

# LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: UN FRAUDE A LA ADOPCIÓN (TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014)

## SURROGACY ARRANGEMENTS: AN ADOPTION FRAUD (after the 6<sup>th</sup> of february 2014 supreme court sentence)

Luis F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ \*

### Resumen

*La gestación por sustitución (GpS) aspira a consolidarse como una nueva fuente de la filiación, distinta de la adopción. Sin embargo, entraña un fraude a la adopción, salvo para el padre biológico. Pretenden ser comitentes parejas tanto de distinto como del mismo sexo, casadas o estables, así como individuos no emparejados. La GpS incurre en la letra del tipo del artículo 221 del Código Penal, es ilícita también civilmente y contraria al orden público internacional español. La Ley española disuade de celebrar estos contratos a varios niveles, pero no prohíbe la ulterior adopción. La GpS practicada en el extranjero resulta inscribible en el Registro Civil español si reúne determinadas condiciones, pero no supone una determinación legal de la filiación que sea inimpugnable ante los Tribunales ni definitiva para notarios y registradores. La GpS no tiene por qué razón servirse de técnicas de reproducción asistida necesariamente.*

### Abstract

*Surrogacy aims to become a new source for legal motherhood or parenthood different from adoption. Nevertheless, in my point of view, it entails a fraud to adoption, except for the biological father. It's demanded by different sex couples and same sex couples, be they married or non-married, as well as single individuals. It falls literally into the crime of the 221 article of the Spanish Criminal Code, and contravenes both the Spanish Civil Law and the Spanish public order. Spanish law deters these arrangements at several levels, yet it doesn't prohibit a subsequent adoption by the individual or couple who promoted the pregnancy. Surrogacy performed overseas can be registered in Spain if it meets certain conditions, but it doesn't imply an unassailable legal determination of the paternity-maternity before the Court and isn't conclusive for notaries and registrars. Surrogacy does not necessarily include assisted reproductive technology.*

---

\* Notario. Email: [luismedios@notariado.org](mailto:luismedios@notariado.org)

### Palabras clave

*Gestación por sustitución, orden público, técnicas de reproducción asistida, adopción irregular, Derecho de filiación.*

### Key words

*Surrogacy arrangements, public order, assisted reproductive technology, irregular adoption, filiation law.*

SUMARIO: I. Hacia una fuente directa de filiación; II. Ampliación del círculo de posibles comitentes; III. La posible criminalidad de la GpS; IV. La disuasión civil; V. Sobre la posible ilicitud civil; VI. Sobre el orden público internacional español; VII. GpS en el extranjero; VIII. Inscribibilidad en el Registro Civil; IX. La nueva Ley del Registro Civil; X. La perspectiva notarial; XI. Técnicas de reproducción.

## I. HACIA UNA FUENTE DIRECTA DE FILIACIÓN

**H**ISTÓRICAMENTE, la gestación por sustitución –GpS– comportaba la necesidad ineludible de una ulterior adopción regular, es decir, legal, del nacido por parte de la comitente –la mujer para quien se gestaba–; el contrato de GpS no era fuente directa de la filiación materna a favor de la comitente ni de la correlativa pérdida inmediata de la maternidad para la gestante; solo merced a la adopción, normalmente dispuesta por el Juez, apreciada por éste la idoneidad de la comitente para devenir madre y el interés del menor, una vez nacido éste, se producía en Derecho la traslación de la maternidad de la gestante a la comitente. Así, en el caso del llamado «baby M» (Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey, 1988; in re Baby M, 537 A. 2d 1227, 109 N. J. 396), *leading case* en esta materia, la gestante convino en ser inseminada artificialmente con el semen del marido de otra mujer, acordando concebir esa criatura, gestarla y entregarla al padre biológico y a la esposa de éste en adopción. Ésta era imprescindible al menos en dos supuestos: el de que la gestante hubiese aportado no solo su vientre para la gestación sino también el óvulo (1) para la procreación y el caso de fecundación in vitro con óvulo de donante y transferencia del embrión a la gestante (FIVET). Solo en el tercer supuesto, el de que el óvulo procediese de la comitente, el nacido ya sería hijo biológico de la comitente, de suerte que no se hacía precisa la adopción –nadie, en

---

(1) Las referencias que en este texto se hacen a óvulos han de extenderse igualmente a los preembriones que cabe implantar en el útero de la gestante en una GpS, que pueden tener muy variada procedencia: desde gametos de la pareja comitente, hasta gametos de la gestante y la pareja de ésta, pasando por preembriones congelados y donados para la GpS.

principio, puede ni tiene por qué adoptar a su propio hijo consanguíneo— sino tan solo la entrega del menor a su madre genética.

Actualmente, en cambio, la GpS, tal como la propugnan los partidarios de su legalización en España y tal como se muestra en los Estados que ya la han legalizado, aspira a zafarse de la siempre incierta y engorrosa adopción ulterior; y ello en todo supuesto, no solo el de óvulo de la comitente sino en los otros dos: óvulo de donante, e incluso óvulo de la gestante. Con la Ley 3/2007, de 15 marzo, que reformó el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida (LTRA), los matrimonios de dos mujeres se sacudieron el requisito de la adopción para permitir la directa e inmediata determinación legal de la comaternidad a favor de la esposa de la gestante por el mero consentimiento del cónyuge antes del nacimiento ante el encargado del Registro Civil, sin tener que pasar por manos de la Comunidad autónoma y su propuesta ni por las del Juez y su Auto aprobando la adopción, eximiéndose así del duro examen de idoneidad de quien se postula como madre y conjurando el riesgo (2) de que, por ulterior ruptura de la convivencia entre ambas mujeres, la gestante se negare a asentir la adopción a favor de su ex esposa. Así, las parejas casadas o estables de dos hombres también esperan hoy de la GpS que emprenden en países extranjeros donde se admite legalmente, que la copaternidad del miembro que no es padre genético pueda puentear la adopción para quedar establecida por virtud únicamente del contrato de GpS.

Hasta la sentencia de 6 de febrero de 2014 de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, se había «*normalizado*» la inscripción directa de la paternidad-maternidad en los Registros Civiles consulares a favor de los comitentes —sean parejas de hombres o de hombre y mujer, sean individuos no emparejados—, sin necesidad de someterse al procedimiento de adopción ni al de exequátur siempre que la GpS tuviera lugar en país extranjero cuya ley la admitiera y se acomodara a las condiciones de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), que luego veremos, pese a que tales condiciones en modo alguno equivalen a un procedimiento de adopción ni al exequátur. Desde la sentencia del Supremo, que considera la GpS contraria al orden público internacional español, dichas inscripciones directas —las practicadas y las por practicar— quedan muy en entredicho, teñidas de una ilegalidad que viene a contradecir el principio de legalidad y la presunción de validez que la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio (LRC) —arts. 13 y 16, respectivamente— predica de lo publicado por los asientos registrales. Pero el Alto Tribunal no prohíbe sino, muy al contrario, anima a la adopción ulterior por parte del comitente que no sea padre biológico, incluso exhorta al Ministerio Fiscal para que emprenda las acciones pertinentes a tal fin.

Con ello, el Alto Tribunal reconduce la cuestión al sistema legal de fuentes de la filiación. A saber: el Código Civil (CC) en su redacción actual, por Ley de 13 de mayo de 1981 —art. 108— solo habla de dos fuentes: por naturaleza y por adopción, pero la ley de técnicas de reproducción asistida de 1988 supuso una revolución en dicho sistema: así la de la naturaleza se desdobló en dos: la filiación por genética —cuando el ADN del hijo procede del padre; propia solo de la filiación paterna— y la filiación por gestación —cuando la madre no aporta el óvulo sino que se limita a gestar el embrión procedente de gametos de terceros;

(2) Véanse los casos de las sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo (TS) de 12 de mayo de 2011 y 5 de diciembre de 2013.

propia solo de la filiación materna—; en tanto que a la filiación por adopción se le ha agregado una fuente más directa: la filiación por afinidad: así el ya citado caso del artículo 7.3 LTRA o toda FIV con gametos de donantes consentida por el consorte o la pareja de hecho —art. 8 LTRA—. Hoy la GpS pretender erigirse en una nueva e independiente fuente de la filiación, una quinta fuente, la que podríamos llamar filiación por encargo, la que se ha denominado maternidad o paternidad de deseo, cuyo único mérito consiste en haber promovido la procreación y encomendado a una mujer la gestación. (3) El elemento volitivo gana en consideración en la mentalidad imperante, en detrimento del elemento biológico, generando, junto a la filiación por adopción, dos nuevas fuentes: la filiación por afinidad y la de encargo. Se tiende a que la renuncia a la filiación materna que hace la gestante sea a la vez preventiva y traslativa, pues desde que nazca el hijo la gestante no será reputada legalmente madre —lo previene con su renuncia— y traslada dicho estatus de padre o madre a otro —el comitente— desde el principio, desde el nacimiento, sin necesidad de que éste otro adopte.

La tesis que defiende es muy simple: toda GpS implica algo peor que una adopción encubierta o irregular; supone una elusión, o peor aún, una evasión de la adopción, una evitación fraudulenta de la misma, en definitiva, un burlar las normas imperativas de la adopción, con la intención de hacer pasar por filiación natural lo que es, en realidad, una filiación adoptiva, es decir, una ficción de filiación natural. Salvo, acaso, que la GpS sea bilateralmente homóloga, por provenir ambos gametos o el preembrión de la pareja comitente. (4) Con todo, con el Supremo, cabe la adopción ulterior como vía para regularizar los intentos de devenir padres que hacen los comitentes al encargar la GpS. Llevada a un extremo, la GpS consiste lisa y llanamente en una burda compra de niños, a la que estamos asistiendo impávidos incluso en España, como veremos al final de este artículo al hablar de las técnicas de reproducción asistida y la procedencia de los gametos (lo llamamos un caso execrable).

---

(3) Incluso la sentencia del Supremo de 6 de febrero de 2014, acertada en todo lo demás, comete el desliz de llamar «padres intencionales» a los comitentes, cuando no son en Derecho español padres de los nacidos por GpS, sino solo aspirantes a padres, en todo caso, por adopción. Y es el único desliz: En el fallo el Tribunal insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la *correcta* filiación de los menores, para su protección y efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “*de facto*”. ¿Acaso sugiere el Supremo que la filiación a favor de la gestante que establece el artículo 10.2 LTRA es incorrecta y hay que corregirla a favor del comitente? ¿Se ha equivocado, ha cometido una incorrección, tanto el legislador de 1988 como el de 2006 que han mantenido la redacción de dicho artículo 10.2?. ¿No podía haber instado el Alto Tribunal sin más a formalizar la adopción o el acogimiento para que el comitente prohijador devenga padre o acogedor? ¿Sucumbe terminológicamente la mayoría de magistrados que votan a favor de la sentencia a la ideología pro «alquiler de vientres» que destila la minoría de magistrados en su voto discrepante? Hay términos legales que revelan la ideología actuante, como el título de la Ley antedicha 3/2007 de «rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas», en el que la ideología de género se impone de suerte que el sexo cromosómico del transexual se desprecia como incorrecto, como dato erróneo a rectificar. Como la ideología abortista dominante lleva a llamar «interrupción voluntaria del embarazo» al aborto en el título mismo de la Ley Orgánica 2/2010.

(4) En la misma línea, Juan José Inieta Delgado, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Murcia, en «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», en *Tratado de Derecho de Familia*, Mariano Izquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (dirs.), Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 825-835.

Por lo demás, los Tribunales de lo Social reconocen a la GpS dos efectos concretos, el del permiso de maternidad y el del subsidio contributivo por maternidad del artículo 133 bis de la Seguridad Social; éste por la vía del artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009, que extiende la protección de la Seguridad Social considerando «jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación» (5). De nada ha servido al Instituto Nacional de la Seguridad Social –parte demandada– la invocación de la nulidad de pleno Derecho del convenio de GpS y la falta de adopción por parte de los comitentes. En todo caso, la equiparación de la GpS a la adopción se hace solo en interés del hijo, para que sea mejor atendido en los meses que siguen al nacimiento por el comitente, pero sin prejuzgar en absoluto que éste sea padre legal sino mero cuidador del menor.

## II. AMPLIACIÓN DEL CÍRCULO DE POSIBLES COMITENTES

Inicialmente, en la historia de la GpS, la comitente, la persona que hacía el encargo de gestar y entregar, quien se subrogaba en el lugar de la gestante era una mujer irreversiblemente estéril para gestar –tuviera óvulos o no– que formaba una pareja heterosexual, casada o estable, con el hombre que aportaba el semen. Así la define Marcelo Palacios en su conocido Informe de 1986, del que trae causa la primera Ley de Técnica de Reproducción Asistida, Ley 35/1988, de 22 de noviembre. (6) Pero, en estos 26 años hasta hoy, en muchos ordenamientos jurídicos –en España desde 2005 para el Estado y desde 2000 en algunas leyes autonómicas– se ha admitido tanto el matrimonio y las parejas de hecho entre personas del mismo sexo como la adopción y el acogimiento por parte de parejas homosexuales, casadas o estables. Y desde 2007, como vimos, la esposa de una mujer también puede devenir madre de quien nace por inseminación artificial o FIVET de su consorte sin más que manifestar su voluntad antes del nacimiento. Así se instala en nuestro Derecho un nuevo paradigma, el de igualdad absoluta de las parejas de personas del mismo sexo respecto de las de distinto sexo en punto a toda clase de fuentes de la filiación, incluida de filiación por naturaleza, naturaleza obviamente asistida en

---

(5) *Vid.* Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Asturias, de 20 de septiembre, de 18 de octubre del TSJ de Madrid o la 23 de noviembre del TSJ de Cataluña, todas de 2012.

(6) El artículo 10.1 de la LTRA habla de que la gestante renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Aunque podría darse *stricto sensu* un contrato a favor de tercero, de los del artículo 1257.2 CC –si no fuera por la nulidad de pleno Derecho que establece el mismo art. 10.1 LTRA del contrato de GpS–, en la práctica lo normal es que dicho «tercero» sea el cónyuge o pareja del comitente y que actúe no como tercero sino como co-comitente, es decir, que haya dos comitentes emparejados, que ambos hayan hecho el encargo a la gestante de portar el embrión en su seno. El profesor Iniesta Delgado, en la obra antedicha, apunta otro concepto de dicho «tercero»: se referiría a contratos de GpS celebrados ilícitamente, bajo pena de sanción administrativa, la del artículo 26 LTRA, por mediadores, muchas veces, los propios centros autorizados para estas TRA.

caso de parejas del mismo sexo. Ya no rige el clásico aforismo de que la adopción imita a la naturaleza y los defensores de la legalización en España de la GpS hoy por hoy tampoco se proponen que ésta imite a la naturaleza no asistida sino que prefieren que imite antes bien a la ahora más omnicomprendiva adopción o a la naturaleza asistida.

Hasta el punto de que hoy la mayoría de las personas que acuden a la GpS son hombres emparejados con otros hombres. Una mujer unida con otra mujer cuenta con la más a mano inseminación artificial o la FIVET – que usan principalmente para que una de ellas ponga el óvulo y la otra la gestación–, por lo que solo emplearán la GpS en caso de incapacidad de ambas para gestar. Se dan casos de personas no emparejadas que encargan para sí una GpS para formar así una familia monoparental –cabe la adopción por un adulto solo, sea hombre o mujer–. Como la mujer del caso del Auto de 25 de junio de 2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Pozuelo de Alarcón, al que luego nos referiremos. Pero también un hombre no emparejado puede promover una GpS –como el caso de la 3.ª Resolución de 9 de mayo de 2011 de la DGRN–, lo que acaba con el principio de que únicamente la mujer no emparejada puede acudir a las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Y no faltarán los que propongan que una mujer pueda encargar a otra la gestación incluso sin acreditar su incapacidad para gestar, es decir, incluso si ella misma puede portar sus propios hijos. La clave radica en la finalidad que ha de buscar la GpS: originariamente aspiraba a remediar la dolorosa infertilidad de una mujer para gestar, pero en la actualidad hay autores y sectores sociales que pretenden que la GpS satisfaga un supuesto derecho a la paternidad de todo adulto, con independencia de su condición –fértil o estéril, emparejado o no, hetero u homosexual–: su aspiración a ser padre o madre, especialmente la de ser progenitor biológico, pero padre como sea, de modo que, pueda o no serlo por adopción, debe poder contar con el acceso a toda TRA y a la GpS. Dicho supuesto derecho a la paternidad se basa, por quienes defienden su existencia, en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que algunos autores convierten en derechos fundamentales cuando la Constitución Española (CE), artículo 10, solo los tiene por fundamentos del orden político y la paz social. El Tribunal de derechos humanos de Estrasburgo encuentra apoyo en el realmente todopoderoso e hipertrofiado derecho al respeto a la vida privada y familiar del artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos (7).

---

(7) La incómoda verdad es que, por más que se repita hasta la saciedad en leyes y Convenios internacionales como primero de los principios del Derecho de filiación el sacrosanto «interés superior del menor», toda la normativa actual piensa en el adulto antes que en el menor, en el padre antes que en el hijo. Por un lado, el adulto-mujer puede abortar si el hijo le incomoda –pues ha triunfado el dogma de que no hay en el aborto sino un interés meramente privado de la mujer gestante, sin asomo alguno de interés público, por más que a los demás nos pueda importar mucho que no se termine voluntariamente con la vida intrauterina de embriones o fetos humanos–. Por otro lado, el adulto –varón o mujer– puede, si lo anhela, tener hijos como sea, aun cuando no esté asegurado que pueda procurarle la mejor de las crianzas.

Los defensores de la legalización de la GpS plantan una denodada lucha contra el artículo 10 LTRA para que se considere dicho anhelo de paternidad como asunto no de interés meramente privado del adulto anhelante sino de interés público, de todos los conciudadanos, algo que a todos nosotros nos afecta o nos debería afectar. Dicha batalla va encaminada a dos objetivos prácticos, una vez sentada la premisa del supuesto interés público en que devenga padre todo adulto que aspire a serlo: el 1.º que cambie la citada LTRA para que ésta permita lo que ahora prohíbe: la determinación directa de la

En el voto particular a la sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, se contiene la siguiente afirmación: la GpS «supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso», que es de dos varones casados entre sí. Hay que decir, 1.<sup>o</sup> que nuestro ordenamiento no reconoce semejante «derecho a procrear», aunque algunos autores lo derivan del derecho a fundar una familia del artículo 16 de la Declaración Universal de derechos humanos, al que remite el artículo 10.2 de la Constitución Española; y 2.<sup>o</sup> no les consta a los magistrados discrepantes que los dos citados varones sean estériles; seguramente, ambos o alguno puedan tener un hijo genéticamente propio, pero obviamente con una mujer y no el uno con el otro.

### III. LA POSIBLE CRIMINALIDAD DE LA GPS

Antes de tratar la cuestión de la posible ilicitud civil y de la posible contrariedad al orden público internacional español, ha de abordarse la de si la GpS incurre en delito, en cierto reproche penal, en el ordenamiento español. Hay aquí lo que podríamos llamar una prejudicialidad penal. No hay duda de que, cuando hay suposición de parto o entrega de un hijo para modificar la filiación, los intervinientes incurren en los tipos delictivos del artículo 220 Código Penal (CP). Mas, se duda de si pueden cometer el tipo de la compraventa de niños para una adopción ilegal del artículo 221 del CP existente desde 1995. Se da este delito cuando media compensación económica en la entrega de un hijo o menor eludiendo el procedimiento de adopción para establecer una relación análoga a la de filiación a favor de quien recibe el hijo.

María del Mar Carrasco Andrino, profesora de Derecho Penal de la Universidad de Alicante (8), estima que el mero pago de los gastos médicos de la GpS

---

filiación a favor de los comitentes. Y 2.<sup>o</sup> lo que cabe llamar el interés público de segundo grado, tan intenso dicho interés público que no basta con permitir casi toda GpS sino que la Administración, el Estado o las Comunidades Autónomas, han de financiar su práctica. Así, Antonio José Vela Sánchez, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Pablo Olavide, de Sevilla, en su monografía *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, editorial Comares, 2012, se plantea el problema de qué ocurriría si los comitentes quieren realmente encargarse del recién nacido por GpS pero por haber empeorado de fortuna, no puedan pagarle a la gestante la retribución o indemnización pactadas. Y sugiere que la Comunidad autónoma –sus servicios sociales– entreguen el niño a los comitentes y adelanten el dinero a la gestante, con partidas presupuestarias para ello, y derecho de reembolso contra los comitentes –como hace el FOGASA.

En julio de 2013, el Consejo Interterritorial de Salud ha acordado que ser mujer estéril seguirá siendo –ya lo es en el Real Decreto 1030/2006– requisito determinante para poder acceder a tratamientos de reproducción asistida dentro de la cartera de servicios básica común del Sistema Nacional de Salud. Lo que le ha valido el rechazo de asociaciones de homosexuales al mantener fuera de la financiación pública a lesbianas y mujeres sin pareja varón, que, siendo fértiles, necesitan de estos tratamientos para ser madres al modo que ellas desean. Las Comunidades Autónomas son libres para ampliar dicha cartera incluyendo a dichos colectivos de mujeres, si lo creen oportuno; Comunidades como Andalucía o el País Vasco han votado en contra de dicho requisito. Lo que late en esta discusión es la cuestión de la finalidad de las TTRA: ¿solo remedian la infertilidad propiamente tal o bien permiten ser padre a cualquier adulto incluso a los fértiles?

(8) En su artículo sobre «La protección penal de la filiación», en la *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, de 12 de junio de 2010.



cabe subsumirlo en el concepto de compensación económica del tipo del 221. Patricia López Peláez, profesora de Derecho Civil de la UNED (9), sin ser de su especialidad, opina igualmente que la GpS incurre en dicho tipo penal. Juan José Iniesta Delgado, el antedicho profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Murcia, (10) afirma que puede constituir para gestante, comitentes y facultativos un ilícito penal subsumible en los tipos de los artículos 220 a 222 CP. Por mi parte, sospecho que en la intención del legislador penal pudo no estar criminalizar la GpS, si bien la literalidad del artículo 221 CP le alcanza de lleno: el tipo solo habla de la efectiva entrega de un menor, lógicamente de uno ya nacido, es decir, le importa la ejecución de un acuerdo entre un *tradens* y un *accipiens*, sin entrar en cuándo se acordó dicha entrega. Luego, se da el tipo no solamente si la entrega fue acordada tras el nacimiento del menor, sino también si estipuló durante el embarazo o, como acontece en la GpS, antes incluso de la fecundación y la gestación.

En la mentalidad dominante, se tiende a considerar que si el acuerdo de cesión de la paternidad precede a la concepción del niño y va dirigido precisamente a concebirlle y gestarle para persona distinta de la gestante, no merece reproche jurídico-penal, que sí alcanza a los acuerdos celebrados durante el embarazo o tras el parto. Sin embargo, conviene no perder de vista que en la GpS técnicamente tal, la acordada antes de la fecundación, el niño no existe todavía cuando ya se acuerda su entrega a extraños. El niño se ha procreado a la carta, ad hoc, a requerimiento específico de un adulto que, en principio, no puede o no quiere tener hijos por la vía natural: el convenio con la gestante no busca primordialmente el interés del niño sino el de dicho adulto y su anhelo frustrado de paternidad. En cambio, en la adopción irregular pactada durante o tras el embarazo, no se crea el problema –donde antes no había problema– sino que el problema preexiste y se trata de solucionar: el ser humano ya existe, aunque sea en estado de embrión o de feto, y se teme que vaya quedar desprotegido al nacer o ya ha nacido y está desamparado, luego, en interés del menor, a veces con buena intención, los contratantes pactan la cesión de la paternidad (11).

Son torticeramente falaces las afirmaciones que vierten el magistrado Seijas –y los tres que se adhieren– en el voto particular a la sentencia antedicha de la Sala de lo civil del Supremo de 6 de febrero de 2014, cuando aseveran que «es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño» y que no ven «de qué forma se ve afectada la dignidad de los nacidos a los que se les procura una familia». Evidentemente, ello solo cabe predicarlo de la adopción, regular o irregular, que no de la GpS. Y afirma, también falsamente, dicho voto que «en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere» –no cabe presumir que se le quiere, lo que tendrá que apreciar un Juez en el correspondiente procedimiento de adopción; y el único verdadero *seno* en el que nace el

(9) En su artículo «Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Josefina Alventosa del Río y Rosa María Moliner Navarro (coord.), Universitat de Valencia, Valencia, 2008, pp. 661-676.

(10) En la obra antes citada.

(11) La Audiencia Provincial de Vizcaya sección 1.ª en Auto 16/2003, de 13 de enero, mira con indulgencia a los adoptantes irregulares que recurren en muchas ocasiones a la adopción irregular con pago de precio incluso, debido al exceso de celo y de lentitud de los cauces legales de la adopción regular, deseando asumir responsablemente la paternidad con beneficio para criaturas abandonadas.



menor es el seno materno de la gestante, que no le quiere precisamente o, mejor, no le quiere para sí (12).

La GpS resulta, pues, a mi juicio, subsumible en el tipo del 221 CP. Sin embargo, hay un caso en que, a mi entender, el reproche penal que creo que merece la GpS ha de atenuarse hasta casi desaparecer: aquel en que todo el material reproductor lo aporta la pareja heterosexual comitente. El tipo criminal consiste en tratar de establecer el pagador o pagadores con el niño –dice literalmente el CP– «una relación análoga a la de filiación», que los penalistas interpretan en el sentido de determinar una relación de filiación ficticia, para lo cual pueden fingir bien una adopción bien una procreación natural. Pues bien, si ambos comitentes ponen los gametos y pagan para que otra mujer les geste el embrión resultante y luego les entregue el niño, el establecimiento de la filiación a favor del comitente varón responderá a la verdad tanto biológica como legal, en tanto que respecto de la comitente mujer se corresponderá al menos con parte de la verdad biológica: ella es la madre genética, luego en cierto modo ya hay, antes de la GpS, una suerte de filiación natural entre la comitente y el niño. Luego, el único hecho reprochable consiste aquí en tratar de saltarse el procedimiento civil de adopción, por el que, a mi modo de ver, han de pasar los comitentes, aun en este supuesto en que genéticamente ya son padres del menor, como luego veremos (13).

En todo caso, no nos consta que haya habido sentencias de tribunales españoles condenando penalmente por GpS y la mayoría de la doctrina ni se plantea la cuestión de la criminalidad de la GpS, sea del tipo que fuere, homóloga o heteróloga. Además, los españoles suelen practicar –¿perpetrar?– la GpS no en España sino en países extranjeros que la admiten y, aunque el propio 221 en su 2.º párrafo

---

(12) Por ello, cuesta entender por qué razón defensores de la legalización de la GpS, de su regulación como institución de Derecho Civil, como Antonio J. Vela Sánchez, en la obra citada, abogan por ésta y rechazan el convenio pactado al menos durante la gestación; ¿por qué no preconizan la licitud también de éste?. Desde el punto de vista civil, ambas suponen una adopción irregular, un fraude a las normas sobre adopción. Cuando una mujer ya embarazada, gestando en principio con otra intención –la de gestar para sí o para un tercero distinto o incluso la de abortar–, conviene durante la gestación gestar para otra persona, a cambio de un precio o sin éste, no estamos técnicamente ante un contrato de GpS. Pensemos, por ejemplo, que el feto viene con malformaciones o vienen varios fetos en un mismo embarazo, la comitente se echa atrás y ya no desea procrear a las criaturas, encontrando la gestante otra pareja que sí esté deseosa. El convenio pactado durante la gestación tendría un pase como mal menor cuando se intenta como alternativa al aborto: se defrauda la normativa de adopción pero se evita eliminar el embrión-feto que vive en el seno materno –al que, no se olvide, el Tribunal Constitucional en sentencia de 11 de abril de 1985, considera bien jurídico protegible.

(13) Pero la reprobación se empequeñece pues, como se verá, el procedimiento de semejante «adopción» de hijo genéticamente de los adoptantes debe aligerarse de requisitos –como el del asentimiento del padre varón– y el control judicial de la idoneidad de los comitentes en interés del adoptando ha de ser poco menos que automático. En definitiva, en este supuesto de gametos de ambos comitentes, cabe decir que éstos compran una gestación pero no compran un niño, mejor dicho, no compran un niño genéticamente ajeno sino uno que ya era suyo antes de ser gestado en vientre ajeno. Distintos son los demás casos: en que el material reproductor lo aporta solo uno de los dos comitentes o el único comitente, recurriéndose a donantes para los gametos restantes. Aquí, no solo intentan los comitentes evadirse del procedimiento de adopción sino que también aspiran a comprar un niño que sea del lado masculino sea del femenino o sea de ambos lados, lo cierto es que resulta genéticamente ajeno a los compradores, por lo que necesariamente han de pasar por una adopción regular, con todos sus requisitos vigentes y con un celoso control de la idoneidad de aquéllos, especialmente tras saberse que han pagado dinero para que una mujer se avenga a gestar y, si es el caso, para que la gestante ponga su propio óvulo.

del CP castiga con la misma pena –de quien entrega al menor– a quien recibe el menor y al intermediario, aun si la entrega del menor se hubiese efectuado en el extranjero, el artículo 23.2.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) exige la doble incriminación: conocerá la jurisdicción española de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurriere el requisito de que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito. De modo que, a menos que se considere que estamos ante tráfico ilegal de personas, en cuyo caso el artículo 23.4.f) LOPJ no exige la doble incriminación, la GpS habida en el extranjero al abrigo de la ley foránea no será penalmente perseguida en España. Además, con la antedicha Instrucción de la DGRN de 2010, la Administración del Estado ha trasladado a la ciudadanía la impresión de haberse legalizado la GpS, al menos cuando se lleva a cabo en país extranjero cuya ley la admita, de modo que los intervinientes difícilmente pueden cometer este delito con conciencia de la antijuridicidad del hecho. (14)

El Supremo, en la antedicha sentencia de 6 de febrero de 2014, viene a abonar la tesis aquí expuesta cuando asevera, en el punto 7 del Fundamento de Derecho segundo, que «el ordenamiento español» «incluso tipifica ciertos supuestos» –se refiere a la GpS– «como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 del Código Penal)». Que la jurisdicción española no pueda conocer de tal delito, no significa en absoluto que no sea delito –análogamente, que haya prescrito un delito, no quita para que se haya cometido el mismo.

#### IV. LA DISUASIÓN CIVIL

Vista la posible disuasión penal, pasamos a la civil. Todos los autores coinciden en señalar que la ley civil española trata de desalentar o disuadir de la celebración y ejecución de estos convenios de GpS, ya se les tenga por contratos dignos de

---

(14) Resulta desalentador comparar el artículo 221 del CP, que castiga el tráfico de niños con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años, con el artículo 156 bis del CP que establece para el tráfico de órganos una pena mayor: la de prisión de seis a doce años si se tratara de un órgano principal, y de prisión de tres a seis años si el órgano fuera no principal. Parece mentira que, en punto a la compraventa de órganos humanos, haya un consenso total sobre tolerancia cero, de reprobación sin paliativos, de reprochabilidad no solo moral sino también criminal, por contraria a la dignidad humana, precisamente la del vendedor cuyo propio cuerpo automutila movido en la mayoría de los casos de apremiante necesidad y, en cambio, no se quiera ver como contrarios a esa misma dignidad los convenios de GpS, que atentan no solo contra la de la mujer gestante instrumentalizando su útero como incubadora para otros sino también y principalmente contra la del hijo nacido de esta práctica. Cuesta comprender cómo, desde el punto de vista valorativo, la comercialización de un niño merece una respuesta penal inferior a la de los órganos humanos y cómo se puede considerar inexistente dicha sanción criminal por obra y gracia de haberse convenido aquella comercialización de un niño ya antes de comenzar el embarazo.

tal nombre ya por meros contubernios. Pero la disuasión admite muchos grados o, al menos, cuatro:

En un primer nivel, el mínimo, la ley española establece la nulidad del contrato, cuando menos, para los casos de conflicto de maternidades, sea positivo o negativo. La disuasión deriva para la gestante y el comitente del hecho de saber que la contraparte puede salirles desleal y exigir la no producción de efectos del convenio. Cada parte puede incumplirlo sin que a la otra le quepa acudir al juez a exigir el cumplimiento.

Lo que es nulo, nulos efectos produce. Así, si la gestante decide retener al niño y mantenerse como madre legal (conflicto positivo), la pareja comitente no podrá: 1.º reclamar la entrega del niño, 2.º ni la determinación de la filiación en su favor; no se les admitirá acción de impugnación de la maternidad de la gestante con reclamación de la maternidad para la comitente, ni aun en caso de óvulo de ésta, pues ello, además, iría contra el interés del niño en recibir inmediata protección, desde el nacimiento, sin esperar a un acaso largo proceso para ver quién es la madre genética; 3.º ni tampoco exigir indemnización por el incumplimiento del convenio –un supuesto daño moral–; no hay acción de responsabilidad contractual ni extra-contractual; 4.º ni siquiera pedir la devolución de las cantidades que hayan podido entregar a la gestante. No hay acción de enriquecimiento injusto contra la gestante. Y a la inversa, si la pareja comitente rechaza el cumplimiento del convenio, por ejemplo, por venir con malformaciones el niño, (conflicto negativo) la madre gestante tampoco puede: 1.º reclamar la recepción del bebé, 2.º ni desentenderse de la filiación: impugnar su propia maternidad gestante y reclamar la de la comitente, ni siquiera en caso de óvulo de ésta; 3.º ni pedir los pagos pendientes; 4.º ni reclamar indemnización alguna. Tan solo puede quedarse con las cantidades ya recibidas e intentar la adopción por otras personas. Luego, también se arriesga la gestante. Podría terminar quedándose con el niño, aun cuando genéticamente fuera totalmente de la pareja comitente. Quienes sostenemos que la nulidad contractual proviene de la ilicitud o torpeza de la causa del convenio, invocamos para esta no producción de efectos el régimen de los artículos 1305 –si la GpS se tiene por delictiva– pero, sobre todo, del 1306 del Código Civil (CC) –cuando la torpeza no constituye delito–. Los romanos ya decían que nadie será oído cuando alegue su propia torpeza –su mal obrar– y que en paridad de causas torpes –entre ambos contratantes–, la mejor es la condición del poseedor. Si la gestante tiene las cantidades que se le han pagado, no cabe repetición (*soluti retentio*) (15).

---

(15) En los conflictos positivos de maternidades, la gestante quiere al niño para sí y la comitente quiere lo mismo pero para sí. Y en los negativos, la gestante no quiere al niño para sí y la comitente tampoco lo quiere para sí. Si el conflicto negativo se manifiesta ya en el embarazo, la gestante tenderá a abortar y la comitente tenderá a no oponerse al aborto. Pero hay otra categoría posible de conflictos: una parte quiere abortar y la otra quiere salvar a la criatura. Como en el juicio de Salomón, en que, tras un conflicto positivo en que ambas madres pretenden hacerse con el niño, una de ellas –la falsa madre– secunda la sugerencia del juez de partirlo en dos, mientras la otra –la verdadera madre– prefiere salvarlo, aunque sea cediéndolo a la otra mujer. En nuestro caso, la parte partidaria de abortar puede ser tanto la gestante como la comitente; en ambos casos, ni asume la maternidad ni permite que la asuma la contraparte.

Si es la gestante –por ejemplo, porque, habiendo puesto no solo el útero sino también el óvulo, se le hace insoportable la idea de desprenderse de la criatura cuando nazca–, parece que nada podrá impedirlo en Derecho español, cuya Ley Orgánica 2/2010 le reconoce, aunque no explícitamente, el

A continuación hay un nivel superior de disuasión: la ley establece la nulidad del contrato incluso en caso de no haber conflicto post parto entre gestante y comitente. Es decir, aun si ambas partes llegan a un pacífico acuerdo de que la filiación sea para la comitente, esto es, aun si tras el nacimiento del niño, se ratifican, incluso documentalmente, por medio de un segundo acuerdo en el vigor del contrato de GpS que firmaron antes del embarazo. La disuasión proviene aquí de que gestante y comitente saben que, aunque mantengan ambas la palabra dada al contratar la GpS, la filiación seguirá en la gestante y no producirá efecto alguno el contrato.

M.<sup>a</sup> Corona Quesada González, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, (16) considera que la nulidad del contrato debería producirse únicamente en los casos de conflicto y no en los de concordancia entre gestante y comitente post parto acerca de la titularidad de la filiación en la comitente. Argumenta que esta solución podría ser la más favorable para el menor, que mantener la filiación en la gestante podría en contra del hijo, pues la gestante podría desentenderse del menor y podría no tener vínculo alguno además con el padre del menor –el varón de la pareja comitente–. Con todo, la autora sugiere dicha tesis –de la validez del convenio ratificado por ambas partes tras el nacimiento *lege ferenda*, siendo consciente de que *lege data* la nulidad prospera aun en el caso de no conflicto, de modo que la filiación materna queda en la gestante siempre, pues el artículo 10 LTRA no distingue entre conflicto o no conflicto al establecer que la filiación viene determinada por el parto.

Y la mayor disuasión imaginable consistiría en que la ley prohibiese no solo la GpS –conflictiva o no– sino también que la comitente pudiese adoptar al niño nacido de la gestante. Ciertamente, el efecto disuasorio de la nulidad de pleno Derecho de los convenios de GpS se vería potenciado al máximo si el Derecho español prohibiera la adopción ulterior del nacido por parte de la comitente. Sabría ésta que no

---

derecho a abortar y seguramente lo entiendan los Tribunales como irrenunciable, dado que, con el artículo 12 de dicha ley, «se interpretará en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación». De modo que, aunque en el convenio de GpS se comprometiese a gestar y entregar la criatura a la comitente y, por tanto, cabe estimar que renuncia implícitamente a abortar, y por más que en el mismo convenio explicitase incluso la gestante su renuncia a abortar, la renuncia, implícita o explícita, se tendrá por no puesta. No se olvide que, a día de hoy, el convenio de GpS es nulo de pleno Derecho en todas sus cláusulas, incluida una eventual renuncia a abortar.

Pero puede suceder que la partidaria de abortar sea la comitente, cualquiera que sea su motivación. Sea porque sencillamente ya no desea ser madre o padre del menor que nazca –por ejemplo, por no ser suyo sino de donante o de la gestante el óvulo–, sea porque en una ecografía u otras pruebas, se detecten malformaciones en el embrión o feto, sea porque, como aconteció en California en agosto de 2011, se descubra que no es uno sino dos gemelos los que lleva la gestante en su seno. En dicho caso, los comitentes –hombre y mujer casados– exigieron de la gestante lo que llamaron una «reducción selectiva» del embarazo: es decir, discriminar cuál de los dos fetos venía en mejor estado de salud y eliminar al menos sano, a lo que se opuso la gestante. Otra pareja quiso subrogarse en la posición de comitentes, pero los primitivos comitentes requirieron de la gestante el reembolso de los 80.000 dólares pagados por la gestación hasta la fecha. Si le hubiese sido aplicable el ordenamiento español, como hemos visto antes, los primitivos comitentes habrían carecido de acción para reclamar la ejecución –nunca mejor dicho– del aborto y de acción para repetir lo pagado, por virtud de la nulidad de pleno Derecho del convenio de GpS.

(16) Véase «Algunas reflexiones sobre la maternidad a principios del siglo xx», en la obra colectiva *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Antonio Cabanillas Sánchez (coord.), editorial Civitas, 2002, Vol. III, pp. 4859-4886.

solo no conseguirá la determinación directa de la maternidad a su favor en virtud del convenio primero preembarazo, ni en virtud del acuerdo de ratificación post nacimiento, sino que tampoco logrará nunca jamás la determinación indirecta de aquélla a su nombre al estar vedada la vía de la adopción por razón del origen del hijo y ello aun cuando pudiera ser dicha filiación adoptiva de claro interés para el menor y estuvieran conformes la gestante, la comitente y el padre biológico. En esta línea, la ley sueca de 1984 prohíbe la GpS por precio y, si se produce una ilícita GpS a cambio de dinero, le inhabilita a la comitente para adoptar. (17)

Sin embargo, la ley española no prohíbe la adopción y es bueno que así sea, pues prohibirla dotaría al sistema de una rigidez indeseable en detrimento del menor: el interés de éste puede que pase, siempre según el Juez que conozca de la adopción, porque la comitente sea legalmente su madre. Y es que, como antes señalamos, la gestante podría desentenderse de su crianza, que por hipótesis podría haber llevado a cabo de hecho desde el nacimiento la comitente en armonía con su esposo o pareja que es el padre biológico. Además, si la filiación queda en la gestante como madre y en el comitente varón que aportó el semen como padre, puede que no exista vínculo alguno entre ambos progenitores, lo que no puede ser adecuado para el desarrollo del menor, y en cambio, sí que exista dicha vinculación entre el padre y la comitente. A mayor abundamiento, como apunta la profesora Quesada, aun si se prohibiese la adopción, ésta podría fácilmente conseguirse si la esposa estéril –la comitente– presenta el niño como nacido de las relaciones adúlteras de su esposo con la gestante, que la primera generosamente perdona, ocultando la GpS, el verdadero origen del menor, las personas implicadas.

Si la solución legal de la filiación a favor de la gestante puede ir contra el interés del menor, nadie mejor que el Juez para velar por dicho interés estudiando la candidatura de la comitente para atribuirle o no la maternidad –o paternidad– adoptiva tras haber estudiado con la ayuda de peritos la idoneidad de aquélla en el marco de todo un expediente de adopción. Si los convenios de GpS –como también los sobrevenidos al embarazo– buscan defraudar la normativa sobre adopción, puenteándola, evitándola, entonces, con el artículo 6.4 del Código Civil, como actos realizados al amparo del texto de una norma –la LTRA que no prohíbe explícitamente ni sanciona administrativamente la GpS– que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él –el Derecho español prohíbe la adopción concertada entre particulares sin la mediación, en su caso, de la Comunidad autónoma y, en todo caso, del Juez–, se considerarán ejecutados en fraude ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir –es decir, la sumisión

---

(17) Cuando hay un conflicto positivo de maternidades, no hay adopción posible, porque la gestante quiere quedarse con el niño y sencillamente denegará su asentimiento a la adopción por la comitente, asentimiento necesario conforme al artículo 177 CC. Es lo que aconteció en el antedicho caso Baby M, de Nueva Jersey, 1988. Cuando hay un conflicto negativo, tampoco habrá adopción pues ni siquiera la intentará la comitente, que, como la gestante, tratan de zafarse del niño. Pero en el caso de no conflicto, de estar concordes gestante y comitente en que la filiación sea para ésta, ¿le es posible a la comitente, al menos, adoptar al niño –con el asentimiento, claro está, de la gestante? ¿le es posible a la comitente, al menos, adoptar al niño –con el asentimiento, claro está, de la gestante? ¿le es posible a la comitente, al menos, adoptar al niño –con el asentimiento, claro está, de la gestante? La civilista Patricia López Peláez sostiene, *lege ferenda*, que lo recomendable y lo coherente habría sido prohibirlo todo, tanto la GpS como la ulterior adopción, pero admite que, *lege data*, la ley no prohíbe ésta. Y para sugerir la prohibición de la adopción se basa en que, en su opinión, la causa de la nulidad del contrato de GpS no es la falta de objeto sino la ilicitud causal de la GpS –el repugnar a la conciencia moral vigente.

del caso a la entidad pública y al Juez que conocen de la adopción—. La GpS siempre supone un fraude de ley —la que obliga a adoptar de manera regular—, en cambio, la adopción —regular— de un niño nacido por GpS no ha de entrañar necesariamente, aunque la comitente sea la adoptante, una defraudación de la ley de TRA, del artículo 10.1 sobre la nulidad de pleno Derecho del convenio de GpS. O si se prefiere, aunque la ulterior adopción pueda conseguir el efecto deseado con la GpS, no queda sin cumplir y burlada la norma del artículo 10.1 LTRA, en tanto en cuanto que los intervinientes no han logrado inmediatamente la anhelada determinación directa de la maternidad a favor de la comitente y solo han alcanzado dicha determinación de manera mediata, indirecta, oblicua, regular y legal, como la ley quiere, por medio de un expediente de adopción (18).

Y así llegamos al nivel de disuasión intermedio en el que, a nuestro entender, se sitúa la ley española. Se prohíbe la GpS, pero se permite la ulterior adopción por la comitente. A ésta y a la gestante puede disuadirles de intentar una GpS no solo el riesgo de un conflicto positivo o negativo de maternidades, sino también el saber que, aun manteniéndose ambas en lo acordado, la filiación seguirá en la gestante, con el riesgo añadido de que la Comunidad Autónoma y el Juez que conozcan de la adopción puedan no querer conceder ésta a la comitente. Y otro elemento disuasorio rela-

---

(18) No han seguido el criterio aquí expuesto el Auto de 17 de julio de 2012 del Juzgado n.º 23 de Primera Instancia de Madrid, en autos de adopción n.º 1055/2012, ni en el Auto n.º 951 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª de 13 de diciembre de 2013, que confirma en segunda instancia el primer Auto. Se trata de un caso de GpS y adopción internacionales, si bien la doctrina que sienta resulta predicable para casos sin elemento de extranjería. Un niño nace en Mumbai (La India) el 28 de octubre de 2011, de madre india que gesta para un varón argentino-australiano, que aporta el semen. Intenta adoptarlo en España el esposo —de nacionalidad española— del padre biológico, esposo a quien tanto el equipo psicossocial como el Fiscal reputan idóneo para asumir la paternidad. Pero el Juez y la Audiencia aprecian fraude internacional de ley, el regulado por el artículo 12.4 del Código Civil, al que procede aplicar por analogía lo dispuesto en el artículo 6.4 del mismo cuerpo legal, esto es, la ley imperativa material española que se ha tratado de eludir, que no es otra que el artículo 10 LTRA, siendo normas de cobertura las legislaciones australiana e india aplicables al contrato de gestación de sustitución y siendo resultado prohibido por la ley española la renuncia anticipada a la maternidad que hace la gestante. Consideran que la del artículo 10 LTRA es norma de policía para España, esencial para la salvaguarda de nuestros intereses públicos —art. 9.1 del Reglamento Comunitario 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales—. Por ello, concluyen denegando la adopción a favor del marido del padre biológico, recalcando que 1.º la denegación no afectará al menor, dado que continúa conviviendo con el padre biológico y su marido, 2.º que ambos cuentan con indudables habilidades personales para dispensar al niño las atenciones que precisa; 3.º que las parejas del mismo sexo pueden adoptar de forma conjunta igual que las heterosexuales y 4.º que el único óbice a la adopción reside en el modo en que se ha engendrado al adoptando, que no es admisible en nuestro ordenamiento jurídico. Entienden que el contrato de GpS está proscrito por la ley española vigente, proscripción que se trató de burlar acudiendo a la India, con la que ninguna conexión tenían el padre biológico y su marido, residentes en España con el niño —razón ésta, la de la residencia del adoptando en nuestro país, por la que resultan competentes los jueces españoles para constituir esta adopción internacional, conforme al art. 18 de la Ley 24/2007—. Disiento de la doctrina de ambos Autos: la ley española solo prohíbe la determinación inmediata de la paternidad a favor de dicho marido en virtud del contrato de GpS, pero no así la determinación mediata ulterior mediante un procedimiento de adopción. Además, siempre pueden los dos varones del caso, seguir intentando la adopción por el marido tantas veces como deseen —dichos Autos no producen los efectos de cosa juzgada material ni formal—, hasta que den con un juez o una Audiencia que no solo continúen reputando idóneo al marido sino que sigan el criterio por mí expuesto —la GpS está prohibida pero no así la adopción ulterior—. Y solo es cuestión de ocultar astutamente, por si acaso, a la autoridad judicial el origen del menor por GpS, presentando su nacimiento como fruto de una fecundación natural entre la gestante y el padre biológico.



cionado con la adopción ulterior viene dado por la actitud del padre biológico en caso de eventual ruptura –por ejemplo, divorcio– de la pareja comitente. El padre del adoptando –que ha reconocido al menor o ha sido declarado progenitor en sentencia– puede negarse a asentir a que su ex pareja devenga madre adoptiva, pese a que su ex pareja haya criado al menor desde el nacimiento, pues el artículo 177.2.2.º CC exige tal asentimiento, de modo que el padre parece poder vetar la adopción y ello no tanto por no convenir al menor cuanto por animosidad contra su ex pareja (19).

Se ha objetado, a esta posición de la disuasión intermedia, que o lo prohibimos todo –GpS y adopción ulterior– o no prohibimos nada, porque parece absurdo quedarse a medias: prohibir la GpS y no prohibir la adopción. ¿Por qué razón los contratantes no pueden conseguir lo deseado –la atribución de la filiación– directamente pero sí indirectamente?. ¿No es mejor permitir que también puedan obtenerlo de manera directa?. La razón la aduce Marcelo Palacios Alonso (20): y es que el Juez y la entidad pública que conozcan de la adopción pueden perfectamente no atenerse a lo acordado entre gestante y comitentes si no conviene al menor. Es más, la idoneidad de la comitente para adoptar queda muy cuestionada al haber participado en un convenio de GpS. Y queda en entredicho precisamente porque dicho convenio está prohibido por la LTRA. Afirma Palacios que «son muy aleatorias las posibilidades de que la adopción recaiga en quienes concertaron la gestación y aspiran a la paternidad de la descendencia, máxime cuando se conoce que han pretendido sortear fraudulentamente lo que la Ley 35/1988 determina».

El juez tiene cierto margen de apreciación de la idoneidad de la comitente; en principio, con Marcelo Palacios, no juega a favor de ésta el haber infringido la implícita prohibición legal de la GpS. Pero dentro de ésta: 1. siempre será factor a su favor que no haya pagado precio remuneratorio por la GpS, siendo factor en contra el haberse prevalido de su poderío económico sobre la gestante. 2. será factor en su haber, asimismo, el acreditar con certificado médico su imposibilidad para gestar o la grave contraindicación de la gestación; y en contra, el haber acudido frívolamente a vientre ajeno para librarse de la carga de gestar, por ejemplo, para conservar una buena figura–. 3. otro factor positivo podrá ser el formar pareja –casada o estable– con el aportante del gameto masculino, padre del nacido, pues dotará a éste de un padre y una madre que le puedan educar, sin que sea, con todo, un factor en contra, el hecho de que la comitente sea una mujer sola o parejas de hombres o de mujeres. 4. factor igualmente positivo es que el material reproductor provenga íntegramente de la pareja comitente, pues en ese caso, se contrata solo la gestación y no hay una suerte de compra de niño genéticamente ajeno a los comitentes.

Pero ¿en este caso, de comitente que pone el óvulo, ha de pasar necesariamente la comitente por una adopción?. El CC –art. 175.3.1.º– prohíbe adoptar a un descendiente, luego parece, *primae faciae*, que la comitente no podría adoptar. ¿No debería bastar con el propio convenio de GpS previo al embarazo o con un ratifica-

(19) Un conflicto semejante tiene lugar en el caso –que no es de GpS– de la sentencia de 5 de diciembre de 2013, sala 1.ª TS entre dos mujeres casadas que se divorcian y la no progenitora ve cegada la vía de adoptar las hijas habidas mediante TRA por la ex, debido a la negativa de ésta que aquélla devenga como madre.

(20) Véase «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/1988): de 1988 a 2005», publicado en *Estudios jurídico-penales sobre Genética y Biomedicina*, Ignacio F. Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera (coord.), Dykinson, Madrid, 2005, pp. 33-69.



dor convenio post nacimiento entre la gestante y la comitente, sin necesidad de adopción?. Nótese que el auto aprobando la adopción a favor de la comitente sería, en el fondo, no de eficacia traslativa o constitutiva sino más bien meramente declarativa, o mejor, sustitutiva, determinativa o especificativa: se trataría de determinar que, de las dos madres biológicas, la genética es la madre legal del nacido. Creo que la adopción no puede eludirse ni siquiera en caso de óvulo de la comitente, pues la filiación por encargo no es fuente directa de la filiación en Derecho español, que prohíbe los acuerdos entre particulares para intercambiar la filiación por gestación por la filiación por genética y opta por el parto en el artículo 10 LTRA puestos a elegir entre la filiación gestacional y la filiación genética, de suerte que la única vía que queda practicable para asumir la comitente la maternidad es la adopción. Y si la ley prohíbe adoptar a un descendiente, es porque bien piensa en un abuelo al que un juez asigna la guarda de un nieto, para la cual la institución adecuada no es la patria potestad sino la tutela; o bien piensa en un progenitor, cuya determinación legal deriva no de la adopción sino de la filiación por naturaleza. El legislador del artículo 175 CC, de 1987, no pudo estar pensando en las TTRA, sobre las cuales se legisla en 1988: la hipótesis de una madre genética que adopte a su hijo con el asentimiento de la madre gestante no pasó por la imaginación de aquél, luego tampoco pudo prohibir tal adopción.

Ahora bien, la adopción de hijo cuyo óvulo puso la comitente debe, a mi entender, prescindir de ciertos requisitos propios de cualquier otra adopción. Así, en primer lugar, no debería ser necesaria la propuesta de la entidad pública (art. 176.2 CC), y no solo cuando el adoptando sea hijo del consorte del adoptante, que ya dispone el CC, sino también cuando es hijo de la pareja *more uxorio* del adoptante y también cuando sea hijo genético de la adoptante. Y, en segundo lugar, tampoco debería ser preciso el asentimiento del padre biológico. (21) El Auto aprobando la adopción determinará legalmente la maternidad de la comitente, pero queda la siguiente duda: ¿la filiación de la comitente es por adopción o por naturaleza? Parece que si es por naturaleza, retrotrae sus efectos al nacimiento del hijo *–ex tunc–*, mientras que si es por adopción, solo los despliega desde la firma del Auto *–ex nunc–* (22).

---

(21) Toda adopción debe ser asentida por los padres del adoptando (art. 177.2 CC), que son, de un lado, la gestante (art. 10.2 LTRA) y, de otro lado, el comitente que puso el esperma. Pero, en caso de haber aportado el óvulo la comitente, la importancia de ambos asentimientos creo que es muy diversa: así, el de la gestante resulta esencial, *sine qua non* habrá adopción. Tan madre biológica es la gestante como la comitente, pero la ley se decanta por la primera, luego, sin su asentimiento, el Juez no podrá conceder la adopción a la comitente por muy madre genética que sea. En cambio, el asentimiento del padre, a mi entender, se antoja prescindible para que adopte la comitente: ésta podrá sustituirlo por una prueba del vínculo genético –el ADN– que le une al nacido. A fin de cuentas, todavía –antes de la adopción– no es madre legal la comitente, pero sí que es madre genética. Luego, si el padre opta por no asentir –por ejemplo, por divorcio o ruptura de la pareja que formaba con la comitente–, se neutralizan el no del padre biológico con el sí de las dos madres biológicas, la gestante y la genética, luego ha de prosperar la adopción a favor de la comitente. Además, la negativa del padre a asentir puede suponer un abuso de derecho, un ejercicio de mala fe de su facultad de asentir, a lo que la comitente puede oponer una especie de *exceptio doli*. Así cabe sortear la injusticia de la imposibilidad de adoptar por mor del recalitrante no asentimiento del padre motivado no por el bienestar del menor sino por la enemistad con la comitente ante la ruptura con ésta.

(22) La comitente, como madre genética, puede tener interés en figurar en el Registro Civil como única madre del menor, como madre por naturaleza, pero solo ha alcanzado la maternidad por virtud de la adopción, pues solo ésta ha podido vencer el vigor del artículo 10.2 LTRA, por el que la

José-Manuel de Torres Perea, Profesor Titular de Derecho Civil, de la Universidad de Málaga, en artículo que publicará «La Ley» titulado «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés superior del menor», critica la doctrina del Supremo por la que le cabe devenir padre legal al comitente que no sea padre biológico por la vía indirecta de la adopción; apunta al riesgo de que esta vía pueda dejar desprotegido al menor en caso de «arrepentimiento» del citado comitente-no-progenitor, es decir, si se retracta y niega a adoptar al menor, siendo así que en el país de origen –donde se practicó la GpS– sí es tenido por padre legal, no así en España. Y, peor aún, si ninguno de los comitentes aportó gametos, no podrá obligárseles en España a devenir padres legales. Por mi parte, creo que puede y debe correrse este riesgo, que no es distinto del riesgo de que el Juez no considere del interés del menor que los comitentes-no-progenitores adopten a aquél, ni del riesgo de que el padre biológico se niegue a asentar la adopción por su ex pareja. Además, el artículo 111 CC excluye de la patria potestad y de todo derecho sobre el menor al progenitor cuya filiación haya sido determinada judicialmente contra la oposición del mismo progenitor, pero deja a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos. Así que no parece descabellado sostener, primero, que mejor será que tales comitentes no devengan padres legales contra su oposición y, segundo, la existencia de una obligación de alimentar al menor por parte del o los comitentes renuentes a adoptar, no por la vía de los alimentos entre parientes del artículo 142 y ss CC –no son parientes, sino por la de responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC –el contrato de GpS es nulo de pleno Derecho, pero la culpa aquiliana es evidente, pues sin el encargo de los comitentes no habría nacido el menor–.

## V. SOBRE LA POSIBLE ILICITUD CIVIL

La cuestión de la licitud o ilicitud civil de la GpS en España parece no tener, al menos, para el Derecho Civil español, una especial importancia práctica, ya que, incluso los partidarios de la licitud –la no prohibición– de la misma, coinciden en que la LTRA disuade de contratar la GpS al establecer la nulidad contractual y la filiación de la gestante. Sin embargo, alcanza gran relevancia para el Derecho Internacional Privado español. No tanto por lo dispuesto en el artículo 954.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881, que establece, como requisito para el exequátur de sentencias extranjeras, que lo resuelto sea «lícito en España». Y es que dicha licitud en España se interpreta no en el sentido de que sea legal en nuestro país sino que no contraríe el orden público español. Sí importa, en cambio, es porque la cuestión de la licitud civil de la GpS suele preceder a la cuestión de si la

---

madre es la gestante. Por lo demás, artículo 108.2 CC, la filiación por naturaleza y la por adopción surten los mismos efectos. Así, por ejemplo, artículo 47 CC, no pueden contraer matrimonio entre sí los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción (22). En todo caso, todas las disposiciones legales relativas al parentesco por sangre deberán aplicarse, en este caso de adopción de nacido por GpS por la comitente que puso el óvulo, a la comitente y a su hijo adoptivo por razón del vínculo no solo adoptivo sino también genético que les une. Así las cosas, creo que el Registro Civil debería publicar la filiación de la comitente como adoptiva pero expresando la relación genética entre madre e hijo.

GpS contraría o no el orden público internacional español. Los defensores de la compatibilidad con dicho orden público suelen sostener previamente que está autorizada –aunque desalentada– la GpS en la LTRA española, en tanto que los detractores de tal compatibilidad normalmente mantenemos que está prohibida –implícitamente– la GpS en dicha ley civil. La licitud civil se maneja, pues, como argumento a favor de la compatibilidad con el orden público –si es lícita para la ley interna, con mayor razón, a la fuerza, se compadecerá con nuestro orden público internacional–, mientras que la ilicitud civil se emplea para argüir en favor de la incompatibilidad. No tendría por qué ser así, pero así es. Cabría defender que la GpS está prohibida por la ley civil española y, sin embargo, no ser contraria al orden público internacional español, de modo que resulte válida si se lleva a cabo en el extranjero al amparo de ley local que la admita –véase, *sensu contrario*, el art. 733 del Código Civil–. Lo que no cabe es, a la inversa, propugnar que está autorizada por la LTRA, pero es contraria al orden público. Si la GpS ofende el orden público internacional, a la fuerza, con mayor razón, será ilícita de fronteras para adentro. Por esto mismo, sucede que, tras la sentencia del Supremo de 6 de febrero de 2014, el debate sobre la licitud civil ha perdido casi todo el interés: al quedar sentada y manifiesta la incompatibilidad de la GpS con el orden público internacional español, va de suyo que es ilícita civilmente (23).

(23) Con todo, veamos los argumentos de los defensores de la licitud civil. Manuel Atienza Rodríguez, catedrático de Filosofía del Derecho, en su artículo «De nuevo sobre las madres de alquiler», en la revista n.º 27 *El notario del siglo XXI*, octubre 2009, sostiene que la nulidad de pleno Derecho del contrato de GpS que establece el artículo 10.1 LTRA no constituye una sanción y que no están prohibidos tales contratos, pues de haberlo estado, se habrían establecido sanciones penales –Atienza no ve criminalidad alguna en la GpS– o/y administrativas, en el Código Penal o en la propia LTRA, luego la GpS no incurre en ilicitud ni siquiera civil y la ley española se limita a desalentar la práctica de aquélla. Y apunta altos principios de la Constitución española –dignidad, autonomía, igualdad, no dañar a nadie– que supuestamente avalan la licitud de la GpS. En esta misma línea, Iván Heredia Cervantes, profesor de Derecho Internacional Privado, en su artículo «La Dirección general de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», publicado en el *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, fasc. II, entiende que la nulidad contractual no equivale necesariamente a una sanción; que, para entender ilícita la GpS, sería precisa una prohibición explícita –como hacen las leyes federales suizas– o, al menos, el establecimiento de una sanción –como la pena privativa de libertad o multa que impone la ley alemana de protección del embrión–. Considera que la norma del artículo 10.1 LTRA es de naturaleza meramente obligacional –cuando establece la nulidad de los contratos– y afirma resultar muy discutible proyectarla a las cuestiones de la filiación. Aduce que de las actas de la Comisión Nacional de Reproducción humana asistida resulta que la oposición a la GpS en 1986-1988 no fue por motivos morales sino por los eventuales conflictos de intereses entre gestante y comitentes. Alega que sería extraño que el legislador prohibiese la GpS y, al mismo tiempo, conceda, como hace el artículo 10.3 LTRA, al padre biológico *el premio* de la acción de reclamación de la paternidad. Y que los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas que han reconocido beneficios sociales a los comitentes, en ningún momento se han cuestionado que la GpS vaya contra el orden público. En todo caso, estos autores que no consideran prohibida la GpS estiman que la nulidad absoluta del contrato de GpS no es por causa ilícita sino por falta de objeto, pues, artículo 1271 del CC, no pueden ser objeto de contrato las cosas que estén fuera del comercio de los hombres y es que son indisponibles el cuerpo y la vida humanas, el estado civil y la filiación.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina piensa que la nulidad de pleno Derecho del artículo 10.1 LTRA deriva de la prohibición legal implícita de dichos contratos y de la GpS en sí misma considerada. El artículo 6.3 del CC dispone, en este sentido, que los actos contrarios a las normas prohibitivas son precisamente nulos de pleno Derecho. Así, Juan José Iniesta Delgado, en la obra citada habla de actividad ilícita. Con todo, el Catedrático de Derecho Civil, Fernando Pantaleón Prieto, en «Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de

## VI. SOBRE EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL

Ahora bien, incluso estando prohibida implícitamente la GpS en España y siendo, por tanto, contraria al orden público interno español –el formado por el conjunto de nuestras normas imperativas y prohibitivas–, ¿derívase de dicha prohibición la contrariedad de la GpS con el orden público internacional español, el del artículo 12.3 del CC? En otras palabras, ¿queda herida la cohesión moral y jurídica de la sociedad española –definición que da la DGRN de la incompatibilidad con el orden público internacional español– si admitimos en España leyes o sentencias extranjeras que amparen la directa subrogación de los comitentes en la maternidad de la gestante en una GpS?

El antedicho profesor Iván Heredia Cervantes, en la obra citada, sostiene que la GpS *per se*, en abstracto, no es contraria a nuestro orden público internacional, pero puede ser incompatible si, por ejemplo, mediante violencia se ha forzado la voluntad de la gestante. Cree que difícilmente se puede decir que se atenta contra la dignidad de la gestante cuando consciente y voluntariamente acepta someterse a

---

Murcia, 1989, censura la hipocresía de admitir con extraordinaria amplitud las aportaciones de material genético e incluso de embriones por terceros y, en cambio, rasgarse las vestiduras ante la GpS, convertida en el chivo expiatorio de las técnicas de reproducción asistida en la ley española. El antedicho Marcelo Palacios Alonso, experto en bioética y bioderecho, cuya opinión puede fundamentar una verdadera interpretación auténtica de dicha ley y mostrarnos cuál fue la *mens legislatoris* –véase su artículo «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005», publicado en *Estudios jurídico-penales sobre Genética y Biomedicina*, considera que la ulterior adopción del menor por parte del comitente constituye una defraudación del artículo 10 LTRA, lo que solo puede significar que, para este autor, tal adopción burla una prohibición legal. La nulidad contractual, añadido yo, constituye, pues, una verdadera sanción, una penalidad de orden civil, la peor imaginable para quien aspira a ser padre por medio de la GpS. No parece de recibo que el legislador, por un lado, permita la GpS poniendo la miel de un niño en los labios de los que anhelan devenir padres y, por otro lado, no conceda a éstos el resultado filial que buscan por medio de una actividad supuestamente lícita. Triste licitud entonces. Más lógico es pensar que no hay premio para el comitente precisamente porque su actuación está prohibida y es vista con disfavor por el legislador no solo por lo conflictiva que resulta sino por cómo atenta contra la dignidad del niño, como han puesto de relieve las tres sentencias que desautorizan la Resolución de 18 de febrero de 2009 DGRN. Y para el padre biológico no es cierto que haya premio alguno por razón del «encargo» hecho a la gestante; lo que hay es un mero reconocimiento de su filiación por razón de la genética; un no castigo al padre biológico: no se le priva de la paternidad legal por haber sido partícipe en la GpS; pero a su eventual pareja, la verdaderamente comitente, la que no pone gametos sino solo el deseo de ser padre o madre sí se le castiga con la no paternidad. De entrada no deviene padre pero la punición por no va más lejos, pues no deviene padre por la GpS pero sí podrá hacerlo por medio de adopción ulterior. Y no es cierto que el artículo 10 LTRA sea norma solo obligacional: lo es el párrafo 1.º si bien contiene también –en los párrafos 2.º y 3.º reglas esenciales sobre la filiación de los nacidos por GpS: luego la prohibición implícita del primer párrafo sí que se proyecta sobre la filiación: la materna viene dada por el parto y no por ilícito contrato. Y si nuestros tribunales autonómicos conceden permisos y subsidios de maternidad a los comitentes sin castigarles por su actuación prohibida, no es porque no sea ilícita su actuación sino porque se busca que el menor, que ninguna culpa tiene en su GpS, esté atendido lo mejor posible, con cuantas ayudas públicas existan; y porque se aplica la doctrina del orden público atenuado, como con la poligamia, que está prohibida y es contraria al orden público español pero no empece para que a las varias esposas se les pueda reconocer la pensión de viudedad (sentencia de 2 de abril de 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.). En todo caso, para quienes sostenemos la ilicitud de la GpS en España, de los tres elementos esenciales del contrato –consentimiento, objeto y causa, art. 1261 CC– el que principalmente falla en la GpS es el causal: la causa es ilícita porque se opone a las leyes y a la moral, artículo 1275 del CC, y por ello no produce efecto alguno el contrato. Aunque también entra en juego el antedicho artículo 1271 CC.

esta práctica. En esta línea, su compañero, Santiago Álvarez González, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Santiago de Compostela(24), mostrando una cuando menos curiosa cosmovisión personal, afirma que la dignidad de la gestante está tan salvaguardada cuando consciente y libremente decide prestar su cuerpo para gestar como cuando consciente y libremente decide ingresar en un convento de clausura. Y añade que la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió y, en supuestos ordinarios, no se le causa ningún daño. En cambio(25), la dignidad del nacido se vulnera flagrantemente cuando es desprovisto de nacionalidad o de filiación, añade esta autor, como sucede hoy, como veremos, con los nacidos en la India. Ambos internacionalistas coinciden en que, al igual que la GpS, la adopción también puede generar un tráfico ilegítimo que menoscabe la dignidad de los niños y de sus madres, pero ello no significa que *per se* sea contraria al orden público español sino únicamente que debe ser regulada estrictamente para evitar que puedan verse vulnerados valores esenciales de nuestro ordenamiento.

Y añade el profesor Heredia Cervantes que esto es precisamente lo que hace la Instrucción de 2010 de la DGRN: identificar los valores más destacados que integran el orden público en este ámbito y que podrían conculcarse en la GpS, a fin de que los Encargados del RC los tengan presentes: de un lado, el orden público procesal, al exigir el respeto a los derechos procesales de los sujetos involucrados, en particular, de la gestante; y, de otro lado, el orden público material, que se desdobra en velar, primero, por el interés superior del menor, que se concreta en asegurarse de que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados no son revocables, y segundo, por los derechos de la gestante, constatando que tuvo capacidad natural suficiente para renunciar y que renunció sin vicio del consentimiento. Como se ve, este autor entiende que el reconocimiento incidental de sentencias extranjeras sobre GpS de cara a su inscripción en el RC español no puede ningunear el orden público español sino que ha de pasar por el filtro del mismo, pero no para prohibir toda heterogestación –gestación para otro– sino solo las que podríamos llamar patológicas o irregulares. En resumen, para el indicado profesor, el orden público español no veda toda GpS pero tampoco permite toda GpS. Se trata, a todas luces, de un orden público *light* o atenuado, en la concepción de estos autores y de la DGRN.

En cambio, la sentencia de 23 de noviembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Valencia –una de las tres que revocan la R. 18 de febrero de 2009 DGRN– considera contraria al orden público internacional español toda GpS: la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres; el niño no puede ser objeto de transacción. Se vulnera su dignidad *ex* artículo 10.1 de la Constitución española (CE), su derecho a la integridad moral *ex* artículo 15 CE y la protección integral de los hijos *ex* artículo 39.2 CE. Y no cabe la aplicación del antedicho orden público atenuado para permitir la inscripción en el RC de la paternidad a favor del comitente porque dicha toma de razón registral de la filiación no constituye solo una consecuencia última y periférica del contrato de GpS sino precisamente su causa para los comitentes y el objeto de la prestación de la gestante *ex* artícu-

(24) En el artículo «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *AEDIPr*, vol. 10, 2010, pp. 77-90.

(25) Prosigue Álvarez González en su artículo de julio de 2013 «Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», publicado en la web academia.edu.

lo 1274 CC, es decir, un elemento esencial del mismo, a diferencia del caso de la poligamia y los derechos de viudedad antedichos, en que éstos se reconocen en España por ser unos efectos considerablemente más alejados de la esencia de la institución prohibida.

Por mi parte, coincido con la Audiencia Provincial de Valencia en que la dignidad del niño impide que sea tratado como mercancía comprable u objeto de regalo, de suerte que semejante trato resulta incompatible con el orden público internacional español. Todo ser humano es un fin en sí mismo y jamás un medio para lograr fines como el lucro –en la GpS retribuida, que es la que se da en la inmensa mayoría de los casos– o la satisfacción de donar un hijo a un pariente o amigo –en la GpS gratuita, que apenas se da en la práctica. Con todo, el bebé *medicamento* –que se concibe y tiene para salvar de una enfermedad a otro hijo de la misma pareja– constituye una brecha ya abierta en nuestro Derecho a dicho principio de que toda persona ha de ser un fin en sí mismo. Y hay un caso en que, a mi juicio, podría verse cierta compatibilidad entre el citado orden público internacional español y la GpS: el que se ajusta, más o menos, a la GpS admitida por la ley de México DF de 2010 de maternidad subrogada, que necesariamente ha de ser gratuita, a cargo –la gestación– de una amiga o pariente de la pareja comitente, pareja que aporta tanto el semen como el óvulo con que tiene lugar la FIVET –fecundación in vitro con transferencia del embrión a la gestante–. En tal supuesto, no hay compra de niño sino –aunque suene mal a algunos– mero uso del útero de otra mujer. Señalé antes cómo, a mi juicio, la GpS bilateralmente homóloga no incurre en el tipo penal del artículo 221 del Código Penal español y vimos asimismo cómo, aunque también precisa de adopción por los comitentes para establecer la filiación a favor de los mismos, dicha adopción habría de ser cuasi automática, sin demasiado rigor ni requisitos. Pero aquí es precisamente donde, incluso un modelo como el de México DF antedicho, repugna al orden público español, para el cual no puede determinarse directamente la filiación a favor de alguien por mero acuerdo entre particulares, entre un *tradens* –la gestante– y un *accipiens* –el comitente–, sin que medie un Juez que vele por la idoneidad de quien aspira a la paternidad y por el interés superior del menor, en todo un procedimiento de adopción, que no puede puentearse por medio de un convenio de GpS. El propio legislador solo exime expresa y específicamente de la adopción en los supuestos que he llamado de filiación por afinidad, los de los artículos 7.3 y 8 LTRA, en que la gestante comparte su maternidad con su cónyuge o pareja, en tanto que en la GpS no la comparte sino que la transmite y no a quien está unida con ella *more uxorio* sino a un extraño, el comitente. Ahí está la diferencia: en la filiación por afinidad se admite la extensión de la paternidad a la pareja de la gestante sin necesidad de adopción, porque se supone que el niño será criado por ambos miembros de la pareja y prohijado por dicho consorte o compañero de la gestante, consorte que devendrá de hecho padre del menor. De ahí que el Tribunal Supremo, sala 1.<sup>a</sup> en sentencia de 12 de mayo de 2011 reconozca a la antigua compañera *more uxorio* de la madre biológica la condición de «allegado» del menor y un derecho a relacionarse personalmente con éste, incluso con la misma extensión –derecho de visitas, comunicación, estancia y vacaciones– que si de una madre de Derecho se tratase, ello en razón de haberse convertido durante años en madre de hecho del menor (26).

---

(26) En todo caso, en cuanto al supuesto interés del menor, conviene recordar las razones por las que el legislador alemán –Ley de protección del embrión de 13 de diciembre de 1990– prohíbe la



Y considero que no solo la dignidad del hijo queda vulnerada en toda GpS, sino que la dignidad de la gestante queda asimismo maltrecha siempre. Su cuerpo es instrumentalizado como incubadora, lo que la denigra tanto como cuando es usado por otra persona como mero objeto de placer sexual. Y si el abuso del cuerpo de la mujer tiene lugar a cambio de dinero, se añade un motivo más de reprobación: una persona pudiente se prevale de su poderío económico y del estado de necesidad de la mujer, explotándola (27). En la GpS por precio, la causa del contrato, para

---

fecundación in vitro con óvulo de donante –es delito punible colocar en una mujer un ovocito no producido por ella misma–, puestas de manifiesto en el caso S. H. y otros contra Austria resuelto por el Tribunal Europeo de derechos humanos, primero en sentencia de la Sección 1.ª de 1 de abril de 2010 y después, en sentencia de la Sala 2.ª de 3 de noviembre de 2011. La primera estima que la misma prohibición contenida en la Ley austriaca de procreación artificial de 1992 es contraria al derecho al respeto a la vida privada –del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos–, en tanto que la segunda considera que no es incompatible con tal derecho pues entra dentro del margen de apreciación de los Estados. El Gobierno alemán, como tercero, hace las siguientes observaciones: separar la maternidad en madre biológica y madre genética conlleva que dos mujeres tienen parte en la creación de un niño, lo que constituye una novedad en la naturaleza y en la historia de la humanidad. La relación con la madre constituye un elemento importante en el descubrimiento de la identidad del niño. Éste tendrá grandes dificultades para asumir el hecho de que en términos biológicos dos mujeres han tomado parte en su procreación. La maternidad escindida y la ambigüedad de la identidad de la madre pueden dañar el desarrollo de la personalidad del niño, ir contra el bienestar e interés de éste. Pues bien, estos argumentos contrarios a la FIV heteróloga femenina –autogestación– son predicables en contra de la GpS –heterogestación– homóloga en que la comitente pone el óvulo. Si bien no podemos olvidar que la LTRA española permite la FIV con óvulo de donante, por lo que los citados argumentos no nos autorizan para sostener que la GpS homóloga vaya en contra del orden público internacional español. Los traemos aquí a colación más *obiter dicta* que *ratio decidendi*.

(27) Esta posición contraria a la GpS puede parecer paternalista cuando se demuestra que la mujer, mayor de edad y con plena capacidad, consiente consciente, voluntaria y «libremente» que otros usen o compren el uso de su cuerpo. Todos coincidimos en tener por digna toda decisión que sea libre –la libertad dignifica–, pero discrepamos a la hora de definir el concepto de libertad: unos la restringimos al buen uso de la misma, de modo que solo es libre quien se ordena al bien, en tanto que al concepto moderno de libertad, hijo del relativismo moral, le basta con la autodeterminación. Se podrá argüir que nadie puede imponer su idea del bien a una mujer que se debate si gestar para otro o no; sin embargo, primero, la libertad de la gestante para decidir gestar para otro no acaba en la persona de la gestante sino que alcanza a un tercero que es el niño que gestará, lo que nos devuelve a la cuestión de la dignidad de este niño; y, segundo, debería hacernos reflexionar el caso de recién nacidos que fueron dados por las parturientas en adopción irregular a matrimonios por miedo a ser madres solteras en la España predemocrática, arrepiñándose, con el andar de los años, de dicha renuncia. Acaso alguno de los «niños robados» que han saltado a los medios de comunicación encaje en dicho patrón. Y es que para una mujer que da a luz un niño resulta desgarrador y contra natura desprenderse del fruto de sus entrañas. De ahí la prudencia del artículo 177 Código Civil español que exige esperar treinta días contados desde el nacimiento para el válido asentimiento de la madre a la adopción por terceros. Toda entrega de su hijo que haga una madre le arranca parte de sí con grave secuela psicológica, mas no es lo mismo hacerlo en adopción regular, pasado dicho período de reflexión y por un motivo humanamente adecuado –como evitarle el desamparo al niño, reconociendo la madre biológica su propia incapacidad para criarlo y educarlo–, que ceder al hijo en adopción irregular, antes de dicho mes posterior al nacimiento –cuanto más si tiene lugar incluso antes del embarazo mismo, como sucede en la GpS– y sin un motivo humanamente adecuado –como sucede con el ánimo de lucro en la GpS retribuida o en la venta de menores; o como sucedió hace décadas con el mero temor al qué dirán de una madre soltera–. Y tampoco constituye motivo humanamente adecuado, a mi entender, la supuestamente altruista intención de darle un hijo a una pariente, en la GpS no retribuida, cuando la gestante tenga capacidad suficiente para criar al hijo que da a luz.

El bien de la gestante impone reconocerle el citado período de reconsideración de su renuncia a la maternidad y el derecho a desistir de su renuncia: por ello, toda renuncia irrevocable –como sucede en California– o revocable en lapso de tiempo demasiado corto habría de reputarse contraria al orden



quienes no crean en la ilicitud causal, atendiéndonos a lo que establece el artículo 1274 del CC para los contratos onerosos, es, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte. Lady Warnock, autora del célebre informe sobre TRA de mediados de los ochenta del siglo pasado en Inglaterra, sostuvo que la GpS es moralmente repugnante cuando el móvil es el dinero y no el amor, pervirtiendo la relación que debe existir entre una madre y su hijo. Así, en la ley mejicana de DF de 2010, la GpS ha de ser sin fin de lucro, para lo cual se prefiere como gestante a alguna pariente de los comitentes; solo cabe resarcir los gastos médicos y contratar un seguro médico para caso de muerte de la gestante si ésta deja personas que dependan económicamente de la misma. Pero el correr del tiempo también ha relativizado el citado reproche ético y ha ampliado considerablemente el ámbito causal de la GpS con argumentos de índole práctica. Así, el civilista Antonio J. Vela Sánchez (28) pretende que, *lege ferenda*, la GpS en nuestro país pueda ser objeto de una retribución razonable y adecuada, pues solo así surgirán mujeres que se presten a la misma, bajo el incentivo de aquélla y dado que en caso de gratuidad tan solo las parientes se suelen ofrecer como gestantes (29). Además, prosigue Vela Sánchez, si se pacta una retribución y se demora el pago de todo o parte de la misma hasta la entrega del nacido a los comitentes, se incentiva la entrega voluntaria por parte de la gestante, venciendo la resistencia de ésta a despojarse del fruto de sus entrañas. Ya hemos visto cómo la onerosidad de la GpS por pago de retribución a la gestante acerca peligrosamente el hecho al tipo delictivo del 221 CP y cómo puede ser un factor en contra de la idoneidad de la comitente para la adopción regular ulterior del nacido por parte de ésta.

El Tribunal Supremo español, en la tantas veces citada sentencia de 6 de febrero de 2014 (30) parece haber zanjado la cuestión de la relación de la GpS con el orden

---

público español. Como se ve, el profesor Heredia considera esta cuestión de la revocabilidad de la renuncia de la gestante como potencialmente contraria al orden público por ir supuestamente contra el interés del menor –dada la inseguridad jurídica que le supone no saber aún si la gestante será su madre o lo será el comitente: se cita el derecho del niño a una única identidad y filiación–, mientras que mi punto de vista es el opuesto: dicha revocabilidad es condición necesaria para la conformidad de la GpS con el orden público e interesa no tanto al menor cuanto a la gestante.

Por último, acerca de la crítica al paternalismo de quienes sostenemos que ha de tenerse por nula la renuncia que la gestante hace de su maternidad, el ordenamiento español muestra otros ejemplos de amparo al débil: la mujer –como el hombre– trabajadora por cuenta ajena que renuncia a ciertos derechos laborales se ve amparada por el Estatuto de los trabajadores que –art. 3.5 RDL 1/1995– considera indisponibles tales derechos, dada precisamente la vulnerabilidad de la trabajadora frente al empresario y nadie se escandaliza de la legislación tuitiva del empleado, que puede provocar que la mujer no sea contratada y pierda la posibilidad de su sustento. La mujer que renuncia a la maternidad por precio no es menos vulnerable frente al comitente.

(28) En su antes citada obra.

(29) Algo parecido, añadido yo, a la regla de 1988 de la no determinación de la filiación respecto de los donantes de gametos para las TTRA: el Constitucional la bendijo aduciendo que solo así se brindarían los ciudadanos a aportar esperma u óvulos a los bancos de gametos.

(30) La sentencia del Supremo la ha dictado la Sala Primera en Pleno jurisdiccional para unificar criterios –por un ajustado resultado de cinco votos a favor y cuatro en contra, incluido en contra el del magistrado Seijas a quien inicialmente se encomendó la ponencia, que finalmente corrió a cargo del magistrado Sarazá. Al ser sentencia del Pleno, parece que quedan vinculadas las secciones de dicha Sala en adelante, según el criterio no escrito y ajeno a lo dispuesto por el artículo 264 de la LOPJ: el magistrado ponente, en futuros casos sobre GpS, puede y debe pedir al Presidente que se vuelva a reunir el Pleno para revisar el criterio establecido en la sentencia plenaria anterior, si pretende separarse de la doctrina de ésta, afirma el Catedrático de Derecho Civil Lorenzo Prats. Con todo, no ha habido

público internacional español. Considera que el artículo 10 LTRA constituye e integra el orden público internacional español en la materia, que define como «el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España y los valores y principios que éstos encarnan». Considera que estos valores y principios propios de nuestro ordenamiento jurídico coinciden en este punto con los de otros «países de nuestro entorno jurídico más próximo, entendiendo por tal la Unión Europea: en un número considerable de ellos la GpS no está permitida, siendo prácticamente unánime su prohibición cuando tiene carácter oneroso». Ello a diferencia del caso de la adopción monoparental de la sentencia de 28 de junio de 2007 de Wagner contra Luxemburgo del Tribunal europeo de derechos humanos, en que la legislación prohibitiva luxemburguesa era excepcional en el marco de la Unión Europea. Considera el Supremo que la generalización de la adopción, incluso internacional y los avances en las técnicas de reproducción asistida no puede conducirnos a aceptar que se vulneren la dignidad no solo del menor –cuyo interés consiste en no ser objeto de tráfico mercantil– sino también de la mujer gestante –cuya pobreza o estado de necesidad puede resultar explotados–; no cabe tampoco que puedan surgir intermediarios que hagan negocio. En definitiva, rechaza el Alto Tribunal la mercantilización de la gestación y la filiación, así como la cosificación de la gestante –reducida a incubadora, añadido yo– y del niño –reducido a mercancía, añadido yo–, y que se cree una especie de «ciudadanía censitaria» en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población». Recuerda cómo los instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional –art. 4 del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993– velan por evitar el tráfico de niños, por que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente después del nacimiento del menor y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna. Y señala que el orden público ha de atenuarse a menos que la vinculación de la situación jurídica con el Estado extranjero sea completamente artificial, fruto de la huida de los solicitantes del ordenamiento español –como era el caso de la sentencia, en que los dos varones eran nacionales y residentes en España, desplazados a California únicamente para sortear el art. 10 LTRA–. Recuerda cómo, pese al cambio legislativo que supuso la Ley 14/2006 respecto de la primera LTRA de 1988, dicho artículo 10 permaneció idéntico. Y cómo hasta los recurrentes reconocen la contrariedad al orden público español de su contrato de GpS, que impediría considerarlo válido y ejecutar en España, si bien afirman los recurrentes que la inscripción de la filiación es solo una consecuencia periférica, cuando lo cierto es que se trata de la consecuencia directa y principal del contrato.

En honor a la verdad, aunque el Supremo, al identificar el artículo 10 LTRA –que habla de gestación para otra persona «con o sin precio»– con el orden público español, parece entender repudiable cualquier GpS, a la hora de justificar dicho repudio, solo encuentra reprochable la que se hace a cambio de dinero. No argumenta apenas en contra de la gratuita, cuya tacha reside en puentear la adopción y en tratar al niño como objeto regalable. Y no distingue en su rechazo de la gestación por encargo según que ésta sea homóloga o heteróloga. De modo que, siendo por precio, el Supre-

---

reiteración –es una única sentencia en la materia–, por lo que no entraña jurisprudencia, artículo 1.6 CC.

mo censuraría incluso la homóloga –que vimos que acaso no incurre en el delito del 221 CP, pero nosotros consideramos contraria al orden público español por prescindir de la adopción y entrañar lucro–. Pero queda la duda de qué diría el Supremo de una GPS como la de Méjico DF –gratuita y homóloga– o incluso de la gratuita pero heteróloga, habida cuenta de que nuestra LTRA admite toda TRA heteróloga.

En cuanto al interés superior del menor, el Supremo critica la postura de la DGRN para quien dicho interés exige siempre que el menor quede al cuidado de los comitentes, y es que ello llevaría a concluir que 1.º el legislador español al atribuir la maternidad a la gestante ha vulnerado dicho interés superior del menor y 2.º que habríamos de admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados en buena situación económica respecto de niño de familia desestructurada o depauperada, cualquiera que hubiese sido el medio por el que lo hubiesen conseguido –compra de niños, añadido yo–. Dicho interés del menor serviría para hacer tabla rasa de cualquier vulneración y al juez para alcanzar cualquier resultado desvinculado del sistema de fuentes y del imperio de la ley. Hay cambios del ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el Parlamento, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo. No reconocer la filiación en la GpS puede perjudicar al menor, pero también reconocerla al convertirlo en objeto de tráfico mercantil. El Código Civil permite impugnar la filiación de un menor, privándole de la filiación, sin tener que fijar simultáneamente otra filiación alternativa. El interés del menor no es el único bien jurídico a proteger: también está la dignidad e integridad moral de la gestante. No se vulnera el derecho del menor a una identidad única, la californiana, porque el menor carece de una verdadera vinculación con California, siendo toda su vinculación solo con España. No se ha probado que alguno de los comitentes aportara los gametos ni cuál de ellos lo hiciera. Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones y figuras jurídicas que permiten –la formalización jurídica de– la integración real de los menores en su núcleo familiar «de facto», como el acogimiento familiar o la adopción –para el comitente que no sea padre biológico, añadido yo– y el artículo 10 LTRA permite al padre biológico –si lo es uno de los comitentes– reclamar la paternidad. Y el Supremo insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para dicha integración.

Por lo demás, el voto particular (31) analiza las tendencias actuales en el plano nacional e internacional –Conferencia de Derecho Internacional de La Haya de 10 de marzo de 2012 sobre GpS– para regularizar y flexibilizar la GpS, aduce el reconocimiento de ciertos efectos por la jurisdicción social, pero, sobre todo, sigue a pies juntillas la postura que luego veremos de la DGRN para permitir la inscripción, básicamente la tesis de no ha de aplicarse el artículo 10 LTRA ni juzgarse la legalidad de la resolución extranjera, pues la filiación ya viene determinada por una autoridad extranjera, y se trata tan solo de reconocer en España una decisión foránea válida conforme a la ley extranjera. Entiende el voto particular que el problema se traslada a resolver si la decisión extranjera contraría o no el orden público internacional. Y considera que el orden público internacional ha de enfocarse exclusivamente desde el interés superior del menor. Llega a afirmar este voto que no se ha probado que existan beneficios económicos indebidos o intermediarios,

---

(31) Del magistrado Seijas Quintana, al que se adhieren los magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol.

por lo que no ve afectada la dignidad de comitentes, gestante –no se puede subestimar su capacidad de consentir ante un Juez– y menores, a los que «se procura una familia». Según este voto, el no reconocimiento de la filiación les deja en un limbo jurídico incierto, les perjudica, abocados a situaciones de desamparo, privándoles de su identidad y núcleo familiar.

Como se ve, los magistrados del voto discrepante no tienen en cuenta, en primer lugar, que el interés del menor pueda consistir en no ser objeto de mercantilización, y en segundo lugar, que dicho interés no cabe presumir que se respeta tan solo por el hecho de ser los comitentes «padres de deseo», por haber encargado y promovido la concepción y gestación del menor. Precisamente para discernir si es o no de interés para el menor que el comitente que no es padre biológico devenga padre legal, está el procedimiento de adopción, en que, al menos, un juez analiza la idoneidad de tal comitente en el caso concreto, con muchos más medios de prueba que el Encargado del RC llamado a inscribir la filiación, quien maneja solamente «papeles», documentos extranjeros, sin ver siquiera al menor «de carne y hueso» –expresión ésta empleada por los minoritarios–.

## VII. GPS EN EL EXTRANJERO

La GpS está prohibida por la ley española, al menos cuando se practica en España. Pero ¿y cuando tiene lugar en otro país cuyas leyes la admiten?. Como es sabido, la DGRN permite la inscripción en el Registro Civil español de la filiación a favor de los comitentes sin necesidad de adopción ulterior, directamente en virtud del convenio de GpS. Pero, en primer lugar, la sentencia del Supremo se alza ahora como escollo, a mi juicio, insalvable para dichas inscripciones cuando la GpS es onerosa; y, en segundo lugar, el Registro Civil no agota toda la realidad jurídica de la GpS habida en el extranjero o en España; de hecho, solo es un instrumento de publicidad de la filiación, en este caso de la surgida de la gestación por encargo. Luego también importa saber si en la realidad extrarregistral cabe o no la determinación legal de la filiación a favor de los comitentes por virtud de contratos de GpS celebrados y ejecutados fuera de nuestras fronteras. Pero hasta ahora no parece haber jurisprudencia sino relativa al aspecto registral de la cuestión (si dejamos aparte la referida a los permisos y subsidios por maternidad): no ha habido, que nosotros sepamos, por ejemplo, un juicio ordinario en que se ejercite por la gestante una acción de impugnación de la paternidad-maternidad del comitente y reclamación de su maternidad. Ello en el plano judicial. El extrajudicial, de la llamada seguridad jurídica preventiva, de notarios y registradores de la propiedad, lo veremos más adelante.

## VIII. INSCRIBIBILIDAD EN EL REGISTRO CIVIL

La DGRN ordenó inscribir la filiación a favor de los comitentes de una GpS habida en California sin pasar por una adopción, por vez primera en un caso concreto en la Resolución de 18 de febrero de 2009 a favor de un matrimonio de dos

hombres españoles. Para ello, aplicó el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, bajo el argumento de que no era un problema de ley aplicable sino de reconocimiento en España de una certificación registral extranjera. Estimó que no era aplicable, por ello, el artículo 10 LTRA española, que la GpS no era contraria al orden público internacional español –no hería la cohesión moral y jurídica de nuestra sociedad, pues cabe la adopción por matrimonios homosexuales–, que era lo más conforme al interés superior de los menores implicados, que tenían derecho a una identidad única, sin que sus padres fueran distintos al cruzar la frontera de EE.UU. a España y que los matrimonios de dos hombres no podían verse discriminados negativamente frente a los de dos mujeres que pueden acceder a la filiación ambas por el consentimiento de la consorte.

Tres sentencias, a las que venimos aludiendo, de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 Valencia, de 23 de noviembre de 2011 de la Audiencia Provincial de Valencia y 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo, han revocado unánimes dicha Resolución de la DG, ordenando que se cancele la inscripción ya practicada –no la de nacimiento, ni la de paternidad a favor del padre biológico sino la de copaternidad a favor del cónyuge de éste–. Aplican la ley española, el artículo 10 LTRA, por exigirlo inequívocamente el artículo 23 de la LRC de 1957, que permite practicar la inscripción en virtud de certificación de asientos registrales extranjeros, sin necesidad de previo expediente siempre que no haya duda de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española. Luego, no se puede eludir la cuestión de la ley aplicable ni la aplicación del artículo 10 LTRA si lo que se presenta es una certificación registral extranjera. En todo caso, aunque fuera aplicable la ley californiana, estiman que se infringe el orden público internacional español, pues la dignidad del niño y la de la gestante impiden que pueda ser objeto de comercio un ser humano y la capacidad gestante. Además, la conexión de la pareja de españoles con California es inexistente. No hay discriminación respecto de parejas de mujeres pues éstas tampoco pueden acceder a la GpS lícitamente. Lo demás ya lo hemos expuesto al hablar del orden público.

Entre las citadas sentencias de 1.ª y 2.ª instancia, la DGRN hace un nuevo intento de permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante GpS, esta vez no para un caso concreto sino con carácter general, mediante la Instrucción de 5 de octubre de 2010, que trata de regular las condiciones específicas para el reconocimiento de resoluciones extranjeras sobre GpS. Esquiva el artículo 23 de la LRC de 1957 porque, cambiando de criterio, la DG rechaza como título apto para la inscripción la certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica en la que no conste la identidad de la gestante, admitiendo esta vez únicamente una resolución judicial de tribunal extranjero competente que determine la filiación a favor del comitente. Y distingue según que la resolución judicial derive de jurisdicción contenciosa –del ejercicio de acciones procesales sobre filiación– o de jurisdicción voluntaria.

En el primer caso, exige el *exequatur* ante Juez de primera instancia conforme a la LEC de 1881. Lo que no parece tener en cuenta la DG cuando impone este requisito es que el artículo 954 de dicha ley procesal establece que para que las ejecutorias tengan fuerza en España –a falta de Tratado internacional y a falta de reciprocidad– la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido ha de ser lícita en España y ya sabemos que la GpS no lo es (art. 10 LTRA). El efecto seme-

ja al orden público español (art. 12.3 CC): no se aplica la ley ni la sentencia extranjeras que amparan la GpS (32), (33).

En cambio, en el segundo caso, de ser una resolución de jurisdicción voluntaria, por un lado, se toma la precaución de imponer un control incidental por parte del encargado del Registro Civil que, entre otros extremos, comprobará que el consentimiento de la gestante haya sido prestado libre de vicios y con carácter irrevocable o no revocado, de modo que no se vulnera el interés del menor ni el de la gestante. Se da por sentado que no toda GpS es contraria *per se* al orden público español. Y no hay control de ningún tipo sobre la idoneidad de los comitentes, como habría en caso de someterse a un procedimiento de adopción, que es lo que la reseñada sentencia de la Audiencia de Valencia requiere para que quede determinada la filiación a nombre de los comitentes.

La Instrucción ha sido criticada por razón de la discriminación elitista que establece indirectamente a favor de parejas que pueden económicamente permitirse acudir al extranjero a por una GpS frente a las que han de quedarse en casa sin poder beneficiarse de la misma, pero, sobre todo, se ha denunciado que suplanta al legislador intentando legalizar la GpS practicada en el extranjero sin modificar el artículo 10 LTRA (34).

(32) Así, por Auto 1341/2012, de 3 de diciembre, la Audiencia Provincial de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto por don Sabino –comitente– contra el Auto de 29 de diciembre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 46 de Madrid, por el que dispuso no haber lugar al reconocimiento mediante exequátur de una sentencia de 2009 de un Tribunal de Colorado (EE.UU.): pedía don Sabino la ejecución y cumplimiento de dicha sentencia y la inscripción en el Registro Civil español de dos niñas nacidas mediante GpS. La Sentencia explicitaba que don Sabino sería, una vez nacidas las niñas –la sentencia se produjo durante la gestación–, el único padre legal, excluyendo de la patria potestad a Belinda –la gestante– y a Florian –marido de ésta– y ordenaba que las partidas de nacimiento no incluyesen nombre alguna para la madre de las niñas. Pues bien, la Audiencia Provincial de Madrid, siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal, arguyendo que, dados los términos de los puntos 1 y 2 del artículo 10 de la Ley 14/2006, «no concurre el requisito establecido en el n.º 3 del artículo 954 de la LEC de 1881». Esto es, la Audiencia considera que la GpS no es lícita en España y, por ello, no procede el exequátur.

(33) Con todo, ya ha habido una Jueza –Mónica Gómez Ferrer– de Primera Instancia, la del juzgado n.º 1 de Pozuelo de Alarcón que ha concedido –en Auto de 25 de junio de 2012– el exequátur a una sentencia extranjera –del Tribunal Superior de Justicia de California, Condado de San Diego– que declara a una mujer española madre legal y único «progenitor» –ausencia de padre– de dos menores, nacidos de GpS, considerando que «en cuanto a ir en contra del orden público, estése al interés de mayor protección, en este caso son los menores, los cuales no se les puede privar del acceso al Registro Civil español, siendo requisito previo para ese acceso la obtención del exequátur». Esta sentencia de Jueza de Primera instancia parece, por lo que calla, alinearse con los autores que sostienen que la GpS no es ilícita, no está prohibida en España, o bien, de estarlo, debe ceder la prohibición ante el interés de los menores. ¿Y cómo se atreve a prejuzgar como obvio que es de interés para los menores figurar en el RC español como hijos de la comitente?. ¿Acaso no interesa asimismo a los menores que no se les trate como objetos de comercio?. ¿Es que dejan ser hijos de la comitente ante el Derecho Californiano si no se inscriben en el RC español?. ¿No puede esperarse al resultado de un procedimiento de adopción para lograr tal inscripción?

(34) La Administración pública ha de actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, artículo 103.1 de la Constitución Española y la misma Constitución –art. 9.3– garantiza la jerarquía normativa. Los funcionarios todos en general, y los encargados de los registros civiles consulares y del central, en particular, tienen el deber de observancia de la ley, con el consiguiente derecho-deber de examinar la legalidad de las órdenes a ellos dirigidas y de inaplicar las ilegales, pues, con García de Enterría, no hay –o no debería haber– dos ordenamientos jurídicos: uno que afecta a los ciudadanos y jueces en el que rige la superioridad de la ley y otro para los funcionarios en que dicha superioridad legal no existe. Con todo, si un funcionario recibe una orden ilegal de su superior jerárquico,



Más de diez Resoluciones de la DGRN de 2011 –empezando la de 3 mayo y terminando la de 22 diciembre–, han aplicado la Instrucción de la DGRN de 2010 a casos concretos de GpS habida en el extranjero. La gran mayoría han ordenado la inscripción de la filiación a favor de los comitentes en el RC español –la 5.<sup>a</sup> de 6 de mayo, desestimó el recurso, porque, siendo GpS en la India, se trataba de un hombre español no emparejado que presentó no una resolución judicial sino mera certificación registral donde figuraba como padre biológico del menor sin mención de la madre: el padre primero reconoció que el menor nació previa GpS, para luego alegar que fue fruto de relación extramatrimonial–. Una de las RR, la 3.<sup>a</sup> de 9 mayo, mandó inscribir la paternidad a favor del comitente, un hombre español no emparejado, que acudió a una donante de óvulo y a un vientre de alquiler, median-do resolución judicial a favor del comitente y desligando a la gestante y a la donante de toda filiación sobre las dos mellizas. Otras de las RR, 12 y 22 diciembre, son a favor de hombre y mujer emparejados entre sí. Todas las restantes, la mayoría pues, son a favor de dos hombres emparejados entre sí, pero la DG ya no comete los errores argumentales de la R. 18 de febrero de 2009; por un lado, ya no presenta la GpS cual remedio a la discriminación negativa de las parejas de hombres frente a las de mujeres –que gozan de la vía abierta por el art. 7.3 de la LTRA desde 2007–; por otro lado, deja de afirmar que no puede ser contraria al orden público español la GpS a favor dos hombres por el hecho es ser lícita la adopción por matrimonios de varones.

La DG, ya desde su primera R. de 2009, pasando por la Instrucción de 2010 y llegando a las muchas RR de 2011, siguen un principio indiscutido por los internacionalistas y respetado por la nueva LRC –art. 96–: el de que, cuando se pide la inscripción de sentencia extranjera en el RC, no se persigue de las autoridades españolas una tutela declarativa, para cuya adecuada prestación deba recurrirse a la normativa conflictual del artículo 9.4 CC a fin de identificar un ordenamiento nacional aplicable, que, como veremos, en la mayoría de los casos, es la ley española –y no otra que el art. 10 LTRA–; sino que lo que se pretende del encargado del RC consular es una tutela por reconocimiento de una resolución judicial extranjera que declara una relación de filiación. Lo que sucede es que dicho reconocimiento

---

está obligado a obedecerla por mor del principio organizativo jerárquico que rige en la Administración. Además, cuando entre en vigor en verano de 2014 la nueva Ley del Registro Civil, los encargados del RC ya no se encontrarán con que, por un lado, una norma legal –el art. 10 LTRA– les prohíbe inscribir y, por otro lado, una norma reglamentaria de su superior jerárquico –la Instrucción de la DGRN– les impone inscribir; sino que se enfrentarán en antinomia aún más difícil de resolver dos normas de idéntico rango legal: de un lado, el ya visto artículo 10 LTRA, que les veda registrar, y de otro lado, el artículo 96 nueva LRC, que, como veremos, les obligará a inscribir. Ya no tendrán tales encargados escapatoria alguna para inaplicar la Instrucción DG: habrán de inscribir y así dejarán de aplicar la LTRA. Les quedará tan solo el consuelo de que los jueces sí aplicarán la LTRA y podrán ordenar la cancelación de las inscripciones. Y en todo caso, siempre pueden decir que cumplieron con el principio de legalidad del artículo 13 de la nueva LRC, por el que los encargados del RC comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten. Y es que podrán decir que cumplieron con verificar la legalidad porque, aunque no aplicaron la legalidad española, sí lo hicieron con la legalidad extranjera del Estado donde tuvo lugar la GpS. Pero es tal el desprecio de la DG en algunas de las RR de 2011 que citaremos por la ley norteamericana aplicable que en la R. de 12 de diciembre de 2011 se permite ocultar el Estado de EE.UU. cuya ley sería aplicable, apuntando tan solo la inicial «O» como nombre de dicho Estado, por lo que el lector de la Resolución no sabrá ni alude a Ohio o a Oregón, ni, por ende, si la ley de dicho Estado permite o no la GpS.



de cara a su inscripción en el RC, por mor de los efectos no menores de la inscripción en el RC, a nuestro juicio, debería ser a título principal y no meramente incidental y no evitar la cuestión de la ley aplicable.

La DG vuelve con las RR de 2011 al argumento del interés superior del menor que ya esgrimió en la R. de 2009, olvidando que, como señaló la sentencia de la AP de Valencia, la prohibición de la GpS en el artículo 10 LTRA precisamente busca dicho interés, pues a los menores lo que les conviene es que no se les trate como objetos de comercio ni para satisfacer anhelos de paternidad de adultos. Y cree la DG que se satisface dicho interés –con poco se conforma la voluntarista DG– cuando concurren los dos siguientes requisitos:

1.º que los comitentes españoles sean declarados padres del menor por la resolución judicial extranjera presentada a inscripción: a veces los términos en que se expresa la resolución en tal sentido resultan pintorescos desde el punto de vista español; así en la R. de 3 de mayo de 2011, la resolución declara que los comitentes ostentan la custodia conjunta, total y exclusiva, legal y física, inmediata desde el momento del nacimiento de la menor y permanente sobre ésta, lo que, a juicio de la DG, le asegura al menor que recibirá el cuidado y protección necesarios para su bienestar, de acuerdo al artículo 3 de la Convención de 20 noviembre 1989 sobre los derechos del niño. Y

2.º la ruptura absoluta del vínculo del menor con la madre gestante, que garantiza el derecho de los menores a disponer de una filiación e identidad única, válida para todos los países, dice la DG. Las resoluciones judiciales de las RR de 2011 se expresan en términos tales como que la gestante y su marido o pareja no tendrán ningún derecho, ni obligación ni responsabilidad sobre el niño y cualquier derecho que pudiera tener queda revocado por la resolución judicial.

En cuanto a la mujer gestante, la Instrucción de 2010 de la DG impone como requisito a comprobar la existencia de una verdadera libertad de vicios en la formación interna de la voluntad de la gestante a la hora de renunciar a la maternidad, es decir, que haya renunciado sin mediar error, dolo, violencia, intimidación o coacción, requisito que luego a la hora de la verdad, muchas de las RR de 2011 ningunean: lo comprueba la de 3 mayo –que verifica incluso que tenía la gestante capacidad natural suficiente– pero ni se menciona en la 6.ª de 6 mayo.

Las RR de 2011 no siempre tocan uno de los puntos cardinales que señaló la Instrucción de 2010 de la propia DG a la hora del reconocimiento incidental de las resoluciones judiciales extranjeras sobre GpS: la revocabilidad de la renuncia de la gestante. Parece dar por supuesto que en todos los Derechos extranjeros aplicables y aplicados, el consentimiento de la portadora era irrevocable. Nada dice la R. 6.ª de 6 mayo 2011 sobre GpS en Chicago sobre esta cuestión. En cambio, la de 3 mayo 2011, cuyo caso es de California, sí que habla de renuncia irrevocable y ciertamente parecer ser siempre irrevocable para el Código de Familia de California, dado que, en su artículo 7962, se admite que la resolución judicial se produzca incluso antes del nacimiento. De hecho, en la mayoría de las RR de 2011 relativas a California, las sentencias son anteriores, en varios meses a veces, al alumbramiento de los nacidos. Lo cual solo puede deberse a la irrevocabilidad de la renuncia que la gestante formalizó ante notario en el contrato de GpS antes del embarazo, pues, de lo contrario, de ser revocable en California dicha renuncia, la sentencia

declarativa de la filiación a favor de los comitentes necesariamente habría de respetar cierto plazo de revocación y ser posterior al nacimiento. Pero ya he citado el caso de la R. de 12 de diciembre de 2011 en que la DG oculta el nombre del Estado de EE.UU. cuya ley sería aplicable, por lo que ignoramos si la ley de dicho Estado configura la renuncia de la gestante como revocable o no y qué plazo concede para, en su caso, revocar.

Es en todo caso preciso que se presente resolución judicial, sin que baste certificación registral extranjera. En la mayoría de los casos de las RR 2011, lo presentado era la certificación registral, pero la DG, en diligencia para mejor proveer, reclama que se aporte por los interesados la resolución judicial extranjera en que se basó la certificación presentada. Y éstos la aportan y la DG alega razones de economía procesal para no retrotraer el expediente al momento de presentar el recurso y resuelve con la nueva documentación aportada. Mayores facilidades por parte de la DG no caben.

En segundo lugar, la DG comprueba que la resolución judicial se haya dictado en procedimiento no litigioso, de suerte que el encargado del RC esté habilitado para reconocerla con carácter previo a la inscripción. Si bien, como luego veremos, tampoco importaría que la resolución hubiese recaído en procedimiento contencioso, porque la sentencia puede no solo ser objeto de exequátur por juez de primera instancia sino también reconocida como cuestión incidental por los encargados del RC.

En tercer lugar, el juez extranjero que haya dictado la resolución judicial presentada a inscripción ha de ser competente, gozar de la llamada competencia judicial internacional, para darse la cual basta con que la haya dictado el juez del lugar donde haya nacido el menor y donde tenga su residencia la gestante, puntos éstos de conexión que se daban en todas las RR de 2011 y que determinan una proximidad razonable del juez con el asunto y, por ende, la tutela judicial efectiva para los interesados.

No parece haber tenido en consideración la DG en sus muchas RR de 2011 sobre GpS el factor que menciona en su Instrucción de 2010 del posible tráfico internacional de niños que la gestación por encargo en el extranjero, si se simula, puede esconder. Para evitar dicho tráfico, el contrato entre gestante y comitente ha de ser de fecha anterior no solo al nacimiento sino al comienzo del embarazo, que empieza con la transferencia intratubárica de gametos, o con la del embrión formado *in vitro* o, en su caso, la de la inseminación artificial, pues, de ser el contrato posterior a la preñez, el contrato deja de ser de GpS para convertirse en la odiosa compra de un niño o de un futuro niño. Para que la fecha del contrato sea fehaciente, el contrato ha de «notarizarse» –como dice la sección 7952 c del Código de Familia californiano–, es decir, formalizarse en escritura pública notarial –como exige la ley de maternidad subrogada de México DF de 2010–. En nuestro país, Antonio J. Vela Sánchez, civilista, (35) propugna la legalización de estos contratos, sugiriendo igualmente la forma notarial como esencial. La fecha de la técnica de reproducción asistida la puede certificar la Clínica donde se practique. Pues bien, dichas Resoluciones de la DG parecen dar por sentado que el contrato precede al embarazo en cada caso concreto resuelto, pues ni se plantean este problema. No

---

(35) En su libro antes citado.

consta que cada contrato se formalizara ante notario y, por ende, no es fehaciente su fecha –que ni siquiera consta en el texto de las RR de la DG–, por lo que podrían esconder compras de niños pactadas durante o tras el embarazo y predatadas convenientemente para dar la apariencia de verdaderos contratos de GpS.

La sentencia del Supremo ha supuesto la puntilla a la Instrucción DGRN de 2010, en la medida en que ésta se conforma con un orden público mínimo –que la GpS esté libre de vicios del consentimiento, que se respete la revocabilidad de la renuncia de la gestante, etc–, en tanto que aquél aplica un orden público máximo –toda GpS, o, cuando menos, la remunerada es *per se* contraria al orden público–; de modo que, ya se acuda al método de la ley aplicable ya al de reconocimiento de decisión extranjera, el orden público se alza cual obstáculo infranqueable a la inscripción en el RC de la paternidad-maternidad a favor del comitente que no es padre biológico, a menos que adopte al menor. Y todas las inscripciones ya practicadas, en tanto que contrarias al orden público, en consecuencia, se han practicado indebidamente y procede su cancelación.

## IX. LA NUEVA LEY DEL REGISTRO CIVIL

¿Cambiará nuestro Derecho el 22 julio 2014 cuando entre en vigor la nueva LRC 20/2011, de 21 julio, en punto a la posibilidad de inscribir la filiación surgida de GpS practicada en el extranjero?

Para entonces ya no regirá el artículo 23 LRC de 1957 de modo que, *primaefacie*, la certificación registral extranjera ya no tendrá que cumplir el requisito de respetar la ley española, pero el artículo 98 de la nueva LRC, para inscribir en virtud de dicha certificación, impondrá, al menos, los dos siguientes requisitos:

1.º que la inscripción no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. Hasta la sentencia del Supremo no podía decirse que la GpS fuera manifiestamente incompatible con nuestro orden público: un buen número de autores, así, Santiago Álvarez González desde el Derecho Internacional Privado, Manuel Atienza Rodríguez desde la Filosofía del Derecho, Antonio J. Vela Sánchez desde el D Civil, defienden la compatibilidad tanto como la DGRN. Las tres sentencias que revocan la R. 18 febrero 2009 DG, especialmente la del Alto Tribunal, ponen de manifiesto, empero, la incompatibilidad, al menos, cuando la GpS sea por precio. Y

2.º que el hecho –la GpS– sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas del Derecho Internacional Privado. Como vemos la nueva LRC, frente a la anterior, ya no remite directamente a la ley española. Pero la norma de conflicto no puede ser otra que la del artículo 9.4 CC, por la que la filiación se rige por la ley personal del hijo y, si ésta no pudiera determinarse, por la de su residencia habitual. Pues bien, si tomamos como ejemplo el caso de la R. 18 febrero 2009 o el de la mayoría de las RR de 2011, la ley aplicable es la española, pues los niños nacen de los gametos de uno de los dos hombres españoles (establece el art. 17 CC que son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles, y repárese que no habla de los hijos de españoles sino de los nacidos de espa-

ños, es decir, los que proceden genéticamente de éstos) y, por si fuera poco, los niños son traídos a España, donde residen.

Luego, tampoco con la nueva LRC se conseguirá desde el 22 de julio de 2014 la inscripción en virtud de certificación registral extranjera, a menos que «la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa», en cuyo caso el párrafo 2.º del mismo artículo 98 LRC dispone que «será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley», que en seguida veremos. Como indica Iván Heredia Cervantes, es el caso de la certificación registral californiana de la R. 18 de febrero de 2009 DGRN, en que los dos hombres cometieron el error de empecinarse en inscribirla cuando subyacía una resolución judicial –como en toda GpS en California– y ésta sí habría sido título para inscribir en el RC español. Lo que a la luz de la sentencia del Supremo es discutible ya que juzga contraria al orden público la decisión californiana sea ésta judicial o registral.

Al mismo resultado de la certificación registral extranjera que no traiga causa de una resolución judicial extranjera, se llegará si lo que se presenta a inscripción es un documento extrajudicial extranjero, por ejemplo, una escritura notarial mejicana del DF de contrato de GpS, pues el artículo 97 nueva LRC impondrá los mismos dos requisitos antes vistos para la certificación registral extranjera: que no haya incompatibilidad manifiesta con el orden público español –vimos cómo la hay, a menos, tal vez, que sea gratuita la GpS– y que el hecho sea válido para la ley que designe la norma de conflicto española –que, en la mayoría de los casos, será la española–.

Con todo, si para el 22 de julio de 2014 sigue vigente la Instrucción de la DGRN de 2010 –tocada de muerte, como vimos, por la sentencia de Supremo–, se planteará la duda de si la certificación registral extranjera y el documento extrajudicial extranjero no servirán como títulos formales para la inscripción, como dispone la Instrucción o si, por el contrario, valdrán por admitirlos los artículos 97 y 98 de la nueva LRC con carácter general, no para la GpS en particular sino para cualquier otro hecho inscribible en el Registro Civil. Tengo para mí que prevalecerá la LRC como ley posterior y norma de mayor rango: serán títulos formales para inscribir también la filiación derivada de GpS, pero fracasarán los títulos materiales tanto si resulta aplicable la ley española de TRA como si se aplica la extranjera, contraria al orden público español, al menos, si la GpS es onerosa.

¿Y si, desde el 22 julio 2014, la inscripción se intenta en virtud de resolución judicial extranjera, que, como vimos, es el único título apto para la inscripción de nacimientos por GpS según la Instrucción de la DGRN de 2010? El artículo 96.2 de la nueva LRC establece que la inscripción se podrá instar: 1.º previa superación del trámite del exequátur conforme a la LEC de 1881 y 2.º ante el encargado del Registro Civil, quien verificará, entre otros extremos de orden procesal, que la inscripción no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español (36).

---

(36) No puede tratarse de dos requisitos cumulativos sino alternativos –de modo que basta con cumplir uno de ellos–, porque, en primer lugar, a continuación establece dicho artículo que, contra la resolución del encargado del RC, los interesados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o interponer recurso ante la DGRN. Y, en segundo lugar, se antoja absurdo postular que concurran las

Cabe augurar que, si se intenta el *exequátur*, no prosperará por disponer el artículo 954.3 de la LEC de 1881, como vimos, que la obligación ha de ser lícita en España. Y, si se intenta el control incidental del encargado del RC, tampoco ha de prosperar, dada la incompatibilidad con el orden público español manifestada por la sentencia del Supremo, al menos, cuando la GpS sea por precio.

En todo caso, el método del Derecho Internacional Privado, hoy tan en boga, del reconocimiento de resoluciones extranjeras, como alternativo al método tradicional de la ley aplicable, aspira a consolidar las situaciones surgidas en el extranjero conforme a la ley foránea y evitar que sean claudicantes al cruzar la frontera. Pero nunca puede impedir que finalmente claudiquen, pues, aunque extrajudicialmente, ante el Registro Civil español, acceda la filiación por GpS a inscripción en España, siempre podrá la gestante reclamar la maternidad para sí cuando la ley aplicable sea la española, en aplicación de los artículos 9.4 CC y 10 LTRA, ello en el plano judicial, ordenándose la cancelación de la inscripción. Y, actúe o no la gestante, como apunta el profesor Vela Sánchez (37), «corresponde, en su caso, al Ministerio Fiscal el restablecimiento de la legalidad mediante el ejercicio de la correspondiente acción judicial, solicitando la cancelación de los asientos registrales de nacimiento extendidos en base a una resolución judicial extranjera –o española– y cuyo contenido no se adecue a la legalidad española, que prohíbe expresamente la determinación de la filiación derivada de convenio de gestación por encargo (art. 10 de la LTRHA)».

Es lo que sucedió con la inscripción practicada por orden de la ya citada R. 18 febrero 2009 DGRN: el fiscal la impugnó y se canceló por orden de las tres indicadas sentencias, solo que, en dicho supuesto, el asiento se registró mediante certificación registral californiana y ahora se trata de que los fiscales ataquen inscripciones practicadas mediante resoluciones judiciales de California y de otros Estados, ya se hayan producido por orden de Resoluciones de la DGRN –como las citadas de 2011– ya espontáneamente por los encargados de los Registros Civiles consulares, quienes ya habrán aprendido, después de leer dichas tan numerosas Resoluciones de 2011 de la

---

dos vías posibles de homologación de resoluciones judiciales extranjeras –albarda sobre albarda–, cuando lo lógico es que baste con acudir a una o a la otra.

Pudiera parecer a primera vista que puede elegirse entre una u otra vía de homologación, cualquiera que sea el procedimiento en que haya recaído la resolución a homologar, cual si fueren indistintas, fungibles, pues la nueva LRC, a diferencia de la Instrucción de la DGRN de 2010, no reserva expresamente el *exequatur* para las resoluciones de jurisdicción contenciosa y el reconocimiento para las de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, el Tribunal Supremo tiene establecida la doctrina (36) por la que las diferencias de dichos actos de jurisdicción voluntaria con los de la contenciosa –no producir efecto ejecutivo ni de cosa juzgada material– vetan cualquier intento de aplicación siquiera analógica del procedimiento previsto en los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil –el de *exequátur*– y desplazan la cuestión de la homologación de los actos de jurisdicción voluntaria al reconocimiento por vía incidental por el órgano o autoridad ante la cual quieran hacerse valer los particulares efectos que se deriven de él. De modo que cuando el legislador en el artículo 96 de la LRC de 2011 prevé que, contra la resolución del encargado del RC –contraria al reconocimiento incidental–, el interesado podrá solicitar el *exequatur* de la resolución judicial, hemos de entender que se refiere únicamente a resolución judicial recaída en litigio, de suerte que, en el caso de tal resolución contenciosa, puede ora solicitarse directamente el *exequátur*, ora intentarse primero el reconocimiento incidental (36) y si fracasa éste, el *exequatur*. En cambio, siendo la resolución de jurisdicción voluntaria, solo cabe pedir el reconocimiento incidental y si fracasa éste, solo procederá recurso ante la DGRN –que no el *exequátur*.

(37) En el *Diario La Ley* n.º 8162, de 3 octubre 2013, en el artículo «El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo».

DGRN en el mismo sentido, a dejar de lado el artículo 9.4 CC y la prohibición del artículo 10 LTRA española, e inscriben directamente sin mayores miramientos la filiación a favor de los comitentes. Mas mucho me temo que los fiscales españoles también han asumido la misma lección de la DGRN, de suerte –mala suerte– que dejarán de impugnar judicialmente tamañas inscripciones, impidiendo que jueces y Audiencias conozcan de dichos casos de GpS habida en el extranjero y exijan la adopción de los niños por el o la comitente que no sea el padre biológico. Así que la dejación de la DG y de los fiscales habrá producido una suerte de legalización de la GpS en España pero reducida a la operada fuera de nuestras fronteras. Esperamos –y esperemos– que la sentencia del Supremo corrija esta deriva.

Tras esta sentencia ya no hay, ni habrá a menos que el legislador derogue el artículo 10 LTRA, vías para inscribir en el RC español la filiación a favor del comitente que no sea padre biológico, fuera del caso de la adopción. Ya se intente la inscripción, en primer lugar, por reconocimiento incidental por el encargado del Registro Civil –normalmente el consular– de que se dan las condiciones de la Instrucción de 2010 de la DGRN en la resolución judicial extranjera de jurisdicción voluntaria presentada como título, dado que el orden público *light* de la Instrucción resulta, a la luz de la sentencia del Supremo, claramente insuficiente. Ya se intente inscribir, en segundo lugar, por medio de resolución judicial –sea de jurisdicción voluntaria o contenciosa– de Estado de la Unión Europea –como Reino Unido o Grecia, donde se admite la GpS–, reconocida –sea a título principal por Juez español en caso de oposición de parte, sea como cuestión incidental por el encargado del RC– conforme al artículo 34 del Reglamento comunitario (de la Unión Europea) 44/2001, sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que exige que la decisión no sea manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro requerido. Ya se intente, en tercer lugar, a partir del verano de 2014, con el artículo 96 de la nueva LRC, la inscripción se intente por resolución judicial extranjera –litigiosa o voluntaria– reconocida incidentalmente por el encargado del RC. Ya se intente, en cuarto lugar, por declaración de interesado hecha ante el encargado del RC –así lo señaló la DGRN en su primera Resolución sobre GpS, la de 18 de febrero de 2009–. Ya se intente, en quinto lugar, la inscripción por certificación registral –sin resolución judicial subyacente– o por documento extrajudicial extranjeros –art. 23 LRC 1957 y arts. 97 y 98 LRC 2011–. Ya se intente, en sexto lugar, por *exequatur* por el Juez de primera instancia de resolución judicial extranjera litigiosa por la vía del régimen general del artículo 954 LEC 1881, a que remite expresamente tanto la Instrucción 2010 DGRN como, cuando entre en vigor, el artículo 96 LRC 2011 –art. 954.3 LEC 1881, aplicables al caso en que no haya: 1.º ni tratado internacional *ad hoc* (38), 2.º ni el citado Reglamento comunitario 44/2001 (39); 3.º ni la reciprocidad positiva. Con todo, si se interpreta que la GpS gratuita no contraría el orden público español, podría llegar a inscribirse la filiación a favor de los comitentes por las tres primeras vías de las seis antedichas, que no por las tres últimas. En todo caso, cuando ya se haya practicado la inscripción –cualquiera que sea el título formal–, también habrán de aplicarse los artículos 9.4 CC y 10 LTRA cuando tal asiento sea impug-

(38) Como fue el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

(39) Que sucede al citado Convenio de Bruselas.



nado judicialmente, solicitándose su cancelación, en juicio contencioso, ante Juez de primera instancia, por el Ministerio Fiscal o por parte interesada –por ejemplo, la gestante–.

Por ello, lo ideal sería prevenir la claudicación de la GpS habida en el extranjero que se producirá más tarde o más temprano por cruzar la frontera de nuestro país: para ello, el país de origen habría de aplicar no solo sus propias normas –*lex fori*– sino también las del país de destino.<sup>(40)</sup> No es de recibo la política de hechos consumados consistente en desplazar a un niño a vivir en el territorio de un Estado que no reconocerá al adoptante o al comitente de una GpS como padre en su Registro Civil, para después chantajear incluso emocionalmente al Estado de destino invocando el interés superior del menor o el derecho fundamental del adulto al respeto de su vida privada (del citado art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos), violentando el Derecho de familia y filiación de dicho Estado. Y no hay que caer en el sensacionalismo, ni en el alarmismo ni en el sentimentalismo. Con la sentencia antedicha de la Audiencia provincial de Valencia, no hay ninguna prueba de que, por culpa de la no inscripción en el Registro Civil de destino a nombre del comitente, los niños se quedarán sin padres, irán directos al orfanato o serán devueltos al país de origen donde sufrirán un destino similar. Con el internacionalista Santiago Álvarez, la Corte de Casación francesa en 2011 ha destacado cómo el no reconocimiento en Francia de la filiación que cierto Estado de EE.UU. reconoce a los comitentes no priva al niño de dicha filiación norteamericana ni le impide vivir con los comitentes en Francia ni atenta contra el citado derecho del artículo 8 del Convenio europeo al respeto de la vida privada.

En la línea prudente de prevención antes propuesta por la que los países de origen deberían velar por que sus niños puedan ser inscritos a nombre de los comitentes de una GpS en los países de éstos, la India ha dictado una norma reciente: la Circular de 17 de diciembre de 2012 del *Union Ministry of home affairs*, por la que el Ministerio de Exteriores o la embajada del país de destino –en nuestro caso, de España– debe certificar que en dicho país de destino se reconoce la subrogación y que el niño podrá entrar en el país como hijo biológico de la pareja comitente. Lo que significa que, no reconociéndose la subrogación en España, se ha cerrado a los adultos españoles la vía de la GpS en la India. De este modo, las autoridades indias ya no permiten a estos adultos españoles que fuercen a las autoridades españolas a reconocer a los niños como hijos suyos –de los comitentes– para no dejarles sin filiación en el Registro Civil: se evita el problema desde su fuente. Luego, la India no solo impone sus propios requisitos locales –como que los extranjeros ya no podrán entrar en la India con dicha finalidad de GpS con visado de turistas sino que habrán de hacerlo con visado médico, o que solo se concede visado médico para la «maternidad subrogada» a parejas heterosexuales que lleven casadas, al menos, dos años, lo que excluye, entre otras, a las parejas del mismo sexo y a las personas individuales– sino que vela por que sean inscribibles los nacimientos también en el país de destino.

---

(40) Así, en materia de adopción, Perú admite dar niños en adopción a adultos solteros, pero Luxemburgo lo prohíbe: así pues no resulta conveniente que Perú conceda la adopción de uno de sus niños a un luxemburgués soltero, pues debería saber que no será inscrito como hijo de éste en el Registro Civil luxemburgués: sin embargo, la sentencia de 28 de junio de 2007, asunto Wagner y JMWL c. Luxemburgo del Tribunal europeo de derechos humanos condena a Luxemburgo por el no reconocimiento de la sentencia de adopción –por atentar contra el derecho fundamental al respeto a la vida privada y familiar del adulto luxemburgués, del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos–, pero Perú podía haber evitado el conflicto de raíz.



## X. LA PERSPECTIVA NOTARIAL

El Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013 atribuye a los notarios competencias sobre expedientes de jurisdicción voluntaria de Derecho de Familia, como casar y divorciar, así que no debería extrañar que se nos concediesen igualmente para la GpS; a fin de cuentas, ésta esconde una verdadera adopción irregular, salvo para el padre biológico, y la adopción, hasta la reforma de 11 noviembre 1987 del Código civil, requería de escritura pública –forma notarial–. Sin embargo, mientras no se legalicen estos contratos de GpS a desarrollar en España, el notario, en su función de control de la legalidad –art. 145 del Reglamento Notarial (RNot)– deberá excusar su ministerio y negarse a autorizar escritura de tal contrato, que es contrario a las leyes y, al menos, al orden público interno, como ya se señaló. Distinto es el caso de la GpS foránea, válida en el país de origen. Ha habido notarios requeridos para legitimar la firma de comitentes españoles en documentos privados de contrato de GpS a desarrollar en el extranjero, por ejemplo, en la India (41). En el caso de la India, ya se controle la legalidad española ya el Derecho indio –que, de algún modo, como ya vimos, «reenvía» a la ley española–, el contrato de alquiler de vientre a desarrollar en la India no surtirá efecto en España, por lo que, artículo 262 del Reglamento Notarial, el notario español debe excusar su ministerio cuando se le requiera para legitimar las firmas de aquél en documento privado del que quede constancia por medio de acta de exhibición del artículo 207.2.2.º del mismo Reglamento, que, por lo demás, está previsto para documentos no notariales que hayan de surtir efectos solamente fuera de España en país que prevea o exija dicha forma documental, que no es el supuesto de la GpS que los españoles intentan en el extranjero con la intención de que surta efecto precisamente en España.

Como ya se ha indicado, la intervención de los notarios en el momento inicial, constitutivo del contrato de GpS internacional, resulta fundamental al efecto de dotar de fecha fehaciente a dicho convenio, a fin de evitar que, predatando documentos privados, se encubra un verdadero tráfico de niños. Pero más que en el momento de formalizarse el contrato de GpS internacional, los notarios españoles podemos toparnos más bien con los efectos de estos convenios sobre la filiación de los nacidos por GpS en el extranjero. Por ejemplo, el comitente puede venir a testar y nos dice que ha tenido un hijo por GpS que figura inscrito como hijo suyo en el RC español y nos pregunta si debe dejarle la legítima. ¿Es, para el Derecho sustantivo de filiación español, verdadero hijo del comitente si solo ha habido contrato de GpS y no una adopción ulterior por el comitente? Y ¿qué efectos debo conceder al hecho de que, sea o no sustantivamente hijo, figure como tal por medio de asiento de inscripción en el Registro Civil español?

Sobre si es o no hijo, habré de aplicar la norma de conflicto –del art. 9.4 CC español– sobre filiación, que me lleva a la ley personal del hijo y, si no es determinable, a la de su residencia habitual. En la mayoría de los casos, ello me remite a la ley española, pues los comitentes suelen ser españoles, uno de los cuales aportante

---

(41) Un compañero elevó la cuestión al Colegio Notarial de Madrid, que le encargó a este servidor informar sobre el asunto. A su vez, el Colegio elevó la cuestión a la Dirección General de los Registros y del Notariado –DGRN–, que tiene pendiente pronunciarse.

del semen y nada más nacer se llevan al nacido para residir en nuestro país. Y aquí la ley española, artículo 10 LTRA, determina que la filiación paterna es de quien puso el semen y la materna de la gestante, luego no de la pareja del comitente. Es más, si el 9.4 CC remitiera a ley extranjera que amparase la subrogación del comitente, debería inaplicarla –art. 12.3 CC– por contraria al orden público internacional español, cuestión ésta discutida, como antes vimos.

Sea como fuere, si el nacido figurase como hijo del comitente en el RC español sin haber mediado adopción, ¿debemos notarios y registradores atenernos sin más al contenido del certificado registral español de nacimiento o Libro de Familia? Por un lado, por la eficacia probatoria del RC, artículo 17 nueva LRC –idéntico al art. 2 LRC 1957–, la inscripción en el RC constituye prueba plena de los hechos inscritos y solo se admitirán otros medios de prueba en los casos de falta de inscripción o en que no sea posible certificar del asiento. Y por la presunción de exactitud del artículo 16 de la nueva LRC, se presume que los hechos inscritos existen y los actos son válidos y exactos mientras el asiento correspondiente no sea rectificado o cancelado. Pero dicha rendición a lo que diga el RC nos violentaría a notarios y registradores, porque, primero, nos obliga a hacer la vista gorda de los artículos 9.4 y 12.3 CC y 10 LTRA; y segundo, ya vimos que hoy por hoy las fuentes de la filiación son cuatro y no hay una quinta, la filiación por encargo. Además, por otro lado, en ningún Registro español, la inscripción convalida la nulidad de los hechos inscritos; y con el artículo 18 nueva LRC, la inscripción en el RC solo tiene eficacia constitutiva en los casos previstos por la ley, y el de la GpS no es uno de ellos. Luego podríamos notarios y registradores desestimar la inscripción en el RC que no sea por adopción y no tener al nacido como hijo del comitente que no sea padre biológico (42).

## XI. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN

Hay un elemento que permite definir un poco más el concepto de la GpS, pero se da una elipsis del mismo en las leyes que regulan este fenómeno, acaso porque lo den por descontado: se supone que solo hay verdadera gestación por sustitución cuando media alguna técnica de reproducción asistida; de hecho, suele regularse la GpS precisamente en las leyes sobre la reproducción humana asistida (43). Se suele excluir

---

(42) Y es que, aunque la DGRN esté empeñada desde 2009 en inscribir en el Registro Civil la filiación a favor de los comitentes sin mediar adopción, y dicho Centro directivo, la DGRN, sea superior jerárquico no solo de los encargados de los RRCC consulares y central sino también de notarios y registradores, sucede que nosotros, los notarios –art. 1 RNot– y registradores –art. 18 de la Ley Hipotecaria– funcionamos con plena autonomía e independencia incluso respecto de nuestra DG, cuya superioridad jerárquica es meramente orgánica-organizativa, que no funcional –a los registradores solo les vinculan las resoluciones de la DG que estiman recursos en materia del Registro de la propiedad inmobiliaria *ex* art. 327 Ley Hipotecaria–, a diferencia de lo que sucede con los encargados del RC para los cuales la DG es superior jerárquico en ambos aspectos, funcional y orgánico y han de obedecer la Instrucción de 5 de octubre de 2010 y las Resoluciones de 2011 ya citadas.

(43) En la GpS suele haber una fecundación *in vitro* con transferencia del embrión al útero de la gestante (FIVET), o bien puede darse una transferencia intratubárica de gametos para que la fecundación tenga lugar en la trompa de Falopio de la gestante, o bien, una más sencilla inseminación artificial de semen.

del concepto de GpS la inseminación natural por coito –en el Libro bíblico del Génesis, Abraham yace con su esclava Agar para dar hijos a Sara, su esposa yerma–. No resulta fácil entender a los preconizadores de la legalización de la GpS (44) cuando, por un lado, se atreven con temeridad a proponer el alquiler de vientres, incluso heterólogo, que tantas objeciones morales y tantos problemas jurídicos suscita, y, por otro lado, se paren en barras a la hora de admitir los medios en que la reproducción pueda darse, limitándola a la asistida y descartando la natural. Es una posición entre timorata y puritana, idolátrica de la técnica y sus cachivaches. Como si la GpS no les dejara la conciencia tranquila y prefirieran interponer la siempre aséptica técnica: el cuerpo humano masculino no sirve para la GpS, pero si se usa una jeringa o un cristal o unos tubos, entonces sí. La reproducción asistida siempre es asexual, pero la GpS perfectamente podría ser sexual, no implicar el empleo de técnica que la asista; mas, la renuncia de una gestante a su maternidad a favor de un contratante, y más si media precio, produce, con toda lógica, tanto vértigo a la doctrina, que prefiere escudarse detrás de la técnica. Con todo, la LTRA no limita la GpS a la reproducción asistida, ni lo hace la DGRN en su Instrucción; de aquí, el caso execrable que exponemos al final de este artículo como aviso a navegantes.

Procedencia de los gametos o del embrión: se suele hablar de GpS homóloga cuando los aporta el o los comitentes, y de heteróloga cuando los ponen otras personas, sea la gestante, sean donantes. Se trata de emplear analógicamente para la GpS los mismos términos propios de las verdaderas técnicas de reproducción asistida –TTRA–, es decir, privativos de la inseminación artificial, la transferencia intratubárica y la FIVET, aunque la analogía ofende en cierto modo la dignidad de la mujer gestante al tenerla por mero instrumento para la reproducción. Y es que también podría tomarse a la gestante –y no la comitente– como referencia para llamar homóloga o heteróloga a la GpS, de modo que hablaríamos de homóloga si la gestante aporta el óvulo y heteróloga en los demás casos. Pues bien, en el supuesto de la inseminación natural o artificial, el óvulo lo pone obviamente la gestante. Pero en caso de transferencia intratubárica y de FIVET, también puede aportar el óvulo la gestante, o bien una donante anónima o la comitente, la mujer para la que se gesta.

La modalidad en que la comitente pone el óvulo minimiza el riesgo de conflicto positivo o negativo de maternidades, supone un mero alquiler o uso de vientre ajeno, sin compra de niño, difícilmente puede entrañar delito del 221 CP y difícilmente puede el Juez denegar la adopción a favor de la comitente. La ya citada ley de maternidad subrogada de 2010 para México Distrito Federal opta, como se dijo, por el modelo de GpS homóloga. Prohíbe acudir a gametos de donantes y que la gestante aporte su propio óvulo. La pareja comitente –que ha de ser heterosexual y puede ser casada o concubinato– ha de suministrar los gametos y la única TRA admisible es la FIVET, la transferencia de un embrión formado *in vitro*–. Y si se trata de una mujer no emparejada debe poner su propio óvulo. En todo caso, la mujer comitente ha de acreditar una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero. Dicha ley mejicana configura, por tanto, una GpS que tiene por única finalidad vencer la incapacidad para gestar de las mujeres; no estima como incapaces para gestar a los varones, pues la imposibilidad de éstos es estructural, connatural, constitutiva y no patológica o accidental.

---

(44) Caso de Antonio J. Vela Sánchez, en la obra citada.

En cambio, la modalidad en que aporta el óvulo la gestante resulta peliaguda y arriesgada, pues puede la gestante reclamar para sí el hijo, que es suyo biológicamente por partida doble –genética y gestacional– entrando en conflicto positivo de maternidades con la llamada madre de deseo. La operación no cabe calificarla de mero «alquiler del vientre», acercándose o asimilándose incluso a la inadmisibles «venta» de un niño, como cuando, en el arrendamiento de obra, el arrendador no solo ejecuta la obra sino que aporta los materiales, pasando a ser un contrato de compraventa.

Un caso execrable: Un compañero me cuenta el caso de una abogada madrileña que contacta con una pareja de hombre y mujer californianos, guapos y de buena salud, que ofertan por internet la procreación y entrega de niños por precio. Les encarga uno a cambio de 60.000 dólares más gastos médicos. La comitente-compradora no aporta el óvulo ni el embrión; ¡es la pareja citada la que pone los gametos y la fecundación tiene lugar mediante coito natural! La pareja renuncia a la paternidad y maternidad antes de la coyunda, por escrito en el contrato de «GpS». Durante el embarazo, un Tribunal californiano dicta sentencia por la que desliga a la pareja de la filiación, que atribuye entera y exclusivamente a la compradora española, resolución judicial que consigue la inscripción en el Registro Civil español consular del nacimiento del menor y de la filiación a favor de dicho mujer comitente. Todo sin necesidad de adopción alguna. El caso resulta de lo más revelador merced a los dos hechos concurrentes: 1.º la fecundación tiene lugar de modo natural, con lo que a la GpS se le cae la careta que le brindan las técnicas de reproducción asistida, que, como señalaremos, no le son esenciales en absoluto, aunque suelen acompañarla. Y 2.º al tratarse de un simple coito entre la gestante y su pareja, la GpS no solo es heteróloga –los gametos no los proporciona la pareja o la mujer comitentes– sino que tampoco proceden de donantes. Fuera la máscara, el rostro que se nos ofrece aterra: una mujer pudiente que compra un niño a una pareja que comercia con sus hijos.

La DGRN, en su Instrucción, no ha querido limitar en absoluto la GpS inscribible en España: podía haber exigido que fuera gratuita y homóloga; en cambio, ha admitido una barra libre, amparando, como hemos visto, auténticos delitos de compra de menores. En la exposición de motivos o preámbulo de la Instrucción se dice que «la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores» y se añade que «la exigencia de resolución judicial en el país de origen» «permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores», pero, a continuación, la Instrucción, en la siguiente parte, no dicta directriz alguna que concrete cómo verificar la no simulación. Un modo puede consistir, como se ha apuntado ya, en comprobar que la fecha del contrato antecede al comienzo de la gestación. Pero en el caso execrable que hemos expuesto se ve claramente que no basta con que el contrato preceda al embarazo. Para el reproche jurídico civil y penal, debe dar igual cuándo se acuerde la compra del menor. La compra «sobre plano» de menor futuro merece la misma o mayor reprobación que la estipulada durante el embarazo o tras el nacimiento. La sentencia del Supremo de 6 de febrero 2014 debería poner fin a tan abyecto contrabando.

Ectogénesis: si técnicamente fuera viable la ectogénesis, la gestación enteramente realizada en una incubadora artificial, fuera de todo seno materno, habría una verdadera reproducción humana artificial en la GpS. Al no haber instrumentalización del cuerpo de una mujer como incubadora natural, habría menos objeciones morales, pero subsistirían las relativas a la FIV con destrucción o congelación

de los embriones sobrantes aunque fuese homóloga, con gametos de la pareja comitente. Y subsistirían en la ectogénesis heteróloga, que harían aconsejable exigir al comitente pasar por un procedimiento de adopción; y, si los gametos no procedieran de donante anónimo, podría plantear conflicto positivo entre los aportantes de aquéllos y los comitentes.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *AEDIPr*, vol. 10, 2010, pp. 77-90.
- «Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», 2013, publicado en la siguiente dirección electrónica: [http://www.academia.edu/4799115/Surrogacy\\_balance\\_de\\_cuatro\\_anos\\_de\\_practica\\_judicial\\_y\\_administrativa](http://www.academia.edu/4799115/Surrogacy_balance_de_cuatro_anos_de_practica_judicial_y_administrativa).
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «De nuevo sobre las madres de alquiler», *El Notario del siglo XXI*, n.º 27, octubre de 2009.
- CARRASCO ANDRINO, M. M., «La protección penal de la filiación», en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), número 12-06, 2010, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>
- HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección general de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. II, 2013, pp. 687-715.
- INIESTA DELGADO, J. J., «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», *Tratado de Derecho de Familia*, Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (dirs.), Aranzadi, Thomson-Reuters, 2011, pp. 825-835.
- LEONSEGUI CRILLOT, R. A., (1994) «La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 7, 1994, pp. 317-338.
- LÓPEZ PELÁEZ, P., «Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Josefina Alventosa del Rfo y Rosa María Moliner Navarro (coords.), Universitat de Valencia, Valencia, 2008, pp. 661-676.
- PALACIOS ALONSO, M., «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005», en *Estudios jurídico-penales sobre Genética y Biomedicina*, Ignacio F. Benítez Ortúzar, Lorenzo Morillas Cueva y Jaime Peris Riera (coord.), Dykinson, 2005, pp. 33-69.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989.
- QUESADA GONZÁLEZ, M. C., «Algunas reflexiones sobre la maternidad a principios del siglo XX», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Antonio Cabanillas Sánchez (coord.), editorial Civitas, Vol. III, 2002, pp. 4859-4886.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Editorial Comares, Granada, 2012.
- «El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», *Diario La Ley* n.º 8162, 2013.

