



INSTRUCCIÓN DE 14 DE FEBRERO DE 2019, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE ACTUALIZACIÓN DEL RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

I.- Como puso de manifiesto la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de este Centro Directivo, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su artículo 10.1 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Para estos casos, en el párrafo segundo de dicho precepto se prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo, conforme al apartado 3 del mismo precepto, la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Por tanto, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo, como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna (vid. artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Por otra parte, el artículo 23 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, tras disponer en su párrafo primero, que *“Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe”*, añade a continuación que *“También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”*. Esta regulación sobre el carácter de títulos inscribibles de las certificaciones de asientos de Registros civiles extranjeros se complementa en los artículos 81 y 85 del Reglamento de la citada Ley, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958. Según el primero de ellos, también es título para inscribir el hecho de que da fe *“el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”*. Y según el artículo 85 del Reglamento, párrafo primero, *“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”*.

En el marco de esta regulación, esta Dirección General ya dictó una Resolución fechada el 8 de febrero de 2009 en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil español de un nacido en California como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, celebrado conforme a la legislación de dicho Estado y en virtud de la certificación de la inscripción practicada en el Registro Civil del lugar del nacimiento, entendiéndose que, a diferencia de los supuestos de inscripción en virtud de declaración, en los casos de *“inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera”* en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, ... una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del Derecho sustantivo español (cfr. artículo 10.3 de la Ley de Reproducción asistida española), ni a través de las normas de conflicto españolas (cfr. artículo 9.4 del Código civil), sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español, y en concreto los antes citados artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil, analizando las razones por las que entendía concurrentes los requisitos exigidos en los mismos en el supuesto concreto resuelto.



Código Seguro de Verificación	PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	1/20
Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

Sin embargo, la citada Resolución, y la inscripción registral practicada en ejecución de la misma, fue recurrida judicialmente y anulada por sentencia de 15 de septiembre de 2010 de un Juzgado de Primera Instancia, posteriormente confirmada por otra de 23 de noviembre de 2011 de la Audiencia provincial de Valencia y, finalmente, por la sentencia de 6 de febrero de 2014 del Tribunal Supremo.

II.- Vista la sentencia de primera instancia que anulaba la citada Resolución, y 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, como los de las mujeres gestantes, este Centro Directivo dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, antes aludida, con objeto de establecer los criterios que han de aplicarse para permitir el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida, en la que, para garantizar la protección de dichos intereses, se estableció como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente, entendiéndose que con ello se logra 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, en especial constatando la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, se estimaba que dicha exigencia de resolución judicial era medio idóneo para verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

III.- En cuanto a las vías para el reconocimiento de los efectos de la resolución extranjera en España, y a salvo lo previsto en un eventual Convenio internacional (actualmente inexistente en la materia), se preveía la exigencia de aportación al Registro Civil del correspondiente auto judicial concediendo el exequátur, conforme a los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881 (preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000), si bien en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, se prevé, conforme a reiterada jurisprudencia, la dispensa del procedimiento del exequátur, siendo posible acudir en tales casos a la técnica del reconocimiento incidental por parte del encargado del Registro Civil, quien controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España, verificando lo siguientes extremos:

- 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

	Código Seguro de Verificación	PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	2/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

La misma Instrucción aclaraba 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”*, si bien ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana y artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

IV.- En base a la aplicación de la citada Instrucción de 5 de octubre de 2010 este Centro Directivo resolvió diversos recursos contra las calificaciones registrales denegatorias, a partir de la Resolución de 3 de mayo de 2011. Como se explicaba en esta Resolución, el hecho de que se solicite inscribir en el Registro civil español la resolución judicial extranjera en virtud de la cual se constituye la relación de filiación entre el nacido/a y los padres/madres comitentes supone que lo que se persigue de nuestras autoridades registrales no es la obtención de una *“tutela declarativa”*, para la que deba acudir a la normativa conflictual a fin de fijar el ordenamiento nacional material aplicable, sino que lo que se solicita del Encargado del Registro Civil Consular o Central español es que se inscriba una relación de filiación que ya ha sido previamente establecida y declarada por una autoridad judicial extranjera. Lo que se pretende de las autoridades registrales españolas, por tanto, es una *“tutela por reconocimiento”*, motivo por el cual se entendía que no resultaba procedente la invocación y aplicación del artículo 10, apartados 1 y 2, de la Ley española de técnicas de reproducción asistida.

Esta distinción entre la tutela declarativa (para los casos de solicitud de inscripción mediante la aportación de una certificación registral extranjera - o, en su caso, una declaración de nacimiento acompañada del correspondiente certificado facultativo -) y la tutela por reconocimiento (en el caso de aportarse como título inscribible una resolución judicial extranjera) ha cobrado carta de naturaleza normativa, en el ámbito específico del Registro Civil, en la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, según resulta de sus artículos 96.2 y 98. Este último exige para la inscripción de las certificaciones extranjeras (además de la verificación de la competencia de la autoridad extranjera que la expide y de que el Registro extranjero tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española), no sólo que la inscripción de dicha certificación no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español, sino también que *“el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado”*. Por el contrario, esta exigencia de validez conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de conflicto no se aplica en el caso de las resoluciones judiciales extranjeras, cuyo régimen de reconocimiento a efectos de su inscripción en el Registro Civil español queda fijado en el artículo 96.2 de la citada Ley 20/2011 en los siguientes términos:

“La inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar:

1.º Previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. ...

2.º Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

a) La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.

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

	Código Seguro de Verificación	PF : IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	3/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

c) Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.

d) Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”.

Por tanto, se establece una regulación muy similar a la contenida en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de este Centro Directivo. Esta misma distinción, en cuanto al distinto reconocimiento jurídico en España a efectos registrales, entre las certificaciones registrales y documentos públicos extranjeros, por un lado, y de las resoluciones judiciales extranjeras, por otro, se confirma posteriormente en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (vid. artículos 2, 59, 60, y disposición adicional primera), y en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (vid. artículos 11 y 12).

V.- Sin embargo, la sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, como se ha avanzado, confirmó la anulación de la Resolución de este Centro Directivo de 8 de febrero de 2009. En dicha sentencia el Alto Tribunal considera que la inscripción pretendida era contraria al orden público internacional español, afirmando que *“las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, 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 (art. 39).*

También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución).

Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución).

Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.”

Y añade a continuación que *“La decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho Estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.”* Argumentando en contra de la admisión de la inscripción pretendida que *“la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. También prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que se [ha] dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.”*

El Tribunal Supremo no desconoce la primacía del *“interés del menor”* pero si niega su condición de valor absoluto, afirmando que *“La invocación indiscriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e*

	Código Seguro de Verificación	PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	4/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas."

En este sentido estima el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 6 de febrero de 2014 que "La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor, ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma".

VI.- La reseñada sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 planteaba la cuestión de si la misma no sólo anulaba la Resolución de 8 de febrero de 2009 de este Centro Directivo (Resolución que había sido objeto directo de la impugnación), sino si aquella afectaba también o no a los criterios de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, y por tanto a la vigencia de esta última. Esta cuestión fue objeto de una consulta a esta Dirección General de los Registros y del Notariado por parte de la Dirección General de los Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares, contestada mediante Resolución de 11 de julio de 2014 en sentido favorable al mantenimiento de la vigencia de la citada Instrucción, poniendo énfasis en la exigencia impuesta por la Instrucción, a efectos de obtener la inscripción, de la aportación de una resolución judicial extranjera homologando el contrato de gestación por subrogación y estableciendo legalmente la filiación a favor de los padres comitentes.

Afirma la citada Resolución de 11 de julio de 2014 lo siguiente: "Es este un punto esencial ... para fijar un criterio interpretativo favorable al entendimiento de que la reiterada Instrucción de 5 de octubre de 2010 no ha quedado afectada en su validez y eficacia por la doctrina que emana de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, en la que se declara la nulidad de la Resolución de este Centro Directivo de 8 de febrero de 2009, habida cuenta de que en dicha Resolución se ordenó la inscripción de un nacimiento y filiación resultante de un contrato de gestación por sustitución en base exclusivamente a la certificación del Registro Civil extranjero, cuya sola certificación, por su propio limitado contenido, no permite desplegar el control sobre todos los extremos a que se refiere la directriz primera de la Instrucción, control que persigue salvaguardar los intereses tanto del hijo como de la madre gestante, según se ha indicado, como finalmente los de los padres comitentes. Esta diversidad de supuestos de hecho lleva consigo también una diversidad de "quaestio iuris", lo que determina que la doctrina del Tribunal Supremo no pueda extrapolarse miméticamente a un supuesto distinto como lo es el de los casos en que la referida solicitud de inscripción de nacimiento y filiación resultante de una gestación por sustitución se sustenta en una sentencia judicial firme por la que se declara la filiación que se pretende inscribir, y que permite el ejercicio de la facultad del control incidental a que nos hemos referido".

Esta conclusión ya fue anticipada por el propio Tribunal Supremo en la misma Sentencia de 6 de febrero de 2014, al advertir expresamente en el fundamento de Derecho tercero ("Valoración de la Sala. El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español") que "Ciertamente podría cuestionarse si la decisión de autoridad extranjera a reconocer es la de la práctica del asiento registral en el que aparece recogida la filiación de los menores o la de la sentencia previa dictada por la autoridad judicial que determinó tal filiación con base en el contrato de gestación por sustitución y por aplicación de las leyes de California. Pero este problema no ha sido planteado en ningún momento del litigio, y no es imprescindible abordarlo para decidir las cuestiones relevantes objeto del recurso, por lo que entrar en consideraciones sobre el mismo cambiaría completamente los términos en que se ha producido el debate procesal y sólo obscurecería la solución del recurso" (vid. último párrafo del apartado 2 del FJ tercero).

La misma Resolución de Consulta de 11 de julio de 2014 añade, además, que "la citada Sentencia del Tribunal Supremo no excluye, incluso en los supuestos a que se refiere, la inscripción registral "in totum", sino que circunscribe tal exclusión a la filiación, pero no al nacimiento, al nombre y a la nacionalidad, al afirmar que "Ha de precisarse también que, a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá

	Código Seguro de Verificación	PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	5/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido” (vid. último párrafo del apartado 11 del FJ quinto).

VII.- Poco después de dictarse la sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de febrero de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en materia de gestación subrogada al resolver los casos Menesson (asunto 65192/11), y Labassee (asunto 65941/11), ambos contra Francia, relativos respectivamente a dos niñas gemelas nacidas en California en el año 2000 y a una niña nacida en Minesota en 2001, en los que Francia había denegado la inscripción de las recién nacidas en el Registro Civil francés porque la gestión por sustitución es nula y contraria al orden público internacional francés. Ambos casos fueron resueltos mediante sendas sentencias de 26 de junio de 2014, en la que el Tribunal Europeo aprecia violación del citado artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por considerar que se produce infracción del derecho a la vida privada de los hijos, en base al argumento de que el derecho a la identidad forma parte integral de la noción de vida privada, existiendo una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos a partir de la gestación por sustitución y la determinación jurídica de la filiación.

La Resolución de Consulta de este Centro Directivo de 11 de junio de 2014 se refería precisamente a estas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como argumento coadyuvante a favor del mantenimiento de la vigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, en los siguientes términos: *“La conclusión anterior, favorable al mantenimiento de la vigencia y aplicabilidad plena de la Instrucción de este Centro Directivo de 5 de octubre de 2010, queda además reforzada por los recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia. En efecto, el 26 de junio de 2014, el Tribunal Europeo ha dictado sendas sentencias en los asuntos 65192/11 (Menesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia), en la que declara que viola el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y los progenitores que han acudido a este método reproductivo en un país cuya legislación, aplicable al caso según las normas de conflicto francesas, admite la legalidad de tal filiación declarada mediante sentencia judicial”*.

Añadía, no obstante, la citada Resolución de 11 de junio de 2014, que *“Es cierto que la legislación y práctica registral examinadas en dichos procedimientos han sido los franceses, y que dicha legislación y práctica cierra la puerta al reconocimiento de la filiación resultante de tales sentencias, incluso respecto del padre comitente que es al tiempo padre biológico del nacido/a, así como impide también la constitución de una filiación a favor de los padres comitentes por la vía de una adopción posterior del menor, incluso si queda acreditada la posesión de estado de filiación en la forma admitida legalmente por el propio Ordenamiento francés. Pero es igualmente cierto que, a pesar de tales diferencias en relación con España, modificar ahora la interpretación de este Centro Directivo entendiendo que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 ha quedado afectada en su vigencia por la reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, además de no compadecerse con una cabal interpretación de su doctrina, supondría alejar la práctica registral española, en una materia tan sensible desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de la línea hermenéutica que emana de los citados pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

En concreto en las dos sentencias de 26 de junio de 2014 el Tribunal Europeo, al analizar la posible violación del artículo 8 de la Convención en relación con el principio del respeto de la vida privada de los niños así nacidos, aprecia que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica, incertidumbre que se genera al ser identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes y, sin embargo, negarles Francia esta consideración en su ordenamiento jurídico. El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Añade que, a pesar de que su padre biológico sea francés, los niños se ven abocados a una inquietante incertidumbre en cuanto a la

	Código Seguro de Verificación	PF : IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	6/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv:PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente la definición de su propia identidad. El Tribunal aprecia, además, que estos niños no pueden heredar de los esposos recurrentes sino en tanto que legatarios de los mismos, de forma que los derechos sucesorios se calculan de forma menos favorable, evidenciando así otro elemento de la identidad filial de los que se encuentran privados. De esta manera, los efectos del no reconocimiento en el derecho francés de la relación de filiación entre los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero y las parejas que han acudido a este método no se limitan a la situación de estos últimos: afectan también a la de los propios niños, cuyo derecho al respeto a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer la sustancia de su identidad, incluida su filiación, se encuentra significativamente afectada. Con ello se plantea una grave cuestión de compatibilidad entre esta situación y el interés superior de los niños, cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, concluyendo en una declaración de violación del derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Tratado”.

Recordaba igualmente la Resolución de 11 de junio de 2014 que “Estas sentencias no pueden ser desconocidas por el ordenamiento jurídico español. Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluso cuando España no es demandada, tienen el efecto interpretativo que deriva del artículo 10.2 de la Constitución, y que el Tribunal Constitucional viene reconociendo al acatar la doctrina expuesta en aquellas. La protección de los derechos humanos se proclama en el preámbulo de la Constitución como voluntad de la Nación española y en el artículo 10.1 de la misma Constitución también se declara que los derechos inviolables inherentes a la persona humana son uno de los fundamentos del orden político y de la paz social”.

VIII.- Dictadas las citadas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 (casos Menesson y Labassee) se dictó, a su vez, el Auto de la Sala primera del Tribunal de 2 de febrero de 2015 por el que se resolvía el recurso extraordinario de nulidad por vulneración de derechos fundamentales interpuesto contra la sentencia de la misma Sala de 6 de febrero de 2014. El Tribunal Supremo desestima el recurso denegando que su sentencia vulnere el derecho a la vida familiar y privada del artículo 8 de la Convención europea de Derechos Humanos, entendiendo que la doctrina de las sentencias Menesson y Labassee no son aplicables a España por las diferencias que en materia de reconocimiento de la filiación establecida en un país extranjero en virtud de contratos de gestación subrogada existen entre Francia y España. En particular destaca la Sala que “Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, “de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (“fraus omnia corrumpit”, el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013) ..., por el contrario, el ordenamiento jurídico español prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna ...y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar “de facto” ... nuestra sentencia acuerda que debe protegerse legalmente, en su caso mediante la adopción (que, si uno de los solicitantes de la nulidad de actuaciones fuera padre biológico, no requeriría siquiera propuesta previa ni declaración administrativa de idoneidad, sino solo el asentimiento del consorte y la comprobación judicial de la adecuación de la medida al interés del menor, art. 176 del Código Civil) o, de considerarse que existe una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal, mediante el acogimiento”.

IX.- La importancia del vínculo biológico con alguno de los progenitores se subraya igualmente en la más reciente Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017, caso Paradiso y Campanelli contra Italia (asunto 25358/12). El supuesto de hecho es el de un matrimonio italiano con problemas de infertilidad que contrató una gestación por sustitución en Rusia. Tras el nacimiento del niño se inscribió en Rusia como hijo de ambos progenitores. Realizadas las pruebas de paternidad en Italia,

	Código Seguro de Verificación	PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	7/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv:PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

se constató que el señor Campanelli no era el padre. La Gran Sala en su sentencia de 24 de enero de 2017 falla a favor de la decisión adoptada por el Tribunal italiano, que dudando de la idoneidad de los padres comitentes como educadores del niño había acordado poner a éste bajo la custodia de una entidad pública italiana con objeto de iniciar un procedimiento adoptivo. Un elemento de hecho esencial para la resolución de este caso fue la inexistencia de un vínculo biológico entre los padres comitentes y el menor, unido a la violación por parte de aquellos de la prohibición italiana de la utilización de gametos donados y la vulneración de la legislación sobre adopción internacional. Concluye el Tribunal Europeo que la Convención Europea de Derechos Humanos no consagra el derecho a ser padres, y que aceptar dejar a los niños con los recurrentes (considerándolos padres adoptivos) supondría legalizar la “situación de hecho creada” por aquellos con violación de reglas importantes del Derecho italiano.

Destaca en esta sentencia del caso Paradiso y Campanelli la perspectiva de la infracción de las leyes y convenios internacionales en *materia de protección de los menores y normas sobre adopción internacional*, pues es evidente que en los casos de adopción la regulación tiene muy presente el interés superior del menor, y con tal objeto trata de garantizar la idoneidad de los padres adoptivos, la intervención en el procedimiento de autoridades públicas dedicadas a la protección de la infancia, el reconocimiento de la filiación por terceros Estados, y la ausencia de ánimo de lucro, como elementos vinculados al orden público internacional.

Entronca esta argumentación de la citada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el fundamento jurídico 6 de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de febrero de 2014, en que tras afirmar que *“las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español”*, de forma que *“Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como por ejemplo los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinantes de la filiación”*, y que *“De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar legalmente determinada respecto de dos personas del mismo sexo”*; añade a continuación que *“junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, ... Fruto de esta preocupación es, por ejemplo, la elaboración de instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional estableciendo como principios básicos que los Estados establezcan, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen, y la prevención de la sustracción, la venta o el tráfico de niños, que se concreta, entre otros extremos, en que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna (considerandos introductorios y art. 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993)”*.

Dicha perspectiva de protección de la madre gestante, exigiendo que su consentimiento se haya prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna, se vincula legalmente, asimismo, a la protección del interés superior del niño. Así resulta en el Derecho español de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, tras la reciente reforma introducida en la misma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, que da nueva redacción al artículo 26.2 de aquélla, referente a la exigencia de que la adopción, como requisito de validez en España de la constituida ante

 	Código Seguro de Verificación	PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	8/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

autoridad extranjera, “no vulnere el orden público”, precisando a modo de interpretación auténtica de este concepto que “A estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación”.

X.- La necesidad de contar con el consentimiento libre y post-natal de la madre gestante se ha destacado igualmente por la jurisprudencia menor de nuestras Audiencias Provinciales, tanto en el ámbito de los procedimientos de exequátur de resoluciones judiciales extranjeras de homologación de contratos de gestación por subrogación, como en procedimientos de constitución en España de adopciones de menores nacidos en el extranjero a favor de los padres comitentes. Ejemplo de lo primero es el Auto de 18 de noviembre de 2014 de la Audiencia provincial de Barcelona (secc 18ª), otorgando el exequatur a una sentencia dictada por el Tribunal Superior del Estado de California, estableciendo la filiación paterna de una menor nacida por gestación subrogada en ese Estado, pero desestimando el reconocimiento en lo referido a la filiación materna, declarándose en este Auto que “Conforme a la legislación y al estado actual de la doctrina jurisprudencial, la filiación materna queda determinada por el parto (...) y debe perdurar la aplicación de la excepción de orden público, sin perjuicio de que como recoge la meritada sentencia del Tribunal Supremo, la relación familiar de facto, lleva a la protección de la menor mediante otras figuras como el acogimiento familiar o la adopción”.

Y para los supuestos de adopciones en los casos citados, congruentemente con el planteamiento anterior, el Auto de la misma Sala de 28 de julio de 2015, relativo a un supuesto de constitución de adopción de dos menores cuya filiación había sido declarada por resolución extranjera y en la que se había manifestado el consentimiento de la madre gestante ante la autoridad judicial del país de origen de la misma, declaró que “En este caso la madre biológica de ambos menores Dª B. K. ha asentido en un primer momento a la adopción conforme recoge el acta de testimonio notarial otorgada ante Notaria en la India, debidamente apostillada y traducida La Sra. K. ha ratificado su situación al cabo de dos años del nacimiento de los menores, mediante declaración jurada debidamente apostillada y traducida y asimismo ha declarado de forma voluntaria y libre ante la autoridad judicial indica su asentimiento a que los dos menores sean adoptados por P. X. marido del padre biológico de ambos menores, mediante el procedimiento legal necesario al efecto y con específica referencia al proceso que aquí se examina”.

El reciente Auto de la misma Audiencia Provincial de Barcelona (secc 18ª) de 16 de octubre de 2018, insiste en este mismo planteamiento, destacando las siguientes ideas:

a) el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y “las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”, y que conforme al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, el interés superior del menor tiene la consideración de primordial, principio que ha de conjugarse con la protección de otros bienes y principios jurídicos como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, la evitación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o garantizar que no se incurra en la mercantilización de la gestación y en última instancia de la filiación.

b) Como también declara la Convención: “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”, y corresponde a los Estados Partes velar por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional, respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas (art. 8) .

	Código Seguro de Verificación	PF : IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	9/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

c) Por tanto, y a tenor de lo dispuesto en el Convenio de Derechos del Niño, si un país como España dispone que la filiación se determina por el parto, deberá evitar que los niños sean separados de sus madres y velará por que sean cuidados por ellas.

d) Estos principios y sus concordantes guardan inmediata relación con lo que dispone el artículo 9.2 de la Convención sobre los Derechos del niño, el cual prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres *“se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”* (art. 9.2); y, en este sentido, recuerda la doctrina constitucional española conforme a la cual *“los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados”*.

XI.- En relación con la ley aplicable para la constitución de la adopción (no tratándose de adopción constituida por autoridad extranjera), hay que recordar que de conformidad con el artículo 9, apartado 4, del Código Civil, según redacción dada por Ley 26/2015, de 28 de julio, *“La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996”*. El Convenio de la Haya se remite a la *lex fori*, a la ley del tribunal competente para adoptar la medida, por lo que la legislación aplicable para resolver sobre los requisitos para la adopción son los establecidos en la ley española correspondiente (Código civil o ley autonómica aplicable, en su caso), en caso de ser España el lugar de residencia de los menores. Y en cuanto al procedimiento ha de estarse a lo que dispone la Ley de La Jurisdicción Voluntaria, aprobada por Ley 15 /2015, de 2 de Julio.

Pues bien, el artículo 37 de esta Ley dispone en su apartado 1 que *“También deberán ser citados, para prestar el asentimiento a la adopción ante el Juez, las personas indicadas en el apartado 2 del artículo 177 del Código Civil”*. Por su parte, el artículo 177 del Código, tras establecer en su apartado 1 que *“Habrá de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años”* y, según la redacción dada por la reciente Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, añade el citado precepto en su apartado 2 que *“Deberán asentir a la adopción”* (además del cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, en los términos de su nº1): *“2.º Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada”.

Y en el caso de la madre se establece como regla especial que *“El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto”*.

	Código Seguro de Verificación	PF : IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	10/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv:PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

Como recordaba el Auto de 24 de abril de 2018 de la Audiencia provincial de Barcelona (secc. 18ª), *"Es pacífico en la doctrina que si el padre biológico, no privado legalmente de la potestad, ni incurso en causa de privación (ni firme un acogimiento pre adoptivo) no presta su asentimiento, la adopción no se puede formalizar. Conforme a la vieja jurisprudencia (antes de que se inadmitieran los recursos extraordinarios contra los Autos que acuerdan la adopción), ya se dijo que el asentimiento era una conditio iuris de la adopción (STS, Civil sección 1 del 20 de abril de 1987 y STS, Civil sección 1 del 19 de febrero de 1988)."*

Consecuencia de lo anterior es que, como afirma el reiterado Auto de 16 de octubre de 2018 de la Audiencia provincial de Barcelona, en nuestro Derecho (vid artículos 177.2 del Código Civil y 37 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria) no cabe *"validar un consentimiento "prenatal", renunciándose a la filiación del concepturus o del nasciturus si se hubiera producido ya la gestación, compromiso que se pacta en el contrato de gestación subrogada a la que nos venimos refiriendo sin que conste que se haya emitido un consentimiento libre e informado, tanto en lo referente a las consecuencias de su renuncia para el hijo como a los propios riesgos que para su salud física y mental se pueden derivar de la gestación. Por lo tanto, la renuncia previa de la madre gestante, que en nuestra legislación vigente, ni tan sólo es posible antes de transcurridas 6 semanas desde el parto, es decir, con posterioridad al mismo, es contraria a nuestro ordenamiento jurídico y en consecuencia, nula de pleno derecho por lo que carece de eficacia alguna en la posible adopción posterior"*.

La misma conclusión se extrae del artículo 44, apartado 4, de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, según la redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, conforme al cual *"La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida."*

Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último". Este precepto entró en vigor el día 15 de octubre de 2015 (vid. disposición final décima de la Ley 20/2011).

Ello supone que en toda inscripción de nacimiento en el Registro Civil español (a excepción de los menores abandonados con filiación desconocida), deberá figurar la filiación materna, aún en el caso de que ésta haya renunciado al ejercicio de los derechos derivados de la filiación, y sin perjuicio de la cancelación formal de dicha inscripción de la filiación en caso de posterior adopción del nacido/a o de rectificación o cambio de dicha filiación como consecuencia del reconocimiento en España de decisiones extranjera sobre la filiación del menor, para lo que será preciso la acreditación del consentimiento de la madre gestante en los términos antes examinados.

XII.- Así resulta igualmente de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la garantía del derecho de los progenitores a participar en los procesos de declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción. En concreto el Tribunal Constitucional en sentencia 75/2005, de 4 de abril, afirma que *"en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que "en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, que son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen" (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3). Es lógico, pues, que "dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca*

	Código Seguro de Verificación	PF : IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	11/20	
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)		Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8			

realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad pues lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado" (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres "se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones" (art. 9.2)".

Doctrina que reitera la contenida en sentencias anteriores del Alto Tribunal como la 143/1990, de 26 de septiembre, o la de 58/2008, de 28 de abril de 2008, recaídas en sendos recursos de amparo.

XIII.- Por otra parte, hay que recordar que la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, establece en su artículo 58 que "El procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español", precepto que reenvía la regulación de los "requisitos legales" para la práctica de los asientos registrales a la ley española, lo que reconduce a la citada Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en la parte en que está vigente, incluida la vigencia desde el día 15 de octubre de 2015, del citado artículo 44 (vid. disposición final décima).

Igualmente ha de tenerse en cuenta la disposición adicional primera de la citada Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, conforme a la cual a los efectos de lo previsto en el artículo 2 de la misma ley, tienen la consideración de normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil (y por tanto son de aplicación preferente), entre otras, "c) Los artículo 94 a 100 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil", y "g) Las normas de Derecho Internacional privado contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria". Ciertamente los artículos 94 a 100 de la Ley 20/2011 no han entrado formalmente en vigor (vid. disposición adicional décima), pero el hecho de que la Ley de cooperación jurídica internacional se remita a ellos, como norma especial en el ámbito del Registro Civil, y su coincidencia en aspectos sustanciales con la regulación de las normas que en materia de derecho internacional privado se contienen en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, permite tomarlos en consideración como elemento relevante para la interpretación del vigente artículo 26 de la Ley del Registro Civil de 1957 y de sus concordantes del Reglamento del Registro Civil de 1958.

Del vigente artículo 44 de la Ley del Registro Civil de 2011 cabe destacar ahora lo siguiente:

- "La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo".

- "A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrico-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo".

- "La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida".

- "Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación".

	Código Seguro de Verificación	PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	12/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv:PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

- *“En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último”.*

Por su parte, de la legislación civil y de reproducción humana asistida, a la que remite el citado artículo 44 de la Ley del Registro Civil de 2011, a efectos de determinar la filiación del inscrito, resulta lo siguiente:

- a) el artículo 120 del Código civil (modificado por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil) establece que *“la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: ... “5.º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil”.*
- b) El artículo 10.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece que *“La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.*
- c) Finalmente el artículo 139 del Código civil dispone, concordantemente con los preceptos anteriores, que *“La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de su maternidad justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo”.*

XIV.- Del conjunto normativo anterior resulta que: a) en toda inscripción de nacimiento practicada en un Registro Civil español (salvo en los casos del artículo 48 de la Ley 20/2011) debe figurar la identidad de la madre del nacido/a; b) que se considera madre legal a la mujer que ha dado a luz, pues la filiación materna se determina por el parto; c) que a los efectos de determinar la identidad de la madre se emplearán *“cualquiera de los medios admitidos en derecho”* (respecto de los nacidos en España, el artículo 46 de la Ley 20/2011, precisa que *“El personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar, bajo su responsabilidad, las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que establezcan de forma indubitada la relación de filiación materna, incluyendo, en su caso, las pruebas biométricas, médicas y analíticas que resulten necesarias para ello conforme a la legislación reguladora de las historias clínicas. En todo caso se tomarán las dos huellas plantares del recién nacido junto a las huellas dactilares de la madre para que figuren en el mismo documento”*); d) no se considera válida la renuncia a la maternidad, sin perjuicio de la renuncia al ejercicio de los derechos derivados de la filiación.

Todo lo anterior se conecta con el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Como declaró este Centro Directivo en sus Resoluciones de 12 de julio, 24 de octubre de 2000 y 8 de noviembre de 2001, *“Esta sentencia del Tribunal Supremo [de 21 de septiembre de 1999] se pronuncia de modo tajante sobre la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 167 del Reglamento del Registro Civil, que permitía a la madre ocultar la maternidad, no descubriendo su identidad en el parte médico de asistencia al parto. El Tribunal Supremo declara que este sistema se opone frontalmente a diversos preceptos constitucionales. No puede permitirse que el hijo biológico pierda por completo el nexo que le permitiría conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes ... La maternidad queda, pues, determinada en nuestro Derecho por el hecho del parto, conforme al principio tradicional “mater semper certa est”, cuya vigencia en todo el territorio español se produce desde que España se adhirió en 1984 al Convenio internacional citado en los vistos [Convenio número 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil de 12 de septiembre de 1962 sobre determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales]”.*

XV.- El mismo derecho del niño al conocimiento de sus orígenes biológicos se aplica respecto de la paternidad.

 	Código Seguro de Verificación	PF : IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	13/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

Así resulta igualmente de la Constitución española que tras declarar en el apartado 2 del artículo 39 que *“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”*, añade a continuación que *“La ley posibilitará la investigación de la paternidad”*, incorporando a la Constitución el principio de veracidad biológica. Principio que ha aplicado reiteradamente este Centro Directivo, entre otras muchas, en su Resolución de 15 de abril de 2013, en la que declara que *“La regulación de la filiación en el Código civil se inspira en el principio de la veracidad biológica, de modo que la declarada no podrá ser inscrita cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal filiación no se ajusta a la realidad. En el presente caso ... la certificación de nacimiento extranjera aportada ..., plantea dudas fundadas sobre la realidad del hecho inscrito y sobre su legalidad conforme a la legislación española, sin que reúna, por tanto, las condiciones exigidas por el artículo 23 de la Ley de Registro civil y 85 de su Reglamento para dar fe de la filiación del inscrito, por lo que no puede darse por acreditada la filiación biológica respecto de los supuestos progenitores”*.

Es cierto, no obstante, que la filiación no matrimonial paterna, con arreglo a la ley española, puede quedar determinada legalmente por el reconocimiento del padre. Ahora bien, la validez y eficacia del reconocimiento dependen de la concurrencia de una serie de requisitos, tanto formales - formalización ante el encargado del Registro Civil, en testamento u otro documento público -, como materiales - consentimiento expreso del representante legal del menor o incapaz reconocido o aprobación judicial - que deben acreditarse en cada caso (artículos 120.1º y 124 del Código civil, y 44.7º de la Ley del Registro Civil).

No obstante, la atribución de plenos efectos al reconocimiento por el padre se encuentra con dos importantes dificultades: por un lado, sería imprescindible tener acreditada, con las debidas garantías, la filiación materna, a efectos de que la madre biológica preste un consentimiento válido, necesario como se ha dicho para su admisión; y por otro, ante el evidente riesgo de tráfico de menores mediante una posible adopción que eludiría de los controles exigibles por la legislación sobre adopción internacional mediante su encubrimiento como una gestación subrogada, parece imprescindible contar con una prueba de la paternidad más sólida que el mero reconocimiento por el padre, prueba que bien podría venir proporcionada por un informe genético, ello sin perjuicio de la admisibilidad de otros medios de prueba que, a juicio del encargado del Registro Civil, puedan reputarse suficientes.

Además, como señaló esta Dirección General en su Resolución de Consulta de 18 de mayo de 2006, un reconocimiento de complacencia (sin ajustarse a la realidad biológica) es nulo de pleno derecho y no podrá inscribirse, cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad, por ejemplo, si se prueba que no ha podido haber cohabitación entre la madre y el presunto padre en la época en que se produjo el embarazo.

Todo ello no impide dejar a salvo la posibilidad de que el interesado pueda obtener la determinación de la filiación paterna mediante sentencia judicial conforme a los artículos 120.3º del Código civil, 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 10.3 de la Ley de técnicas de reproducción asistida. Ahora bien, en el caso de que no exista duda alguna sobre la realidad de la filiación paterna, cabe entender, conforme a la doctrina más arriba reseñada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no existirá inconveniente en acceder a la inscripción de la filiación paterna resultante del reconocimiento de paternidad hecho de conformidad con los requisitos exigidos por la ley aplicable para su plena validez y eficacia. Para obtener dicha certeza sobre el vínculo biológico del padre con el nacido/a reconocido en grado suficiente para permitir la inscripción directa de dicha filiación paterna, sin necesidad de una previa sentencia obtenida en un procedimiento judicial de reclamación de filiación, es preciso, como se ha indicado, aportar pruebas adicionales que a juicio del cónsul encargado del Registro Civil sean suficientes para dejar inequívocamente acreditada dicha filiación

 	Código Seguro de Verificación	PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	14/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

paterna, pudiendo a tal efecto aportarse, por cuando por sí mismas resultarían bastantes, unas pruebas médicas y analíticas inequívocas (de ADN) obtenidas en condiciones de plenas garantías científicas y jurídicas, tanto en cuanto a los centros o laboratorios que realicen las correspondientes pruebas y análisis, como en cuanto al procedimiento seguido y la cadena de custodia de las muestras de ADN.

Para ello dichas pruebas se han de llevar a cabo en los centros y servicios de reproducción autorizados a que se refiere el artículo 4 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, o en su caso en los laboratorios designados por la Comisión Nacional de Uso Forense del ADN, con arreglo a los procedimientos y garantías que se especifiquen en las correspondientes Instrucciones de Servicio de la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios, en el caso de solicitudes de inscripciones de filiación referidas a nacidos/as mediante procedimientos de contratación de gestación por sustitución presentadas en los correspondientes Registros Civiles Consulares de España.

XVI.- Por otra parte, en relación con los supuestos en que se presente como título inscribible en el Registro Civil consular una certificación del Registro civil extranjero correspondiente al lugar del nacimiento, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, se ha de tener en cuenta que en estos supuestos internacionales no resulta aplicable el método del reconocimiento de la eficacia extraterritorial de decisiones o resoluciones extranjeras (vid. artículos 59 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional y 96 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil) - o tutela de reconocimiento -, sino el método conflictual de determinación de la ley material aplicable a través de los puntos de conexión fijados por la ley de conflicto española (vid. artículo 12.6 del Código civil, 60 de la Ley 29/2015 y 97 y 98 de la Ley 20/2011). Lo que requiere indagar previamente la ley de conflicto aplicable en esta concreta materia.

Pues bien, según la redacción dada al párrafo primero del artículo 9.4 del Código civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *“La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5”*.

Por tanto, el primer criterio aplicable es el de *“la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación”*. Resulta, pues, aplicable la ley de la residencia habitual del nacido/a en el momento de solicitarse la inscripción de su nacimiento (vid. artículo 120 del Código civil), y en consecuencia la ley del país en que se ha producido el nacimiento en los supuestos más frecuentes en que el nacido/a ha permanecido desde su nacimiento en el territorio del mismo país en que nació. Y por ello, sin perjuicio de las exigencias y límites impuestos por el orden público internacional español, se han de aplicar los requisitos que para la eficacia y validez de la determinación de la filiación fijen las leyes de dicho Estado. Por consiguiente, en aquellos casos en que la ley extranjera aplicable determine la maternidad únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado, por sí sola, o bien estando unida en matrimonio o formando una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, no resulta aplicable la solución anterior. En tal supuesto, dado que la madre gestante normalmente habrá decidido entregar el menor nacido a la madre comitente, rehusando hacerse cargo del mismo, se produce un conflicto entre dos principios de orden público español: el de interdicción y nulidad de los contratos de gestación por sustitución (art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), y el del interés superior del menor. Conviene recordar cómo el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código

	Código Seguro de Verificación	PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	15/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción que le diera la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece que *todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, y que en la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

En consecuencia, en tales supuestos, ante la eventualidad de que el menor se quede desamparado en el país donde se ha producido la gestación, el ordenamiento jurídico debe dar una respuesta más compleja que la simple ignorancia de toda relación jurídica entre la comitente y el menor, por aplicación del art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Así si la comitente presenta un vínculo genético con el nacido/a por haber aportado su óvulo para la fecundación, resultará obligado aplicar analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de determinar la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante.

Visto el conjunto de las disposiciones, jurisprudencia y doctrina antes reseñada, de la que se desprende la necesidad de primar el interés superior del menor, así como el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos su nacionalidad, el nombre y las relaciones de familiares de conformidad con la ley, así como la necesidad de conjugar dichos derechos con la protección de otros bienes y principios jurídicos como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, y la prevención de la mercantilización de la filiación, asegurando que en ningún caso la inscripción registral permita dotar de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores, resulta necesario actualizar y adaptar a las novedades normativas y jurisprudenciales señaladas, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, concretando los criterios que, en el marco descrito, determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida.

En consecuencia, esta Dirección General, en ejercicio de las competencias que le vienen atribuidas por el artículo 9 de la Ley del Registro Civil, 41 de su Reglamento y 10 del Real Decreto Real Decreto 1044/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, ha acordado establecer y hacer públicas las siguientes directrices:

Primero.– La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, en los términos que se señalaron en la reseñada Instrucción de 5 de octubre de 2010, de este Centro Directivo, cuyo criterio puede considerarse en líneas generales válido, en los siguientes términos:

1. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional de 2015. 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.

2. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, no será precisa la previa obtención del exequátur o reconocimiento a título principal, pudiendo practicarse la

		Código Seguro de Verificación	PF : IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	16/20
		Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
		URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

inscripción previo reconocimiento incidental por parte del encargado del Registro Civil, siempre que éste pueda verificar positivamente en su calificación registral (cfr. artículos 27 de la Ley del Registro Civil de 1957, y 13 y 30 de la Ley del Registro Civil de 2011), como requisito previo a su inscripción, si tal resolución puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

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

En el caso de que la resolución judicial y/o cualesquiera otros documentos presentados no estuvieran redactados en castellano o en una de las lenguas oficiales españolas en el territorio del Registro en que se presenten, deberá acompañarse de traducción efectuada por órgano o funcionario competentes. No obstante, si al Encargado del Registro le constare el contenido del documento podrá prescindir de la traducción.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en una conexión razonable, entendiéndose por tal una conexión que responda a 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. En ningún caso se aceptará que la resolución se hubiera dictado en rebeldía de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del orden público, en particular del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante.

En especial, deberá verificar:

- que el consentimiento de la madre gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, con suficiente información y consciencia del alcance de su declaración de voluntad, y con la capacidad natural suficiente; y que dicho consentimiento ha sido confirmado en un momento posterior al nacimiento del niño/a,

- que se garantiza el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos, y

- que no concurren motivos graves de falta de idoneidad respecto de los padres comitentes para asumir las funciones tuitivas y protectoras del nacido/a propias de la patria potestad, por razón de edad, estado de salud, u otras.

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.

Segundo.- En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una mera 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. En consecuencia:

1.- En caso de que en la certificación registral extranjera, o en la declaración y certificación médica del nacimiento del menor, conste la identidad de la madre gestante, siendo ésta extranjera y habiendo ocurrido el nacimiento en el extranjero, la competencia del Registro Civil español para practicar la inscripción de dicho nacimiento requiere que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español, conforme al artículo 15 de la vigente Ley del Registro Civil de 1957, así como, a partir de su entrada en vigor, al art. 9 de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

	Código Seguro de Verificación	PF : IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	17/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

Dicha acreditación podrá tener lugar:

a) bien mediante sentencia firme recaída en un procedimiento de filiación, conforme a los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 10.3 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, o

b) bien mediante el reconocimiento del padre en cualquiera de las formas establecidas en el Código civil y cumpliendo los requisitos previstos en cada caso para la plena validez y eficacia de dicho reconocimiento.

En especial si el reconocimiento se hace mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil se requerirá el consentimiento expreso de la madre o del representante legal del menor, conforme al artículo 44.7 de la Ley del Registro Civil de 2011. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la Ley civil aplicable.

Si la madre gestante estuviese casada y fuese aplicable la presunción de paternidad matrimonial, se exigirán igualmente el consentimiento del marido o cualesquiera otros requisitos impuestos, en su caso, por la legislación civil aplicable.

2.- En particular, en todos los supuestos de reconocimiento de la filiación paterna de un niño/a nacido mediante técnicas de gestación por sustitución, con arreglo al principio de veracidad biológica, y a fin de garantizar al nacido/a su derecho al conocimiento de la sus orígenes e identidad biológica y de prevenir todo supuesto de tráfico internacional de menores, conforme al principio constitucional y europeo de plena protección del menor, principio de orden público e inderogable, dicho reconocimiento deberá completarse mediante otros medios de prueba suficientes, a juicio del encargado del Registro Civil, para acreditar de forma indubitada la realidad de esa filiación paterna. Para ello, el medio preferente, por su sencillez, aunque no exclusivo, podrá ser la correspondiente prueba de ADN, que se habrá de realizar y acreditar con plenas garantías médicas y jurídicas, principalmente en materia de aseguramiento de la cadena de custodia, reconocimiento del centro que practique los análisis. A tal efecto, los encargados de los respectivos Registros Civiles Consulares deberán atender a los criterios fijados en esta materia por la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios.

3.- Una vez acreditada la filiación paterna en la forma indicada en las directrices anteriores, y determinada por tanto la competencia del Registro Civil español, se practicará de forma inmediata la inscripción de nacimiento, haciendo constar la filiación materna resultante del parto y la filiación paterna resultante de la sentencia o del reconocimiento.

Si se pretende también la determinación de la filiación materna respecto de la mujer comitente que fuera cónyuge o una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal del varón comitente, o bien respecto del marido o pareja masculina unido con el padre cuya filiación ha quedado inscrita, será preciso acudir a un procedimiento de adopción del menor, tramitado en España, con todos los requisitos que para ello exige el art. 177 del Código Civil, a cuyo efecto resulta obligado informar, por el propio encargado del Registro Civil consular, a los comitentes sobre los requisitos para la constitución de dicha adopción, en particular la necesidad de asentimiento de la madre gestante, el cual deberá otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias de forma clara y suficiente para que el mismo pueda considerarse un asentimiento válido, y una vez hayan transcurrido seis semanas desde el parto.

 	Código Seguro de Verificación	PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	18/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

Tercero.- En aquellos casos en que la ley extranjera aplicable, conforme al artículo 9.4 del Código civil español, determine en virtud de un contrato de gestación por sustitución la maternidad únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado, por sí sola o bien estando unida a otra mujer en matrimonio o en pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, no resulta aplicable la solución anterior.

En tal supuesto, ante la eventualidad de que el menor quede desprotegido al no hacerse cargo del mismo la madre gestante, acreditada mediante la correspondiente declaración de ésta (lo que en principio podría deducirse de los términos en que haya quedado formalizado el contrato de gestación subrogada), debe buscarse una solución que tutele de manera efectivo los intereses preferentes de ese menor, ante una eventual situación de abandono e institucionalización en alguna entidad de protección de menores del país donde ha nacido. A ello debe preferirse siempre su integración en su familia biológica (art. 2.2.c de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su actual redacción establece, como criterio de determinación del interés del menor la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, priorizando la permanencia en su familia de origen y preservando el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor, priorizando siempre el acogimiento familiar frente al residencial).

Por ello, acreditado todo lo anterior (la negativa de la madre gestante a hacerse cargo del menor, y la inscripción de la filiación en el Registro del país de la filiación respecto de la madre comitente), si la comitente presentara algún vínculo genético con el nacido/a por haber aportado su óvulo para la fecundación, será aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante.

A todo ello, debe añadirse otra consideración: si no se practica la inscripción en el Registro Civil español de la filiación respecto de la madre comitente, el niño quedará desprotegido en el país donde se produjo la gestación, estando sin embargo inscrito en él, en el correspondiente Registro Civil, como hijo de la madre comitente. En consecuencia, si el niño debiera permanecer en dicho país, que sería el de su residencia y domicilio, el art. 9.4 del Código Civil español conduciría también al reconocimiento de esta filiación, cuando dice que “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación”.

Por lo que se refiere al procedimiento para practicar estas inscripciones, habrá que acudir a la aplicación del art. 44.2.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que se encuentra ya en vigor de acuerdo con la Disposición final décima de la misma. Dicho artículo dice que “Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último”.

Cuarto.- En cuanto a la forma de practicar la inscripción, será de aplicación lo previsto en la Resolución de Consulta de esta Dirección General de 1 de julio de 2011, en cuyo apartado VI se estableció lo siguiente:

	Código Seguro de Verificación	PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	19/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		

“El Cónsul Encargado del Registro Civil en que se haya de practicar la inscripción del nacimiento y filiación en los casos de gestación por sustitución reconocida bien mediante el correspondiente exequátur bien de forma incidental en trámite de calificación registral, aplicará las siguientes reglas:

1º. Extenderá una primera inscripción principal de nacimiento en la que conste como madre la mujer gestante que ha alumbrado al nacido, y una segunda inscripción marginal de filiación en la que constarán como progenitores los determinados por la resolución judicial de determinación de la filiación derivada del contrato de gestación por sustitución a que se refiere la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

2º. Inmediatamente después, sin solución de continuidad y sin necesidad de solicitud por parte de los interesados, se extenderá en el folio que corresponda, una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los progenitores determinados por la resolución judicial y, en su caso, la oportuna referencia al matrimonio de éstos.

3º. En esta nueva inscripción se hará referencia en la casilla destinada a observaciones, exclusivamente, a los datos registrales de la inscripción anterior (libro número, folio número, página número), la cual será cancelada formalmente, conforme a lo previsto en el artículo 307 del Reglamento del Registro Civil.

4º. De la nueva inscripción se podrán expedir certificaciones literales en favor de cualquier persona con interés en conocer el asiento, pero la publicidad del asiento anterior cancelado quedará exclusivamente limitada a los progenitores judicialmente determinados, al nacido a que se refiere la inscripción mayor de edad y a los terceros que obtengan la autorización especial a que se refiere el último párrafo del artículo 21 del Reglamento del Registro Civil.

5º. Conforme a lo previsto en el artículo 2 de la **Orden JUS/644/2006, de 6 de marzo, de aclaración de la Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia, en la nueva inscripción principal de nacimiento que se extienda, cuando la resolución judicial extranjera relativa a la gestación por sustitución determine la filiación del nacido a favor de dos personas del mismo sexo, se emplearán respecto de las mismas las menciones de A-progenitor/a y B-progenitor/a en las casillas correspondientes. En caso de que la inscripción se practicara en un Registro Civil todavía no informatizado (especialmente en el caso de los Registros consulares), se ha de tener en cuenta que, conforme al artículo 3 de la citada Orden **JUS/568/2006, y dado** el carácter uniforme de los libros registrales de los Registros Civiles no informatizados que no prevén los supuestos de dos progenitores del mismo sexo, las menciones de *padre y madre que figuran preimpresas en los libros*, en los citados supuestos, deben ser rectificadas de oficio por el propio Encargado del Registro Civil, sin necesidad de expediente, mediante la aplicación analógica de las reglas que sobre rectificación de defectos formales de los asientos figuran en los artículos 305 y siguientes del Reglamento del Registro Civil.”**

Quinto.- La presente Instrucción deroga y sustituye a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Madrid, 14 de febrero de 2019.– Firmado electrónicamente, El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro Garrido Chamorro.

	Código Seguro de Verificación	PF : IKaO-QqN4-lVu2-nFn8	Página	20/20
	Firmado electrónicamente por	Pedro Garrido Chamorro (DIRECTOR GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO)	Fecha firma	14/02/2019
	URL de verificación	https://verifirmasede.mjusticia.gob.es/csv=PF:IKaO-QqN4-lVu2-nFn8		