

La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad

The double maternal filiation: from the impossibility to the presumption of maternity

por

ISABEL ZURITA MARTÍN
Catedrática de Derecho civil
Facultad de Derecho. Universidad de Cádiz

RESUMEN: Las deficiencias técnicas del artículo 7.3 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que faculta a la esposa de la madre gestante a consentir que se atribuya a su favor la filiación del hijo de su cónyuge, han provocado que su aplicación haya suscitado abundantes conflictos, que se han venido reflejando en el ámbito de nuestros tribunales. Con este estudio se pretende exponer la evolución legislativa y jurisprudencial de la norma, repasando las resoluciones habidas en la materia, a los fines de actualizar resumidamente el estado de la cuestión y proponer las reformas legales que creemos necesarias para solventar más adecuadamente los problemas suscitados, de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación.

ABSTRACT: *The technical deficiencies of article 7.3 of Law 14/2006, on techniques of assisted human reproduction, which entitles the wife of the pregnant mother to consent that the filiation of her spouse's son is attributed to her,*

have aroused many conflicts in the scope of our courts. The aim of this paper is to expose the legislative and case law evolution of this rule, reviewing the resolutions in the issue, in order to update briefly the state of the matter and propose the legal reforms that we believe necessary to solve the problems more adequately, in accordance with the principle of equality and non-discrimination.

PALABRAS CLAVE: Filiación. Reproducción asistida. Doble maternidad. Principio de igualdad. Parejas del mismo sexo. Parejas homosexuales.

KEY WORDS: *Filiation. Assisted human reproduction. Double maternity. Principle of equality. Same-sex couples. Homosexual couples.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.—II. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 7.3 LRA: 1. EXCLUSIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO. 2. EL PARTICULAR CONSENTIMIENTO DE LA MUJER CASADA CON LA MADRE GESTANTE. 3. LA INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS CIVILES GENERALES SOBRE FILIACIÓN. 4. LA ACREDITACIÓN DE LA FECUNDACIÓN MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.—III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL: 1. APLICACIÓN ESTRICTA DE LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 7.3 LRA. 2. POSESIÓN DE ESTADO. 3. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD. 4. INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO A FAVOR DE LA MADRE NO GESTANTE SIN JUSTIFICACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.—IV. REFLEXIONES Y PROPUESTAS: 1. LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR DE CREAR UNA FORMA DISTINTA DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN RESPECTO DE UN MATRIMONIO DE MUJERES. 2. LA FALTA DE IDONEIDAD DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. 3. UNA NECESARIA REFORMA LEGISLATIVA.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La filiación de los hijos nacidos por medio de la utilización de técnicas de reproducción asistida por una mujer casada o unida de hecho con otra mujer no comenzó a plantearse, por obvias razones, hasta la reforma del Código civil llevada a cabo por medio de la Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio. Esta ley incorporaba un párrafo segundo al artículo 44 del Código civil —«El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»—, que había de llevarnos a materializar la igualdad de efectos del matrimonio entre personas de igual o distinto sexo en todas las cuestiones jurídicas derivadas o relacionadas con la unión marital; entre estas cuestiones no podía desconocerse la del vínculo jurídico de filiación.

La determinación de la filiación de los hijos de parejas del mismo sexo no fue objeto, sin embargo, de tratamiento detenido por parte del legislador de aquel momento, ni en lo concerniente a la adopción ni, mucho menos, en lo relacionado con la utilización de las técnicas de reproducción asistida¹. En este ámbito, dado que la maternidad subrogada queda proscrita por el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LRA) —anteriormente también lo fue por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre—, la cuestión que quedaba sin resolver por el legislador de 2005 era la de la determinación de los hijos nacidos en el marco de una relación, matrimonial o no, entre una pareja de mujeres.

Ciertamente, la LRA 2006 permite a una mujer sola utilizar estas técnicas con contribución de donante anónimo, determinándose respecto del hijo así nacido únicamente la filiación materna; pero, aun después de la reforma del Código civil de 2005, el legislador no introdujo en la LRA la modificación necesaria para adaptar esta norma al nuevo concepto de matrimonio regulando la determinación de la filiación en el caso de una pareja de mujeres. De hecho, durante la tramitación parlamentaria de la LRA 2006 se rechazaron las enmiendas relativas a la incorporación de esta cuestión a la nueva normativa.

Hubo que esperar a la promulgación de otra norma, que nada tenía que ver con la reproducción asistida, para que el legislador introdujera dicha modificación. Concretamente, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, incorpora un tercer apartado al artículo 7 de la LRA 2006, que reconoce la posibilidad de que la mujer casada con otra mujer consienta en que se determine a su favor la filiación del hijo de su consorte.

Pero el legislador quedó muy lejos de solventar el problema, que ya se había planteado con anterioridad a la reforma de 2007 cuando un matrimonio de mujeres instó la inscripción en el Registro Civil del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida a favor de la consorte de la madre biológica. En octubre de 2006, la juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Algeciras autorizó, por primera vez en España, la inscripción, como hijo matrimonial, del nacido en el seno de una pareja de mujeres casadas, sin necesidad de expediente de adopción por parte de la madre no gestante. Meses antes, la RDGRN de 5 de junio de 2006 había rechazado la solicitud de inscripción de maternidad por la conviviente de la madre progenitora, con fundamento en el carácter único que la maternidad tenía en el ordenamiento español, que solo puede ser determinada por naturaleza o por adopción, no por la sola declaración de las interesadas².

Los estudios realizados sobre la filiación de los hijos respecto de una pareja homosexual femenina han sido abundantes desde la promulgación de la Ley 13/2005, intensificándose particularmente una vez incorporado el apartado tercero al artículo 7 LRA, tanto por la novedad que esta norma supuso en su momento como, sobre todo, por la deficiencia técnica de la misma. No otra

cosa que esta deficiencia ha propiciado que transcurrida más de una década desde su aparición, la dificultosa aplicación del artículo 7.3 LRA siga suscitando disenso jurisprudencial y decisiones judiciales novedosas y, cómo no, el interés de los académicos. Con este estudio pretendemos, pues, realizar una exposición ordenada del *iter* legal y jurisprudencial de la norma, comentando cada una de las resoluciones habidas en la materia, a los fines de actualizar resumidamente el estado de la cuestión y proponer las soluciones legales que entendemos más ajustadas a Derecho

II. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 7.3. LRA

Las dificultades de aplicación del artículo 7.3 LRA que, en teoría, debía venir a solucionar la cuestión de la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el ámbito de una relación homosexual femenina, no han sido escasas, sino todo lo contrario. La aprehensión de la dimensión de la problemática pasa por partir del tenor literal de la norma, en su versión original:

«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».

Si el lector se acerca, aunque sea levemente, al texto de este último apartado del artículo 7 LRA, descubre con facilidad que el trabajo del legislador no ha sido especialmente cuidadoso, tanto en la técnica como en la sistemática legal³. Las cuestiones que suscita la aplicación estricta del precepto son numerosas, en algunos casos nada menores y, en todo momento, de alarmante conflictividad práctica. De entrada, la norma solo se prevé para las parejas casadas, dejando al margen de la filiación por esta vía a las parejas de hecho; el consentimiento ante el encargado del Registro Civil debe prestarse antes del nacimiento del hijo, careciendo de valor el prestado a la utilización de las técnicas. Por otra parte, la ubicación sistemática de la norma la deja fuera de la remisión a la normativa sobre la filiación del Código civil, lo que nos lleva a plantear la viabilidad de aplicar las presunciones de paternidad y la posesión de estado.

En 2015 el legislador tuvo una nueva ocasión para remedar las deficiencias del artículo 7.3 LRA, por medio de la disposición final 5.1 de 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, que introdujo una modificación de la norma, quedando redactada en los siguientes términos: «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 del hijo nacido de su cónyuge». La reforma, sin embargo, no solventaba los problemas que venía suscitando el precepto, siendo lo más destacado de la misma permitir que el consentimiento de la cónyuge de la madre gestante se pueda manifestar después de haberse producido el nacimiento del hijo y no necesariamente antes, tal como se especificaba en la redacción primigenia de la norma.

En todo caso, no podemos pasar por alto que, a partir de la reforma operada sobre el concepto de matrimonio en 2005, la determinación de la filiación respecto de las parejas homosexuales debe equipararse a la que se realiza en relación a las parejas heterosexuales. Así, si atendemos a la finalidad que inspiró la Ley 13/2005, que no es otra, como reiteradamente se desprende de su Exposición de Motivos, que la equiparación plena entre las parejas heterosexuales y las homosexuales —o, dicho en otros términos, la instauración de una nueva concepción de la institución matrimonial—, parece congruente admitir la posibilidad de determinar la filiación, matrimonial o no matrimonial, respecto de la pareja femenina de una mujer que ha utilizado las técnicas de reproducción asistida, siempre que se cumplieran los requisitos que, a los efectos de la determinación de la filiación, estableciera la correspondiente ley reguladora de dichas técnicas.

En esta línea, el legislador catalán ha sido bastante más atento a las consecuencias de la reforma del concepto de matrimonio, igualando el tratamiento de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida por parejas heterosexuales y homosexuales femeninas, casadas o no. Así, para el caso de mujer casada, el artículo 235-8.1 del Código civil de Cataluña dispone 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 documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento»; y, a falta de matrimonio, el artículo 235-13.1 establece que «Los hijos nacidos de la fecundación 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».

1. EXCLUSIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO

Resulta meridiano que lo preceptuado por el artículo 7.3 LRA concede distinto tratamiento a las parejas de hecho homosexuales frente a las heterosexuales⁴, en tanto solo prevé que se pueda determinar la filiación del hijo concebido mediante la utilización de estas técnicas respecto de la pareja unida matrimonialmente con la madre biológica, no respecto de su pareja de hecho⁵; en el supuesto de parejas heterosexuales, la filiación puede determinarse en el

marco de ambos tipos de relación⁶. Puede decirse por ello que esta previsión de la norma que estamos analizando es la que con mayor evidencia contraría el principio de igualdad y no discriminación. Piénsese además que, en el caso de una pareja de mujeres, la filiación respecto del hijo concebido por la gestante podría determinarse en iguales circunstancias que las de una pareja heterosexual que acude a las técnicas de fecundación heteróloga, puesto que tampoco en este caso el material genético proviene de la pareja masculina, pudiendo ser de un tercero, donante anónimo. La identidad de razón entre ambos supuestos —pareja homosexual de mujeres y pareja heterosexual con material genético masculino donado— es palmaria. Y a ella sí responde positivamente la regulación otorgada por el Código civil catalán.

La opción del legislador estatal obliga a la pareja no casada de la madre gestante a iniciar un proceso de adopción del hijo biológico de esta. La doctrina se plantea aquí algunas cuestiones que afectarían al interés del menor, como qué sucede si la madre no gestante muere antes de la adopción, o la pareja se separa sin que se haya determinado la filiación respecto de una persona que convivía con él asumiendo un papel de madre⁷, circunstancia esta que ha provocado litigios judiciales, como a continuación se expone. Doctrinalmente se señala la oportunidad de aplicar analógicamente el artículo 8.2 LRA, sobre la base de la identidad de razón existente, como se ha indicado, entre el uso de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres y la fecundación heteróloga por una pareja heterosexual⁸. El tenor literal de la norma —«mujer casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer»—, sin embargo, es tan contundente como llamativo, lo que nos hace dudar con fuerza de la posibilidad de la solución analógica. Sí parece más cercano al espíritu de la norma que se permita la inscripción del hijo como matrimonial aun cuando el consentimiento se manifestara en ausencia de matrimonio pero naciendo el hijo después de celebrado este; y también cuando se prestara el consentimiento durante el matrimonio, y el hijo naciera con posterioridad a su separación o disolución⁹.

2. EL PARTICULAR CONSENTIMIENTO DE LA MUJER CASADA CON LA MADRE GESTANTE

Tampoco parece particularmente atento al principio de igualdad el artículo 7.3 LRA al abordar la cuestión de la emisión del consentimiento de la mujer casada con la usuaria de las técnicas, en dos aspectos: carece de efectos prestar el consentimiento a la utilización de las técnicas por su pareja para que posteriormente se determine la filiación a su favor, como sí se permite al varón, casado o no; y la emisión del consentimiento para que se establezca la filiación a favor de la mujer no gestante debe darse en un momento temporal concreto, antes del nacimiento del niño¹⁰ —aunque la filiación se atribuya una vez nacido

este¹¹—, y ante el encargado del Registro Civil. Este segundo inconveniente fue eliminado por la Ley 19/2015, si bien es cierto que en distintas ocasiones la DGRN admitió la inscripción si el consentimiento se prestaba después del nacimiento pero con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007¹². En realidad, esta exigencia debía entenderse como una consecuencia lógica de la falta de eficacia del consentimiento prestado a la utilización de la técnica de reproducción asistida; piénsese que el consentimiento previo otorgado por el varón al uso de la fecundación asistida sirve posteriormente como escrito indubitado a los efectos de determinarse la filiación a su favor¹³. No entendemos, pues, que se eliminara el requisito del consentimiento previo al nacimiento y siga sin tener eficacia alguna el prestado en la clínica; es más, ni siquiera se exige que este se justifique, como más adelante comentaremos. La modificación, en cualquier caso, salvó las situaciones que se habían producido por el desconocimiento de las mujeres acerca de la existencia del artículo 7.3 LRA y del nulo valor del consentimiento prestado en la clínica de reproducción, lo que se ponía de manifiesto en el momento de la inscripción del niño¹⁴. Igualmente, allana el camino a la posibilidad de prestarlo en documento notarial después del nacimiento, al desaparecer la mención al encargado del Registro¹⁵. La emisión del consentimiento se realizará principalmente, pues, en el momento y a través del procedimiento de inscripción¹⁶; aunque, en realidad, se deja sin resolver la duda acerca del plazo con el que cuenta la madre no gestante para efectuar la declaración¹⁷.

Por lo que respecta a la primera cuestión, no podrá considerarse que ha concurrido el consentimiento legalmente requerido por la presentación por la esposa de la usuaria de las técnicas en el centro médico de un documento autorizando el empleo de tales prácticas, aunque en él se reflejase su voluntad de asumir la filiación, a diferencia del consentimiento del marido, y también del varón no casado, para el que el artículo 8.2 LRA concede el efecto de escrito indubitado a los efectos previstos en la legislación del Registro Civil¹⁸.

Existe, por tanto, mayor exigencia formal para los matrimonios de mujeres que para las parejas heterosexuales¹⁹, para las que basta el consentimiento del marido —para evitar la destrucción de la presunción de paternidad—, o del varón no casado prestado en la clínica para que posteriormente se determine la filiación a su favor. Y, cuando hablamos de fecundación heteróloga, el consentimiento cumple en ambos casos la función de reconocer una filiación que no responde a la verdad biológica, ya que se basa en la voluntad de los no progenitores —tanto del varón como de la mujer no gestante—, de querer la paternidad o maternidad no biológica²⁰.

Los términos en los que se expresa el artículo 7.3 LRA son tan taxativos —mujer casada y consentimiento ante el encargado del Registro Civil²¹—, que difícilmente puede realizarse una interpretación expansiva de la norma²²; esta interpretación resultaba, incluso, menos dificultosa cuando existía vacío legal al

respecto²³. Se ha señalado, sin embargo, por la doctrina que la principal finalidad de este precepto no ha sido la de diseñar un mecanismo extrajudicial de determinación de la maternidad, sino la de afirmar la posibilidad de una doble maternidad al margen de los casos de adopción; se entiende que sin esta norma no cabría duda de que no se admitiría en nuestro Derecho una doble maternidad en los casos de reproducción asistida²⁴.

Puede decirse, en cualquier caso, que la naturaleza de la manifestación de voluntad de la esposa de la madre gestante requerida por el artículo 7.3 LRA es confusa. De entrada, como se ha señalado doctrinalmente, el legislador parece haber configurado esta imputación de maternidad como una facultad de la madre no progenitora, que «podrá manifestar» que desea ser madre del hijo de su consorte²⁵; de modo que, a falta de tal manifestación, el hijo se inscribirá como no matrimonial²⁶. En el caso del varón casado, la filiación matrimonial determinada como consecuencia de la prestación del consentimiento a la fecundación de su esposa sería inimpugnable. Podría pensarse que se trata de una especie de reconocimiento, como ha reflexionado la doctrina, si bien con la diferencia de que el reconocimiento *stricto sensu* se basa en una verdad biológica aquí inexistente, siendo susceptible de ser impugnado cuando no corresponda a esa verdad²⁷; en todo caso, se trata de una manifestación de voluntad de carácter irrevocable. La desigualdad de trato también afecta aquí a la protección del propio hijo, al no contemplarse la aplicación de la presunción de paternidad matrimonial.

Obsérvese, por último, que en el caso de matrimonios heterosexuales la mujer no puede ser usuaria de las técnicas sin el consentimiento expreso del marido —otra cosa sería contraria, entendemos, al interés del menor, además de ilógica o irracional—, mientras que la mujer casada con otra mujer sí puede hacerlo, quedando a la voluntad de la no gestante la atribución de la filiación del nacido a su favor. En aquel caso, la LRA es taxativa, exigiendo a la mujer casada el consentimiento del marido para la utilización de las técnicas, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente (art. 6.3). El Código civil de Cataluña, en cambio, al no exigir expresamente tal consentimiento del consorte, posibilitaría a la mujer casada someterse a procesos de reproducción por sí sola, consecuencia esta no sabemos si querida por el legislador o, simplemente, ignorada por su escasa sensatez²⁸.

3. LA INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS CIVILES GENERALES SOBRE FILIACIÓN

En definitiva, el legislador parece que estableció un nuevo título de determinación de la filiación matrimonial materna²⁹ —que no se identifica estrictamente ni con la maternidad natural ni con la adoptiva³⁰—, cuya materialización queda

sometida a condicionantes muy tasados. La demanda estricta de concurrencia de los requisitos del artículo 7.3 LRA impediría la aplicación de la presunción de paternidad³¹ —en este caso, maternidad—, de la previsión contemplada en el artículo 118 del Código civil —aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos—, o de los demás mecanismos previstos para la determinación de filiación no matrimonial (declaración conforme del padre en el formulario oficial, reconocimiento o resolución recaída en expediente registral)³².

La observancia escrupulosa de tal precepto imposibilitaría, asimismo, el ejercicio de acciones de reclamación de la filiación por la madre gestante frente a su pareja que hubiese consentido la fecundación asistida y posteriormente se negara a prestar el consentimiento *ex* artículo 7.3 LRA³³; en sentido inverso, tampoco la madre no gestante podría reclamar la filiación si no prestó el consentimiento en los precisos términos que prevé la norma³⁴. Por lo demás, este consentimiento debe considerarse irrevocable, como ya se ha señalado, en idénticos términos que el reconocimiento, sin que quepa tampoco la impugnación de la filiación determinada como consecuencia de su manifestación, salvo que se encuentre viciado de nulidad o anulabilidad, dada la abstracción que se realiza de la verdad biológica³⁵.

Finalmente, como se ha adelantado, el artículo 7.3 LRA debe ser criticado también por su falta de sistemática, pues la sede correcta de la norma debería ser el artículo 8, referido a la determinación de la filiación. Celosamente hablando, esta falta de técnica llevaría a considerar inaplicable a la determinación de la filiación respecto de una pareja de mujeres las normas sobre filiación del Código civil, por aplicación literal del artículo 7.1 LRA, según el cual la filiación de los hijos nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo las especificaciones establecidas «en los tres siguientes artículos»³⁶.

4. LA ACREDITACIÓN DE LA FECUNDACIÓN MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Una última deficiencia del artículo 7.3 LRA proviene de la falta de exigencia de la acreditación de que la madre gestante ha utilizado las técnicas de reproducción asistida para procrear al hijo cuya inscripción se solicita, requisito que viene siendo requerido, sin embargo, por los encargados de los Registros Civiles³⁷. Esta circunstancia ha llevado a la DGRN a la necesidad de pronunciarse sobre este tema, en los términos que más adelante describiremos. La cuestión no es baladí, por cuanto permitir la inscripción del nacido a favor de la esposa de la madre biológica por el solo consentimiento de esta,

sin haberse justificado la utilización de las técnicas de reproducción asistida, abriría la puerta a una eventual reclamación de paternidad por parte de un posible padre biológico. Ciertamente es que el artículo 44.5 LRC tampoco exige dicha acreditación, pero no es menos verdad que este precepto no puede leerse desvinculado del marco sustantivo del que trae causa, el consabido apartado tercero del artículo 7 LRA. Esta norma prevé una nueva forma de determinarse la filiación respecto de un matrimonio de mujeres solo en el ámbito del uso de técnicas de reproducción asistida, por lo que debe entenderse que la filiación ha de quedar determinada por el consentimiento prestado según las normas del Registro Civil si efectivamente se ha materializado dicho uso; la reproducción literal por parte del artículo 44.5 LRC de las palabras del artículo 7.3. LRA así ha de interpretarse.

En realidad, la falta de previsión del legislador respecto del consentimiento a la utilización de las técnicas por parte de la esposa de la usuaria parece responder a la imposibilidad de aplicar la presunción de paternidad en estos casos; recuérdese que el consentimiento que presta el marido impide que pueda impugnar posteriormente la filiación matrimonial. Así, como ha apuntado la doctrina, dado que no existe una presunción de «segunda maternidad», basta con exigir el consentimiento a que se establezca la filiación posteriormente, sin que sea preciso el previo consentimiento informado a la utilización de las técnicas de reproducción asistida³⁸. El legislador debió haber previsto esta contingencia, aunque quizás no lo hizo porque daba por supuesto, de tan obvio, que la procreación había de provenir en estos casos del uso de procesos de fecundación asistida.

III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

Como no podía ser de otra forma, las deficiencias de técnica y sistemática del artículo 7.3 LRA que se han señalado, han ocasionado desde su aparición diferentes conflictos entre nuestros tribunales, derivándose de ello la inevitable inseguridad jurídica que provoca la evolución interpretativa en la aplicación de la norma. Procede, pues, que nos refiramos a continuación a los litigios relacionados con la determinación de la doble filiación materna que han accedido a los tribunales y a las resoluciones que más significativamente se han pronunciado sobre ellos, a fin de seguir la trayectoria de la doctrina legal al respecto hasta llegar a la posición actual y, sobre ellas, a las propuestas de reforma legislativa más conveniente. A pesar de que casi todas estas resoluciones han sido ya comentadas doctrinalmente, creemos oportuno acercarnos a ellas desde sus particulares supuestos de hecho, pues precisamente las circunstancias de cada caso han pesado sobremanera en los tribunales para emitir sus fallos.

1. APLICACIÓN Estricta DE LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 7.3 LRA

El Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez sobre la determinación de la doble filiación materna en su sentencia de 18 de enero de 2011, que, adhiriéndose a la letra de la ley, inicia la trayectoria de sus pronunciamientos sobre este tema con una aplicación estricta de los términos del artículo 7.3 LRA³⁹.

Se trataba del caso de Dña. Visitación y Dña. Esmeralda, pareja unida sentimentalmente durante varios años hasta que, en diciembre de 2006, se produce su separación definitiva, a pesar de que se había iniciado un expediente matrimonial, que nunca culminó. En septiembre de 2003 Dña. Esmeralda había dado a luz una niña, concebida mediante técnicas de reproducción asistida, de modo que, tras la separación, Dña. Visitación la demanda solicitando la determinación judicial de maternidad y la adopción de medidas materno-filiales y económicas con respecto a la niña. La demanda es desestimada en primera y segunda instancia por aplicación de los artículos 108 del Código civil y 7.1 y 7.3 LRA, declarándose la falta de legitimación de la actora para el ejercicio de las acciones de reclamación de la filiación por no cumplirse los requisitos exigidos por el artículo 7.3 LRA, en concreto, la necesidad de matrimonio entre las litigantes, «sin que resulte posible la aplicación analógica a parejas o uniones estables, puesto que la ley es clara al hablar de mujer casada, y sin que ello suponga discriminación alguna o desigualdad de trato». La demandante presenta recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, pero lo hace erróneamente desde el punto de vista procesal, pues la recurrente había ejercitado una acción de filiación, mientras que el recurso lo articula como si el proceso se hubiera seguido en reclamación de la tutela judicial de un derecho fundamental distinto de los reconocidos en el artículo 24 CE (art. 477.2 LEC). El Tribunal Supremo, en definitiva, inadmite el recurso y no entra en el fondo del asunto.

La cuestión es que, cuando nació la niña, todavía no se había permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que alega la demandante; cuando se presenta el recurso de casación, en cambio, ya se había incorporado el artículo 7.3 a la LRA, que solo admite la filiación respecto de mujeres casadas, produciéndose la discriminación para las parejas no casadas en comparación con las parejas de hecho heterosexuales.

Meses después, la STS de 12 de mayo de 2011 resuelve un litigio que tiene como base un supuesto de hecho casi idéntico, si bien en esta ocasión no se ejercita acción de filiación⁴⁰. Se trataba también de una pareja de hecho —Dña. Zaida y Dña. Lucía— que convive entre 1996 y 2006, sin contraer matrimonio. En 2003 Dña. Lucía dio a luz un niño por fecundación artificial, sin que se probara que la decisión la tomaron ambas componentes de la pareja. En 2006 se rompió la relación, habiéndose producido malos tratos; la denuncia recíproca de las convivientes dio lugar a que el juez tomara distintas medidas cautelares,

atribuyendo la custodia del menor a la madre biológica y derecho de visitas a la ex conviviente. Dña. Zaida demandó a Dña. Lucía pidiendo que se elevaran a definitivas las medidas, especialmente lo relativo al régimen de visitas, estimándose la demanda por el Juzgado de Primera Instancia, al considerar que el derecho de visitas debía resolverse teniendo en cuenta la protección del interés del menor y estaba cubierto legalmente por el artículo 158 CC; la sentencia fue confirmada en segunda instancia y también en casación.

El Tribunal Supremo falla con fundamento en el principio del interés superior del menor, considerando que, aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido —«ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos del artículo 7.3 LRA»—, sí debe considerarse que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas. Debe decidirse, por ello, cuál es el régimen más adecuado para la protección del menor en los casos en que no haya matrimonio entre las convivientes, para que pueda relacionarse con la persona que no es su madre biológica. Teniendo esto en cuenta, la base de la decisión no es un hipotético derecho de la compañera de la madre biológica, sino un derecho efectivo del menor de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva, por lo que debe entenderse aplicable el artículo 160.2 del Código civil, que establece que «no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados». El Alto Tribunal entiende que el concepto de allegado se ajusta a la relación que Dña. Zaida mantiene con el niño, y el juez está autorizado para tomar cualquiera de las medidas enumeradas en el artículo 158 del Código civil.

Se puntualiza, no obstante, que el término «derecho de visitas» debe ceñirse a las relaciones entre los progenitores y sus hijos, siendo más adecuada en este caso la expresión «relaciones personales», que es la terminología que utiliza el artículo 160.2 del Código civil. Aplicando, pues, la doctrina de la equivalencia de resultados, el Tribunal Supremo desestima el recurso, aunque no admita la argumentación de la sentencia recurrida en cuanto a la aplicación del derecho de visitas correspondiente al progenitor en un caso en que la reclamante no es la madre del menor; pero el rechazo de la argumentación utilizada por la sentencia recurrida no es suficiente para la estimación del recurso de casación, porque concurren causas justificadas para reconocer el derecho del menor a relacionarse con Dña. Zaida.

Como ha podido observarse, aunque, por distintas circunstancias, ambas sentencias del Tribunal Supremo no fallan sobre la acción de reclamación de la filiación de la madre no biológica de los menores, la postura en ese momento existente claramente se decanta por la aplicación estricta de la letra del artículo 7.3 LRA. En todo caso, dicha postura es manifiesta en las dos instancias anteriores a la STS de 18 de enero, y, *obiter dicta*, se expresa así en la STS de 12 de mayo.

Esta línea que parece desprenderse de las sentencias del Tribunal Supremo que acabamos de exponer, viene a seguirse por la Audiencia Provincial de Baleares en su sentencia de 5 de diciembre de 2012. Se trataba de una pareja —Dña. Emilia y Dña. Mónica—, que contrae matrimonio el 15 de diciembre de 2010, pocos días después de que Dña. Emilia diera a luz un hijo, que concibió por inseminación artificial de semen de donante. El mismo día 15 ambas firman el borrador de asiento registral de nacimiento del neonato, en el que se designa a Dña. Mónica como madre «A» y a Dña. Emilia como madre «B»; asimismo, Dña. Mónica comparece en la Secretaría del Registro Civil, en la que, al amparo del artículo 7.3 LRA, consiente en que habiendo nacido el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del mismo. En 2011 Dña. Emilia presenta acción de impugnación de filiación contra Dña. Mónica, solicitando que se dicte sentencia en la que se declare que esta no es progenitora del menor; paralelamente, la actora insta demanda de nulidad matrimonial, por vicio esencial en el consentimiento, engaño y dolo. La demanda es desestimada en primera instancia, siendo recurrida en apelación por la actora.

La AP de Baleares, con mención de las sentencias del TS anteriormente comentadas, estima el recurso de Dña. Emilia, ordenando la rectificación de la inscripción de nacimiento del menor en relación a Dña. Mónica. El Tribunal considera que el consentimiento determinante de la filiación resultaba ineficaz por ausencia de los requisitos indicados en el artículo 7.3 LRA, dado que: a) Dña. Mónica no prestó consentimiento formal y previo para que su conviviente se sometiera a técnicas de reproducción humana asistida; b) al momento del nacimiento del hijo las litigantes no se hallaban casadas; c) al manifestar Dña. Mónica ante el encargado del Registro Civil que consentía en que se determinase su filiación respecto del menor, este ya había nacido, al igual que cuando comparecieron para determinar el orden de sus apellidos⁴¹.

Aunque la Audiencia menciona las sentencias precedentes del Tribunal Supremo, lo hace sin perjuicio de reconocer la inexistencia de precedentes jurisprudenciales en la materia, dado que ambas resoluciones no abordaron el fondo de la cuestión, como anteriormente se ha señalado. La postura, en cualquier caso, es contraria al reconocimiento de la doble maternidad al margen de los requisitos del artículo 7.3. LRA; incluso alude curiosamente a la prestación de consentimiento previo a la utilización de la técnica de reproducción asistida, requisito no contemplado por la norma, como ya hemos comentado. Resultaba previsible, sin embargo, que esta doctrina se modificaría en breve⁴².

2. POSESIÓN DE ESTADO

La primera resolución del Tribunal Supremo que entra de lleno en la problemática de la determinación de la filiación en estos casos es la sentencia de

5 de diciembre de 2013. La resolución solventa el litigio suscitado entre Dña. CSC y Dña. CPH, que tienen una hija en común concebida por fecundación *in vitro*, nacida en marzo de 2005, siendo inscrita en el Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife como hija de Dña. CSC, madre soltera, y adoptada por Dña. CPH en abril de 2008. En agosto de 2007 contrajeron matrimonio. Unos meses antes —16 de marzo de 2007—, ambas partes firman el consentimiento informado para la fecundación *in vitro* de doña CSC. El día 14 de diciembre de 2007 nacen dos menores y son inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que esta los ostenta. Esta inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales practicadas en cuanto al estado civil de la madre biológica, que no es de soltera sino de casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores. Dicho expediente acaba por auto de 5 de marzo de 2008, que acuerda la rectificación únicamente respecto del estado civil de la madre, no accediendo al resto de las solicitudes interesadas. La progenitora interpuso contra dicho auto recurso de apelación, que fue resuelto por la DGRN en fecha 26 de noviembre de 2008, desestimatorio íntegramente del recurso. En junio de 2009, la pareja rompe su relación definitivamente, yéndose la demandada de la vivienda en la que convivían, formulando Dña. CPH demanda de divorcio⁴³.

Con estos antecedentes, la acción deducida por doña CPH en la demanda que formuló contra doña CSC es la relativa a la reclamación de filiación por posesión de estado respecto de las menores, que fue estimada en la primera instancia, con la correspondiente rectificación de la inscripción de nacimiento practicada en el Registro Civil, para que se haga constar en dicha inscripción la filiación respecto de la actora y que, consiguientemente, aparezcan como apellidos de las dos niñas los de CSC y CPH.

Recurrida la sentencia en apelación, fue desestimado el recurso. La Audiencia Provincial entendió que había prueba suficiente de la posesión de estado, «de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente». La sentencia de segunda instancia es recurrida en casación, siendo también desestimado dicho recurso.

El Tribunal Supremo funda su fallo en los siguientes argumentos:

- El artículo 44 del Código civil, tras la reforma operada por la Ley 13/2005, determina los mismos efectos del matrimonio con independencia del sexo de sus integrantes.
- La reforma de 2005 se realizó sin atender al régimen legal de la filiación, en el que las acciones de impugnación y reclamación estaban pensadas exclusivamente para parejas heterosexuales.
- Posteriormente, el artículo 7.3 LRA habilita a la mujer casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer para manifestar ante el

encargado del Registro Civil que consiente en que, cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido, procurando así la igualdad entre matrimonios de igual o distinto sexo. Para ello se exige que la manifestación se haga antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, «pues nada se dice ni se infiere del precepto, y es, además, la interpretación más acorde no solo con el hecho de que la inseminación no determina necesariamente el posterior embarazo y nacimiento del hijo de uno de los cónyuges, sino con el artículo 39 CE, que reconoce la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación, y esta no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo»⁴⁴.

- En el régimen de filiación en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida, el lugar del padre como verdad biológica a que se refiere el Código civil, lo sustituye la ley por la voluntad de quien desea ser progenitor. Ello posibilita la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la verdad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza.
- La remisión del artículo 7.1 LRA a las leyes civiles «salvo las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos», posibilita el ejercicio de la acción de reclamación *ex* artículo 131 del Código civil, con base en la posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista nexo biológico, quedando superada en la práctica por la prestación del consentimiento a la utilización de la técnica. Dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiere sido escasa, de ahí el contenido del artículo 8.2 LRA. Es evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad⁴⁵.
- La posesión de estado ha quedado claramente probada por una serie de hechos claros, evidentes y reiterados, a partir de una acreditada relación de hecho y de derecho entre las partes, que se inició con la adopción de una hija nacida con carácter previo al matrimonio, en el seno del que nacieron las otras dos hijas, y que concluyó luego con el divorcio de la pareja.
- Es cierto que lo que se reclama es una filiación y que lo determinante es ver si se dan las condiciones necesarias para ello, pero esto no impide recordar que el artículo 3 de la LO 3/2007, de igualdad, parte del

principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en supuestos como la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil, y esta norma, ni ninguna otra, ha sido infringida en la sentencia. En estos momentos existe un interés real, y este no es otro que el de las niñas, y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones conseguidas entre todas, y la discrepancia entre las litigantes debe reconducirse a su ámbito natural y jurídico, que no es otro que el de la ruptura de las relaciones personales, mediante el divorcio, que ya instaron.

En definitiva, el Tribunal Supremo realiza una interpretación tan amplia del artículo 7.3 LRA —a la luz del principio de igualdad y del interés superior del menor—, que, en verdad, ignora lo por él preceptuado. Así, el artículo 7.3 LRA, que realmente recoge una norma excepcional para la determinación de la doble filiación materna, queda relegado a una mera indicación con fines puramente formales de cara al Registro⁴⁶. En realidad, lo que hace nuestro más Alto Tribunal es orillar la existencia de los requisitos del artículo 7.3 LRA, por cuanto no considera el consentimiento prestado en la clínica como sustituto del requerido por aquel, sino simplemente como una prueba más —que valora junto a todas las demás, aunque especialmente cualificada—, en la atribución de la filiación por el ejercicio de la acción de reclamación con posesión de estado⁴⁷; aportándose pruebas que pueden acreditar la posesión de estado, la decisión del Tribunal pivota sobre la prestación del consentimiento. A nuestro modo de ver, lo más trascendente, quizás, de la resolución, es la superación de la consideración de la verdad biológica en los fundamentos de la regulación del Código civil sobre las acciones de filiación en general y, en particular, sobre la posesión de estado; el consentimiento a la utilización de las técnicas —no exigido por el artículo 7.3 LRA—, pues, hace las veces de vínculo biológico, creando una auténtica ficción jurídica⁴⁸. Y todo ello, en verdad, para atender a la justicia del caso.

Esta resolución vino a ser refrendada poco tiempo después por la STS de 15 de enero de 2014, que pone fin al litigio que ya se había tratado por el propio Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente comentada de 12 de mayo de 2011, relativo al derecho del menor a relacionarse con la persona que no es su madre biológica⁴⁹.

En esta ocasión, el Tribunal Supremo sí se debía pronunciar sobre la determinación de la filiación en el caso de doble maternidad, intentando otorgar solución ajustada a derecho al problema de aplicación del artículo 7.3 LRA, en el caso de la pareja de hecho formada por Dña. Lucía, madre gestante, y Dña. Zaida, ex pareja de la madre biológica. La STS de 12 de mayo de 2011 había atribuido a la recurrente un régimen de relaciones personales como «allegada» del menor. Pero Dña. Zaida solicita en un nuevo proceso la determinación de

la filiación a su favor respecto del hijo biológico de Dña. Lucía. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Talavera de la Reina estima la demanda interpuesta al amparo de la acción del artículo 131 del Código civil, al considerar acreditada la posesión de estado, atendiendo: al nombre compuesto del menor en el que se incorpora como nombre el apellido de la reclamante; al tratamiento del menor como hijo, tanto por la reclamante como por su ámbito familiar; a la continuidad en este tratamiento con el ejercicio de acciones para mantener las relaciones materno-filiales con el menor; a las testificales que hablaron de un «proyecto en común» y a los hechos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección primera de 22 de abril de 2008, base del recurso de casación antes mencionado. Desde un plano jurídico, considera viable la pretensión ejercitada apoyándose en el artículo 7.3 LRA, que permite la determinación de la filiación a favor de dos mujeres, diferenciando los planos de la filiación natural de la jurídica, como ocurre con la adopción, y otorgando efectos a las relaciones de convivencia de homosexuales, al permitirse el matrimonio entre ellos desde la Ley 13/2005.

La Audiencia Provincial de Toledo, estimando el recurso de apelación, desestimó la demanda. En la sentencia se razona que la filiación solo puede tener lugar por naturaleza o adopción (108 CC), que la acción ejercitada no era la del 7.3 LRA, y que esta ley no se puede aplicar con carácter retroactivo al no perverse en la propia ley, que está pensada para parejas casadas estables, y en el caso se trata de una pareja no casada y rota desde el 2006, además de estar a una ley cuyos efectos son meramente registrales. A lo que añade que no considera acreditada la posesión de estado por el poco tiempo de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor (3 años), aunque la demandante actuara como madre.

La demandante, Dña. Zaida, presenta recurso de casación basado en un único motivo, invocando la infracción del artículo 131 del Código civil en relación con el artículo 7.3 LRA. El recurso es estimado. En esta sentencia el Tribunal Supremo insiste en la perfecta compatibilidad entre la figura de la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida. Dicha razón de compatibilidad viene informada por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento; de protección de la familia; de los hijos y de las madres con independencia de su estado civil; de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad; así como de la debida ponderación, cada vez más primordial, del interés superior del menor. El Alto Tribunal sostiene que la conclusión que debe extraerse de este contexto valorativo no es otra que «la plena razón de 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».

Esta razón de compatibilidad resulta también relevante a la hora de abordar el «interés legítimo» que debe presidir la amplia legitimación que se deriva de la posesión de estado. Y, así, una vez «probado el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento, por la conviviente que no es la madre biológica del menor, vino investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada»⁵⁰.

El Tribunal Supremo pone especial énfasis en la aplicación del interés superior del menor, de tal manera que, en el curso de la acción de reclamación 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.

La sentencia, no obstante, cuenta con el voto particular de tres magistrados, que se manifiestan en contra de lo esgrimido en la resolución, atendiendo básicamente a unos argumentos que merece la pena reproducir aquí:

- El título de determinación de la filiación *ex* artículo 7.3 LRA se apoya en el mero consentimiento de la mujer, prestado antes del nacimiento del hijo y estando casada con la madre biológica, requisitos ambos que no se cumplen en el caso enjuiciado. El hecho de que en el momento del nacimiento (2003) no fuera posible el matrimonio entre personas del mismo sexo, no justifica un ejercicio posterior de esta facultad. No tiene sentido reconocer *a posteriori*, ni deformando la aplicación transitoria de la norma, aquella forma de maternidad, porque no perduran en el tiempo los requisitos que hubieran justificado en su día esta determinación de la filiación si hubiese estado en vigor el artículo 7.3 LRA.
- Tampoco cabe acudir a la posesión de estado para reclamarla, porque la posesión de estado no acredita por sí la filiación, sino que constituye un medio de prueba de carácter presuntivo o indirecto, en cuanto ofrece una sólida base de hecho para apreciar la existencia de la relación biológica que constituye el objeto de las acciones judiciales de reclamación de la filiación. Por tanto, no procede invocar la posesión de estado para justificar por sí, al amparo del artículo 131 del Código civil, una filiación que se determina necesariamente por el consentimiento de la mujer, cumplidos unos determinados requisitos, si por las razones que sean ese consentimiento no se prestó en su día y ahora no es posible hacerlo.

- La estimación del recurso no responde, materialmente, al interés superior del menor, aunque así se diga, sino al interés de la demandante-recurrente. No se alcanza a comprender que por el solo hecho de que la demandante-recurrente conviviera con el niño durante sus tres primeros años de vida se la declare madre, dando un paso de enorme trascendencia, mucho más allá que la correcta conclusión al conflicto propuesta por la sentencia de 12 de mayo de 2011. «Con la estimación del recurso la demandante pasa a ostentar la patria potestad sobre el niño, adquiere expectativas sucesorias que incluso pueden llegar a materializarse sobre bienes que actualmente pertenecen a la otra litigante, podrá decidir sobre la educación del niño en edades o etapas mucho más decisivas para su formación que la que media entre el nacimiento y los tres primeros años de edad, podrá reclamar su guarda y custodia y, en definitiva, tener capacidad de decisión sobre todas las cuestiones que afecten al menor hasta que este cumpla dieciocho años. A cambio, la madre biológica, la única legal a juicio de los magistrados que formulan este voto particular, verá inevitablemente coartada su libertad en todo lo que se refiera a su hijo y, si forma otra relación de pareja o decide contraer matrimonio, tendrá la permanente interferencia de la demandante, como madre del niño con plenitud de derechos, en la nueva unidad familiar. Se crea, así, una situación potencialmente conflictiva en la que no se alcanza a ver ningún beneficio para el menor».

El Tribunal Supremo obvia de nuevo las exigencias del artículo 7.3 LRA buscando la justicia del caso, sirviéndose a tales fines del interés superior del menor. La cuestión es que en esta ocasión el interés del menor no parece quedar tan claro como en anteriores supuestos; lo que resulta especialmente significativo cuando de lo que se trata es de apartarse de la letra de la ley.

3. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

Para finalizar con este repaso cronológico a las resoluciones judiciales habidas en el tratamiento de la doble maternidad, nos parece oportuno traer a colación la SAP de Madrid de 12 de marzo de 2015, que da un paso más en la consecución de la igualdad entre parejas de igual y distinto sexo en el terreno de la filiación. De entrada, los hechos que se enjuician acaecieron ya bajo el ámbito de aplicación del artículo 7.3 LRA⁵¹. Se trata de una pareja de mujeres —Dña. Ana María y Dña. Encarna— que contrae matrimonio en 2008, naciendo en el seno del mismo un hijo biológico de Dña. Encarna; entre 2012 y 2013 se produce la separación fáctica de la pareja y se presenta una demanda de separación, naciendo en 2013 un hijo biológico de Dña. Ana María,

inscrito con el nombre de esta, anotada como casada en el Registro Civil. Para la realización del tratamiento de reproducción asistida, ambas habían firmado como matrimonio el contrato de donación y consentimiento informado de la otra cónyuge. El fallo del Juzgado de Primera Instancia que pone fin al procedimiento de divorcio acuerda atribuir la custodia de cada hijo a la respectiva madre biológica, estableciendo un régimen de visitas a cada madre no custodia respecto del otro hijo, con fijación de pensión de alimentos y atribución del uso del domicilio familiar a Dña. Ana María y su hijo. Dña. Ana María formula recurso de apelación, alegando que no procedía atribuir la maternidad a ambas puesto que solo ella es la madre biológica de su hijo, y dada la separación fáctica del matrimonio.

La sentencia de la Audiencia Provincial pone de manifiesto que la declaración de ambas litigantes, que pretenden ser madres biológicas de forma sucesiva, supone una manifestación del derecho a procrear, tratándose de un acuerdo voluntario y libre de ambas madres y cónyuges respectivas. Lo que procede a partir de estos datos es permitir el desarrollo y protección de aquellos vínculos del menor con la progenitora no biológica, adoptando la decisión de integrar al niño en la familia constituida en su día por las litigantes, sin que pueda admitirse la ruptura de todo vínculo del menor con Dña. Encarna dada la existencia de un núcleo familiar —si bien ya separado— formado por ambos menores y las dos progenitoras. El interés del hijo no puede quedar afectado por la posterior retractación de Dña. Ana María, contraviniendo así el tenor de sus propios actos, «implicando con ello al niño que tiene derecho a crecer y a crear los vínculos familiares previamente configurados en torno y para él. Obviamente este interés se protege antes y después de la gestación, no pudiendo ignorar la realidad del hecho consumado del nacimiento del niño y la existencia del menor en una familia que actuó como tal y que legalmente le concibió y no procediendo en consecuencia admitir que la progenitora no biológica pueda desaparecer de la vida del menor ni física ni jurídicamente».

Acogiéndose al tenor literal del artículo 7.3 LRA, la apelante entiende que, interpretado *a sensu contrario*, dada la separación fáctica del matrimonio, no cabe ya que pueda determinarse a favor de la pareja de la mujer gestante la filiación respecto del nacido tras la separación matrimonial.

A este respecto, sostiene la sentencia de apelación que de la lectura conjunta de los artículos 7.3 LRA y 108 del Código civil debe colegirse que no fue intención del legislador contemplar un nuevo supuesto de filiación, esta de carácter homosexual, cosa que claramente rechaza el apartado primero del artículo 7 LRA, que dispone que las especificaciones salvadas del régimen general del artículo 108 y siguientes del Código civil, son las que se contemplan en los tres artículos siguientes, no la mención reseñada en su propio apartado tercero, que se configura como una mera norma de naturaleza y finalidad claramente registral, sin afectar ni concernir a la configuración de la filiación materna

exclusiva o de otro carácter. En consecuencia, a estos efectos resulta aplicable toda la normativa del Código civil en lo relativo a la determinación de la filiación y sus efectos y, por ende, la presunción del artículo 116 del Código civil, al no existir una norma específica en la LRA y dado el tenor literal del artículo 44 del Código civil: «El matrimonio tendrá los mismos efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

En definitiva, la Audiencia considera que la solución alcanzada por el Juzgado de Primera Instancia realiza una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto, tomando en consideración el interés superior del menor, por lo que confirma la sentencia recurrida desestimando el recurso de apelación. Esta resolución avanza un paso más que las anteriores considerando aplicable la presunción de paternidad del artículo 116 del Código civil, una norma de determinación de la filiación basada en la verdad biológica, a un supuesto en el que esto es imposible, y cuando el legislador así lo ha establecido por medio del artículo 7.3 LRA.

4. INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO A FAVOR DE LA MADRE NO GESTANTE SIN JUSTIFICACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Por último, al margen ya de los órganos judiciales, resulta necesario hacer mención también a la RDGRN de 8 de febrero de 2017, que da respuesta a la cuestión, anteriormente señalada, de la acreditación de la utilización de técnicas de reproducción asistida para proceder a la inscripción del hijo de una pareja de mujeres. La citada resolución revoca el Auto dictado por el encargado del Registro Civil de Denia que denegó la inscripción por no haberse justificado dicho uso. La promotora de las actuaciones había solicitado la inscripción de nacimiento del hijo biológico de su cónyuge y la determinación a su favor de la filiación del nacido, sin necesidad de aportar justificación de haber seguido un procedimiento de reproducción asistida —con fundamento en el artículo 44.5 LRC 2011—, y alegando que la pareja se había casado en 2007 y ya eran madres de otros dos hijos inscritos con la doble filiación. El encargado del Registro Civil de Denia deniega la inscripción de la filiación del nacido respecto de la consorte de la madre biológica, entendiendo que el artículo 44.5 LRC, que prácticamente reproduce el contenido del apartado tercero del artículo 7 LRA, no se puede interpretar desconectado del apartado cuarto, según el cual la filiación, a efectos de la inscripción de nacimiento, se determinará conforme a las leyes civiles (que siguen respondiendo al principio de unidad de la maternidad) y a la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida (que introduce una ficción legal no basada en la realidad biológica, pero solo cuando la gestación es consecuencia de técnicas de reproducción asistida), no siendo tampoco aplicables las presunciones del Código civil en tanto que responden a un esquema normativo distinto.

Eleuada la cuestión a la Dirección General de los Registros y del Notariado, esta estima el recurso de las interesadas, coligiendo de la reforma operada por la Ley 19/2015 en los artículos 7.3 LRA —por la que ya no es necesario que la mujer no gestante preste el consentimiento antes del nacimiento del hijo de su cónyuge—, y 44.5 LRC —reproduciendo lo preceptuado por aquel—, «que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida. Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA pues la filiación establecida en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el artículo 8 de la citada ley». En definitiva, la DGRN, sin entrar en mayores argumentos jurídicos⁵², fundamenta su decisión en la interpretación que ha de hacerse de la voluntad del legislador que se deriva de la reforma de 2015.

Consecuentemente, al eliminar el requisito del consentimiento previo al nacimiento en el artículo 7.3 LRA e introducir el apartado quinto del artículo 44 LRC, debemos deducir que el legislador quiso que la filiación a favor de la esposa de la gestante pudiera determinarse por la sola voluntad de ser madre de aquella, manifestada según las normas del Registro Civil. Lo que se está diciendo es, lisa y llanamente, que el artículo 44.5 LRC crea una forma nueva de determinarse la filiación, olvidando que, tal como especifica el propio artículo 44 LRC, en su apartado cuarto, «La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida». Como se ha señalado doctrinalmente con inmaculada clarividencia⁵³, la inscripción solo es un efecto registral de la previa determinación de la filiación verificada de acuerdo con las normas sustantivas correspondientes, que, para el caso que nos ocupa, son las previstas en la LRA; y, en este marco, solo es posible determinar la filiación del hijo respecto de la consorte de la madre gestante si aquel se concibió mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida. No puede olvidarse que esta forma de determinarse la filiación, por construirse sobre una ficción legal, permite el anonimato del donante y la imposibilidad de que este ejercite en caso alguno la correspondiente acción de filiación basada en la verdad biológica.

Finalmente, se sostiene por la DGRN que la interpretación restrictiva del auto impugnado, introduciendo una limitación que la norma no menciona, atenta contra el interés superior del menor y lo coloca en una situación de desprotección en relación con sus hermanos mayores, que tienen nacionalidad española y doble vínculo materno, mientras que él únicamente tiene reconocida la nacionalidad irlandesa y figura en un libro de familia distinto del que solo es titular

la madre biológica, de manera que quien ejerce de hecho como su madre no lo es a efectos legales, lo que perjudica a la estabilidad de la familia; igualmente, se argumenta que, «aunque es cierto que nuestro ordenamiento jurídico parte del principio de veracidad biológica en materia de filiación, dicho principio no tiene carácter absoluto y ha ido evolucionando hacia un concepto más social y afectivo, debiendo prevalecer siempre el interés del menor». Pero también en este caso el principio *favor filii* podría ser utilizado para defender la postura contraria, pues no parece precisamente beneficioso para el menor permitir que un eventual padre biológico pueda ejercitar una acción de reclamación de paternidad, desestabilizándose así igualmente su vida familiar.

IV. REFLEXIONES Y PROPUESTAS

Del repaso que hemos realizado a la trayectoria legal y jurisprudencial en materia de determinación de la doble filiación materna, debe extraerse como principal conclusión —en ello parece concurrir unánimemente la doctrina— la necesidad de implementar una reforma legal que regule de forma clara la cuestión, atendiendo básicamente al principio de igualdad y no discriminación y evitando, por ende, la conflictividad hasta ahora producida entre nuestros tribunales.

Desde nuestro punto de vista, el debate jurídico suscitado puede encontrar sus raíces en la reforma legislativa de 2005. Ciertamente, como hemos puesto de manifiesto, el legislador no fue cuidadoso técnica y sistemáticamente al incorporar ese nuevo apartado tercero al artículo 7 de la LRA; pero es que, en el fondo del problema, se encuentra, a nuestro juicio, su propia incredulidad sobre lo que significaba la igualdad del matrimonio con independencia del sexo de los contrayentes. Pudiera pensarse que el legislador no era consciente de la dimensión de la nueva institución que, en aquel momento, estaba creando a través de la Ley 13/2005, que ponía las bases a un nuevo concepto de institución matrimonial y familiar, con todas sus consecuencias; como reflejo de ello, tales consecuencias no se apreciaron, como hemos señalado, en el articulado de dicha reforma legislativa, que dejaba intactos los artículos del Código civil reguladores de la filiación por naturaleza y los correspondientes de la LRA.

1. LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR DE CREAR UNA FORMA DISTINTA DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN RESPECTO DE UN MATRIMONIO DE MUJERES

La incorporación del artículo 7.3 a la LRA dos años después, por medio de la Ley 3/2007, solo supuso un remiendo al problema del vacío legal existente sobre la determinación de la doble maternidad en el ámbito de las técnicas de

reproducción asistida, como se ha podido claramente apreciar. El problema es que la intención del legislador no parecía ser otra que la de otorgar un tratamiento distinto a la determinación de los hijos de una pareja homosexual respecto de la heterosexual. De no haber sido esa su voluntad, no habría introducido una norma con criterios tan específicos; o bien, de forma más simple, habría que pensar que la ubicación de este nuevo precepto en el artículo 7 LRA en lugar de en el 8 LRA —en el que se prevé las reglas específicas de determinación de la filiación en el supuesto de técnicas de reproducción asistida— debía atribuirse a un desliz puramente técnico.

Esta disyuntiva es la que ha llevado a las distintas interpretaciones antes analizadas sobre la aplicación del artículo 7.3 LRA. Esto es, entender que el legislador quiso dicho tratamiento desigualitario, creando una forma distinta de determinar la doble maternidad teniendo en cuenta la propia naturaleza o relación biológica; o suponer que —dejando al margen el simple desacierto sistemático—, la mención reseñada en este apartado tercero del artículo 7 LRA —como señalara la SAP de Madrid de 12 de marzo de 2015— se configura como una mera norma de naturaleza y finalidad claramente registral, sin afectar ni concurrir a la configuración de la filiación materna exclusiva o de otro carácter.

Tanto la literalidad de la norma como su trayectoria legislativa —incluyendo los debates parlamentarios de la Ley 14/2006, en los que se rechazaron las enmiendas que pretendían incluir la determinación de la doble filiación materna—, nos hacen inclinarnos por la primera opción, trasunto de esa inicial falta de perspectiva futura del legislador de 2005 sobre la nueva configuración del matrimonio. Así, una vez tomada la opción legislativa de admitir la determinación de la filiación paterna por la sola voluntad del cónyuge o pareja varón de la usuaria de las técnicas —al consentir su utilización por ella—, y sentado también legalmente que el matrimonio produce los mismos efectos con independencia del sexo de sus integrantes, debe otorgarse idéntico tratamiento legal a la determinación de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida por una mujer, casada o unida de hecho, con otra mujer.

El problema de la falta de asunción de esta realidad, ya sea por el legislador o, incluso, por buena parte de la sociedad, es que estos efectos no se han traducido en la reforma de la regulación del Código civil sobre la filiación por naturaleza, que en algunos casos resulta difícilmente aplicable por estar pensada para hacer coincidir en la medida de lo posible la verdad biológica con la jurídica. Con anterioridad a la consagración legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, la integración de la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida en el ámbito de la filiación por naturaleza no había planteado problema alguno, pues, a pesar de la existencia de donante anónimo, se podía seguir «presumiendo» la paternidad biológica del esposo o pareja de la mujer usuaria; al menos, biológicamente, era posible. Esto conducía, por ejemplo, a considerar que, en el caso de matrimonio, podía

aplicarse la normativa sobre presunción de paternidad; o, también, que no supusiera inconveniente considerar la posesión de estado o el reconocimiento. De ahí que el artículo 7.1 LRA puntualizara que «la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo las especificaciones establecidas en los tres artículos siguientes».

En cambio, cuando hablamos de una pareja de mujeres, la inviable procreación biológica entre ellas hace desaparecer por completo la posibilidad de hacer coincidir verdad biológica y jurídica, por lo que las normas del Código civil tendentes a la concurrencia de ambas resultan de imposible aplicación. Sin embargo, como ya hemos apuntado, la identidad de razón entre la doble filiación materna y la filiación materna y paterna cuando existe donante anónimo es incontrovertible.

Esto hace pensar —y así se ha reflexionado doctrinalmente⁵⁴— en la necesidad de atender a un nuevo modelo de filiación, en el que, junto a la filiación por naturaleza y adopción, se consagre y reconozca un tercer tipo de vínculo filiativo determinado por el consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida. Se trataría de una filiación híbrida: distinta de la filiación por naturaleza, pues aquella se fundamenta en el elemento volitivo —aunque exista vínculo biológico con la madre gestante o aportante del material genético, y con el padre en caso de fecundación homóloga—, y también diferenciada en distintos aspectos de la adopción, pero teniendo en común con ella la determinación de la filiación por la manifestada voluntad de ser padre o madre.

2. LA FALTA DE IDONEIDAD DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Hasta que una reforma legislativa introduzca específicamente la doble filiación materna en igualdad de condiciones con la filiación materna y paterna, lo que nos cuestionamos aquí es la oportunidad de que la igualdad de efectos del matrimonio en este ámbito se encauce a través de nuestros tribunales orillando la legalidad vigente. Los argumentos en favor y en contra de esta actuación judicial aparecen claramente reflejados, como hemos tenido ocasión de comprobar, en los fundamentos y voto particular de la STS de 15 de enero de 2014, respectivamente. Aquellos atienden a la consagración del principio de igualdad —con fundamento en el artículo 44 del Código civil—, y estos se acogen a la estricta aplicación del artículo 7.3 del Código civil. Lo primero es lo deseable y lo segundo parece lo técnicamente correcto. Y en ambos sirve como pilar fundamental el principio del interés superior del menor.

Puede apreciarse que, aunque los argumentos técnico-jurídicos del voto particular son irreprochables, en el fondo del mismo subyace esa falta de creencia en la igualdad de trato entre parejas homosexuales y heterosexuales en el ámbito de la filiación. Así, se acude al principio del interés superior del menor para

manifestar que no se tiene en cuenta este si se atribuye la filiación de un niño de tres años a una mujer con la que no le une vínculo biológico alguno y que se encuentra en situación de conflictividad personal con la madre biológica. La cuestión que nos hacemos es: ¿se utilizaría el mismo argumento si se tratara de la filiación paterna, ya sea con vínculo biológico o sin él? Probablemente no. Pero, cierto es que, para alcanzar su decisión la sentencia fuerza la inaplicación del artículo 7.3 LRA, que establece unos requisitos para determinar la filiación a favor de la madre no gestante que, verdaderamente, no se han cumplido. De modo que el voto particular prima el interés del menor utilizando ese resorte legal, pues en caso contrario no podría hacerlo, y la filiación se determinaría a favor de la madre no gestante; ya posteriormente, también seguramente un juez habría de dirimir el conflicto familiar que se produjera dadas las relaciones existentes entre ambas madres, decidiendo sobre la atribución de la custodia, igual que sucedería si se tratara del padre —biológico o no—, en lugar de la madre. El interés del menor también se arguye como fundamento del recurso que plantean las recurrentes en el caso de la RDGRN de 8 de febrero de 2017 que hemos analizado, con resultado poco certero.

La cuestión que, en última instancia, debemos plantearnos como resultado de este estudio de la trayectoria jurisprudencial en la materia, es la idoneidad de las decisiones judiciales que, con fundamento en el interés superior del menor, desatienden la aplicación en sus propios términos de las normas vigentes, en el entendimiento de que la normativa sobre filiación requiere una reforma legislativa que impida en estos casos la denegación de la justicia. Se ha defendido por la doctrina que esta situación puede ser subsanada mediante el mecanismo corrector conocido como cláusula general, entendida esta como una disposición de ley, en cuanto se trata de un precepto que recoge un principio general del Derecho, que pasa a ser configurado como norma imperativa, de aplicación directa y necesaria. Tal sucede, en opinión de este sector doctrinal, con el artículo 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, cuando establece que en la aplicación de esta Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, siendo este recurso de la cláusula general el utilizado por los ponentes de las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014 para justificar ambos pronunciamientos, aunque no aludieran expresamente a ello. En definitiva, los jueces interpretan de forma flexible el conjunto del ordenamiento con la finalidad de solventar un conflicto no previsto por la ley⁵⁵.

Esta teoría, entendemos, tropieza con un inconveniente para nada despreciable: la indeterminación característica del concepto de «interés superior del menor», que es la que permite que, a la postre, sea utilizado tanto como fundamento de las dos partes del conflicto, como del fallo y del voto particular de la STS de 15 de enero de 2014. Resulta curioso que el factor que hace posible la construcción del concepto de cláusula general sea al mismo tiempo su peor

enemigo. Recuérdesse que la SAP de 12 de marzo de 2015 también recurre al interés superior del menor para reforzar su fallo, que hace aplicable la presunción de paternidad para determinar la filiación del nacido respecto de la mujer no gestante cuando el matrimonio se encontraba separado, aunque anteriormente ambas mujeres habían prestado consentimiento a la utilización de la técnica de reproducción asistida por la madre biológica. El tribunal considera que este acuerdo voluntario y libre supone una manifestación del «derecho a procrear» y lo que procede es proteger los vínculos del menor con la progenitora no biológica, integrando al niño en la familia constituida en su día, sin que pueda admitirse la ruptura de todo vínculo de aquella con el menor. Por tanto, el tribunal entiende de interés del menor preservar unos vínculos familiares que nunca llegó a tener con la excónyuge de su madre biológica —pero que fueron creados para él— determinando a su favor la filiación cuando no se cumplían los requisitos marcados por la ley⁵⁶.

El interés del menor parece asimismo precariamente sostenible para defender las consecuencias de la RDGRN de 8 de febrero de 2017, anteriormente señaladas, que llevarían a permitir el eventual ejercicio de una acción de reclamación de filiación por parte del progenitor del menor, basada en la verdad biológica; de hecho, la decisión no se fundamenta expresamente en tal principio —ni en ningún otro— limitándose a realizar una mera alusión a los artículos 10, 14 y 39 de la Constitución española. En el caso que nos ocupa, el interés superior del menor mal puede justificar que se orille la aplicación de la ley, especialmente cuando ello puede llevarnos a consecuencias poco deseables, y cuando la madre no gestante puede acudir al expediente de adopción como mecanismo que nuestro ordenamiento contempla para que dicho interés quede preservado, como concluye la STS de 6 de febrero de 2014 en relación a la maternidad subrogada⁵⁷.

Junto a la volátil utilización del principio del interés superior del menor en las decisiones judiciales comentadas, también resulta cuestionable la conclusión final y globalmente alcanzada sobre la efectividad y alcance del artículo 7.3 LRA, siendo así que prácticamente queda vacuo o falto de razón de ser. En verdad, si los tribunales deciden ignorar las exigencias de este precepto para determinar la filiación a favor de la madre no gestante, aplicando simplemente las reglas generales de la determinación de la filiación por naturaleza —ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, posesión de estado o presunción de paternidad—, con base en el consentimiento expreso o implícito de la pareja de la madre biológica a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, ¿para qué sirve el artículo 7.3 LRA? La cuestión es que, sencillamente, los tribunales han creado una tercera clase de filiación, haciendo las veces de legislador. El problema es que la creación de esta forma de determinarse la filiación sin un anclaje legal concreto y claro puede llevarnos a resultados poco gratos en ciertos casos por ser contrarios al principio de seguridad jurídica, como la

aplicación de la presunción del artículo 116 del Código civil sobre una base legal inexistente o la admisión de la inscripción en el Registro Civil a favor de la pareja de la madre biológica sin necesidad de acreditar la utilización de técnicas de reproducción asistida.

3. UNA NECESARIA REFORMA LEGISLATIVA

Con fundamento en lo expuesto, no podemos compartir la posición de los pronunciamientos judiciales que hemos comentado, sin perjuicio de sumarnos a las críticas que ha merecido el legislador por su escasa atención al principio de igualdad y no discriminación. No quiere ello decir que el distinto tratamiento legal en relación a la determinación de la filiación entre parejas homosexuales y heterosexuales haya de considerarse contrario en todo caso a aquel principio constitucional, en tanto las diferencias biológicas existentes podrían justificar un trato dispar en ciertos casos⁵⁸. A nuestro modo de ver, es una cuestión de política legislativa establecer un modelo diferente de determinación de la filiación de los hijos nacidos en el seno de una pareja homosexual femenina, tomando como base la imposibilidad de hacer coincidir la filiación jurídica con la verdad biológica y, por ende, preservando la seguridad jurídica y el interés del menor. Lo que no resulta idóneo es el modelo que ha escogido el legislador para hacerlo, introduciendo en la LRA una norma a todas luces defectuosa. No nos parece inconstitucional el distinto tratamiento de la filiación por naturaleza —por su propio concepto— entre matrimonios heterosexuales y homosexuales; otra cosa es que la norma haya errado técnicamente en la forma de ordenarlo. Pero sí nos parece contrario al principio de igualdad el diverso trato que reciben las parejas de hecho homosexuales respecto de las heterosexuales en este ámbito, pues una vez permitida la determinación de la filiación a favor de la cónyuge de la madre gestante por la mera prestación de consentimiento, igual tratamiento debería haber recibido la pareja no casada, ya que no puede justificarse aquí la imposibilidad de aplicar la presunción de paternidad. En los casos, por tanto, de falta de matrimonio, los jueces podrían plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad.

La solución a estos conflictos ha de pasar, indefectiblemente desde nuestra óptica, por la vía legislativa, no por la judicial. Solo el legislador puede decidir atender al criterio volitivo como único determinante de la filiación en el ámbito de los procesos de reproducción asistida, y también al margen de los mismos. Entendemos que el controvertido artículo 7.3 LRA necesita una urgente revisión, para evitar, no solo el desconcierto que provocan los pronunciamientos judiciales que hemos analizado, sino que su falta de respuesta cierta a los problemas que se van planteando cree nuevas dudas sobre la determinación de la filiación en el futuro.

Abogamos, por ello, por una reforma legislativa que se acerque a la prevista por el Código civil catalán —que, obviamente, no suscita los problemas aquí analizados—, aunque más precisa. En nuestra opinión, lo más adecuado sería reconocer un tercer modelo de filiación derivado del uso de las técnicas de reproducción asistida, y conceder idéntico tratamiento al consentimiento informado otorgado en la clínica autorizada a parejas heterosexuales y homosexuales, casadas o no casadas. Esto es, la prestación del consentimiento al uso de la técnica por parte del cónyuge —esposo o esposa— posibilitaría la inscripción del hijo como matrimonial; y el documento en el que se preste el consentimiento por la pareja no casada —masculina o femenina— se consideraría escrito indubitado a los efectos del artículo 44.8 LRC.

Se trataría de un modelo en el que solo podría atenderse a la regulación de la filiación por naturaleza cuando quepa la verdad biológica, no en caso contrario. Cuando no entre en juego la verdad biológica, la filiación únicamente puede fundarse en la voluntad de ser padre o madre, expresada de forma irrevocable con las debidas garantías, en los documentos autorizados —documento de consentimiento informado en la clínica autorizada o documento público— y en los plazos taxativamente establecidos. De no cumplirse con los requisitos legales, solo cabe la adopción, sin que en caso alguno puedan suplirse aquellos judicialmente. Esto quiere decir que el consentimiento prestado al uso de la técnica debe facultar a la esposa o pareja de la madre gestante a inscribir con posterioridad al hijo con la doble filiación, y que la madre gestante puede también reclamar que así se haga, debiendo constar claramente estos efectos en los documentos correspondientes. En estos casos, el elemento volitivo reemplaza al vínculo biológico, de manera que la creación de este tercer modelo de filiación evita forzar la aplicación de la normativa de la filiación por naturaleza a supuestos a los que resulta irrazonable y contraproducente hacerlo, por mucha ficción legal que queramos crear. Sería recomendable a estos fines introducir un nuevo párrafo en el artículo 108 del Código civil, que acogiera, junto a la filiación por naturaleza y por adopción, una tercera vía de establecer el vínculo filiativo basada en el consentimiento cuando se hace uso de las técnicas de reproducción asistida, cuyo régimen específico vendría desarrollado por la consabida legislación especial.

De otra forma, la incorrecta regulación existente puede plantear en el futuro litigios que los tribunales podrían sentirse llamados a solucionar. El Tribunal Supremo e, incluso, la DGRN han creado un nuevo modo de determinación de la filiación basado en la voluntad de procrear para atender a la justicia del caso. Una vez que se convierte el elemento volitivo en el determinante de la filiación, este criterio puede desbordar el ámbito de la reproducción asistida y alcanzar también al biológico si se admite la aplicación judicial que se está llevando a cabo de la normativa de la filiación por naturaleza sin una base legal concreta; ello permitiría que la voluntad de ser padre o madre determine la filiación al

margen del uso de aquellas técnicas, como se reclama por algunos sectores doctrinales, tanto para el caso de doble maternidad como de doble paternidad⁵⁹. Llegados hasta aquí, el argumento no solo valdría para reconocerse la doble maternidad sino también la pluriparentalidad. Antes de que esto suceda por la vía de los hechos, corresponde al legislador, y no a los tribunales, tomar esa decisión y regularla en consecuencia si las circunstancias sociales así lo demandan y los principios de nuestro ordenamiento talmente lo permiten.

En otros países se ha alcanzado ya a reconocer a través de pronunciamientos judiciales e, incluso, legalmente la filiación pluriparental, que se caracteriza por la primacía de la voluntad y el afecto, conceptos de índole fáctica que encuentran cauce jurídico —en palabras de la doctrina— en las ideas de «voluntad procreacional y socioafectividad»⁶⁰. Concretamente, se han apartado del principio filial binario en los últimos años diversos tribunales extranjeros, entre ellos el Tribunal de Apelación de Ontario (Canadá); el Tribunal del Circuito del Condado de Miami-Dade y la Corte Suprema del Condado de Suffolk (Estados Unidos); la Cámara Octava de la Comarca de Porto Alegre, el Segundo Tribunal de Familia de Santa Catarina y el Superior Tribunal Federal (Brasil). También se ha reconocido la triple filiación en el ámbito registral en Argentina en dos ocasiones, en el supuesto de una pareja homosexual femenina y un niño nacido de fecundación asistida con material genético de un amigo de la pareja que mostró su voluntad inicial de ser progenitor. Por lo que respecta al refrendo legal, la *Family Law Act* del Estado de Columbia Británica (Canadá), permite un acuerdo escrito de pluriparentalidad respecto de un menor —concebido mediante el uso de un proceso de reproducción asistida— entre tres personas, que pueden ser la madre gestante, su pareja —casada o no— y un donante; o los padres de intención y la madre gestante⁶¹. El estudio de esta cuestión requiere un análisis pormenorizado de los casos mencionados que, obviamente, sobrepasa con creces los objetivos del trabajo que aquí presentamos.

CONCLUSIONES

I. El artículo 7.3 de la LRA 2006 reconoce la posibilidad de que la mujer casada con otra mujer consienta en que se determine a su favor la filiación del hijo de su consorte. Con esta norma, introducida en la LRA por medio de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, el legislador vino a subsanar su falta de previsión respecto a esta cuestión en la norma de 2006, una vez reconocida el año anterior la igualdad de efectos del matrimonio con independencia del sexo de sus integrantes; con ello incorporó a nuestro ordenamiento la posibilidad de determinación de la doble filiación matrimonial materna por naturaleza en el marco del uso de técnicas de reproducción humana asistida.

II. Este precepto, sin embargo, lejos de solucionar la cuestión, vino a suscitar desde su aparición diversos problemas de aplicación práctica, debidos tanto a su falta de atención al principio de igualdad y no discriminación como a sus deficiencias técnicas. De entrada, plantea dudas de constitucionalidad la discriminación de las parejas de hecho homosexuales frente a las heterosexuales, ya que el artículo 7.3 LRA solo permite por esta vía la determinación de la filiación matrimonial. Por otra parte, los requisitos que exige la norma son tan estrictos —consentimiento de mujer casada antes del nacimiento del hijo ante el encargado del Registro Civil—, que debe entenderse que el legislador quiso crear una nueva forma de determinarse la filiación materna al margen de las normas generales del Código civil.

III. Los problemas de aplicación que ha provocado el artículo 7.3 LRA se centran fundamentalmente en cuatro cuestiones: la exclusión de las parejas de hecho, el particular consentimiento que debe emitir la mujer casada con la usuaria de las técnicas, la inaplicabilidad de las normas generales sobre filiación y la acreditación del uso de las técnicas para llevar a cabo la inscripción del hijo.

IV. En cuanto a la emisión del consentimiento, el artículo 7.3 LRA también parece alejarse del principio de igualdad si consideramos dos aspectos: carece de efectos que la mujer casada preste dicho consentimiento a la utilización de las técnicas por su pareja para que posteriormente se determine la filiación a su favor, como sí se permite al varón, casado o no; y la emisión del consentimiento para que se establezca la filiación a favor de la mujer no gestante debe darse en un momento temporal concreto, antes del nacimiento del niño y ante el Encargado del Registro Civil, si bien este segundo inconveniente fue eliminado por la Ley 19/2015. Existe, pues, mayor exigencia formal para los matrimonios homosexuales femeninos que para las parejas heterosexuales, resultando que, cuando hablamos de fecundación heteróloga, el consentimiento cumple en ambos casos la función de reconocer una filiación que no responde a la verdad biológica, ya que se basa en la voluntad de los no progenitores —tanto del varón como de la mujer no gestante—, de querer la paternidad o maternidad no biológica.

V. De la estricta exigencia de los condicionantes del artículo 7.3 LRA se deriva la inaplicación de la presunción de paternidad —en este caso, maternidad—, de la previsión contemplada en el artículo 118 del Código civil —aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos—, o de los demás mecanismos previstos para la determinación de filiación no matrimonial (declaración conforme del padre en el formulario oficial, reconocimiento o resolución recaída en expediente registral). La observancia escrupulosa de tal precepto imposibilitaría, asimismo, el ejercicio de acciones de reclamación de la filiación por la madre gestante

frente a su pareja que hubiese consentido la fecundación asistida y posteriormente se negara a prestar el consentimiento *ex* artículo 7.3 LRA; en sentido inverso, tampoco la madre no gestante podría reclamar la filiación si no prestó el consentimiento en los precisos términos que prevé la norma.

VI. Por otro lado, el artículo 7.3 LRA no exige que se acredite el uso de las técnicas de reproducción asistida por la madre gestante para la inscripción del hijo a favor de su consorte, requisito que viene siendo requerido por los encargados de los Registros Civiles. Admitir la inscripción sin dicha justificación permitiría una eventual reclamación de paternidad por parte de un posible padre biológico. La previsión del artículo 7.3 LRA se refiere a una nueva forma de determinarse la filiación respecto de un matrimonio de mujeres solo en el ámbito del uso de técnicas de reproducción asistida, por lo que debe entenderse que la filiación ha de quedar determinada por el consentimiento prestado según las normas del Registro Civil si efectivamente se ha materializado dicho uso; la reproducción literal por parte del artículo 44.5 LRC de las palabras del artículo 7.3. LRA así ha de interpretarse. No lo ha entendido así, sin embargo, la última resolución al respecto de la DGRN.

VII. Los problemas aplicativos del artículo 7.3 LRA se han dejado sentir entre nuestros tribunales, pudiéndose observar una evolución clara en los pronunciamientos habidos en los últimos años, pasándose de una observancia estricta de sus requisitos a su total desconocimiento, admitiéndose el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por la madre no gestante, la alegación de posesión de estado e, incluso, la presunción de maternidad. El Tribunal Supremo ha orillado la aplicación del artículo 7.3 LRA en sus propios términos —dejándolo relegado a una mera indicación con fines puramente formales de cara al Registro— para atender a la justicia del caso, fundamentándose para ello en el interés superior del menor.

VIII. Defendemos la necesidad de que las disfunciones prácticas derivadas de la aplicación del artículo 7.3 LRA sean resueltas por el legislador, no por los tribunales, en línea similar a la seguida por el Código civil de Cataluña. Entendemos que la mejor opción pasaría por reconocer legalmente un tercer modelo de filiación derivado del uso de las técnicas de reproducción asistida, y conceder idéntico tratamiento al consentimiento informado otorgado en la clínica autorizada a parejas heterosexuales y homosexuales, casadas o no casadas, reemplazando así el elemento volitivo al vínculo biológico. Se trataría básicamente de introducir un nuevo párrafo en el artículo 108 del Código civil, que acogiera, junto a la filiación por naturaleza y por adopción, una tercera vía de establecer el vínculo filiativo basada en el consentimiento cuando se hace uso de las técnicas de reproducción asistida, cuyo régimen se desarrollaría por la legislación especial.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 18 de enero de 2011
- STS de 12 de mayo de 2011
- STS de 5 de diciembre de 2013
- STS de 15 de enero de 2014
- STS de 6 de febrero de 2014

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de las Islas Baleares de 5 de diciembre de 2012
- SAP de Madrid de 12 de marzo de 2015

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 5 de junio de 2006
- RDGRN de 17 de abril de 2008
- RDGRN de 22 de mayo de 2008
- RDGRN de 14 de octubre de 2008
- RDGRN de 24 de noviembre de 2008
- RDGRN de 8 de febrero de 2017

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SARABIA, M. (2015). Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida, *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, julio, 1-69, <http://revistas.um.es/analesderecho>
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2014). 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 Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio, 378-399.
- ANDREU MARTÍNEZ, M.B. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la RDGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret* [En línea], núm. 2, abril, 1-35, disponible en <http://indret.b.wetopi.com/?autor=ma-belen-andreu-martinez>
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. (2017). *Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación*. Madrid: Dykinson.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2010). Reproducción asistida y determinación de la filiación, *REDUR*, 8, diciembre, 25-37.

- (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 93-136.
- BENAVENTE MOREDA, P. (2011). La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual, *ADC*, tomo LXIV, fasc. I, 75-124.
- BENEDITO MORANT, V. (2017). *La atribución de la filiación. Sistemas civil y canónico*. Barcelona: Atelier.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2007). Transexualidad, matrimonio entre personas de un mismo sexo y nombre, *Aranzadi Civil*, núm. 3, 1829-1830.
- BRUNEL, T.F./HUAIS, M.V./COSTAMAGNA, R.T./VILELA BONOMI, M.V., Pluriparentalidad, filiación e identidad en el CCYC. Comisión núm. 6, Familia: Identidad y Filiación, disponible en http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/BrunelHuais-y-otros_Pluriparentalidad.pdf
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014). La llamada doble maternidad por ‘naturaleza’: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora, *Diario La Ley*, núm. 8240, 1-11.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. (2017). La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida, *AC* núm. 4, abril, 1-15.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *Indret* [En línea], enero, 1-35, disponible en http://www.indret.com/pdf/1108_es.pdf
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2008). Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas, en F.J. Gómez Gállego (coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol 1 (2008). Navarra: Thomson-Civitas (471-489).
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2007). La doble maternidad legal derivada de las técnicas de reproducción humana asistida», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 75-129.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2015). La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología, *ADC*, tomo LXVIII, fasc. I, 5-61.
- FARNÓS AMORÓS, E./GARRIGA GORINA, M. (2005). ¿Madres? Pueden ser más de una, *Indret* [En línea], 4/2005, 1-8, disponible en http://www.indret.com/pdf/306_ca.pdf
- GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M. (2014). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson.
- INIESTA DELGADO, J.J. (2017). La filiación derivada de las formas de reproducción asistida, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-filiales* (I). Pamplona: Aranzadi, 961.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. (2014). Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo, *AC*, núm. 7-8, julio-agosto, 1-26.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus.
- (2014). La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, marzo, 51-63.
- LAMM, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, *Revista de bioética y Derecho*, núm. 24, enero de 2012, 76-91.

- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*, VI. Madrid: Marcial Pons.
- NANCLARES VALLE, J. (2008). Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2243-2270.
- OCHOA, C./LLEDÓ BENITO, I., (2007). Comentario al artículo 7. Addenda, en F. Lledó Yagüe/C. Ochoa Marieta (dir.), Monje Balmaseda (coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Madrid: Dykinson (428-430).
- PADIAL ALBÁS, A. (2009). La discriminación de la cónyuge y de la conviviente homosexual de la usuaria en la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, en M. T. Areces Piñol (coord.), *Estudios jurídicos sobre persona y familia*. Granada: Comares (285-296).
- (2018). *La relación materno y paterno filial en el Derecho de Familias catalán*, Pamplona: Aranzadi.
- PANIZA FULLANA, A., Realidad biológica versus realidad jurídica, Aranzadi, Navarra, 2017.
- QUICIOS MOLINA, M.S. (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*, Pamplona: Aranzadi.
- (2014). ¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida?, *CCJC*, núm. 95, mayo-agosto, 609-630.
- RUBIO TORRANO, E. (2006). Madre no hay más que una, *Aranzadi Civil*, núm. 12, 2085-2087.
- SILVA, S.A. (2017). Rompiendo moldes, ampliando derechos. ¿Las técnicas de reproducción humana asistida ‘monopolizan’ la pluriparentalidad?, *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos*, núm. 30, 11 de julio de 2017, 1-4.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2010). El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil, *AC Jurisprudencia*, núm. 7, 1-42.
- TORAL LARA, E. (2016). Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 289-336.
- VAQUERO PINTO, M.J. (2017). La filiación matrimonial, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia, vol. V. Las relaciones paterno-filiales (I)*. Pamplona: Aranzadi (135-234).
- VERDERA SERVER, R. (2006). Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson/Aranzadi (211-304).
- ZURITA MARTÍN, I. (2007). Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno-filiales, en J.V. Gavidia Sánchez (coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*. Madrid: Marcial Pons (262-335).
- (2006). Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres, *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 6427, 22 de febrero de 2006, 2006/1, 1475-1479.

NOTAS

¹ En realidad, la reforma más significativa llevada a cabo por la Ley 13/2005 sobre el Código civil fue la modificación del artículo 44, que incorporaba el nuevo concepto de matrimonio a nuestro ordenamiento, pues el resto de modificaciones se limitaron a meras adaptaciones terminológicas, que sustituían las palabras «marido» y «mujer» por «cónyuges» o «consortes» y las de «padre» y «madre» por «padres» o «progenitores». En el ámbito de las relaciones paterno-filiales se modificaron en este sentido los artículos 154, 160 y 164, y, en el marco de las normas sobre filiación no hubo, siquiera, modificación alguna. En todo caso, para salvar cualquier desajuste, la Ley 13/2005 preveía, en su disposición adicional primera que «Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes». La propia Ley justifica la falta de intervención del legislador en el texto de algunos preceptos en los que no ha sido necesario realizar estas modificaciones, al entenderse que las prevenciones por ellos previstas tan solo son predicables de una pareja heterosexual, como adelanta la Exposición de Motivos de la Ley: «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»; y es que estas normas se ocupan de la determinación de la filiación matrimonial por medio de las presunciones de paternidad. Ahora bien, no parece que pueda justificarse de igual forma la subsistencia del binomio «padre y madre» en otros preceptos del Código civil, como son —además del artículo 163— los artículos 108, 109 y 110, en los que se ha conservado la alusión al padre y a la madre para regular, respectivamente, la filiación matrimonial —«...cuando el padre y la madre están casados entre sí»—, la determinación de los apellidos —«...el padre y la madre podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo apellido»— y la obligación de velar por los hijos aun cuando falta la patria potestad, que recae en el padre y la madre. Aun cuando podría haberse subsanado este error para estos tres preceptos, quizás carezca casi de importancia la referencia al padre y a la madre que realizan los artículos 109 y 110, en cuanto lo previsto por ellos resulta fácilmente extensible a todos los casos de paternidad ahora posibles.

² RDGRN de 5 de junio de 2006 (*JUR* 2007, 130356). «El principio de veracidad biológica que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación—concluye la resolución— se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer. (...). En definitiva, el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica solo puede obtenerse a través de todo el mecanismo de la adopción». Resolución comentada por RUBIO TORRANO, E. (2006). Madre no hay más que una, *Aranzadi Civil*, núm. 12, 2085-2087.

³ VERDERA SERVER, R. (2006), se refiere ampliamente a estos defectos normativos en Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez (dir.), J.J. Iniesta Delgado (coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*— Thomson/ Aranzadi, 286 y siguientes.

⁴ Para LASARTE ÁLVAREZ, C. el hecho de que la LRA de 2006, que tuvo un paralelo tránsito parlamentario con la Ley 13/2005, no tuviera en cuenta esta a los efectos de igualar a las parejas homosexuales con las heterosexuales en lo concerniente a la filiación derivada de estas técnicas, es un «monumento más a la incongruencia y frivolidad normativas de algunos de nuestros inefables parlamentarios y dirigentes políticos». (2017). *Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil*, VI. Madrid: Marcial Pons, 315.

⁵ En sentido contrario, OCHOA, C./LLEDÓ BENITO, I., entienden que el artículo 7.3 LRA es aplicable tanto a las parejas casadas como a las que constituyan pareja de hecho estable. (2007). Comentario al artículo 7. Addenda, en F. Lledó Yagüe/C. Ochoa Marieta (dir.), Monje Balmaseda (coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Madrid: Dykinson, 428.

⁶ Como sostiene LAMM, E., la ley se quedó a mitad de camino. En opinión de esta autora, esta falta de contemplación de las parejas de mujeres no casadas es injusta, pues para las parejas heterosexuales es suficiente el consentimiento expresado en el documento sanitario. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, *Revista de bioética y Derecho*, núm. 24, enero de 2012, 84-85. Para BENAVENTE MOREDA, P., no existe razón que justifique el tratamiento de un régimen diferente para los varones que comparten la vida con la usuaria respecto de las mujeres que así lo hagan; la decisión por completo consciente del legislador resulta del todo incoherente. (2011). La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual, *ADC*, tomo LXIV, fasc. I, 115. También para TORAL LARA, E., esta limitación resulta injustificada, además de sorprendente. (2016). Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 323-324. En contra de la existencia de discriminación se manifiesta BARBER CÁRCAMO, R., para quien la imposible relación biológica fértil entre homosexuales justifica que el legislador excluya tales títulos de determinación de la filiación, que quedan sin base en estos casos. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 105.

⁷ En este sentido LAMM, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, *Revista de bioética y Derecho*, núm. 24, enero de 2012, 85. Igualmente, como puntualizan FARNÓS AMORÓS, E./GARRIGA GORINA, M., si la pareja de la gestante fallece durante la gestación o tras el nacimiento, el hijo no tiene en relación a ella ningún derecho (sucesorio o indemnización por muerte, por ejemplo); y si es la madre la que fallece antes de la constitución de la adopción, su pareja tampoco ostenta ningún derecho ni deber alguno respecto de la descendencia (2005). ¿Madres? Pueden ser más de una, *Indret*, 4/2005, 6. Como igualmente pone de manifiesto ALVENTOSA DEL RÍO, J., la convivencia de dos mujeres con los hijos de una de ellas ha sido una realidad que se ha desarrollado en muchos casos en perjuicios de los menores, que estaban integrados en dicha convivencia, y a quienes se atribuían todos los derechos de atención, alimentos y sucesorios en relación a su madre biológica pero ninguno respecto de la «madre» conviviente. «Así pues, la desprotección jurídica no afectaba solo a las mujeres convivientes, sino a los menores que se encontraban en el seno de esta convivencia». (2014). 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 Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio, 392.

⁸ En tal sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2007). La doble maternidad legal derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 85; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. (2014). Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo, *AC*, núm. 7-8, julio-agosto, 6; y BENEDITO MORANT, V. (2017). *La atribución de la filiación. Sistemas civil y canónico*. Barcelona: Atelier, 308.

⁹ A favor de esta interpretación flexible de la norma QUICIOS MOLINA, M.S. (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*, Pamplona: Aranzadi, 54-55.

¹⁰ Entiende VERDERA SERVER, R., que la manifestación de voluntad de la mujer de la madre gestante no requiere explícitamente que haya consentido previamente esa fecundación asistida, cuestión que se salvaría si se interpretase el artículo 6.3 LRA, que no ha sido modificado en 2007, en el sentido de requerir el consentimiento del cónyuge, sea varón, sea mujer, siempre que la mujer que vaya a someterse a estas técnicas esté casada y no conste su separación; aunque, para este autor, esta interpretación se topa con un obstáculo: el consentimiento del marido *ex* artículo 6.3. LRA se conecta con la presunción de paternidad, y esa presunción no existe respecto de la cónyuge de la mujer progenitora. (2006). Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson/Aranzadi, 286.

¹¹ Como puntualiza JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. (2014). Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo, *AC*, núm. 7-8, julio-agosto, 4.

¹² Así, las RRDGRN de 17 de abril de 2008 (*JUR* 2009, 388655), 14 de octubre de 2008 (*JUR* 2009, 443280), 24 de noviembre de 2008 (*JUR* 2010, 2732). La RDGRN de 22 de mayo de 2008 (*JUR* 2009, 389849) admite la inscripción incluso con el consentimiento prestado después de la Ley 3/2007.

¹³ En esta línea, sostiene BARBER CÁRCAMO, R. que la exigencia legal de declaración registral previa al nacimiento es coherente con la determinación de la filiación propia de la LRA, que excepciona el sistema de filiación del Código civil. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 108.

¹⁴ TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2010). El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil, *AC Jurisprudencia*, núm. 7, 12-13. Igualmente, TORAL LARA, E. (2016). Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 328.

¹⁵ Para QUICIOS MOLINA, M.S., el legislador no debió restringir la forma de prestarse el consentimiento al realizado ante el encargado del Registro Civil, sino extenderla al documento público otorgado ante Notario. (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*, Pamplona: Aranzadi, 51. En el mismo sentido, TORAL LARA, (2016). Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 327.

¹⁶ Observa ANDREU MARTÍNEZ, M.B., que de esta manera adquiere mayor participación la madre gestante, que puede plantear el problema, que no resuelve la norma, de qué ocurre en el caso de que exista conflicto entre ella y la madre de intención, si queriendo esta última asumir la maternidad, se opone la primera. Para la citada autora, aunque la norma parece permitir la inscripción con la oposición de madre biológica, el mecanismo no está claro. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la RDGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret*, abril, 12.

¹⁷ Para INIESTA DELGADO, J.J., al eliminarse el requisito temporal de la emisión del consentimiento, ya no se plantean las dudas que surgieron inicialmente respecto a los casos de divorcio o separación posteriores a la declaración pero previos al nacimiento, puesto que el momento de referencia para constatar la existencia de matrimonio es el de la declaración, que será posterior al nacimiento. (2017). La filiación derivada de las formas de reproducción asistida, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-filiales* (I). Pamplona: Aranzadi, 961.

¹⁸ ÁLVAREZ SARABIA, M. (2015). Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, julio, <http://revistas.um.es/analesderecho>

¹⁹ En opinión de TOMÁS MARTÍNEZ, G., este diferente trato podría ser considerado discriminatorio por razón de sexo, contrario al artículo 14 CE, salvo que hubiera una causa lógica y razonable en la que descansen su razón de ser, que no se ve en este caso. (2010). El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil, *AC Jurisprudencia*, núm. 7, 8. Igualmente, PADIAL ALBÁS, A. — (2009). La discriminación de la cónyuge y de la conviviente homosexual de la usuaria en la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, en M. T. Areces Piñol (coord.), *Estudios jurídicos sobre persona y familia*. Granada: Comares, 289-290 —, y BENEDITO MORANT, V. (2017). *La atribución de la filiación. Sistemas civil y canónico*. Barcelona: Atelier, 305. En sentido contrario, QUICIOS MOLINA, M.S., para quien no existe discriminación debido a que la maternidad de la mujer no gestante no se presume, como la del marido, que se basa en una presunción biológica, (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*. Pamplona: Aranzadi, 50.

²⁰ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2014). Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concu-

rencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013, de 5 de diciembre (*RJ* 2013, 7566), *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio, 392.

²¹ Observa VERDERA SERVER, R. que el criterio del artículo 7.3 pretende ser paralelo al del 6.3 LRA, exigiendo que la madre esté casada y no separada legalmente o de hecho, pero en este precepto se exige un elemento adicional que de modo extraño no aparece en el artículo 7.3, pues según el artículo 6.3 la separación legal o de hecho debe constar de manera fehaciente, cosa que no se exige para los matrimonios femeninos. (2006). Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson/Aranzadi, 286. En opinión de DE LA IGLESIA MONJE, M.I., el legislador en ningún caso está pensando en la existencia de un consentimiento previo de la mujer o compañera de la usuaria; ni siquiera en el caso de que conjuntamente acuerden el uso de semen de donante se exige más que el consentimiento de la madre gestante. (2008). Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas, en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Navarra: Thomson-Civitas, 477. Para ANDREU MARTÍNEZ, M.B., la voluntad del legislador de reservar la doble maternidad a los matrimonios de mujeres es clara. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la RDGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret*, abril, 18.

²² Para ARECHEDERRA ARANZADI, L., se trata de una norma excepcional y de aplicación restrictiva, y no cabe mediante una interpretación extensiva de esa norma constituir una filiación. La génesis parlamentaria del apartado tercero del artículo 7 LRA prueba, en opinión de este autor, que la manifestación de consentimiento de la mujer no gestante no genera una filiación, sino que únicamente tiene razón de ser en el contexto al que se refiere la Ley. (2017). *Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación*. Madrid: Dykinson, 276.

²³ Así, como ya defendimos al momento de promulgarse la Ley 13/2005, la regulación de la LRA de 1988 podía salvarse realizando una interpretación extensiva de las normas en juego. De este modo, quizás podría haberse salvado a través de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005, a la que alude el último párrafo de su Exposición de Motivos ya mencionada: «Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes». La expresión «alguna referencia al matrimonio», ¿debe entenderse en sentido literal, esto es, cuando el texto normativo recoja la palabra «matrimonio», o también valdría que una norma se refiriera textualmente al binomio «marido y mujer»? Existen distintas posibilidades de dar respuesta a esta pregunta: a) entender que el legislador le ha concedido el mismo tratamiento a los artículos 6 y 8 LRA que a los supuestos de presunción de paternidad de los artículos 116, 117 y 118 del Código civil, deduciéndose que se trata de normas solo aplicables a parejas heterosexuales, lo que no parece probable; b) interpretar la subsistencia íntegra de la LRA como otro lapsus del legislador, que ha olvidado la reforma de estos preceptos como la de los artículos 109 y 110; c) con independencia de lo anterior, considerar que estos preceptos de la LRA se encuentran dentro de la previsión de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005 y, por tanto, que son aplicables a cualquier pareja con independencia del sexo de sus integrantes. Si consideramos aplicable a la LRA la previsión de la disposición adicional primera de la Ley 13/2005, no existiría problema para defender que, cuando aquella Ley aludía al marido o al varón ha de entenderse como una referencia al cónyuge, sin distinción de sexo; claro que, en verdad, dicha lectura extensiva de la letra de la LRA tan solo puede realizarse en relación a la mujer cónyuge de la madre biológica, puesto que los hombres no pueden concebir y les está vedado acudir a la maternidad subrogada. Con apoyo en estos argumentos, esta solución podría servir a los efectos del consentimiento prestado por la mujer cónyuge de la madre biológica, pero difícil resulta extenderla al consentimiento que ha de prestar la mujer no casada, puesto que el artículo 8.2 LRA consideraba escrito indubitado, a los efectos previstos para el reconocimiento en el artículo 48 LRC, el documento

extendido ante el centro autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, y el legislador descartó la reforma de los artículos 48 y 49 LRC para admitir la figura del reconocimiento para determinar la filiación en las parejas del mismo sexo. Véase ZURITA MARTÍN, I. (2007). Las últimas reformas legales en materia de relaciones paterno-filiales», en J.V. Gavidia Sánchez (coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*. Madrid: Marcial Pons, 303-308; y (2006). Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres, *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 6427, 22 de febrero de 2006, 2006/1, 1475-1479.

²⁴ En este sentido, VERDERA SERVER, R. (2006). Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson/Aranzadi, 288.

²⁵ Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., se trata de un remedio a la inaplicación de la presunción de paternidad en caso de matrimonio heterosexual. (2007). Transexualidad, matrimonio entre personas de un mismo sexo y nombre, *Aranzadi Civil*, núm. 3. A GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M. le llama la atención que la norma no disponga que la madre gestante deba aceptar o pueda oponerse al consentimiento de su cónyuge a efectos de impedir la determinación de la filiación de la maternidad voluntaria. «No existe ningún tipo de contrapeso o control —sostiene— a la voluntad de la esposa declarante, máxime cuando la madre gestante, *ex lege*, puede someterse a la técnica sin el consentimiento de su mujer». Concluye la citada autora que la única forma en que la madre biológica podría impedir la determinación de la filiación a favor de su consorte sería abandonar el hogar conyugal para conseguir la separación de hecho y lograr la inaplicación del artículo 7.3 LRA. (2014). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 304.

²⁶ Como señala INIESTA DELGADO, J.J., el legislador ha preferido configurar la maternidad como una facultad de la madre no gestante, de tal manera que sin el consentimiento de esta resulta imposible imponer la filiación. (2017). La filiación derivada de las formas de reproducción asistida, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-filiales* (I). Pamplona: Aranzadi, 954.

²⁷ En tal sentido, QUICIOS MOLINA, M.S. —(2014). *Determinación e impugnación de la filiación*. Pamplona: Aranzadi, 49—, y JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., que concluye que en estos casos, en consecuencia, no será aplicable la doctrina jurisprudencial sobre la impugnabilidad de los reconocimientos de complacencia o que, en general, no se correspondan con la verdad biológica. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, 66. Redunda en ello BARBER CARCAMO, R.—. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 112-113—, que puntualiza que el carácter esencialmente voluntario de esta manifestación de consentimiento, no refrendado por dato biológico alguno, lo aleja del reconocimiento; y, precisamente por no ser tal, la declaración del cónyuge no se halla sometida a los controles del artículo 124 del Código civil. Para DÍAZ MARTÍNEZ, A., quizás el legislador haya querido excluir la vía del reconocimiento por basarse este en la verdad biológica, considerando que, en la práctica, tendrían los mismos efectos; pero en ambos casos podría admitirse como título de atribución de la filiación el consentimiento prestado a la utilización de las técnicas por la cónyuge, tanto por parte de un hombre como de una mujer, pues en los dos casos existe necesidad de donante, y no habría fundamento biológico que lo sustente. (2007). La doble maternidad derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 82. En el mismo sentido, ÁLVAREZ SARABIA, M. (2015). Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida, *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, julio, <http://revistas.um.es/analesderecho>, 11. Para GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M., el consentimiento determina por sí mismo la filiación, al nacimiento del hijo, sin necesidad de seguir un expediente al estilo de la filiación no matrimonial; por lo que se trata del reconocimiento de un *nasciturus* y, de faltar, solo se determinaría la filiación

no matrimonial de la mujer gestante. (2014). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 298-299.

²⁸ A pesar de ello, para PADIAL ALBÁS, A. resulta inexplicable este distinto tratamiento entre el cónyuge hombre y la cónyuge mujer, que no se produce en el Código civil catalán. En su opinión, este trato de la LRA es discriminatorio, y no puede impedir que la mujer casada, aunque no esté separada, pueda ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida. (2018). *La relación materno y paterno filial en el Derecho de Familias catalán*. Pamplona: Aranzadi, 40-41; y (2009). La discriminación de la cónyuge y del conviviente homosexual en la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, en M. T. Areces Piñol (coord.), *Estudios jurídicos sobre persona y familia*. Granada: Comares, 289. Para BENEDITO MORÁN, V., en el caso de que el marido no hubiera prestado su consentimiento a la inseminación homóloga, se debería determinar la filiación paterna por medio de la presunción de paternidad, para evitar que el hijo tenga que ejercitar una acción de filiación basada en la verdad biológica; el padre, entiende el citado autor, tendría derecho a reclamar a la madre los perjuicios materiales y morales. En el supuesto de falta de consentimiento a la fecundación heteróloga, no se determinaría en ningún caso la filiación paterna. (2017). *La atribución de la filiación. Sistemas civil y canónico*. Barcelona: Atelier, 315-316.

²⁹ Explica en este sentido QUICIOS MOLINA, M.S., que este título de atribución de la filiación matrimonial se une a la presunción de paternidad matrimonial, al reconocimiento de la paternidad o de la maternidad, a la resolución de un expediente registral de determinación de la filiación, a la sentencia judicial y, por lo que respecta a la maternidad por naturaleza, al parto con constancia del nombre de la madre (arts. 115, 118 y 120 CC). (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*. Pamplona: Aranzadi, 47.

³⁰ Muy gráficamente, INIESTA DELGADO, J.J. se refiere a esta nueva figura como «tierra de nadie», aunque mucho más próxima a la filiación adoptiva que a la natural. (2017). La filiación derivada de las formas de reproducción asistida, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-filiales* (I). Pamplona: Aranzadi, 952.

³¹ En opinión de OCHOA, C./LLEDÓ BENITO, I., aunque es evidente que el documento de consentimiento informado otorgado por ambas cónyuges facilitará una determinación de la filiación matrimonial, se dará poco juego a una presunción de paternidad, entendible en una relación heterosexual conyugal, pero inexistente en una relación de pareja del mismo sexo, en la que científicamente la generación del niño es verosímilmente cierta. (2007). Comentario al artículo 7. Addenda, en F. Lledó Yagüe/C. Ochoa Marieta (dir.), Monje Balmaseda (coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Madrid: Dykinson, 430. Para CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., el artículo 7.3 LRA parece haber incorporado en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial, distinto de la presunción de paternidad del artículo 116 del Código civil, aunque, claro está, supeditado al cumplimiento de determinados requisitos. (2017). La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida, AC núm. 4, abril, 4. En opinión de DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S., el artículo 7.3. LRA supone la no aplicación de la presunción del artículo 116 del Código civil, pese a lo preceptuado por el apartado segundo del artículo 44 del Código civil. El artículo 7.3 LRA —sostiene— vino a suplir esta deficiencia entendiéndose como un nuevo título de determinación de la filiación matrimonial distinto a la presunción de paternidad del artículo 116 del Código civil o a la resolución judicial firme que pone fin a un proceso en materia de filiación. «Es decir —concluye—, pese a que el legislador intentó reconducir el régimen de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción a la filiación natural entendida bajo los postulados del Código civil, la determinación de esta doble maternidad legal queda al margen de la misma entendida como salvedad que reconoce la propia LTRHA. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *InDret*, enero, 12. También en este sentido, BARBER CÁRCAMO, R. —(2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 115—, y JIMÉNEZ

MARTÍNEZ, M.V. (2014). Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo, *AC*, núm. 7-8, julio-agosto, 3.

³² Así lo entiende JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, 70 y sigs. Como señala BARBER CÁRCAMO, R., en ausencia de una decisión legislativa como la del artículo 8.2 LRA para el consentimiento del varón no casado, no cabe forzar hasta ese punto un título de determinación de la filiación que responde y encaja en un modelo totalmente distinto. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 116.

³³ INIESTA DELGADO, J.J. (2017). La filiación derivada de las formas de reproducción asistida, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-filiales* (I). Pamplona: Aranzadi, 964. En sentido contrario, VERDERA SERVER, R. (2006). Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson/Aranzadi, 290. Para DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S., sería posible el ejercicio de una acción de reclamación judicial de la maternidad basada en la voluntad de ser madre expresada antes del nacimiento del hijo, aceptando en el formulario médico la fecundación asistida de su pareja y manteniendo posesión de estado sobre este hijo desde el instante en que se emite dicho consentimiento hasta el momento del ejercicio de la acción de reclamación *ex* artículo 131 del Código civil. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *InDret*, enero, 30.

³⁴ Para mayor ironía, como ha llegado a observar JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., podría darse la paradójica situación de que la madre biológica —por haber aportado el óvulo— no sea la madre legal por no haber manifestado posteriormente su consentimiento, y, por el contrario, su cónyuge sí sea la madre legal pero no biológica, al haber gestado el hijo proveniente del óvulo de su esposa, ya que la maternidad de esta quedaría determinada por el parto. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid: Reus, 70. Para el citado autor, este consentimiento tendría carácter constitutivo de la filiación respecto de la madre no gestante.

³⁵ Igual que no cabe, claro está, la impugnación de la maternidad legal así establecida con fundamento en su falta de adecuación a la verdad biológica, como apunta, siguiendo a QUICIOS MOLINA, M.S. —(2014). *Determinación e impugnación de la filiación*. Pamplona: Aranzadi, 49—, VAQUERO PINTO, M.J. (2017). La filiación matrimonial, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-filiales* (I). Pamplona: Aranzadi, 156. Ni siquiera sería admisible la impugnación por parte del hijo, como señalan INIESTA DELGADO, J.J. —(2017). La filiación derivada de las formas de reproducción asistida, en M. Izquierdo Tolsada/M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de familia*, vol. V. *Las relaciones paterno-filiales* (I). Pamplona: Aranzadi, 968— y DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2007). La doble maternidad legal derivada de las técnicas de reproducción humana asistida», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 90-91. A favor de la legitimación del hijo se manifiesta NANCLARES VALLE, J. (2008). Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2262-2263.

³⁶ Como observa BARBER CÁRCAMO, R., una aplicación literal del artículo 7.1 LRA conduciría a la inaplicación del artículo 7.3 LRA. (2010). Reproducción asistida y determinación de la filiación, *REDUR*, 8, diciembre, 28. Por otra parte, como ha puntualizado BENAVENTE MOREDA, P., la manifestación del consentimiento previsto en el artículo 7.3 LRA plantea una clara contradicción con lo previsto en el apartado 2 del citado precepto. Así, conforme a este último, en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación, y tal carácter quedará evidenciado desde el momento en que el nacido conste como hijo matrimonial de dos mujeres, puesto que el único supuesto en que ello es posible es en el uso de técnicas de reproducción asistida fecundada (2011). La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual, *ADC*, tomo LXIV, fasc. I, 100.

³⁷ En la práctica registral —después de la reunión de los jueces encargados de los Registros Civiles en el Consejo General del Poder Judicial en noviembre de 2009—, se facilita un documento que debe ser cumplimentado por las mujeres que hayan de prestar el consentimiento a los efectos de atribución de la filiación, al que ha de adjuntarse, entre otras cosas, un certificado del centro médico donde se practicó la técnica de reproducción asistida, donde conste que la madre no biológica prestó su consentimiento al uso de la misma por su cónyuge. Para TOMÁS MARTÍNEZ, G., a la vista de este documento puede afirmarse que el consentimiento, prestado *de facto* en todo centro médico debidamente acreditado, entra en el ámbito jurídico por la puerta de atrás mediante la posterior manifestación del consentimiento en el Registro Civil. (2010). El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil, *AC Jurisprudencia*, núm. 7, 11. En opinión de GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M., esta exigencia de los registradores es ilegal, pues no la prevé la ley, aunque su omisión por el legislador está justificada plenamente, ya que dicho consentimiento carece de valor alguno. (2014). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 301. Para BARBER CÁRCAMO, R., en caso de falta de acreditación del uso de la técnica de reproducción asistida no cabe la aplicación del artículo 7.3 LRA bajo sanción de nulidad del título, pues la ubicación de dicho precepto en una ley especial e incluso su carácter excepcional para las reglas de dicha ley, abonan que se tome como punto de partida esta exigencia. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 103.

³⁸ En tal sentido, NANCLARES VALLE —(2008). Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2249— y JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V. (2014). Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo, *AC*, núm. 7-8, julio-agosto, 4. Para OCHOA, C./LLEDÓ BENITO, I., realmente lo importante es llevar a cabo la declaración una vez nacido el niño, aportando la cónyuge de la gestante como documento indubitado el consentimiento médico, pues admitir efectos a una declaración de voluntad anticipada supone un criterio perturbador de la propia seguridad jurídica. «Piénsese que la cónyuge de la gestante podría cambiar de criterio desde la formación de este peculiar consentimiento anticipado en la que el hijo no es más que un *concepturus* hasta el momento determinante de su efectivo nacimiento». (2007). Comentario al artículo 7. Addenda, en F. Lledó Yagüe/C. Ochoa Marieta (dir.), Monje Balmaseda (coord.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Madrid: Dykinson, 430.

³⁹ STS de 18 de enero de 2011 (*RJ* 2012, 1788).

⁴⁰ STS de 12 de mayo de 2011 (*RJ* 3280).

⁴¹ SAP Islas Baleares 5 diciembre de 2012 (*AC* 2013, 76).

⁴² Como ya adelantara VERDERA SERVER, R., teniendo en cuenta que los argumentos fundamentales esgrimidos por la citada RDGRN de 5 de junio de 2006 para excluir la posibilidad de la inscripción de la maternidad de la conviviente de la madre progenitora, estribaban en la falta de pronunciamiento al respecto por parte de la LRA y en la imposibilidad de una doble maternidad por naturaleza en el Derecho español, cabía prever que esa doctrina sería modificada admitiendo la aplicación analógica del artículo 7.3 LRA a los casos de convivencia estable entre dos mujeres o, simplemente, a los casos en que otra mujer, sin necesidad de que conviva *more uxorio*, desea ser considerada también como madre; no tendría sentido que esto se exigiera, cuando no se hace para el padre y la madre. Se refiere ampliamente a estos defectos normativos en Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson/Aranzadi, 285.

⁴³ STS de 5 de diciembre de 2013 (*RJ* 7566).

⁴⁴ Como señala ALVENTOSA DEL RÍO, J., aunque el TS considere que con esta fórmula se consigue la igualdad entre matrimonios homosexuales y heterosexuales, la exigencia de requisitos distintos para la atribución de la filiación de hijos nacidos por aplicación de las técnicas de reproducción asistida en ambos casos vulnera la efectiva igualdad perseguida por

la Ley 13/2005. 2014). 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 Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio, 395.

⁴⁵ A este respecto considera JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., la prestación del consentimiento para la práctica de la reproducción asistida, viene a superar a la posesión de estado y constituye causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista vínculo biológico. (2014). La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, marzo, 62.

⁴⁶ Para CALLEJO RODRÍGUEZ, C., el carácter absolutamente excepcional de la doble maternidad que se infiere del artículo 7.3 LRA, debería haber llevado a nuestros tribunales a realizar una interpretación restrictiva del supuesto en él contemplado, de manera que solo fuese admitido cuando se diesen los requisitos tasados por él mismo establecidos. (2014). La llamada doble maternidad por 'naturaleza': la prevalencia de la voluntad de ser progenitora, *Diario La Ley*, núm. 8240, 396.

⁴⁷ Así, ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2014). 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 Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio, 396.

⁴⁸ Véase la crítica a esta sentencia de QUICIOS MOLINA, M.S. (2014). ¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida?, *CCJC*, núm. 95, mayo-agosto, 609-630.

⁴⁹ STS de 15 de enero de 2014 (RJ 1265).

⁵⁰ Para GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M., El Tribunal proporciona un concepto de familia muy objetable, hablando de «lazos familiares de facto», olvidando que la familia es una institución natural con origen en el matrimonio, la filiación o el parentesco, ninguna de cuyas circunstancias se producen en el caso enjuiciado. «El Tribunal Supremo debe recordar —concluye la citada autora— que la familia al ser una institución natural, no es una creación del Derecho, sino una realidad anterior a él, que no debe ser distorsionada por los cambios sociales ni por el consenso social, sino que debe ser protegida». (2014). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 314.

⁵¹ SAP Madrid de 12 de marzo de 2015 (*JUR* 108975).

⁵² En este sentido, CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., es particularmente crítica con esta resolución por su parquedad de fundamento, rayana —dice— en la ausencia, por la carencia absoluta de aportación en su argumentación jurídica, pues no contiene «ni un atisbo de razonamiento que justifique jurídicamente la posición de las recurrentes, ni tampoco argumentación alguna indiciaria de un mínimo esfuerzo por rebatir la que se alberga en la resolución dictada por el encargado del Registro Civil. Tal circunstancia podría hacernos considerar que el motivo de fondo que ha determinado la decisión del Centro Directivo se localiza extramuros del ámbito jurídico...». (2017). La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida, *AC* núm. 4, abril, 6.

⁵³ En tal sentido se expresa CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., comentando la RDGRN de 8 de febrero de 2017. (2017). La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida, *AC* núm. 4, abril, 5. Para esta autora cabe concluir, en definitiva, «que la Ley del Registro Civil no regula la determinación de la filiación sino que en este aspecto se remite a lo ya establecido en el Código civil y en la Ley 14/2006, siendo precisamente esta última la que resulta de aplicación toda vez que es la única norma que prevé la doble maternidad con fundamento en una gestación mediante el empleo de las técnicas reguladas precisamente en la misma. De tal manera que el artículo 44.5 de la Ley 20/2011, no hace sino regular el reflejo registral de la filiación, su inscripción, que resulta determinada de conformidad con lo previsto en el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 —preceptos ambos que, como ya se apuntó, deben su redacción actual a la Ley 19/2015—. Si se acogiera la interpretación que pretende la recurrente se estaría dejando

absolutamente sin contenido el segundo de los preceptos mencionados que devendría por tal circunstancia en una norma de suyo innecesaria, al atribuirse preferencia a una norma adjetiva sobre la sustantiva y distorsionando, además, el ámbito natural propio de cada una de ellas». Como observa ANDREU MARTÍNEZ, M.B., entender que el artículo 44.5 LRC ha creado un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial en el caso de matrimonio de mujeres es muy arriesgado; más bien parece que la RDGRN ha querido hacer justicia del caso concreto obviando el artículo 7.3 LRA. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la RDGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret*, abril, 20.

⁵⁴ En tal sentido, LAMM, E. (2012). La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, *Revista de bioética y Derecho*, núm. 24, enero de 2012, 87-90. Igualmente, PANIZA FULLANA, A., Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación, Aranzadi, Navarra, 2017, 31.

⁵⁵ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *InDret*, enero, 22. Para la citada autora, este precepto configurado como cláusula general plasma un concepto abierto que se concreta cuando se desciende al caso particular, siendo el mecanismo utilizado por los ponentes de ambas sentencias. En la STS de 14 de enero de 2014 «el juez lleva a cabo el mismo juicio de ponderación que haría si las circunstancias que rodeasen el ejercicio de la acción de reclamación del artículo 131 del Código civil se hiciese en el seno de una relación de naturaleza heterosexual, interpretando el Derecho de filiación bajo los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación, es decir, el juez no hace otra cosa que interpretar de forma flexible el ordenamiento en su conjunto para dar solución a una controversia no contemplada legislativamente. En ello consiste precisamente el mecanismo corrector de la cláusula genera», *ob. cit.*, 23.

⁵⁶ BARBER CÁRCAMO, R. es muy crítica con el fundamento del interés del menor que utilizan el Tribunal Supremo en estas resoluciones. Para esta autora el recurso al interés del menor como criterio para la determinación de la filiación es ilegal y supone una vulneración del sistema de fuentes, pues su encaje no es este sino la protección del menor. La filiación —entiende— es algo muy distinto a una institución de protección de los menores, es algo mucho más amplio y más íntimamente ligado a la dignidad e identidad de la persona. «No se trata —concluye— de decidir quién puede ser el mejor padre o madre, sino quién lo es dadas las previsiones legislativas, dato ante el que el interés del menor resulta irrelevante, porque no se plantea en términos de elección». (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, 129-130.

⁵⁷ STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 736). DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. llama la atención sobre esta sentencia, señalando que el Tribunal Supremo defiende la no conculcación del interés superior del menor al considerar que esta cláusula general «no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma...», y se aparta de la línea jurisprudencial mantenida hasta ahora de forma constante por el Alto Tribunal, obviando la consideración del artículo 2 de la LOPJM como cláusula general que permita adaptar las soluciones a los criterios de la conciencia social, siempre en evolución. «El TS —concluye la mencionada autora— cae en contradicción al afirmar que el interés superior del menor es una cláusula general para seguidamente añadir que no puede contrariar lo previsto por una norma de Derecho Positivo». (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal, *InDret*, enero, 24.

⁵⁸ Como observa QUICIOS MOLINA, M.S., el artículo 44 del Código civil es irrelevante cuando de lo que se trata es de determinar legalmente una filiación matrimonial, ya que la filiación por naturaleza no es un efecto del matrimonio sujeto al principio de igualdad. (2014). *Determinación e impugnación de la filiación*. Pamplona: Aranzadi, 64.

⁵⁹ Para ANDREU MARTÍNEZ, M.B. se debe regular un supuesto de filiación basada en la voluntad —más allá del uso de las técnicas— expresada por unos cauces específicos, tanto

para parejas casadas como no casadas, y sin acceso al régimen general de acciones de filiación tradicionales, basadas en la verdad biológica. Sería como un supuesto semejante al del artículo 118 del Código civil o al reconocimiento para parejas heterosexuales, aunque sin conexión con la verdad biológica. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la RDGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *Indret*, abril, 31. Para VERDERA SERVER, R., una vez aceptado que tanto la maternidad como la paternidad puede determinarse por el solo consentimiento a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, y que la sola manifestación de voluntad de ser madre de la consorte de la madre gestante, no debería haber inconveniente jurídico en que la sola manifestación de voluntad del cónyuge del hombre que es padre, pueda hacer determinar la filiación del hijo biológico de su consorte a su favor. (2006). Comentario a los artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, en J.A. Cobacho Gómez/J.J. Iniesta Delgado (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson/Aranzadi, 282, nota 184.

⁶⁰ Así lo expresa SILVA, S.A. (2017). Rompiendo moldes, ampliando derechos. ¿Las técnicas de reproducción humana asistida ‘monopolizan’ la pluriparentalidad?, *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos*, núm. 30, 11 de julio de 2017, 1-4. Véase también BRUNEL, T.F./HUAIS, M.V./COSTAMAGNA, R.T./VILELA BONOMI, M.V., en http://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/BrunelHuais-y-otros_Pluriparentalidad.pdf

⁶¹ Pueden verse los supuestos fácticos de las resoluciones en SILVA, S.A. (2017). Rompiendo moldes, ampliando derechos. ¿Las técnicas de reproducción humana asistida ‘monopolizan’ la pluriparentalidad?, *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos*, núm. 30, 11 julio de 2017 1. Se puede consultar el texto de la *Family Law Act (SBC 2011— Chapter 25)*, section 30, vigente desde 2013, en: [http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/--%20F%20--/Family%20Law%20Act%20\[SBC%202011\]%20c.%2025/00_Act/11025_03.xml](http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/--%20F%20--/Family%20Law%20Act%20[SBC%202011]%20c.%2025/00_Act/11025_03.xml)

(Trabajo recibido el 14-6-2018 y aceptado
para su publicación el 19-9-2018)