

LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

The filiation of those born through surrogate pregnancy

Por Sara Gamón López

Abogada

saragamonlopez@gmail.com

Artículo recibido: 25/04/23 | Artículo aceptado: 28/06/23

RESUMEN

Las técnicas de reproducción asistida permiten que la gestación sea realizada a través de un portador diferente a los portadores del ADN. Esta situación determina la necesidad de establecer la filiación. A su vez, los avances de estas técnicas junto con el auge de la gestación por sustitución han provocado diferentes problemas de índole jurídica en instituciones tan importantes como la patria potestad y la filiación, para lo cual se ha tenido que establecer una nueva regulación con el fin de proteger a los menores objeto de estos contratos y de establecer la filiación de los mismos, regulación que ha sufrido diversas modificaciones en los últimos años.

ABSTRACT

Assisted reproduction techniques allow gestation to be carried out through a carrier other than the DNA carriers. This situation determines the need to establish filiation. In turn, the progress of these techniques together with the rise of surrogacy has caused different problems of a legal nature in institutions as important as parental authority and filiation, for which it has been necessary to establish a new regulation in order to protect the minors who are the object of these contracts and to establish their filiation, a regulation that has undergone several modifications in recent years.

PALABRAS CLAVE

Gestación por sustitución, filiación, nacimiento, contrato, inscripción registral.

KEYWORDS

Surrogacy, filiation, birth, contract, registration.

Sumario: 1. Introducción. 2. La gestación por sustitución. 2.1 Consideraciones previas. 2.2 Situación legal en España. 3. Acercamiento al

régimen jurídico de la filiación. 3.1. Principios rectores. 3.2. Clases de filiación. 4. Bibliografía.

1. Introducción

Históricamente, ha sido presupuesto de la filiación la procreación entre un hombre y una mujer, si bien en la actualidad, debido a las técnicas de reproducción asistida, se ha desplazado ese requisito biológico para que pueda determinarse la filiación¹.

Las técnicas de reproducción asistida han supuesto un halo de esperanza a las personas que no podían tener descendencia propia, pero, a su vez, su articulación ha dado lugar a múltiples problemas jurídicos. En efecto, el avance científico acerca de la gestación junto a los avances sociales acerca del concepto de familia, han creado la necesidad de modificar las disposiciones que las regulan ante una nueva realidad social, siendo actualmente posible, por ejemplo, que una persona sea inseminada con los gametos de otra persona fallecida.

Estas técnicas de reproducción asistida se encuentran reguladas actualmente en nuestro Ordenamiento Jurídico en la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Entre dichas técnicas, se permiten la inseminación artificial, la fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y la transferencia intratubárica de gametos. Por el contrario, de acuerdo con esta Ley, no se admite como técnica de reproducción asistida la gestación por sustitución.

Ello, no obstante, lo cierto es que dicha gestación por sustitución ha sido la vía que algunas personas ha encontrado para poder hacer realidad la búsqueda de un hijo, lo que ha generado no pocos conflictos de orden judicial en nuestro país. En este sentido, nuestros tribunales se han visto abocados a encontrar una solución práctica a estos casos, cuando españoles que han viajado al extranjero para realizar un contrato de gestación por sustitución, interesaban la inscripción de estos menores en el Registro Civil español con mención de la filiación a favor de los padres de intención. Partiendo de ello, centraremos el presente estudio precisamente en el procedimiento que debe llevarse a cabo para que pueda determinarse en nuestro país la filiación de un nacido mediante gestación por sustitución a favor de los padres de intención.

Para poner en antecedentes, dedicaremos una primera parte a analizar los elementos básicos del contrato de gestación por sustitución como, por ejemplo, las partes, así como los derechos y obligaciones que se asumen las mismas en

¹ LASARTE ALVAREZ, C., “El reto de la gestación subrogada: luces y sombras”, Dykinson, Madrid, 2021, p. 11.

estos tipos de contrato. Asimismo, se estudiará la situación legal en España acerca de la materia.

Posteriormente, y centrándonos en el régimen registral, se detallará la regulación española acerca de la filiación, los principios rectores de la misma, las clases de filiación que pueden establecerse en nuestro país, realizando las distinciones oportunas en caso de interesarse la filiación tras un nacimiento realizado mediante técnicas de reproducción asistida y los derechos y deberes inherentes a la filiación los cuales implican el nacimiento de una institución muy importante, la patria potestad.

Y para finalizar, se estudiará el procedimiento de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, donde se analizarán las diversas Resoluciones e Instrucciones que han venido posibilitando que en España se pueda determinar la filiación de una persona nacida mediante un contrato de gestación por sustitución, a favor de los padres de intención.

2. La gestación por sustitución

Antes de entrar a analizar el régimen de inscripción en el Registro Civil español de los nacidos mediante gestación por sustitución, consideramos oportuno realizar un breve recorrido sobre los aspectos más importantes y la regulación de la misma.

2.1. Consideraciones previas

Con carácter general, se habla de gestación por sustitución para hacer referencia al procedimiento al que acuden aquellas personas que tienen la intención de realizar un contrato mediante el cual una parte contratante se obliga a gestar a un bebé para entregárselo, cuando nazca, a la otra parte contratante, la cual asumirá todos los derechos sobre el nacido, ya que la gestante renuncia a ellos al realizar esta contratación.

VILAR GONZÁLEZ define este vínculo contractual como *“un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”*². Esta definición contempla las partes del contrato, así como todas las posibilidades que pueden darse en este tipo de contratación.

Las partes de este contrato son, como vemos, la mujer que lleva a cabo la gestación, que llamaremos mujer gestante, y los comitentes que son las personas

² VILAR GONZÁLEZ, S. *“Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal”*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2017, p.50.

o persona para las que la mujer gestante gesta al niño, a los que llamaremos padres de intención. En palabras de esta misma autora, los padres de intención son *“las personas que tienen la voluntad de traer al mundo a un niño, para lo cual encargan a otra persona que lo gaste, y del cual asumirán la custodia y criarán una vez nacido”*, mientras que la mujer gestante es *“la mujer que acepta llevar el embarazo a término por cuenta del o de los progenitores intencionales, y dará a luz al niño que será entregado tras el parto a los comitentes tan pronto como sea posible, renunciando a cuantos derechos legales le pudieran corresponder sobre el niño”*³.

Asimismo, partiendo de la definición arriba expuesta, caben distintas posibilidades dentro de este tipo de contrato de gestación por sustitución:

-Desde el punto de vista de las partes, una siempre va a ser la mujer gestante y la otra parte (los padres de intención), puede ser una persona o una pareja que puede estar casada o no.

-En cuanto al material genético aportado en este proceso, la mujer gestante podrá aportar su óvulo o podrá provenir de una donante, y los padres de intención podrán aportar material genético o este puede provenir de un donante.

-En lo relativo al precio del contrato, el mismo puede pactarse de forma onerosa o de forma gratuita. Si se pacta un contrato gratuito, solo se reflejará una compensación resarcitoria que deberán entregar los padres de intención a la mujer gestante, que va destinada únicamente a satisfacer los gastos originados en el proceso, así como las molestias ocasionadas en la mujer gestante; pero, en cualquier caso, esta no obtendrá un beneficio económico. Sin embargo, si el contrato es oneroso, la mujer gestante recibirá una compensación económica, la cual no irá únicamente destinada a sufragar los gastos mencionados anteriormente, de tal forma que el proceso supondrá un beneficio económico para la mujer gestante; es por ello que a estos contratos de gestación por sustitución a cambio de un precio se les ha denominado socialmente como gestación comercial.

Esta clasificación que se desprende de la misma definición de este vínculo contractual, la siguen los legisladores de los distintos países donde la gestación por sustitución está permitida y regulada para establecer qué tipo de contratación permitirá en su país.

Por otro lado, otra cuestión relevante es la referida a las obligaciones que asumen cada una de las partes en este tipo de contrato. En concreto, siguiendo a SÁNCHEZ JORDAN, son las siguientes.

-Los padres de intención deberán:

³ VILAR GONZÁLEZ, S. *“Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal”*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2017, pp.56-57.

➤ Realizar el pago de los gastos resarcitorios, así como los remuneratorios si se hubiesen pactado. Como se ha explicado con anterioridad, los gastos resarcitorios se dan cuando el contrato es gratuito y son los destinados a satisfacer las cargas originadas en el proceso, así como las molestias ocasionadas en la mujer gestante, que no recibe ninguna compensación económica puesto que el contrato por ser gratuito no tiene contraprestación. Por su parte, los gastos remuneratorios son aquellos que se abonan cuando se pacta el contrato oneroso, es decir, se resarcen los gastos y molestias que ocasiona el proceso, pero además se abona otra cantidad de dinero para compensar económicamente a la mujer gestante.

➤ Asumir la paternidad de los nacidos con los derechos que le son inherentes, tales como la filiación de los menores, el ejercicio de la patria potestad y los deberes de cuidado vinculados a la guarda y custodia entre otros.

-En cuanto a la mujer gestante deberá:

➤ Llevar a cabo el proceso de fecundación y gestación cumpliendo todas las prescripciones médicas.

➤ Entregar al nacido mediante este método de reproducción a los padres de intención, no pudiendo comunicarse con el nacido sin el consentimiento de los padres de intención.

➤ Renunciar a la filiación del nacido autorizando la inscripción de la filiación de los nacidos a favor de los padres de intención⁴.

Esta asunción de paternidad con los derechos y deberes que le son inherentes por parte de los padres de intención y la renuncia y autorización de la filiación del nacido a favor de los mismos realizada por la mujer gestante, constituyen los presupuestos básicos para iniciar el procedimiento de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

2.2. Situación legal en España

En nuestro país contamos con una ley que declara nulos los contratos que convengan la gestación por sustitución y otra ley que tipifica como delito las prácticas realizadas en este procedimiento. Así, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su artículo 10.1 establece que *“será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o*

⁴ SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., “La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución”, *Indret*, N°3, 2022, pp. 123-124.

de un tercero”. Aquí aparece el primer problema de índole jurídica que conlleva la gestación por sustitución, que se analizará con detalle más adelante. Como sabemos, el efecto de la nulidad de un contrato es la retroactividad, es decir, el contrato nulo es como si nunca hubiese existido, y realmente es difícil extrapolar la retroactividad a la gestación por sustitución teniendo en cuenta que esta tiene como objeto la entrega de un recién nacido.

Esta Ley tiene su origen en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la cual reguló por primera vez en España estas técnicas, suponiendo una esperanza para las personas con problemas de fertilidad. Posteriormente se promulgó la Ley 45/2003, de 21 de noviembre por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, aunque esta no supuso un gran avance, ya que la misma fue promulgada para *“resolver el problema grave y urgente de la acumulación de preembriones humanos sobrantes”*⁵. Y, por último, se aprueba la Ley 14/2006 que modifica y deroga expresamente las dos leyes citadas anteriormente, pero sigue dejando fuera de las técnicas de reproducción asistida a la gestación por sustitución. Asimismo, esta Ley establece que cuando se celebren estos contratos, que en España siempre serán en fraude de Ley, la filiación materna será determinada mediante el parto y se deja abierta la posibilidad a que el padre biológico reclame la paternidad⁶.

De otra parte, como se ha dicho anteriormente, en España estas prácticas son constitutivas de delito. Nuestro Código Penal no tipifica expresamente como delito la gestación por sustitución, pero en el artículo 221 podemos observar como todas las acciones llevadas a cabo en el procedimiento de gestación por sustitución se tipifican como delito, al establecer lo siguiente:

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

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

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis

⁵ BERROCAL LANZAROT, A. I. “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido”. Revista de la Escuela de Medicina Legal, enero de 2007, p. 4.

⁶ España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006, artículo 10.2 y 10.3.

años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años”.

Como vemos, está penado entregar a otra persona a un hijo para que se establezca una relación de filiación, castigando a ambas partes: madre gestante y padres de intención.

Se hace referencia a los intermediarios, es decir, a las agencias de gestación por sustitución. Sin embargo, lo cierto es que estas son legales, ya que no median entre los padres de intención y la mujer gestante, sino que ofrecen los servicios necesarios para llevar a cabo el procedimiento como, por ejemplo, servicios médicos y servicios jurídicos, el papel de estas en el proceso de gestación no es controversia en los procedimientos judiciales acerca de la gestación por sustitución que se centran principalmente en la reclamación de la filiación y las prestaciones en materia de paternidad y maternidad⁷.

Por otro lado, sin perjuicio de todo lo expuesto sobre cómo contempla la legislación española este tipo de negocio jurídico, hemos de mencionar aquí la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Esta es, ciertamente, la vía que se ha utilizado en nuestro país para poder dar cierta cobertura a dicho negocio contractual; pero sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Como se ha dicho hay países donde esta técnica está permitida y regulada y otros en los que al igual que en España, es una práctica prohibida. Por ejemplo, en Italia la Ley número 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de procreación médica asistida, en su artículo 4.3 prohíbe la fecundación heteróloga. Por lo tanto, está prohibiendo la gestación por sustitución ya que no se puede gestar con óvulos o espermatozoides de donantes, solo se permite la fecundación con células reproductoras de la pareja. Además, en el artículo 12.6 castiga con pena privativa de libertad el uso de gametos ajenos a la pareja⁸.

Sin embargo, en Canadá, la Assisted Human Reproduction Act, aprobada el 29 de marzo de 2004, permite la gestación por sustitución y la define como *“aquella persona de sexo femenino que con la intención de entregar el niño al nacer a un donante o a otra persona, gesta un embrión o feto que fue concebido por medio de un procedimiento de reproducción asistida y con gametos de un donante o donantes”*⁹.

No existe armonización ni a nivel europeo ni a nivel internacional acerca de la materia, además, como hemos visto, en nuestro país a pesar de estar tipificado como delito y ser considerados nulos los contratos de esta tipología,

⁷ España. Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 277/2022 de 31 marzo. RJ 2022 \1190.

⁸ LAMM, E. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.” Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2013, p. 127.

⁹ Canadá. Artículo 3 Assisted Human Reproduction Act.

son conocidos los casos en los que se ha accedido a la gestación por sustitución y se ha registrado la filiación de los nacidos mediante estas técnicas a favor de los padres de intención, ello es gracias a la antes mencionada Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de Registros y del Notariado (en adelante DGRN).

3. Acercamiento al régimen jurídico de la filiación

3.1. Principios rectores

“La filiación es la condición de la persona que viene determinada por su situación jurídica dentro de la familia y vincula a los progenitores con los hijos”¹⁰. De ahí que su determinación conlleve importantes efectos jurídicos, que se analizarán más adelante.

De acuerdo con LASARTE, esta filiación está informada por dos principios rectores¹¹:

-Principio de veracidad.

-Principio de igualdad.

A estos hay que añadir el principio *favor filii*.

Estos principios rectores emanan del artículo 39 de nuestra Constitución¹²

En cuanto a la veracidad, se refiere al establecimiento de los cauces necesarios para que cualquier persona pueda investigar sobre la paternidad y maternidad, es decir, conocer sus orígenes, si bien, este principio está haciendo referencia a la filiación biológica. La CE establece un mandato directo para regular ese cauce de investigación mediante Ley, que se hace efectivo a través de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Los procedimientos judiciales sobre filiación comienzan con la interposición de una demanda sobre determinación o impugnación de la filiación a la que se le deberán acompañar una serie de pruebas que *a priori* sean suficientes para interponer esta demanda, o de lo contrario se desestimarán.

¹⁰ LINACERO DE LA FUENTE, M., “Tratado de Derecho de Familia aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios.”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 387.

¹¹ LASARTE ÁLVAREZ, C., “Derecho de familia. Principios de Derecho Civil”, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 27.

¹² España. Artículo 39 Constitución “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

Iniciado el procedimiento para la investigación de la paternidad y la maternidad, se puede hacer uso de toda clase de pruebas incluidas las biológicas, cumpliendo así el mandato de posibilitar la investigación de la paternidad anteriormente mencionada.

Asimismo, la LEC establece la posibilidad de que se determine la filiación en virtud de pruebas indiciarias; con ello se quiere significar que no hay una prueba directa, pero se consigue demostrar con una serie de sucesos, como la existencia de posesión de estado, la convivencia con la madre biológica cuando se produjo la concepción, etc. Y, por último, si una persona se niega injustificadamente a realizarse una prueba de maternidad o paternidad en el seno de un procedimiento judicial, el Tribunal en base a otra serie de pruebas indiciarias puede usar esta negativa para establecer la filiación reclamada¹³.

En lo relativo a la igualdad, el precepto antes citado de la CE obliga a los poderes públicos a asegurar la igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su filiación. Como veremos, hay varias clases de filiación, por lo que no se pueden establecer diferencias entre ellas que produzcan un desequilibrio de derechos entre los hijos, en función de la clase de filiación.

Del mismo modo, esta igualdad encuentra fundamento en el derecho fundamental regulado en el artículo 14 CE el cual establece que “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

Este principio acaba con el antiguo régimen de los hijos ilegítimos que se aplicaba antes de la entrada en vigor de la Constitución; estos eran los hijos nacidos fuera del matrimonio, que no tenían los mismos derechos que los hijos nacidos con filiación matrimonial, lo que tuvo gran repercusión en cuanto a los derechos de alimentos y derechos sucesorios inherentes a la filiación.

Y, por último, el principio *favor filii*, que supone la primacía del interés superior del menor frente a cualquier otro interés con el que pudiera concurrir, aunque sea legítimo¹⁴.

Este principio tiene gran transcendencia en los procedimientos judiciales de familia relativos al establecimiento de la guarda y custodia de los hijos menores, ya que el Juez deberá ponderar siempre el interés superior del menor a la hora de establecer la misma, y todo ello en base al principio *favor filii*¹⁵.

¹³ España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000, Artículo 767.

¹⁴ GETE-ALONSO, M. C., “Filiación y potestad parental”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 14.

¹⁵ España. TS (Sala de lo Civil, Sección Única), sentencia núm. 719/2003 de 9 julio. RJ 2003\4621.

Este principio se encuentra recogido en multitud de normas; es un término complejo ya que determinar qué debe entenderse por beneficio del hijo no es tarea fácil. *“La normativa española y supranacional concretan el favor filii en diversas expresiones: interés, beneficio o prevención del daño del hijo. No obstante, ninguna norma proporciona un significado específico de tan importante principio”*¹⁶, ya que no se puede establecer un concepto fijo para este principio, pues ha de ponderarse su aplicación al caso concreto.

Este principio habilita a interpretar las normas siempre en beneficio del interés superior del menor, si bien la indeterminación o falta de concreción conceptual no implica que sea un concepto confuso, se trata de buscar siempre el beneficio del hijo o causar el menor perjuicio. Este principio, va a ser de gran importancia en la determinación de la filiación en los procedimientos judiciales acerca de la filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución.

3.2. Clases de filiación

Nuestro Código Civil regula la filiación en los artículos 108 y siguientes y realiza una clasificación estableciendo que la misma puede ser por naturaleza o por adopción. A su vez, clasifica la filiación natural en matrimonial y no matrimonial.

La filiación por naturaleza es aquella que viene determinada biológicamente, *“la Ley considera en principio que el padre/madre es progenitor(a) del hijo (...) una filiación por naturaleza es excluyente de cualquier otra hasta tanto no se deje aquélla sin efecto por decisión judicial”*¹⁷. Como se ha apuntado, esta puede ser, a su vez, matrimonial o no matrimonial en función de si media vínculo matrimonial o no entre los progenitores. Los efectos de ambas son los mismos¹⁸, esta clasificación tiene relevancia a la hora del reconocimiento de la paternidad.

La filiación matrimonial es aquella que se determina en el nacimiento de un hijo de dos personas entre las que media vínculo matrimonial. Siguiendo a LACRUZ BERDEJO se deben probar tres requisitos para que la filiación sea matrimonial:

-Maternidad de mujer casada, es decir, demostrar el alumbramiento por parte de la mujer casada y la identidad del nacido de ese alumbramiento, hecho fácilmente demostrable con la certificación que realizan los profesionales sanitarios tras el parto.

¹⁶ GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M., *“La verdad biológica en la determinación de la filiación”*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 58.

¹⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., *“Elementos de derecho civil. Tomo IV, Familia”*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 326.

¹⁸ España. Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 1990, Artículo 108.

-Matrimonio que confiere a la madre esa calidad de casada, por lo tanto, debe mediar vínculo matrimonial subsistente entre los progenitores. El momento en el que se haya contraído matrimonio va a influir a la hora de determinar la filiación; de esta forma, la filiación se presumirá matrimonial y a favor de los cónyuges cuando el hijo haya nacido mediando matrimonio entre ambos o antes de los 300 días siguientes al divorcio o separación de los cónyuges si realizan la inscripción conjunta del nacimiento. No obstante, esta presunción es *iuris tantum*, es decir, puede ser destruida mediante prueba en contra en los procedimientos de reclamación o impugnación de la filiación y se determinará la misma mediante sentencia.

-Procreación del hijo por obra del marido; este requisito implica que la mujer casada ha debido ser concebida por su marido. Este requisito se probará mediante las presunciones antes explicadas.

En cuanto a la filiación extramatrimonial es aquella “en la que los padres no están casados entre sí en el momento de la concepción ni en el del nacimiento, ni contraen matrimonio con posterioridad a este”¹⁹. Esta filiación podrá determinarse mediante conformidad de los progenitores a la hora de realizar la inscripción del nacimiento en el Registro, por reconocimiento en testamento o documento público y mediante sentencia.

La acción para reclamar la filiación matrimonial es imprescriptible tanto para los hijos como para los progenitores. En cuanto a la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial por parte del hijo, también es imprescriptible y los progenitores podrán reclamarla en el plazo de un año desde que conocen los hechos en los que fundamentaran la reclamación²⁰.

En cuanto a la filiación por adopción, esta carece del requisito biológico de la filiación natural, es decir, se determina por medio de un acto jurídico, estableciendo así, entre adoptante y adoptado una relación paterno filial.

El centro de toda adopción es la idoneidad de las partes, la cual será constatada por la Entidad Pública competente, analizando esta, que la capacidad, aptitud y motivación de los adoptantes sean adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, y para asumir las responsabilidades que conlleva la adopción. Además, para ello, se deberán cumplir una serie de requisitos y una vez constatada la idoneidad de adoptante y adoptado y tramitado el oportuno procedimiento, se constituirá la adopción por resolución judicial.

En cuanto a la edad, el adoptante deberá tener mínimo 25 años y entre adoptante y adoptado debe mediar como mínimo 16 años y como máximo 45 años, este límite máximo de 45 años entró en vigor con la aprobación de la Ley

¹⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L., “Elementos de derecho civil. Tomo IV, Familia”, Dykinson, Madrid, 2010, p. 342.

²⁰ España. Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 1990, Artículos 132 y 133.

26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, anteriormente solo se exigía que el adoptante fuese mayor de 25 años y que entre adoptante y adoptado mediasen como mínimo 14 años de edad.

En cuanto al adoptado *“únicamente pueden ser adoptados los menores no emancipados, si bien, excepcionalmente, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año”*²¹. Esto es para los casos en los que la adopción se realiza con posterioridad a un acogimiento o una convivencia estable.

Asimismo, se establecen limitaciones a la adopción, no pudiendo adoptar a descendientes, a parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad o a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

Uno de los aspectos más importantes a destacar es lo establecido en el artículo 178 CC, *“la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen”* por lo tanto la filiación se determinará a favor de los progenitores adoptantes.

Si se crea vínculo matrimonial con posterioridad a la adopción, el cónyuge no adoptivo podrá interesar la adopción de los adoptados por su cónyuge.

3.3. La filiación en las técnicas de reproducción asistida

Nuestro Código Civil regula la filiación natural y la adoptiva pero no hace mención alguna a la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida y resulta evidente que los avances sociales y científicos han creado la necesidad de desarrollar una normativa que regule estos aspectos. Fruto de esta necesidad contamos en la actualidad con la ya mencionada Ley 14/2006, estableciendo en el artículo 7.1 que *“la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles”*, por lo tanto, será de aplicación el régimen antes explicado en cuanto a la filiación natural.

Si bien, esta Ley realiza ciertas matizaciones al régimen general para la obtención de la filiación de esos menores. Siguiendo a VELA SÁNCHEZ²² pueden observarse diferentes escenarios:

-Los progenitores que hayan consentido la fecundación con gametos de donantes no podrán impugnar la paternidad o maternidad.

-Si el marido fallece antes de que se haya transferido al útero de la mujer el material genético del mismo, no podrá establecerse la filiación a favor de este

²¹ URRUTIA BADIOLA, A. M. “Las Relaciones Paterno-Filiales, Adopción y Potestad Parental”, Dykinson, Madrid, 2017, p. 131.

²² VELA SÁNCHEZ, A. J., “Derecho civil para el grado IV. Derecho de familia”, Dykinson, Madrid, 2013, p 101-102.

a menos que haya consentido para que pueda utilizarse el material genético en los 12 meses siguientes a su fallecimiento.

-Y la última matización que hace esta Ley referente al régimen de la filiación, es en cuanto a la gestación por sustitución que, al declararse nulos estos contratos, de celebrarse en fraude de Ley, establece que la filiación materna se determinará mediante el parto y la filiación paterna puede reclamarse en base a la filiación natural.

En cuanto a los mecanismos para determinar la filiación:

-En el caso de un matrimonio o una pareja heterosexual que tengan un hijo mediante técnicas de reproducción asistida, la filiación se establecerá conforme a lo antes explicado en cuanto a la filiación matrimonial y extramatrimonial, sin importar el origen de las células embrionarias, los progenitores que hayan consentido la fecundación con gametos no podrán impugnar la maternidad o paternidad.

-Si es una mujer la que accede sola a la maternidad mediante estas técnicas, se establecerá únicamente la filiación materna, puesto que la Ley rompe con cualquier lazo jurídico entre el nacido y el donante de semen.

-El problema se plantea cuando es una pareja homosexual compuesta por dos mujeres las que interesan la filiación del hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida, ya que nuestro Código Civil recoge las normas acerca del reconocimiento de la maternidad tras el parto, por lo que en este caso para que la mujer no gestante pueda registrar también la filiación a su favor, la Ley 14/2006 en su artículo 7.3 establece que *"cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge"* posibilitándose así que la filiación de un hijo se determine a favor de dos mujeres.

-En el caso de una pareja homosexual compuesta por dos hombres, podrán acceder a la paternidad y registrar la filiación de sus hijos únicamente por adopción. Realmente, estos son los casos más frecuentes de gestación por sustitución y en tal supuesto podrá reclamar la filiación, que será no matrimonial, el hombre que haya aportado la carga genética en el procedimiento de gestación por sustitución.

-Un hombre solo, de la misma forma que el caso anterior únicamente podrá determinar la filiación de un nacido a su favor por adopción y natural si celebra un contrato de gestación por sustitución aportando él la carga genética, ya que la Ley 14/2006 permite reclamar la filiación paterna al padre biológico.

Sin embargo, a pesar de que la gestación por sustitución no está regulada en nuestro Derecho como técnica de reproducción asistida, y se declaren nulos estos contratos, finalmente en la práctica registral, se ha adoptado la postura de

registrar la filiación a favor de las madres y padres de intención, en atención al interés superior del menor.

3.4. Derechos y obligaciones inherentes a la filiación

La determinación de la filiación lleva aparejada consigo el establecimiento de una serie de derechos y obligaciones tanto para los progenitores como para los hijos.

Como establece el Código Civil en su artículo 112 *“la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario”*. Por lo tanto, a partir de su determinación surgen los derechos y obligaciones inherentes a la filiación.

La filiación va a determinar los apellidos del hijo, de tal forma si está determinada por ambas líneas, es decir, por el padre y por la madre, serán estos los que decidan el orden de los apellidos, pudiendo el hijo cuando cumpla la mayoría de edad alterar el orden. A su vez, el orden fijado para el primero de los hijos de ambos progenitores será el que se seguirá para los siguientes hijos de la misma unión²³.

De la filiación nace una de las instituciones más importantes en cuanto a las relaciones paterno filiales; se trata de la patria potestad.

*“La patria potestad es un concepto de orden público como institución básica de la estructura familiar, y al derivar de la filiación tiene idénticos caracteres que los estados civiles de la persona y, por tanto, es intransmisible, irrenunciable e imprescriptible”*²⁴. Por ello, al determinarse la filiación se está asumiendo la patria potestad, no siendo esta un derecho subjetivo, sino un *officium* que genera para los padres la obligación de una función, el cuidado y la capacitación del hijo²⁵, obligación a la cual no se podrá renunciar, surgiendo aquí otro problema en cuanto al establecimiento de la filiación en la gestación por sustitución, ya que en el contrato celebrado se establecerá que la mujer de intención renuncia a la filiación y cualquier otro derecho sobre el nacido.

Los deberes y facultades que conlleva el ejercicio de la patria potestad vienen establecidos en el artículo 154 CC y son:

-Velar por los hijos; es el deber general del que emana el resto de los deberes.

²³ España. Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 1990, Artículo 109.

²⁴ NEVADO MONTERO, J. J., “Análisis de la patria potestad, sus fundamentos y diferenciación con otras instituciones”, J.M Bosch, Barcelona, 2021, p. 23.

²⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., “Elementos de derecho civil. Tomo IV, Familia”, Dykinson, Madrid, 2010, p. 387.

-Tenerlos en su compañía; esta compañía según LACRUZ BERDEJO no se refiere a una compañía física, implica unos deberes de comunicación y cariño.

-Prestarles alimentos, tanto si están en compañía de los menores o no.

-Educarlos y procurarles una formación integral; en cuando a la educación los padres tendrán libertad para elegir el centro educativo y deberán controlar la educación impartida. Además, están obligados a que sus hijos reciban una formación integral, es decir, tanto a nivel educativo como religioso, moral y social.

-Representarlos y administrar sus bienes, siempre en el beneficio del hijo o con la intención de causar el menor perjuicio posible.

-Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad.

Asimismo, los que estén sujetos a patria potestad también deberán cumplir una serie de obligaciones determinadas por el artículo 155 CC, las cuales son:

-Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre, de tal forma que el respeto no se extingue al extinguirse la patria potestad, ese respeto, como bien apunta LACRUZ BERDEJO es inherente a la filiación y por tanto no termina con la emancipación²⁶.

-Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.

A su vez, tanto los que ejercen la patria potestad como los que están sometidos a ella tienen derecho a que se cumplan las obligaciones mencionadas.

La extinción de la patria potestad se encuentra regulada en los artículos 169 y siguientes del Código Civil. En esta regulación encontramos distintas formas de extinción:

-Pérdida de la patria potestad, que podrá ser por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, o bien, por la emancipación o por la adopción del hijo.

-Privación de la patria potestad. Se privará de esta mediante sentencia judicial cuando se incumplan los deberes inherentes a la misma.

La determinación de la filiación también va a dar lugar al nacimiento de derechos sucesorios, de esta forma desde el momento en el que se determina la filiación los padres podrán heredar a los hijos y viceversa.

Son numerosas las sentencias referentes a la reclamación de herencia tras la determinación de la filiación. En este sentido, si la filiación se produce con posterioridad al fallecimiento habría que analizar el momento de apertura de la sucesión:

²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., "Elementos de derecho civil. Tomo IV, Familia", Dykinson, Madrid, 2010, pp.388-389.

-Si la apertura de la sucesión se realiza con anterioridad a la aprobación de la Constitución Española, no se obtendrán derechos sucesorios²⁷.

-Si la apertura de la sucesión se realiza con posterioridad a la aprobación de la Constitución Española, sí se obtendrán derechos sucesorios, y por tanto se tendrá derecho a la legítima estricta correspondiente de la herencia²⁸.

Por último, la determinación de la filiación a favor de padres con nacionalidad española dará derecho al hijo a obtener la nacionalidad española, ya que el artículo 20 CC establece que podrán optar por la nacionalidad española *“las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español”*, y con la determinación de la filiación nace la patria potestad.

Asimismo, establece el artículo 17 de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad que *“la filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación”*. Por lo tanto, si la filiación se produce cuando ya se ha alcanzado la mayoría de edad, aunque no se establece la patria potestad, igualmente la nacionalidad española se podrá obtener, pero su reconocimiento no es automático, sino que deberá el interesado hacer valer este derecho para obtener la nacionalidad española en el plazo de dos años desde que se determine la filiación.

4. Proceso de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

4.1. Consideraciones previas

El contrato de gestación por sustitución se considera nulo en nuestro ordenamiento jurídico, pero no ocurre igual en otros países en los que se admite legalmente. Esto ha dado lugar a que personas españolas realicen estos contratos en el extranjero con objeto de acceder a la gestación por sustitución eludiendo la legislación española, ocasionando esto graves problemas jurídicos. Tengamos en cuenta que cuando se han planteado estos casos resulta complicado, moralmente hablando, obligar a registrar la filiación de ese menor a favor de una persona que no tiene ninguna intención de cumplir con los deberes inherentes a la misma, es más, renuncia a ellos en el contrato de gestación por sustitución, en lugar de registrar la filiación a favor de los padres de intención que son las personas que realmente buscaban ese hijo y están dispuestos a asumir todos los derechos y obligaciones inherentes a la filiación.

²⁷ España. TS (Sala de lo Civil, Sección1ª), sentencia núm. 781/2021 de 15 noviembre. RJ 2021\5249.

²⁸ España. TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 725/2002 de 9 julio. RJ 2002\8237.

Para dar solución a ello, se han ido aprobando Instrucciones que regulan esta problemática y que deben cumplir los Encargados del Registro Civil, ya que todos los asuntos referidos a este Registro serán gestionados por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, antes llamada Dirección General de los Registros y el Notariado y el Registro Civil²⁹.

La primera vez que se aborda expresamente la gestación por sustitución por parte de la DGRN es mediante la Resolución de 18 de febrero de 2009, pero antes de explicar dicha resolución se va a analizar qué solución se daba a los casos de gestación por sustitución en la práctica registral de los menores nacidos mediante gestación por sustitución con anterioridad a la mencionada resolución.

Siguiendo a DIAZ FRAILE³⁰, Registrador y Letrado adscrito a la DGRN, para la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución con anterioridad al 18 de febrero de 2009 hay que atenerse al principio de veracidad biológica, ya que la disposición legal vigente en ese momento y que sigue siendo aplicable en la actualidad, la Ley 14/2006, establece la maternidad mediante el parto y da la posibilidad de reclamar la paternidad natural.

Pero esta verdad biológica no era necesario probarla mediante una prueba genética. Cuando se interesaba la inscripción de un menor en base a una certificación de Registros extranjeros, el Encargado del Registro Civil español debía constatar la verosimilitud de la paternidad sin exigir una prueba plena, *“es inscribible el reconocimiento de un menor siempre que se haya otorgado en forma y concurren todos los requisitos de eficacia, sin que importe la sola sospecha o duda de que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica. Ahora bien, por el contrario, debe denegarse la inscripción cuando de las manifestaciones de los interesados se deduce, sin lugar a dudas, la falta de veracidad del reconocimiento. Por ejemplo, cuando el padre declara directa o indirectamente que el reconocido no es hijo biológico suyo”*³¹. Por lo tanto, para que esa certificación extranjera pudiese tener acceso a nuestro Registro debía constar únicamente que los padres de intención son los progenitores del menor sin hacer alusión al proceso de gestación por sustitución y sin que los padres de intención declarasen este extremo ante el Encargado del Registro, hecho que era fácil para una pareja heterosexual pues, como se ha visto, aunque el Encargado tuviese sospechas de que el registro que se interesaba proviniese de un contrato de gestación por sustitución, mientras que la certificación extranjera estableciese la filiación a favor de los padres de intención, era válida si había apariencia de paternidad o maternidad.

²⁹ España. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. «BOE» núm. 175, de 22 de julio de 2011, artículo 2.

³⁰ DÍAZ FRAILE, J. M., “Revista de derecho civil”, vol. VI, núm. 1, enero-marzo 2019 pp.53-131.

³¹ LUCAS ESTEVE, A. “La gestación por sustitución” Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.63.

En cuanto a la mujer que accedía sola a la gestación por sustitución como madre de intención, también tenía fácil la determinación de la filiación del nacido a su favor mediante certificación extranjera, ya que al igual que las parejas heterosexuales, sólo debía existir una apariencia de maternidad y una certificación registral extranjera para poder inscribir al nacido en el Registro Civil español.

El problema surgía en cuanto a las parejas homosexuales, ya que no se podía crear una apariencia de maternidad o paternidad biológica cuando es biológicamente imposible que dos personas del mismo sexo puedan tener un hijo de forma natural, lo que hizo que la DGRN tuviese que abordar directamente la gestación por sustitución mediante la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

4.2. La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

Antes de la resolución de 18 de febrero de 2019, cuando se interesaba la inscripción de un menor en el Registro Civil español mediante certificación extranjera, si existía apariencia de paternidad o maternidad se estimaba, y de no haberla se denegaba. El problema se planteó cuando dos hombres de nacionalidad española, viajan a California para llevar a término un contrato de gestación por sustitución, procedimiento del que nacieron dos menores, y que posteriormente interesan la inscripción de los mismos en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, mediante una certificación registral extranjera que establecía la filiación de los menores a favor de los padres de intención: es el conocido caso de *“los niños de California”*. Atendiendo al criterio que venía siguiendo la DGRN, este registro debía denegarse, puesto que era imposible por razones biológicas que existiese una apariencia de paternidad biológica, aunque aportasen certificación extranjera que estableciese que los menores eran sus hijos; sin embargo, la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 resuelve que debe estimarse la inscripción, ordenando que se proceda a la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores con las menciones de filiación que constan en la certificación registral extranjera aportada, de la que resulta que son hijos de los recurrentes.

Los fundamentos jurídicos de esta resolución son varios. Desde el punto de vista registral, el fundamento más importante y que hace cambiar la práctica registral que se seguía hasta el momento, es el relativo a los títulos inscribibles para registrar un nacimiento acaecido en el extranjero, estableciendo que las certificaciones registrales extranjeras deben tener acceso al Registro Civil español en base al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el cual establece que *“el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico*

extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales". Por lo tanto, dado que la certificación extranjera que establece que los padres de intención son los progenitores de los nacidos, es un documento auténtico extranjero, debe tener acceso al Registro, eliminando así el criterio de la apariencia de maternidad o paternidad, ya que no se trata de determinar una filiación, sino del acceso al Registro español de una filiación ya determinada. Esto exige una comprobación, por tanto, puramente formal, lo que excluye toda hipotética investigación sobre la realidad del hecho inscrito³²

Esta certificación extranjera debe cumplir ciertos requisitos que vienen determinados en el artículo 85 del mencionado Reglamento, el cual establece que *"para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente."* Por consiguiente, se exige que el Registro extranjero sea regular y auténtico, requisito este que, según la resolución que se está analizando, se cumple puesto que *"la constancia registral del nacimiento y de la filiación de los nacidos es el resultado de un proceso lógico jurídico y constitutivo llevado a cabo por la autoridad registral extranjera competente. Por tanto, puede afirmarse que, en el presente caso, la certificación registral californiana constituye una auténtica "decisión" y ello permite comprobar que el Registro Civil de California desarrolla funciones similares a las españolas"*³³. Además, esta Resolución, una vez salvada la posibilidad de inscribir un nacimiento mediante certificación extranjera, establece tres requisitos para que la misma pueda tener fuerza en España:

- Que la autoridad registral extranjera sea competente para emitir la certificación.
- Que se hayan respetado los derechos de defensa de los interesados.
- Que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

Este último requisito fue el que más controversia causó, pero lo cierto es que la resolución de la DGRN no deja lugar a dudas, ya que cuando analiza este extremo comienza aclarando que la inscripción de la certificación registral californiana no vulnera el orden público internacional español. Para llegar a esta

³² ALBERT MARQUEZ, M., "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", Diario La Ley, núm. 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, p. 3.

³³ Fundamento de Derecho Cuarto de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

conclusión analiza varios elementos. Por un lado, la discriminación por razón de sexo y orientación sexual, razonando que, dado que el Derecho español admite la filiación de un hijo a favor de dos varones en casos de adopción, y permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo³⁴, el hecho de no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones en este caso resultaría discriminatorio por razón de sexo, atentando así contra el artículo 14 CE. Y, por otro lado, dado que en España la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la vinculación genética entre los sujetos implicados, puesto que se permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, siendo imposible que tenga vinculación genética con ambas mujeres, no puede denegarse la inscripción de dos menores a favor de dos hombres por el hecho de que sea imposible biológicamente que haya sido concebido por ambos.

Dentro del análisis del orden público internacional español, encontramos el aspecto más importante de esta resolución, el interés superior del menor. El artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, aprobada en Nueva York el 20 noviembre 1989, en vigor para España desde el 5 enero 1991, establece que, *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*. Partiendo de ello, dado que lo que se debe asegurar es que el menor esté protegido y cuidado, entiende la DGRN que no se debe entrar a analizar si el nacimiento tiene origen en la gestación por sustitución, pues *“denegar la inscripción en el Registro Civil español vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, conforme al citado Convenio, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño “la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar”*. Resulta discutible moralmente hablando, que la filiación de los menores que se analiza en esta Resolución quede determinada a favor de la mujer gestante, la cual renuncia a todos los derechos sobre el nacido, en lugar de determinarla a favor de los padres de intención que desean asumir esos derechos y obligaciones.

La Resolución, por último, analiza la existencia o no de fraude de Ley, determinando que para apreciar la existencia de fraude de Ley en asuntos internacionales se debe eludir una norma imperativa española utilizando una

³⁴ España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006, Artículo 7.3.

norma de conflicto, en base al artículo 12.4 CE a cuyo tenor “*se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española*”. En este caso únicamente se está acreditando, mediante una certificación registral extranjera, un hecho *iuris tantum*, es decir, se acredita una paternidad que puede ser destruida mediante prueba en contra por algún legitimado ante los Tribunales españoles, sin que esto suponga un hecho constitutivo de fraude de Ley establecido en el precepto antes citado.

Por lo tanto, la Resolución que nos ocupa establece que en cumplimiento del derecho a la igualdad establecido en el artículo 14 CE, en base al interés superior del menor y dado que no existe fraude de Ley, debe inscribirse en el Registro Civil español el nacimiento de estos menores con mención de la filiación a favor de los padres de intención.

Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº14 de Valencia, de 15 de septiembre, nº 193/2010, acabó dejando sin efecto la inscripción de estos nacidos, ya que los contratos de gestación por sustitución son nulos en nuestro Ordenamiento Jurídico, y esto fue debido a que el Ministerio Fiscal interpuso demanda de juicio ordinario frente a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. Así, la DGRN tuvo que volver a plantearse el fenómeno de la gestación por sustitución y publicó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

4.3. La Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

Para determinar la filiación del menor nacido mediante gestación por sustitución, en un primer momento, se atendía al criterio de apariencia de veracidad biológica. Posteriormente, la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, estableció que la certificación extranjera es documento suficiente para realizar la inscripción de hijos nacidos en el extranjero, pero la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº14 de Valencia, de 15 de septiembre, nº 193/2010 dejó sin efecto esta Resolución, por lo que se volvía al criterio de apariencia de veracidad biológica y, consiguientemente, se volvía a plantear un problema real que requiere de una respuesta legal, ya que estos contratos se siguen llevando a cabo y, como se ha visto, en interés superior del menor debe establecerse la filiación a favor de los padres de intención siendo esto imposible para las parejas homosexuales si se atiende al criterio de veracidad biológica.

Por ello, la DGRN publica la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. De acuerdo con esta resolución, “*atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los*

criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida”, admitiendo así la DGRN que la gestación por sustitución es una situación emergente que requiere una solución jurídica.

Esta Instrucción regula por primera vez de forma expresa el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución, y establece un primer filtro a este proceso de filiación. Así, para poder interesar la inscripción de un nacido mediante gestación por sustitución, en primer lugar se debe presentar ante el Encargado del Registro Civil español una resolución judicial dictada por Tribunal el competente del país de origen, es decir, el país donde se lleva a cabo el contrato de gestación por sustitución con la finalidad de *“controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante”*³⁵. Esta exigencia constata que no existen vicios en el contrato de gestación por sustitución, así como que los intereses y derechos del nacido y de la mujer gestante se han respetado.

Esta resolución puede ser de dos tipos:

-Resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

-Resolución judicial extranjera que tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria.

Asimismo, esta Instrucción establece dos procedimientos diferenciados para inscribir a los menores nacidos mediante gestación por sustitución, en función del tipo de resolución de la que se disponga.

Cuando se produce el nacimiento convenido en el contrato de gestación por sustitución, los padres de intención deberán iniciar un procedimiento judicial en el país de origen encaminado a que se determine la filiación del nacido a su favor o podrán iniciar un procedimiento de jurisdicción voluntaria con el mismo fin antes mencionado.

En el caso de iniciar un procedimiento judicial y que se obtenga la resolución judicial extranjera que determine la filiación del nacido a favor de los padres de intención, estos deberán seguir el procedimiento establecido en el apartado segundo de la Disposición General Primera, la cual determina que *“salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur”*. El sometimiento de la

³⁵ Exposición de motivos de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

resolución extranjera a exequátur encuentra su fundamento, entre otros principios, en el de seguridad jurídica internacional o el principio de cooperación internacional. Este procedimiento es el habilitado para que se ejecuten en un Estado sentencias dictadas en otro Estado, dado que si las mismas sólo producen efecto donde fueron dictadas, cuando las partes quieran hacer valer sus derechos en otro Estado tendrán que iniciar un nuevo procedimiento judicial, el cual puede dar lugar a sentencias contradictorias³⁶.

Por lo tanto, obtenida la resolución judicial extranjera y finalizado el procedimiento de exequátur, se podrá interesar la inscripción en el Registro Civil español con mención de la filiación a favor de los padres de intención, y el Encargado del Registro deberá proceder a dicha inscripción.

Sin embargo, en el caso de que los padres de intención posean una resolución judicial extranjera que tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en lugar de iniciar procedimiento de exequátur, el Encargado del Registro Civil español deberá controlar:

“a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”³⁷.

Por ello, el Encargado del Registro deberá constatar que el contrato de gestación por sustitución carece de vicios, que la competencia del Tribunal del país extranjero se ha basado en criterios equivalentes a los de la legislación española, los cuales vienen determinados en los artículos 22 y siguientes de la LOPJ, que no se ha realizado el contrato vulnerando los derechos de las partes y que la resolución es firme y no ha sido recurrida por ninguna de las partes, ni está sujeta a condición.

³⁶ RODRÍGUEZ BENOT, A., “Manual de derecho Internacional Privado”, Ed. Tecnos, Madrid, 2019, p.99.

³⁷ Apartado 3 de la Disposición General Primera de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Constatado el cumplimiento de estos requisitos, el Encargado del Registro Consular practicará la inscripción del nacido mediante gestación por sustitución en el Registro Civil español con mención de la filiación a favor de los padres de intención.

Una vez realizada la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución en el Registro Civil español, los padres de intención podrán solicitar la expedición del pasaporte de los menores, puesto que *“debe ser inscrito en el Registro Civil español como sujeto de nacionalidad española. Debe ser documentado como ciudadano español. Debe obtener su DNI y su pasaporte, como todo ciudadano español”*³⁸, pudiendo así viajar a España con ellos.

Por último, la presente Instrucción en su disposición general segunda establece que *“en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”*. De esta forma, la Instrucción regula el régimen de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, pero continúa en la línea de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº14 de Valencia, de 15 de septiembre, nº 193/2010, que acabó dejando sin efecto la inscripción de los nacidos en el caso de *“los niños de California”*, no siendo válida la certificación registral extranjera para interesar la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, problemática que se analizará más adelante.

Sin embargo, esta Instrucción ha sido modificada por distintas resoluciones hasta contar en la actualidad con la Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la DGRN, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Esta se remite a la anterior Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, en cuanto a la exigencia de resolución judicial ya sea contenciosa o por procedimiento de jurisdicción voluntaria, pero añade una modificación en cuanto a la forma de viajar con los menores a España, al establecer que *“el solicitante podrá obtener, si procede, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España. Una vez en España, a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con necesario el rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación”*. De esta forma, con la Instrucción de 2010, hasta que no se practicara la inscripción y obtuviesen los pasaportes los padres de intención no podían viajar a España con los nacidos mediante gestación por sustitución, y con la Instrucción de 2019, los nacidos por esta vía podrán obtener los pasaportes

³⁸ LAMM, E., *“Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.”* Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2013, pp. 92-93.

y que se determine la filiación ya habiendo viajado a España con los padres de intención.

5. Problemática de la gestación por sustitución y su acceso al registro civil español

5.1. El contrato de gestación por sustitución

El principal problema en torno a la gestación por sustitución se centra en la nulidad del contrato y en la imposibilidad de renunciar a la patria potestad.

La legislación española es bastante clara en cuanto a los contratos de gestación por sustitución, declarándose nulos expresamente en la Ley 14/2006.

Los efectos de la nulidad se encuentran regulados en el artículo 1303 CC, el cual establece que *“declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses”*. Por consiguiente, se pretende que las partes se encuentren en la misma situación patrimonial y personal que se encontraban con anterioridad a celebrar el contrato nulo, de tal forma que la nulidad tiene efectos retroactivos³⁹.

Sin embargo, si extrapolamos este efecto retroactivo a la gestación por sustitución, nos encontramos que los padres de intención deberán devolver al nacido a la mujer gestante y esta deberá devolver a los padres de intención el coste del procedimiento, encontrando aquí varios problemas.

Si el contrato de gestación por sustitución es oneroso, los padres de intención asumirán todos los gastos y molestias que ocasionen el procedimiento y además entregarán una contraprestación económica a la mujer gestante por someterse a dicho procedimiento. Sin embargo, si el contrato es gratuito, los padres de intención solo asumirán el coste del procedimiento y las molestias ocasionadas, es decir hay una compensación resarcitoria pero no un beneficio económico para la mujer gestante, por lo que si la mujer gestante tiene que devolver a los padres de intención el coste del procedimiento, esta no se queda en la misma posición que se encontraba antes de celebrar el contrato, puesto que los gastos y molestias del procedimiento finalmente los ha sufragado ella.

Pero mayor problema aún causa la devolución del nacido. Es muy complicado moralmente decidir que un hijo que ha nacido para llegar a la familia de los padres de intención finalmente tenga que ser insertado en el núcleo familiar de la mujer gestante, la cual ha renunciado a todos los derechos sobre el nacido, surgiendo aquí otro problema, la renuncia a la patria potestad. En este punto es cuando más se evidencia que la mujer gestante no quedaría en la misma

³⁹ VERDA Y BEAMONTE, J. R., *“Derecho Civil II. Obligaciones y contratos”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 260-261.

situación que se encontraba anteriormente, ya que debe quedarse con un hijo que nunca tuvo intención de tener para ella.

El ejercicio de la patria potestad implica la asunción de una serie de derechos y obligaciones, los cuales son irrenunciables e intransmisibles. Por lo tanto, no es válido en nuestro derecho renunciar a la patria potestad para que esta la asuma otro, como ocurre en los contratos de gestación por sustitución.

Sin embargo, y acertadamente, lo cierto es que estos efectos de la nulidad no se han llevado a cabo en la práctica en lo relativo a la gestación por sustitución.

La jurisprudencia, tanto nacional como europea⁴⁰, no entra, sin embargo, en el análisis de estos efectos de la nulidad. A decir verdad, este tipo de conflictos se ha centrado en la vulneración de derechos fundamentales, estableciendo que *“tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad”*⁴¹. También se ha centrado en el interés superior del menor para determinar que el menor nacido de un contrato de gestación por sustitución se mantenga en el núcleo familiar de los padres de intención, ya que la Convención sobre los derechos del niño exige que los menores queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres⁴².

5.2. Solución a la práctica registral

En la actualidad la práctica registral de los nacidos mediante gestación por sustitución se rige por la Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la DGRN. Dicha resolución exige, en rasgos generales, que para inscribir a un nacido mediante gestación por sustitución se presente en el Registro Civil español una resolución judicial extranjera o una resolución de jurisdicción voluntaria extranjera, donde se establezca la filiación del nacido mediante el citado contrato, a favor de los padres de intención. Pero esto no daba solución a todos los supuestos prácticos que estaban aconteciendo, ya que en muchos casos los padres de intención disponían únicamente de una certificación médica y una certificación registral extranjera, no siendo estos documentos suficientes para determinar la filiación de los nacidos a favor de los padres de intención, como ocurrió en el caso de *“los niños de california”*.

En este caso de *“los niños de California”*, finalmente acabó pronunciándose el Tribunal Supremo mediante la sentencia de 6 febrero de 2013. A modo de

⁴⁰ Véase, Sentencia de 18 marzo 2014. TJCE 2014\113, Sentencia del TEDH núm. 65192/11, Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 277/2022 de 31 marzo. RJ 2022\1190.

⁴¹ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 277/2022 de 31 marzo. RJ 2022\1190.

⁴² Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009.

resumen, todo comienza cuando, tras realizar dos hombres españoles un contrato de gestación por sustitución, interesan la inscripción en el Registro Civil español de los dos menores nacidos en virtud de dicho contrato, presentando una certificación registral extranjera que establecía la filiación de los menores a favor de los padres de intención. La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 resolvió que debía estimarse la inscripción, ordenando que se procediese a la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores con las menciones de filiación que constaban en la certificación registral extranjera aportada. Pero la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº14 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, acabó dejando sin efecto esta inscripción, ya que los contratos de gestación por sustitución son nulos en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, este asunto acaba siendo resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia arriba citada y en el mismo sentido que en Primera Instancia, no aceptando la inscripción de los nacimientos. Aun así, el Tribunal Supremo señala que hay que atender siempre al interés superior del menor, lo que le lleva a reparar especialmente en la situación de desprotección en la que se quedarían los menores si no se procede a su inscripción a favor de los padres de intención.

La mencionada Sentencia establece que *“el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia) ha declarado que el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, supone obligaciones positivas para los Estados que han de interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. A tal efecto, procede instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto”*. Por consiguiente, se debe integrar a los menores en un núcleo familiar de hecho, que en este caso sería el de los padres de intención, pues son ellos los que -desde que se produce el alumbramiento- asumen todos los derechos y velan por los menores.

En este sentido, el Tribunal Supremo falló desestimando las inscripciones de los menores en el Registro, pero instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones oportunas para la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”, lo que se debía hacer mediante adopción o acogimiento familiar; de esta forma los nacidos mediante gestación por sustitución siempre podrán ser incluidos en el núcleo familiar de los padres de intención.

En este mismo sentido la reciente Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 2022, establece que, *“si el menor tienen relaciones familiares de facto con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno*

o materno-filial en su favor, la solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido la existencia de una vida familiar de facto incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos”, por ello, con independencia de que se cuente con una resolución extranjera o no, los nacidos mediante gestación por sustitución son inscritos en el Registro Civil español con mención de la filiación a favor de los padres de intención, dando protección así a estos menores, ya sea por el cauce de la resolución extranjera o por el cauce de la adopción.

6. Conclusiones

Tras todo lo que ha sido expuesto hasta aquí, cabe destacar las siguientes conclusiones:

I.-El contrato de gestación por sustitución es el instrumento a través del cual la mujer gestante y los padres de intención acordarán los términos en los que se va a llevar a cabo la fecundación, gestación, y posterior entrega a los padres de intención del nacido en virtud del contrato. Este contrato puede suponer un beneficio económico para la mujer gestante, siendo el negocio oneroso en tal caso, o recibir únicamente una compensación resarcitoria por las molestias causadas durante el procedimiento, caso en el cual el contrato es gratuito.

En España, la Ley 14/2006 declara expresamente que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho y, además, el Código Penal tipifica como delitos todas las acciones que se llevan a cabo en estos contratos.

II.- La filiación está informada por una serie de principios rectores, que permiten la investigación de la paternidad y maternidad biológica, prohíben que se produzca discriminación alguna por el hecho de que se determine la filiación por naturaleza o por adopción y aseguran que en todo momento prime el interés superior del menor.

La filiación por naturaleza contiene un dato biológico de unión con los progenitores, que a su vez puede ser matrimonial o no en virtud de si media vínculo matrimonial entre los progenitores o no, mientras que la filiación por adopción se determina mediante resolución judicial tras tramitarse el oportuno procedimiento.

En cuanto a la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, encontramos una serie de peculiaridades, en función de quien interese la filiación:

-Matrimonio heterosexual: se le aplica el régimen general sobre la filiación por naturaleza.

-Mujer sola: se le aplica el régimen general sobre la filiación por naturaleza y queda determinada únicamente la filiación materna.

-Matrimonio homosexual formado por dos mujeres: la Ley 14/2006 establece que se determinará la filiación materna mediante el parto, por ello se determinará la filiación a favor de la mujer que ha gestado al nacido, pero la Ley establece la posibilidad de que la cónyuge de esta, pueda consentir que se determine la filiación del hijo de su cónyuge también a su favor.

-Matrimonio homosexual formado por dos hombres: legalmente en España, un matrimonio homosexual formado por dos hombres únicamente podrá determinar la filiación de un hijo a su favor, mediante la adopción.

-Hombre solo: para que se determine únicamente la filiación paterna de un menor, habrá que realizar los trámites de adopción, si bien, si ha realizado un contrato de gestación por sustitución en el que él era padre de intención y ha aportado la carga genética, podrá reclamar la filiación por naturaleza del nacido.

III.- La determinación de la filiación da lugar al nacimiento de una serie de derechos y obligaciones tanto para los padres como para los hijos (así, por ejemplo, determinación de los apellidos del hijo, nacimiento de la patria potestad, derechos sucesorios a favor de ambas partes).

IV.- La determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución ha sido encomendada a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (anterior DGRN), la cual ha venido aprobando Instrucciones y dictando Resoluciones acerca de la materia, cuya evolución ha sido la siguiente:

En un primer momento, se atendía al principio de veracidad biológica sin necesidad de prueba plena, es decir, cuando se interesaba la inscripción en el Registro Civil español de un nacido mediante gestación por sustitución, debía existir una apariencia de paternidad o maternidad biológica y que en la certificación de nacimiento extranjera que se presentaba en el Registro no constase ningún término acerca de la gestación por sustitución para cumplir con el principio de veracidad.

Posteriormente, con la Resolución de 18 de febrero de 2009, se suprime la necesidad de atender al principio de veracidad biológica y se declara que únicamente será necesario para determinar la filiación de estos nacidos, que se presente ante el Registro Civil español una certificación extranjera en la que se determine la filiación a favor de los padres de intención, siempre que la misma haya sido emitida por la autoridad competente extranjera, se hayan respetado los derechos de defensa de las partes y que la certificación extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español, declarando que estas no son contrarias al orden público en atención al interés superior del menor.

Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, deja sin efecto la anterior Resolución basándose en la nulidad de los contratos de gestación por sustitución establecida

en la Ley 14/2006. Pero de cumplirse los efectos de la nulidad, es decir, restitución de las prestaciones, la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución debía determinarse a favor de la mujer gestante, incluyendo al menor en un núcleo familiar que no esperaba la llegada de un bebé o que incluso no quiere asumir esos derechos y obligaciones, decisión, cuanto menos, moralmente reprochable.

Tras ello, la DGRN aprueba la Instrucción de 5 de octubre de 2010, estableciendo la necesidad de contar con una resolución judicial extranjera o una resolución de jurisdicción voluntaria extranjera que determinase la filiación a favor de los padres de intención. En caso de disponer de una resolución judicial extranjera, se deberá realizar el correspondiente procedimiento de exequátur para que se reconozca y ejecute dicha resolución extranjera en España, surtiendo así efectos en nuestro país y determinándose la filiación a favor de los padres de intención, y si se dispone de una resolución de jurisdicción voluntaria el Encargado del Registro deberá constatar que se cumplen una serie de requisitos, encaminados al respeto de los derechos de las partes, el orden público y el interés superior del menor.

Pero actualmente la Instrucción vigente que regula esta materia es la Instrucción de 18 de febrero de 2019, la cual introduce una única modificación con respecto a la anterior en cuanto al momento de obtención de los documentos identificativos de los menores para poder viajar a España. De esta forma, con la Instrucción de 2010 hasta que los padres de intención no conseguían determinar la filiación de los nacidos a su favor no podían obtener los pasaportes para viajar a España y con la nueva Instrucción los padres de intención podrán obtener los pasaportes, viajar a España, y una vez ya residiendo en nuestro país, se resuelva la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución a favor de los padres de intención.

V.- El interés superior del menor asegura que los menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución acaben incluidos en el núcleo familiar de los padres de intención, con mención de la filiación a favor de ellos.

Debe entenderse que el interés superior de estos menores, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, se encuentra encaminado a que los menores se queden al cuidado de los sujetos que hayan prestado su consentimiento para ser padres: por ello, en los procedimientos relativos a la determinación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, la misma debe establecerse a favor de los padres de intención.

Asimismo, cuando no se dispone de ninguna de las resoluciones judiciales válidas para interesar la determinación de la filiación de los menores, los Tribunales obligan al Ministerio Fiscal, en atención al interés superior del menor, a iniciar los trámites oportunos para que se pueda determinar la filiación por

adopción de los menores nacidos mediante gestación por sustitución a favor de los padres de intención.

7. Bibliografía

ALBERT MARQUEZ, M., “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, Diario La Ley, núm. 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. “Delitos relativos a la reproducción asistida”. Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida. Comares y Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998.

BERROCAL LANZAROT, A. I. “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido”. Revista de la Escuela de Medicina Legal, enero de 2007.

FEMENIA LÓPEZ, P.J., “La determinación de la filiación en interés del menor: turismo reproductivo y nuevos modelos de familia”, Dykinson, Madrid, 2019.

GETE-ALONSO, M. C., “Filiación y potestad parental”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M., “La verdad biológica en la determinación de la filiación”, Dykinson, Madrid, 2013

LACRUZ BERDEJO, J. L., “Elementos de derecho civil. Tomo IV, Familia”, Dykinson, Madrid, 2010.

LAMM, E. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.” Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2013.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “El reto de la gestación subrogada: luces y sombras”, Dykinson, Madrid, 2022.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Derecho de familia. Principios de Derecho Civil”, Marcial Pons, Madrid, 2009.

LINACERO DE LA FUENTE, M., “Tratado de Derecho de Familia aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios.”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LUCAS ESTEVE, A. “La gestación por sustitución” Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

NEVADO MONTERO, J. J., “Análisis de la patria potestad, sus fundamentos y diferenciación con otras instituciones”, J.M Bosch, Barcelona, 2021.

PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida.” Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ BENOT, A., “Manual de derecho Internacional Privado”, Ed. Tecnos, 6a edición, Madrid, 2019.

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., “La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución”, Indret, N°3, 2022.

URRUTIA BADIOLA, A. M. “Las Relaciones Paterno-Filiales, Adopción y Potestad Parental”, Dykinson, Madrid, 2017.

VELA SÁNCHEZ, A. J., “Derecho civil para el grado IV. Derecho de familia”, Dykinson, Madrid, 2013.

VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Derecho Civil II. Obligaciones y contratos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

VILAR GONZÁLEZ, S. “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal”, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana, 2017.

8. Normativa y jurisprudencia

Convención sobre los derechos del niño, aprobada en Nueva York el 20 noviembre 1989, en vigor para España desde el 5 enero 1991.

España. Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad. «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 1990.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm 281, de 24 de noviembre de 1995.

España. Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000.

España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

España. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. «BOE» núm. 175, de 22 de julio de 2011.

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889.

España. Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. «BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

España. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009. «BOE» núm. 72, de 25 de marzo de 2009

España. Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los

nacidos mediante gestación por sustitución. «BOE» núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 marzo 2014, nº 2014\113

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nº 65192/11.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 31 de marzo, nº 277/2022. RJ 2022\1190.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre, nº 781/2022. RJ 2021\5249.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 9 de julio, nº 725/2022. RJ 2002\8237.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 9 de julio, nº 719/2003. RJ 2003\4621

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

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº14 de Valencia, de 15 de septiembre, nº 193/2010. Roj: SJPI 25/2010 - ECLI:ES:JPI:2010:25.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo núm. 881/2016 de 23 de octubre. rec. 1604/2012

Conflicto de intereses

El autor declara no tener ningún conflicto de intereses.

Financiación

El documento ha sido elaborado sin financiación.