

# LAS ÚLTIMAS REFORMAS EN MATERIA DE DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACIÓN: LAS IMPORTANTES OMISIONES DEL LEGISLADOR Y SUS CONSECUENCIAS

## Recent Reforms on Settlement Determination of Filiation: Legislator Important Omissions and its Consequences

ESTRELLA TORAL LARA  
Universidad de Salamanca  
etoral@usal.es

### *Cómo citar/Citation*

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*, 30, 289-336.  
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.30.07>

(Recepción: 22/09/2016; aceptación después de la revisión: 13/10/2016; publicación: 17/11/2016)

### **Resumen**

El presente trabajo tiene por finalidad un estudio detenido de algunos aspectos conflictivos relativos al régimen jurídico de determinación extrajudicial de la filiación vigente actualmente. Para ello se revisarán las últimas modificaciones acontecidas en la materia, destacando las omisiones y las contradicciones que existen entre algunas de estas últimas reformas y los principios básicos del régimen jurídico vigente hoy en día. De hecho, su finalidad principal radica en señalar la necesidad de abordar una transformación profunda del actual régimen de determinación de la filiación, para incluir una nueva clase de filiación, basada en el elemento volitivo, que permita hacer frente a las nuevas necesidades y realidades que para el derecho de filiación ha

supuesto la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida y la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo.

### **Palabras clave**

Filiación; paternidad; maternidad; consentimiento; veracidad biológica.

### **Abstract**

The purpose of this work is aimed at a careful study of certain contentious aspects of the legal regime of extrajudicial establishing parentage in force today. To do this, the last changes occurred in the field, highlighting omissions and contradictions between some of these recent reforms and the basic principles of legal regime being reviewed. In fact, its main purpose lies in pointing out the need to discuss a profound transformation of the current system of determining parentage, to include a new class of filiation, based on the volitional element, which enable to meet new needs and realities that for law has meant filiation derived from assisted reproduction techniques and regulation of same-sex marriage.

### **Keywords**

Parentage; paternity; maternity; consent; biological truth.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II LAS ÚLTIMAS REFORMAS EN MATERIA DE FILIACIÓN. III. LAS MODIFICACIONES RELATIVAS A LA DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACIÓN EN EL MOMENTO DE LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO: 1. La acreditación de la maternidad y de la identidad del hijo; 2. La inscripción de la paternidad no matrimonial en el Registro Civil; 3. La debilitación de la presunción de paternidad matrimonial; 4. La inscripción de la segunda filiación materna por consentimiento. IV. LA PRINCIPAL OMISIÓN DEL LEGISLADOR: LA CREACIÓN DE UN NUEVO TIPO DE FILIACIÓN: 1. Las especialidades de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida y los conflictos que presenta con la filiación por naturaleza en los supuestos de matrimonios y parejas heterosexuales: 1.1. *Los problemas en materia de determinación de la paternidad matrimonial: la operatividad de la presunción de paternidad en supuestos de inexistencia de consentimiento del marido*; 1.2. *Los problemas en materia de impugnación de la paternidad derivada de las técnicas de reproducción asistida*; 2. La determinación de la segunda maternidad: lo que se ha hecho, lo que no se ha hecho, y lo que se podría haber hecho: 2.1. *El consentimiento de la cónyuge de la usuaria de las TRA: un nuevo título de determinación basado en el mero elemento volitivo*; 2.2. *La determinación de la segunda maternidad y el principio de incompatibilidad de filiaciones contradictorias*. V. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo tiene por finalidad un estudio detenido de determinados aspectos conflictivos relativos al régimen jurídico de determinación de la filiación vigente en la actualidad, así como de sus últimas reformas, sin olvidar las oportunidades perdidas para realizar una reforma de mayor calado o profundidad. Dentro del amplio régimen de la determinación de la filiación, el trabajo se centrará en la determinación extrajudicial de la filiación por naturaleza, pues las nuevas reformas en materia de determinación judicial de la filiación se ocupan fundamentalmente de adaptar la legislación a la jurisprudencia constitucional, especialmente en lo relativo a la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 133 y 136 CC, y, dado que ya han trans-

currido más de diez años desde las sentencias del Tribunal Constitucional, existen multitud de estudios relativos a la oportunidad y posibilidades de tal reforma<sup>1</sup>. No obstante, sí que queremos dejar constancia desde este momento de la gran oportunidad perdida para acometer una reforma en profundidad del caótico régimen que contiene el Código Civil en materia de acciones de filiación, simplificándolo y acabando con las distinciones existentes entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial<sup>2</sup>. Tampoco nos ocuparemos de la filiación por adopción, dado que, a pesar de las novedades introducidas, consideramos que la mayor relevancia en relación con las importantes modificaciones que se podían haber hecho y no han tenido lugar radica en el ámbito de la determinación extrajudicial de la filiación por naturaleza. De hecho, la finalidad principal del trabajo radica en señalar la insuficiencia de la reforma para acabar con evidentes contradicciones existentes entre los principios básicos establecidos en la fundamental reforma del régimen de filiación acometido tras la promulgación de la Constitución española, y las novedades y parches que se han ido introduciendo en materia de determinación de la filiación para adaptar el régimen jurídico a las nuevas necesidades de un derecho de familia en continua adaptación a la nueva realidad social.

Como es bien sabido, la reforma más importante en materia de filiación hasta la actualidad tiene lugar tras la promulgación de la Constitución española. Como consecuencia de la misma resultó evidente que el régimen jurídico de filiación establecido en España resultaba totalmente contrario a los principios constitucionalmente establecidos. Así, chocaba frontalmente con el principio de igualdad, con el de libre investigación de la paternidad, etc.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, obra el cambio en el régimen jurídico de filiación que instauraba el Código Civil, y establece el nuevo régimen jurídico de filiación sobre tres pilares fundamentales:

- a. *El principio de igualdad jurídica de todas las filiaciones* (art. 108.2 CC). Este principio implica acabar con el anterior principio de jerarquía de las

<sup>1</sup> Destaca, por ejemplo, García Vicente (2015).

<sup>2</sup> Comparte esta opinión Ureña Carazo (2016), quien afirma: «En definitiva, lo que no se justifica, desde un enfoque constitucional, es el diferente tratamiento entre la filiación matrimonial y no matrimonial, por cuanto el Art. 14 CE proscribiera cualquier discriminación por razón de nacimiento. Los argumentos esgrimidos para intentar explicar esta diferencia de tratamiento se reducen a dos: la mayor protección que merece la familia matrimonial y la primacía —o mayor credibilidad— de la presunción de paternidad sobre el reconocimiento, lo que no podemos compartir a la luz de los preceptos constitucionales y la doctrina constitucional imperante».

- filiaciones. En contraposición al mismo se impone la regla de la igualdad, que supone una concreción del principio de igualdad establecido en el art. 14 CE.
- b. *El principio de protección al hijo.* Es una concreción del art. 39.3 y 39.4 CE, que otorga a los nacidos la protección de sus padres y de los convenios internacionales. La influencia de este principio se refleja en numerosos preceptos del Código Civil (arts. 110, 111, 125, 128, 129, 154...CC).
  - c. *El principio de veracidad biológica.* Es el último de los principios sobre el que se asienta el vigente sistema de filiación por naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico, y trata de evitar la discordancia entre la filiación natural y la jurídica, entre la verdad formal y la biológica. Este principio no aparece de manera expresa en el Código Civil, aunque ha sido considerado el verdadero motor de cambio de todo el régimen jurídico de la filiación. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el principio de veracidad biológica solo resulta de aplicación a una de las dos grandes clases de filiación contempladas por el Código Civil: la filiación por naturaleza. Obviamente, este principio no puede aplicarse a la filiación por adopción, ya que parte de la base de la falta de coincidencia entre la filiación biológica y la jurídica. En la filiación adoptiva el vínculo biológico se sustituye por el acto jurídico de la adopción. No existen en la actualidad más clases de filiación que la filiación por naturaleza y la filiación por adopción, la primera sometida al principio de verdad jurídica y la segunda condicionada a la existencia de resolución judicial que constituya la adopción.

No obstante, cuando se produce la importante reforma de la filiación para adaptarla a la Constitución, ya eran perfectamente conocidas las técnicas de reproducción humana asistida, cuya aparición data de la década de los setenta. A pesar de ello, se decide no regular la filiación derivada de estas técnicas en el Código Civil. Se opta por establecer unas normas especiales en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, que se promulga en el año 1988 (Ley 35/1988, de 22 de noviembre), y que fundamentalmente remiten al régimen jurídico de la filiación por naturaleza del Código Civil, estableciendo determinadas especialidades que tratan de corregir las evidentes disfunciones que implica aplicar un régimen basado en la verdad biológica a una filiación en la que, en muchas ocasiones, la citada verdad biológica no existe.

Los mecanismos de determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida se han mantenido prácticamente incólumes a lo largo de todos estos años, dejando a salvo pequeños retoques, que tratan de solucionar los problemas que se han ido generando, pero sigue sin abordarse la raíz del conflicto: la imposibilidad de incardinar este tipo de filiación en el ámbito de la filiación por naturaleza, al menos si seguimos manteniendo

los principios básicos conforme a los cuales se estructuró esta clase de filiación. De hecho, el inmenso crecimiento de la utilización de estas técnicas, las importantísimas novedades acontecidas en nuestro derecho de familia en los últimos tiempos, y las últimas medidas adoptadas para tratar de adaptar la filiación derivada de estas técnicas a las nuevas necesidades de la sociedad (del que es claro ejemplo la posibilidad de determinar una segunda maternidad) hacen que se haga imprescindible una correcta regulación de todas estas nuevas realidades, a partir de la cual pueda procederse a abordar nuevos retos, como pueda ser la gestación por sustitución.

Resulta imprescindible el establecimiento de una nueva clase de filiación, basada en la voluntad procreacional y no en el elemento biológico, donde poder incardinar de manera autónoma a la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (TRA). Acometer esta reforma permitiría solucionar muchas de las graves incoherencias, inseguridades y problemas que se derivan de la situación actual de manera respetuosa con la filosofía preponderante en las especialidades para la determinación de la filiación que establece la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), y puede resultar un punto de partida idóneo para afrontar los nuevos retos a los que tarde o temprano deberá enfrentarse el legislador español<sup>3</sup>.

## II. LAS ÚLTIMAS REFORMAS EN MATERIA DE FILIACIÓN

El régimen jurídico de la filiación por naturaleza había sufrido pocas modificaciones importantes desde aquella fundamental del año 1981 (dejamos al margen la filiación por adopción, dada la importantísima reforma en la materia tras la aprobación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción). Sin embargo, en los últimos tiempos se han venido produciendo determinadas reformas que nos hacen preguntarnos por la propia finalidad de las mismas, por su alcance y por las posibles oportunidades que se han perdido de solucionar algunas de las

---

<sup>3</sup> Esta posibilidad ya fue apuntada en su momento, en el mismo año 1988 en el que se promulga la LTRA por Rivero Hernández (1988: 141 y ss.). También mantiene la conveniencia de su regulación autónoma, con independencia de la filiación por naturaleza, Farnós Amorós (2015: 8). La autora afirma: «Las normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento es la verdad biológica, no acaban de encajar en un sistema en el cual la procreación no tiene origen en la reproducción sexual y la filiación se determina por la voluntad, como es el derivado del recurso a las TRA». En el mismo sentido, Lamm (2012: 89).

disfunciones más evidentes del sistema. En este sentido, resulta indudable que nuestra realidad social actual es radicalmente distinta a la existente en el año 1981, las relaciones familiares y el propio derecho de familia han evolucionado de manera vertiginosa, dando lugar a nuevas formas de familia, que deben ser tenidas en cuenta por nuestro derecho de filiación<sup>4</sup>. Las pequeñas reformas acontecidas con la finalidad de adaptar esta nueva realidad social al régimen jurídico existente no hacen más que generar contradicciones con los principios generales en materia de filiación, por lo que resulta urgente acometer una nueva reforma radical del sistema de filiación en nuestro ordenamiento jurídico.

Podríamos afirmar que de manera reciente las reformas más importantes en la materia se han producido por:

- a. La Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil (LRC), cuya entrada en vigor completa estaba originariamente prevista para el 22 de julio de 2014. Sin embargo, la entrada en vigor de la Ley se ha venido sistemáticamente prorrogando, siendo la última fecha prevista el 30 de junio de 2017. De hecho, la Ley ha sufrido reformas incluso antes de su entrada en vigor. En concreto, y en relación con la materia que ahora nos ocupa, los arts. 44, 45, 46 y 47 se modifican por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administra-

---

<sup>4</sup> Así, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se «regula» el matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestro ordenamiento jurídico. Con la equiparación de efectos de este matrimonio con el tradicional se les abre la puerta de la adopción. De hecho, parece que esta era la vía por la que se trataba de reconducir la determinación de la segunda maternidad en supuestos de matrimonios de mujeres que se someten a inseminación artificial heteróloga. No obstante, en gran parte por las fuertes reivindicaciones de la propia sociedad, termina admitiéndose la determinación de una segunda maternidad por naturaleza para matrimonios de mujeres que se someten a TRA, con intención de equiparar estas situaciones a las de los matrimonios heterosexuales que se sometían a las mismas técnicas. Este proceso culmina con la modificación de la LTRHA, por la DA 1.<sup>a</sup> de la Ley 13/2007, de 15 de marzo, que añade un tercer apartado al art. 7, permitiendo que pueda quedar determinada la segunda maternidad por naturaleza en favor de la mujer casada con la que se sometía a estas técnicas. Este precepto, como se verá, vuelve a ser reformado por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (que entró en vigor el 15 de octubre de 2015). Además, se procede a regular la determinación de la segunda maternidad en la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil.

ción de Justicia y del Registro Civil<sup>5</sup>. Estos preceptos, a pesar de que la entrada en vigor de la norma completa está prevista para 2017, entraron en vigor el 15 de octubre de 2015. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con el art. 49 LRC, cuya finalidad es regular la atribución de nombre y apellidos a los nacidos, que ya es aplicable. Este precepto, aunque no modifica el art. 109 CC, suprime por fin la regla general de que el primer apellido de los nacidos sea el primero del padre, y el segundo, el primer apellido de la madre, y establece una nueva regla general para la determinación del orden de los apellidos de los nacidos: el acuerdo de los padres<sup>6</sup>. A falta de acuerdo, o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, previo requerimiento a los progenitores determinados o a quienes ostenten la representación legal del menor, será el encargado del Registro el que decida, atendiendo al interés superior del hijo. Habrá que esperar todavía un tiempo para saber cuál será el criterio que utilicen los encargados del Registro Civil a la hora de determinar qué es más beneficioso para el interés superior del menor<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Aunque fuera de la materia de filiación, se reforman por esta Ley (Ley 19/2015) los arts. 64, 66 y 67 relativos a la inscripción de fallecimiento, que han entrado en vigor el 15/10/2015. La Ley 20/2011 de Registro Civil también se ha reformado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Esta Ley introduce reformas, fundamentalmente en los arts. 58, 58 bis, 59, 60 y 61, relativos al expediente matrimonial y a la inscripción del matrimonio (estos preceptos no entrarán en vigor hasta el 30/6/2017). También en el art. 67 relativo a supuestos especiales de inscripción de defunción, art. 74 sobre inscripción de representaciones legales y art. 78 relativo a la declaración de ausencia y fallecimiento.

<sup>6</sup> Esta posibilidad de acuerdo ya se preveía por el art. 109.1 CC, aunque en defecto del mismo regía la regla general contenida en la Ley de Registro Civil de 1957. El derecho de opción respecto del orden de los apellidos, vigente desde la modificación del precepto por la Ley 40/1999, no ha tenido excesiva virtualidad en la práctica. El desconocimiento de la posibilidad de alterar el orden de los apellidos, y el hecho de que con carácter general no sea habitual que comparezcan los dos padres en el Registro para inscribir al hijo, hicieron que esta segunda reforma tampoco fuese suficiente para paliar la discriminación existente respecto del apellido de la madre.

<sup>7</sup> Aunque todavía no conozcamos resolución alguna que haya tratado de delimitar cuál es el interés superior del menor en esta materia, dado que la función del nombre y los apellidos es identificar a las personas, y de alguna manera individualizarlas, podría argumentarse que este interés radica en priorizar aquellos apellidos de uso menos frecuente sobre los más habituales. Ello, siempre que no subyazcan situaciones conflictivas para el hijo que hagan más conveniente priorizar cualquiera de ellos.

- b. 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: esta norma reforma el art. 120 CC, introduciendo una nueva forma de determinación de la paternidad no matrimonial: «la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil» (en vigor desde el 15/10/15). Con esta reforma se pretende la total equiparación de la determinación extrajudicial de la filiación matrimonial y no matrimonial. También reforma el art. 7.3 de la LTRHA, que se ocupa de la determinación de la segunda maternidad cuando la usuaria de las técnicas de reproducción asistida estuviese casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer. Nos ocuparemos en profundidad de esta importante reforma, que no hace más que constatar la necesaria creación de una nueva clase de filiación.
- c. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, reforma los arts. 133 y 136 CC en materia de acciones de reclamación e impugnación de la filiación respectivamente, con lo que finalmente se adapta el contenido de estos preceptos a las exigencias establecidas por el Tribunal Constitucional, que los había declarado inconstitucionales<sup>8</sup>. Los preceptos no se habían declarado nulos, pero el TC instó al legislador a darles una nueva redacción, más acorde con el Derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE. Diez años después de las sentencias de inconstitucionalidad se procede a dar nueva redacción a estos preceptos, conforme a lo establecido en estas resoluciones. Esta Ley 26/15 también modifica, en materia de acciones de filiación, los arts. 137, 138, y 140 CC., así como diversos preceptos relativos a las relaciones paternofiliales, a la adopción a la guarda y acogimiento de menores, a la tutela y a la guarda de hecho. Todas estas reformas han entrado en vigor el 18/8/2015.
- d. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, además de modificar preceptos relativos a la tutela, la curatela, mayoría de edad y emancipación, también introduce importantes reformas en el procedimiento de constitución de la adopción.

---

<sup>8</sup> Se declara la inconstitucionalidad del párrafo primero del art. 133 CC por la Sentencia del TC 273/2005, de 27 de octubre. Se pronuncia en el mismo sentido la Sentencia del TC 52/2006, de 16 de febrero. La inconstitucionalidad del párrafo primero del art. 136 CC viene declarada por la Sentencia del TC 138/2005, de 26 de mayo. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del TC 156/2005, de 9 de junio.

La principal crítica que puede realizarse a la mayor parte de estas reformas no es tanto por lo que se ha hecho, como por lo que se ha dejado de hacer, pues, como se ha adelantado, debería haberse optado por una reforma más profunda de todo el régimen de determinación de la filiación en nuestro ordenamiento jurídico, tanto judicial como extrajudicial. Resulta necesario reformar la caótica regulación de las acciones de filiación, reformar la regulación de la determinación extrajudicial de la filiación en el Código Civil (si realmente se pretende equiparar la determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial) y, sobre todo, establecer una nueva clase de filiación en la que el principio básico no sea la veracidad biológica, sino la voluntad.

### III. LAS MODIFICACIONES RELATIVAS A LA DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACIÓN EN EL MOMENTO DE LA INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO

Las reformas de mayor importancia acontecidas en el ámbito de la filiación por naturaleza en sentido estricto, son las relativas a la determinación extrajudicial de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento. Esta determinación, en la filiación matrimonial, se produce por la inscripción conjunta del nacimiento junto con el matrimonio de los padres. En la filiación extramatrimonial, sin embargo, la determinación de la paternidad resultaba más compleja. Por este motivo, tratando de simplificar la determinación de la filiación extramatrimonial, y de equipararla a la matrimonial, 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, introduce una nueva vía de determinación de la paternidad no matrimonial: la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial en el momento de la inscripción del nacimiento (nuevo párrafo 1.º del art. 120 CC). Como se ha dicho, esta reforma obedece a la necesidad de simplificar la determinación de la paternidad no matrimonial, y a equiparar la determinación extrajudicial de la paternidad matrimonial y no matrimonial.

Intencionadamente se hace referencia a la necesidad de equiparar la determinación de la paternidad matrimonial y no matrimonial, y no a la necesidad de equiparar la determinación de ambas filiaciones en general porque, en la práctica, la determinación de la maternidad ya obedecía a las mismas reglas en la filiación por naturaleza (matrimonial y no matrimonial) no derivada de las TRA. En la determinación extrajudicial de la maternidad no derivada de las TRA los problemas que se plantean son de diferente índole.

La regla fundamental para determinar la maternidad no derivada de las TRA (sea en la filiación matrimonial o en la no matrimonial) es la comproba-

ción del parto y la constatación de la identidad del hijo, tal y como se deriva del art. 44.4 de la Ley 20/2011 de Registro Civil. Habría sido deseable una manifestación más clara de este extremo en las reformas del Código Civil, aunque nada se ha hecho al respecto. Así, el art. 120.5 CC, en sede de filiación no matrimonial, parece limitar este mecanismo de determinación de la filiación materna a los supuestos de inscripción del nacimiento dentro de plazo. Sin embargo, como acertadamente ya mantenía De la Cámara (2000)<sup>9</sup>, no hay motivo para utilizar criterios distintos según sea la maternidad matrimonial o extramatrimonial. Tal afirmación, indudable ya antes en el ámbito de la maternidad, resulta tanto más de aplicación en la actualidad, dado el nuevo espíritu y la nueva regulación contenida en el art. 44 de la Ley 20/2011 de Registro Civil. Por este motivo cabría afirmar con el autor citado, que el art. 120.5 CC será de aplicación general<sup>10</sup>. Si la inscripción del nacimiento se realiza fuera de plazo, la filiación materna podrá determinarse mediante expediente aprobado por el encargado del Registro Civil o por el reconocimiento del hijo, aunque el art. 44.7 de la Ley 20/2011 de Registro Civil, y el art. 120.2 CC, limitan el reconocimiento a la filiación no matrimonial<sup>11</sup>.

En otros países de nuestro entorno, como pueden ser Francia, Italia o Bélgica, sin embargo, la determinación de la maternidad trae su causa en el elemento volitivo, pues se da preponderancia a este elemento sobre el biológico, con lo que la determinación de la maternidad depende de una declaración expresa o tácita de la que va a aparecer como madre o de la propia posesión de estado<sup>12</sup>. Aunque el legislador español ha desechado tal posibilidad como regla general, lo cierto es que el criterio podría resultar de interés, sobre todo en el ámbito de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. De hecho, es el escogido por la reforma introducida en el art. 7.3 de la LTRHA para la determinación de la segunda maternidad (la de la madre no gestante). La opción de introducir este medio de deter-

<sup>9</sup> De la Cámara Álvarez (2000: 185).

<sup>10</sup> *Id.* En realidad, a falta de un pronunciamiento general en este sentido en el Código Civil, la regla general de la determinación de la maternidad en la filiación por naturaleza por el hecho del parto y la constatación de la identidad del hijo se deriva de la regla contenida en el art. 120. 5 del CC. Fuera del Código Civil esta regla viene impuesta por el art. 10.2 LTRHA. Tal y como también apunta Farnós Amorós (2011: 91).

<sup>11</sup> De la Cámara Álvarez (2000: 185), mantiene, no obstante, que si la inscripción del nacimiento se realiza fuera de plazo, la filiación materna podrá determinarse por el reconocimiento del hijo, independientemente de la naturaleza de la filiación.

<sup>12</sup> Tal y como ponen de manifiesto Álvarez Sarabia (2015:13) y Farnós Amorós (2011: 91).

minación de la maternidad que atiende exclusivamente al elemento volitivo, como una excepción para un concretísimo supuesto dentro de la filiación por naturaleza, impide la existencia de un mecanismo de determinación extrajudicial de la filiación materna uniforme para todos los supuestos de maternidad por naturaleza.

Se ha perdido la oportunidad de sistematizar de manera clara y completa en el Código Civil la determinación de la maternidad por naturaleza. Las posibilidades son dos:

- a. Mantener el sistema actual para la verdadera filiación por naturaleza, en la que la realidad biológica y la formal coincidirían siempre, estableciendo que la determinación de la maternidad se produce por el hecho del parto y la comprobación de la identidad del hijo, tanto en la filiación matrimonial como en la no matrimonial. Esta opción debería acompañarse de la creación de un nuevo tipo de filiación, para los nacimientos derivados de las técnicas de reproducción asistida, en la que la maternidad se determinase atendiendo al elemento volitivo, con lo que también se allanaría el camino para una eventual regulación de la gestación por sustitución.
- b. Una segunda opción pasaría por no diferenciar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida de la tradicional filiación por naturaleza, en cuyo caso lo más adecuado sería optar por un modelo de determinación de la filiación materna similar al adoptado por los ordenamientos francés o italiano, estableciendo un sistema general en el que primase la voluntad de ser madre sobre la verdad biológica. De esta manera se acabaría con la falta de coherencia de muchas de las reformas introducidas con los principios básicos que rigen hoy en día en la filiación por naturaleza.

Sin embargo, ninguna de estas posibilidades se ha adoptado, de manera que nos encontramos con dos vías de determinación de la maternidad por naturaleza: la de la madre gestante, a través de la comprobación del parto y de la identidad del hijo, y la de la segunda madre, en supuestos de mujeres que se someten a técnicas de reproducción asistida, en el que la determinación se hace en base al elemento volitivo, siempre que se cumplan determinados requisitos, que posteriormente estudiaremos.

Con la opción escogida por el legislador volvemos a tener dos vías distintas de determinación de la maternidad por naturaleza, puesto que se decide regular la determinación de la segunda maternidad como una excepción dentro de la filiación por naturaleza, aunque sin ningún tipo de fundamento legal

en nuestro actual régimen jurídico de determinación de la maternidad, en el que esta siempre debería determinarse por el hecho del parto y debería haber coincidencia biológica.

A pesar de estas omisiones, sí que se producen algunas modificaciones importantes en orden a la acreditación de la maternidad y la constatación de la identidad del hijo, así como en la determinación de la paternidad no matrimonial, y en el valor que se otorga a la presunción de paternidad matrimonial del art. 116 CC.

## 1. LA ACREDITACIÓN DE LA MATERNIDAD Y DE LA IDENTIDAD DEL HIJO

El Código Civil no exige la prueba de la identidad del hijo, ni explica cómo justificar la maternidad. No obstante, la Ley 20/2011, de Registro Civil, insiste de manera especial en la prueba de la identidad del hijo y de la filiación materna, probablemente con la finalidad de evitar que puedan producirse supuestos dramáticos como los de los «niños robados», que tanta alarma social han generado<sup>13</sup>. Así, el art. 46 de la nueva LRC impone al personal sanitario la obligación de asegurar la identificación del nacido y su relación biológica con la progenitora, para lo que podrán realizar las pruebas que consideren necesarias<sup>14</sup>. El art. 47 de la LRC de 1957, solo establecía que cuando la inscripción se realiza dentro de plazo la maternidad queda acreditada por la coincidencia entre el parte facultativo y la declaración de quien cumplimenta

---

<sup>13</sup> En este sentido se pronuncia Corera Izu (2016), para quien la alarma social generada por el drama de los niños robados ha sido fundamental a la hora de que se obligue a la determinación de la relación entre madre e hijo sin ningún género de dudas, para lo que se podrán realizar cuantas pruebas médicas, biométricas y analíticas sean necesarias.

<sup>14</sup> El art. 46 párrafo 1º de la nueva LRC establece: «[...] el personal sanitario que asista al nacimiento deberá adoptar, bajo su responsabilidad, las cautelas necesarias para asegurar la identificación del recién nacido y efectuará las comprobaciones que establezcan de forma indubitada la relación de filiación materna, incluyendo, en su caso, las pruebas biométricas, médicas y analíticas que resulten necesarias para ello conforme a la legislación reguladora de las historias clínicas. En todo caso se tomarán las dos huellas plantares del recién nacido junto a las huellas dactilares de la madre para que figuren en el mismo documento. En la inscripción que del nacimiento se practique en el Registro Civil se hará constar la realización de dichas pruebas y el centro sanitario que inicialmente conserve la información relacionada con las mismas, sin perjuicio del traslado de esta información a los archivos definitivos de la administración correspondiente cuando proceda [...]»

la inscripción<sup>15</sup>. La actual LRC va un poco más allá, e incide en la necesidad de comprobar la identidad de la madre a los efectos de incluirla en el parte facultativo<sup>16</sup>. Por otra parte, el art. 44.4 de la nueva LRC reitera la necesidad de que siempre conste la maternidad de la madre gestante en la inscripción de nacimiento y, como novedad, suprime la necesaria coincidencia entre el parte facultativo y la declaración oficial<sup>17</sup>.

Además, el nuevo art. 44 LRC, que es el que se ocupa de la inscripción del nacimiento y de la filiación, omite cualquier referencia a la filiación no matrimonial, de donde se ha deducido, conforme a lo que también afirma su preámbulo, que se ha intentado equiparar totalmente la determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial<sup>18</sup>.

Como se ha dicho, aparte del intento de equiparación de la filiación matrimonial y no matrimonial, la novedad introducida por este precepto radica en que ya no es necesaria la coincidencia entre el parte facultativo o comprobación reglamentaria y la declaración de los progenitores para que pueda procederse a la inscripción, primándose siempre las manifestaciones contenidas en el parte facultativo. La opción es lógica, dado que en la filiación por naturaleza carece de relevancia el elemento volitivo. Además, con la posi-

---

<sup>15</sup> El art. 47 de la LRC de 1957 establecía: «En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria».

<sup>16</sup> Así en su art. 44.3 párrafo 1.º establece: «La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrico-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. Los progenitores realizarán su declaración mediante la cumplimentación del correspondiente formulario oficial, en el que se contendrán las oportunas advertencias sobre el valor de tal declaración conforme a las normas sobre determinación legal de la filiación [...]».

<sup>17</sup> Art. 44.4 LRC 20/11 párrafo 2.º: «Salvo en los casos a que se refiere el art. 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último».

<sup>18</sup> En el mismo sentido Álvarez Sarabia (2015: 20). También Corera Izu (2016), afirma que el hecho de que se haya eliminado cualquier referencia a la filiación no matrimonial busca equipararla a la matrimonial.

bilidad de inscripción de la maternidad sin necesidad de coincidencia entre la declaración y el parte, se consigue la finalidad buscada, que la inscripción de la maternidad conste siempre, salvo en los casos de menores abandonados o no inscritos a los que se refiere el art. 48 de la LRC de 2011.

## 2. LA INSCRIPCIÓN DE LA PATERNIDAD NO MATRIMONIAL EN EL REGISTRO CIVIL

Como se ha adelantado, una de las reformas de mayor calado en materia de determinación extrajudicial de la filiación radica en la introducción de una nueva vía de inscripción de la paternidad no matrimonial en el Registro Civil. La inscripción de la filiación en el Registro es el título de legitimación por excelencia. De hecho, la doctrina deduce del art. 2 LRC del año 1957 (que se correspondería con el art. 17 de la LRC de 2011, que todavía no ha entrado en vigor), así como del art. 327 CC el valor «cuasi monopolístico» de este medio de acreditación de la filiación<sup>19</sup>. Tal valor viene confirmado por el propio art. 113.1 CC, que otorga carácter subsidiario al resto de los títulos de legitimación mencionados. Solo cuando no exista inscripción, o sea imposible certificarla, se admitirán títulos diferentes a la misma, si bien el art. 2 LRC del año 1957 (y el art. 17 de la LRC de 2011) condicionan la admisión de tales títulos a que previa o simultáneamente se inste la inscripción o reconstrucción del asiento.

La determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial, aún hoy en día, presenta diferencias con la matrimonial en relación con la determinación de la paternidad. La justificación a tales diferencias suele radicarse en la diferente realidad social subyacente en una y otra situación. En la filiación matrimonial la determinación de la paternidad suele realizarse a través de las presunciones de los arts. 116, 117 y 118 CC, cuyo fundamento radica en la presunción de convivencia y cohabitación derivada del propio matrimonio. Tales presunciones no existen en filiación extramatrimonial, y esta diferencia se alegaba como justificación de que los mecanismos de determinación de la paternidad fuesen diferentes y más complejos.

Como ya se ha dicho, la LRC pretende suprimir las diferencias en la determinación de la filiación matrimonial y no matrimonial, con la pretensión de equipararlas. De hecho ese parece ser el motivo de la reforma introducida en el art. 120.1 CC por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración

---

<sup>19</sup> En relación con la antigua Ley de Registro Civil realiza esta afirmación: Rivero Hernández (2000: 1119).

de Justicia y del Registro<sup>20</sup>. No obstante, lo cierto es que las presunciones de paternidad matrimonial siguen resultando operativas, aunque algo más debilitadas como se verá, con lo que la inscripción de la paternidad marital resulta prácticamente automática si las presunciones de paternidad están vigentes y no hay contradicción con otra paternidad no matrimonial cuya inscripción se haya solicitado.

Tras la reforma del art. 120.1 CC por la disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 19/2015 se introduce una nueva vía de determinación extrajudicial de la paternidad no matrimonial, que la acerca más a la determinación de la matrimonial: la declaración conforme realizada por el padre, en el momento de la inscripción del nacimiento, en el correspondiente formulario oficial a que se refiere el art. 44.3 de la LRC. La declaración conforme y el parte facultativo se remitirán electrónicamente por el centro sanitario al Registro Civil en el plazo de 72 horas, y el encargado del Registro (una vez recibida y examinada la documentación) procederá a la inscripción del nacimiento, en principio, sin necesidad de presencia física de los progenitores en el Registro<sup>21</sup>. Por tanto, si estamos dentro del ámbito de la filiación por naturaleza no matrimonial, y no existen controversias, por ejemplo porque se contradiga una paternidad matrimonial, la filiación paterna no matrimonial quedará determinada en favor del padre que en el documento oficial manifieste su conformidad<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> En este sentido se pronuncia Corera Izu (2016), para quien la eliminación de toda referencia a la filiación no matrimonial, con equiparación a la matrimonial, obliga a modificar el art. 120 CC y a permitir la determinación de la paternidad no matrimonial por la declaración del padre realizada en el formulario oficial hecha en el propio centro sanitario.

<sup>21</sup> La LRC, en su art. 46, modifica el plazo para la presentación de la declaración y el parte facultativo en la oficina registral, y lo fija en 72 horas. La Ley de 1957 establecía que debían presentarse entre las 24 horas y los 8 días siguientes al nacimiento (art. 42 LRC 1957), salvo que se acreditase justa causa, en cuyo caso el plazo se ampliaba a 30 días (art. 166 RRC). No obstante, el art. 47 de la LRC de 2011 afirma que cuando los documentos no se hayan remitido en el plazo señalado, o el nacimiento tenga lugar fuera del centro sanitario, «los obligados a promover la inscripción dispondrán de un plazo de diez días para declarar el nacimiento ante la Oficina del Registro Civil o las Oficinas Consulares de Registro Civil», en cuyo caso, ya parece ser necesaria la presencia física de los mismos en el Registro.

<sup>22</sup> Comparte esta opinión Corera Izu (2016).

### 3. LA DEBILITACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL

Las críticas doctrinales a la introducción de la posesión de estado y la presunción de paternidad matrimonial entre los títulos de legitimación contenidos en el art. 113 CC han sido abundantes, ya que no son medios de prueba de la filiación ya determinada, sino medios que nos permiten probar una filiación para su posterior determinación.

La presunción de paternidad matrimonial, exclusivamente operativa en la de-terminación de la filiación matrimonial, requiere la prueba de los presupuestos en los que se funda: el matrimonio de los padres y el nacimiento del hijo después del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la separación o a su disolución, por lo que difícilmente puede ser un título de legitimación que nos permita probar de manera sencilla y rápida una filiación ya determinada. Será un instrumento muy útil para probar la filiación paterna, tanto en la determinación judicial de la filiación como en la extrajudicial, pero no es un mecanismo válido ni para la determinación de la filiación, ni mucho menos para su acreditación, por lo que se echa de menos que la reforma se haya ocupado de solucionar esta tradicional confusión.

En opinión de De la Cámara (2000), la mención a la presunción de paternidad por el art. 113 CC solo puede explicarse, sin llegar a entenderse, atendiendo a su automatismo e imperatividad que impide, una vez determinada la filiación materna de mujer casada, la inscripción de una paternidad distinta a la del marido<sup>23</sup>. En la actualidad, sin embargo, tras la entrada en vigor del art. 44.4 de la LRC, la virtualidad de la presunción de paternidad matrimonial resulta mucho menor de lo que lo ha sido hasta ahora<sup>24</sup>. La modificación legislativa en este punto es importante, pues con anterioridad la existencia de matrimonio suponía la necesidad de inscribir la filiación matrimonial de la madre y su marido, salvo que se acreditase la existencia de separación legal o de hecho de los cónyuges trescientos días antes del nacimiento. Y ello en virtud de la fuerza probatoria de la presunción de paternidad del art. 116 CC, pues la mera declaración de las partes negando la filiación no era suficiente para desvirtuarla. En este sentido se había pronunciado la DGRN

<sup>23</sup> De la Cámara Álvarez (2000: 134).

<sup>24</sup> El citado precepto en su sexto párrafo establece: «En los supuestos en los que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el art. 116 del Código Civil se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata sólo con la filiación materna y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna».

en distintas resoluciones, de las que es buena muestra la Resolución de 27 de marzo de 2015.

La reforma introducida por el art. 44.4 de la LRC, por tanto, afecta de manera importante a la operatividad de la presunción y la reduce, evitando, en principio, tener que acudir a la vía judicial en muchos supuestos de paternidad extramatrimonial en los que existe matrimonio de la madre. En estos supuestos, cuando se constate que la madre está casada con persona distinta a la que figura en la declaración formulada en documento oficial, o sea de aplicación la presunción prevista en el art. 116 CC, solo se inscribirá la filiación materna, y se abrirá un expediente registral para determinar la paterna. La finalidad del expediente registral parece ser la destrucción de la presunción de paternidad del art. 116 CC, que no se olvide es presunción *iuris tantum*, y si se consigue desvirtuar, se resolverá el expediente estableciendo que la paternidad no corresponde al marido, sino a quien realizó la declaración en documento oficial. No obstante, no podrá desvirtuarse la presunción mediante el expediente registral cuando haya oposición de una parte interesada o del Ministerio Fiscal. En este supuesto, al igual que ocurría con la legislación anterior, será necesario acudir a la determinación judicial de la filiación, ejercitando las acciones de reclamación o impugnación judicial de la filiación que correspondan<sup>25</sup>.

#### 4. LA INSCRIPCIÓN DE LA SEGUNDA FILIACIÓN MATERNA POR CONSENTIMIENTO

También supone una novedad que la nueva LRC introduzca la posibilidad de que quede determinada la segunda línea de maternidad en los supuestos de matrimonios de mujeres que se someten a técnicas de reproducción asistida heterólogas. Se traslada al art. 44.5 de la LRC, el art. 7.3 de la LTR-HA. La introducción de este precepto en la nueva LRC se realiza por la Ley 19/2015, que también lo modifica, suprimiendo la necesidad de que la cónyuge no usuaria de las técnicas manifieste su consentimiento a que se determine la segunda maternidad a su favor, *ante el encargado del Registro Civil antes del nacimiento*. En la actualidad basta con que la cónyuge manifieste en que

<sup>25</sup> En el mismo sentido Corera Izu (2016), quien también señala que las pruebas que pueden practicarse durante el expediente registral para desvirtuar la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant* pueden ser documentales, en orden a demostrar el cese de la presunción de convivencia marital (certificado de empadronamiento, separación conyugal, nulidad o divorcio), testificales, pruebas médicas de paternidad, declaración del propio marido...

consiente que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge, una vez se produce el nacimiento, sin más requisitos formales, pues sigue sin exigirse el consentimiento de la misma en el centro médico en el que se lleven a cabo las TRA, como se verá. Se volverá sobre esta reforma con posterioridad, pues resulta necesario revisar algunos de los principales problemas y contradicciones que genera la falta de diferenciación de la filiación derivada de las TRA y la filiación por naturaleza, antes de profundizar en su contenido y en la oportunidad perdida para introducir una nueva clase de filiación, con sus propios medios de determinación, antes de la completa entrada en vigor de la nueva LRC 20/2011.

#### IV. LA PRINCIPAL OMISIÓN DEL LEGISLADOR: LA CREACIÓN DE UN NUEVO TIPO DE FILIACIÓN

Como se anunció, cuando se produce la importante reforma de la filiación para adaptarla a la Constitución, en el año 1981, ya eran perfectamente conocidas las TRA, si bien se decide no regular la filiación derivada de estas técnicas en el Código Civil. Se opta por establecer unas normas especiales en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida que se promulga en el año 1988 (Ley 35/1988, de 22 de noviembre), que fundamentalmente remiten al régimen jurídico de la filiación que establece el Código Civil, introduciendo especialidades que tratan de corregir las evidentes disfunciones que implica aplicar un régimen basado en la verdad biológica a una filiación que implica, en muchas ocasiones, que la citada verdad biológica no exista. La mayor parte de la doctrina entiende que la remisión que realiza la LTRHA al régimen de filiación que establece el Código Civil hace referencia a la filiación por naturaleza, aunque se establezcan determinadas especialidades como consecuencia de las evidentes diferencias que existen con este tipo de filiación<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Así, por ejemplo, Verdura Server (2007: 217-220), se ocupa de este asunto, afirmando que en el planteamiento legal el criterio básico es la aplicación de las reglas generales sobre filiación, con atención a los matices realizados por los arts. 8 a 10 de la LTRHA. Para el autor las especialidades contenidas en la LTRHA presentan un deliberado carácter incompleto, y debe valorarse en su justa medida la remisión a las reglas generales contenidas en el CC, y no asumirla sin más, porque ello conllevaría soluciones absurdas y contradictorias con la propia Ley. Álvarez Sarabia (2015:13) afirma que el art. 7 LTRHA remite a los criterios de determinación de la filiación regulados en el Código Civil (arts. 108 y siguientes y 115 y siguientes), pero introduciendo especialidades allí donde es necesario, e incluyendo un sistema independiente únicamente en relación con la doble maternidad del art. 7.3 En sentido contrario se pronuncia Pérez

Los mecanismos de determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida se han mantenido prácticamente incólumes en la reforma de la Ley 35/1988 por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y en la nueva LTRHA, a pesar de los conflictos y disfunciones que se generan tras la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en el Código Civil. Se han realizado reformas, pequeños retoques, que tratan de solucionar los problemas que se han ido generando, como es el caso de la introducción y posterior reforma del art. 7.3 de la LTRHA<sup>27</sup>, pero no se ha producido una regulación integral de esta filiación, configurándola como una filiación autónoma, y estableciendo sus propios medios de determinación e impugnación. Sigue, por tanto, sin abordarse la raíz del conflicto: la imposibilidad de incardinar este tipo de filiación en el ámbito de la filiación por naturaleza, al menos si seguimos manteniendo los principios básicos conforme a los cuales se estructuró esta clase de filiación.

En la incesante búsqueda de una solución a las evidentes fricciones que genera la introducción de la filiación derivada de estas técnicas en la filiación por naturaleza, también se ha planteado la posibilidad de incardinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida dentro del ámbito propio de la filiación por adopción<sup>28</sup>. Ciertamente la filiación derivada de las técnicas de

---

Monge (2011: 584), para quien la filiación derivada de las TRA constituye un vínculo jurídico creado por la propia Ley tomando en consideración el consentimiento de la usuaria y su cónyuge o pareja, por lo que la filiación es distinta a la regulada por el CC, aunque los efectos de la misma, una vez determinada, sean los mismos.

<sup>27</sup> No debe olvidarse que, tras la introducción del matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestro ordenamiento jurídico, la DGRN mantuvo la necesidad de que la segunda maternidad quedase determinada a través de la adopción. En este sentido se pronunció en las resoluciones de 5 junio de 2006 y de 11 de enero de 2007, que denegaban la inscripción de la segunda maternidad afirmando que la vía adecuada era la adopción, dado que el principio de verdad biológica impedía que, determinada una maternidad por el hecho del parto, pudiese existir un nuevo reconocimiento de maternidad.

<sup>28</sup> En este sentido, Verdera Server (2007: 219) afirma que esta posibilidad no se ha planteado con la misma intensidad, y que el planteamiento doctrinal pone de manifiesto que se renuncia a tal aproximación porque se prefiere un acercamiento a la filiación por naturaleza, a pesar de que en ocasiones ni siquiera concurre el elemento biológico. Álvarez Sarabia (2015:13) también defiende que, aunque se ha cuestionado si la remisión a las normas civiles podría referirse también a la adopción (arts. 175 y siguientes CC), dada la importancia que en ambos casos tiene el consentimiento y la voluntad de los padres para la filiación; sin embargo, esta teoría no ha encontrado nunca suficiente apoyo.

reproducción asistida comparte características con la filiación por adopción, puesto que en ambos supuestos el elemento determinante de la filiación es la voluntad, el deseo de ser padre o madre. No obstante, mientras en la mayor parte de los supuestos de filiación derivada de las TRA el consentimiento se presta antes de que se produzca el nacimiento, en la filiación por adopción se presta con posterioridad, cuando el adoptado ya ha nacido<sup>29</sup>. También podríamos considerar que puede llegar a compartir otras características con esta clase de filiación, como es la posibilidad de que exista un progenitor genético que formalmente no aparece como padre o madre, en los supuestos de inseminación artificial heteróloga. Si bien, se ha señalado que en los supuestos de adopción el vínculo existente entre sus progenitores biológicos y el nacido es, en sentido estricto, «biológico», existe una «historia previa», mientras que en la filiación derivada de las TRA es puramente genético<sup>30</sup>.

Las semejanzas se quedan ahí, pues en la adopción siempre falta el vínculo genético entre el adoptante y el adoptado, mientras no siempre ocurre así en las TRA. Además, en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida no existe resolución judicial que constituya la relación de filiación, ni guarda similitudes el procedimiento de constitución<sup>31</sup>. Por otra parte, conforme a la regulación actual de la determinación de la filiación derivada de las TRA, aunque la voluntad tiene un importante peso en la determinación de la paternidad, esta formalmente se determina por los cauces establecidos en el Código Civil. Es decir, esa voluntad no funciona como título de atribución de la filiación de manera formal. En la determinación de la maternidad de la madre gestante la voluntad carece de relevancia, formal y materialmente, pues siempre viene determinada por el hecho del parto, con independencia de cuál sea la voluntad de la madre biológica o de la denominada madre de deseo. Ello, a diferencia de lo que ocurre en la filiación por adopción en la que, como se ha dicho, la voluntad es el elemento preponderante<sup>32</sup>. No puede, por tanto,

<sup>29</sup> En este mismo sentido Lamm (2012: 88), afirma: «[...] mientras en la filiación derivada de las TRA el elemento volitivo está presente desde el mismo origen de la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad; en la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño, es decir, el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo».

<sup>30</sup> Lamm (2012: 88).

<sup>31</sup> Señala estas diferencias, también, Lamm, *id.*

<sup>32</sup> En el mismo sentido se pronuncia Álvarez Sarabia (2015:11), para quien resulta evidente esta situación si pensamos en que, conforme a la regulación actual, en los supuestos de gestación subrogada la maternidad se determina en favor de la madre que pare, independientemente de que no tenga voluntad alguna de ser madre o de que desee que la maternidad se determine en favor de otra mujer.

hoy en día, asimilarse la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida a la filiación por adopción.

La introducción de una mayor influencia de la voluntad en la determinación de la maternidad de la madre gestante derivada de estas técnicas, haría necesario que nos enfrentásemos a la regulación de la denominada gestación por sustitución, lo que por el momento trata de evitarse. La falta de regulación, sin embargo, no impide la existencia de un buen número de nacidos a través de esta vía que se encuentran en situaciones que no parecen beneficiar el interés superior del menor, dado que en nada les benefician, por lo que no se favorece la protección de los nacidos ni de las madres gestantes. La regulación de las situaciones conflictivas evita la inseguridad jurídica, lo que resulta fundamental cuando los intereses en conflicto afectan de manera tan determinante a las personas afectadas.

#### 1. LAS ESPECIALIDADES DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LOS CONFLICTOS QUE PRESENTA CON LA FILIACIÓN POR NATURALEZA EN LOS SUPUESTOS DE MATRIMONIOS Y PAREJAS HETEROSEXUALES

Aunque en la determinación de la maternidad de la madre gestante no existen diferencias en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida y la filiación por naturaleza tradicional, pues en ambas la maternidad queda determinada por el hecho del parto y la constatación de la identidad del hijo, sí que existen especialidades en la determinación de la paternidad<sup>33</sup>.

En lo relativo a la determinación de la paternidad los principales problemas se plantean en los supuestos de filiación derivada de la fecundación artificial heteróloga, pues la homóloga resulta menos conflictiva, dada la coincidencia entre paternidad formal y biológica. Para la determinación de la paternidad en los supuestos de fecundación artificial heteróloga el consentimiento del marido o de la pareja de la mujer a las técnicas resulta fundamental, pues también acepta la determinación de una paternidad no biológica (a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de matrimonios entre dos mujeres o de parejas de hecho de mujeres, como se verá), ya que ese consentimiento es susceptible de ser utilizado para determinar su paternidad. A pesar de

---

<sup>33</sup> Los problemas de compatibilidad con la filiación por naturaleza en los supuestos de maternidad derivada de las TRA son muy diferentes, y se centran en la determinación de la segunda maternidad, absoluta novedad en nuestro ordenamiento jurídico, que convierte en urgente la necesidad de reformar en profundidad nuestro sistema de filiación.

que, evidentemente, en los supuestos de fecundación artificial heteróloga no existe coincidencia biológica entre quien va a ser determinado como padre y el nacido, y se requiere el consentimiento del futuro padre para que quede determinada la paternidad, formalmente la paternidad se determina por los cauces establecidos en el Código Civil, por lo que esa voluntad no funciona como título de atribución de la filiación de manera formal. Así, en principio, la voluntad tendrá relevancia en materia de impugnación de esa filiación determinada, para impedir la impugnación cuando el consentimiento se ha prestado, y para tratar de evitar que actúe la presunción de paternidad matrimonial si no ha sido así, incluso aunque la inseminación sea homóloga. No obstante, la solución para este último supuesto, como para tantos otros, no está específicamente prevista en la LTRHA, por lo que, si se aplican de manera estricta las normas contenidas en el Código Civil, se generan dudas respecto a la operatividad de la falta del consentimiento del marido para impedir el funcionamiento de la presunción de paternidad.

Resulta evidente, por tanto, que aunque formalmente ha tratado de reconducirse una paternidad realmente determinada por consentimiento a una determinación conforme a las vías tradicionales establecidas en el código civil, evitando el establecimiento de una nueva clase de filiación, esta opción no da solución a todas las posibles cuestiones que la actual regulación puede generar. Veamos de manera más detenida los principales supuestos conflictivos.

### ***1.1. Los problemas en materia de determinación de la paternidad matrimonial: la operatividad de la presunción de paternidad en supuestos de inexistencia de consentimiento del marido***

En el ámbito de la filiación derivada de las TRA se plantean problemas por el hecho de que opere la presunción de paternidad matrimonial de manera automática. Dado que no existen reglas propias para la determinación de la filiación se siguen las reglas generales de determinación de la filiación por naturaleza contenidas en el Código Civil, a las que les resultan de aplicación determinadas especialidades. Por este motivo, cuando la usuaria de las técnicas está casada, resulta imprescindible recabar el consentimiento del marido para proceder a la inseminación, pues en el momento del nacimiento operará la presunción de paternidad y su marido quedará determinado como padre<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> En las discusiones parlamentarias acontecidas antes de la aprobación de la Ley se propusieron enmiendas respecto del art. 6.3 de la LTRHA de 2006, en el sentido de no exigir en todo caso el consentimiento del marido para que la mujer pudiese someterse a las TRA (lo que podría considerarse discriminatorio al limitarse la posibilidad de

Si el consentimiento se ha prestado, no suelen plantearse muchos problemas, sobre todo en el ámbito de la fecundación artificial homóloga, dada la coincidencia entre el elemento volitivo y el biológico. No obstante, si por cualquier causa el marido no presta el consentimiento, además de las consecuencias que puedan derivarse para el centro que realiza las técnicas, nos encontramos con un nuevo problema en materia de determinación de la paternidad, pues la presunción de paternidad opera de manera automática, y nada se prevé al respecto en la LTRHA ni, por supuesto, en el Código Civil.

Dada la falta de regulación expresa en la LTRHA, muchos autores consideran que la solución técnicamente más correcta parece la operatividad de la presunción de paternidad, pues la Ley remite a los sistemas de determinación establecidos en el Código Civil<sup>35</sup>. De hecho, ha llegado a afirmarse que la operatividad de la presunción de paternidad es la solución más acorde con el interés superior del menor, que es el que debe ser objeto de protección prioritaria<sup>36</sup>. Aunque desde una interpretación literal de la remisión a las reglas del Código Civil realizada por la LTRHA la solución anterior es la más adecuada, no deja de generarnos serias dudas que esta sea la preferible ni la que más se

---

acceder a las técnicas a la mujer casada respecto de la soltera, a la que no se le exige el consentimiento de su pareja), sino sólo a los efectos de que resultase de aplicación la presunción de paternidad matrimonial de los arts. 116 y ss. CC. En virtud de tal enmienda, si no se prestaba el consentimiento no se podría aplicar la presunción, aunque la paternidad podría ser inscrita por reconocimiento. Finalmente estas enmiendas, que incluían también la sustitución del término marido por el de cónyuge, para así adaptar la LTRHA a la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que ya se estaba tramitando, no fueron aceptadas, tal y como pone de manifiesto Nanclares Valle (2008).

<sup>35</sup> En este sentido se pronuncian Germán Zurriarán (2011: 211), para quien en los supuestos de fecundación artificial homóloga se producirá la determinación de la filiación medie o no medie el consentimiento del marido. Si no hay consentimiento del marido, en caso de fecundación heteróloga, la presunción de paternidad del marido opera, y se inscribirá el nacido como hijo matrimonial del marido de la madre, aunque este podrá impugnar su paternidad alegando que no consintió a las técnicas y que biológicamente no es hijo suyo. Para Pérez Monge (2011: 587), en supuestos de fecundación artificial homóloga el marido debe quedar determinado como padre, dada la coincidencia biológica, pero podrá reclamar una indemnización por los daños y perjuicios, morales y patrimoniales que el nacimiento le haya generado.

<sup>36</sup> En este sentido, Rivero Hernández (2010: 361) afirma que si se insemina a la esposa con semen del marido, aunque no medie consentimiento ni conocimiento del mismo, parece difícil negar el carácter matrimonial de la filiación. Y ello, no sólo porque genéticamente es del marido, «sino por ser el del hijo el interés preponderante, que puede ser atendido sin detrimento grave de otros intereses y principios».

adecúe al interés superior del menor. De hecho, compartimos aquellas opiniones que entienden que tal remisión no debe entenderse de manera literal, dado que puede dar lugar a soluciones absurdas e incoherentes, y que los principios contenidos en la LTRHA, en los que de hecho se prima la voluntad de ser padre sobre la verdad biológica, deberían prevalecer<sup>37</sup>. No obstante, somos conscientes de que esta postura no deja de ser una interpretación de la Ley muy forzada, en la que en definitiva se actúa como si realmente se hubiese creado un tercer tipo de filiación, aunque no haya sido así. De hecho, esta sería la solución que debería operar si se hubiese configurado la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida como un nuevo tipo de filiación en el que el principio de verdad biológica quedase subordinado a la voluntad de los padres, incluso en los supuestos de inseminación artificial homóloga, para evitar los problemas que puedan derivar de la falta de consentimiento<sup>38</sup>.

Aunque las nuevas reformas introducidas por la LRC parecen debilitar la operatividad de la presunción de paternidad, y pretenden asimilar la determinación de la paternidad matrimonial y la no matrimonial, lo cierto es que la presunción sigue operativa. De hecho, el aparente debilitamiento de la presunción de paternidad en realidad no hace más que confirmar su operatividad, pues se circunscribe a la imposibilidad de inscripción directa de la paternidad cuando esté vigente una presunción de paternidad y se pretenda la inscripción de una paternidad no matrimonial a través de declaración en el formulario oficial. Resulta evidente, por tanto, que tal flexibilización no llega

---

<sup>37</sup> Dados los problemas que pueden generarse por la determinación de una paternidad matrimonial en la que el marido no ha consentido a las técnicas, por el funcionamiento automático de las presunciones de paternidad en este ámbito, gran parte de la doctrina aboga por dar una mayor importancia al consentimiento en materia de reproducción asistida. En este sentido, Verdera Server (2007: 228-229), considera que en caso de inseminación artificial homóloga sin consentimiento del marido o del varón no casado, a pesar de la coincidencia biológica, deben aplicarse los principios propios de la LTRHA. En las páginas 269 y 270 reitera esta solución, y afirma que debe primar el elemento volitivo sobre el genético. No obstante, en las páginas 272 y 273, para los supuestos de inseminación artificial heteróloga existiendo matrimonio, afirma que el art. 7.1 de la LTRHA nos conduce al Código Civil, por lo que si se cumplen los requisitos del art. 116 CC, aunque el marido no sea padre biológico y no haya prestado su consentimiento, operará la presunción de paternidad, aunque será posible la impugnación de la paternidad por esa falta de consentimiento.

<sup>38</sup> Comparte esta opinión Lamm (2012: 83), quien afirma: «También en los casos de parejas casadas que recurren a las TRA homólogas la filiación debería determinarse por el consentimiento previamente prestado —como título propio— y no por la presunción de paternidad».

hasta el extremo que resultaría deseable para solucionar el conflicto que nos ocupa. Así, aunque resulte contradictorio con los principios contenidos en la LTRHA, en la que prima el elemento volitivo sobre el biológico, la solución técnicamente más correcta sería defender la determinación de la paternidad a favor del marido, y ello, incluso aunque la fecundación haya sido heteróloga, con lo que no existe coincidencia biológica. Como vemos, el resultado es que, por aplicación de las reglas de determinación contenidas en el Código Civil, quedará determinada una filiación a la que el marido no ha consentido, y que puede ser contraria al principio de veracidad biológica que preside el régimen de determinación de la filiación por naturaleza que regula ese cuerpo legal. En el epígrafe siguiente nos ocuparemos, también, de estudiar las posibilidades que existen para impugnar una paternidad así determinada.

### **1.2. Los problemas en materia de impugnación de la paternidad derivada de las técnicas de reproducción asistida**

#### **a) Los supuestos de inexistencia de consentimiento del marido**

Si se defiende que a pesar de la falta de consentimiento del marido resulta operativa la presunción de paternidad matrimonial, y que por tanto son de aplicación las normas contenidas en el Código Civil, el recurso a la impugnación judicial de la paternidad en los supuestos de fecundación homóloga así determinada resulta muy limitado, por no decir que es prácticamente nulo, dada la coincidencia biológica. Puesto que conforme a estas posturas la determinación de la filiación no se produce en base al consentimiento, sino a la presunción de paternidad matrimonial, no cabe la impugnación judicial, pues debe prevalecer el elemento biológico<sup>39</sup>. Sin embargo quienes defienden que debe hacerse una interpretación flexible de la remisión a las normas propias del CC realizada por la LTRHA, y otorgarle al consentimiento la importancia que verdaderamente tiene en este tipo de reproducción, afirman que la impugnación debería prosperar, a pesar de que concurra el elemento biológico, por las particulares características de esta filiación<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> En este sentido Germán Zurriarán (2011: 211), quien defiende que en los supuestos de inseminación artificial homóloga se producirá la determinación de la filiación medie o no medie el consentimiento del marido, y afirma que este marido no puede impugnar su paternidad.

<sup>40</sup> Verdera Server (2007: 277-278), expone que la situación es distinta según entendamos aplicable la normativa contenida en el CC o la que se deriva de los principios que subyacen a las normas especiales de la LTRHA. La aplicación del CC implicaría la desestimación de la pretensión impugnatoria, pero el autor entiende que estas reglas

De nuevo, esta última es la solución más acorde con la preponderancia del elemento volitivo que debería primar en la filiación derivada de las TRA. No obstante, resulta muy complicada de sostener, técnicamente hablando, si consideramos que nos encontramos dentro del ámbito de la filiación por naturaleza, regida por el principio de verdad biológica. Por este motivo parece que esta es la solución más conveniente mientras se aborda una reforma en profundidad del régimen jurídico de la filiación (en el que se contemple una nueva clase de filiación en la que el elemento volitivo sea el preponderante, y se regulen sus vías de determinación e impugnación), que se considera urgente e imprescindible para garantizar la seguridad y estabilidad imprescindibles en materia de filiación. Sin embargo, plantea problemas delimitar la acción que podría ejercitar el marido para impugnar la filiación, dado que la contemplada en el art. 136 CC tiene su fundamento en la falta de veracidad biológica, y las de los arts. 138 y 141 CC no procederían si se entiende que la filiación quedó determinada por la presunción de paternidad del art. 116 CC. No obstante, debería defenderse la posibilidad de ejercitar estas últimas, sobre todo a raíz de la reforma operada en el art. 138 CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, en la que ahora se establece que «el reconocimiento, y demás actos jurídicos que determinen conforme a la Ley una filiación matrimonial o no matrimonial [...]».

Si nos encontramos en el ámbito de la filiación matrimonial, pero la inseminación es heteróloga, la determinación de la filiación no varía, pues sigue operando la presunción de paternidad<sup>41</sup>. Si bien en este supuesto se plantean

---

deben acomodarse a las peculiaridades propias de la filiación derivada de las TRA, en la que el consentimiento tiene un peso fundamental. Por este motivo afirma que la impugnación debe estimarse, a pesar de la coincidencia genética. Lamm (2012: 83 nota 29), afirma: «Recurriendo a la analogía: si en la filiación por naturaleza el marido puede impugnar la paternidad cuando no es el padre biológico, en la filiación derivada de las TRA, fundada en el elemento volitivo, el marido podría impugnar la paternidad no consentida; de lo que se desprende que no se debería imponer la paternidad al marido que no consintió, aunque se haya utilizado —obviamente sin su consentimiento— su material genético, debiendo ser directamente el consentimiento el título de atribución de la paternidad».

<sup>41</sup> Ya se ha visto que incluso Verdera Server (2007: 272-273), que defiende la preponderancia del elemento volitivo sobre el biológico en los supuestos de inseminación artificial homologa existiendo matrimonio, para los supuestos de inseminación artificial heteróloga existiendo matrimonio afirma que el art. 7.1 de la LTRHA nos conduce al Código Civil, por lo que, si se cumplen los requisitos del art. 116 CC, aunque el marido no sea padre biológico y no haya prestado su consentimiento, operará la presunción de paternidad. No obstante, afirma que es posible la impugnación de la paternidad por esa falta de consentimiento.

menos dudas en relación a la posibilidad de impugnar la filiación matrimonial no consentida, pues la falta de coincidencia biológica permitirá el ejercicio de la acción de impugnación conforme a las reglas establecidas en el CC, y la falta de consentimiento permitirá la impugnación si se recurre a los principios que inspiran la LTRHA, en la que se da preponderancia al elemento volitivo sobre el biológico<sup>42</sup>. También podría considerarse que la acción deriva del art. 8.1 LTRHA aplicado *sensu contrario*, que impide la impugnación de la filiación matrimonial *cuando se haya prestado el consentimiento* a la fecundación con contribución de donantes. Si el marido no ha prestado el consentimiento, por tanto, no hay norma que le impida ejercitar la acción de impugnación, y la falta de coincidencia biológica permitirá que esta triunfe<sup>43</sup>.

Los problemas hasta ahora expuestos, relativos a la falta de consentimiento del marido a la utilización de las TRA, nada tienen que ver con las consecuencias que deben derivarse de un cambio en la voluntad del mismo, una vez consintió a la utilización de las técnicas. De hecho, los problemas expuestos hasta el momento carecen de regulación específica en la LTRHA, mientras el posible cambio de voluntad del marido o de la mujer, sí están específicamente regulados en la LTRHA.

El art. 8.1 de la LTRHA afirma que ni la usuaria de las técnicas ni su marido podrán impugnar la filiación matrimonial del nacido cuando hayan prestado su consentimiento a la fecundación artificial heteróloga. El precepto solo se ocupa de los supuestos de fecundación artificial heteróloga, porque los cambios de voluntad cuando la fecundación artificial es homóloga no plantean problemas, dada la coincidencia del elemento biológico y la existencia de consentimiento originario a la utilización de las TRA. No obstante, cabe defender la aplicación analógica de la prohibición contenida en este precepto al marido que consiente a una fecundación artificial homóloga, dado que si no es posible ejercitarla cuando el semen procede de donante mayores argumen-

---

<sup>42</sup> En este sentido, como ya se ha visto, Germán Zurriarán (2011: 211) mantiene que si no hay consentimiento del marido, en caso de fecundación heteróloga, la presunción de paternidad del marido opera, y se producirá la inscripción de la paternidad, aunque este podrá impugnar su paternidad alegando que no consintió a las técnicas y que biológicamente no es hijo suyo. Verdera Server (2007: 277), afirma que en este supuesto no concurren ni el elemento genético ni el volitivo, por lo que no hay razón para que se le atribuya el hijo, y la mera aplicación de los criterios contenidos en el Código Civil debe prosperar. También Alkorta Idiákez (2003: 242), opinión que comparte Farnós Amorós (2011: 96), quien se muestra partidaria de la posibilidad de impugnar atendiendo al doble argumento biológico y volitivo.

<sup>43</sup> En este sentido, Álvarez Sarabia (2015: 26).

tos existen para negarla cuando el material reproductor proviene del marido y este ha consentido<sup>44</sup>.

La limitación contenida en el art. 8.1 LTRHA resulta imprescindible para un normal funcionamiento del sistema y para preservar la estabilidad del estado civil de filiación, que es una manifestación más del interés superior del hijo. Si no existiese, dada la remisión del art. 7.1 LTRHA a las leyes civiles, y por tanto a normas dictadas para la filiación por naturaleza (con preponderancia de la verdad biológica), sería perfectamente posible que el determinado como padre cambiase su voluntad, una vez ha consentido, y plantease una acción de impugnación de la filiación que sería inevitablemente estimada, dada la falta de coincidencia entre la relación jurídica de filiación y la biológica. La imposibilidad de que el marido pueda cambiar su voluntad e impugnar una filiación derivada de fecundación artificial heteróloga tiene su fundamento en la necesaria estabilidad de la filiación, así como en la imposibilidad de actuar contra los propios actos, por una incuestionable necesidad de coherencia. En definitiva, lo cierto es que en la filiación derivada de las TRA debe primar el consentimiento sobre el elemento biológico<sup>45</sup>. Tal consecuencia no hace más que corroborar que en estos casos no tiene sentido considerar la filiación como una filiación por naturaleza, cuando el elemento fundamental para la determinación de la filiación radica en la voluntad.

En coherencia con el hecho de que el fundamento último de la determinación de la filiación derivada de TRA sea el consentimiento de quienes vendrán determinados como padres, debe considerarse posible la impugnación de la paternidad cuando el consentimiento se haya prestado viciado. Por este motivo debería admitirse la impugnación cuando el padre haya otorgado consentimiento para un tipo de inseminación, por ejemplo la homóloga, y posteriormente la fecundación tuviese lugar con el material reproductor de tercero. Aunque en la actualidad no existe régimen jurídico específico ni en la LTRHA ni en el Código Civil, lo que sería deseable de *lege ferenda*, no parece que exista problema en considerar aplicables las acciones contenidas en los arts. 138 y 141 CC, en las que la realidad biológica resulta totalmente indiferente<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Comparte esta opinión Verdera Server (2007: 277). Rivero Hernández (2010: 360) también considera aplicable el art. 8.1 a la fecundación artificial con semen del marido.

<sup>45</sup> Tal y como también pone de manifiesto Álvarez Sarabia (2015: 24).

<sup>46</sup> También considera posible la impugnación por estos motivos Verdera Server (2007: 276 y 304).

b) *Los supuestos de impugnación de la paternidad por el varón no casado*

La posibilidad de impugnar la paternidad derivada de la utilización de TRA en casos de paternidad no matrimonial resulta dudosa desde el principio dado que, a diferencia de lo que ocurre en la filiación matrimonial, en este caso no operan las presunciones de paternidad. La falta de operatividad de las presunciones implica que la determinación de la paternidad no sea automática, se requiere la manifestación de algún tipo de consentimiento a la determinación, sin el que no sería posible establecer paternidad alguna de manera extrajudicial. Tal y como se ha defendido, en estos supuestos no puede determinarse padre del nacido al varón si no hay consentimiento, incluso aunque haya coincidencia biológica<sup>47</sup>. Así, para que la impugnación en estos casos sea viable, se requerirá que se ataque el medio de determinación al que el determinado como padre ha prestado su consentimiento: la declaración conforme en el formulario oficial, el reconocimiento o la no oposición al expediente registral, pues son los mecanismos establecidos en la LRC 20/2011 y en el art. 120 CC para que quede determinada tal paternidad. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de la filiación matrimonial, en el que el fundamento de la impugnación radica en una presunción legal erróneamente establecida, en este caso el fundamento de la impugnación radica en la falta de veracidad de lo afirmado o establecido en la declaración, reconocimiento o expediente gubernativo.

Si el consentimiento se ha prestado, y nos encontramos en el ámbito de la impugnación de la paternidad no matrimonial homóloga, las posibilidades de triunfo, de acuerdo a la reglamentación del CC, son prácticamente nulas, dado que sí existe coincidencia entre la verdad formal y la biológica. Tampoco cabrá la impugnación atendiendo a los principios establecidos en la LTRHA, dado que en la misma resulta fundamental el elemento volitivo para la determinación de la paternidad, y el varón ha tenido que prestar consentimiento para que se produzca la determinación. Atendiendo a este último criterio la

---

<sup>47</sup> Tal es la opinión de Germán Zurriarán (2011: 211-212), quien afirma: «Si no hay consentimiento del varón no casado en el caso de fecundación homóloga, el nacido no podrá ser considerado como hijo suyo, por falta del elemento volitivo que la ley exige. En este caso, el dato biológico no es suficiente». Respecto de la determinación de la paternidad no matrimonial en supuestos de fecundación heteróloga mantiene: «Si no hay consentimiento del varón no casado en el caso de fecundación heteróloga, al no existir como en el caso de usuaria casada, la presunción de paternidad, sólo el consentimiento del varón no casado a la fecundación de una mujer con semen del donante puede servir para atribuir la paternidad: la inexistencia de tal consentimiento determina la no atribución de paternidad». También Verdera Server (2007: 296-297).

solución debería ser exactamente la misma con independencia de que la fecundación sea homóloga o heteróloga, aunque, como ya se ha visto, la solución pueda ser distinta si se considera aplicable el régimen jurídico establecido en el Código Civil, pues en este prima el principio de verdad biológica.

La posibilidad de acudir al régimen propio del Código Civil derivaría de que el art. 8.1 LTRHA solo impide la impugnación de la paternidad determinada con contribución de donante en el supuesto de filiación matrimonial, pues hace referencia a la mujer progenitora y al marido. No obstante, podría defenderse la aplicación analógica de este precepto al problema que nos ocupa, dado que existe identidad de razón, en ambas situaciones, para negar la acción impugnatoria a quien previamente ha consentido a la utilización de las TRA: que el elemento volitivo es el determinante de la paternidad<sup>48</sup>.

Por estos motivos la postura más adecuada, mientras se procede a la regulación completa de estos supuestos, es la de aquel sector doctrinal que entiende que la impugnación no cabe si el varón conocía la existencia de las técnicas, salvo que haya prestado el consentimiento a una determinada técnica y la fecundación haya tenido lugar a través de otra, o a través de fecundación natural, con independencia de que la fecundación sea homóloga o heteróloga<sup>49</sup>.

c) *La acción de impugnación interpuesta por el hijo mediando consentimiento del padre a las TRA*

Otro de los grandes problemas que plantea la remisión del art. 7.1 LTRHA a la legislación civil, por la falta de regulación expresa en la propia LTRHA, es que el art. 8.1 LTRHA veda la posibilidad de impugnación de la filiación matrimonial determinada, existiendo consentimiento del marido, a la usuaria de las técnicas y al propio marido, pero no al hijo, legitimado en virtud del art. 137 CC. La imposibilidad de ejercitar la acción de impugnación por parte del hijo tampoco se prevé en los supuestos de filiación no matrimonial, por lo que también resultarían de aplicación las normas contenidas en el Código Civil. El problema radica en que si consideramos aplicable el régimen propio del CC y la fecundación es heteróloga, por lo que no hay coincidencia entre la relación jurídica de filiación y la biológica, la acción sería posible y debería triunfar<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> La mayor parte de la doctrina comparte la posibilidad de aplicar a este supuesto el art. 8.1 LTRHA, por la vía de la analogía. Por todos, Verdura Server (2007: 303).

<sup>49</sup> En este sentido, también, *ibid.* (299 y 304).

<sup>50</sup> En este sentido, manteniendo que el art. 8.1 LTRHA establece la imposibilidad sólo respecto de los cónyuges, y que el hijo podría ejercitar la acción de impugnación, Iniesta Delgado (2011: 787).

Buena parte de la doctrina entiende que tal posibilidad no cabría, y que deben trasladarse los principios que subyacen en la LTRHA para llegar a la misma conclusión defendida para la negación de la acción de impugnación a la usuaria de las técnicas y al marido o al varón que consintió. Así, si existió consentimiento del marido o del varón la impugnación no prosperará, pudiendo hacerlo en caso contrario<sup>51</sup>.

Aunque la solución más conveniente para la estabilidad del estado de filiación y el buen funcionamiento de la filiación derivada de estas técnicas es la negación de la posibilidad de impugnar al hijo, o el establecimiento de las causas concretas por las que puede hacerlo, se plantean serias dudas de que la solución defendible con la regulación actual sea negarle la posibilidad de impugnar. La LTRHA no prevé nada al respecto, y todas las excepciones al régimen general que contiene están basadas en la prestación de un consentimiento por parte de los afectados, o en la falta de prestación del mismo. En este sentido resulta evidente que el hijo no consiente, y que por el mismo motivo tampoco actúa contra sus propios actos. Por lo expuesto, parece que la única base legal para negar tal posibilidad al hijo sería entender que realmente existe una nueva clase de filiación, cuyo fundamento radica en la manifestación de la voluntad de los que quedan determinados como padres, sin que exista relevancia alguna del elemento biológico ni de la voluntad del hijo. Sin embargo, en la situación actual, si la filiación derivada de las TRA, se considera incluida dentro de la filiación por naturaleza, y si no se priva de la acción de impugnación al hijo, más bien al contrario, se le concede por la remisión a las normas del CC, no parece que exista argumento, en buena técnica jurídica, para privarle de la acción.

Esta postura parece incluso más clara si el hijo conociese la identidad del donante y reclamase, conjuntamente con la impugnación, la determinación de tal paternidad genética<sup>52</sup>. El art. 8.3 LTRHA afirma que la revelación de la identidad del donante en los supuestos que proceda conforme al art. 5.5 LTRHA no implica determinación legal de la filiación. Desde luego, tal afirmación no genera dudas desde el punto de vista de que por sí misma no lo implica, pero ¿y si el hijo llega a conocer la identidad del donante y reclama judicial-

<sup>51</sup> Por todos Verdera Server (2007: 278).

<sup>52</sup> Recuérdese, en este sentido, que la jurisprudencia ha proclamado reiteradamente la prevalencia de la acción de reclamación, puesto que no se trata de un supuesto común de acumulación de acciones, con los beneficios que tal interpretación genera desde el punto de vista de la legitimación y el plazo para su ejercicio. Así lo confirma García Vicente (2015: 218), quien recuerda, por otra parte, que es la preponderancia de la verdad biológica la que justifica la prevalencia del más beneficioso régimen de la acción de reclamación sobre el de la impugnación.

mente la paternidad en base a ese principio de verdad biológica.<sup>53</sup> La negativa a esta posibilidad, con la regulación actual, no parece ni mucho menos clara<sup>54</sup>. Las afirmaciones relativas a que se trataría de una mera acción declarativa, sin efectos en relación al vínculo jurídico de filiación, y las justificaciones a esta postura dadas desde el punto de vista ético o moral no nos parecen jurídicamente convincentes, aunque puedan compartirse<sup>55</sup>. Es por todos conocida la existencia de resoluciones judiciales, poco comprensibles desde el punto de vista ético o moral, en las que el principio de verdad biológica sirve de fundamento para privar de la condición de padre legal a quien durante toda una vida ha actuado como tal, y deja de serlo, incluso cuando el hijo ya es mayor de edad, por la intempestiva reclamación de paternidad del verdadero padre biológico, que hasta ese momento se había desentendido del hijo<sup>56</sup>. De hecho, no han sido excepcionales las resoluciones judiciales que identifican el interés del menor con que quede determinada su verdadera filiación biológica, máxime cuando es el hijo menor el que realiza la reclamación<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> No pretende ponerse en consideración la constitucionalidad del anonimato del donante, cuestión por otra parte ya resuelta por la STC 116/1999, de 17 de junio, ni que tal anonimato se configure como un límite al principio de prevalencia de la verdad biológica, sino la falta de previsión de situaciones que, aunque excepcionales, pueden llegar a producirse, dado que la configuración del anonimato del donante en nuestro ordenamiento jurídico no es absoluta.

<sup>54</sup> En este sentido Verdera Server (2007: 304) afirma que hay que admitir que el hijo estaría legitimado para el ejercicio de la acción, al igual que el resto de legitimados por el Código Civil, aunque considera que no debería prosperar la impugnación si medio el consentimiento. No obstante, el autor critica duramente el planteamiento de la LTRHA, pues considera que debería haber establecido que en caso de concurrir consentimiento a la fecundación no cabe que prospere la impugnación.

<sup>55</sup> Herrera Campos (2010: 119-120).

<sup>56</sup> Es el caso, por ejemplo, de la STS 3 de diciembre de 14, comentada por Quicios Molina (2015: 270-284), para quien el legislador reforma el art. 133 CC precisamente para evitar casos como el resuelto por esta Sentencia, al que considera que se le podría haber dado otra solución incluso antes de la reforma legal. Así lo manifiesta, también, el voto particular de la misma, que entiende que el actor carece de legitimación activa en el proceso porque no tiene interés legítimo para accionar.

<sup>57</sup> En este sentido, García Vicente (2015: 210-211), recuerda que el principio del interés superior del hijo no tiene un carácter unívoco, y tiene contenido distinto según sea mayor o menor de edad. Así, puede manifestarse en el interés en la «veracidad», que se conecta con el conocimiento de la verdad biológica. El segundo aspecto es el interés en la «protección», que es el que justifica desde la perspectiva constitucional la consideración de la realidad biológica que subyace a la relación de filiación. Y el tercer aspecto

Así, parece imprescindible incluir un precepto que regule la legitimación del hijo para la impugnación de la filiación derivada de las TRA, negándosela de manera expresa o estableciendo las causas que le permiten ostentar legitimación para su ejercicio, pues podría concedérsele, por ejemplo, si el consentimiento de quien aparece determinado como padre se hubiesen prestado con algún vicio de consentimiento.

## 2. LA DETERMINACIÓN DE LA SEGUNDA MATERNIDAD: LO QUE SE HA HECHO, LO QUE NO SE HA HECHO, Y LO QUE SE PODRÍA HABER HECHO

Como se ha dicho, por el momento y mientras se mantenga la prohibición de la determinación de la maternidad a través de la vía de la gestación por sustitución, la determinación de la maternidad de la madre gestante en nuestro ordenamiento jurídico se produce por el hecho del parto y por la constatación de la identidad del hijo. No obstante, como ya se ha apuntado, tras la introducción de un tercer párrafo en el art. 7 LTRHA se posibilita la determinación de una segunda maternidad en favor de la cónyuge de la usuaria de las TRA. Tal posibilidad resulta una absoluta novedad en nuestro ordenamiento jurídico, y una completa ruptura con el principio de veracidad biológica, aunque legalmente se insista en considerarla un tipo más de filiación por naturaleza<sup>58</sup>. De hecho, a la vista de la citada reforma, en la que ya de manera evidente se estaba introduciendo un nuevo título de determinación basado en el mero elemento volitivo, podría parecer que la independización de la filiación derivada de las TRA y la filiación por naturaleza era un hecho inmediato.

No ha sido así. Se introduce una modificación parcial, que trata de paliar los problemas e insuficiencias que se hacen evidentes en una sociedad que avanza mucho más rápido que la legislación, sin que esta se enfrente a la honda reforma que resulta necesaria en el ámbito de la filiación. La mala técnica legislativa se pone de manifiesto desde el principio, pues se introduce una modificación de este calado por una norma que nada tiene que ver con la

---

es la «estabilidad» de la filiación declarada, que se traduce en que no pueda debatirse indefinidamente la filiación legalmente establecida.

<sup>58</sup> En este sentido Nanclares Valle (2008) afirma: «[...] la realidad es que no estamos ante una nueva filiación, de origen legal y fundada en un origen voluntarista y no biológico de los vínculos materno-filiales (de haberse previsto con tal naturaleza jurídica, no habría problema alguno y sólo cabría admitirla), sino ante una filiación aparentemente natural, de origen biológico».

determinación de la filiación, ni con la filiación misma, concretamente por la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas<sup>59</sup>.

Por otra parte, la reforma introducida resulta incoherente con el régimen legal de la filiación por naturaleza<sup>60</sup>, con el principio de incompatibilidad de filiaciones contradictorias<sup>61</sup>, y limita injustificadamente la determinación de la segunda maternidad a los matrimonios de mujeres<sup>62</sup>. Resulta sorprendente

---

<sup>59</sup> Destacan la mala técnica legislativa de la que una vez más adolece nuestro sistema, Tomás Martínez (2010), Díaz Martínez (2007: 78) y Farnós Amorós (2015: 10-11).

<sup>60</sup> En las discusiones parlamentarias acontecidas antes de la aprobación de la Ley se propusieron enmiendas respecto del art. 6.3 de la LTRHA de 2006, en el sentido de que se adaptasen los términos de la LTRHA a la modificación del CC en materia de Derecho a contraer matrimonio, que ya se estaba tramitando, sustituyendo el término marido por el de cónyuge, tal y como pone de manifiesto Nanclares Valle (2008). No obstante estas enmiendas no fueron aceptadas, con argumentaciones que ponen en evidencia que se era consciente de las complicaciones y faltas de coherencia que generaba introducir la filiación derivada de las TRA dentro de la filiación por naturaleza. En el *Diario de Sesiones* de las Cortes Generales, n.º 310, de 19 de abril de 2016 (Comisión de Sanidad y Consumo), págs. 7 y 10, consta como no se admiten las enmiendas porque «evidentemente no las podemos aceptar porque la referencia normativa se basa en los arts. 108 y 116 del Código Civil, que sólo reconoce la filiación por dos motivos: la natural —o sea, por motivos biológicos, la generación— o por adopción, y esas enmiendas 15 y 16 hacen referencia al art. de la filiación». A lo que se responde por el senador Espasa, en la pág. 10: «Es evidente que queda un pecado por resarcir, y es la modificación del Código Civil», haciendo referencia a la necesidad de modificar el Código Civil cuando se modifican o introducen normas «revolucionarias», así, continúa argumentando que tras las aprobación de grandes leyes «hay que aplicarse al trabajo concreto de modificar tradiciones jurídicas seculares, como es la del Código Civil».

<sup>61</sup> Tal y como se desarrollará en el último epígrafe.

<sup>62</sup> Consideran discriminatorio el precepto por esta razón, entre otros muchos: Nanclares Valle (2008), al afirmar que «su constitucionalidad me parece dudosa, pues creo que establece una distinción irrazonable entre las parejas de hecho y los matrimonios, ya que en un caso como este no veo por qué el matrimonio de dos mujeres ha de suponer un plus de veracidad, respecto de la mera pareja de hecho, a la hora de determinar la filiación natural del hijo así nacido. Dado que en ambos casos estaríamos ante un medio de determinación de origen puramente legal y basado en la voluntad de quien aspira a ser madre, la diferencia de trato no me parece justificada». También, Verdura Server (2007: 285), Díaz Martínez (2007: 107 y 108), Farnós Amorós (2015: 11) o Jiménez Martínez (2014). No comparte esta postura, sin embargo, Barber Cárcamo (2014:105).

la exclusión a las parejas hecho de mujeres contenida en el precepto, cuando el art. 7.3 LTRHA se introdujo para tratar de paliar la discriminación que se producía entre los matrimonios entre personas del mismo sexo y los tradicionales, al tener que acudir los primeros a la adopción para la determinación de la segunda maternidad, en supuestos de fecundación artificial heteróloga, mientras los matrimonios tradicionales veían determinada la paternidad del marido por naturaleza a pesar de la falta de coincidencia biológica<sup>63</sup>.

Parece oportuno ampliar el alcance del art. 7.3 LTRHA a los supuestos de parejas de mujeres no casadas. No termina de comprenderse la renuencia

---

<sup>63</sup> Los matrimonios tradicionalmente admitidos en nuestro ordenamiento jurídico podían usar las vías de determinación de la paternidad por naturaleza contenidas en el Código Civil, mientras que los matrimonios de parejas del mismo sexo debían acudir a la adopción. La razón de la discriminación radicaba en que el supuesto de hecho regulado de manera diferente era idéntico, pues en los supuestos de inseminación artificial heteróloga no existe verdad biológica en la determinación de la paternidad del marido de la usuaria, como no lo existe en la determinación de la segunda maternidad. Esta discriminación deriva de que el art. 6.3 de la LTRHA requiera el consentimiento del marido para que la mujer pueda acceder a las técnicas, y no el consentimiento del cónyuge en general, sea cual sea su sexo. Al no constar el consentimiento de la cónyuge a las técnicas, no se podía determinar la segunda maternidad a través del elemento volitivo, y evidentemente tampoco a través de las presunciones de paternidad (que tienen una base biológica), por lo que se exigía que la filiación quedase determinada a través de la adopción. No obstante, en menos de un año desde la promulgación de la LTRHA se adoptó una medida reparadora, para evitar que hubiera que acudir a la adopción. Tras aprobarse la norma sin tener en cuenta las enmiendas sugeridas respecto a la modificación del art. 6.3 LTRHA, la repercusión mediática que tuvieron distintos intentos de que quedara inscrita una segunda maternidad por naturaleza sin necesidad de acudir a la adopción —tal y como documenta Nanclares Valle (2008)—, fructificaron en que poco más de 11 meses después de la aprobación de la LTRHA (el 26 de mayo de 2006), esta se modificara, introduciendo un nuevo párrafo 3.º en art. 7 LTRHA, por la disposición adicional 1.ª de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. La solución no pasa por la modificación del art. 6.3 LTRHA, sino que se adopta una solución de compromiso, permitiendo que la segunda maternidad quede determinada por el mero consentimiento de la cónyuge de la usuaria, manifestado ante el encargado del Registro Civil, con anterioridad a que se hubiese producido el nacimiento. Dado que sigue sin exigirse a la cónyuge de la usuaria el consentimiento a las técnicas, se requería un consentimiento posterior al sometimiento a las técnicas pero anterior al nacimiento. El momento temporal en el que debe emitirse el consentimiento, como se verá, vuelve a ser reformado con posterioridad, y se suprime el requisito de que deba prestarse ante el encargado del Registro Civil.

a este último paso por parte de la legislación, máxime cuando la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ya reconoce el papel de la voluntad procreacional como fundamento de la determinación judicial de la maternidad legal, aunque formalmente lo haga a través de la vía del art. 131 CC y de la posesión de estado, considerando que esta viene reforzada por la existencia de un consentimiento conjunto a la TRA<sup>64</sup>. Sin entrar a valorar si la opción escogida resulta acertada, dado el papel otorgado a la posesión de estado (que es título de legitimación y no de atribución de la filiación), y dado que se aplica una acción de determinación pensada para supuestos de filiación basados en el principio de identidad biológica, lo cierto es que debe procederse a una modificación del precepto, dada la debilidad de los argumentos mantenidos para su restricción<sup>65</sup>. En este sentido, negar que las parejas de hecho de mujeres puedan proceder a la determinación de la segunda maternidad porque perjudica el interés superior del hijo, al carecer de la necesaria estabilidad (o del propósito de estabilidad), en definitiva implica exigirles que contraigan matrimonio para acceder a la segunda maternidad no adoptiva, lo que no se hace en los supuestos de parejas de hecho heterosexuales, aunque, por los mismos motivos, tampoco tendrían por qué tener tal estabilidad<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> De la Fuente Núñez de Castro (2015: 16), mantiene que el carácter definitivo que el Tribunal Supremo otorga al consentimiento a la utilización de las TRHA, en las SSTS 5.12.2014 y 15.1.2014, deriva de que el criterio de la verdad biológica propio del Código Civil no responde a la realidad de los nuevos modelos de convivencia. En su opinión, la Sala contribuye a adaptar, por la vía de los hechos, el criterio voluntarista como principio rector del ejercicio de las acciones para la determinación de la filiación, pues éstas no han sido oportunamente reformadas tras la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>65</sup> En el mismo sentido se pronuncia gran parte de la doctrina. Por todos Farnós Amorós (2015: 25 y 26).

<sup>66</sup> En sentido contrario De la Fuente Núñez de Castro (2015: 13), afirma que no es consecuente afirmar la violación del principio de igualdad cuando las mujeres han podido contraer matrimonio y no lo han hecho. En su opinión: «Si como consecuencia del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad se opta por una convivencia homosexual sin matrimonio por voluntad propia no debe tener el mismo alcance respecto a los efectos de la determinación de la filiación cuando el vínculo matrimonial es efectivo. Si ambas mujeres tienen la voluntad de que el nacido se inscriba como hijo legal de ambas, la ley les da esta posibilidad siempre y cuando medie vínculo matrimonial entre ellas. Si deciden no contraer matrimonio, pudiendo hacerlo, no podrán beneficiarse de una opción que la ley únicamente contempla en caso de matrimonio entre las convivientes».

### 2.1. El consentimiento de la cónyuge de la usuaria de las TRA: un nuevo título de determinación basado en el mero elemento volitivo

La regulación concreta contenida en el art. 7.3 LTRHA resultaba, y resulta tras su modificación, muy discutible en cuanto a los requisitos establecidos para que pueda procederse a la determinación de la segunda maternidad. Como se ha visto se requiere el consentimiento de la segunda madre. Tal exigencia de consentimiento resulta imprescindible, dada la inoperatividad de las presunciones de paternidad en estos supuestos<sup>67</sup>.

Aunque pueda parecer una obviedad, resulta importante precisar que la determinación de la filiación por el consentimiento resulta mucho más beneficiosa para la estabilidad de la filiación derivada de las TRA que la determinación a través de una mera presunción *iuris tantum*, dado que de esta manera no cabe la impugnación de la presunción, que no olvidemos está basada en una identidad biológica que no existe<sup>68</sup>. Por este motivo, la solución idónea es requerir la prestación de un consentimiento que cree la filiación y que resulte vinculante para quien lo emite, para asegurar esa necesaria estabilidad de la filiación, y garantizar el interés superior del menor. Tal exigencia, que ya cumple el art. 7.3 LTRHA<sup>69</sup>, debería generalizarse para todos los supuestos de

---

<sup>67</sup> También considera que el consentimiento del art. 7.3 LTRHA, tiene su razón de ser en la falta de operatividad de la presunción de paternidad Nanclares Valle (2008), quien lo asimila al exigido por el art. 8.2 LTRHA en este sentido, aunque los diferencia porque el contenido en el art. 7.3 es concebido por la LTRHA como un auténtico medio de determinación de la maternidad, mientras que el consentimiento a las técnicas regulado por el art. 8.2 LTRHA no sirve para determinar por sí mismo la paternidad, sino que requerirá del reconocimiento del varón no casado con la usuaria de las técnicas. Farnós Amorós (2015: 12-13) precisa que la presunción «no se basa en quien es progenitor, sino en quien tiene más probabilidades de serlo. Por tanto, no necesariamente existe una base biológica, aunque en las parejas heterosexuales sea precisamente su posible existencia lo que justifica el juego de la presunción».

<sup>68</sup> En el mismo sentido Farnós Amorós (*id.*) afirma: «La necesidad biológica, en las parejas del mismo sexo, de que una persona ajena a la pareja y de distinto sexo aporte sus gametos para la fecundación desaconseja, de entrada, el recurso a un sistema basado en presunciones pues, como sucede en las parejas heterosexuales que recurren a la fecundación heteróloga o con gametos de donante, la filiación resulta de una ficción legal. Una vez otorgado, el mismo es vinculante, a diferencia de lo que sucede con un sistema de presunciones, susceptible de destrucción si se prueba la ausencia de base biológica.».

<sup>69</sup> Comparte esta opinión Díaz Martínez (2014). También en (2007: 86-87). En el mismo sentido, lo considera título de determinación, Barber Cárcamo (2014:112).

filiación derivada de las TRA, ya se trate de paternidad o de segunda maternidad, estableciendo que es el citado consentimiento el que establece la filiación.

Este consentimiento, en la versión original del art. 7.3 LTRHA, debía manifestarse ante el encargado del Registro Civil<sup>70</sup>. Que el consentimiento tuviese que prestarse ante el encargado del Registro, y no por cualquier otra vía como podía ser la notarial, ha sido objeto de críticas. Ello, porque lo que determina la segunda maternidad es el consentimiento, y no la forma del mismo, de manera que podría haberse optado por dar validez a los manifestados en documento público, o al formalizado ante el centro de reproducción asistida<sup>71</sup>. De hecho, dado que se exige el consentimiento a las técnicas al marido de la usuaria, y se tiene en cuenta el prestado por el varón no casado para que pueda determinarse su paternidad, en aras de la simplificación y homogenización de las vías de determinación de la filiación derivada de las TRA, podría ser este el que se hubiese optado por tomar en consideración, equiparando los requisitos de consentimiento en todos los supuestos<sup>72</sup>. Incluso podría haberse ido un poco más allá y establecer por fin que la determinación de estas filiaciones se produce por obra de ese consentimiento, sin que la presunción de paternidad tenga virtualidad alguna. Sin embargo, tal opción no se toma y, como se ha dicho, la versión original del art. 7.3 LTRHA exige la prestación del consentimiento ante el encargado del registro, y en un momento posterior a la realización de la técnica pero anterior al nacimiento.

a) *El momento temporal en el que debe ser exigido el consentimiento de la cónyuge de la usuaria*

En relación con el momento temporal en el que se exigía la prestación del consentimiento por la versión original de art. 7.3 LTRHA, se ha señalado la falta de coherencia que implicaba exigir que el consentimiento se prestase

---

<sup>70</sup> Como justificación a los requisitos formales exigidos por el precepto al consentimiento de la segunda madre ha tratado de equipararse este consentimiento con el regulado por el art. 118 CC, en el que marido y mujer deben prestar su consentimiento para que pueda determinarse la filiación matrimonial respecto del nacido, cuando por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges no estuviese vigente la presunción de paternidad. En este sentido, Jiménez Martínez (2014).

<sup>71</sup> Manifiesta esta crítica, por ejemplo, Farnós Amorós (2015: 13).

<sup>72</sup> Comparte esta opinión Tomás Martínez (2010), para quien la equiparación legal de los matrimonios implica que el consentimiento previo a las técnicas sea exigido tanto a la cónyuge mujer como al cónyuge hombre.

antes del nacimiento, pero que no se otorgase validez al manifestado con ocasión de la aplicación de las técnicas<sup>73</sup>.

Por otra parte, lo cierto es que se constataba que los Registros Civiles mantenían prácticas no uniformes en lo relativo a la exigencia de este requisito. Así, algunos exigían de manera estricta la prestación del consentimiento ante el encargado del Registro antes del nacimiento, mientras que otros admitían el consentimiento prestado después del mismo<sup>74</sup>. De hecho, la propia DGRN, en la Resolución de 22 de mayo de 2008, admitió la inscripción de la segunda maternidad matrimonial de un nacido, basado en expediente de reconocimiento de filiación materna no matrimonial tramitado con posterioridad al nacimiento. La Resolución llega a afirmar que el hecho de que la declaración fuese en un momento posterior al nacimiento no altera la finalidad pretendida con el art. 7.3 LTRHA.

Además, la deficiente información sobre el momento en el que debía prestarse el consentimiento, y el hecho de que en muchas ocasiones ya se hubiese prestado ante el centro, generó que existiesen numerosas mujeres que desconocían la necesidad de prestarlo antes del momento en el que se procedía a la inscripción del nacido<sup>75</sup>.

Tal vez por la caótica situación anterior, por las múltiples críticas al momento temporal de la manifestación del consentimiento, o por el desconocimiento general del mismo, el precepto vuelve a reformarse por la Ley de Reforma Administrativa en el Ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Esta Ley modifica el art. 7.3 LTRHA e introduce un nuevo art. 44.5 LRC, con la consecuencia de que se permite a la mujer casada consentir a la determinación de la segunda maternidad una vez el hijo ha nacido. Desaparece, por tanto, la exigencia de la prestación del consentimiento ante el

---

<sup>73</sup> Nanclares Valle (2008), afirma: «Al no resultar aplicable una presunción de segunda maternidad, tal consentimiento de la esposa de la usuaria no va a tener consecuencia alguna en materia de filiación, razón por la cual no se exige el mismo con carácter previo al empleo de la técnica. Es por ello que la reforma introducida por la Ley 3/2007 ubica el consentimiento de la citada esposa en un momento posterior al uso de las técnicas y anterior al nacimiento, aspecto este último que puede merecer crítica pues no se ve por qué limitar temporalmente la determinación de una filiación que sabemos que, con la tolerancia legal, es de origen puramente voluntario». En el mismo sentido Farnós Amorós (2015: 15) y Díaz Martínez (2007: 83).

<sup>74</sup> Tal y como pone de manifiesto Tomás Martínez (2010).

<sup>75</sup> En el mismo sentido Tomás Martínez (2010). También, Corera Izu (2016), pone de manifiesto los problemas que se habían venido originando como consecuencia de defectuosos asesoramientos de estas mujeres, que desconocían la exigencia de que se manifestase el consentimiento con anterioridad al nacimiento.

encargado del Registro, y se posterga la posibilidad de la prestación del consentimiento a un momento posterior al nacimiento.

Al margen de que resulta criticable que se siga manteniendo el requisito del matrimonio, de que la opción escogida para la prestación del consentimiento sea discutible, y que resulte imposible seguir considerando que la filiación derivada de las TRA se incardina dentro de la filiación por naturaleza, la reforma nos parece una mejora respecto de la situación anterior, dado que el momento temporal daba lugar a multitud de conflictos, y carecía de toda lógica.

No obstante, compartimos con Farnós Amorós (2015) la opinión de que debe plantearse, de nuevo, la oportunidad de otorgar eficacia determinante al consentimiento expresado por la pareja de la usuaria de las TRA ante el centro de reproducción asistida, dada la facilidad probatoria y la certeza de su contenido, impidiendo a quien emitió el consentimiento retractarse del mismo, y posibilitando a quien no consintió impugnar su filiación<sup>76</sup>. En este sentido, la autora afirma que la posibilidad de consentir la filiación respecto de un ya nacido asimila el consentimiento a un reconocimiento, y que la opción escogida no guarda coherencia con la existencia de un proyecto parental previo al nacimiento, inherente al recurso a las TRA, que protege el interés del menor desde el momento de su nacimiento<sup>77</sup>.

Además, lo cierto es que suele exigirse la previa constatación del consentimiento a las técnicas por parte de la cónyuge de la usuaria, lo que deriva en una efectiva exigencia de un doble consentimiento para la determinación de la segunda maternidad. Tal exigencia de segundo consentimiento, como también se ha visto, existe hoy en día respecto de los varones no casados cuando la mujer se somete a una fecundación artificial heteróloga, por lo que en los únicos supuestos en los que no existe doble consentimiento es en el caso de los maridos, dada la operatividad de la presunción de paternidad.

---

<sup>76</sup> Farnós Amorós (2015: 13 y 14). A favor de que sea el consentimiento de la consorte de la madre biológica a las técnicas el que determine su filiación se pronuncia, también, Tomás Martínez (2010).

<sup>77</sup> Farnós Amorós (2015: 16). De la Fuente Núñez De Castro (2015: 18), de hecho, mantiene: «Podemos concluir afirmando que en la determinación legal de la filiación de la compañera de la madre biológica, independientemente de la procedencia del óvulo fecundado —de la propia gestante, de su compañera o de una donante ajena a ambas— la voluntad previa a la concepción en ambas mujeres, consecuencia de un proyecto de vida conjunta, podrá ser determinante a efectos de configurar jurídicamente la relación materno-filial superando con ello el criterio de la verdad biológica y genética propio del Código a favor de un criterio voluntarista; revolución conceptual que se está produciendo por la vía de los hechos, al margen de la concepción tradicional del Código Civil».

Si bien, la presunción de paternidad, como el resto de los mecanismos de determinación de la filiación por naturaleza, deben desaparecer en el ámbito de la determinación de la filiación derivada de las TRA, y desde el momento en el que dejen de resultar de aplicación carece de justificación alguna el mantenimiento de requisitos de consentimiento diferentes según nos encontremos en supuestos de matrimonios heterosexuales o entre personas del mismo sexo, dada la equiparación de efectos garantizada por el art. 44.2 CC y la absoluta identidad de razón existente en ambos supuestos. Por este motivo lo lógico es unificarlos, estableciendo unos requisitos comunes para esta nueva clase de filiación<sup>78</sup>.

En este sentido, quizá lo más adecuado sea exigir el consentimiento al cónyuge de la usuaria (sea cual sea su sexo) o al varón (o mujer) no casado, en el momento del sometimiento a las técnicas, convirtiendo ese consentimiento en un auténtico título de atribución de la filiación, con independencia de los sexos de los miembros del matrimonio y de la existencia o no del mismo. Con esta opción se evitarían los problemas derivados del fallecimiento del cónyuge o pareja de la usuaria antes del nacimiento, las eventuales retractaciones de la voluntad, y se equipararía el momento de otorgar el consentimiento, y su valor, tanto en la filiación matrimonial como en la no matrimonial.

Podría plantearse, no obstante, si es posible que la cónyuge que no consintió en el momento del sometimiento a las técnicas pueda posteriormente solicitar su inscripción como madre. Tal posibilidad, la única vía permitida en la actualidad, debería admitirse también, sin perjuicio de que no se considere un reconocimiento, sino otra vía de determinación, que no constituye una expresión de ciencia sino que manifiesta una voluntad, estableciéndose específicamente la imposibilidad de impugnar la filiación así determinada. La posibilidad de impugnación, no obstante, debería estar vedada de origen, dado que la paternidad o maternidad derivan de la mera voluntad, no de la coincidencia con una supuesta verdad biológica, y tal voluntad debe considerarse irrevocable, salvo que pueda acreditarse la existencia de vicios del consentimiento.

#### b) *La impugnación de la segunda maternidad*

La imposibilidad de impugnar la maternidad así determinada debe ser defendida incluso con la actual regulación, pues resulta evidente que la misma

---

<sup>78</sup> Díaz Martínez (2007: 83), afirma que la reforma legal operada en el párrafo 3.º del art. 7 LTRHA genera una posición jurídica diferente para el cónyuge de la usuaria de las técnicas según su sexo, y también para la propia usuaria, dado que su ámbito de autonomía personal en el ejercicio de su libertad reproductiva se amplía o se reduce dependiendo de si está casada con otra mujer o con un varón.

no deriva del elemento biológico, sino del volitivo, y aunque nada prevea de manera específica la LTRHA, pues sigue refiriéndose al marido de la usuaria, podría defenderse la aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA<sup>79</sup>. De hecho, compartimos la opinión que mantiene que la aplicación extensiva de este precepto se impone desde la entrada en vigor de la Ley 13/05<sup>80</sup>.

Sin embargo, la SAP de Baleares, de 5 de diciembre de 2012, en un supuesto en el que la madre biológica impugna la maternidad de su cónyuge (mujer), que había prestado el oportuno consentimiento a la determinación de la segunda maternidad (aunque se había realizado con posterioridad al nacimiento, antes del matrimonio, y sin que constase el consentimiento de la cónyuges a las TRA) afirma: «Así como en el supuesto de nacimiento de un hijo mediante técnicas de inseminación con donante o donantes en el seno de un matrimonio heterosexual, cuando el marido ha consentido previamente la técnica de reproducción utilizada, se prohíbe expresamente la impugnación de la filiación, existe laguna legal en relación a la misma acción ejercitada por la mujer gestante en contra de la mujer conviviente, cuando la filiación ha sido determinada por el consentimiento prestado por la segunda en el seno del expediente de inscripción del nacimiento del hijo alumbrado por la primera». De hecho, la Sentencia admite la impugnación de la maternidad, al considerar que el consentimiento determinante de la filiación, por ausencia de los requisitos formales exigidos, deviene ineficaz.

Resulta urgente, por tanto, para evitar supuestos como el resuelto por la SAP de Baleares, de 5 de diciembre de 2012, que se establezca de manera inequívoca que ni la usuaria de las técnicas, ni la mujer respecto de la que se determine la segunda maternidad, pueden posteriormente impugnarla, siempre que haya sido libremente consentida. La invocación posterior a la determinación, de la existencia de vicios formales que implican el incumplimiento de

---

<sup>79</sup> Díaz Martínez (2007: 83), entiende que existe en estos casos la identidad de razón necesaria para que opere la aplicación analógica de la prohibición de impugnación recogida en el art. 8.1 LTRHA, pues en ambos supuestos el elemento volitivo cumple la función de atribuir una maternidad o paternidad que es puramente formal, afectiva y educacional, pero no biológica, y debe entenderse en términos generales como irrevocable. Así, mantiene que «no parece deseable en absoluto en estos casos una maternidad provisional, no pudiendo quedar las relaciones de filiación basadas en la voluntad de asunción de los derechos y deberes propios de madre sujetas a la mutación caprichosa de tal deseo formalmente expresado. En este sentido, carecen de acción impugnatoria, a mi juicio, tanto la madre biológica como la que consintió ante el Encargado del Registro la asunción de la maternidad formal».

<sup>80</sup> En este sentido Farnós Amorós (2015: 17), quien critica que se mantenga intacta la obsoleta referencia al marido en el art. 8.1 de la LTRHA, y que no se previese su reforma en el proyecto de la Ley 19/15, de 13 de julio.

los requisitos establecidos en el art. 7.3 LTRHA parece inadmisibles, en virtud de la prestación del consentimiento generador de la filiación, del principio de estabilidad del estado civil de filiación, y del interés superior del menor<sup>81</sup>.

En sentido contrario, tal y como se mantuvo para los matrimonios heterosexuales, la falta de consentimiento de la cónyuge de la usuaria debe implicar la posibilidad de impugnar su maternidad, así como la existencia de error o vicios del consentimiento. En este sentido, debería permitirse la impugnación, por ejemplo, si *a posteriori* se descubriera que el nacimiento no deriva de fecundación artificial, sino de las relaciones sexuales habidas con un varón, dado que en ese caso el consentimiento está viciado de error<sup>82</sup>. Salvo que se proceda a regular una acción específica, la impugnación deberá hacerse a través de la vía del art. 138 CC, que remite al 141 CC. Esta acción permite la impugnación de los reconocimientos y demás actos jurídicos que determinen, conforme a la Ley, una filiación matrimonial o no matrimonial por la existencia de vicios del consentimiento, sin que deba entrarse a valorar la existencia de realidad biológica, por lo que el principio de veracidad resulta aquí totalmente irrelevante. No obstante, mientras procede a regularse una acción específica, la posibilidad de impugnación queda limitada a quien emite el consentimiento<sup>83</sup>.

Mayor complejidad, de nuevo, plantea pronunciarse sobre la legitimación del hijo para impugnar la segunda maternidad. *De lege ferenda*, una vez se admita que la filiación derivada de las TRA es una filiación distinta, basada en el elemento volitivo, parece que lo más adecuado, para el buen funcionamiento del sistema, es privar de manera expresa al hijo de la acción impugnatoria, si los consentimientos han sido prestados sin vicios del consentimiento<sup>84</sup>. Y ello, porque en estos supuestos estamos admitiendo la existencia de una clase de filiación que se constituye por la exclusiva voluntad de quienes vienen determinados como padres/madres. En favor de esta opción también puede predicarse la necesaria estabilidad de la filiación. Si bien, tal y como se defendió con ocasión de la legitimación impugnatoria de la madre, tal acción le corresponderá si la generación no obedeció a la aplicación de TRA, sino a la existencia de relaciones sexuales de la madre con otro varón, sobre todo en aquellos casos en los que se pretenda la determinación de la verdadera paternidad biológica<sup>85</sup>. En este caso, de hecho, deberían aplicarse las reglas propias

<sup>81</sup> En el mismo sentido, Díaz Martínez (2014).

<sup>82</sup> En el mismo sentido, Díaz Martínez (2007: 88-89).

<sup>83</sup> Comparte la opinión Farnós Amorós (2015: 17).

<sup>84</sup> En el mismo sentido Díaz Martínez (2007: 90-91).

<sup>85</sup> Así, también, Díaz Martínez (*Ibid.*, 88-89).

del CC, pues se tratará de verdadera filiación por naturaleza, y no de filiación derivada de TRA.

Dada la inexistencia de regla específica en la LTRHA en la actualidad, parece que debe acudir a la normativa propia del CC, con las limitaciones que contiene en lo relativo a la impugnación de una maternidad matrimonial, por lo que las posibilidades de impugnación por el hijo parecen muy limitadas. No obstante, como ya se dijo para los supuestos de matrimonios o parejas heterosexuales, si se le permitiera ejercitar las acciones del art. 140 CC, nos resulta dudosa la posibilidad de afirmar que la acción no triunfaría, dado que puede afirmarse que seguimos en el ámbito de la filiación por naturaleza, y que en realidad él no prestó su consentimiento ni actúa contra sus propios actos<sup>86</sup>. Si bien, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la impugnación de la paternidad por el hijo, en este caso podría esgrimirse que la LTRHA es más clara a la hora de configurar el consentimiento como un auténtico mecanismo determinante de la filiación.

## ***2.2. La determinación de la segunda maternidad y el principio de incompatibilidad de filiaciones contradictorias***

Para finalizar, debe dejarse constancia de que la introducción de la posibilidad de determinar la segunda maternidad se ha realizado, además, sin atender a la existencia del principio de incompatibilidad de filiaciones contradictorias.

Este principio viene recogido en el art. 113 párrafo segundo CC y su razón de ser es evidente. Puesto que uno de los principios fundamentales del régimen jurídico de la filiación contenido en el CC es el de verdad biológica, y dado que es imposible que tengamos dos padres o dos madres biológicos, no será posible determinar una nueva filiación paterna o materna en tanto exista determinada otra contradictoria. El art. 113.2 CC, aunque de nuevo confundiendo determinación y acreditación de la filiación, da preferencia a la filiación oficial, a la determinada legalmente, frente a la que se pretende determinar. Quien alega la nueva filiación está obligado a impugnar la filiación existente y contradictoria a través de una acción de impugnación o a ejercitar simultáneamente la de reclamación e impugnación (art. 134 CC), pues solo cuando la filiación oficial haya sido destruida podrá procederse a la determinación de la nueva.

El principio de incompatibilidad de filiaciones contradictorias, propio de la filiación por naturaleza, no afecta a la filiación adoptiva, dado que esta y la

---

<sup>86</sup> En el mismo sentido, Barber Cárcamo (2014: 123-124), para quien no existe justificación lógica ni de sistema para considerar al hijo vinculado por una declaración de voluntad que él no ha prestado, y que es manifestamente falsa.

natural no son contradictorias. Que exista una filiación natural determinada no impide que posteriormente se determine una filiación adoptiva y viceversa, que exista una filiación adoptiva no impide la posterior determinación de la filiación natural del adoptado sin destruir la primera. La razón radica en que la filiación adoptiva no tiene su fundamento en la relación biológica de generación, sino en el acto jurídico de la adopción, y no impide que exista una filiación natural previamente determinada. Además, debe tenerse en cuenta que, como regla general, la adopción supone la ruptura de los vínculos jurídicos con la familia anterior, de manera que nunca pueden resultar contradictorias.

Mayores problemas presenta la compatibilidad de este precepto con la posibilidad de determinar una segunda maternidad, en virtud de lo establecido en el art. 44.5 LRC de 2011 y en el art. 7.3 LTRHA, dada la incardinación de la filiación derivada de las TRA en la filiación por naturaleza.

La posibilidad de determinar la segunda maternidad sin tener que impugnar la primera pasa, de nuevo, porque configuremos la filiación derivada de las TRA como una filiación independiente de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento no radique en la verdad biológica, sino en el elemento volitivo. Esta opción permitiría que, de la misma manera que ocurre con la filiación por adopción, la filiación materna de la madre genética y la segunda maternidad derivada de las TRA no se consideren contradictorias, por lo que no tiene que procederse a la impugnación de la maternidad genética antes de la determinación de la segunda maternidad. De nuevo, cabe criticar que no se haya configurado la filiación derivada de las TRA como filiación autónoma, pero más criticable resulta que sin haber procedido a tal configuración, no se haya modificado el párrafo 2.º del art. 113 CC.

La jurisprudencia salva el problema afirmando que no existe contradicción entre ambas maternidades. Para ello enfatiza la importancia de la voluntad en la determinación de la filiación derivada de las TRA, afirmando que es ese elemento volitivo el que posibilita la «ficción legal» de permitir la coexistencia de dos filiaciones del mismo sexo (de dos maternidades), con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza. Con estos argumentos admite que pueda ejercitarse la acción de reclamación de la segunda maternidad, y que esta llegue a quedar determinada, sin necesidad de impugnar la que ya aparece en el Registro (así lo hacen la STS de 5 de diciembre de 2013 y la STS de 15 de enero de 2014)<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> En este sentido, De la Fuente Núñez de Castro (2015: 19) mantiene que «la perfecta comprensión de los pronunciamientos del TS que sirven como punto de reflexión no pueden ser encajados en el sistema que busca la identidad entre realidad biológica y jurídica o legal sino entre realidad social y jurídica lo que implica que el Derecho

## V. BIBLIOGRAFIA

- Alkorta Idiákez, I. (2003). *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: derecho español y comparado*. Navarra: Aranzadi.
- Álvarez Sarabia, M. (2015). Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. *Anales de Derecho*, 33 (1). Disponible en: [https://plu.mx/um/a/?repo\\_url=http://hdl.handle.net/10201/45888](https://plu.mx/um/a/?repo_url=http://hdl.handle.net/10201/45888).
- Barber Carcámo, R. (2014). Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, en *Derecho Privado y Constitución*, 28, 93 -136.
- Corera Izu, M. (2016). El asiento de nacimiento en la nueva Ley del Registro Civil. La problemática de la filiación. De la Cámara Álvarez, M. (2000). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 1. Madrid: Edersa.
- De la Fuente Núñez de Castro, M. S. (2015). Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs 5.12.13 y 15.1.2014. *Indret*, 1, 1-35. Disponible en: [http://www.indret.com/pdf/1108\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1108_es.pdf).
- Díaz Martínez, A. (2007). La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. *Derecho Privado y Constitución*, 21, 75-129.
- (2014). Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil Mercantil*, 1 (10), 37-50.
- Farnós Amorós, E. (2011). *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Madrid: Atelier Libros Jurídicos.
- (2015). La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología. *Anuario de Derecho Civil*, 68 (1), 5-61.
- García Vicente, J. R. (2015). La previsible reforma del Derecho de las acciones de filiación. *Derecho Privado y Constitución*, 20, 203-254.
- Germán Zurriarain, R. (2011). Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el Derecho comparado. *Cuadernos de Bioética*, 22, 201-214.
- Herrera Campos, R. (2010). La filiación nacida de las técnicas de reproducción asistida. En F. J. Sánchez Calero *et al.* *Curso de Derecho Civil: Derecho de Familia* (pp. 69-74). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Iniesta Delgado, J. J. (2011). La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (comps.). *Tratado de Derecho de Familia*, (t. V, pp. 735-860). Navarra: Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- Jiménez Martínez, M. V. (2014). Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo. *Actualidad Civil*, 7, 2.

---

de filiación ha de ser «un instrumento vivo, a interpretar a la luz de las condiciones actuales». Afirmación respaldada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de 12 de enero de 2006 (MIZZI contra Malta).

- 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*, 24, 76-91.
- Nanclares Valle, J. (2008). Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza. *Aranzadi Civil: Revista Quincenal*, 1, 2243-2270.
- Pérez Monge, M. (2011). Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida. En F. Lledó Yagüe (comp.). *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, ( t. I, pp. 578-615). Madrid: Dykinson.
- Quicios Molina, M. S. (2015). Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de filiación. *Derecho Privado y Constitución*, 29, 263-303.
- Rivero Hernández, F. (1988). La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial. En *La filiación a finales del S. XX Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones (II Congreso Mundial Vasco: Vitoria-Gasteiz 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987)* (pp. 141-170). Madrid: Trivium.
- (2000). *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2. Barcelona: Bosch.
- (2010). Filiación derivada de procreaciones asistidas. En J. L. Lacruz Berdejo *et al.* *Elementos de Derecho Civil IV. Familia* (pp. 355-367). Madrid: Dykinson.
- Tomás Martínez, G. (2010). El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil. *Actualidad Civil*, 7, 2.
- Ureña Carazo, B. (2016). Acciones de filiación en interés del menor: un análisis tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, 9, 1.
- Verdera Server, R. (2007). Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. En J. A. Cobacho Gómez (comp.). *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (pp. 211-304). Navarra: Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.