EKMAN, K., *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Edicions ballaterra, 2017, pp. 186-187. Analiza como al tiempo que la maternidad subrogada se convierte en una industria lucrativa desde las facultades de derecho y filosofía occidental llegan tesis que tratan de refutar toda semejanza con la trata de niños.

es el producto? A diferencia de la prostitución, el “producto” no puede echarse a un lado como si se tratara de un concepto abstracto como el “sexo”. El “producto” de la maternidad subrogada es completamente tangible, un bebé recién nacido.

A todo lo referido, debe añadirse que en la mayoría de los casos el “servicio” es prestado por mujeres extranjeras en situación precaria. El mismo no es prestado a coste cero, sino que implicará una serie de riesgos para la gestante pues en la gestación subrogada se “indica” un embarazo a un tercero, una mujer que va a correr con los riesgos psicofísicos derivados de un embarazo y un parto. De hecho, la controvertida cuestión terminológica ha desembocado en la despersonalización de la mujer, al ser denominada en las propuestas de regulación como “la gestante”<sup>31</sup>. Y los problemas que ello conlleva son múltiples, como problemas personales y familiares, así como trastornos psicológicos de separación del bebé, en la medida que se ha demostrado la importancia del vínculo entre gestante e hijo durante el embarazo y su importancia en el desarrollo del ser humano y el efecto físico y psíquico sobre la mujer<sup>32</sup>, el chantaje emocional (se les habla de regalar vida), se refuerza la imagen devaluada de la mujer como mujer vasija, preferencia por las gestantes de raza blanca, muchas reclutadoras son mujeres que pretenden financiar su propio proyecto de maternidad. A lo que hay que añadir los nichos de especulación en el alquiler de úteros, dependiendo del país cambia el precio, se hace un rastreo de las mujeres, se derivan a diferentes clínicas según las exigencias de las clínicas. Por ejemplo, si ya ha pasado una cesárea o un aborto se derivan a clínicas menos exigentes, como si de productos se tratara.

El objetivo, como el de cualquier negocio, es que la producción sea buena y que la mujer gestante cumpla su parte del contrato, para que el producto sea justamente lo que se había contratado. Para ello, dicho contrato comienza con los procesos de selección de las madres de alquiler que incluyen un sinnúmero de pruebas y requisitos personales para garantizar la “calidad” de los óvulos y del vientre. Las agencias empresariales seleccionan a la candidata como “vientre de alquiler”. Ofrecen a través de Internet un catálogo de candidatas (que reúnen los requisitos necesarios) dispuestas a alquilar su vientre y con la intención de someterse a las exigencias, condiciones o cláusulas impuestas, que tendrán

---

<sup>31</sup> GUERRA-PALMERO, M.J., Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal, *Gaceta Sanitaria*, n.º 31, 2017, pp. 535-538.

<sup>32</sup> Las hormonas producidas en la gestación inducen en la mujer un intenso proceso neurobiológico natural que configura el que se puede llamar cerebro materno. Véase LÓPEZ MORATALLA, N., “Comunicación materno-fetal en el embarazo”. *Cuadernos de Bioética*. XX (3), 2009, pp. 307-308.

que seguir obligatoriamente durante el embarazo<sup>33</sup>. Los comitentes desean un niño sano y que la gestante contribuya a lograrlo como ellos consideren mejor, por tanto, los intereses de cada parte son distintos y, por lo general, antagónicos. Buscarán que el servicio les resulte tan económico como sea posible (en las gestaciones subrogadas de carácter comercial). Querrán tener la potestad de decidir aspectos tan importantes como el número de embriones que se implantan en la gestante, si se le realiza o no una “reducción embrionaria” o un aborto, o el tipo de alumbramiento (parto natural, cesárea) al que debe someterse. Por el contrario, la gestante tratará de reducir al mínimo su implicación emocional con la gestación de un niño que no será su hijo. Buscará obtener el máximo beneficio económico de un servicio que, en todo caso, compromete su vida durante nueve meses, y entraña riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual (será hiperestimulada y fertilizada con uno o más embriones, en una o en varias ocasiones hasta lograr el embarazo). Intentará mantener el control sobre su propia vida y su proceso gestacional, tratando de reducir los riesgos para su salud<sup>34</sup>. El propio Tribunal Supremo ha considerado que en muchos de estos contratos los compromisos asumidos por la mujer descienden a un nivel de concreción y determinación que van más allá de los cuidados normales que deberían seguirse antes y durante cualquier embarazo, constituyendo una clara intromisión en la dignidad y la autonomía personal de la gestante, además de en sus derechos a la intimidad y a la integridad física y moral<sup>35</sup>.

Nos encontramos ante un importante conflicto de intereses y, claramente, aspectos relacionados con la trata de seres humanos y es que el mismo el art. 3 a) del Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011<sup>36</sup>, por conllevar violencia psicológica, y la Convención sobre la Esclavitud de 26 de septiembre de 1926 define la esclavitud, en su artículo 1, como “*el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del*

---

<sup>33</sup> Sobre el absoluto control que se ejerce sobre la madre gestante puede verse GERMÁN ZURRIARÁIN, R., “La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación?»”, *Medicina y Ética*, octubre-diciembre, Vol. 30, Núm. 4, 2019, p. 1239 y 1240.

<sup>34</sup> Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, Bilbao, 2017, p. 28. Disponible en:

[http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 277/2022 de 31 de marzo. RJ 2022/1190. Aranzadi.

<sup>36</sup> Consejo de Europa. Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 11 de mayo de 2011. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543>

*derecho de propiedad, o algunos de ellos*” y que, en el curso de la gestación por sustitución, las personas comanditarias adquieren un derecho real sobre la madre de alquiler, ya que adquieren un derecho de uso e incluso de disfrute sobre su persona y su cuerpo. No es una cuestión baladí, son muchas las figuras que se interconectan aquí ¿Es el alquiler de úteros una forma de trata?, ¿es el alquiler de úteros una forma de adopción ilegal? Y, finalmente, ¿es la adopción ilegal una forma de trata?

Respecto a la primera cuestión, si atendemos al Protocolo de Palermo y la definición de trata, observamos como reúne todos los requisitos: Un acto: captación; Medios: vulnerabilidad y concesión de pagos; y el fin: explotación. Es importante aquí la expresión “*como mínimo*” de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Vemos que no contempla la adopción ilegal ni los vientres de alquiler de forma expresa pero la enumeración no es exhaustiva.

Podríamos encuadrarlo en las “prácticas análogas a la esclavitud”, definidas en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y practicas análogas a la esclavitud de 7 de septiembre de 1956 (art 1.d.) como “*Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven*”. Pero ¿Qué tipo de explotación?, ¿la adopción ilegal sería una forma de explotación?, ¿la venta o mercantilización del menor lo es?, ¿el carácter, la vulnerabilidad y las necesidades inherentes de desarrollo del niño? Pues bien, la Directiva 2011/36/UE incluye entre las modalidades de trata la adopción ilegal en su Considerando 11, pero olvida incluirla expresamente el artículo 2. El Art. 2.3 dispone que “*La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos*”. Conforme a lo ya mencionado *supra*, nos preguntamos: ¿Es la cosificación/mercantilización de la madre o del menor una forma de trata en sí misma? ¿por qué?, ¿porque se vende al menor y se explotan las funciones reproductivas de la gestante o solo es trata el alquiler de úteros que persigue explotar posteriormente al menor? (sexualmente, laboralmente...), es decir ¿solo es trata si el menor se destina a la explotación o ya es trata la mercantilización del menor?

Entendemos que ambas constituyen una forma de explotación directa o indirecta, pero debería incluirse expresamente en el Protocolo de Palermo. Respecto de si el alquiler de úteros es una forma de adopción ilegal. Si partimos de la Guía de Buenas prácticas del Convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional<sup>37</sup>, la adopción ilegal es aquella que resulte de *“abusos, tales como la sustracción, la venta o el tráfico de niños, y otras actividades ilegales o ilícitas respecto a los niños”*.

Son muchos los instrumentos normativos que podemos tomar como marco de referencia respecto a la adopción ilegal:

- La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.

- La Convención sobre los Derechos del niño de 20 de diciembre de 1989.

- El Protocolo facultativo de la Convención de Derechos del Niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000.

- La Convención de la Haya sobre protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993.

En todos estos instrumentos rigen una serie de principios que deben cumplirse para no estar ante una adopción ilegal y que son los siguientes:

1º La adopción debe ir en interés del menor (principio superior). Este principio va a impregnar las cuestiones restantes como el carácter subsidiario de la adopción internacional respecto a la interna o el derecho a conocer sus orígenes.

2º Prohibición de obtener beneficios financieros indebidos por la adopción. Con este principio se pretende prevenir la trata. En este sentido, el art. 2 del Protocolo facultativo define la venta de niños como todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración

---

<sup>37</sup> Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. La puesta en práctica y el funcionamiento del convenio de la Haya de 1993 sobre adopción internacional, Guía n.º 1 de buenas prácticas, 2008. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6067c417-6748-4125-b6dc-28ed5dcefd4.pdf>

o de cualquier otra retribución. Además, prohíbe la venta para fines sexuales y no sexuales incluyendo entre estos la adopción ilegal.

3º Consentimiento de la adopción libre y consciente.

4º Que se realice respetando la legalidad.

En suma, medidas dirigidas a garantizar el interés superior de menor<sup>38</sup> y es que los Comités de Bioética han puesto de manifiesto que son muchos los riesgos para el menor y que pueden ser concretados en los que siguen:

- El riesgo de tráfico de niños. En 2000 se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000). También este protocolo ha sido ratificado por la inmensa mayoría de los países del mundo, incluido Estados Unidos. En él se establece la siguiente definición de venta de niños: *“A los efectos del presente Protocolo: a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”* (art. 2). Se puede entender que la maternidad subrogada en la que media retribución a la gestante es uno de los supuestos incluidos en esta definición. Contra esta interpretación se podría defender que cuando los niños habidos por este medio cuentan con carga genética de alguno de los comitentes no son objeto de compraventa puesto que, al menos uno de sus progenitores, es también su padre legal, pero, incluso en esas situaciones, no se puede negar que existe una persona a la se le paga por desprenderse de un niño al que ha dado a luz. Este supuesto podría estar contemplado en el art. 3 del mencionado protocolo, que prescribe que *“Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente”*<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Sobre el interés superior del menor RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, 2000, pp. 27-59.

<sup>39</sup> Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, Bilbao, 2017, p. 30. Disponible en: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)

- Riesgo de cosificación del niño y de la reproducción. En los hijos habidos mediante gestación por sustitución comercial ese riesgo se puede incrementar en la medida en que los comitentes tienen la opción de elegir aspectos que afectan directamente a las condiciones de desarrollo del niño y a sus características futuras.

Finalmente, y como ya adelantamos, traerá consigo diversos problemas relativos a la filiación. En España, el Tribunal Supremo no reconoce la filiación determinada en el extranjero por ser contraria al Orden público Internacional, sino que establece la posibilidad de reconstruir la filiación por vía indirecta mediante la reclamación judicial de la paternidad por el padre biológico (Art. 10.3 LTRHA) y la adopción por parte del cónyuge (Art. 176 CC), lo que entendemos es un fraude de ley<sup>40</sup>. Además, ¿esto supondría una discriminación entre el comitente varón y la madre de intención si los dos aportan material genético? Hay quienes lo han considerado así, pues entienden que el avance de la técnica médica ha permitido la implantación de un óvulo fecundado, sin que deba dudarse desde el punto de vista biológico quién ha aportado el material genético del nacido. Ello sitúa la acción de reclamación de la filiación materna en el mismo ámbito de determinación de la filiación biológica que la filiación paterna<sup>41</sup>.

El mecanismo de la adopción internacional podría suplirse por la reclamación judicial de la paternidad biológica, tal y como permite el art. 10.3 LTRHA, en los casos en que exista vínculo genético con el progenitor varón, procediendo posteriormente a la adopción por el otro comitente. Y, en todo caso, no debería facilitarse este proceso cuando se descubriera que la mujer gestante se encontraba en una situación de vulnerabilidad, que no ha prestado su consentimiento informado y libre y que ninguno de los comitentes tiene vinculación genética con el menor<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Se utilizan normas y figuras jurídicas con unos objetivos, que, no siendo los propios de esa norma, son además contrarios a la ley existente del ordenamiento jurídico. Véase LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, enero, 2012, pp.17-18.

<sup>41</sup> Sobre esta diversidad de trato contraria al mandato igualitario del artículo 14 de la CE y al principio de no discriminación NÚÑEZ BOLAÑOS, M., “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 29, enero-diciembre, 2015, pp. 255 y 256.

<sup>42</sup> En opinión de LARA AGUADO, A., La gestación subrogada: ¿Una forma de liberación o de esclavitud de la mujer? *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la integración*, núm. 8, junio, 2018, p. 20.

#### IV- CONCLUSIONES

¿Estamos ante el delito de trata de seres humanos cuándo la trata está en el origen de la adopción?, es decir, cuando la finalidad de la trata es dar al niño en adopción y, por tanto, la explotación sería dar al niño en adopción ilegal, o ¿cuándo la trata es la finalidad de la adopción? es decir, se da en adopción para explotarlo sexualmente, laboralmente, etc. Entendemos que estamos ante dos formas de trata que deberían tipificarse como tal y así se ha hecho ya en algunos países. Así, podría seguirse la legislación mexicana que en su Ley General para prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia de las víctimas de estos delitos prevé la adopción ilegal de menores de edad como una forma de explotación y de trata, contemplando una pena mayor para el padre, madre o tutor que entregue y a quien reciba de forma ilegal, ilícita, irregular e incluso mediante adopción, a una persona menor de 18 años con el fin de abusar o explotar de ella sexualmente o para otras formas de explotación (art. 26). Contempla una sanción menor para quien de buena fe haya recibido a una persona en condición irregular, con el fin de integrarla como parte de su núcleo familiar (art. 27).

Por lo que respecta a la gestación subrogada, concluimos que para que el alquiler de úteros sea una forma de adopción ilegal debería ser considerado una venta de menores y para determinar si estamos ante una venta de menores, deberá determinarse si se paga por el menor o por los servicios prestados y, de ser así, cómo se controla ese pago y cómo se determina que es solo un pago por las supuestas “molestias” que le genera la gestación. En todo caso, debe primar siempre el interés superior del menor, elemento esencial en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo, como también de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas *supra*. En este caso, no se salvaguarda el interés del menor teniendo en cuenta que los comitentes ni siquiera son sometidos al correspondiente informe de idoneidad, como sí ocurre en las adopciones legales.

Respecto a la libertad en el consentimiento, debería valorarse si verdaderamente se le ha informado de todos los riesgos, quién y cómo controla ese consentimiento ¿una empresa privada? Algunos planteamientos inciden en la capacidad emancipadora para las mujeres que representa la decisión de alquilar el cuerpo para gestar. Como en el caso de la prostitución, estamos ante la cuestión del consentimiento y de la libre elección, argumento

que cae por su propio peso teniendo en cuenta el contexto en el que se produce este fenómeno, sobre mujeres de países menos desarrollados por ciudadanos de países llamados desarrollados mediante el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad que impide que la decisión sea libre y, por tanto, válida.

Se puede constatar, en definitiva, que hay muchas premisas para considerar el vientre de alquiler como una adopción ilegal, pero, además, hay que tener en cuenta si se siguen los trámites legales para establecer la filiación. Teniendo en cuenta que en algunos países la gestación subrogada es legal, si consideramos que no es una adopción ilegal ¿podemos considerarlo una forma de trata?

Pues bien, entendemos que la venta de un menor es una forma de trata y que sería necesario modificar el Protocolo de Palermo e incluir entre las formas de explotación constitutivas de trata las adopciones ilegales y los vientres de alquiler, así como negociar un Convenio internacional para la prohibición universal de la gestación por sustitución por ser un claro atentado a los derechos de la mujer y los niños. Además, debemos recalcar que tras adopciones legales en el Estado de origen puede haber adopciones ilegales y casos de trata, para evitarlo sería conveniente una reforma del Convenio de adopción internacional de menores que incluyera una prueba de ADN de los supuestos padres biológicos que entregan al menor. Todo lo dicho, sin otra finalidad de atender al interés superior del menor en dos momentos: antes de que nazca (gestación subrogada) donde se protege el interés del menor en general y creemos que la forma de hacerlo es prohibiendo la gestación subrogada por atentar contra diversos derechos de las mujeres y de los niños. Y, totalmente diferente, es el segundo momento, cuando el menor ya haya nacido, donde se debe proteger al menor individualmente. Es en ese momento cuando surgen los problemas relativos a la filiación. En relación a esta y frente a la postura de los que ven una discriminación en los casos en que el comitente varón y la madre aportan material genético pero la Ley solo permite el reconocimiento de la filiación a favor del varón, creemos que no se da tal discriminación porque para que haya un trato desigual deberíamos estar ante dos situaciones iguales y no es al caso, ya que el varón al aportar el material genético agota todos los medios de que dispone para contribuir a la gestación, es su única aportación a la paternidad, en cambio, en el caso de la mujer si solo aporta el material genético y no gesta no agota su aportación a la maternidad y tendría que reclamar judicialmente la filiación para lo que sería necesario la renuncia de esta por la gestante

mediante su intervención en el proceso para, otra vez, tener la certeza de que no estamos ante un supuesto de trata de menores.

Por último, y atendiendo a la protección del menor, los menores ya nacidos deben ser protegidos, pues el interés del menor debe primar en cualquier decisión que se adopte por encima de cualquier otro interés. Por eso, no debe admitirse el reconocimiento automático sin control de condiciones de las sentencias judiciales extranjeras que atribuyen la filiación a los comitentes, por cuanto la filiación trae su causa en prácticas incompatibles con el orden público internacional. Nuestro país solo debería habilitar vías para que la filiación de los comitentes se determinara a través de la adopción, en un procedimiento con todas las garantías para el interés superior del menor o, en su caso, reconocer la filiación de todos los intervinientes en el proceso de gestación pero, en ningún caso, debería facilitarse el reconocimiento ante los mínimos indicios de que se ha aprovechado una situación de vulnerabilidad de la mujer.

## V.- BIBLIOGRAFÍA

ALBERT MÁRQUEZ, M.M., “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Bioética* XXVIII 2017/2ª.

CUARTERO RUBIO, M.V., “Adopción internacional y tráfico de niños”, en (coord.) Martín López M.T. Justicia con menores: menores infractores y menores víctimas, 2000, núm. 1840.

DELGADO, G., “Comercio de niños”, *Cambio* 16, 1996, Núm. 1271.

DOMINGUEZ IZQUIERDO, E., “La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en casos de maternidad subrogada. El alcance del consentimiento”, *Gestación subrogada: Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019)* / (Coord.) Gutiérrez Barrenengoa, A.; Lledó Yagüe, F. (Dir.), 2019.

EKIS EKMAN, K., *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Edicions ballaterra, 2017.

FARNÓS AMORÓS, E. “Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución”, en Carrio Sampedro, A. (ed.) *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., “Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 26, 2020, p. 159.

GERMÁN ZURRIARÁIN, R., “La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación»?”, *Medicina y Ética*, octubre-diciembre, Vol. 30, Núm. 4, 2019.

GÓMEZ BENGOCHEA, B., “El negocio de la paternidad en occidente y el tráfico de niños” en Guiberte, J. M. *El Liderazgo Ignaciano. Una senda de transformación y sostenibilidad*, Edit. Salterrae, 2017.

GUERRA-PALMERO, M.J., “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”, *Gaceta Sanitaria*, n.º 31, 2017.

LARA AGUADO, A., “Una nueva forma de esclavitud: El alquiler de úteros” en (Coord.) Pérez Alonso, E. J. *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Edit. Tirant lo Blanch, 2020.

LARA AGUADO, A., “La gestación subrogada: ¿Una forma de liberación o de esclavitud de la mujer?”, *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la integración*, núm. 8, junio, 2018.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, enero, 2012.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. Y SERRANO MOLINA, A., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Don José María Castán Vázquez*. Madrid, 2019, Editorial Reus.

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

MARTÍN MEDEM, J. M., “Niños en venta”, *Cambio* 16, 1999, (1438).

NÚÑEZ BOLAÑOS, M., “El interés del menor y los supuestos de discriminación en la maternidad subrogada, entre la realidad jurídica y la ficción”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 29, enero-diciembre, 2015.

NUÑO GÓMEZ, L. “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *Revista de filosofía moral y política*, n.º 55, 2016.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, Dykinson, 2000.

SIMÓN YARZA, F., “Gestación subrogada y vientres de alquiler: reflexiones a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017.

TORRES FERNÁNDEZ, M. E., *El Tráfico de Niños Para Su “Adopción” Ilegal: El Delito Del Artículo 221 Del Código Penal Español*, Madrid, Dykinson, VLex, 2003.

## **VI.- JURISPRUDENCIA CITADA**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 835/2013 de 6 de febrero. RJ 2014/833, Vlex.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia. Sentencia de 24 enero 2017. JUR 2017\25806, Aranzadi.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 277/2022 de 31 de marzo. RJ 2022/1190. Aranzadi.