

FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS



ZIENTZIA
JURIDIKOEN
FAKULTATEA

**TRABAJO FIN DE MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA
ABOGACÍA**

**La filiación y la doble maternidad legal derivada del uso de técnicas de
reproducción humana asistida.**

Adriana Acaro Chamba

DIRECTOR

Raquel Luquin Bergareche

Pamplona

16 de enero de 2017

RESUMEN:

La ampliación del concepto clásico de familia ha permitido la protección legal de nuevos grupos de convivencia, como los formados por parejas homosexuales de mujeres y sus hijos; quienes, por un lado, en el año 2005 vieron reconocido su derecho a contraer matrimonio y, por otro, en 2007 obtuvieron la posibilidad de inscribir una doble maternidad por naturaleza derivada del uso de técnicas de reproducción asistida. Ante estos cambios sociales y normativos, el presente trabajo tiene como objetivo el estudio de las implicaciones jurídicas, respecto de la filiación, derivadas de la inscripción de la doble maternidad legal; concepto reciente en nuestro ordenamiento jurídico que en la práctica está siendo fuente de conflictividad jurídica.

PALABRAS CLAVE: filiación; doble maternidad legal; técnicas de reproducción asistida; consentimiento de la mujer no gestante; acción de reclamación de la filiación.

ABSTRACT:

The development of the traditional concept of family has allowed legal protection of new groups of coexistence as those formed by homosexual couples of women and their children, who, on the one hand, in the year 2005 saw recognized their right to marry and, on the other hand, in 2007 they obtained the possibility to register a double maternity by nature for the use of assisted reproduction techniques. As a consequence of these social and normative changes; the present work aims to study the legal implications, for sonship, derived from the inscription of a double legal maternity; recent concept in our legal system that, in practice, is still a source of legal conflict.

KEY WORDS: filiation; double legal maternity; assisted human reproduction; consent of non-pregnant woman; maternity claim action.

SUMARIO

<i>ABREVIATURAS:</i>	4
I. INTRODUCCION.	6
II. ASPECTOS PREVIOS.	7
1. La filiación en el ordenamiento jurídico español: principios, efectos y modos de determinación.....	7
2. Técnicas de reproducción humana asistida y filiación: de un remedio frente la esterilidad al derecho a procrear.	12
III. LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL DE UN MATRIMONIO HOMOSEXUAL DE MUJERES.	19
1. Del principio de verdad biológica a la autonomía de la voluntad.	27
2. ¿Existe vulneración del derecho a la igualdad de las uniones heterosexuales respecto de las homosexuales?	32
IV. DOBLE MATERNIDAD LEGAL COMO TITULO DE DETERMINACION DE LA FILIACION.....	39
1. Presupuestos legales para la inscripción de la filiación en el Registro civil y doctrina de la DGRN.	40
1.1 La acreditación del uso de técnicas de reproducción asistida.	40
1.2 El matrimonio previo a la manifestación del consentimiento para la determinación de la filiación.	41
1.3 La declaración de voluntad de la mujer no gestante.	41
2. Forma e inscripción de la manifestación de voluntad del cónyuge no gestante..	45
V. SOBRE LA PROCEDIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE FILIACION COMO MEDIO DE DETERMINACION O IMPUGNACION DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL.....	48
1. El restringido ejercicio de la acción de impugnación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida: vicio del consentimiento.	48
2. Acción de reclamación de la filiación. El consentimiento de la cónyuge no gestante, la posesión de estado e interés del menor para la determinación de la filiación: la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.	52

3. Una alternativa a la falta de la determinación de la maternidad de la pareja de la madre biológica: el derecho a las relaciones personales del menor.....	59
VI. REFLEXIONES FINALES.	62
VII. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	64
VIII. JURISPRUDENCIA	CITADA.

ABREVIATURAS:

Art./Arts.: Artículo/s.

ATC: Auto del Tribunal Constitucional.

AAP: Auto de la Audiencia Provincial.

BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CCAA: Comunidad Autónoma.

CCC: Código Civil Catalán.

CE: Constitución Española.

DA: Disposición Adicional.

DF: Disposición Final

DGRN: Dirección General del Registro y Notariado.

Dir.: Directores.

DT: Disposición Transitoria.

FJ: Fundamento/s Jurídico/s.

JPI: Juzgado de Primera Instancia.

LRC: Ley, de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.

LTRA: Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

LTRHA: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Núm.: Número.

ob. cit.: obra citada.

Pág./Págs.: Página/s.

RDGRN: Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado.

RRC: Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SJPI: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TRHA: Técnica/s de Reproducción Humana Asistida.

TS: Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCION.

La evolución que en nuestra sociedad ha experimentado el concepto de familia se tradujo jurídicamente en la introducción de reformas radicales de nuestro Derecho privado: la Ley 13/2005, de 1 de junio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, que reconoció el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, a la vez que ordenaba la equiparación de derechos entre éstos y las parejas heterosexuales. Así, se dejaba atrás el modelo clásico o tradicional de familia, dándose cobertura legal a las nuevas fórmulas de convivencia.

Si bien tarde, el mandato de equiparación de derechos de las parejas homosexuales, propició la reforma de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante LTRHA, que por primera vez permitía el acceso a la reproducción asistida a los matrimonios de mujeres y posibilitaba la inscripción de una doble maternidad por naturaleza, no obstante, dejando fuera a las parejas homosexuales *more uxorio*.

Así, este trabajo tiene como finalidad determinar las implicaciones jurídicas que para el sistema de filiación tiene la inscripción de una segunda maternidad, pues son importantes las cuestiones que se plantean: en primer lugar, por suponer una singularidad en el Derecho de filiación previsto en el CC, en segundo lugar, por constituir nuevo título de determinación de la maternidad basado en la voluntad de ser madre, y, por último, por los importantes efectos que de la filiación se derivan, máxime porque estamos hablando de la identidad de una persona.

Para ello, de forma previa, examinaremos el sistema de filiación que se contienen en el CC, así como la finalidad que cumple la LTRHA y su proceso evolutivo hasta la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo. Con esto pasaremos a abordar el tan cuestionado desconocimiento del principio de verdad biológica cuando se impide que la persona que contribuyó a la procreación figure como progenitor del menor y permitiendo que una tercera ajena -por lo menos al menor-, por su sola voluntad, vea determinada la filiación a su favor; y las desigualdades que sufren las parejas homosexuales en la LTRHA respecto de las heterosexuales. A continuación, analizaremos cada uno de los requisitos que se exigen para la determinación de la doble maternidad legal y el papel que ha jugado en ello la DGRN. Por último, haremos referencia al posible uso de las acciones de

impugnación y reclamación de la filiación contempladas en el CC deteniéndonos, respecto de las últimas, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

II. ASPECTOS PREVIOS.

1. La filiación en el ordenamiento jurídico español: principios, efectos y modos de determinación.

Es posible definir la filiación como la relación jurídica que vincula a los hijos con sus progenitores de forma exclusiva y excluyente¹, creando recíprocamente entre ellos una serie de derechos y obligaciones. A partir de esta primera definición parece desprenderse que únicamente surge dicho vínculo en la medida en que es posible biológicamente, es decir, la concepción derivada de la unión de un hombre y una mujer y la consecuente determinación de la filiación respecto del *nasciturus*. Sin embargo, esta idea dista de la realidad.

En la regulación actual de nuestro Derecho es posible que quienes figuran ante la Ley como progenitores ningún tipo de vínculo biológico tengan con su hijo y, no obstante, cuentan con los mismos de derechos y obligaciones, sin distinción alguna respecto de aquellos en los que sí está presente ese vínculo². El medio a través del que se establece esa relación jurídica puede ser: el reconocimiento de quien no es progenitor, la adopción o el recurso a técnicas de reproducción asistida, situaciones donde se crean ficciones jurídicas entre las personas que asumen la condición de progenitores y las que se sitúan en la de hijos³.

¹ GARCIA VICENTE, J.R. “La filiación”, en YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., (Dir.), *Tratado de Derecho de familia*, Vol. V, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 39.

² “Son filiaciones, en sentido jurídico, que, por distintos caminos y motivos, se va separando la idea de filiación jurídica de la de procreación biológica; y se distinguen institucionalmente los conceptos de padre/madre y progenitor, que no tienen por qué coincidir”. LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRIA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J. *Elementos de Derecho Civil IV Familia*, Dykinson, Madrid, 2010.

En la misma línea, DIEZ PICAZO, L., GULLON BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV (Tomo I), Tecnos, Madrid, 2012, pág. 235, quien afirma que “de algún modo puede decirse que una cosa es ser padre y otra cosa progenitor, palabra antes inhabitual, que comienza a ser utilizada cada vez más por la ley. Padre contiene una carga de sentido socio-cultural y jurídico de la que carece el término progenitor.”. Igualmente, CORONA QUESADA GONZALEZ, M. *La determinación judicial de la filiación. Funciones de la posesión de estado cuando se determina, se acredita y se prueba la filiación*. Bosch, Barcelona, 2012, pág. 32.

³ DIEZ PICAZO, L., GULLON BALLESTEROS, A. ob. cit., pág. 233.

La regulación actual de la filiación se contiene en nuestro Código Civil, que en un principio recogía un sistema totalmente desigualitario, por establecer más o menos obligaciones -al padre- o derechos -a los hijos- en función de si la procreación tenía lugar constante matrimonio -filiación legítima- o sin que éste mediara -filiación ilegítima-. La aprobación de la Constitución de 1978 y la proclamación de derechos fundamentales que hasta entonces no eran reconocidos en la sociedad española dieron un giro copernicano a la regulación existente hasta ese momento en materia de familia. En este sentido, son fundamentalmente dos las normas que tiene un impacto directo en el régimen de filiación, el artículo 14 y 39 de la Norma Fundamental.

En cuanto al primero, y en lo que aquí concierne, reconoce el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley, sin que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento; es decir se acaba con el régimen de tratamiento desigualitario que, hasta el momento, se daba a la filiación matrimonial respecto de la extramatrimonial y se prohíbe efectuar cualquier distinción que otorgue un trato preferente a los hijos basado en el origen de la filiación. En lo que se refiere al art. 39 CE, se garantiza -si bien en sede de los principios rectores de la política social y económica- la protección social, económica y jurídica de la familia y de los hijos, volviéndose a reiterar su igualdad con independencia de la filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil, y, además, se posibilita la investigación de la paternidad, lo que supuso la abolición de la protección del hombre frente a la asunción de su responsabilidad como progenitor⁴.

Las nuevas exigencias constitucionales llevaron a la aprobación de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que instauró un sistema basado en el principio de verdad biológica y que hasta el momento no se ha visto alterado, a pesar de la inexistencia de nexo biológico en determinadas relaciones. Ello es así ya que, por un lado, el art. 108 CC únicamente contempla la filiación por naturaleza, referida a aquella en la que el hijo y sus progenitores están unidos por un lazo biológico, y por adopción, distinguiendo dos clases: la matrimonial y la no matrimonial, que en todo caso surten los mismos efectos⁵;

⁴ Para un estudio de las implicaciones del principio de investigación de la paternidad *vid.* CORONA QUESADA GONZALEZ, M. ob. cit., pág. 42 y ss.

⁵ Se puede observar que, aunque se parte de un principio de igualdad de los hijos, es el legislador el que introduce diferencias entre ellos en función de la existencia de matrimonio entre sus progenitores o no, pero esta diferencia reside en el modo de su determinación y no en sus efectos. Sobre esto se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional (STC núm. 154/2006 de 22 de mayo) considerando, respecto al alcance del principio de igualdad, que “no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de

y, por otro, se configuran las llamadas acciones de filiación con el objetivo de que la verdad legal corresponda con la verdad biológica⁶.

Con los nuevos cambios exigidos por la Constitución española y reflejados en la modificación del Código Civil, el sistema de Derecho de filiación se apoya en nuevos principios, a saber: principio de igualdad, principio de protección del hijo, principio de verdad biológica y principio de control público.

A. *Principio de igualdad.*

Como hemos dicho, implica la igualdad de los hijos ante la Ley, es decir, la necesidad de que cualquier tipo de filiación tenga el mismo contenido, exigiéndose que, en caso de hacer diferencias entre ellas, las mismas se deban a un fundamento objetivo y razonable.

B. *Principio de interés superior del hijo.*

El principio de protección del hijo, reconocido en el art. 39 CE y en la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, debe inspirar cualquier regulación

cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca una justificación objetiva y razonable para ello pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (por ejemplo, SSTC [27/2004](#), de 4 de marzo, FJ 3, y [104/2004](#), de 28 de junio, FJ 4). Esta justificación que exige el Alto Tribunal quedó reflejada en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1979 (luego transformado en la Ley 11/1981) en la certeza que otorga el matrimonio a la paternidad, lo que no es predicable en la filiación extramatrimonial, concretamente se dice que “se ha entendido en la actual reforma que la circunstancia de que la filiación se produzca dentro o fuera del matrimonio es, como regla, irrelevante en relación con el segundo problema —el de sus efectos—, pero es importante para regular la primera cuestión —la determinación legal de aquella—. Por eso, el nuevo texto ya no habla de hijos legítimos ni ilegítimos, naturales o no naturales, sino que refleja sólo el hecho de su concepción dentro o fuera del matrimonio, reconociendo a todos su concepción de hijos por naturaleza, como contrapuestos a la adopción, y respetando, en cuanto a los efectos de su filiación, el principio de igualdad ante la Ley, con vigencia dentro y fuera de su familia. En cambio, para determinar la filiación no puede ignorarse que el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad, y que esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación. Continua, pues, teniendo el matrimonio importancia primordial en el terreno de la creación del vínculo, con lo que persiste su significado de fundamento de familia, institución ésta a la que los poderes públicos deben protección jurídica”. O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Investigación de la Paternidad. Acciones de Filiación. Acción de Investigación de la Paternidad. Prueba biológica*. Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1994, pág. 11.

⁶ Vid. ALBADALEJO, M., *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*, Ed. 11ª, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 240.

que afecte de alguna manera a éste. Se articula a través de, por un lado, el deber de asistencia y, por otro, la creación de un mecanismo institucional de protección que se configura a través de la patria potestad.

C. Principio de verdad biológica.

Otro de los principios que preside el derecho de filiación es el de verdad biológica, se busca por el legislador el establecimiento de un vínculo jurídico entre aquellos en los que existe un nexo biológico; y, para ello, posibilita la utilización de mecanismos para el descubrimiento de la paternidad, como se proclama en el art. 39 CE.

D. Principio de control público.

Por último, el principio de control público se presenta como una herramienta de protección de la seguridad y estabilidad de la relación de filiación, por su condición de estado civil de las personas y en cuanto está en juego su identidad y los derechos y obligaciones anudados a la paternidad⁷.

El respeto de estos principios resulta fundamental debido a los importantes efectos que de la filiación se derivan, a su condición personalísima y a la inserción de una persona a un grupo familiar en el que se establecen derechos y obligaciones. Es el propio Código Civil el que establece los principales efectos que derivan de la paternidad, en primer lugar, conforme al art. 119 CC, la filiación determina los apellidos del engendrado, quien llevará el primer apellido del padre y de la madre -téngase en cuenta que el Código Civil únicamente prevé la filiación derivada de hombre y mujer-, y, por lo tanto, será su seña de identidad. En segundo lugar, establecida la relación, tanto el art. 110 del mismo cuerpo legal y 39.3 CE imponen a los progenitores la obligación de velar por sus hijos y prestarles alimentos, obligación que deriva por el solo hecho de ser padres y que es independiente de la patria potestad. En tercer lugar, la filiación tiene un efecto directo en el derecho sucesorio de las personas, ámbito donde se protege a los hijos a través de las limitaciones que se imponen al testador para disponer o se hace prevalecer los derechos de éstos o de

⁷ El deber de control público al que hacemos referencia se pone de manifiesto en la minuciosa regulación que se hace del derecho de filiación y el modo y títulos de su determinación, que tiene como finalidad garantizar la veracidad, siquiera jurídica, de la inscripción de la filiación, no pudiendo los particulares por sí mismos decidir sobre su determinación o alcance, por ser materia indisponible. Igualmente, en aras de garantizar la estabilidad y seguridad de la relación de filiación, existe un gran control público sobre el ejercicio de las acciones de filiación, que cuentan con normas procesales y sustantivas especiales. En esta línea, GARCÍA VICENTE, J.R. ob. cit., pág. 77; igualmente, BARBER CARCAMO, R. *La filiación en España: una visión crítica*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 42 y ss.

los progenitores del causante para la sucesión *abintestato*⁸. Por último, la filiación, en nuestro país, determina la nacionalidad de la persona⁹.

Vistos los importantes efectos que para una persona tiene la determinación de la filiación, debemos entrar a analizar el modo a través del cual se hace. Conforme al principio de verdad biológica la filiación quedaría determinada por el hecho biológico de la generación, pero, dado que su exactitud excede por sí del control público, se establecen una serie de títulos para su determinación. Así, se distingue en función de si la filiación es matrimonial o no matrimonial.

En cuanto a la primera, dice el art. 115 CC que “la filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1.º Por la inscripción del nacimiento junto con a la del matrimonio de los padres 2.º Por sentencia firme”. Por tanto, para la determinación de la filiación matrimonial basta con la inscripción registral. Ello es así por la presunción de paternidad que establece el art. 116 CC, según el cual “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”. Es decir, en tanto existe matrimonio rige automáticamente la presunción de paternidad del marido, sin que se requiera por su parte ningún requisito adicional para determinar la filiación del hijo a su favor, sino simplemente la inscripción. Debemos aclarar que la determinación de maternidad deriva del parto, aunque es cierto que el Código Civil no hace referencia como tal a este hecho, sin embargo, ello se extrae de lo dispuesto en los arts. 47 LRC y 181 RRC, los cuales condicionan la inscripción de la filiación materna a la aportación del parte facultativo acreditativo de este hecho.

Por su parte, la determinación de la filiación extramatrimonial no resulta tan sencilla, sino que requiere de unos trámites previos; de acuerdo con el art. 120 CC quedará determinada legalmente:

“1.º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

2.º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

⁸ Art. 806 CC y ss., y arts. 930 CC y ss.

⁹ Art. 17. a) CC.

3.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

4.º Por sentencia firme.

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”.

Como se ha dicho antes, esta diferencia en los modos de determinación de la filiación obedece a la certeza que la concepción en el seno del matrimonio otorga a la paternidad, donde, *prima facie*, se presume legalmente que el hijo de mujer casada lo es de su marido, salvo que se demuestre lo contrario. Esto no es posible predicarse respecto de la filiación extramatrimonial, donde el Estado no tiene ningún mecanismo *a priori* para identificar con un mínimo de certeza la identidad del padre.

Pues bien, conocido *grosso modo* cómo se articula el derecho de filiación en nuestro Derecho, debemos examinar qué implicaciones tiene en el mismo el uso de técnicas de reproducción humana asistida, actualmente reguladas en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

2. Técnicas de reproducción humana asistida y filiación: de un remedio frente la esterilidad al derecho a procrear.

Se ha venido diciendo que la regulación de la filiación en el Código Civil, en su redacción de 1981 y en el texto actualmente vigente, presupone que la reproducción humana se ha llevado a cabo de forma natural, es decir, mediando una relación sexual entre un hombre y una mujer. En la actualidad, gracias a los avances de la ciencia, es plenamente posible conseguir la procreación sin que medie la hasta entonces necesaria relación sexual: se trata de una fecundación artificial que se alcanza por el uso de técnicas de reproducción asistida, como la inseminación artificial -IA, homologa o heteróloga- o la fecundación *in vitro* -FIV-.

En el momento de la aprobación de la Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, se obvió por nuestro legislador la existencia de esas técnicas,

limitándose a establecer dos clases de filiación: por naturaleza y adopción; clasificación en la que no parece pueda ubicarse ese *tertium genus* que es la filiación derivada del uso de la reproducción asistida. No fue hasta 1988 cuando por primera vez en nuestro país se promulga una regulación específica de técnicas de reproducción asistida y de los efectos que de ellas se derivan, es decir la filiación, lo cual tiene lugar a través de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Antes de entrar en el análisis de la determinación de la filiación que deriva del uso de estas técnicas, debemos detenernos en la finalidad que se perseguía con esta primera normativa reguladora de la reproducción humana asistida.

Desde la redacción del texto esa cuestión fue discutida por la doctrina debido a la controversia que existía en torno al uso de las técnicas de reproducción asistida por mujeres solas o parejas de mujeres¹⁰: no se trataba de la existencia de problemas de fertilidad, sino que, de algún modo, se estaría reconociendo un “derecho a procrear”¹¹ de las mujeres. Respecto a este extremo, el texto legal aparecía redactado con una buena dosis de ambigüedad cuando en su art. 1.2 preveía que “las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces”; es decir, en este punto se concibe como un remedio frente a la esterilidad y no como una posibilidad que pueda ejercer cualquiera que tenga el deseo de ser padre¹². Sin embargo, cuando parecía deducirse de este precepto que el recurso a estas técnicas

¹⁰ A favor del uso de las técnicas de reproducción asistida por parte de mujeres solas, CARCABA FERNÁNDEZ, M. *Los Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 131 y ss. En contra, LLEDO YAGÜE, F. *Fecundación artificial y derecho*. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 94. Este último autor considera que “en línea de principio, estos procedimientos de procreación humana sólo deben permitirse a parejas casadas; entre otras razones, por la propia estabilidad que comporta institucionalmente el vínculo matrimonial, actuando éste a modo de garante formal de todo el ingente haz de relaciones jurídicas que desencadena, Además, si *el interés primordial* que preside estas prácticas es el del hijo que va a nacer (*nasciturus* y/o *concepturus*), éste tendrá derecho a acceder a un padre y una madre, en una relación institucionalizada y permanente de principio”.

¹¹ Se ha definido ese derecho como el derecho a formar una familia, analizado, además, como manifestación de la dignidad, del libre desarrollo de la personalidad y de la libertad personal en materia reproductiva, así como el derecho del individuo a que el Estado no interfiera en la esfera íntima y personal del proceso de reproducción. Así, DIAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007 pág. 115.

¹² En la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 también se hacía alusión a la utilización de la reproducción asistida como un mecanismo para paliar la esterilidad, así se decía que “los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y en especial en los campos de la biomedicina y la biotecnología, han posibilitado, entre otros, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como técnicas de reproducción asistida o artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco (...) Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces”.

presuponía de forma previa un problema de fertilidad de los usuarios, de una forma no explícita, el art. 6 reconocía indirectamente la posibilidad de hacer uso de las técnicas de reproducción asistida a las mujeres solas, requiriéndose a tal efecto los requisitos de mayoría de edad y plena capacidad de obrar de la gestante. El apartado tercero de dicho artículo establece requerimientos adicionales para el caso de que la mujer estuviera casada, por lo tanto, sin hacer una referencia expresa se permite que cualquier mujer sola pueda acceder al uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que cumpla los requisitos mencionados y mediando consentimiento expreso¹³.

Planteada así la cuestión, no fueron pocos los autores que negaban la posibilidad de la utilización de la reproducción asistida por parte de mujeres sin pareja¹⁴. Tal fue la controversia planteada que el propio Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley en Sentencia núm. 116/1999, de 17 de junio y, en concreto, sobre la adecuación a la Constitución Española del uso de la reproducción asistida por mujeres solas, entendiendo que “en este sentido y apurando la argumentación actora, bien pudiera deducirse que la ratio última de su impugnación estriba en el hecho de que la Ley 35/1988 al permitir, mediante las técnicas de reproducción en ella reguladas, la fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente, vulnera el núcleo esencial de la institución familiar. Esta tesis no puede ser, sin embargo, compartida, pues arranca de una identificación entre la familia natural y la jurídica que carece de todo respaldo constitucional. En efecto, quizá la prueba más palpable de esa necesaria diferenciación

¹³ Sobre la posibilidad de la utilización de la reproducción asistida al margen de un problema de fertilidad, la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida deja claro que en la Ley “se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de reproducción asistida: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del derecho de familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no solo en nuestra nación, como lo aprueban las informaciones foráneas”. Es decir, a pesar de que implícitamente se está reconociendo un derecho a procrear, dado que es suficiente la voluntad de ser madre para acudir al uso de estas técnicas, el legislador no hace un reconocimiento expreso de ese derecho y no tiene claro los límites a los que debe someterse. Esto supone la creación de un nuevo modelo de familia monoparental que se aleja de la idea tradicional de familia, lo que el legislador justifica en que “desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”.

¹⁴ En este sentido, VILA-CORO BARRACHINA, M.D., “La reproducción asistida en la mujer sola”, en *Revista General de Derecho*, núm. 572, pág. 3901 y ss.

de planos y, por ende, de la autonomía de significado que adquiere el instituto de la familia en su concepción estrictamente jurídica, lo constituya el hecho comúnmente aceptado de que los hijos adoptivos se integren y constituyan una familia, aunque sus padres legales no se correspondan con los biológicos (véanse, en este sentido, las Sentencias del T.E.D.H. de 13 de junio de 1979 (asunto: Marckx), 26 de mayo de 1994 (asunto Keegan v. Irlanda) y la de 27 de octubre de 1994 (asunto: Catharina Kroon, AliZerrouk y Sami M'Halleem-Driss v. Países Bajos). No existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (SSTC289/1993 y 114/1997) ni, como queda dicho, el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial (SSTC 184/1990 y 222/1992). Desde este entendimiento de la familia, es evidente que las técnicas de reproducción asistida reguladas en la Ley no implican, por sí mismas, un menoscabo de su protección constitucional ni, por lo tanto, del principio establecido en el art. 39.1 C.E. Es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas contenidas fundamentalmente en los arts.8 y 9 de la Ley. Por otra parte, el argumento de los recurrentes, en el sentido de que en los supuestos de adopción la diferencia entre la paternidad o maternidad biológica y la legal se justifica por razones de protección del interés del hijo, lo que no ocurre en relación con las hipótesis contempladas en la Ley 35/1988, supone desconocer la finalidad primera y justificativa de la propia Ley que es, precisamente, la de posibilitar la fecundación y, por ende, la creación o el crecimiento de la familia como unidad básica y esencial de convivencia”¹⁵. Igualmente, entiende el Alto Tribunal que el desconocimiento de la paternidad, ya sea por el uso de mujeres sin pareja o por la intervención de donantes anónimos, no ataca el principio de investigación de la paternidad que reconoce el art. 39 CE, pues no se trata de un derecho incondicionado, sino que se prescindirá del mismo ante la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen¹⁶.

¹⁵ RTC 1999, 116 (FJ 1).

¹⁶ Dice el Tribunal que “conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución”.

La misma línea se sigue por la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que sustituye a la Ley de 1988. En el nuevo texto legal desaparece la referencia a la finalidad de las técnicas como “la actuación médica ante la esterilidad humana” y en su art. 6.1 se reconoce de forma expresa la utilización de esas técnicas por mujeres solas al decir que “la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”: de nuevo se está haciendo referencia a la existencia de un derecho a procrear, desmarcándose del argumento de que las técnicas estén únicamente al servicio de la “utilidad” consistente en hacer frente a problemas de esterilidad de la pareja¹⁷. Esta aparente armonía no fue tal, pues, en un principio, el Proyecto de Ley 121/000039, de técnicas de reproducción humana asistida volvía a incidir en la finalidad de la reproducción asistida en orden a “facilitar la procreación en casos de esterilidad”, inciso que fue objeto de enmiendas de los grupos parlamentarios Izquierda Verde-IU-IC y Esquerra Republicana -Enmienda nº 18 y 29¹⁸-, que pretendían el reconocimiento del derecho a la maternidad no vinculado a problemas de esterilidad. Si bien, aunque estas enmiendas no fueron aprobadas, se consiguió la eliminación de la finalidad primera, guardando la nueva Ley silencio respecto al fin perseguido, que en todo caso debe ser entendido como la posibilidad del uso de la reproducción asistida tanto por parejas como por mujeres solas fértiles, siendo su voluntad el único requisito necesario¹⁹.

Bajo estos preceptos, y siendo la voluntad de la usuaria y de su pareja, en su caso, lo determinante para la procreación con la asistencia de estas técnicas, queda regulada la filiación que deriva de su uso. De acuerdo con el art. 7 LTRHA, “la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas”; es decir, no se crea un nuevo título de determinación

¹⁷ El derecho a la procreación que deriva de la aprobación de la LTRHA es ampliamente aceptado en la doctrina. Sin bien, no deja de ser discutido por algunos autores, que entienden que, aunque la Ley se basa en un “derecho fundamental a la procreación”, el mismo no existe, debido a que el hijo no puede ser objeto de un derecho subjetivo. En este sentido GONZALES PEREZ DE CASTRO, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykison, Madrid, 2013, pág. 247.

¹⁸ Concretamente por el grupo Esquerra Republicana se proponía la siguiente redacción para el art.1, apartado a) “Esta Ley tiene por objeto: a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas, para facilitar el derecho a la maternidad”. Para un examen de las enmiendas *vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 39-8, de 28 de septiembre de 2005.

¹⁹ Sobre el proceso de aprobación de la Ley 14/2006 *vid.* DIAZ MARTINEZ, A., “Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley”, en LLEDO YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., (Dir.), *Comentarios Científicos-Jurídicos Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 34.

de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, sino que se encuadra dentro de la filiación por naturaleza y se reconduce su determinación a las normas del Código Civil, con las especialidades previstas en la propia Ley. Por tanto, ninguna relevancia, a efectos de la filiación, se da al hecho de la utilización de alguna de esas técnicas para conseguir la procreación y a la ausencia de nexo biológico del engendrado con los progenitores -fecundación heteróloga o por donante-.

De esta forma, en la determinación de la maternidad opera el principio *mater certa semper est*, es decir, se determinará la maternidad respecto de la mujer que da a luz, siendo indiferente el origen del material genético empleado. Se sigue el mismo sistema establecido en el Código Civil, con la especialidad del necesario consentimiento previo a la intervención de mujer mayor de edad y con plena capacidad de obrar, que ha de ser en todo caso plenamente libre, consciente y manifestado de forma expresa²⁰.

Salvo en los casos en que se haga uso de las técnicas de reproducción humana asistida por parte de una mujer sola, supuesto este en el que únicamente quedará determinada la filiación materna²¹, la determinación de la paternidad también se regulará por los cauces establecidos en el Código Civil, en función de la matrimonialidad o no de la relación entre los progenitores. Para el caso en el que la mujer estuviera casada, la paternidad de su marido se determinará por la presunción de paternidad conforme a lo preceptuado en el art. 116 CC: no obstante, tal y como exige el artículo 6.3 LTRHA se precisa el consentimiento libre, consciente y formal del cónyuge previo a la utilización de las técnicas. Nada dice nuestro legislador sobre cuáles serán las consecuencias de la falta de consentimiento del marido, sin embargo, se ha aceptado por la doctrina que su ausencia no implica la imposibilidad de determinar la paternidad a su favor, sino que igualmente operará la presunción de paternidad establecida por nuestro Código Civil, pues el consentimiento exigido no se erige como un medio de determinación. El verdadero papel que aquí juega el consentimiento del cónyuge es como un medio técnico

²⁰ Arts. 3 y 6 LTRHA. Sobre la forma y las exigencias en las que se debe prestar el consentimiento de la usuaria *vid.* DIEZ SOTO, C. M. “Artículo 6. Usuarios de las técnicas”, en LLEDO YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., (Dir.). *ob. cit.*, ppág. 104 y ss.

²¹ En estos casos la fecundación habrá requerido de la intermediación de un donante, sin embargo, la paternidad no se determinará a su favor, dado que la Ley (art. 5) le garantiza su anonimato, tanto respecto del hijo, como de la usuaria de las técnicas. La única información a la que éstos podrían acceder es a una general en la que no se incluyen datos de su identidad. De manera excepcional, y ante la existencia de circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En todo caso, esta revelación no implica, en modo alguno, la determinación de la filiación a su favor.

para evitar la impugnación derivada de la filiación así determinada. *Sensu contrario*, su ausencia legitimará el ejercicio de una acción de impugnación de paternidad, fundamentada en la ausencia de consentimiento y siempre que hubiera intervenido en la fecundación un tercer donante²².

Por otra parte, se permite por la Ley reconocer la filiación derivada del uso de estas técnicas a la pareja de “hecho” de la usuaria: al igual que para el marido, se precisa su consentimiento a la fecundación con contribución de donante con anterioridad a la utilización de las técnicas, pero, de nuevo, este consentimiento no es lo que determinará la paternidad del varón no casado, sino que se han de seguir los títulos de determinación de la filiación no matrimonial previstos en el Código Civil. De esta forma, es necesario el reconocimiento del hijo, conforme al art. 120 CC, que, en todo caso, debe prestarse libremente²³. Ya sea la filiación matrimonial o extramatrimonial, ambas tienen en común que, cuando el material genético procede de un donante anónimo, la paternidad será fruto de la voluntad de procrear y de asumir las consecuencias de esta procreación –la relación paterno-filial-, alejándose en este sentido del principio de verdad biológica tan ensalzado por nuestro Código Civil, y prevaleciendo en estos casos el criterio formal - consentimiento- sobre el material -procedencia biológica de los progenitores determinada por el material genético-²⁴.

Hasta este momento, éstas eran las posibilidades que existían para determinar la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida. A pesar de que por la doctrina y la sociedad ya se venía discutiendo sobre la posibilidad de que parejas de mujeres pudieran acceder a dichas técnicas en las mismas condiciones de igualdad que las parejas heterosexuales y con las mismas consecuencias en materia de filiación, el

²² Así, DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M, S. “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal” en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2015, pág. 9; GERMAN ZURRIARAIN, R. “Técnicas de reproducción asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado” en *Cuaderno de Bioética vol. XXII*, núm.2, 2011, pág. 208. En sentido contrario, LAMM, E, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en *Revista de Bioética y de Derecho*, núm. 24, 2012, pág. 82.

²³ En caso de que la pareja de la usuaria, tras prestar su consentimiento, no formalizara el reconocimiento, el consentimiento prestado servirá como escrito indubitado a efectos de determinación de la filiación por vía de expediente gubernativo o, incluso, legitimando a la madre para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación. El ejercicio de esa acción, claro está, no irá dirigida a constatar la existencia de un nexo biológico entre el nacido por medio de estas técnicas y el varón no casado, sino a acreditar la prestación del consentimiento previo por parte de aquel. Así, BARBER CARCAMO, R. “Reproducción Asistida y determinación de la filiación”, en *Redur*, núm. 8, 2010, pág. 31.

²⁴ El principio de verdad biológica quedará intacto si la fecundación se lleva a cabo con material genético de la pareja de la usuaria, puesto que, si bien se encuentra presente el elemento volitivo de los progenitores, también concurre el biológico. De igual forma, DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M, S. ob. cit., pág. 9.

legislador hace caso omiso a esas corrientes y no prevé nada al respecto²⁵. Este escenario cambia tras la reforma realizada en la LTRHA por la Ley 3/2007, de 15 de marzo de rectificación registral del sexo, que introdujo un párrafo tercero al art. 7 de la Ley, reconociendo la posibilidad de establecer una doble maternidad cuando la usuaria esté casada con otra mujer, y siempre que esta última manifieste su consentimiento para que se determine la filiación a su favor.

Son muchos los conflictos que ha suscitado esta reforma que parece no contentar a nadie: por su proceso de aprobación, por los vacíos que deja, por achacársele la desigualdad que supuestamente genera de las parejas de mujeres no casadas respecto de parejas heterosexuales, o porque contraviene lo dispuesto en el Código Civil; cuestiones que se abordarán en las siguientes páginas.

III. LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL DE UN MATRIMONIO HOMOSEXUAL DE MUJERES.

Como se ha dicho, no es hasta 2007 cuando, por vez primera en nuestro país, se hace frente por parte del legislador, siquiera de forma parcial, a las inquietudes de las parejas homosexuales de mujeres en materia de filiación, que abogaban por ostentar los mismos derechos que las parejas heterosexuales en materia de reproducción asistida; es decir, reconociéndose su derecho legal a que se determine la filiación del hijo nacido por estas técnicas a favor de la pareja de la usuaria con independencia del sexo de la misma. Estas peticiones implicaban el establecimiento de una “doble maternidad”, concepto que chocaba con la idea que el Derecho tenía de la familia y con el principio de verdad biológica en el que se fundamenta el CC. Lo cual, sin embargo, no fue obstáculo para su introducción a través del art. 7.3 LTRHA, el cual textualmente prevé 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*”. Con anterioridad se había descartado cualquier otro título de determinación de la maternidad diferente al parto, manteniéndose intacto el axioma romano según el cual *mater semper*

²⁵ Se debe precisar que la utilización de la reproducción asistida por parte de una pareja de mujeres no podía determinar la filiación respecto de la mujer no gestante, conforme a lo previsto en la Ley, dado que ésta, en todo momento, se refiere al “marido” o “varón no casado”.

*certa est*²⁶, siendo éste el único ámbito donde la autonomía de la voluntad de los progenitores tenía vedada su actuación.

No deja de resultar llamativo, por otra parte, el tránsito de una maternidad por naturaleza, la única prevista por el CC, y que no admite otra que resulte contradictoria, a otra que se deriva exclusivamente de la voluntad de ser madres de una pareja de mujeres, lo cual biológicamente no es posible. Es claro que el cambio no deviene de un impulso legislativo, sino que la cuestión ya se venía planteando en distintos ámbitos de la sociedad, conexas a la cuestión relativa a la igualdad de derechos de las parejas homosexuales.

No era desconocido para nuestros tribunales y para la Administración la existencia de parejas de mujeres que, de forma consensuada, habían acordado que una de ellas se sometería a una técnica de reproducción asistida para satisfacer sus instintos maternales, de manera que ambas, una vez nacido el hijo, desarrollarían el papel de madres. Evidentemente, para el Derecho ninguna relevancia tenía este acuerdo entre las progenitoras, ya que, de acuerdo a la legislación en aquel momento vigente, no era posible el establecimiento de la doble maternidad legal, por lo que únicamente quedaba determinada la filiación del hijo respecto de la madre gestante, mientras que la otra únicamente jugaba un papel de “madre moral”, que no legal. Dada la situación, algunas de estas parejas intentaron la determinación de la filiación respecto de ambas mujeres, intentado su equiparación a las parejas heterosexuales, pero la respuesta siempre fue negativa. Ejemplo de ello son las resoluciones de la DGRN en las que se negó el reconocimiento de la doble maternidad legal con base en que “si la madre biológica está determinada por el parto, no puede figurar también como madre la mujer unida como pareja estable con la madre biológica”²⁷.

Entre esto se iban abriendo puertas, aunque, en nuestra opinión, no las deseadas, para lograr legalmente la determinación de una doble maternidad por vía de la institución de la adopción. Esta opción no se contemplaba en el Código Civil, por estar limitada a matrimonios heterosexuales²⁸. Fueron los legisladores de las comunidades autónomas los

²⁶ En la línea de la determinación de la maternidad por el hecho del parto, el art. 10 LTRHA prohíbe el contrato de gestación por sustitución, volviendo a hacer hincapié en que la maternidad quedará determinada por aquel hecho.

²⁷ RDGRN 09/01/2002 (RJ\2002\3611); RDGRN 30/09/2004, núm. 2/2004 (RJ\2005\664).

²⁸ Se tiene en cuenta la redacción dada al art. 175 por la Disposición final 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

que, anticipándose al legislador nacional, reconocieron el derecho a la adopción conjunta por parejas de hecho con independencia del sexo de sus componentes. La primera de ellas fue Navarra, que, mediante la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, reconoció la posibilidad de que dos personas del mismo sexo constituyesen una pareja estable²⁹ y permitió a sus miembros la adopción de forma conjunta, con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio y sin hacer distinción en función del sexo de los componentes de la pareja³⁰. Con ello se permitió que, o bien de forma conjunta una pareja de homosexuales acuda a la adopción de un menor, o, en caso de una pareja de mujeres, una de ellas se someta a una TRHA, quedando la maternidad determinada conforme a las reglas del CC, y la madre no gestante procediera a la adopción del hijo nacido, determinándose así la doble maternidad³¹. Tampoco quedó la Ley Foral exenta de problemas, pues cuando se intentó por parte de la compañera sentimental de la usuaria de una TRHA la adopción del hijo de su pareja, el Ministerio Fiscal se opuso a ello con base a la imposibilidad de reconocer dos maternidades, puesto que el Código Civil en sus arts. 47 y 48 únicamente contempla la filiación materna y la paterna. Se tachó de inconstitucional a la Ley Foral por vulnerar el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común, por lo que, según el criterio del Ministerio Fiscal, para la aplicación de la Ley habrá de estarse al recurso de inconstitucionalidad que entonces pendía en el Alto Tribunal³². Sin embargo, en sentido contrario, los Tribunales consideraron que no “es impedimento a la aplicación de la Ley Foral lo dispuesto expresamente en la normativa civil sobre la filiación paterna y materna, ni sobre las disposiciones referentes a la Patria Potestad. Como ya se dijo en el auto anteriormente dictado en este Juzgado, la Constitución española, cuando se ocupa

²⁹ Para la constitución de la pareja estable se requiere el cumplimiento de los requisitos recogidos en el art. 2 de la Ley, que en todo caso son los mismos para parejas heterosexuales como para las homosexuales. Como antesala al reconocimiento de que hacía a continuación, el art. 1 de la Ley establece que “en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual”. Igualmente, se debe mencionar que Navarra no fue la primera de las CCAA en reconocer a parejas homosexuales el derecho a constituir una pareja estable, anteriormente ya se había hecho por Cataluña mediante la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja.

³⁰ *Vid.* art. 8 Ley Foral 6/2000

³¹ La inscripción de una segunda maternidad por vía de la adopción también se reconoció en otras CCAA como País Vasco, mediante la Ley 2/2003, de 7 de mayo, Reguladora de las Parejas de Hecho; Aragón, a través de la Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no Casadas; y Cantabria, por la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

³² El recurso de inconstitucionalidad fue resuelto mediante STC 23/04/2013, núm. 93/2013 (Rf: BOE-A-2013-5436) que declaró la constitucionalidad del art. 8 de la Ley Foral 6/2000 (FJ 12.º).

de la filiación, la entiende en términos generales y sin referencia expresa a maternidad-paternidad; así lo hace en su art. 39 dentro de los principios rectores de la política social y económica y en concreto extiende la protección del menor en la forma prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos y que proclaman la prioridad del interés del menor sobre cualesquiera otros intereses que con aquél entren en conflicto, lo que también establece con claridad el art. 2 de la Ley Orgánica 1/96 de 15 de enero (RCL 1996, 145) de protección jurídica del menor. Ese interés debe ser necesariamente apreciado en el caso concreto”³³.

Desde luego, el hito más importante para la doble maternidad legal fue el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo³⁴, posibilitado por los nuevos principios instaurados en la CE, y sobre todo por el principio de no discriminación, los arts. 1 y 10, y especialmente los arts. 14 y 9. Esto se consiguió a través de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, la cual dio una nueva redacción al art. 44 CC, que quedó redactado como sigue: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”³⁵. Precisamente ésta fue la mayor reforma realizada por la Ley. Las modificaciones de otros preceptos se ceñían a correcciones formales para sustituir la alusión al “marido y mujer” por “cónyuges”, añadiendo como cláusula final en la DA 1ª que “Las disposiciones legales y

³³ Así, el Auto del JPI Nº 3 de Pamplona 22/01/2004 (AC\2004\164) y Auto 26/01/2005, núm. 33/2005 (AC\2005\180). Para un mayor estudio de estos casos, *vid.* JIMENEZ MUÑOZ, F.J. “La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas. Un estudio de la jurisprudencia reciente”. *Revista para la infancia y la adolescencia*, núm. 6, 2014, pág. 55 y ss. DIAZ MARTÍNEZ, A., considera que las mencionadas resoluciones carecían de coherencia con la legislación registral, que en ningún caso permitía por esos tiempos la constancia de una doble maternidad; “La doble maternidad legal derivada...”. *ob. cit.*, pág. 115.

³⁴ Derecho que se venía reclamando por los colectivos de gays y lesbianas y sobre el que tuvo la oportunidad de pronunciarse nuestro Alto Tribunal en el ATC 11/06/1994, núm. 222/1994 (RTC 1994\222), considerando que “la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo” (FJ 2.º).

³⁵ La Ley 13/2005 fue y es objeto de múltiples críticas por parte de la doctrina, así en contra del matrimonio homosexual, ARECHEDERRA ARANZADI, L. “El matrimonio es heterosexual”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 658, 2005, pág. 9; GONZALES PEREZ DE CASTRO. *ob. cit.*, pág. 280 y ss. Igualmente fue objeto del recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005 que solicitaba su declaración de inconstitucionalidad por vulnerar la concepción constitucional del matrimonio y en concreto los arts. 32, 10.2, 14, 39.1, 2 y 4, 53.1.9.3 y 167 CE, sin embargo, su constitucionalidad fue proclamada por la STC 06/11/2012, núm. 198/2012 (Rf. BOE-A-2012-14602).

reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”, y ello con el fin de equiparar en todos los órdenes los derechos y deberes de unos y de otros.

Respecto a otros ámbitos, y a pesar de la equiparación de los derechos de las parejas homosexuales y heterosexuales, la novedosa reforma no altera en nada la regulación de la filiación “por naturaleza” vigente y que contempla únicamente la filiación derivada de la concepción entre un hombre y una mujer. El motivo no es otro que el hecho (incontestable, por otro lado) de la imposibilidad biológica de la procreación entre personas del mismo sexo. De hecho, la propia Exposición de Motivos de la Ley se justifica diciendo que “subsiste, no obstante, la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos solo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”. Empero, olvida el legislador que, si bien no es posible una “filiación natural”, sí es posible una filiación “por voluntad” de las parejas de mujeres que acuden a centros de reproducción asistida con el fin de conseguir la fecundación y desempeñar ambas, de común acuerdo, el papel de madres, y así lo venía y lo viene demostrando la práctica.

Por su parte, en el ámbito de la filiación adoptiva sí se producen modificaciones importantes, concretamente en los arts. 175 y 178 CC, que tras la reforma otorgan el derecho a la adopción de los matrimonios homosexuales. A la posibilidad de la adopción de las parejas estables en algunas CCAA se suma ahora la de los matrimonios homosexuales, siendo esta la vía utilizada, por ser la única posible, para determinar la filiación de la madre no gestante por las parejas de mujeres que acudían a las TRHA, y ello con base en el art. 178.2. 1º CC.

En este punto, teniendo en cuenta la negación de la doble maternidad por naturaleza que se hace por el legislador, llaman la atención casos como el que se plantea en el de una pareja de mujeres que contrajo matrimonio tras la reforma del CC en 2005 y que, de mutuo acuerdo, decidieron ser madres mediante la utilización de la reproducción asistida, a la que se sometería una de ellas. A raíz de ello nace un niño que las cónyuges intentaron inscribir como hijo de ambas, petición que fue denegada por el Registro Civil y que se volvió a reiterar ante el Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Algeciras, que sorprendentemente y en contra de los preceptos legales que se acaban de exponer, dio su beneplácito para el establecimiento de la doble maternidad. Así, por primera vez, se

inscribió una filiación natural en la que dos cónyuges mujeres figuraban como progenitoras A y B del menor. La decisión fue discutida por el Ministerio de Justicia por su inadecuación al Derecho entonces vigente, se solicitó la actuación de la Fiscalía para que el caso siguiese los mismos procedimientos que cualquier pareja de mujeres, es decir, la adopción. Sin embargo, no consta que se hubiera iniciado ninguna actuación dirigida a dejar sin efecto la decisión judicial³⁶.

En el año 2006, tras poco más de un año del reconocimiento del matrimonio homosexual y de la búsqueda de la equiparación de éstos con los matrimonios heterosexuales, aún se mantiene intacto el derecho de filiación establecido en el CC y en la LTRA de 1988, dado que la sustitución de esta última por la LTRHA obvia cualquier norma que permitiera determinar la filiación a favor de la consorte - o conviviente - de la usuaria que se sometía a las técnicas. De hecho, en lo único que la Ley 13/2005 modificó la LTRHA fue en la precisión que se hizo respecto a la indiferencia de la orientación sexual de la usuaria de las técnicas, que desde luego en la práctica no suponía ningún cambio. La decisión del legislador fue criticada por gran parte de la doctrina: algunos destacaban la desprotección legal en la que se encontraban los núcleos familiares formados por dos mujeres, en los que ambas desempeñaban el papel de madre respecto del hijo de una de ellas nacido con la mediación de técnicas de reproducción asistida, alegándose que, además de afectar a la madre no gestante, se da también en el hijo, pues jurídicamente ningún derecho podía exigir de aquélla, ya sea en materia de alimentos, custodia o sucesoria³⁷. De igual forma, causaba sorpresa la ausencia de regulación, y más si se tiene en cuenta que estos casos no eran aislados, sino cada vez más frecuentes y generalmente conocidos por la sociedad, la Administración y los Tribunales de justicia, y que cuando se aprobó la reforma realizada por la Ley 13/2005 la LTRA ya se encontraba en fase parlamentaria³⁸. Incluso a raíz de la entrada en vigor de esa última Ley, el Proyecto de Ley de la LTRHA había sido objeto de varias enmiendas que reclamaban la modificación de los arts. 6.3 y 8 para sustituir los términos “marido” o “varón no casado”

³⁶ Cfr. <http://www.20minutos.es/noticia/163001/0/lesbiana/madre/adopcion/>; http://www.elperiodicomediterraneo.com/noticias/sociedad/dos-lesbianas-inscriben-bebe-registro-sin-mediacion-adopcion_254717.html

³⁷ En este sentido, ALVENTOSA DEL RÍO, J. “Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre (RJ 2013, 7566)”. *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18, 2014, pág. 391.

³⁸ Así, TOMÁS MARTÍNEZ, G. “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro”. *Actualidad Civil*, núm. 7, 2010, pág. 748 y ss.

por los de “cónyuge” o “pareja”, en relación al consentimiento para la utilización de la reproducción asistida por la usuaria y la consiguiente determinación de la filiación; de manera que se permitiera a una pareja homosexual de mujeres la procreación y el reconocimiento de la filiación por estos medios, y ello se pedía “en coherencia con el resto de leyes que se están tramitando en el Parlamento y entre ellas la de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”³⁹. No obstante, las enmiendas fueron rechazadas, volviéndose a plantear en el Senado con el mismo éxito⁴⁰.

Así, podemos advertir cómo, en el periodo comprendido entre 2005 y 2007, existió un vacío legal en lo que respecta a la filiación de los nacidos a consecuencia de la aplicación de técnicas de reproducción asistida en la que la usuaria de las técnicas estaba unida a otra mujer. Con estos precedentes se venía exigiendo una respuesta expresa a la pregunta de si es posible determinar la filiación “natural” de la pareja (mujer) de la usuaria. *A priori*, reconocida por algunas CCAA, juzgados y por el propio CC, respecto de los matrimonios homosexuales, la doble maternidad en la adopción y reconocido el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio, la respuesta, a nuestro juicio, no podía sino ser afirmativa, y ello con base a los siguientes argumentos:

En primer lugar, tanto en los supuestos de adopción, con independencia del sexo de los adoptantes, como en la procreación a través de técnicas de reproducción asistida, voluntariamente querida y decidida por una pareja de mujeres, existe ausencia de vínculo biológico, al menos respecto de la madre no gestante, por lo que admitir uno de estos supuestos y desechar otro basándose únicamente en la ausencia de verdad biológica, entraría en manifiesta contradicción.

³⁹ Las enmiendas fueron presentadas por los Grupos Políticos Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verdes y Esquerra Republicana de Catalunya (Enmiendas núm. 22, 23, 27, 33, 38 y 39), casi con idéntico contenido. Concretamente se proponían las siguientes redacciones, para el art. 6.3: “Si la mujer estuviera casada, podrá solicitar el consentimiento a su cónyuge, y en caso de no prestarlo no se vinculará la filiación matrimonial”; art. 8.1 “Ni la mujer progenitora ni su cónyuge, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial...”; y para el art. 8.2 “Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante *prestado por persona no casada* con anterioridad a la utilización de las técnicas”. Para más, *vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, núm. 39-8, de 28 de septiembre de 2005.

⁴⁰ Este proceso se recoge ampliamente por NANCLARES VALLE, J. “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/20088/2008, 2008, pág. 1 (BIB 2008/578).

En segundo lugar, de acuerdo con el art. 108 CC, la filiación adoptiva y natural, a la última de las cuales sería reconducida la doble maternidad legal derivada del uso de técnicas de reproducción asistida - debido a que nuestro legislador únicamente establece dos tipos de filiación-, surten los mismos efectos, es decir, el establecimiento de los apellidos de los progenitores, el deber de custodia y alimentos y los derechos existentes entre padres e hijos; lo que nos lleva a que, reconocido que dos mujeres son capaces de asumir esos derechos y obligaciones respecto de su hijo adoptado, nada impide hacer el mismo reconocimiento en la doble maternidad derivada del uso de técnicas de reproducción asistida.

Por último, la ausencia de dicho reconocimiento dejaría en una posición de desigualdad a las parejas de mujeres respecto de parejas heterosexuales, siendo que en estas últimas la paternidad derivada del uso de la reproducción asistida en la que interviene un donante anónimo es puramente de deseo, no genética, como igualmente sucede si se permite la coexistencia de dos maternidades⁴¹.

Finalmente, este pensamiento se vio refrendado, siquiera indirecta y parcialmente, por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que, mediante la DA 1.ª, adicionó un párrafo 3.º al art. 7 LTRHA por el que se introduce la doble maternidad legal derivada del uso de dichas técnicas para los matrimonios homosexuales de mujeres -dejando fuera de esta posibilidad a las parejas estables, que, en principio, deben acudir a la vía de la adopción-. Gracias a esta reforma se hace una excepción a las normas previstas en el CC, ya que hasta entonces, aunque se hiciera uso de la reproducción asistida, tanto la maternidad como la paternidad se continuaban determinando conforme a las reglas previstas en el CC, mientras que con el reconocimiento de la doble maternidad legal se crea un nuevo título de determinación de la maternidad, por no ser posible aplicar el principio “*mater Semper certa est*” respecto de la madre no gestante y, por lo tanto, se hacía necesario ese nuevo título⁴².

⁴¹ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley”. ob. cit., pág. 35.

⁴² Así se afirma por ALVAREZ SARABIA, M., “Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida” en *Anales de Derecho*, 2015, pág. 41. La autora ha considerado que “de forma natural un mismo hijo no puede tener dos madres y es por esto que el fundamento de esta doble maternidad no sólo no puede reconducirse al Código Civil, sino que necesita un nuevo criterio de determinación autónomo: el consentimiento; de esta forma, el consentimiento se ha convertido en la doble maternidad tanto en el mecanismo como en el fundamento de la determinación, guardando quizás más similitud con la adopción que con la filiación por naturaleza”.

A partir de este momento, cuando una pareja de mujeres casadas haga uso de la reproducción asistida, para determinar la filiación respecto de la madre no gestante ésta debe manifestar ante el Encargado del Registro Civil, que consiente que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge, sin lo cual el acceso al Registro estaría vedado. El consentimiento exigido a la madre no gestante se ha considerado contradictorio con el valor que hasta entonces se le atribuía por la propia LTRHA, pues se le achaca, y no sin razón, que, por un lado, ese consentimiento se refiere al uso de una técnica concreta de reproducción asistida y manifestado de forma previa a su aplicación, mientras que para el establecimiento de la segunda maternidad no se exige un consentimiento previo de la cónyuge de la usuaria, sino que su voluntad únicamente entra en juego con posterioridad y para determinar la filiación del nacido a su favor; y, por otro lado, el consentimiento exigido a parejas heterosexuales no constituye un título de determinación de la filiación, mientras que la voluntad requerida a la cónyuge no gestante si se erige como un nuevo título, aplicable solo cuando haya mediado reproducción asistida y la mujer receptora de la misma se encuentre casada con otra mujer⁴³.

1. Del principio de verdad biológica a la autonomía de la voluntad.

Son muchos los puntos sobre los que se debate en relación al nuevo art. 7.3 LTRHA, entre ellos, y el mayormente criticado, la contradicción manifiesta de su contenido con el principio de verdad biológica en el que descansa todo el sistema regulador de la relación jurídica de filiación del Código Civil español. Ello es así dado que, con la posibilidad de establecer una doble maternidad legal, no se está creando una nueva filiación de origen legal basada únicamente en la voluntad de la cónyuge de la usuaria, que conoce perfectamente que ningún vínculo biológico tiene con el hijo que va a nacer de su esposa, sino que se considera una filiación natural de origen biológico⁴⁴.

Las mismas críticas se han vertido respecto de la LTRHA en general, si bien, debido a que anteriormente solo parejas heterosexuales podían acceder al uso de las técnicas, únicamente se referían a los casos en los que se hacía uso de la fecundación

⁴³ Vid. BARBER CARCAMO, R. *La filiación en España: una visión crítica*. ob. cit., pág. 133.

⁴⁴ NANCLARES VALLE, J. ob. cit., pág. 18 considera que la falsedad de esa afirmación posibilita futuras impugnaciones, creando una inestabilidad en el estado civil de los hijos así concebidos.

heteróloga, es decir, cuando es un tercer donante anónimo el que aporta los gametos, quedando intacto el principio de verdad biológica cuando era la pareja de la usuaria el que los aportaba. Por lo tanto, en parejas heterosexuales es posible la presencia de vínculos genéticos con el hijo nacido mediante la intervención de la reproducción asistida, y, en aquellos casos en los que no existen, exteriormente se da una apariencia en ese sentido. En cambio, esto no sucede en la doble maternidad legal⁴⁵, o al menos respecto de la madre no gestante, que ningún dato genético compartirá con el hijo, pues es sencillamente imposible la procreación entre dos mujeres⁴⁶. La imposibilidad de procreación hace evidente la utilización de las técnicas de reproducción asistida, de manera que se acaba con el mandato que impone el art. 7.2 LTRHA de su no publicidad⁴⁷.

Así, los esfuerzos realizados por el legislador con el sistema de filiación instaurado en 1981 y que ponía un gran empeño en que quien fuera padre biológico lo fuera también legal, para lo que creó unos títulos de determinación de la filiación, acciones encaminadas a la búsqueda de la verdad y un mandato constitucional en tal sentido -todo ello al margen de la filiación adoptiva donde se entiende que hay una justificación que avala la ausencia de vínculos biológicos-, se ven frustrados tanto por el uso de una fecundación heteróloga o por donante, como por la doble maternidad legal establecida en el art. 7.3, ya que es claro en estos casos que la filiación legal no corresponde a la biológica respecto de alguno de los miembros de la pareja, sino que ésta

⁴⁵ La falta de vínculo biológico puede quedar superada respecto de la madre no gestante en caso de la aplicación de la técnica de reproducción asistida ROPA (siglas de Recepción de Óvulos de la Pareja) que consiste en que una miembro de la pareja dona su óvulo a su cónyuge, que sería la que llevaría a cabo la gestación. Por lo tanto, se da un nexo biológico entre la madre no gestante y el hijo que gesta su cónyuge. No obstante, la utilización de dicha técnica únicamente tiene un efecto moral, pues, en el Derecho, hasta el momento, no se le da ninguna relevancia, ya que para que se determine la filiación a favor de la consorte de la madre se han de cumplir todos los requisitos del art. 7.3 LTRHA.

⁴⁶ Considera BARBER CARCAMO, R., que el paso dado por el legislador coloca a la filiación natural en el terreno de lo imposible, desoyendo su estructura institucional y violentando la dignidad e intimidad del hijo, *vid* “*La filiación en España: una visión crítica*. ob. cit., pág. 133. GONZALES PEREZ DE CASTRO, M., ob. cit., pág. 295., entiende, por su parte, que la imposibilidad de la procreación atenta contra la dignidad del hijo “que exige tener una proyección social normal (un derecho a nacer en una familia integrada por una madre y un padre) y que no se le atribuya una filiación imposible en términos biológicos que le discrimine respecto de a los demás nacidos”. En apoyo del reconocimiento de la doble maternidad legal, TOMAS MARTÍNEZ, G. ob. cit., ppág. 758 y ss.

⁴⁷ El artículo 7.2 dispone que “en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación”. En esta línea, BENAVENTE MOREDA, “La filiación de los hijos de parejas casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fasc. I, 2011, pág. 100.

se sustituye por la voluntad de quien desea ser progenitor, con independencia del origen genético del material reproductor empleado⁴⁸.

El problema que se da en la reproducción asistida y al que el legislador ha dado una solución, es que aquí para lograr la procreación no intervienen únicamente un hombre y una mujer, sino que, además de estos, para alcanzar el mismo fin pueden intervenir terceros que sirven como instrumentos para la procreación. Así, nos podemos encontrar con pretensiones de paternidad antagónicas, como son las del donante de gametos, en caso de que intervenga, las del marido, mujer, o pareja de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida y las de la donante del óvulo y la gestante, por lo que se hace necesario que la LTRHA determine el papel que juega cada uno de ellos en la determinación de la filiación⁴⁹.

Con este panorama se decidió que, en la reproducción asistida, sería la voluntad, unilateral, solemne y personalísima, del que desea ser padre la que va a determinar que se desplieguen los efectos jurídicos que se desprenden del nacimiento de un hijo y que sustituye a la relación sexual de la que deriva la filiación natural⁵⁰. Precisamente ésta es una de las diferencias que se dan entre la filiación natural y la filiación “a voluntad” o por deseo, y es que, en la natural no se exige como tal un consentimiento expreso de los progenitores de su deseo de tener un hijo, es decir, las consecuencias jurídicas de la filiación no derivan de este presupuesto⁵¹. Esta permisividad del legislador ha sido

⁴⁸ Se aprecia por algunos autores que se da una disociación entre el *padre legal y biológico*, donde se considera que la filiación es preferible determinarla por la voluntad de quien quiere ser padre, por las circunstancias que se presentan en la fecundación artificial, antes que por los lazos biológicos. Así ALBADALEJO, M., ob. cit., pág. 264 y ss. Igualmente, TAMAYO HAYA, S., considera que “la ley ignora en este caso los vínculos de sangre en provecho de los vínculos sociales generados por el modo de procreación de la pareja, con la consecuencia de que el criterio de la verdad biológica o real, parece ser reemplazado por el de verdad formal o ‘consentida’, manifestada por la atribución del rol de padre, voluntariamente asumido”. “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas”. *Revista Digital Facultad de Derecho*, 2013, núm. 6, pág. 282.

⁴⁹ PEREZ MONGE, M., incluso ha ido más allá afirmando que “en la doctrina ya se distinguía en la IAD entre padre ideal, moral o espiritual (era el marido de la madre que decidía que el niño naciese), instrumental (el médico) y biológico (el donante)”; *La filiación derivada de Técnicas de Reproducción Asistida*. Centros de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pág. 48 y ss.

⁵⁰ Se ha puesto de relieve que, a partir de esa concepción, hay dos clases de hijos: los nacidos por medios naturales que pueden conocer a sus padres, conforme a los dictados del Código Civil, y los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida que no podrán conocer a sus progenitores, salvo en casos estrictamente tasados por la Ley. En este sentido, PEREZ MONGE, M. ob. cit., pág. 48 y ss.

⁵¹ INIESTA DELGADO, J.J. “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, en YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., (Dir.), *Tratado de Derecho de familia*, Vol. V, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 750; GARCÍA ALGUACIL, M.J. “¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares? *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016, pág. 6 (BIB 2016\21188).

criticada por la doctrina, al entender que esta regulación contempla únicamente los deseos de quienes quieren ser padres, pero no se vela por los intereses del hijo⁵².

Llegados a este punto, no se puede sino afirmar que las técnicas de reproducción asistida heteróloga constituyen una excepción al principio rector de verdad biológica, como también lo ha apreciado el Tribunal Constitucional⁵³ al entender que de la LTRA surgen dos planos de regulación de la filiación: 1) el realista basado en el principio de veracidad, que busca la correspondencia entre la verdad de biológica y la jurídica y que posibilita la investigación de la paternidad; 2) y el de ficción legal o voluntarista, que se fundamenta en la voluntad y en el consentimiento al empleo de las técnicas de fecundación artificial y, consecuentemente, la asunción de una paternidad no biológica resultado de las técnicas, con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza⁵⁴.

A pesar de admitirse por el propio Tribunal Constitucional la legalidad de la filiación “a voluntad” que se recoge en la LTRA, parece ser que el quebrantamiento del principio de verdad biológica solo se aceptaba para el caso de parejas heterosexuales y no respecto de parejas de mujeres, o así lo venía haciendo la DGRN, incluso tras la aprobación del matrimonio entre personas homosexuales, pues consideraba que “por mucho que las parejas de homosexuales no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al objetivo descabellado de que se establezca doblemente, por la sola declaración de las interesadas, la maternidad tanto respecto a la

⁵² Así, BARBER CARCAMO, R. aprecia que “el legislador ha considerado los intereses de quienes desean ser padres, los de las clínicas que prestan estos servicios, los de quienes procuran material genético que los haga posibles, pero no ha contemplado en absoluto al hijo como sujeto, como persona digna y merecedora de protección, sino sólo como objeto de deseo”. “Reproducción Asistida...”. ob. cit., pág. 34. Igualmente, ALES URÍA ACEVEDO, M.M. *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 162.

⁵³ STC 17/06/1999, núm. 116/1999 (RTC 1999, 116).

⁵⁴ En el mismo sentido, la STSJ 27/09/2007, núm. 28/2007 (RJ 2007\8520), y la RDGRN 05/06/2006, núm. 6/2006 (JUR\2007\130356), que recogía que “la idea que preside la Ley de 22 de noviembre de 1988, sustancialmente coincidente en esta materia con la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es la de que los hijos, en el sentido legal del término, no son solo los engendrados por la carne. Se trata de un enfoque que, aunque no radicalmente novedoso (...), pero que ciertamente se aparta del principio general que inspira la regulación legal vigente en España en materia de filiación desde la reforma introducida en el Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981 que está basada en la finalidad de facilitar la investigación de la verdadera paternidad a fin de dotar a ésta de eficacia jurídica en función del citado principio de veracidad de la paternidad (...) En los supuestos de inseminación heteróloga nos encontramos con un título de atribución de la filiación que no consiste, respecto del varón que va a ostentar la condición de padre legal, en el hecho de la generación biológica, sino en un proceso jurídico complejo, integrado básicamente por dos elementos: un acto jurídico al que se atribuye naturaleza negocial de carácter previo por el cual se asume una paternidad del hijo de determinada mujer todavía no concebido que no es imputable por razón de naturaleza...”.

mujer que ha dado a luz, como a la compañera estable de ésta. La maternidad es única en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza (cfr. art. 87 del Código catalán de Familia). El principio de veracidad biológica que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer. De los principios constitucionales no puede deducirse ninguna norma que apoye la solución contraria y la postura mantenida en cuanto a la unidad de la maternidad es la que resulta del Código de Familia catalán, del Código Civil y de la legislación del Registro Civil. Recuérdese que no es eficaz la determinación de una filiación cuando hay otra contradictoria acreditada (cfr. arts. 113, II, CC y 50 LRC)⁵⁵.

Claramente el criterio no podía ser mantenido tras la reforma del art. 7.3 y, efectivamente, tras su entrada en vigor la DGRN cambia totalmente su planteamiento basándose únicamente en que, antes, el principio de verdad biológica y unidad de la maternidad impedía el reconocimiento de una doble maternidad y que ahora se permite por la mencionada reforma. La argumentación ofrecida es banal, dado que en la actualidad el CC se mantiene intacto en cuanto a los principios que lo inspiran, siendo uno de ellos el de verdad biológica, por lo que, si se buscaba por la DGRN la protección de este, debía continuar defendiendo su doctrina.

Igualmente se debe decir que tampoco podemos achacarle a este organismo las evidentes contradicciones que se aprecian entre el CC y la LTRHA, pues es tarea de nuestro legislador dotar de cierta coherencia a nuestro ordenamiento jurídico reconociendo que, además de la filiación natural, existe otra que es meramente legal en la cual prevalece el elemento volitivo sobre el biológico⁵⁶.

En esta línea, resulta, a nuestro juicio, acertada la opción planteada por el legislador catalán, que en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, plantea el mantenimiento de la

⁵⁵ RDGRN de 9 enero 2002 (RJ\2002\3611); RDGRN 30/09/2004, núm. 2/2004 (RJ\2005\664).; RDGRN 05/06/2006, núm. 6/2006 (JUR\2007\130356).

⁵⁶ En este sentido, se afirma por BENAVENTE MOREDA, ob. cit., pág. 93, y TAMAYO HAYA, S. La última considera que “se está ante nuevas realidades que importan una `desbiologización y/o desgenetización de la filiación`, y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de `parentalidad voluntaria` o `voluntad procreacional`”. Igualmente, se ha afirmado que actualmente la filiación puede ser de distintas clases: filiación por naturaleza (matrimonial y no matrimonial), filiación adoptiva y filiación derivada del uso de TRHA. Así, LINACERO DE LA FUENTE, M. “*Tratado de derecho de familia: aspectos sustantivos: procedimientos, jurisprudencia, formularios*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 296.

filiación por naturaleza y por adopción, pero incluye expresamente entre la primera a la derivada del uso de técnicas de reproducción asistida⁵⁷.

2. ¿Existe vulneración del derecho a la igualdad de las uniones heterosexuales respecto de las homosexuales?

La reforma de la LTRHA también ha sido objeto de crítica por la doctrina por considerar que es discriminatoria de las parejas homosexuales. Concretamente son dos las cuestiones que se plantean:

- La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ordenaba la absoluta equiparación en derechos y obligaciones de las parejas homosexuales y heterosexuales: ello parece ser el cometido de la introducción del art. 7.3 LTRHA, pero ¿realmente se proporciona el mismo trato a los matrimonios heterosexuales que a los formados por dos mujeres que hacen uso de la reproducción asistida?;
- La doble maternidad legal se circunscribe únicamente a los matrimonios de mujeres dejando fuera a las parejas que no lo contraigan, al contrario de lo que sucede con las parejas heterosexuales *more uxorio*: ¿resulta acorde esta regulación con el mandato constitucional que deriva del art. 14 CE?

Respecto a la primera cuestión, son dos los preceptos que tenemos que tener en cuenta: por un lado, el art. 6.3 LTRHA, que exige al marido de la usuaria para la aplicación de las TRHA la prestación de su consentimiento libre, consciente y formal, quedando determinada su filiación conforme a las reglas del CC, es decir, por la presunción de paternidad del art. 116. Por otro, el art. 7.3 LTRHA, aplicable cuando se trata de un matrimonio de mujeres, no exige el consentimiento de la cónyuge de la usuaria para la aplicación de la reproducción asistida, sino que este se requiere únicamente para determinar la filiación *respecto al hijo nacido de su cónyuge*, y ha de prestarse *ante el encargado del Registro Civil*.

⁵⁷ Recoge textualmente el art. 235-3 “la filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre”.

La forma de determinación de la filiación matrimonial derivada del uso de TRHA se ha tildado de discriminatoria de los matrimonios de mujeres respecto de los integrados por un hombre y una mujer. Ello se fundamenta en que el art. 7.3 LTRHA exige un mayor formalismo o solemnidad en el consentimiento exigido a la cónyuge de la mujer para que sea determinada la filiación a su favor, que en el requerido para la paternidad del varón casado con la mujer que hace uso de estas técnicas. Además, en el supuesto de que la cónyuge de la usuaria no llegara a prestar ese consentimiento, únicamente quedaría determinada la filiación respecto de la usuaria de las técnicas, mientras que en el caso de un matrimonio heterosexual siempre quedan determinados ambos vínculos, por el principio de *pater is est*. La doctrina entiende que el objetivo que ha guiado al legislador es poner trabas a la doble maternidad legal, por exigir un consentimiento a la cónyuge de la usuaria que no se exige en caso de que aquella estuviera casada con un hombre, quien se limita a consentir la práctica de una técnica, pues en caso de no prestarse únicamente existiría la posibilidad de inscribir una segunda paternidad acudiendo a la vía de la adopción, supuesto que en ningún caso se plantea en matrimonios heterosexuales⁵⁸. Así, se alega un trato diferente cuando la cónyuge de la usuaria es de sexo femenino, a pesar de que el nacimiento de los hijos se realiza por los mismos mecanismos, la reproducción asistida, estableciendo el legislador efectos distintos para el matrimonio homosexual y heterosexual, infringiendo con ello el art. 44 CC que prevé que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, y el art. 14 CE⁵⁹.

La misma tacha de discriminación se hace respecto del diferente grado de autonomía que tiene la usuaria de la reproducción asistida en la decisión de someterse a ellas en función de si está casada con un hombre o una mujer, y ello una vez más con base en la presunción de paternidad del marido. Se alega que, en caso de que la usuaria estuviese casada con un hombre, el uso de la reproducción asistida requerirá su consentimiento previo, y, por el contrario, cuando esté casada con una persona de su

⁵⁸ TAMAYO HAYA, S. ob. cit., pág. 280; DIAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada...” ob. cit., pág. 100; TOMAS MARTÍNEZ, G. ob. cit., pág. 748.

⁵⁹ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., afirma que los matrimonios entre personas del mismo sexo constituyen otra clase de matrimonio, distinto del matrimonio entre hombre y mujer; “Transexualidad, matrimonio entre personas del mismo sexo y nombre”. *Aranzadi Civil* núm. 3, vol. 1, 2007, pág. 1830 (BIB 2007/304).

mismo sexo disfruta de autonomía y libertad a la hora de decidir ser madre, sin hacer partícipe a su cónyuge en caso de que ésta no lo decida así⁶⁰.

Como solución a esta diferencia de trato se plantea por la doctrina el establecimiento de un régimen de determinación de la filiación único para los distintos matrimonios, ya que en caso de uso de la fecundación heteróloga tanto los matrimonios de mujeres como los heterosexuales se encuentran en la misma situación, es decir, la ausencia de vínculo genético del marido o mujer de la usuaria respecto de hijo que va a nacer, siendo la única diferencia legal, la aplicación de la presunción de paternidad respecto del marido. Por ello, se pide por algunos autores la extensión de la presunción del art. 116 CC a los matrimonios homosexuales de mujeres, no presumiendo que la esposa de la usuaria es la madre biológica del hijo, sino que ha prestado su consentimiento de asumir la maternidad como propia, siendo ésta una presunción *iuris tantum*⁶¹. Esto nos llevaría a la desaparición del art. 7.3 LTRHA, quedando determinada la filiación de la cónyuge de la usuaria conforme a las normas del CC.

A diferencia de este posicionamiento doctrinal, otro sector de autores considera que no existe vulneración del art. 14 CE, ya que entre estas parejas hay una diferencia objetiva y relevante por la posibilidad de filiación que se da en las heterosexuales, no presente en las homosexuales, lo que explica que se pueda reconducir la filiación derivada del uso de las técnicas al sistema establecido en el CC de presunción de paternidad⁶².

Vistas las dos posturas, bajo mi punto de vista, la diferencia establecida entre los matrimonios de mujeres y los integrados por hombre y mujer, respecto de la determinación de la filiación derivada del uso de TRHA, no atenta contra el art. 14 CE por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, como anteriormente se dijo, a pesar de que la Ley 13/2005 por la que se introdujo el matrimonio homosexual en España preveía la equiparación en derechos de los matrimonios heterosexuales, igualmente se señalaba en su Exposición de Motivos que “subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que

⁶⁰ DIAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada...” ob. cit., pág. 83; DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M, S. ob. cit., pág. 10.

⁶¹ En este sentido, DIAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada...” ob. cit., pág. 100; ALVENTOSA DEL RIO, J. ob. cit., pág. 391.

⁶² Vid. BARBER CARCAMO, R. *La filiación en España: una visión crítica*. ob. cit., pág. 138; ALVAREZ SARABIA, M. ob. cit., pág. 42.

se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”. Es decir, la presunción de paternidad se reconoce únicamente para el matrimonio en el que existe complementariedad sexual, dado que es aquí donde es posible la procreación natural. De esta forma, teniendo en cuenta que la LTRHA remite al CC para la determinación de la filiación del hijo nacido por aplicación de esas técnicas, y por ende, que la paternidad del marido se va a determinar por la presunción de paternidad, el consentimiento que se exige el art. 6.3 LTRHA se hace plenamente necesario pues, en caso contrario, se le podría atribuir una filiación que no ha sido deseada por él, y en sentido contrario, ese consentimiento tiene un papel fundamental para evitar una futura impugnación con base en la ausencia de vínculo genético. En cambio, considero que el consentimiento previo de la cónyuge de la usuaria que se somete a una TRHA no es necesario, pues en este caso no es posible aplicar la presunción de paternidad por no ser biológicamente posible y, consecuentemente y acorde con la realidad, la ausencia del consentimiento de la cónyuge no puede llevar a presumir su maternidad puesto que no se puede presumir algo que ya se sabe que no es cierto⁶³. Es por ello que, no siendo posible la aplicación de la presunción de paternidad, el art. 7.3 LTRHA suple esa deficiencia constituyéndose como un nuevo título de determinación de la maternidad matrimonial. En este mismo sentido, es claro que la usuaria casada con una mujer goza de una autonomía mayor a la hora de decidir someterse a la reproducción asistida por no requerir consentimiento de su cónyuge, pero ello es debido a que su decisión no altera, si así no lo quiere, la esfera jurídica de su mujer, al contrario de lo sucede en caso de que estuviera casada con un hombre, donde opera de manera automática la paternidad y, por lo tanto, se ve afectado de manera directa, quedando más que justificado el consentimiento previo requerido.

Por otro lado, la antes alegada excesiva carga de solemnidades que se exige a la madre no gestante respecto del marido de la usuaria tampoco me parece tal, debido a que a ambos se les exige, ya sea en sede registral o en la clínica, una manifestación de voluntad, en un caso para el sometimiento a las técnicas y en otro para determinar la filiación por las razones antes dichas, que llevan a los mismos efectos jurídicos, es decir, el establecimiento de la filiación a su favor.

⁶³ En este sentido, FARNOS AMOROS, E. “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, fasc. I, 2015, pág. 12; QUICIOS MOLINA, M. *Determinación e Impugnación de la filiación*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 50.

En conclusión, es evidente que el medio seguido en uno y otro caso no es el mismo, pero entiendo que esta diferencia de trato tiene una justificación objetiva y razonable, que se basa en la existencia de la presunción legal de paternidad del marido, que –reitero- no se puede aplicar al matrimonio homosexual por no ser posible la procreación entre ellos, por lo que ningún reproche de inconstitucionalidad se le puede hacer ya que nada impide al legislador a la hora de regular una determinada cuestión tomar en cuenta los elementos de diferenciación que se estimen razonables⁶⁴.

Pasamos a ocuparnos de la segunda cuestión planteada, concerniente a si existe discriminación de las parejas de mujeres *more uxorio* que acuden a la utilización de las TRHA respecto de las heterosexuales o, añadido ahora, de los propios matrimonios de mujeres. Como se sabe ya, la reforma introducida por el art. 7.3 LTRHA únicamente contempla la doble maternidad por naturaleza para los matrimonios de mujeres, dejando fuera a las parejas no casadas. Por el contrario, sí se permite a una pareja no casada formada por un hombre y una mujer el pleno acceso a la reproducción asistida, quedando determinada la filiación respecto del varón no casado por la prestación de su consentimiento al sometimiento de las técnicas de su pareja en caso de fecundación con semen de donante, art. 8.2 LTRHA.

Esta decisión ha resultado sorprendente dado que ya en el Proyecto de Ley de la LTRHA, se propuso la eliminación de esta barrera, como ya hemos reflejado. Sin embargo, ante la falta de previsión legal, la única alternativa con la que cuentan las parejas de mujeres no casadas para acceder a la doble maternidad derivada del uso de la reproducción asistida es acudir a la adopción tras el nacimiento del hijo o contraer matrimonio y que la madre no gestante otorgue el consentimiento previsto en el art. 7.3 LTRHA. De otra forma, únicamente quedará determinada la filiación de la madre gestante. Por otro lado, se recalca que si la pareja (hombre) de la usuaria no prestó su consentimiento a la fecundación heteróloga todavía le quedaría el recurso al reconocimiento del hijo, mientras que en el caso de parejas de mujeres no sería posible

⁶⁴ STC 05/05/1994, núm. 128/1994 (RTC 1994/128); STC 04/03/2004, núm. 27/2004 (RTC 2004/27); STC 16/05/2005, núm. 138/2005 (RTC 2005/138); STC 27/10/2005, núm. 273/2005 (RTC 2005/273); STC 03/07/2006, núm. 214/2006 (RTC 2006/214). Se afirma por DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO que “la justicia implica pues, un cierto grado de igualdad, pero no una igualdad absoluta, porque ésta no siempre es justa”.

esta vía. Esta diferencia de trato se ha considerado por la doctrina como vulneradora del principio de igualdad del art. 14 CE⁶⁵.

La DGRN ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto ante la solicitud de una pareja de mujeres no casadas que instaba la inscripción del hijo de una de ellas nacido por aplicación de una TRHA como hijo extramatrimonial de ambas, considerando que “el recurso no puede ser estimado porque no se cumple el presupuesto inicial del apartado 3 del artículo 7 de la Ley 14/2006, introducido, como se ha visto, por la Ley 3/2007 de 15 de marzo, es decir, que las promotoras estuvieran casadas con anterioridad al nacimiento de la niña”. Es decir, únicamente hace una aplicación estricta de la LTRHA sin entrar a valorar sobre su posible discriminación o no⁶⁶.

Al contrario de la anterior cuestión, en este caso, bajo nuestra opinión, efectivamente existe discriminación hacia las parejas de mujeres *more uxorio* respecto de las parejas heterosexuales. No podemos entender justificada la diferencia de trato que se hace entre ellas, dado que están en la misma situación, en caso de fecundación heteróloga, es decir, se trata de parejas no casadas sobre las que se va a determinar la filiación de la pareja de la usuaria que ningún vínculo genético tiene con el hijo que va a nacer, siendo la única diferencia el sexo del componente de la pareja, que si es hombre se permite la determinación de la filiación y si es mujer, queda vedada esta posibilidad sin ningún fundamento. Por lo tanto, estamos ante situaciones iguales a las que se da una solución diferente, exigiéndose sobre las parejas de mujeres el requisito del matrimonio para determinar la filiación, cuando las parejas heterosexuales pueden hacerlo sin esa carga y con la sola manifestación del varón no casado de su consentimiento al uso de su pareja de la TRHA⁶⁷. En este sentido, considero que esta diferencia de trato, claramente

⁶⁵ DIAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada...” ob. cit., pág. 102.

⁶⁶ RDGRN 3/2011 de 12 de enero de 2011 (JUR\2012\64031).

⁶⁷ En el mismo sentido, LAMM, E. ob. cit., pág. 85; BENAVENTE MOREDA, ob. cit., pág. 114 y ss.; RUBIO TORRANO, E. “Madre no hay más que una” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 12, 2006, pág. 2085 (BIB 2006\1283); DIAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada...” ob. cit., pág. 107; TAMAYO HAYA, S. ob. cit., pág. 281. Estas últimas autoras incluso han abogado por la aplicación analógica a las parejas de mujeres de lo previsto en el art. 8.2 LTRHA. En sentido contrario, entiende DE LA FUENTE NUÑEZ, M.S., ob. cit., pág. 13, que “no existe trato discriminatorio si comparamos esta situación con la prevista en el art. 7.3 de la TRHA mediando vínculo matrimonial entre ambas mujeres. No es consecuente acudir a la violación del principio de igualdad en este caso cuando ambas mujeres, teniendo la posibilidad de contraer matrimonio, no lo han hecho haciendo uso de una opción personal. Por lo tanto, no es lógico que les favorezca el reconocimiento del art. 7.3 LTRHA. Si como consecuencia del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad se opta por una convivencia homosexual sin matrimonio por voluntad propia no debe tener en mismo alcance respecto a los efectos de la determinación de la filiación cuando el vínculo matrimonial es efectivo. Si ambas mujeres tienen la voluntad de que el nacido se inscriba como hijo legal de ambas, la ley les da esta posibilidad siempre y cuando medie vínculo matrimonial entre

injustificado, no puede atribuirse a la necesaria protección del menor proporcionada a través de su inclusión en una familia en la que exista cierto grado de estabilidad, de ahí, según algunos autores, la exigencia de matrimonio, pues a una pareja heterosexual no se le exige que demuestre una convivencia mínima ni ningún requisito de capacitación para ser padres.

Igualmente se observa una diferencia de trato entre los matrimonios de mujeres y las parejas de hecho que se fundamenta exclusivamente en el requisito del matrimonio, pues en ambos casos estamos ante el uso de una TRHA, en la que la madre no gestante no participa en el proceso procreacional y no tendrá vínculos biológicos con el nacido, sin embargo, en un caso se permite la determinación de la filiación de ambas madres y en otro no, por lo que tampoco existe una fundamentación objetiva y razonable que justifique la diferencia de trato que exige la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. En esta línea la STC de 22 de mayo de 2006 ha declarado que “entre los factores de discriminación prohibidos se encuentra, según se dijo, el nacimiento, resultando que la filiación extramatrimonial reclama igualdad de derechos con la matrimonial, pues ambas determinan el establecimiento de una idéntica relación jurídica entre los progenitores y el hijo. La filiación por naturaleza, dicho de otro modo, puede tener lugar tanto dentro como fuera del matrimonio, no existiendo diferencia alguna entre una y otra modalidad en su origen. Por consiguiente, la condición extramatrimonial no podría aceptarse como causa de desigualdad de trato, dado que sería expresión de una minusvaloración a la que la Constitución quiere poner barrera, pues es notoria la posición de desventaja y, en esencia, de desigualdad sustancial que históricamente han conllevado las relaciones extramatrimoniales frente a las matrimoniales, así como los efectos desfavorables para los hijos nacidos en aquéllas” (FJ 6.º)⁶⁸.

Sobre las cuestiones aquí planteadas, volvemos a traer a colación lo dispuesto en el Código Civil de Cataluña, que, al contrario de lo dispuesto por el legislador nacional, sí reconoce la doble maternidad legal a las parejas de mujeres *more uxorio*, para ello, al igual que en la LTRHA se exige que preste su consentimiento a la aplicación de la TRHA de su pareja: así, el art. 235-13 CCC recoge que “los hijos nacidos de la fecundación

ellas. Si deciden no contraer matrimonio, pudiendo hacerlo no podrían beneficiarse de una opción que la ley únicamente contempla en caso de matrimonio entre las convivientes”. Al respecto tengo que decir que esos argumentos parecerían adecuados en el caso de que la carga del matrimonio que se les exige a las parejas homosexuales se les exigiera también a las heterosexuales.

⁶⁸ RTC 2006/154.

asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público”. Por último, respecto de la diferencia de trato en los matrimonios homosexuales y heterosexuales, el art. 235-8 CCC elimina el consentimiento exigido por el art. 7.3 LTRHA y establece que “los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento”, es decir, se crea un título de determinación de la filiación matrimonial derivada de la utilización de la reproducción asistida que consiste en la manifestación del cónyuge de la usuaria -sea hombre o mujer- de su consentimiento a la aplicación de la misma.

IV. DOBLE MATERNIDAD LEGAL COMO TITULO DE DETERMINACION DE LA FILIACION.

Procede ahora analizar las formalidades exigidas por la Ley para el establecimiento jurídico de la doble maternidad derivada de las técnicas de reproducción asistida. Respecto de la usuaria, la maternidad se va a determinar conforme a las reglas establecidas en el CC, es decir, por el hecho del parto. Por su parte, es patente que la maternidad de la esposa y madre no gestante no puede quedar determinada por ese hecho, ya que ninguna participación tiene en el proceso procreacional. Es por esto que se crea un nuevo título extrajudicial, diferente a los contemplados en el CC, de determinación de la filiación basado en la prestación del consentimiento para ello. Así, se dice por el art. 7.3 LTRHA 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”. *A priori*, para la aplicación de lo dispuesto en este precepto, se exige hacer uso de una TRHA, constante matrimonio entre la usuaria y la mujer que pretende que se determine la filiación del hijo de aquella y la prestación del consentimiento en ese sentido conforme a las normas del Registro Civil. Se ha criticado por la doctrina que la regulación expuesta resulta incompleta y crea lagunas jurídicas, las cuales han debido de ir resolviéndose en la práctica. A continuación, se hará un examen de los presupuestos que se han de cumplir para lograr la inscripción de la doble

maternidad matrimonial, los problemas que se plantean y la solución que se les ha ido dando por parte de la DGRN.

1. Presupuestos legales para la inscripción de la filiación en el Registro civil y doctrina de la DGRN.

1.1 La acreditación del uso de técnicas de reproducción asistida.

No hay que decir mucho más acerca de que la LTRHA prevé la doble maternidad legal respecto del hijo que nazca a consecuencia de la intermediación de una TRHA de las previstas en la Ley y en la que interviene un donante anónimo. Es decir, en caso de que la procreación se hubiera conseguido por cualquier otro medio, como la relación sexual con un hombre o con gametos de un donante conocido, no cabe el establecimiento de la segunda maternidad, sino que la filiación del hijo se ha de determinar conforme a las reglas del CC, sin que quepa la aplicación del art. 7.3 LTRHA⁶⁹. Por esto, se hace necesario que, en el momento de la manifestación del consentimiento de la cónyuge de la usuaria para la inscripción del hijo, al encargado del Registro Civil le conste la utilización de una TRHA en la concepción de aquél. En este sentido se ha pronunciado la DGRN considerando que del “precepto debe entenderse que la mujer gestante ha de serlo en virtud de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, no sólo en atención a la rúbrica del precepto –‘Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida’– sino también porque, como indica el párrafo segundo in fine del artículo 8 de la Ley 1412006, «Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad»” y, sentado esto, deniega la inscripción como madre a la esposa de la mujer que, supuestamente, se había sometido a una TRHA al no constar que la fecundación se hubiera alcanzado por un método permitido por la Ley, ya que las solicitantes alegaban la utilización de un método casero⁷⁰.

⁶⁹ Así, BARBER CARCAMO, R. “Doble Maternidad legal, filiación y relaciones parentales”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014 pág. 103; NAVARRO MICHEL, M. “Parejas del mismo sexo y técnicas de reproducción asistida. Situación en España” en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 57, 2012, pág. 5.

⁷⁰ RDGRN 07/01/2009, núm. 3/2009 (JUR\2010\98662).

1.2 *El matrimonio previo a la manifestación del consentimiento para la determinación de la filiación.*

Como se puede observar del precepto analizado, la posibilidad de inscripción de una doble maternidad por naturaleza se restringe a los matrimonios de mujeres, dejando al margen a las parejas que no contraigan matrimonio. De esta forma, la filiación derivada del art. 7.3 LTRHA se trata de una filiación matrimonial asimilada a la filiación por naturaleza⁷¹. El problema que en este requisito se plantea es que el legislador no se ha pronunciado sobre en qué momento se ha de cumplir, es decir, si ha de existir de forma previa a la utilización de la reproducción asistida o basta con que exista en el momento de la prestación del consentimiento de la esposa de la usuaria. De la literalidad del precepto, el requisito del matrimonio debe quedar acreditado en el momento en el que la cónyuge de la usuaria manifiesta ante el encargado del Registro su voluntad de que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge⁷².

En distintas resoluciones ha sido la propia DGRN la que ha manifestado la necesaria concurrencia del requisito del matrimonio en el momento de manifestar el aludido consentimiento, denegando la inscripción en aquellos casos en los que no existía el mismo⁷³.

1.3 *La declaración de voluntad de la mujer no gestante.*

Por último, además de la constatación del uso de una TRHA y del matrimonio, se hace necesario que la cónyuge de la usuaria preste su consentimiento, conforme a la LRC.

Con anterioridad al año 2015, la manifestación del consentimiento tenía una limitación temporal, pues el art. 7.3 en su redacción original recogía que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que *consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge*, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. Es decir, el consentimiento se debía prestar con anterioridad al nacimiento del hijo. Abundantes han sido las resoluciones de la DGRN en las que se denegaba la inscripción de la segunda maternidad debido a que el consentimiento no se había prestado

⁷¹ BENAVENTE MOREDA., ob. cit., pág. 98.

⁷² En este sentido, INIESTA DELGADO, J.J. ob. cit., pág. 806.

⁷³ RDGRN 12/01/2011, núm. 3/2011 (JUR\2012\64031); RDGRN 28/02/2011, núm. 5/2011 (JUR\2012\74939).

antes del nacimiento, como ejemplo la RDGRN núm. 8/2008 de 26 de noviembre, que consideró que “según resulta del precepto transcrito, la manifestación ha de hacerse antes de que nazca el hijo, y no hay constancia en el presente caso de que en el momento adecuado se formulase dicha manifestación, por lo que al ser inscritas las nacidas con la filiación de la madre biológica, no se produjo el error denunciado (...) el nacimiento se ha producido, no bajo la vigencia de la legislación anterior, sino estando vigente la norma actual y no hay razón para que la repetida manifestación sobre la filiación de la cónyuge no gestante, no se hubiese hecho con anterioridad al nacimiento. En consecuencia, la interesada sólo podrá obtener lo que ahora ha pretendido por la vía inadecuada de la rectificación de errores a través del instituto de la adopción”⁷⁴.

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, en vigor desde el 15 de octubre de 2015, modificó la redacción del art. 7.3 de la LTHRA mediante la DF 5ª en el siguiente sentido: “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”. Esta modificación supone la eliminación del requisito temporal de la manifestación del consentimiento antes del nacimiento del hijo, que a partir de entonces se debe prestar una vez producido el nacimiento del hijo y se elimina la referencia a la manifestación ante el encargado del Registro para someterla a los requisitos expuestos en la Ley del Registro Civil⁷⁵. La reforma pone fin a la línea adoptada por la DGRN, pero hasta el momento no se han dictado resoluciones en las que se aborde esta cuestión⁷⁶.

⁷⁴ En la misma línea RDGRN 05/08/2013, núm. 12/2013 (JUR\2014\206945); RDGRN 21/04/2014 núm. 7/2014 (JUR\2015\87669); RDGRN 25/11/2014, núm. 57/2014 (JUR\2015\261443); RDGRN 25/11/2014, núm. 58/2014 (JUR\2015\261467). Sobre este punto sí existió una nota discordante, ya que en la RDGRN 22/05/2008, núm. 2/2008 (JUR\2009\389849) se admitió por este órgano la inscripción de la doble maternidad aunque el consentimiento se prestó con posterioridad al nacimiento del hijo y ya estando en vigor el entonces nuevo art. 7.3 LTRHA, la argumentación de la resolución fue tibia al decirse únicamente que esa circunstancia “no puede alterar la finalidad pretendida por la norma”.

⁷⁵ Sobre la forma e inscripción del consentimiento de la cónyuge no gestante nos centraremos más adelante.

⁷⁶ Otro de los problemas a los que se pone fin con la referida reforma, y que se venía planteando en la doctrina, es qué es lo que sucedía cuando el consentimiento para la determinación de la filiación de la cónyuge respecto del hijo de la usuaria había sido prestado correctamente, conforme a las exigencias que hemos venido reflejando, y tras esto, y antes del nacimiento del hijo, se produce la separación del matrimonio. La doctrina afirmaba que el art. 7.3 LTRHA exigía el requisito del matrimonio en el momento de la prestación del consentimiento para la determinación de la filiación -es decir, antes del nacimiento del hijo- no en el momento de la inscripción, por lo que, si en el momento en el que se prestó el consentimiento ya se había producido la fecundación y el embarazo estaba en marcha, no cabía revocar el consentimiento prestado por mucho que se hubiera producido la separación del matrimonio, siendo la filiación del hijo nacido matrimonial. Sin embargo, debería admitirse la revocación cuando por alguna razón el embarazo

Así, queda claro que la inscripción de la doble maternidad legal requiere que la cónyuge de la usuaria, una vez nacido el hijo, manifieste su consentimiento de determinar a su favor la filiación del hijo de su esposa, siendo este hecho el determinante para practicar la inscripción. Consecuentemente, no es suficiente para la inscripción de la segunda maternidad que se hubiera firmado en el centro médico un documento en el que consienta la realización de la reproducción asistida de su esposa, por más que en él se exprese la asunción de la comaternidad⁷⁷, por lo que si se intenta la inscripción con base en dicho documento la misma debe ser denegada. Por lo tanto, no es hasta el momento del nacimiento del hijo cuando entra en juego la madre no gestante, que ni siquiera está facultada para impedir que su esposa se someta a una TRHA, ya que, en caso de no prestar el referido consentimiento, únicamente quedará determinada la filiación respecto de la madre gestante como hijo extramatrimonial⁷⁸. Contrariamente a esta idea, la doctrina también se ha manifestado a favor de otorgar algún reconocimiento legal a la manifestación del consentimiento de la cónyuge de la usuaria para el sometimiento a la TRHA dada su trascendencia jurídica a efectos sucesorios, pues, en caso de que aquella muera antes del nacimiento del hijo y antes de manifestar su consentimiento para el establecimiento de la filiación, el hijo ningún derecho tendría sobre la herencia de la que pretendía ser su madre⁷⁹.

fracasa y posteriormente la usuaria decide intentarlo de nuevo. En este sentido, DIAZ MARTINEZ, A., “La doble maternidad legal derivada...”. ob. cit., pág. 92 y ss; BARBER CARCAMO, R. “Doble Maternidad legal...”, ob. cit., pág. 107. Al no exigir actualmente el art. 7.3 LTRHA la manifestación del consentimiento con anterioridad al nacimiento del hijo este problema desaparece, ya que el requisito del matrimonio se tiene que cumplir en el momento del nacimiento del hijo, por ser ese en el que la cónyuge no gestante va a manifestar su consentimiento para que se determine la filiación a su favor.

⁷⁷ En esta línea ALVAREZ SARABIA, M. afirma que “si las clínicas exigieran dicho consentimiento, será necesario hacer saber a las destinatarias que dicho documento no tiene efectos de reconocimiento de la filiación y que, por tanto, deberán acudir a los mecanismos determinados por la Ley al efecto”. ob. cit., pág. 42. En una posición adversa, FARNOS AMOROS, E., considera que “la limitación de la forma a la declaración registral no encuentra justificación, en tanto que ésta solo es relevante a efectos de publicidad y es el consentimiento, la expresión de la voluntad, lo que «crea» la filiación en este contexto. Además de la declaración registral existen otras formas susceptibles de probar la existencia del consentimiento, como el documento público o el formalizado en el centro de reproducción asistida”; ob. cit., pág. 13. En apoyo a esta última, QUICIOS MOLINA, M. ob. cit., pág. 51.

⁷⁸ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. ob. cit., pág. 1830; ALES URIA ACEVEDO, M.M. ob. cit., pág. 227; INIESTA DELGADO, J.J. ob. cit., pág. 803; BARBER CARCAMO, R. *La filiación en España: una visión crítica*. ob. cit., pág. 142; PEREZ DE CASTRO. ob. cit., pág. 301. Lo expuesto no es de aplicación en Cataluña, donde para la determinación de la filiación de la pareja mujer de la usuaria basta con que la misma hubiera consentido formalmente ante un centro autorizado o en documento público la realización de la reproducción asistida.

⁷⁹ Así, TOMAS MARTÍNEZ, G. ob. cit., pág. 755. Igualmente, NANCLARES VALLE, J. ob. cit., pág. 11, expone que es aconsejable exigir el consentimiento al uso de la reproducción asistida por implicar su utilización la modificación de su situación familiar por la llegada de un hijo que puede ser no deseado por ella.

Uno de los problemas que en la práctica se plantearon es qué es lo que sucedía con aquellos matrimonios de mujeres en las que una de ellas se había sometido a una TRHA, con anterioridad a la entrada en vigor del art. 7.3 LTRHA, habiendo quedado determinada únicamente su maternidad ante la imposibilidad de una doble maternidad legal. La Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, no contiene ninguna norma de Derecho transitorio, por lo que tuvo que ser la DGRN la que se pronunciara sobre su posible aplicación retroactiva a los hijos nacidos antes de su entrada en vigor. Efectivamente, la DGRN permitió la aplicación retroactiva del art. 7.3 LTRHA, de manera que la cónyuge de la mujer que se hubiera sometido a una TRHA podía manifestar su voluntad de determinar a su favor la filiación del hijo nacido con posterioridad a su nacimiento, cuando se hubiera producido con anterioridad a la reforma. La resolución más relevante a tal efecto es la RDGRN núm. 4/2008, de 14 octubre 2008, que consideró que “el auto que se impugna procede que sea revocado y estimado el recurso interpuesto, aún cuando la declaración haya sido formulada por las interesadas no antes del nacimiento sino con posterioridad al mismo, circunstancia esta que no puede alterar la finalidad pretendida por la norma, puesto que han de tomarse en consideración las orientaciones que se desprenden de las disposiciones transitorias del Código civil, añadidas a su segunda edición para regular la transición entre éste y el Derecho anterior. Y en este sentido debe hacerse en esta materia aplicación analógica de la disposición transitoria primera del Código civil en su redacción originaria, ya que siendo así que el derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante se introduce «ex novo» en nuestro Ordenamiento jurídico, con norma de rango legal, por la Ley 3/2007, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior, ello supone que, aplicando analógicamente la citada Disposición transitoria primera del Código civil en su redacción originaria, tal derecho «tendrá efecto desde luego», aunque el hecho –en este caso el nacimiento– que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, aplicación analógica que ya había sostenido este Centro Directivo en otras materias vinculadas al estado civil de las personas”. Por lo tanto, con la idea de preservar la finalidad perseguida por la LTRHA y aplicando analógicamente la DT 1.ª CC permite la aplicación retroactiva del art. 7.3 LTRHA⁸⁰.

⁸⁰ En el mismo sentido la RDGRN 17/04/2008, núm. 3/2008 (JUR 2009\388655); RDGRN 24/11/2008, núm. 1/2008 (JUR 2010\2732).

2. Forma e inscripción de la manifestación de voluntad del cónyuge no gestante.

La LTRHA en su art. 7.3 no dice, como anteriormente⁸¹, ante quién se debe realizar la declaración del consentimiento, sino que simplemente refiere que habrá de hacerse conforme a las normas de la LRC.

La modificación del art. 7.3 LTRHA 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, supuso también la reforma del art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que en su apartado 5.º establece que “también constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. Esa manifestación del consentimiento habrá de hacerse conforme se indica en el apartado 1.º del mismo precepto, que recoge que “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. Los progenitores realizarán su declaración mediante la cumplimentación del correspondiente formulario oficial, en el que se contendrán las oportunas advertencias sobre el valor de tal declaración conforme a las normas sobre determinación legal de la filiación”. Consecuentemente, la cónyuge no gestante habrá de manifestar en el formulario oficial su voluntad de consentir la determinación a su favor de la filiación del hijo nacido de su cónyuge, tras lo que el Encargado del Registro Civil, una vez recibida y examinada la documentación, practicará inmediatamente la inscripción de nacimiento. No obstante, se

⁸¹ Con anterioridad a la reforma operada 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, el art. 7.3 apuntaba que la manifestación del consentimiento requerido a la cónyuge no gestante se debía realizar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal. Esa declaración formal se consignaba en el Libro Diario, conforme al art. 108.2 RRC, no generando la inscripción de la filiación hasta que no se practicaba la de nacimiento. Así, GONZALES PEREZ DE CASTRO., ob. cit., pág. 299; NANCLARES VALLE, J., ob. cit., pág. 17. Este último consideraba que la constatación registral del consentimiento tiene un carácter provisional y en ningún caso acreditativo del estado civil de la filiación.

debe tener en cuenta que la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil se encuentra en *vacatio legis*, estando prevista su entrada en vigor el 30 de junio de 2017.

En la vigente Ley, de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, ninguna referencia se hace a la forma de inscripción de la doble maternidad derivada del uso de técnicas de reproducción asistida. Conforme a dicha Ley la inscripción de nacimiento se practica en virtud de declaración de quien tenga conocimiento cierto del nacimiento, art. 42 LRC, estando entre los obligados a promover la inscripción el padre y la madre del nacido. Esa declaración se hace ante el encargado del Registro Civil, por encomendarle esa tarea el art. 168 RRC. Precisamente es en la inscripción de nacimiento donde se hace constar la filiación, que en el caso de filiación matrimonial se deja constancia al margen de la inscripción de nacimiento por referencia a la inscripción del matrimonio de los progenitores, art. 48 LRC. De estos preceptos concluimos que la manifestación del consentimiento al que se refiere el art. 7.3 LTRHA se debe hacer ante el encargado del Registro Civil en el momento de proceder a la inscripción de nacimiento del hijo. Una vez comprobado por el encargado del Registro la existencia de matrimonio entre las progenitoras, el uso de una TRHA permitida por la Ley, examinado el parte facultativo y manifestado el consentimiento por parte de la madre no gestante, se procederá por aquel a la inscripción de la doble maternidad legal, inscribiendo a las cónyuges como progenitora A y B del hijo nacido⁸².

El consentimiento prestado por la cónyuge de la usuaria se constituye, así, como un título legal de determinación de la filiación extrajudicial, formal y voluntario distintos a los previstos en el CC.

Se debe precisar que ese consentimiento no se asimila al reconocimiento previsto en el art. 120 CC, puesto que aquel se trata de un título de determinación de la filiación basado en el principio de verdad biológica entre el reconocedor y el hijo. Es por ello que la filiación así determinada es susceptible de impugnación por la inexistencia de vínculo biológico entre aquellos y así se ha venido reconociendo por nuestros tribunales⁸³. Por el

⁸² Con anterioridad, en la inscripción de nacimiento se hacía figurar expresamente la referencia al “padre” o “madre”, lo que se vio modificado por la Orden núm. JUS/568/2006, de 8 de febrero (RCL 2006\464) que introdujo los conceptos “A-progenitor/a” y “B-progenitor”. Aunque, según precisó posteriormente la Orden núm. JUS/644/2006, de 6 de marzo (RCL 2006\505) esta última denominación únicamente operará cuando los progenitores sean personas del mismo sexo.

⁸³ STS 27/05/2004, núm. 453/2004 (RJ 2004, 4265); STS 12/07/2004, núm. 669/2004 (RJ 2004/5356); STS 14/07/2004, núm. 793/2004 (RJ 2004\4676); STS 29/11/2008, núm. 1012/2008 (RJ 2008\5802); STS 05/12/2008, núm. 1177/2008 (RJ 2009\147). En todas ellas se declara la absoluta prioridad de la verdad biológica.

contrario, la determinación de la filiación conforme al art. 7.3 LTRHA ya presupone la inexistencia del nexo biológico entre la madre no gestante y el hijo nacido de su cónyuge y, precisamente, la manifestación de ese consentimiento impide la posterior impugnación de la filiación, pues la Ley considera suficiente esa declaración de voluntad para la determinación de la filiación matrimonial. Por otro lado, tampoco puede asimilarse al expediente registral previsto en el art. 120 CC por el simple hecho de que se trata de un título de determinación de la filiación extramatrimonial, no siendo este el caso⁸⁴.

Por último, mucho se ha criticado el hecho de que la inscripción de la doble maternidad legal prevista en el art. 7.3 LTRHA supone una manifiesta inexactitud registral. El art. 2 LRC recoge que “*el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos*. Solo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba; pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento”. Ello implica que los hechos inscritos tienen un valor probatorio privilegiado que únicamente pueden atacarse por los medios rectificatorios previstos en la Ley o en virtud de sentencia judicial en contrario. En relación al anterior precepto, el art. 80 RRC prevé que “la inscripción se practicará en cuanto resulte legalmente acreditado cualquier hecho de que hace fe, según su clase, aún cuando no puedan constar todos los datos exigidos, sin perjuicio de las diligencias para completarla”. Es decir, que, con el fin de garantizar la exactitud de los hechos inscritos y por el valor que a ellos se otorga, únicamente cabe la inscripción cuando quede acreditado el hecho al que se pretende dar publicidad, debiéndose denegar en caso contrario⁸⁵. Así, se considera por la doctrina que la inscripción de un hijo con dos madres supone la inaplicación de los mencionados preceptos, pues ninguna prueba se puede presentar al encargado del Registro Civil para acreditar la veracidad de la filiación al no ser biológicamente posible y, a pesar de ello y la falsedad de la declaración, se procede a su inscripción⁸⁶.

⁸⁴ NANCLARES VALLE, J., ob. cit., pág. 12.

⁸⁵ En este sentido la DGRN ha manifestado que “no hay duda de queda regulación de la filiación en el Código Civil se inspira en el principio de la veracidad biológica; de modo que un reconocimiento de la paternidad no matrimonial es nulo de pleno derecho y no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad”. RDGRN 24/01/2006, núm. 4/2006 (JUR 2006\291782).

⁸⁶ Así lo entiende NANCLARES VALLE, J. ob. cit., pág. 21, que incluso aboga por denegar la inscripción pues considera que por mucho que se haya establecido un nuevo modo de determinación de la filiación, el

V. SOBRE LA PROCEDIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE FILIACION COMO MEDIO DE DETERMINACION O IMPUGNACION DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL.

Uno de los grandes errores en los que incurre la LTRHA es que nada prevé sobre el ejercicio de las acciones de filiación respecto de la maternidad de la cónyuge de la usuaria de la reproducción asistida. Se deja una vacío legal respecto de una cuestión tan importante como la estabilidad jurídica en las relaciones parentales quedando en cuestión el principio de control público en el que descansa el sistema de Derecho de filiación del que hemos hablado al principio de este trabajo, pues al no prever la Ley especial nada a este respecto, conforme al art. 7.1 LTRHA, en principio serían de aplicación las normas previstas en el CC que permiten el ejercicio de las acciones de filiación tanto por la madre como por el hijo por su no correspondencia con la verdad biológica. En esta situación, ha sido la doctrina la que se ha pronunciado sobre la posibilidad o no del ejercicio de acciones de filiación por la cónyuge no gestante y los tribunales los que han tenido que resolver los problemas que han surgido al respecto, cuestiones que abordaremos a continuación.

1. El restringido ejercicio de la acción de impugnación de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida: vicio del consentimiento.

Respecto al ejercicio de la acción de impugnación por la cónyuge que se somete a la reproducción asistida, la cuestión es clara al establecerse expresamente en el art. 8.1 LTRHA que, una vez prestado el consentimiento previsto en el art. 6.1 LTRHA -para utilización de la técnica-, no podrá impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de la fecundación. Sin embargo, ¿qué sucede cuando determinada la filiación a favor de la esposa de la usuaria conforme al art. 7.3 LTRHA ésta pretende su impugnación? El art. 8.1 LTRHA ninguna referencia hace a aquella, sino que únicamente

control de legalidad del encargado del Registro no puede ser puramente formal, sino también material. Igualmente, GONZALES PEREZ DE CASTRO, M., ob. cit., pág. 295.

veda el ejercicio de la acción de impugnación al padre y a la madre progenitora -entendida como la que da a luz-⁸⁷.

Claramente, aunque el legislador no se haya pronunciado al respecto, prestado el consentimiento conforme a lo preceptuado por la Ley este es irrevocable⁸⁸, sin ser posible el ejercicio de la acción de impugnación, fundamentada la falta de nexo biológico, ni por la madre gestante ni por su cónyuge, ya que, por un lado, ese no es el fundamento de la determinación de la filiación, y, por otro, el consentimiento implica *per se* el conocimiento de la inexistencia de ese dato y la voluntad de determinar una filiación puramente legal. Desde luego lo que no tiene sentido es que, por un lado, el legislador facilite el establecimiento de una doble maternidad legal, para permitir, por otro, su impugnación, de modo que, como viene afirmando la doctrina, se deberá aplicar analógicamente lo dispuesto en el art. 8.1 LTRHA al existir en ambos supuestos identidad de razón⁸⁹.

En sentido contrario, sí es posible la impugnación de la maternidad por la existencia de vicio en el consentimiento. El referido art. 8.1 únicamente prohíbe el ejercicio de la acción de impugnación cuando el consentimiento se hubiera prestado conforme a las exigencias de la Ley, es decir, manifestado de forma libre, consciente y formal, por lo tanto, la falta de alguno de esos requisitos posibilita la impugnación de la filiación⁹⁰. Uno de los supuestos que invalidaría el consentimiento sería cuando el embarazo no se consigue mediante la aplicación de una TRHA, sino que es fruto de relaciones sexuales con otro hombre, por lo que, si la esposa que ha prestado el

⁸⁷ El art. 8 LTRHA prevé textualmente que “ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”.

⁸⁸ Precisa ALVAREZ SARABIA, M., ob. cit., pág. 51, que el consentimiento se refiere únicamente a un concreto ciclo reproductivo, teniendo como límite la duración del propio embarazo, de manera que resulta irrevocable respecto del hijo sobre el cual manifestó.

⁸⁹ En este sentido, ALES URÍA ACEVEDO, M.M., ob. cit., pág. 227 y 228; GONZALES PEREZ DE CASTRO, M., ob. cit., pág. 305; DIAZ MARTINEZ, A., “Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2014, 2014, pág. 6 (BIB 2014/244); y NANCLARES VALLE, J. ob. cit., pág. 15. DIAZ MARTINEZ, A., afirma que “no parece deseable en absoluto en estos casos una maternidad provisional, no pudiendo quedar las relaciones de filiación basadas en la voluntad de asunción de los derechos y deberes propios de madre sujetas a la mutación caprichosa de tal deseo formalmente expresado”; “La doble maternidad legal derivada...” ob. cit., pág. 88.

⁹⁰ Apunta INIESTA DELGADO, J.J., ob. cit., pág. 812 que por mucho que la cónyuge gestante quiera impugnar la maternidad de su consorte, si el consentimiento de ésta se prestó correctamente y como exige el art. 7.3 LTRHA, su pretensión no puede prosperar –escapando de su control la atribución de la maternidad a su consorte- y, por otro lado, también descarta su ejercicio pues, si la declaración no fuera válida, la filiación no se hubiera constituido, por lo que no habría nada que impugnar. Asimismo, BARBER CARCAMO, R., “Doble Maternidad legal...” ob. cit., pág. 123.

consentimiento conforme al art. 7.3 LTRHA puede probar este extremo, la acción de impugnación sería viable al estar el consentimiento viciado por error.

A mayor precisión, aunque no se aceptara la aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA, la legalidad del ejercicio de la acción de impugnación por existencia de vicio en el consentimiento se puede reconducir al art. 138 CC, en relación con el art. 141, que reconoce la acción impugnatoria de la filiación matrimonial o no matrimonial por vicio en el consentimiento en los actos jurídicos que determinen conforme a la Ley una filiación, como es el caso del consentimiento del art. 7.3 LTRHA. En tal caso, según se recoge en el art. 141 CC, la legitimación corresponde únicamente a quien lo hubiere otorgado, es decir, la consorte de la usuaria, y caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento⁹¹.

La SAP de Islas Baleares (4ª) núm. 546/2012, de 5 de diciembre de 2012, se ha pronunciado sobre el ejercicio de la acción de impugnación de la segunda maternidad cuando no se han respetado para la determinación de la filiación los requisitos establecidos en la Ley. En el caso planteado, una pareja de mujeres tuvo un hijo mediante la aplicación de una TRHA, la pareja contrajo matrimonio poco después del nacimiento y el mismo día intentaron la inscripción, de común acuerdo, de ambas contrayentes como madres, manifestando el consentimiento la madre no gestante para la determinación de la filiación del hijo nacido de su cónyuge y se procedió efectivamente a la inscripción de la doble maternidad legal. La madre gestante impugna la filiación de su esposa interesando que se declare que no es progenitora del menor. En esta situación, en primer lugar, declara el Tribunal que “existe laguna legal en relación a la misma acción ejercitada por la mujer gestante en contra de la mujer conviviente, cuando la filiación ha sido determinada por el consentimiento prestado por la segunda en el seno del expediente de inscripción del nacimiento del hijo alumbrado por la primera”. Sin embargo, a pesar de la laguna existente, estima la procedibilidad de la acción de impugnación por la ausencia de los requisitos legales, pues en el momento del nacimiento ni existía matrimonio entre las progenitoras ni se había prestado el consentimiento antes del nacimiento del hijo conforme exigía el art. 7.3 LTRHA en su redacción anterior, por lo que, dice el Tribunal que “el consentimiento determinante de la filiación, por ausencia de los requisitos

⁹¹ FARNOS AMOROS, E. ob. cit., pág. 17; BARBER CARCAMO, R. “Doble Maternidad legal...”, ob. cit., pág. 124; INIESTA DELGADO, J.J. ob. cit., pág. 812.

indicados, resultaba ineficaz en derecho y que el asiento registral expresivo de la doble maternidad debe ser rectificado en cuanto a la filiación otorgada a D^a. Mónica”⁹².

En la misma línea, la SAP de Islas Baleares (4^a) núm. 128/2014 de 31 de marzo, desestimó el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación ejercitada por la esposa de la usuaria de la TRHA, quien alegaba la existencia de vicio en el consentimiento prestado por ella, concretado en que se vio obligada a asumir la maternidad por el carácter dominante de su cónyuge. En este caso, se estimó que el consentimiento para la determinación de la filiación se prestó conforme a las exigencias del art. 7.3 LTRHA y que no existe prueba de la existencia de vicio del consentimiento.

Por último, debemos hacer referencia a que tampoco cabe el ejercicio de la acción de impugnación por el hijo, puesto que la filiación respecto de la esposa de su madre se determina con base a la voluntad manifestada por ella, sin requerirse la existencia de vínculos genéticos entre ambos⁹³. Consecuentemente, reconocer al hijo nacido mediante el uso de TRHA la posibilidad de impugnar la filiación del progenitor con el que no comparte lazos genéticos sería contrario a la posibilidad legal de asumir una filiación puramente voluntaria⁹⁴. Igualmente, aunque el art. 39 CE ordena al legislador que posibilite la investigación de la paternidad, ello “no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconseje, de la identidad de su progenitor”⁹⁵.

⁹² DIAZ MARTINEZ, A., “Acción de reclamación de filiación...” ob. cit., pág. 2, en sentido contrario a la sentencia, considera que ni la mujer no gestante ni a la que sí lo fue se le debe permitir impugnar una filiación que libremente consintieron y cuya constancia registral instaron expresamente ambas, de lo contrario se estaría conculcando el principio del consentimiento procreacional, el de estabilidad del estado civil y de las relaciones familiares y el interés del menor.

Se puede ver un comentario de esta sentencia en PANIZA FULLANA, A. “Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2013, parte Comentario, 2013, pág. 1 y ss (BIB 2013\1475).

⁹³ Así, ALES URÍA ACEVEDO, M.M. ob. cit., pág. 228

⁹⁴ En este sentido, DIAZ MARTINEZ, A. “La doble maternidad legal derivada...” ob. cit., pág. 89; igualmente, aunque en relación con la legitimación del hijo para impugnar la filiación del padre que consintió una fecundación heteróloga, PEREZ MONGE, M. ob. cit., pág. 149. Opinión opuesta tiene NANCLARES VALLE, J., ob. cit., pág. 16, el autor considera que el hijo tiene legitimidad impugnatoria al no haber ningún precepto que le prive de la misma en la LTRHA, por lo que será de aplicación lo dispuesto en el art. 137 y 140 CC, y así lo exige tanto el libre desarrollo de la personalidad del menor, como su dignidad, reflejadas en el derecho a conocer el propio origen y en el derecho a que se establezca una filiación natural acorde a la realidad biológica. A esto añade BARBER CARCAMO, R., “Doble Maternidad legal...”, ob. cit., pág. 125, que “no existe justificación lógica ni de sistema para considerar al hijo irrevocablemente vinculado por una declaración de voluntad ajena que le concierne íntimamente y es manifiestamente falsa”.

⁹⁵ RTC 1999/116.

2. Acción de reclamación de la filiación. El consentimiento de la cónyuge no gestante, la posesión de estado e interés del menor para la determinación de la filiación: la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El supuesto que nos planteamos es el posible ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por parte de la mujer pareja de la usuaria de la reproducción asistida con el fin de determinar su filiación respecto al hijo de la última. *A priori*, los requisitos establecidos en la Ley para la operatividad de la segunda maternidad son claros, por lo que no concurriendo alguno de ellos la filiación debe ser denegada.

Sorprendentemente, se han producido dos recientes resoluciones del TS en las que se estima el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación prevista en el art. 131 CC por parte de la mujer no gestante que consintió el uso de la reproducción asistida de su pareja, dejando inaplicados los requisitos legales que exige la LTHRA para la determinación de la segunda maternidad.

La primera de las resoluciones es la STS (Sala de lo Civil) núm. 740/2013, de 5 de diciembre⁹⁶. Los hechos son los siguientes: D^a. Santiago y D^a Delia tienen una hija común concebida por fecundación *in vitro* que nace en 2005 y es inscrita en el Registro Civil únicamente como hija de D^a. Santiago y, posteriormente, es adoptada por D^a Delia. En marzo de 2007 ambas firman un consentimiento informado para una nueva fecundación *in vitro* de D^a. Santiago y en agosto del mismo año contraen matrimonio. Fruto del sometimiento a la reproducción asistida nacen dos menores que son inscritas con la filiación de la usuaria de las técnicas, sin que conste que la cónyuge no gestante prestara el consentimiento para determinar a su favor la filiación de las menores antes de su nacimiento, incumpliendo lo dispuesto en el art. 7.3 LTRHA en su redacción anterior. D^a Santiago inicia ante el Registro Civil un expediente de rectificación de error de las inscripciones de ambas menores para que, en primer lugar, se cambie su estado civil de soltera a casada y, en segundo, se determine la filiación de su esposa. El expediente de rectificación de error accedió a la modificación del estado civil pero no al resto de pretensiones. Contra el Auto se interpone recurso de apelación resuelto por la DGRN en

⁹⁶ Resuelve el recurso de casación interpuesto contra la SAP (Sección 1ª) de Santa Cruz de Tenerife núm. 450/2011, de 24 octubre (JUR 2012\14522), que declara no haber lugar al recurso de apelación contra la SJPI nº 7 de Santa Cruz de Tenerife de 11 de abril de 2011.

sentido desestimatorio⁹⁷. En junio de 2009 se produce la separación y se formulada demanda de divorcio.

En esta situación D^a Delia ejercita, con base al art. 131 CC, la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado respecto de las dos menores, petición que fue estimada tanto en primera como en segunda instancia, interponiendo D^a Santiago recurso de casación. Establece el referido el art. 131 CC que “cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”.

Con una breve argumentación el TS desestima el recurso de casación planteado con base en la siguiente argumentación. En primer lugar, el art. 39 CE reconoce la protección integral de los hijos con independencia de su filiación, por lo que, entiende el Tribunal, que ésta no puede quedar subordinada a un requisito formal como el consentimiento previo ante el Encargado del Registro Civil y no ante la clínica en la que se preste un consentimiento voluntario para el uso de la TRHA y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo. Así, considera que el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación es admisible por la remisión que la LTRHA hace al CC en lo no especificado en ella, previéndose en aquel, en el art. 131 CC, el ejercicio de la acción de reclamación por posesión de estado, estando legitimada cualquier persona con interés legítimo. Continúa diciendo el TS que la posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista vínculo biológico y que “en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque ´constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigante del deseo de ser progenitoras””, hasta el punto, dice la sentencia recurrida, que dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige, e incluso intenta la aplicación analógica del art. 8.2 LTRHA. Es decir, según lo expuesto, para acreditar la posesión de estado que faculta el ejercicio de la acción de reclamación del art. 131 CC basta a la cónyuge no gestante demostrar que prestó su consentimiento a la práctica de la reproducción asistida de su mujer, siendo esto suficiente para declarar la filiación. Si bien, en el supuesto planteado,

⁹⁷ La RDGRN núm. 8/2008, de 26 de noviembre (RJ\2010\459), desestimó la inscripción de la filiación de la madre no gestante dado que la misma no había prestado su consentimiento antes del nacimiento de las menores conforme al art. 7.3, que ya se encontraba en vigor.

considera el Tribunal que la posesión de estado se ve acreditada, además, por la relación sentimental de las partes, la adopción previa por parte de D^a Delia de la hija de D^a Santiago, nacida también con intermediación de una TRHA, el proyecto común de una nueva maternidad, la que entonces era reclamada, y el matrimonio y posterior divorcio. Igualmente considera el Tribunal que lo que debe primar en este caso es el interés de las menores a una unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones conseguidas entre todas.

Por último, se aclara que en estos casos no es necesario impugnar la filiación de la otra madre al no ser las mismas contradictorias, pues la doble maternidad legal se encuentra ya integrada en nuestro ordenamiento.

La segunda de las resoluciones es la STS (Sala de lo Civil, Sección de Pleno) núm. 836/2013 de 15 de enero de 2014⁹⁸. Los hechos son los siguientes: D^a María y D^a Eufrasia mantuvieron una relación sentimental desde 1996 hasta 2006 sin matrimonio. En 2003 nace el hijo de D^a María mediante la intermediación de fecundación asistida con material genético de donante anónimo, no quedando claro si las dos mujeres consintieron el sometimiento a la técnica, si bien parece ser que existía un “proyecto común”. El niño fue inscrito únicamente con la filiación de D^a María, quien decide ponerle como segundo nombre el primer apellido de su pareja. Desde el nacimiento la mujer no gestante ejerce el papel de madre frente al menor e igual trato se le da por parte de su familia. Producida la separación, D^a Eufrasia ejerce la acción de reclamación de la filiación no matrimonial del hijo de su expareja por posesión de estado y fundamentándose en el art. 131 CC, pretensión que se estima en primera instancia y se revoca en segunda. Este caso está relacionado con el resuelto mediante STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) núm. 320/2011, de 12 de mayo de 2011, donde se concedió a D^a Eufrasia un amplio régimen de relaciones personales con el menor en condición de “allegada”.

Se denuncia por la recurrente casacional la infracción del art. 131 CC en relación con el art. 7.3 LTRHA y la discriminación que sufren las parejas homosexuales de mujeres al permitirse únicamente la determinación de la filiación por naturaleza a los

⁹⁸ Recurso de casación interpuesto contra la SAP de Toledo (Sección 2^a) núm. 11/2012, de 17 enero (JUR 2012\96331) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n^o 2 de Talavera de la Reina de 23 de abril de 2010.

matrimonios de mujeres, motivo estimado por el TS y que se argumenta de la forma que se expone a continuación.

Ante la problemática, el Tribunal empieza centrando el objeto de debate, que no es otro que la posible compatibilidad entre la figura de la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida teniendo en cuenta para ello, con el fin de dar mayor amplitud, los principios constitucionales que inspiran las acciones de filiación. Así, entiende que existe compatibilidad entre las normativas y que la misma “viene informada, entre otros, por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento (artículos 14 y 39.2 CE (RCL 1978, 2836)), de protección de la familia, de los hijos (integral) y de las madres con independencia de su estado civil (39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), así como por la debida ponderación, cada vez más primordial, del interés superior del menor”.

Igualmente, considera que la filiación derivada del uso de las TRHA implica el carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico como fuente o causa de la filiación, dando, en su lugar, protagonismo a los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en esos casos. A partir de ello, vuelve a afirmar la compatibilidad de ambas normativas “en el curso de la acción de filiación no matrimonial, de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada”. De esta manera, vuelve a reiterar el Tribunal la importancia del consentimiento para el empleo de las TRHA para integrar la posesión de estado y, consecuentemente, la legitimación del ejercicio de la acción de reclamación del art. 131 CC y su función de prueba de la reclamación.

Por último, nuestro TS entiende que, a la hora de resolver la cuestión objeto de debate, no debe dejarse a un lado la ponderación del interés superior del menor, que sin duda alcanza a la vida familiar del mismo, donde no cabe hacer ninguna distinción por la existencia de matrimonio o no o por la inexistencia del dato biológico. Por ello, se hace necesaria la realización de un juicio de ponderación “de forma que en el curso de la acción

de reclamación de filiación no matrimonial, que trae causa del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica”. Realizada la ponderación del interés del menor en el supuesto planteado, concluyen los magistrados que la relación entre la mujer no gestante y el hijo es positiva⁹⁹.

Las referidas sentencias no han dejado indiferente a nadie, criticadas fuertemente por la doctrina y, además, adoptada la segunda de ellas con el voto disidente de tres magistrados que formularon un voto particular.

Con estas dos nuevas resoluciones lo que en realidad está permitiendo el TS, con una argumentación más que cuestionable, es que la doble maternidad legal se establezca al margen de los requisitos establecidos en la Ley¹⁰⁰, siendo lo único que se exige: la existencia de consentimiento con ocasión del empleo de la reproducción asistida o un “proyecto común” de maternidad entre las miembros de la pareja -sin precisarse la necesaria convivencia entre quien reclama la filiación y el hijo que se pretende- y que el establecimiento de la relación materno-filial sea beneficiosa para el menor, prescindiendo tanto del requisito del matrimonio como de las formalidades establecidas en la Ley especial¹⁰¹. En principio no queda claro cómo ha de demostrarse la efectiva existencia del

⁹⁹ A pesar de lo expresado, poco tiempo después es el propio Tribunal el que contradice esta doctrina al entender en la STS 06/02/2014, núm. 835/2013 (RJ 2014\833), 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. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”.

¹⁰⁰ Es de justicia precisar que, en la segunda de las sentencias expuestas, a la fecha del nacimiento del menor, no era posible ni el matrimonio entre las dos mujeres, ni determinar la filiación respecto de la pareja mujer de la usuaria, ya que esta posibilidad no estaba prevista en nuestro ordenamiento.

¹⁰¹ Así se ha mantenido por los tres magistrados autores del voto particular que consideran que “no es lógico, si el ordenamiento jurídico se considera como un conjunto sistemático y armónico, que un caso de filiación de un niño nacido en virtud de la aplicación de técnicas de reproducción asistida se resuelva en casación marginando la ley especial”. En la misma línea se ha pronunciado la doctrina, en otros FARNOS AMOROS, E. ob. cit., pág. 22 y 27; ALVENTOSA DEL RIO, J. ob. cit., pág. 396; DIAZ MARTINEZ, A., “Acción de reclamación de filiación...” ob. cit., pág. 8; PEREZ CONESA, C. “Determinación de filiación extramatrimonial por posesión de estado de mujer homosexual tras la ruptura de relación de pareja con otra mujer, madre biológica del menor nacido mediante técnica de reproducción asistida. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014. Voto Particular”, en *Revista Doctrinal Aranzadi-Civil Mercantil*, núm. 2 (parte comentario), 2014, pág. 3 (BIB 2014/968); FABAR CARNERO, A., “El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013” en *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, 2014, pág. 185. Por su parte, DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M. S., ob. cit., pág. 23, entiende que lo hace el TS en los dos casos examinados es interpretar de forma flexible el ordenamiento en su conjunto para dar solución a una controversia no contemplada legislativamente.

consentimiento o “proyecto en común” ya que, si bien, en la primera de las resoluciones queda manifestado en el consentimiento informado que las dos cónyuges prestan ante la clínica, en el segundo supuesto ni siquiera existe una seguridad de que ese consentimiento se hubiera prestado¹⁰², sino que se extrae de otros indicios, como el hecho de que la recurrente actuara ante el menor como una madre¹⁰³.

La nueva doctrina crea un nuevo concepto de consentimiento para la determinación de la filiación derivada del uso de la reproducción asistida, hasta el momento los únicos contemplados en la Ley eran el prestado ante la clínica para la aplicación de la técnica -emitido por el marido o pareja varón de la madre- y el manifestado ante el encargado del Registro Civil por la cónyuge de la usuaria. Es decir, en todo caso el consentimiento debía de ser expreso, sin embargo, con la nueva doctrina del TS el mismo puede ser tácito, de forma que puede inferirse de los actos llevados a cabo previa y posteriormente por la pareja de mujeres. En cualquier caso, ya sea el consentimiento expreso o tácito, se otorga al mismo un valor que en la Ley se desconoce, creando de esta forma una gran inseguridad jurídica al quedar al arbitrio de los implicados el cumplimiento o no de la Ley y siendo posible determinar una filiación voluntaria, en la que no existen vínculos biológicos, sin que exista una manifestación expresa en ese sentido¹⁰⁴. Así, si el encargado del Registro deniega conforme a la Ley la inscripción de la segunda maternidad, siempre quedará reclamarla con base en el art. 131 CC, al quedar la posesión de estado acreditada por el mero consentimiento, y al interés superior del menor¹⁰⁵.

¹⁰² En este sentido apuntar que en la STS 12/05/2011, núm. 320/2011 (RJ 2011 3280), en la que se otorgó a la recurrente un amplio régimen de visitas con el menor, se tenía como hecho probado que “*El embarazo se consiguió mediante la técnica de fecundación asistida, con material genético de donante anónimo. No está probado si la decisión fue tomada o no conjuntamente por las dos componentes de la pareja*”.

¹⁰³ Así, FABAR CARNERO, A., ob. cit., pág. 191, precisa que el consentimiento se podría acreditar por cualquier medio admitido en derecho.

¹⁰⁴ Respecto a esto, afirma FARNOS AMOROS, E., ob. cit., pág. 22, en relación con la primera de las sentencias, que no debe olvidarse que, durante la relación, la no gestante pudo adoptar a las menores o prestar su consentimiento en los términos del art. 7.3 LTRHA durante el tiempo que medió entre la fecha del matrimonio y el nacimiento de las menores, sin embargo, ninguna de esas vías fue utilizada por la mujer, considerando que el TS no sienta un buen precedente. En el mismo sentido, DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M, S. ob. cit., pág. 15; MUÑOZ DE DIOS SAEZ, L., “La posesión de estado de padre como fuente de la filiación”, en *Diario La Ley*, núm. 8548 (Sección Doctrina), 2015, pág. 4.

¹⁰⁵ Igualmente, QUICIOS MOLINA, M. ob. cit., pág. 58; FABAR CARNERO, A., ob. cit., pág. 193. Este ha criticado duramente la resolución del TS al considerar que no es deseable que principio *favor fili* se utilice como recurso sistemático para soslayar el incumplimiento deliberado y plenamente consciente por parte de la madre no gestante de un requisito legal imperativo para el establecimiento de la doble filiación materna. Además, conviene hacer mención que con anterioridad a las sentencias comentadas ya se había planteado ante el TS la posibilidad del ejercicio de la acción de reclamación por parte de la mujer no gestante, dando lugar a la STS 18/01/2012, núm. 997/2011 (RJ 2012\1788), no obstante, entonces el Tribunal no se

Precisamente uno de los argumentos atacados en el voto particular realizado a la STS núm. 836/2013, de 15 de enero, es que la estimación de la acción de reclamación únicamente se basa en la existencia de posesión de estado y ésta en la existencia de consentimiento al empleo de las técnicas de reproducción asistida, que ni si quiera quedó probado como en el anterior supuesto. En este sentido apuntan los magistrados, y asimismo se ha afirmado por parte de la jurisprudencia¹⁰⁶, que la posesión de estado *per se* no es un medio que acredite la filiación, sino que es una mera situación fáctica que permite presumir quiénes pueden ser los progenitores, por lo tanto, no cabe invocar la posesión de estado para justificar una filiación que se determina por el consentimiento de la mujer si, por las razones que sean, ese requisito no se prestó. Sin embargo, entienden el resto de magistrados que, al sustituirse en la reproducción asistida la verdad biológica por la voluntad de ser padre o madre, y, por tanto, no ser posible establecer la correspondencia biológica, el consentimiento integra por sí mismo la posesión de estado y ésta prueba de la filiación, que quedará determinada siempre que el interés superior del menor lo aconseje¹⁰⁷.

Me gustaría exponer que, con la argumentación expuesta, no pretendo ni abogo por negar el acceso a la filiación “natural” a aquellas parejas de mujeres no casadas, sobre las que, según expuse anteriormente, en mi opinión, claramente existe discriminación; no obstante, a lo que no se puede llegar es al establecimiento de una segunda maternidad basada en la voluntad sin que ésta se recoja de alguna forma, pues se deja a dichas parejas en una gran inseguridad jurídica, quedando siempre a expensas de poder demostrar la existencia del “proyecto común”, lo que claramente se puede evitar con una regulación que deje constancia de su manifestación.

En todo caso, veremos cómo se asimila en la práctica la nueva doctrina del TS ante el más que probable surgimiento de nuevos problemas por la insuficiencia de la

pronunció sobre el fondo del asunto por una cuestión procesal. Empero, con la doctrina expuesta, el recurso hubiera prosperado al tratarse de un supuesto similar al examinado en la sentencia del 15 de enero de 2014 y siempre que se hubiera conseguido probar la existencia del consentimiento a la maternidad de su pareja. En relación a esto, resulta relevante lo dispuesto por SAP de Valencia 27/01/2010, núm. 49/2010 (JUR 2010\158738), que en sede de recurso de apelación consideró que el asunto planteado “no se trata de una cuestión de discriminación, sino de legalidad”, desestimando la pretensión.

¹⁰⁶ DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M.S., ob. cit., pág. 26; BARBER CARCAMO, R. “Doble Maternidad legal...”, ob. cit., pág. 125. En el mismo sentido, STS 25/04/1991 (RJ1991\3030); STS 13/11/1992, núm. 1027/1992 (RJ 1992\9400); STS 06/05/1997, núm. 367/1997 (RJ 1 997\3676).

¹⁰⁷ Afirma QUICIOS MOLINA, M., ob. cit., pág. 61, que con esta doctrina el TS ha revolucionado el sentido de las acciones de filiación, admitiendo que no solo puede buscarse la verdad biológica a través de su ejercicio, sino que también puede perseguirse la voluntad de ser madre de la esposa de la mujer que recurre a la reproducción asistida.

LTRHA, por el momento, la DRGN viene haciendo caso omiso a la misma ya que continúa exigiendo todos los requisitos que se establecen en el art. 7.3 LTRHA para el establecimiento de la segunda maternidad¹⁰⁸.

3. Una alternativa a la falta de la determinación de la maternidad de la pareja de la madre biológica: el derecho a las relaciones personales del menor.

Aunque actualmente se dé apariencia de facilidad para la inscripción de la doble maternidad legal, esa idea no es tal. Claramente en la medida en que se cumplan los requisitos que establece la Ley será posible la inscripción de la segunda maternidad a favor de la esposa de la madre del menor, pero en caso contrario, y a pesar de lo dictado por nuestro TS, la práctica sigue siendo denegar la inscripción; por lo que ningún derecho tendría en principio la mujer que pretende actuar como segunda madre. Por ende, la esposa de la usuaria que no preste su consentimiento para determinar a su favor la filiación del hijo de su cónyuge conforme a la Ley o su pareja mujer -no casada- no serán legalmente progenitoras del menor, debiendo acudir a la vía de la adopción o emprender una acción de reclamación de la filiación. Sin embargo, el que se impida la inscripción de la segunda maternidad no evita que de hecho ambas mujeres actúen como madres ante el menor, desarrollándose entre ellos vínculos afectivos propios de la relación materno-filial y ejerciendo el deber de custodia y alimentos que se impone a los padres. Por ello, nos preguntamos en qué términos debe regularse esa relación carente de vínculos jurídicos una vez producida la separación de la pareja. La respuesta nos la ha dado nuestro TS, quien mediante STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 320/2011, de 12 mayo (RJ\2011\3280)¹⁰⁹, ha reconocido a la madre no gestante el derecho a las relaciones personales con el menor bajo la condición de “allegada”, conforme al art. 160.2 CC, y, en atención a la protección del interés superior del menor, otorgó el mismo régimen de visitas que le correspondería a cualquier padre¹¹⁰.

¹⁰⁸ Así, RDGRN 21/04/2014 núm. 7/2014 (JUR\2015\87669); RDGRN 25/11/2014, núm. 57/2014 (JUR\2015\261443); RDGRN 25/11/2014, núm. 58/2014 (JUR\2015\261467).

¹⁰⁹ Sentencia relacionada con la STS 15/01/2014, núm. 836/2013 (RJ 2014/1265).

¹¹⁰ Para un comentario a esta sentencia *vid.* DIAZ MARTINEZ, A. “Comentario a la Sentencia de 12 mayo de 2011. Relaciones personales de un menor con la mujer que fue pareja de su madre biológica, tras la ruptura de su convivencia. Concepción del niño como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida durante la convivencia como pareja de la madre biológica como allegada del menor. Régimen

Grosso modo las argumentaciones que llevaron a tal decisión son las siguientes:

* *La protección de la familia y el interés del menor*: en primer lugar el TS nos aclara que no estamos ante el concepto tradicional de familia, pues el mismo ha sufrido una gran evolución en nuestra sociedad; se apunta que “el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”. Con esta definición considera que, aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, la pareja de mujeres y el hijo biológico de una de ellas constituyeron en su día una unidad familiar. Si bien, dice el Tribunal que los efectos que se producen entre las convivientes y sus hijos son muy distintos de los que se derivan de la convivencia entre ellas, pues las relaciones entre los padres y los hijos vienen reguladas por el principio constitucional de la protección del menor del art. 39 CE.

* *El interés del menor*: se considera que los menores tienen derecho a tener relaciones con parientes y allegados, no pudiendo ver recortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente, por causa de las diferencias entre dichas personas. Por ello, “el interés del menor obliga a los tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos”.

* *El derecho de relacionarse con el menor*: faltando los nexos biológicos entre la mujer que reclama el derecho de visitas y el menor, dice el Tribunal que no se está dirimiendo “un hipotético derecho de la compañera de la madre biológica, sino un derecho efectivo que tiene el menor de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva y por ello debe entenderse aplicable al supuesto que nos ocupa el artículo 160. 2 CC, que establece que ‘no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados’”. Con esto, considera que el concepto de allegado se ajusta a la relación en la pareja de la madre y el

amplio de relaciones personales, en atención al interés del menor”, en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88 (parte comentario), 2012, pág. 425 y ss; SALAS CARCELLER, A. “Sobre las relaciones personales entre la compañera sentimental de la madre y el hijo nacido, por inseminación artificial, durante la convivencia *more uxorio*” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 823 (parte comentario), 2011, pág. 1 y ss; PANIZA FULLANA, A. “Doble maternidad de hecho y su problemática” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7 (parte comentario), 2011, pág. 1 y ss (BIB 2011\1597).

niño, por lo que, en aplicación del art. 160.2 CC, el Juez está autorizado para adoptar cualquiera de las medidas del art. 158 CC. Asimismo, se aclara que no debemos de hablar de “derecho de visitas”, concepto que solo se debe aplicar en las relaciones entre los progenitores y sus hijos”, sino de “relaciones personales” del menor¹¹¹.

**La extensión del derecho del menor de relacionarse con sus allegados:* el art. 160.2 no determina la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados, tarea que debe realizar el juez teniendo en cuenta los siguientes elementos:

- i. La situación personal del menor y de la persona.
- ii. Las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido.
- iii. La intensidad de las relaciones anteriores.
- iv. La no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia.
- v. En general, todas aquellas que sean convenientes para el menor.

Analizados todos ellos, concluye el Tribunal la conveniencia de mantener el régimen de relaciones personales establecido en la sentencia recurrida, es decir, el propio de una relación paterno-filial (fines de semana alternos, dos tardes entre semana, mitad de vacaciones, etc.)¹¹².

En conclusión, aunque la madre no gestante no sea legalmente progenitora del menor, su relación con él no queda totalmente desprotegida, puesto que, en caso de que no pueda seguir desempeñando su rol de madre a causa de la separación de su pareja, inmediatamente puede reclamar su derecho a relacionarse con el menor en un sentido amplio. Incluso, en determinados casos, en atención a las circunstancias que rodean al

¹¹¹ Aunque se haga esta diferenciación, la misma carece de consecuencias prácticas, pues como apunta el TS el Juez, atendiendo al interés superior del menor, puede acordar un derecho del menor a relacionarse con sus allegados muy amplio.

¹¹² SAP de Toledo 22/04/2008, núm. 164/2008 (JUR 2008\331973). En otro sentido, la SAP de Islas Baleares 10/07/2009, núm. 254/2009 (JUR\2009\408030), reconociendo la condición de allegada de la expareja mujer de la madre de la menor, otorga a ésta el derecho a relacionarse con la menor, aunque de una forma más restringida –un fin de semana al mes-, pues en este caso la menor no la consideraba como una segunda madre.

menor y en la salvaguarda de sus intereses, se ha admitido por nuestros Tribunales otorgar la guardia y custodia de un menor a la pareja de hecho de madre del menor¹¹³.

VI. REFLEXIONES FINALES.

A la vista de lo estudiado, es posible concluir que la LTRHA crea una tercera clase de filiación distinta a la natural y a la adoptiva, en la que se desconocen los vínculos biológicos del menor y se determina su filiación con base a la voluntad de la pareja de su progenitora, y ello a pesar de que el CC reconduzca este tercer tipo de filiación a la natural contrariando el principio de verdad biológica. A nuestro juicio, se hace necesario en este sentido una reforma legislativa del CC y de la LTRHA en la que se reconozca y se proteja la filiación derivada del uso de la reproducción asistida, dotándola de mayor estabilidad y seguridad jurídica, sin que quepa la posibilidad de futuras impugnaciones por su falta de adecuación a la realidad.

La necesidad de la reforma se evidencia en la insuficiencia que ha mostrado la LTRHA para resolver los problemas que se han planteado en la práctica, lo que ha tenido mayor reflejo en la aplicación de su art. 7.3. Discutida desde un principio, lo cierto es que la introducción de la doble maternidad legal dejó mucho que desear, por un lado, por únicamente reconocerse respecto de los matrimonios de mujeres, discriminando a las parejas de hecho de forma injustificada, y esto a pesar de que el TC determinó que la filiación extramatrimonial merece los mismos derechos que la matrimonial. Aún más se refleja la discriminación por el hecho de que si se trata de una pareja *more uxorio* compuesta por un hombre y una mujer estos podrían hacer uso de las técnicas y ambos verían reconocida su paternidad. Es más, esta situación ha provocado que nuestro TS, por “hacer justicia”, reconozca la doble maternidad legal a las parejas de mujeres sin siquiera pedir un consentimiento expreso, lo que tampoco es deseable ante la falta de vínculos biológicos entre la madre no gestante y el hijo, siendo necesario aportar a la relación un mínimo de seguridad jurídica. Por ende, es hora de que nuestro legislador tome cartas en el asunto y haga efectivo el mandato constitucional de los arts. 14 y 39 CE, así como el establecido en la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en

¹¹³ SAP de Guipúzcoa (Sección 2ª) núm. 2056/2007, de 5 febrero (JUR 2007\138788); AAP de Sevilla 14/06/1999 (AC 1999\851). En este sentido, FERNANDEZ MARTINEZ, J.M. “Derecho de relación con el menor y derecho de visitas” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4 (parte comentario), 2011, pág. 4 (BIB 2011\1015).

materia de derecho a contraer matrimonio, de equiparación de los derechos de las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales; de forma que se reconozca el derecho de procreación de las parejas de mujeres no casadas mediante el uso de técnicas de reproducción asistida y se concrete el modo en que habrá de determinarse su filiación.

Por otro lado, mucho se ha criticado la falta de referencia a las acciones de filiación en los supuestos de doble maternidad, ya que la Ley únicamente veda la posibilidad de impugnación a los matrimonios heterosexuales, y ninguna referencia hace a las acciones de reclamación. Esto de nuevo vuelve a crear problemas, pues ante la falta de previsión, nuestros Tribunales están admitiendo el ejercicio de la acción de reclamación de la segunda maternidad al margen del cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley e incluso al margen de la existencia de posesión de estado, siendo suficiente el consentimiento al proyecto de la maternidad que no tiene porqué constar por escrito. Se deja así al arbitrio de los sujetos implicados el cumplimiento de la Ley, sin que ninguna consecuencia enfrenten ante su incumplimiento, se otorga al consentimiento un valor no previsto en la Ley y se introduce en la regulación de la doble maternidad legal una indeseada dosis de inseguridad jurídica.

VII. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

Libros:

ALBADALEJO, M., *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*, Ed. 11ª, Edisofer, Madrid, 2007.

ALES URIA ACEVEDO, M.M. *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BARBER CARCAMO, R. *La filiación en España: una visión crítica*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

CARCABA FERNANDEZ, M. *Los Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Bosch, Barcelona, 1995.

CORONA QUESADA GONZALEZ, M. *La determinación judicial de la filiación. Funciones de la posesión de estado cuando se determina, se acredita y se prueba la filiación*. Bosch, Barcelona, 2012.

DIAZ MARTINEZ, A., “Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley”, en LLEDO YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., (Dirs.), *Comentarios Científicos-Jurídicos Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Dykinson, Madrid, 2007.

DIEZ PICAZO, L., GULLON, A. *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV (Tomo I), Tecnos, Madrid, 2012.

DIEZ SOTO, C, M. “Artículo 6. Usuarios de las técnicas”, en LLEDO YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., (Dirs.), *Comentarios Científicos-Jurídicos Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Dykinson, Madrid, 2007.

GARCIA VICENTE, J.R. “La filiación”, en YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., (Dir.), *Tratado de Derecho de familia*, Vol. V, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

GONZALES PEREZ DE CASTRO, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykison, Madrid, 2013.

- INIESTA DELGADO, J.J. “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, en YZQUIERDO TOLSADA, M., CUENA CASAS, M., (Dir.), *Tratado de Derecho de familia*, Vol. V, tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F.A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J. *Elementos de Derecho Civil IV Familia*, Dykinson, Madrid, 2010.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. “*Tratado de derecho de familia: aspectos sustantivos: procedimientos, jurisprudencia, formularios*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- LLEDO YAGÜE, F. *Fecundación artificial y derecho*. Tecnos, Madrid, 1988.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Investigación de la Paternidad. Acciones de Filiación. Acción de Investigación de la Paternidad. Prueba biológica*. Actualidad Editorial, S.A., Madrid, 1994.
- PEREZ MONGE, M. *La filiación derivada de Técnicas de Reproducción Asistida*. Centros de Estudios Registrales, Madrid, 2002.
- QUICIOS MOLINA, M. *Determinación e Impugnación de la filiación*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Artículos de revistas y publicaciones:

- ALVAREZ SARABIA, M. “Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida”. *Anales de Derecho*, 2015, pág. 1 - 69.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. “Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre (RJ 2013, 7566)”. *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 18, 2014, pág. 378 - 399.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. “El matrimonio es heterosexual”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 658, 2005, pág. 7 – 11.
- BARBER CARCAMO, R. “Doble Maternidad legal, filiación y relaciones parentales”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 2014 pág. 93 - 136.

- “Reproducción Asistida y determinación de la filiación”, en *Redur*, núm. 8, 2010, pág. 25-37.
- BENAVENTE MOREDA, P. “La filiación de los hijos de parejas casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fasc. I, 2011, pág. 75 – 124.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. “Transexualidad, matrimonio entre personas del mismo sexo y nombre”. *Aranzadi Civil* núm. 3, vol. 1, 2007, pág. 1829 - 1830 (BIB 2007/304).
- DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, M, S. “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal” en *InDret: Revista para el análisis del derecho*, núm. 1, 2015, pág. 1 – 35.
- DIAZ MARTINEZ, A. “Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2014, 2014, pág. 37 - 50 (BIB 2014/244).
- “Comentario a la Sentencia de 12 mayo de 2011. Relaciones personales de un menor con la mujer que fue pareja de su madre biológica, tras la ruptura de su convivencia. Concepción del niño como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida durante la convivencia como pareja de la madre biológica como allegada del menos. Régimen amplio de relaciones personales, en atención al interés del menor”, en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88 (parte comentario), 2012, pág. 425 y 450.
 - “La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007 pág. 75 - 129.
- FABAR CARNERO, A., “El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013” en *Revista de Derecho UNED*, núm. 15, 2014, pág. 173 – 202.
- FARNOS AMOROS, E. “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología” en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, fasc. I, 2015, pág. 5 - 61.

- FERNANDEZ MARTINEZ, J.M. “Derecho de relación con el menor y derecho de visitas” en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4 (parte comentario), 2011, pág. 1 - 4 (BIB 2011\1015).
- GARCIA ALGUACIL, M.J. “¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2016, pág. 27 – 75 (BIB 2016\21188).
- GERMAN ZURRIARAIN, R. “Técnicas de reproducción asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado” en *Cuaderno de Bioética vol. XXII*, núm.2, 2011, pág. 201 - 214.
- JIMENEZ MUÑOZ, F.J. “La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas. Un estudio de la jurisprudencia reciente”, en *Revista para la infancia y la adolescencia*, núm. 6, 2014, pág. 51 - 63.
- LAMM, E. “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, en *Revista de Bioética y de Derecho*, núm. 24, 2012, pág. 76 - 91.
- MUÑOZ DE DIOS SAEZ, L. “La posesión de estado de padre como fuente de la filiación”, en *Diario La Ley*, núm. 8548 (Sección Doctrina), 2015, pág. 1 – 19.
- NANCLARES VALLE, J. “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/20088/2008, 2008, pág. 1 - 22 (BIB 2008/578).
- NAVARRO MICHEL, M. “Parejas del mismo sexo y técnicas de reproducción asistida. Situación en España” en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 57, 2012, pág. 1 – 17.
- PANIZA FULLANA, A. “Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2013, (parte comentario), 2013, pág. 49 - 55 (BIB 2013\1475).
- “Doble maternidad de hecho y su problemática” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7 (parte comentario), 2011, pág. 1- 7 (BIB 2011\1597).

- PEREZ CONESA, C. “Determinación de filiación extramatrimonial por posesión de estado de mujer homosexual tras la ruptura de relación de pareja con otra mujer, madre biológica del menor nacido mediante técnica de reproducción asistida. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014. Voto Particular”, en *Revista Doctrinal Aranzadi-Civil Mercantil*, núm. 2 (parte comentario), 2014 (BIB 2014/968), pág. 1- 4.
- RUBIO TORRANO, E. “Madre no hay más que una” en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 12, 2006, pág. 2085-2087 (BIB 2006\1283).
- SALAS CARCELLER, A. “Sobre las relaciones personales entre la compañera sentimental de la madre y el hijo nacido, por inseminación artificial, durante la convivencia more uxorio” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 823 (parte comentario), 2011, pág. 1 – 4.
- TAMAYO HAYA, S., “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas”. *Revista Digital Facultad de Derecho*, 2013, núm. 6, pág. 261-316.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G. “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro”. *Actualidad Civil*, núm. 7, 2010, pág. 748 y ss.
- VILA-CORO BARRACHINA, M.D, “La reproducción asistida en la mujer sola”, en *Revista General de Derecho*, núm. 572, pág. 3901-3935.

OTROS RECURSOS:

- Orden núm. JUS/568/2006, de 8 de febrero (RCL 2006\464).
- Orden núm. JUS/644/2006, de 6 de marzo (RCL 2006\505).
- BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 39-8, de 28 de septiembre de 2005.
- Proyecto de Ley 121/000039, de técnicas de reproducción humana asistida.
- <http://www.20minutos.es/noticia/163001/0/lesbiana/madre/adopcion/>
- http://www.elperiodicomediterraneo.com/noticias/sociedad/dos-lesbianas-inscriben-bebe-registro-sin-mediacion-adopcion_254717.html

VIII. JURISPRUDENCIA CITADA.

Tribunal Constitucional:

STC 17/06/1999, núm. 116/1999 (RTC 1999, 116).

STC 05/05/1994, núm. 128/1994 (RTC 1994/128).

STC 04/03/2004, núm. 27/2004 (RTC 2004/27).

STC 16/05/2005, núm. 138/2005 (RTC 2005/138).

STC 27/10/2005, núm. 273/2005 (RTC 2005/273).

STC 22/05/2006, núm. 154/2006 (RTC 2006/154).

STC 03/07/2006, núm. 214/2006 (RTC 2006/214).

STC 06/11/2012, núm. 198/2012 (Rf. BOE-A-2012-14602).

STC 23/04/2013, núm. 93/2013 (Rf. BOE-A-2013-5436).

ATC 11/06/1994, núm. 222/1994 (RTC 1994\222).

Tribunal Supremo:

STS 25/04/1991 (RJ1991\3030).

STS 13/11/1992, núm. 1027/1992 (RJ 1992\9400).

STS 06/05/1997, núm. 367/1997 (RJ 1997\3676).

STS 27/05/2004, núm. 453/2004 (RJ 2004/4265).

STS 12/07/2004, núm. 669/2004 (RJ 2004/5356).

STS 14/07/2004, núm. 793/2004 (RJ 2004\4676).

STS 29/11/2008, núm. 1012/2008 (RJ 2008\5802).

STS 05/12/2008, núm. 1177/2008 (RJ 2009\147).

STS 12/05/2011, núm. 320/2011 (RJ 2011 3280).

STS 18/01/2012, núm. 997/2011 (RJ 2012\1788).

STS 05/12/2013, núm. 740/2013 (RJ/2013/7640).

STS 15/01/2014, núm. 836/2013 (RJ 2014/1265).

STS 06/02/2014, núm. 835/2013 (RJ 2014\833).

Tribunales Superiores de Justicia:

STSJ 27/09/2007, núm. 28/2007 (RJ 2007\8520).

Audiencias Provinciales:

SAP de Toledo 22/04/2008, núm. 164/2008 (JUR 2008\331973).

SAP de Islas Baleares 10/07/2009, núm. 254/2009 (JUR\2009\408030).

SAP de Valencia 27/01/2010, núm. 49/2010 (JUR 2010\158738).

SAP de Islas Baleares 05/12/2012, núm. 546/2012 (AC/2013/76).

SAP de Islas Baleares 31/03/2014, núm. 128/2014 (AC\2014\654).

AAP de Sevilla 14/06/1999 (AC 1999\851).

Juzgados de Primera Instancia:

Auto del JPI N° 3 de Pamplona 22/01/2004 (AC\2004\164).

Auto del JPI N° 3 de Pamplona 26/01/2005, núm. 33/2005 (AC\2005\180).

Dirección General del Registro y Notariado:

RDGRN 09/01/2002 (RJ\2002\3611).

RDGRN 30/09/2004, núm. 2/2004 (RJ\2005\664).

RDGRN 24/01/2006, núm. 4/2006 (JUR 2006\291782).

RDGRN 05/06/2006, núm. 6/2006 (JUR\2007\130356).

RDGRN 07/01/2009, núm. 3/2009 (JUR\2010\98662).

RDGRN 17/04/2008, núm. 3/2008 (JUR 2009\388655).

RDGRN 22/05/2008, núm. 2/2008 (JUR\2009\389849).

RDGRN 14/10/2008, núm. 4/2008 (JUR\2009\443280).

RDGRN 24/11/2008, núm. 1/2008 (JUR 2010\2732).

RDGRN 26/11/2008, núm. 8/2008 (RJ\2010\459).

RDGRN 12/01/2011, núm. 3/2011 (JUR\2012\64031).

RDGRN 28/02/2011, núm. 5/2011 (JUR\2012\74939).

RDGRN 05/08/2013, núm. 12/2013 (JUR\2014\206945).

RDGRN 21/04/2014, núm. 7/2014 (JUR\2015\87669).

RDGRN 25/11/2014, núm. 57/2014 (JUR\2015\261443).

RDGRN 25/11/2014, núm. 58/2014 (JUR\2015\261467).