

La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea

DAVINIA CADENAS OSUNA

Profesora ayudante doctora (Acreditada a profesora contratada doctora)
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

RESUMEN

En el presente trabajo realizamos un examen en profundidad del régimen jurídico previsto para la determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el ordenamiento jurídico español, analizando tanto los requisitos legalmente exigidos para ello como la problemática que plantea y que, en gran medida, podría evitarse configurando la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida como un tercer tipo de filiación distinta de la determinada por naturaleza y por adopción.

PALABRAS CLAVE

Segunda maternidad. Consentimiento de la esposa de la gestante. Nuevo título de determinación de la filiación.

The determination of the second maternity in section 7.3 of the Assisted Human Reproduction Techniques Law: enforcement of the law and difficulties.

ABSTRACT

In this paper, we carry out an in-depth examination of the legal regime set up to determine the second maternity in Spanish Law, analysing both the legal requirements and the problematic posed, which, to a large extent, could be avoided configuring the parentage derived from the use of assisted reproduction techniques as a third type of parentage different from that determined by nature and by adoption.

KEYWORDS

Second maternity. Consent of the pregnant woman's wife. New patentage determination title.

SUMARIO: 1. *Introducción: origen de la regulación de la segunda maternidad por naturaleza.*–2. *Consentimiento para la determinación de la segunda maternidad.* 2.1. *Requisitos formales.* 2.2. *Consentimiento de la mujer y el varón: una visión comparativa.* –3. *Exigencia de vínculo matrimonial vigente, sin separación legal o de hecho.*–4. *Impugnación de la filiación derivada de la determinación de la segunda maternidad.*–5. *Supuesto particular: inscripción de la segunda maternidad por naturaleza del nacido sin necesidad de acreditar el origen de la gestación.*–6. *Consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 como (¿único?) título de determinación de la segunda maternidad por naturaleza.*–7. *Conclusiones; Bibliografía; Anexo de jurisprudencia y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.*

1. INTRODUCCIÓN: ORIGEN DE LA REGULACIÓN DE LA SEGUNDA MATERNIDAD POR NATURALEZA

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio (en adelante, Ley 13/2005), legalizó en el ordenamiento jurídico español el matrimonio entre personas del mismo sexo, añadiendo al artículo 44 CC un párrafo segundo que equiparó los requisitos y efectos del matrimonio con independencia del sexo de los contrayentes, permitiendo así a aquellos integrados por personas de igual sexo ser parte en los procesos de adopción¹. De hecho, esta fue precisamente la vía elegida en un primer momento por la jurisprudencia y la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) para determinar la filiación de la esposa de la receptora de las técnicas de reproducción asistida. Así, tomando como punto de partida el primer inciso del artículo 108 I CC («La filiación puede tener lugar

¹ Sobre el particular, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 dice: «la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición. En consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción».

por naturaleza y por adopción»)², la usuaria podía inscribir su filiación por naturaleza³, quedando a la esposa solo la posibilidad de adoptar al nacido para determinar su maternidad, con el consiguiente sometimiento a las limitaciones de edad que a tal efecto contempla el artículo 175.1 CC.

Como exponente de esta tendencia podemos citar la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de junio de 2006⁴, de la que se pueden extraer dos razonamientos fundamentales. Por una parte, postuló la Dirección que, si bien la prohibición de discriminar a las parejas de igual sexo constituye un principio incuestionable en nuestro ordenamiento jurídico, la equiparación de efectos entre aquellas y las integradas por personas de sexo opuesto no puede conducir al reconocimiento de una doble maternidad por naturaleza que contravendría el principio tradicio-

² Debemos atender a la evolución del Anteproyecto de Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, que modifica muchos de los artículos que en el CC regulan la filiación. Así ocurre, por ejemplo, con el último inciso del artículo 108 I CC, que, en su redacción vigente, establece que la filiación «[e]s matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí». Con la reforma introducida por el Anteproyecto, la calificación de la filiación como matrimonial vendría determinada por el matrimonio de los «progenitores», y no del «padre y la madre».

³ En el sistema español, en vía extrajudicial la maternidad se determina, siguiendo el axioma *mater semper certa est*, por el parto y la constancia en el Registro Civil de la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres (art. 115.1.º CC) o de la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo (art. 120.5.º CC), según la filiación tenga o no, respectivamente, carácter matrimonial. Dicha inscripción debe practicarse mediante declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo (art. 44.3 LRC).

⁴ JUR 2007\130356. En este asunto, doña M. y doña E., pareja de hecho, promovieron la inscripción de nacimiento de una niña, hija biológica de la primera, solicitando asimismo que fuera inscrita como hija no matrimonial de doña E. con base en la voluntad manifestada por ésta ante el centro médico consintiendo la inseminación artificial de su pareja; además, doña E. reconoció formalmente ante el encargado del Registro Civil ser progenitora de la menor. Mediante providencia de 2 de septiembre de 2005, el juez encargado del Registro Civil acordó que se procediera a la inscripción de la menor como hija no matrimonial de doña M., pero desestimó la pretensión de las promotoras de reconocer también la filiación de doña E., al entender que la maternidad era única y que había sido determinada a favor de la madre biológica de la menor. Esta resolución fue recurrida por las promotoras ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, a la que se solicitó la revocación del acuerdo calificador y la inscripción registral de la maternidad de la menor también a favor de doña E., aduciendo los dos motivos que siguen. Primero, que la resolución del juez encargado del Registro Civil encerraba una discriminación de las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales, puesto que, si bien a aquellas únicamente se les permitía recurrir a la adopción para determinar la filiación materna de la esposa de la receptora de las técnicas de reproducción asistida, en el caso de parejas heterosexuales que utilizaban la inseminación con donante como método para tener hijos el hombre podía ser inscrito como padre por naturaleza, a pesar de que biológicamente no lo era. Segundo, que el reconocimiento de la filiación no matrimonial podía hacerse en testamento, en escritura pública o ante el encargado del Registro Civil, incardinándose en esta última hipótesis la situación en la que se encontraban las promotoras. El Centro Directivo desestimó el recurso y confirmó la calificación recurrida.

nal en sede de filiación conforme al cual la maternidad es única⁵. Así pues, habida cuenta de que no es eficaz la determinación de una filiación cuando hay otra contradictoria acreditada (art. 113 II CC), la maternidad respecto de quien no es madre biológica solo puede establecerse a través del mecanismo de la adopción. Por otra parte, el Centro Directivo declaró que, en las hipótesis de inseminación con contribución de donante varón, la filiación del hombre reconocido como padre legal no se fundamenta en la verdad biológica, sino en un proceso jurídico complejo compuesto, en esencia, por los siguientes dos elementos: de un lado, un acto jurídico negocial de carácter formal integrado por dos voluntades, a saber, la del varón que asume la paternidad de un hijo aún no concebido y con el que no guarda relación biológica alguna y la de la mujer que consiente tal paternidad; de otro, la condición legal de hallarse el material reproductor del donante en el útero de la mujer designada en el acto negocial antes del fallecimiento del varón. Superados estos requerimientos, puede determinarse la filiación a favor del varón sin exigirse ningún otro requisito legal de carácter sustantivo, ni siquiera el matrimonio o la condición de pareja de hecho estable entre los futuros padres legales.

Ahora bien, esta regulación solo permite la posibilidad de atribuir la filiación no biológica al varón que consiente la técnica de reproducción asistida heteróloga, pero no a otra mujer distinta de la usuaria. Sobre esta base, la Dirección General rechazó la posibilidad de que, con fundamento en el artículo 3 CC (que establece la exégesis de las normas según el contexto y la realidad social del tiempo en que han de aplicarse), pueda interpretarse de modo extensivo dicha regulación al objeto de englobar la determinación de una segunda maternidad por naturaleza, arguyendo para ello dos razones: primero, que la reforma introducida por la Ley 13/2005 no afecta al régimen legal de la filiación que contempla el CC; segundo, que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA 2006), siguiendo la senda iniciada por la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, LTRA 1988), por aquella derogada, únicamente prevé la posibilidad de que la filiación concurrente con la de la receptora de las técnicas de reproducción asistida (homólogas o heterólogas) sea la del marido o varón no casado que las consiente ante el centro autorizado en el que se han de aplicar, «sin que este Centro Directivo pueda ir por vía de

⁵ Sostuvo la Dirección que «[e]l principio de verdad biológica que inspira nuestro Ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer».

interpretación más allá de lo recientemente decidido y aprobado por el legislador».

En definitiva, la Dirección General resolvió que la única vía de la que disponía la esposa o conviviente con la usuaria de las técnicas de reproducción asistida para determinar su maternidad era el procedimiento de adopción⁶. Esta solución entrañaba la manifiesta discriminación de aquella respecto del esposo o varón conviviente con la usuaria que consentía la práctica de la fecundación con contribución de donante o donantes, pues a este, aun careciendo de coincidencia biológica con el nacido, los artículos 8.1 y 2 LTRHA 2006 sí que le permitían inscribirlo como hijo natural, sin tener, por tanto, que recurrir a la adopción. Esta situación desencadenó fuertes reivindicaciones sociales que desembocaron en la adición de un apartado tercero al artículo 7 LTRHA 2006 (que no llevaba ni un año en vigor...)⁷ por la disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (en adelante, Ley 3/2007). El artículo 7.3 LTRHA 2006, en su redacción original, tenía la siguiente literalidad:

«Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

El apartado primero de la Disposición final quinta de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (en adelante, Ley 19/2015), otorgó al precepto una nueva redacción que se mantiene en la actualidad y dice así:

«Cuando la mujer estuviere casada, y no legalmente separada o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

⁶ Analiza la posibilidad de determinar la doble maternidad por naturaleza a la luz de la LTRHA 2006, en su redacción original, ZURITA MARTÍN, 2006, pp. 1-6.

⁷ Con buen criterio, BARBER CÁRCAMO (*REDUR*, 2010, p. 28) postula que la regla contenida en el artículo 7.3 LTRHA 2006 debería haberse incorporado al artículo 8 del mismo cuerpo legal («Determinación legal de la filiación»), pero «la chapucería de la Ley parece no encontrar ni siquiera límites formales o sistemáticos». Y es que, la lectura y exégesis literal del artículo 7.1 LTRHA 2006 conllevaría la inaplicación del 7.3, habida cuenta de que aquel se remite en sede de filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida a las Leyes civiles, a salvo las especificaciones establecidas en los tres preceptos siguientes, es decir, los artículos 8, 9 y 10 LTRHA 2006, sin incluir referencia alguna a la regla especial prevista en el artículo 7.3 LTRHA 2006.

A través del artículo 7.3 LTRHA 2006 el legislador español introdujo una salvedad a la aplicación de las reglas del CC para establecer la filiación: la posibilidad de determinar la segunda maternidad legal por naturaleza, si bien previo cumplimiento de una serie de exigencias formales que analizamos a continuación⁸.

2. CONSENTIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SEGUNDA MATERNIDAD

Para que pueda determinarse la maternidad por naturaleza de la esposa de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida se requiere que aquella consienta que se establezca la filiación del nacido a su favor, consentimiento cuya validez se somete a una serie de exigencias formales que contempla el artículo 7.3 LTRHA 2006.

2.1. REQUISITOS FORMALES

En su redacción original, establecía el artículo 7.3 LTRHA 2006 que el consentimiento de la esposa de la usuaria debía manifestarse ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal⁹. Con arreglo al artículo 108.2.º del Decreto de 14 de noviem-

⁸ Radicalmente en contra de la posibilidad de determinar una segunda maternidad se postula ARECHEDERRA (2014, pp. 375 y 379), quien sostiene que, si observamos a través de la filiación materna que atribuye el artículo 7.3 LTRHA 2006 a la esposa de la gestante «no vemos nada», solo una mera ilusión, pues «la maternidad presupone una concepción heterosexual, un embarazo femenino y un alumbramiento femenino que normalmente determina la filiación». En la misma línea argumental, afirma BARBER CÁRCAMO (REDUR, 2010, p. 30) que la introducción en el ordenamiento jurídico español de la doble maternidad por naturaleza, contraria a su unidad natural y a toda la regulación del CC en materia de filiación, «es tan artificial y difícil de encajar en nuestro sistema, por ajena a cualquiera de sus principios, que no resiste el mínimo análisis de técnica jurídica». *Vid.* también CALLEJO RODRÍGUEZ, *La Ley*, 2014. Por su parte, postula BENAVENTE MOREDA (ADC, 2011, p. 100) que «la manifestación del consentimiento previsto en el art. 7.3 LTRA, plantea una clara contradicción con lo previsto en el pfo. 2 del citado precepto. Si, conforme a este último, en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación, resulta obvio que tal carácter quedará evidenciado desde el momento en que el nacido conste como hijo matrimonial de dos mujeres, puesto que el único supuesto en que ello es posible, es precisamente cuando una de ellas haya utilizado las técnicas de reproducción asistida para ser fecundada». En igual sentido, BARBER CÁRCAMO, *DPC*, 2014, p. 103.

⁹ En la doctrina, QUICIOS MOLINA (II, 2014, p. 51) se muestra a favor de la exigencia de forma solemne para que la declaración de voluntad por la que se asume un estado civil como el de filiación se repute válida (2018, p. 194), si bien postula que no debe realizarse una interpretación del artículo 7.3 LTRHA 2006 que excluya otras formas solemnes de determinación extrajudicial de la segunda maternidad, pues «siempre que el Notario dé fe de que la manifestación de voluntad traía causa de una reproducción asistida (o esto quede acreditado ante el Encargado del Registro al calificar la pretensión de inscripción registral), podrá inscribirse la segunda maternidad porque habrá quedado determinada legalmente». *Vid.* también QUICIOS MOLINA, I, *CCJC*, 2014. Aún más allá llega la Asociación de Profesores de Derecho

bre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (en adelante, RRC), tal declaración habrá de consignarse en el Libro Diario del Registro Civil y su constancia registral servirá solo a los efectos de acreditar la existencia del consentimiento exigido por el artículo 7.3 LTRHA 2006 y la fecha en que se ha otorgado¹⁰, pero no generará la inscripción de la maternidad hasta que no se practique la de nacimiento¹¹. Una vez inscrito el alumbramiento, la constancia registral del consentimiento manifestado con amparo en el artículo 7.3 LTRHA 2006 «determinará la doble maternidad automáticamente, sin necesidad de ulterior consentimiento ni de la madre (lo cual no deja de generar alguna duda [...]) ni de la propia manifestante, cuya declaración inicial ha de considerarse irrevocable»¹².

También en su redacción original declaraba el artículo 7.3 LTRHA 2006 que el consentimiento de la esposa de la receptora de las técnicas debía manifestarse en un momento anterior al nacimiento («...consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge...»). En opinión de Farnós Amorós, sería más coherente con la noción de proyecto parental inherente a la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida la exigencia legal de que el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 se prestara, no antes del nacimiento, sino en un momento anterior a la fecundación¹³. Sin embargo, de la redacción original del precepto se colige justamente lo contrario, *id est*, que el consentimiento debe prestarse una vez que el hijo ha sido concebido, al hacer uso el artículo 7.3 LTRHA 2006 de un artículo determinado («...que consiente en que cuando nazca *el* hijo de su

Civil en su Propuesta de Código Civil, cuyo artículo 223-3 establece, en su párrafo segundo, que el consentimiento otorgado por la esposa de la receptora de las técnicas de reproducción asistida para que se determine a su favor la filiación respecto del nacido «[p]uede formalizarse en el documento de consentimiento del tratamiento de fecundación asistida, ante el encargado del Registro Civil o en documento público» (énfasis añadido).

¹⁰ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, AC, 2014.

¹¹ NANCLARES VALLE, RAC, 2008, pp. 2264. En lo referente a la constancia en el Registro Civil de los hechos inscribibles, debe tomarse en consideración lo que establece la disposición transitoria cuarta de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en virtud de la cual: «Hasta que el Ministerio de Justicia apruebe, mediante resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, la entrada en servicio efectiva de las aplicaciones informáticas que permitan el funcionamiento del Registro Civil de forma íntegramente electrónica conforme a las previsiones contenidas en esta Ley, los Encargados de las Oficinas del Registro Civil practicarán en los libros y secciones correspondientes regulados por la Ley de 8 de junio de 1957 los asientos relativos a nacimientos, matrimonios, defunciones, tutelas y representaciones legales. No resultará de aplicación, en tales casos, lo previsto en esta Ley respecto del código personal».

¹² BARBER CÁRCAMO, DPC, 2014, pp. 109-110. En igual sentido, TOMÁS MARTÍNEZ, AC, 2010.

¹³ FARNÓS AMORÓS, ADC, 2015, p. 15.

cónyuge...»¹⁴)¹⁵. Por su parte, afirma De la Fuente Núñez de Castro que el mencionado precepto, al establecer que la esposa de la usuaria debe consentir la determinación a su favor de la filiación del nacido tras el uso de la técnica, pero antes del alumbramiento, está permitiendo paradójicamente el reconocimiento de un *nasciturus* en el seno de un matrimonio, «cuando, por naturaleza, el reconocimiento es un medio de determinación de la filiación extramatrimonial entre parejas heterosexuales con base en la realidad biológica sobre la que se asienta la regulación de la materia en el CC». Por lo tanto, continúa la autora, «podemos hablar de reconocimiento, en la medida en que se declara la voluntad de determinación de la filiación a su favor, sin correspondencia con el que regulan los artículos 120 y ss. del CC»¹⁶. Abunda en esta línea Farnós Amorós, quien entiende que la declaración que regula el artículo 7.3 LTRHA 2006 no constituye propiamente un reconocimiento, «puesto que no requiere consentimientos complementarios al de la mujer «reconocedora», no es posterior al nacimiento y, lo más importante, no cabe su impugnación ante la falta de correspondencia con la verdad biológica»¹⁷.

En suma, el artículo 7.3 LTRHA 2006, en su redacción original, impone a la esposa de la receptora la prestación de un consentimiento formal que, de no otorgarse o no hacerse debidamente, obligaría al encargado del Registro Civil a denegar posteriormente la inscripción de la segunda maternidad por naturaleza a favor de la esposa de la usuaria, de suerte que el nacido tendría un solo vínculo de filiación legal, que debería calificarse de no matrimonial¹⁸. Sin embargo, pese al rotundo tenor del artículo 7.3 LTRHA 2006,

¹⁴ Énfasis añadido.

¹⁵ QUICIOS MOLINA, I, *CCJC*, 2014; II, 2014, p. 190. Pese a la literalidad del precepto, sostiene DÍAZ MARTÍNEZ (*DPC*, 2007, p. 93) que, si bien el artículo 7.3 LTRHA 2006 debe ser interpretado en el sentido de que la esposa de la receptora que desee asumir la maternidad del hijo que ésta alumbre ha de hacerlo ya iniciada la gestación, y no antes de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, «no parece, dada la imprecisión [del] precepto, que el Encargado del Registro Civil pueda negarse a recibir el que pretenda expresarse en tal momento, siéndole exigible entonces que no esté separada de su esposa».

¹⁶ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, pp. 12-13.

¹⁷ FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2015, p. 12. *Vid.* también BARBER CÁRCAMO, *DPC*, 2014, p. 112; DÍAZ MARTÍNEZ, *ACM*, 2014. Afirma esta última que la redacción del artículo 7.3 LTRHA 2006, al imponer que el consentimiento de la esposa de la usuaria se preste antes del nacimiento del hijo, «no es fruto de la improvisación del legislador, sino, al contrario, una decisión meditada con el propósito de no abrir a las parejas de mujeres la vía del reconocimiento como forma de determinación de la filiación, pues tal naturaleza jurídica parece habría de darse a la asunción legal de la maternidad por la esposa de la madre tras el nacimiento del hijo, pero, ¿acaso no es equiparable al reconocimiento de un *nasciturus* la declaración ante el Encargado del Registro Civil consintiendo que el hijo que va a nacer de la esposa sea considerado como propio?, ¿es necesario sostener que se trata de otro título de determinación de la filiación diferente para que no entre en quiebra la doctrina que permite la impugnación de los reconocimientos hechos por varones que no respondan a una verdad biológica?» (DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, p. 86).

¹⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, p. 80.

la Dirección General de los Registros y del Notariado flexibiliza las exigencias formales impuestas por el precepto a la esposa de la usuaria para otorgar tal consentimiento, admitiendo en algún caso la inscripción de la segunda maternidad aun habiéndose instado el expediente de reconocimiento de la filiación tras el nacimiento del hijo. Precisamente ésta fue la postura adoptada por la Dirección General en su resolución de 22 de mayo de 2008¹⁹, que se pronunció en un asunto en el que dos mujeres unidas en matrimonio solicitaron ante el encargado del Registro Civil, tras el nacimiento del hijo gestado por una de ellas y concebido mediante el uso de técnicas de reproducción asistida heterólogas, la inscripción del nacido como hijo matrimonial tanto de la madre biológica como de su esposa. El juez encargado del Registro denegó la pretensión de las promotoras del expediente con fundamento en el artículo 7.3 LTRHA 2006, que exige que la cónyuge de la receptora de las técnicas consienta la determinación de la segunda maternidad con carácter previo al nacimiento. Notificada la resolución del juez a las interesadas, estas la recurrieron ante la Dirección General apelando a la igualdad de los cónyuges en derechos y deberes, ya se tratase de un matrimonio entre personas de igual o de distinto sexo. En su decisión, el Centro Directivo admitió la inscripción de la segunda maternidad a pesar de que el expediente de reconocimiento de la filiación fue instado una vez acaecido el nacimiento, entendiéndose que tal circunstancia no podía alterar la finalidad perseguida por el artículo 7.3 LTRHA 2006.

En la misma línea, podemos citar también la resolución de 14 de octubre de 2008²⁰, en la que la Dirección General de los Registros y del Notariado estimó el recurso interpuesto contra el auto por el que el juez encargado del Registro Civil denegó la inscripción de una segunda maternidad. La decisión del Centro Directivo se fundamentó en el hecho de que la solicitud para el establecimiento de la filiación a favor de la cónyuge de la receptora de las técnicas de reproducción asistida se formuló ante el encargado del Registro después del alumbramiento porque solo pudo hacerse tras la entrada en vigor de la Ley 3/2007, que añadió al artículo 7 LTRHA 2006 el apartado tercero que examinamos en este trabajo. Con estos hechos como telón de fondo, declaró la Dirección que

«debe hacerse en esta materia aplicación analógica de la disposición transitoria primera del Código civil en su redacción original, ya que siendo así que el derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante se introduce “ex

¹⁹ JUR 2009\389849.

²⁰ JUR 2009\443280.

novos” en nuestro Ordenamiento jurídico, con norma de rango legal, por la Ley 3/2007, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior, ello supone que, aplicando analógicamente la citada Disposición transitoria primera del Código civil en su redacción originaria, tal derecho “tendrá efecto desde luego”, aunque el hecho –en este caso el nacimiento– que lo origine se verificara bajo la legislación anterior».

El tenor del artículo 7.3 LTRHA 2006 fue modificado por la Ley 19/2015. Tras dicha reforma, el precepto dejó de exigir que la manifestación del consentimiento de la esposa de la usuaria se produjera ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal²¹ y con anterioridad al nacimiento, para requerir la prestación del consentimiento con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Registro Civil y en un momento posterior al nacimiento del hijo (pues a la esposa se le permite que consienta la determinación a su

²¹ Pese a haber suprimido el legislador esta exigencia, sostiene QUICIOS MOLINA (2018, p. 202) que el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 debe seguir otorgándose ante el encargado del Registro Civil porque, a diferencia de lo que ocurre con la manifestación de la conformidad a la determinación e inscripción de la paternidad no matrimonial, respecto de la que se prevé que puede hacerse en el hospital en el que nace el hijo (art. 44.4 LRC), dicha regla no se contempla para que la esposa de la gestante consienta la determinación a su favor de la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge, hipótesis regulada en el artículo 44.5 LRC. No obstante, desde nuestra perspectiva, si bien es cierto que el artículo 44.5 LRC no permite expresamente que el consentimiento de la esposa de la gestante se manifieste en el propio hospital donde nace el hijo, también lo es que no requiere que se haga ante el encargado del Registro Civil, con lo que no encontramos procedente la deducción que hace QUICIOS MOLINA, más aún cuando el propio legislador, en la reforma operada por la Ley 19/2015 (origen también de la redacción vigente del art. 44.5 LRC), ha suprimido tal exigencia del artículo 7.3 LTRHA 2006. Esta parece ser la postura más acorde con el apartado tercero de la Instrucción de 9 de octubre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios, que no incluye este supuesto entre aquellos a los que no resulta aplicable, por motivos técnicos, la remisión de información para la práctica de inscripciones desde centros sanitarios. Además, es la solución adoptada por el legislador catalán al establecer el artículo 235-13 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (en adelante, CCCat.), en su apartado primero, que «[l]os hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente *en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público*» (énfasis añadido). Más allá va incluso GÓMEZ PERALS (2019, p. 165), a cuyo parecer debe admitirse el consentimiento tácito que se deduzca del ejercicio por la esposa de la acción judicial de reclamación de maternidad o de la posesión de estado. Entendemos que la postura sostenida por GÓMEZ PERALS viene determinada por la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en sus sentencias de 5 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7640; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y 15 de enero de 2014 (RJ 2014/1265; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno). Sin embargo, como expondremos con detalle más adelante (*vid. infra*, epígrafe 6), en los pronunciamientos referidos el Tribunal distingue dos títulos diferentes de determinación de la segunda maternidad. El primero consiste en el consentimiento otorgado por la esposa de la gestante con arreglo al artículo 7.3 LTRHA 2006. El segundo es la acción judicial del artículo 131 CC, siendo el aspecto decisivo para declarar la filiación pretendida la voluntad manifestada por la madre biológica y la madre reclamante ante el centro médico para la utilización de las técnicas de reproducción asistida, relegándose a un segundo plano la constante posesión de estado, si bien su concurrencia puede inclinar la balanza en favor de la determinación judicial de la segunda maternidad con base en el interés del menor.

favor de la filiación respecto del hijo *nacido* de la receptora de las técnicas). De esta forma, se acerca más este consentimiento a la figura del reconocimiento, aunque sin que pueda establecerse una plena asimilación entre ambos, ya que al consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 no se le aplican los límites y garantías que para el reconocimiento establece el artículo 124 CC²².

La remisión a la legislación del Registro Civil entraña la aplicación del artículo 44.5 LRC, cuya redacción coincide en lo sustancial con la del artículo 7.3 LTRHA 2006²³. No obstante, ninguno de los dos preceptos contiene indicación alguna sobre la manera o el momento en que debe otorgarse el consentimiento por la no gestante, más allá de que éste debe ser posterior al nacimiento del hijo. Al respecto, coincidimos con Andreu Martínez²⁴ en que cabrían dos interpretaciones. La primera, que nos parece más correcta, consistiría en aplicar los plazos y mecanismos establecidos en la LRC y el RRC para la inscripción de nacimiento; por tanto, al proceder las esposas a inscribir el nacimiento, la no gestante deberá manifestar el consentimiento exigido por el artículo 7.3 LTRHA 2006. El procedimiento para practicar la inscripción de nacimiento se regula en los artículos 44 y siguientes de la LRC. Así, cuando los centros sanitarios no comuniquen el nacimiento a la Oficina del Registro Civil en la forma prevista en el artículo 46 LRC, los progenitores deberán declarar el nacimiento ante dicha Oficina en el plazo de diez días, presentando el documento oficial debidamente cumplimentado y acompañado del certificado médico preceptivo (arts. 47.1 y 2 LRC). Tal período podrá ampliarse a treinta días por justa causa (art. 166 RRC). Transcurridos los plazos anteriores, para inscribir la declaración se precisará resolución dictada en expediente registral (art. 47.3 LRC), regulado éste en los artículos 311 y siguientes del RRC. Por su parte, la segunda interpretación consistiría en entender que el artículo 44.5 LRC, al no establecer límite alguno, está dando libertad a la cónyuge de la usuaria de las técnicas para que consienta la determinación a su favor de la filiación cuando desee, sin intervención de la gestante ni del hijo, opción que no parece muy conforme con el interés superior del menor ni resuelve la duda sobre el modo en que el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 debe otorgarse.

²² BENAVENTE MOREDA, 2019, pp. 324-325; *Otañi Socio-Legal Series*, 2017, p. 13.

²³ Dice el precepto: «También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

²⁴ ANDREU MARTÍNEZ, *InDret*, 2018, pp. 7-9.

En todo caso, sea cual sea la interpretación que se prefiera, lo que está claro es que la determinación de la segunda maternidad se hace depender de que la esposa de la usuaria de las técnicas preste su consentimiento una vez producido el nacimiento del hijo. Ahora bien, ¿qué ocurre si la no gestante consiente ante el centro sanitario la realización de las técnicas de reproducción (pese a no exigirlo la legislación en el caso de matrimonio entre mujeres), pero, tras el nacimiento del hijo, se niega a otorgar el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006? ¿Vincula a la no gestante el reconocimiento ante el centro sanitario de la existencia de un proyecto parental común? En otros términos, ¿puede la madre biológica reclamar a su cónyuge la filiación del nacido con base en el consentimiento otorgado ante el centro sanitario? Teniendo en cuenta que la LTRHA 2006 prevé un título específico para la determinación de la segunda maternidad por naturaleza basado en la prestación de un consentimiento de carácter formal, no parece del todo lógico admitir la reclamación de dicha filiación con fundamento en otro consentimiento distinto que, además, está pensado por el legislador para las parejas heterosexuales. No obstante, el Tribunal Supremo adopta una postura flexible al admitir en la sentencia de 5 de diciembre de 2013²⁵ el ejercicio de la acción del artículo 131 CC para reclamar la filiación matrimonial con base en la existencia de posesión de estado, si bien otorgando un papel decisivo al consentimiento de la no gestante a la realización de las técnicas, y a pesar de la inexistencia de la declaración formal exigida por el artículo 7.3 LTRHA 2006 para la determinación de la segunda maternidad matrimonial.

Finalmente, debemos señalar que, como bien sostiene Nanclares Valle, al configurarse el consentimiento de la esposa de la usuaria como un auténtico título de determinación de la filiación y, por ende, de creación de un estado civil, no debe admitirse la revocación unilateral del mismo, «pese a que el estado civil aún no haya surgido por estar pendiente el hecho del nacimiento en las condiciones del artículo 30 CC»²⁶. Sin embargo, entendemos que tal irrevocabilidad únicamente puede sostenerse con relación al hijo para el establecimiento de cuya filiación se prestó el consentimiento, pero, frustrado el embarazo, puede revocarse para posteriores ciclos reproductivos. Ahora bien, no existe consenso en la doctrina con respecto a si esta revocación tiene carácter automático una vez concluya el ciclo reproductivo para el que se otorgó el consentimiento o si, por el contrario, la esposa de la usuaria debe manifestar expresamente su voluntad en tal sentido antes de que vuelva a

²⁵ *Vid. infra*, epígrafe 6.

²⁶ NANCLARES VALLE, *RAC*, 2008 p. 2261. También, JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *AC*, 2014.

hacerse uso de las técnicas de reproducción asistida. Como exponente de la primera postura podemos citar a Barber Cárcamo, quien sostiene que, «[p]ese al silencio al respecto del legislador, la manifestación de maternidad ha de referirse al hijo nacido de un concreto ciclo reproductivo *ya iniciado*, esto es, a un *nasciturus* concreto y determinado, y encuentra una lógica caducidad en la duración del embarazo en curso»²⁷. La tesis opuesta defiende Díaz Martínez, según la cual, cuando la esposa de la gestante no hubiera expresado formalmente la revocación y constara en el Registro el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006, podría practicarse la inscripción de la segunda maternidad, quedando obligada la esposa, si se opusiera a la filiación declarada, a ejercitar una acción de impugnación «de dudosa suerte a la luz de la laguna legal existente»²⁸.

2.2. CONSENTIMIENTO DE LA MUJER Y EL VARÓN: UNA VISIÓN COMPARATIVA

Tras el estudio del consentimiento de la esposa de la usuaria como requisito para la determinación de la segunda maternidad por naturaleza, vamos a comparar someramente esta exigencia con las que se imponen al esposo y al conviviente no casado para el establecimiento de su paternidad²⁹. Con ello pretendemos constatar el mayor rigor de las formalidades que ha de cumplir la esposa para la determinación de su maternidad y, de esta manera, visualizar a vuela pluma la más que posible discriminación a la que está sometida.

El único consentimiento que exige la LTRHA 2006 para determinar la segunda maternidad por naturaleza es el regulado en el artículo 7.3, sin demandar (aunque en la práctica sí que se requiera³⁰) el consentimiento de la cónyuge de la gestante ante el centro autorizado para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida³¹, a dife-

²⁷ BARBER CÁRCAMO, *DPC*, 2014, p. 110.

²⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, pp. 94-95.

²⁹ *Vid.* FORCADA RUBIO, 2019, pp. 115 y ss.

³⁰ TOMÁS MARTÍNEZ, *AC*; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *AC*.

³¹ Sobre el particular, postula ÁLVAREZ SARABIA (*AD*, 2015, p. 42) que, teniendo en cuenta que en virtud de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 (referencia que debe entenderse hecha a la disposición adicional primera) las disposiciones legales y reglamentarias que contengan mención al matrimonio se aplicarán con independencia del sexo de sus integrantes, «*a priori*, podrá entenderse que si el matrimonio está formado por dos mujeres, cuando la LTRHA habla del consentimiento necesario del marido, habría que entenderlo también a la mujer», si bien «a esto de nuevo podemos oponer la ya tan aludida excusa de que el consentimiento del marido es necesario porque respecto de él se activan las presunciones de paternidad, mientras que no es así en el caso de la mujer». A nuestro juicio, la previsión contenida en la citada disposición adicional debe aplicarse cuando, en una materia concreta, el legislador no contemple una regulación específica para los matrimonios integrados por personas del mismo sexo. Esta premisa no se cumple en la hipótesis estudiada, dado que la LTRHA 2006 permite expresamente la determinación de la segunda

rencia de lo que se prevé para el marido de la usuaria, al que el artículo 6.3 LTRHA 2006 requiere, a menos que estuviera separado legalmente o de hecho, la expresión libre, consciente y formal de dicho consentimiento emitido con carácter previo a la aplicación de las técnicas³². Con anterioridad a la prestación del consentimiento, debe suministrarse al esposo información y asesoramiento sobre los aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos del tratamiento (art. 3.3 LTRHA 2006). La información de índole jurídica engloba las consecuencias que el consentimiento conllevaría con respecto a la filiación de la descendencia que pudiera nacer por aplicación de las técnicas de reproducción asistida³³. De este modo, al varón casado con la usuaria se le debe informar, antes de que otorgue el consentimiento informado del artículo 6.3 LTRHA 2006, de que, tras el nacimiento, la filiación se determinará automáticamente a su favor por el juego de la presunción de paternidad matrimonial del artículo 116 CC (siempre que se cumplan los requisitos que el precepto establece)³⁴, así como de la imposibilidad de impugnar la filiación del hijo nacido (art. 8.1 LTRHA 2006).

Como decimos, el consentimiento otorgado por el esposo de la usuaria al amparo del artículo 6.3 LTRHA 2006 no constituye título de determinación de la filiación, sino que ésta se establece por el juego de la presunción de paternidad matrimonial³⁵. No obstante,

maternidad por naturaleza sin exigir el consentimiento de la esposa de la gestante ante el centro médico para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

³² Este consentimiento tiene carácter personalísimo, sin que quepa, por ende, la representación legal (GETE-ALONSO Y CALERA y SOLÉ RESINA, 2014, p. 72).

³³ ÁLVAREZ SARABIA, *AD*, 2015, p. 23, nota al pie n.º 82. A la esposa de la receptora no le impone la LTRHA 2006 que consenta ante el centro médico la utilización de las técnicas de reproducción asistida, pero, si lo hace, coincidimos con DÍAZ MARTÍNEZ (*DPC*, 2007, p. 85, nota al pie n.º 17) en que «el centro de reproducción asistida deberá comunicar a la mujer casada con la que se somete a las técnicas que el documento que a tal efecto suscribe en la clínica —es previsible que los documentos estándar de consentimiento informado incluyan ya un modelo para matrimonios de dos mujeres, reservando un espacio para el consentimiento de la misma— carece de eficacia jurídica en materia de filiación».

³⁴ La existencia de separación legal o de hecho de la usuaria y su marido es relevante tanto para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida como para la operatividad de la presunción de paternidad matrimonial. Ahora bien, si en el primer caso la separación debe apreciarla el propio centro médico y no se exige que dicha situación se haya prolongado durante un tiempo mínimo, la separación a los efectos de la presunción debe apreciarla el encargado del Registro Civil, que deberá inscribir la paternidad, *ex artículo 116 CC*, si el nacimiento tiene lugar tras la celebración del matrimonio y antes de que transcurran los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges. Por consiguiente, puede darse la paradoja de que, pese a que el centro autorizado no haya requerido el consentimiento del marido de la usuaria para la utilización de las técnicas por hallarse ambos separados de hecho desde unas pocas horas antes de que dicha voluntad hubiera de manifestarse, el encargado del Registro inscriba la filiación del marido, con base en la presunción de paternidad matrimonial, si el nacimiento se produjera dentro del plazo que señala el artículo 116 CC.

³⁵ Postula LAMM que, pese a que la presunción de paternidad es el título formal de determinación de la filiación por remisión del artículo 7.1 LTRHA 2006, será el consentimiento prestado por el esposo de la usuaria en los términos del artículo 6.3 LTRHA 2006 el que verdaderamente permita el establecimiento de la paternidad, razón por la que es al

ex artículo 118 CC, «[a]un faltando la presunción de paternidad del marido a causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos». Ahora bien, los consentimientos regulados en los artículos 6.3 LTRHA 2006 y 118 CC son diferentes, de manera que, aun cuando los cónyuges hubieran consentido la utilización de las técnicas de reproducción ante el centro médico, si no fuera aplicable la presunción de paternidad matrimonial los cónyuges deberían otorgar un consentimiento específico para que la filiación pudiera inscribirse como matrimonial con arreglo al artículo 118 CC. En caso contrario, la filiación solo podría establecerse por vía judicial mediante el ejercicio de la acción de reclamación correspondiente³⁶.

Por su parte, existen dos vías para la determinación de la paternidad del varón no casado: de un lado, la declaración conforme por él realizada en el correspondiente formulario oficial referido en la legislación del Registro Civil (art. 120.1.º CC); de otro, el reconocimiento regulado en el artículo 44.7 LRC. Con relación a esta segunda vía, debemos señalar que, si bien al varón no casado (sea o no pareja de la usuaria) no le impone la LTRHA 2006 que consienta ante el centro autorizado la utilización de las técnicas de reproducción asistida, el artículo 8.2 LTRHA 2006 «considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 de artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas», quedando incólume la posibilidad de reclamar judicialmente la paternidad. En otros términos, cuando la paternidad del varón no casado se determine mediante reconocimiento no será título válido a tal efecto el consentimiento prestado ante el centro autorizado para la utilización de las técnicas de reproducción asistida, si bien el documento en el que conste esa voluntad³⁷ servirá como escrito indubitado para, en ausencia de reconocimiento, permitir el inicio del oportuno expediente guber-

escrito en el que conste ese consentimiento al que debe acudir para impugnar la filiación. Por ello, «sería conveniente prever directamente al consentimiento como el título que determina la filiación y regularlo de manera uniforme para todos los casos: TRA homólogos y heterólogos, parejas casadas y no casadas, heterosexuales y homosexuales» (LAMM, *RBD*, 2012, pp. 82-83).

³⁶ ÁLVAREZ SARABIA, *AD*, 2015, p. 14.

³⁷ Aunque no lo diga el artículo 8.2 LTRHA 2006, para que el consentimiento prestado por el varón no casado sea válido debe cumplir las exigencias que a tal efecto establece el artículo 6.3 LTRHA 2006 para el caso de que quien consienta sea el marido de la receptora de las técnicas, a saber, que refleje la voluntad libre, consciente y formal de quien lo otorga. En este sentido, LAMM, *RBD*, 2012, p. 83; Díez SOTO, 2007, pp. 108-109.

nativo (o, si el asunto deviene contencioso, la acción judicial que corresponda) tendente a inscribir la filiación³⁸. Así pues, hemos de tener en cuenta que, aun cuando la regulación del reconocimiento en el CC y en la legislación del Registro Civil se inspira en el principio de verdad biológica³⁹, la LTRHA permite al varón no casado que consienta ante el centro autorizado la práctica de las técnicas de reproducción asistida con contribución de donante en un documento que sirve como escrito indubitado en el expediente gubernativo tramitado para el reconocimiento del hijo⁴⁰. En todo caso, la referencia debería hacerla el artículo 8.2 LTRHA 2006 al 44.7 LRC (y no al 44.8), que, en correspondencia con lo que preveía el artículo 49 de la derogada Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, declara que el consentimiento que el varón no casado presta ante el centro autorizado para la utilización de las técnicas de reproducción asistida, pese a no ser legalmente exigible, sirve como escrito indubitado de reconocimiento de la filiación que legitima la inscripción de la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el juez de Primera Instancia, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada

³⁸ Defiende ÁLVAREZ SARABIA (*AD*, 2015, p. 17, nota al pie n.º 57) que el consentimiento que otorga el varón no casado para la realización de las técnicas de reproducción asistida «no es equivalente al prestado para la determinación de la filiación ni podrá ser considerado como reconocimiento por no concurrir los requisitos del artículo 120.1 del Código Civil». Continúa la autora: el consentimiento prestado ante el centro médico «no encajaría bien en el reconocimiento puesto que el art. 124 Código civil hace depender la eficacia del reconocimiento de un menor al consentimiento prestado también por su representante legal o a la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido». Por su parte, sostiene LAMM (*RBD*, 2012, p. 84) que, aun cuando en la práctica actual se recurre generalmente al reconocimiento (art. 120.1.º CC) para la determinación de la filiación no matrimonial, «si se planteara una acción de impugnación de la paternidad, esta prosperaría porque no habría vínculo biológico, de allí nuevamente la necesidad de que el consentimiento sea regulado directamente como el título determinante de la filiación».

³⁹ Afirma TORRAL LARA (*DPC*, 2016, p. 293) que «[e]ste 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». Por razones más que obvias, este principio se aplica únicamente a la filiación por naturaleza, con exclusión de la adoptiva, pues esta última parte precisamente de la discordancia entre las filiaciones biológica y jurídica, sustituyéndose la vinculación biológica por el acto jurídico de la adopción.

⁴⁰ Sostiene ÁLVAREZ SARABIA (*AD*, 2015, p. 19) que «si a pesar de tratarse de fecundación heteróloga, el varón [decide] otorgar su reconocimiento, este constituiría un reconocimiento de complacencia, es decir, una voluntad de reconocer la paternidad pero que, en todo caso, admite su impugnación en la medida que no coincide con el fundamento del Código Civil, esto es, la verdad biológica». La postura opuesta, más acertada a nuestro parecer, sostiene RIVERO HERNÁNDEZ (*ADC*, 2005, pp. 1071-1072), quien considera que, en los supuestos de reproducción asistida con contribución de donante, la paternidad del varón que la consiente tiene carácter legal, no biológico («Es filiación por consentimiento, no por sangre»), no pudiendo impugnarse con fundamento en la violación del principio de verdad biológica. *Vid.* también, QUICIOS MOLINA, II, 2014, p. 202. Un análisis sucinto de los reconocimientos de complacencia desde distintos prismas (en los autores, jurisprudencia, Dirección General de los Registros y del Notariado, Derecho foral navarro y catalán, y Derecho y comparado) se recoge en BARBER CÁRCAMO, *RDP*, 2009, pp. 38-45.

notificada con carácter personal y obligatorio. Asimismo, cuando se satisfagan los requerimientos establecidos en el artículo 44.7 LRC, puede el varón no casado instar el reconocimiento o el expediente registral, aun cuando no haya consentido ante el centro autorizado la utilización de las técnicas de reproducción asistida⁴¹.

Finalmente, como estudiaremos con detalle más adelante, nada contempla la LTRHA 2006 sobre la determinación de la filiación en las hipótesis de parejas de hecho integradas por dos mujeres⁴².

Esta disparidad de tratamiento suele justificarlo la doctrina sobre la base de que en el caso de matrimonios entre personas de sexo opuesto opera la precitada presunción para el establecimiento de la paternidad, no resultando la misma aplicable en la hipótesis de matrimonios celebrados entre mujeres, porque, en palabras del propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, «los supuestos de hecho a que se refieren [los artículos 116, 117 y 118 CC] solo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales»⁴³. Es decir, parafraseando a Quicios Molina, dado

⁴¹ ÁLVAREZ SARABIA, *AD*, 2015, p. 10.

⁴² Para un análisis en profundidad, *vid.* GOÑI HUARTE, *AC*, 2016, pp. 74-80.

⁴³ Para un análisis en profundidad de la aplicación de los artículos 116 y siguientes CC a los matrimonios compuestos por personas del mismo sexo, *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2011, pp. 434 y ss. Dice NANCLARES VALLE (*RAC*, 2008, p. 2256): «El [artículo 6.3 LTRHA 2006] solo impone el consentimiento del marido de la usuaria, por estar afectado por la presunción de paternidad. 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». *Vid.* también FABAR CARNERO, *RDUNED*, 2014, p. 184; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *AC*, 2014; QUICIOS MOLINA, I, *CCJC*, 2014. Por su parte, defiende DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, con fundamento en el artículo 115 CC, que la aplicación en exclusiva de la presunción de paternidad a los matrimonios heterosexuales no resulta discriminatoria respecto de los integrados por dos mujeres si tomamos en consideración las diferencias existentes entre ellos en los planos biológico y jurídico. Así pues, afirma que: «Por un lado, la imposibilidad de tener descendencia de dos mujeres que, aunque unidas por un vínculo matrimonial, solo podrían optar a esa doble maternidad por la vía de la adopción; por otro lado y, como consecuencia de lo anterior, la dificultad para determinar la filiación natural de carácter matrimonial en un sistema ideado sobre una filiación conjunta, materna y paterna, e inspirado en el principio de la verdad biológica, principio que necesariamente quiebra en la determinación de la segunda maternidad. De hecho, la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 justifica la no aplicación de la presunción del artículo 116 del CC sobre la base de que el supuesto de hecho a que se refiere el artículo solo puede producirse en caso de matrimonio heterosexual» (DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, p. 12). Coincidimos con la autora en que el principio de verdad biológica, que inspira la presunción de paternidad matrimonial, quiebra en la determinación de la doble maternidad aun cuando se emplee el método ROPA (Recepción de Ovocitos de la Pareja), supuesto en el que seguirá faltando el vínculo genético del nacido con una de las cónyuges, la usuaria de las técnicas, quien, no obstante, sí quedará unida al hijo biológicamente por la gestación. En otros términos, en el método ROPA la gestante no es madre genética, pero sí biológica. Sin embargo, no alcanzamos a entender entonces por qué se aplica dicha presunción a los casos de fecundación heteróloga en el seno de matrimonios heterosexuales, cuando *natura rerum* también se disocian en tal hipótesis la filiación jurídica y la biológica. En esta línea, sostiene DÍAZ MARTÍNEZ (*DPC*, 2007, p. 81) que «[q]uizás haya, al menos, que plantearse [la] operatividad [de la presunción de paternidad matrimonial] en materia de reproducción asistida cuando la técnica utilizada se fundamente en la aportación gratuita de material genético por un tercero –inseminación artificial o fecundación *in*

que la maternidad de la esposa de la gestante no se presume, para inscribir al hijo a su favor se requiere una declaración de voluntad en tal sentido que reúna las suficientes garantías de autenticidad⁴⁴. No obstante, tampoco juega dicha presunción en el caso de parejas de hecho heterosexuales y no por ello se equipara el régimen de determinación de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida en tal caso al de los matrimonios entre mujeres, ni mucho menos al de las parejas de hecho integradas por dos mujeres, para las cuales la Ley ni siquiera contempla la posibilidad de determinar la doble maternidad por naturaleza. Por ello, entendemos que lo más adecuado sería, siguiendo lo previsto en el artículo 235-3 CCCat.⁴⁵, la configuración legislativa de la filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida como un tercer tipo a añadir a la filiación por naturaleza y por adopción (art. 108 I CC), con un régimen legal específico y común para todos los supuestos; un régimen en el que la filiación no se determinara por la aplicación de las normas reguladoras de la filiación por naturaleza, inspiradas en el principio de verdad biológica, sino por la voluntad de los progenitores, ya que el elemento volitivo es el decisivo para establecer la filiación cuando se deriva del uso de técnicas de reproducción⁴⁶. Así pues, coincidiendo con Torral Lara, entendemos que debería exigirse el consentimiento del cónyuge o conviviente (cualquiera que sea su sexo) con la usuaria ante el centro autorizado para la aplicación de las técnicas, erigiéndose este consentimiento en un auténtico título de determinación de la filiación y unificándose de esta forma el régimen legal aplicable a todos los matrimonios y parejas con independencia del sexo de sus integrantes. Ésta es la solución más coherente con la equiparación de efectos del matrimonio que contempla el artículo 44 II CC y con la identidad de razón que comparten todos los supuestos⁴⁷.

No podemos finalizar este epígrafe sin incluir una referencia al Derecho catalán, que contempla una avanzada y envidiable regulación de la materia abordada en este trabajo. En un principio, la Dirección General de los Registros y del Notariado exclu-

vitro heteróloga-, dada la disociación aquí existente entre la paternidad legal del marido de la mujer usuaria de las técnicas y el principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación en que descansa nuestro sistema desde la reforma de 1981». También, ALVENTOSA DEL RÍO, *Revista boliviana de derecho*, 2014, pp. 392-393.

⁴⁴ QUICIOS MOLINA, II, 2014, pp. 50-51.

⁴⁵ Dice el precepto: «La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y a la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentancia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre».

⁴⁶ En este sentido, ALBA FERRÉ, AC, 2019. Sostiene LAMM (*RBD*, 2012, p. 81) que en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida asistimos a un proceso de «desbiologización y/o desgenetización», adquiriendo el concepto de filiación unos contornos nuevos que permiten comenzar a hablar de «parentalidad voluntaria» o «voluntad procreacional».

⁴⁷ TORRAL LARA, *DPC*, 2016, p. 330.

yó la aplicación analógica del artículo 97 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, al reconocimiento de la maternidad por una mujer distinta de la madre gestante. Según el precepto, «[l]os hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se consideran hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público». A juicio del Centro Directivo, aunque en los casos de inseminación con contribución de donante varón el material reproductor procede de un hombre distinto de aquel que consiente la práctica de la técnica de reproducción asistida junto a la usuaria, la paternidad se atribuye mediante un título creado a tal efecto y no basado en la realidad biológica, ficción legal que tan solo se consagra para el supuesto de que el progenitor legal no biológico que consiente la técnica sea el marido o conviviente con la usuaria, y no otra mujer. Sin embargo, dicho cuerpo legal fue derogado por el CCCat., cuyo artículo 235-8 («La fecundación asistida de la mujer casada») establece, en su primer apartado, que «[l]os hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento». En la misma línea, el artículo 235-13 CCCat. (rubricado «La fecundación asistida de la mujer») dice, en su primer apartado, que «[l]os hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público». Como podemos comprobar, la legislación catalana contempla un régimen jurídico único aplicable a todos los supuestos en que se pretenda determinar la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, con independencia del carácter matrimonial o *more uxorio* de la relación existente entre la usuaria y su pareja y del sexo de esta última⁴⁸. Asimismo, destaca la interpretación espiritualista que la jurisprudencia

⁴⁸ Este precepto responde al razonamiento contenido en el Preámbulo del CCCat.: «la maternidad derivada del mero consentimiento para la procreación asistida de su esposa o compañera no es una maternidad biológica, por naturaleza, sino una relación jurídica puramente legal. Sin embargo, eso no es ninguna novedad en el ordenamiento jurídico catalán. Se da en la paternidad del hombre, casado o no, que presta el consentimiento para la procreación asistida de su esposa o pareja estable. Por este motivo, se ha creído oportuno no incorporar una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación y se ha optado por asimilarla, en cuanto al tratamiento legal, a la paternidad del hombre que consiente la fecundación asistida, dado que en ambas el título de atribución es el consentimiento, y no la relación biológica. Como la posibilidad de que la maternidad de la esposa o compañera que consiente la fecundación asistida de la que será la madre biológica se determine directamente afecta a los medios de determinación de la filiación, ha sido preciso añadir el consentimiento para la procreación asistida a la lista de títulos de atribución de la filiación. A partir de aquí, se ha considerado conveniente extender el

dencia hace del consentimiento a la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. Como exponente de dicha interpretación podemos citar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) de 20 de julio de 2017⁴⁹, que resolvió un asunto en el que la actora (ahora recurrida) reclamaba la determinación a su favor de la maternidad no matrimonial de los hijos nacidos de su expareja con fundamento en el artículo 235-13.1 CCCat. El Tribunal analizó si el consentimiento prestado por la actora a las técnicas de reproducción asistida realizadas a su expareja reunía o no los requisitos establecidos en el mencionado precepto. Al tiempo de aplicarse el tratamiento de fertilidad, las litigantes formaban una pareja estable no formalizada y las técnicas de reproducción se iniciaron utilizando un impreso, correspondiente a la fecundación por pareja heterosexual, que no se hizo firmar a la demandante. Sin embargo, el consentimiento de la actora a la realización de las técnicas y a la asunción de la maternidad fue acreditada por otros medios, e incluso reconocido por ambas litigantes ante el Encargado del Registro Civil tras el nacimiento de los niños. El Tribunal declaró que el Derecho catalán se regía por el sistema espiritualista, de suerte que solo excepcionalmente el requisito de forma en los actos y negocios jurídicos tendría carácter constitutivo y condicionaría su validez. Con respecto al consentimiento del artículo 235-13.1 CCCat., el Tribunal admitió que debía ser expreso, previo o simultáneo a la aplicación de las técnicas y formal, pero entendió que tales requisitos se cumplían en el caso de autos, puesto que el precepto no exigía que la documentación del consentimiento también fuera previa o simultánea a las técnicas, siendo suficiente con que se tratase de un consentimiento informado que se fundara en una voluntad correctamente formada y libremente expresada y del que se dejase constancia formal. En el asunto enjuiciado, la actora prestó su consentimiento de manera oral antes o simultáneamente a la implantación de los óvulos a su pareja y asumió la maternidad ante el Encargado del Registro Civil, que dejó constancia documental de ello.

3. EXIGENCIA DE VÍNCULO MATRIMONIAL VIGEN-

régimen de impugnación del reconocimiento, lo que ahorra una aplicación analógica de la legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida».

⁴⁹ RJ 2017\6252; Ponente: Ilma. Sra. María Eugenia Alegret Burgues.

TE, SIN SEPARACIÓN LEGAL O DE HECHO

El artículo 7.3 LTRHA 2006 exige, para poder determinar la segunda maternidad legal por naturaleza, que al tiempo de prestarse el consentimiento en él regulado exista vínculo matrimonial vigente, sin separación legal o de hecho, entre la receptora de las técnicas de reproducción asistida y quien el precepto denomina «otra mujer» (aquella a cuyo favor quiere determinarse la segunda maternidad)⁵⁰. Conforme a la redacción original del precepto, que exigía que el consentimiento se otorgara antes de nacer el hijo, era posible que, en el momento del nacimiento, las esposas ya se hallaren divorciadas o separadas; no obstante, aunque así ocurriera, el consentimiento otorgado mantendría su eficacia⁵¹. En caso contrario, esto es, de no existir vínculo matrimonial al otorgarse el consentimiento, el encargado del Registro Civil debería denegar la inscripción de la segunda maternidad por naturaleza, aunque sí existiera matrimonio al nacer el hijo⁵². Conforme a la redacción vigente del artículo 7.3 LTRHA 2006, tales situaciones no son posibles, habida cuenta de que el consentimiento tiene que ser posterior al nacimiento, pero sí podría ocurrir que no existiera vínculo matrimonial al tiempo de nacer el hijo, pero sí al otorgarse el consentimiento, lo que no afectaría a la eficacia de este.

⁵⁰ Postulan FERNÁNDEZ CAMPOS y VERDERA SERVER (2018, p. 41) que la referencia a la separación en esta sede «no deja de ser llamativa por cuanto no hay cohabitación que dé hipotéticamente lugar a la fecundación, a diferencia del matrimonio heterosexual», más aun teniendo en cuenta que «la voluntad relevante no es la de manifestar su conformidad con el sometimiento del cónyuge a las técnicas de reproducción, sino la de consentir “que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”».

⁵¹ QUICIOS MOLINA, 2018, pp. 195-196.

⁵² Distinta conclusión se infiere de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de febrero de 2011 (JUR 2012\74939), dictada en un asunto en el que dos mujeres solicitan, con base en el artículo 7.3 LTRHA 2006, la inscripción de la segunda maternidad por naturaleza a favor de la esposa de la gestante, habiendo contraído matrimonio ambas después del nacimiento del hijo. La Dirección resuelve que «el recurso no puede ser estimado porque no se cumple el presupuesto inicial del apartado 3 del artículo 7 de la ley 14/2006, introducido, como se ha visto, por la Ley 3/2007 de 15 de marzo, es decir, que las promotoras estuvieran casadas con anterioridad al nacimiento del niño». Como podemos comprobar, el Centro Directivo parece admitir la inscripción de la segunda maternidad siempre que exista matrimonio al tiempo del nacimiento, aun cuando se haya producido con posterioridad a la prestación del consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006. Por su parte, entendiendo DÍAZ MARTÍNEZ, como señalamos anteriormente, que el encargado del Registro Civil no puede negarse a recibir el consentimiento que, *ex* artículo 7.3 LTRHA 2006, otorgue la esposa de la receptora antes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, y que es en el momento de otorgarse tal consentimiento cuando debe existir el vínculo matrimonial, concluye la autora que «no parece irrelevante, atendiendo a la práctica de los procedimientos de reproducción asistida, tomar en consideración el tiempo transcurrido desde la prestación del consentimiento hasta el nacimiento del hijo, en relación con los modernos procedimientos de criopreservación de preembiones que permiten desarrollar un embarazo años después de la generación de aquéllos» (DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, p. 93).

En todo caso, el artículo 7.3 LTRHA 2006, en sus redacciones tanto original como vigente, impide a la conviviente con la usuaria de las técnicas que pueda otorgar un consentimiento válido para la determinación de la segunda maternidad por naturaleza; en otros términos, el precepto impide a la conviviente que pueda inscribir al nacido como su hijo natural⁵³, restándole únicamente la posibilidad de adoptarlo, con la consiguiente necesidad de acudir al correspondiente procedimiento judicial y enfrentar todas las vicisitudes que durante su tramitación puedan producirse (*v. gr.*, la posible ruptura de la pareja en el curso del procedimiento). En puridad, no existe argumento alguno que justifique esta disparidad de régimen, no sirviendo aquel según el cual la determinación de la segunda maternidad en el seno de relaciones *more uxorio* contraviene el interés superior del menor al carecer la pareja de la estabilidad (o propósito de ella) que le proporciona el matrimonio, pues en tal caso no se explica que a las parejas de hecho integradas por un hombre y una mujer sí se les permita que puedan determinar la doble filiación por naturaleza (art. 8.2 LTRHA 2006), cuando carecen también de esa estabilidad⁵⁴.

En este contexto, a nuestro juicio, las relaciones de hecho estables compuestas por dos mujeres son objeto de una evidente discriminación con respecto a las parejas de hecho cuyos miembros son personas de distinto sexo, pues en ambos casos estamos ante uniones *more uxorio* cuya única diferencia radica en la orientación sexual de sus integrantes⁵⁵. Ante ello, voces autorizadas dentro de nuestra doctrina defienden la aplicación analógica del artículo 8.2 LTRHA 2006 a las relaciones *more uxorio* integradas por dos mujeres⁵⁶. Siguiendo esta línea argumental, afirma Díaz Martínez que sería inconstitucional la no aplicación del régimen previsto en el artículo 8.2 LTRHA 2006 a las relaciones estables integradas por dos mujeres una vez admitida la doble maternidad legal en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁷. Más allá va Cerdeira Bravo de Mansilla en su argumentación, al postular que resulta más acertado

⁵³ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de enero de 2011 (JUR 2012\64031).

⁵⁴ TORRAL LARA, *DPC*, 2016, p. 325.

⁵⁵ A favor de que esta diferencia de tratamiento jurídico entraña una evidente discriminación de las relaciones estables integradas por dos mujeres se postula un amplio sector de la doctrina. Por todos, DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, p. 13; LAMM, *RBD*, 2012, p. 85.

⁵⁶ Por todos, JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *AC*, 2014. Por el contrario, rechaza BARBER CÁRCAMO (*DPC*, 2014, p. 116) el recurso a la analogía en este caso porque falla la identidad de razón.

⁵⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, pp. 102-103. En el extremo opuesto, defiende BARBER CÁRCAMO que no existe discriminación de las parejas de hecho compuestas por dos mujeres respecto de las heterosexuales, «porque la diferencia objetiva y relevante entre ellas viene dada por la posibilidad de filiación que en estas se da, no presente en las homosexuales». Continúa: «Esta *posibilidad* de relación biológica a partir de la oposición sexual

«fundar la doble maternidad en parejas de hecho lésbicas por aplicación del art. 8.2 LRHA-2006; sin necesidad de acudir a la analogía (art. 4.2 CC), sino por simple extensión (o interpretación expansiva) de tal norma. No se está aplicando dicha norma fuera de la institución que regula (las parejas de hecho, en nuestro caso), lo que sucedería solo tratándose de la analogía, sino dentro de ella, de la misma institución, aunque a un caso particular diverso (al de pareja de hecho lésbica, en nuestro caso, no al de pareja de hecho “hetero”, como contempla *ex laetere* aquel art. 8.2)»⁵⁸.

Por el contrario, no apreciamos discriminación alguna en el distinto tratamiento que reciben las parejas integradas por dos mujeres en atención a la existencia o no de vínculo matrimonial vigente entre ellas, pues el matrimonio y las uniones *more uxorio* no son realidades equivalentes, admitiendo nuestra jurisprudencia que el legislador prevea regímenes jurídicos distintos para uno y otras, siempre que esta disparidad esté justificada y no atente contra el principio de igualdad (art. 14 CE) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)⁵⁹. En lo que nos interesa a estos efectos, el artículo 7.3 LTRHA 2006 se aplica en exclusiva a las relaciones de carácter matrimonial, de suerte que, si en el ejercicio de una opción personal dos mujeres deciden no contraer matrimonio, no podrán determinar, con base en dicho precepto, la maternidad por naturaleza de la no gestante, sin que ello resulte discriminatorio⁶⁰.

justifica que el legislador reconduzca los títulos de determinación de la filiación asistida a los habituales, a partir del consentimiento previo del varón a la fecundación heteróloga de la mujer. La imposible relación biológica fértil entre homosexuales (hombres o mujeres) justifica que el legislador excluya tales títulos, que quedan sin base en estos casos» (BARBER CÁRCAMO, *DPC*, 2014, p. 105).

⁵⁸ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2011, p. 447.

⁵⁹ Dice el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en la sentencia de 12 de septiembre de 2005 (RJ 2005\7148; Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) que «el matrimonio y la unión de hecho no son realidades equivalentes, lo que significa que no puedan atribuirse a las parejas de hecho todos los efectos del matrimonio, mientras el legislador estatal no decida cuáles serán las consecuencias jurídicas de este tipo de uniones». En igual sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional, *inter alia*, en sus sentencias de 15 de noviembre de 1990 (RTC 1990\184; Ponente: D. Jesús Leguina Villa) y 8 de julio de 2014 (RTC 2014\115 (Ponente: D. Juan José González Rivas) y RTC 2014\116 (Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré)).

⁶⁰ En este sentido, DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, p. 13; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2011, p. 447. Esta problemática no se plantea en el Derecho catalán, donde el párrafo primero del artículo 235-13 CCCat. declara que los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o la mujer que ha consentido la aplicación de dicha técnica en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público. De esta forma, el legislador catalán uniformiza el régimen jurídico aplicable a todos los supuestos en los que se pretenda determinar la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, con independencia del carácter matrimonial o *more uxorio* de la relación existente entre la usuaria de las técnicas y su pareja y del sexo de esta última.

4. IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA DETERMINACIÓN DE LA SEGUNDA MATERNIDAD

Como hemos señalado previamente, el artículo 6.3 LTRHA 2006 exige el consentimiento libre, consciente y formal del marido de la usuaria para la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, dicho consentimiento no constituye el título de determinación de la filiación paterna (que viene establecida por la presunción de paternidad matrimonial del art. 116 CC), sino que funciona como medio para evitar, con base en el artículo 8.1 LTRHA 2006, que la usuaria o su marido puedan impugnar la filiación previamente consentida por falta de coincidencia entre la verdad biológica (inexistencia de vínculo genético entre el marido y el nacido, al tratarse de una fecundación heteróloga) y la realidad jurídica (la paternidad legalmente determinada)⁶¹. Interpretando el precepto *a sensu contrario* deducimos que, si la técnica de reproducción asistida utilizada es heteróloga y no ha sido consentida por el esposo de la usuaria, puede aquel impugnar la filiación establecida a su favor al no estar amparada ni en su voluntad ni en el principio de verdad biológica. Con relación al artículo 8.1 LTRHA 2006 debemos realizar dos observaciones. En primer lugar, entendemos que el consentimiento otorgado por los cónyuges para la utilización de las técnicas de reproducción asistida heterólogas no solo veda la impugnación de la filiación determinada a la usuaria y su esposo (únicos a quienes el precepto menciona), sino también a cualquier otra persona (con inclusión del propio hijo), pues carecería de lógica alguna que se permitiera a alguien distinto de los cónyuges atacar judicialmente por falta de coincidencia biológica una filiación que ha sido debidamente establecida con arreglo a la LTRHA 2006⁶². Como segunda apreciación consideramos que, aun cuando el artículo 8.1 LTRHA 2006 no haga referencia a los supuestos en los que la usuaria y su esposo consienten una fecundación homóloga, tanto la voluntad manifestada ante el centro médico como la coincidencia biológica entre los cónyuges y el hijo impedirían que prosperase la impugnación de la filiación estableci-

⁶¹ De este modo, parafraseando a ÁLVAREZ SARABIA (AD, 2015, pp. 4 y 21), el consentimiento en el ámbito de la reproducción asistida cumple la función de blindar los efectos de la determinación extrajudicial de la filiación al impedir su impugnación. Así, aunque tal consentimiento no constituya un título de determinación de la filiación, influye notablemente en esta al convertirla en una «filiación privilegiada inimpugnable por los cónyuges».

⁶² En esta línea, rechaza FARNÓS AMORÓS (ADC, 2015, p. 17, nota al pie n.º 34) la legitimación del hijo para el ejercicio de la acción de impugnación, dado que la solución opuesta resultaría incoherente con el principio de determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida por la voluntad. *Vid.* también, DÍAZ MARTÍNEZ, DPC, 2007, pp. 90-91.

da. Ésta es la solución adoptada por el legislador catalán en el párrafo segundo del artículo 235-28 CCCat.⁶³

El artículo 8.1 LTRHA 2006 tiene su equivalente en el Derecho catalán, concretamente en el artículo 235-8.2 CCCat. No obstante, el ámbito de aplicación objetivo de este último es más extenso, pues establece un régimen jurídico único aplicable a todas las hipótesis de impugnación de la filiación derivada de la fecundación asistida de la madre, con independencia del carácter matrimonial o *more uxorio* de la relación existente entre la usuaria de las técnicas y su pareja y del sexo de esta última. Por el contrario, el artículo 8.1 LTRHA 2006 restringe su ámbito de aplicación a los casos en que quienes consienten la fecundación heteróloga son la gestante y su marido, conclusión sustentada en los dos argumentos siguientes: de un lado, el precepto no incluye mención alguna a la esposa de la receptora de las técnicas de reproducción asistida como posible prestadora del consentimiento a la fecundación; de otro, el precepto se refiere al consentimiento «a determinada fecundación con contribución de donante o donantes», el cual solo es legalmente exigible a la gestante y su marido (arts. 6.1 y 3, respectivamente, LTRHA 2006), y no a la esposa de aquella, a quien el artículo 7.3 LTRHA 2006 demanda el consentimiento para que se determine a su favor la filiación del hijo de su cónyuge, pero no para la aplicación de la técnica correspondiente. Ahora bien, ¿es posible la aplicación analógica del artículo 8.1 LTRHA 2006 a los casos en los que la esposa de la usuaria haya otorgado el consentimiento regulado en el artículo 7.3 LTRHA 2006? En sentido afirmativo responde Torral Lara, postulando que la analogía se impone desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005⁶⁴. Por su parte, defiende Díaz Martínez la aplicación analógica con base en la existencia de identidad de razón entre los dos supuestos,

«pues en ambos el elemento volitivo que sirve para la atribución de una paternidad o maternidad puramente formal, aunque también afectiva y educacional, si bien no biológica, debe entenderse, en términos generales, salvo los matices que después se expondrán, como irrevocable»⁶⁵.

⁶³ Dice el precepto: «Si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación de acuerdo con los artículos 235-8 o 235-13, y tampoco, en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo».

⁶⁴ TORRAL LARA, *DPC*, 2016, pp. 330-331. En igual sentido, FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2015, pp. 16-17.

⁶⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, p. 88. También, TAMAYO HAYA, 2015, p. 75.

Esta postura no la contradice la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 4ª) de 5 de diciembre de 2012⁶⁶, en la que el Tribunal, tras reconocer la ausencia de regulación legal al respecto y la inexistencia de precedentes jurisprudenciales directamente aplicables, admitió la impugnación de la segunda maternidad al no cumplir el consentimiento determinante de la filiación los requisitos formales legalmente establecidos, razón por la que devino ineficaz. Con relación a esta sentencia se pronuncia Torral Lara, quien se postula a favor de la necesidad de contemplar legalmente «que ni la usuaria de las técnicas, ni la mujer respecto de la que se determina la segunda maternidad puedan posteriormente impugnarla, siempre que haya sido libremente consentida», entendiéndose inadmisibles, por contrariar el principio de estabilidad del estado civil de la filiación y del interés superior del menor, la invocación de la existencia de vicios formales en la prestación del consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 con posterioridad a la determinación de la segunda maternidad⁶⁷. A nuestro parecer, sin embargo, aun en la hipótesis de que el legislador previera expresamente la imposibilidad de impugnar el consentimiento prestado para la determinación de la segunda maternidad, asuntos como el enjuiciado por la Audiencia seguirían siendo problemáticos, ya que la prohibición de impugnar desplegaría sus efectos indudablemente cuando el consentimiento otorgado por la esposa de la receptora de las técnicas de reproducción asistida se ajustase a los requisitos del artículo 7.3 LTRHA 2006, pero no deviene así de evidente que la consecuencia fuera esa misma cuando el consentimiento resultase ineficaz por incumplimiento de las exigencias formales establecidas en el mencionado precepto.

Situación distinta se produciría cuando el consentimiento otorgado por la esposa de la gestante estuviera viciado, lo que ocurri-

⁶⁶ AC 2013\76; Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo. Días después del nacimiento de don Agapito, concebido mediante inseminación artificial con semen de donante, la gestante, doña Emilia, contrajo matrimonio con doña Mónica, procediendo ambas el mismo día del enlace a inscribir en el Registro Civil la doble maternidad respecto del hijo. Posteriormente, doña Emilia interpuso contra doña Mónica una acción de impugnación de la filiación solicitando que se dictara sentencia por la que se declarase que la demandada no era la progenitora de don Agapito. La actora sostenía que la inscripción de la doble maternidad en el Registro se debió a una equivocación o error humano, puesto que la legislación únicamente permitía el reconocimiento de la filiación en el caso de dos mujeres casadas al tiempo del nacimiento. La Audiencia no se cuestionó si era posible la constancia de la doble maternidad en la inscripción de nacimiento del hijo (pues ello lo permitía expresamente el artículo 7.3 LTRHA 2006 para el caso de mujeres casadas), sino que se preguntó sobre los requisitos que debía cumplir el consentimiento prestado por la cónyuge no gestante para tuviera eficacia jurídica y sobre la pertinencia de la acción de impugnación de la filiación por la madre biológica frente a su cónyuge cuando no se hubieran cumplido tales exigencias.

⁶⁷ TORRAL LARA, *DPC*, 2016, pp. 331-332.

ría, por ejemplo, cuando se descubriera, tras determinarse la segunda maternidad, que la concepción del hijo no fue fruto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, sino de las relaciones sexuales mantenidas por la receptora con un varón, supuesto en el que el consentimiento de su cónyuge estaría viciado por error. En hipótesis como la descrita debe permitirse la impugnación de la filiación con arreglo al artículo 138 CC, que se fundamenta en la existencia de vicios del consentimiento que afecten al reconocimiento y demás actos jurídicos que determinen con arreglo a la Ley una filiación, sea o no matrimonial, sin que deba valorarse la existencia de verdad biológica en la filiación impugnada (*id est*, siendo irrelevante la coincidencia biológica entre el hijo y aquel de los progenitores cuya filiación se impugna)⁶⁸. Por imposición del artículo 141 CC, al que se remite el 138 del mismo cuerpo legal, la acción corresponde interponerla a quien haya otorgado el consentimiento afectado de error, violencia o intimidación, gozando para ello de un plazo de caducidad de un año desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento.

Mayor problemática plantea, sin embargo, la legitimación activa del propio hijo para impugnar la segunda maternidad. Esta cuestión sería más pacífica si el legislador hubiera configurado la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida como un tercer tipo de filiación a añadir a la que pueda tener lugar por naturaleza y por adopción (art. 108 I CC). En tal hipótesis, la solución lógica pasaría por prohibir al hijo la impugnación de la filiación cuando la esposa de la usuaria hubiera otorgado el consentimiento que regula el artículo 7.3 LTRHA 2006, habida cuenta de que la segunda maternidad se determina con base exclusivamente en el elemento volitivo (ignorando, por ende, la verdad biológica). Sin embargo, la realidad es que el legislador no ha configurado como un tercer tipo de filiación la derivada de la utilización de dichas técnicas, remitiéndose el artículo 7.1 LTRHA 2006 en materia de filiación de los nacidos de este modo a las Leyes civiles⁶⁹, a salvo de las particularidades establecidas en los tres artículos que le

⁶⁸ En los casos en que se descubra que el hijo ha sido concebido, no por la utilización de las técnicas de reproducción asistida, sino mediante las relaciones sexuales mantenidas por la receptora con un varón, DÍAZ MARTÍNEZ sustenta la posibilidad de impugnar la filiación en la propia literalidad del artículo 8.1 LTRHA 2006 (cuya aplicación analógica a los matrimonios entre mujeres defiende), al prohibir el precepto a la mujer y al marido, cuando hayan otorgado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, que puedan impugnar la filiación del hijo nacido «como consecuencia de tal fecundación» (DÍAZ MARTÍNEZ, *DPC*, 2007, p. 88).

⁶⁹ Esta remisión, que en puridad se hace al régimen de determinación de la filiación por naturaleza (y no de la adoptiva), responde al principio de igualdad (art. 14 CE) y a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos y la igualdad de estos con independencia de su filiación (art. 39.2 CE).

siguen, preceptos que, lejos de contener un sistema alternativo de determinación de la filiación, aportan soluciones específicas a problemas concretos que no encuentran una respuesta satisfactoria en las reglas tradicionales recogidas en el CC e inspiradas en el principio de verdad biológica, muy alejado del criterio voluntarista que rige la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida. De esta forma, podría sostenerse que, como consecuencia de la mencionada remisión, la impugnación por el hijo de la segunda maternidad quedaría amparada en el artículo 140 CC, que, al igual que toda la normativa reguladora de la filiación en el CC, se inspira en el principio de verdad biológica, el cual, por definición, se contraviene en los supuestos de doble maternidad, dado que naturalmente no es posible la existencia de dos madres biológicas. Con todo ello, y teniendo en cuenta que al impugnar la filiación no actúa el hijo contra sus propios actos (pues él no prestó consentimiento alguno para que la filiación fuera determinada), podría defenderse su legitimación para impugnar la segunda maternidad *ex* artículo 140 CC⁷⁰. Sin embargo, nosotros nos alineamos con aquel sector doctrinal que postula que la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida se fundamenta en la voluntad de los progenitores, y no en la coincidencia biológica de estos con el nacido, con lo que la impugnación de la segunda maternidad con base en la vulneración del principio de verdad biológica carece aquí de fundamento alguno, incluso cuando la acción sea interpuesta por el propio hijo⁷¹.

Como última cuestión relativa a la impugnación debemos referirnos al principio de incompatibilidad de filiaciones contradictorias, recogido en el artículo 113 II CC en los siguientes términos: «No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria». Este principio opera en sede de filiación por naturaleza, lo que goza de toda lógica si tenemos en cuenta que el principio de verdad biológica inspira toda su regulación en el CC⁷². De este modo, el ejercicio de una acción de reclamación de filiación debe ir acompañado de la impugnación de aquella contradictoria que, en su caso, se haya podido determinar con anterioridad.

⁷⁰ Vid. BARBER CÁRCAMO, *DPC*, 2014, pp. 123-124; NANCLARES VALLE, *RAC*, 2008, pp. 2263-2264 y 2270.

⁷¹ Por todos, JIMÉNEZ MUÑOZ, 2012, p. 73; QUICIOS MOLINA, 2018, pp. 190-191.

⁷² No ocurre lo mismo en el caso de la filiación adoptiva, que, al no fundarse en la realidad biológica, sino en un procedimiento judicial, no resulta contradictoria con la filiación natural (o adoptiva) que previamente se pudiera haber determinado. Asimismo, como bien postula TORRAL LARA (*DPC*, 2016, pp. 333-334), la regla general es que «la adopción supone la ruptura de los vínculos jurídicos con la familia anterior, de manera que nunca pueden resultar contradictorias».

En puridad, sobre la base de la remisión general que a las Leyes civiles prevé el artículo 7.1 LTRHA 2006 en materia de filiación de los nacidos con técnicas de reproducción asistida, el principio de incompatibilidad de filiaciones contradictorias resultaría de plena aplicación a la doble maternidad y determinaría la posibilidad de impugnar la filiación de la cónyuge de la usuaria por contravenir la determinada a favor de esta última. La jurisprudencia salva este escollo resaltando el papel esencial que la voluntad de los progenitores juega para determinar la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, siendo el elemento volitivo el que permite la «ficción legal» de legitimar la coexistencia de dos maternidades por naturaleza⁷³. A nuestro entender, sin embargo, la solución pasaría de nuevo por configurar legalmente la filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida como un tercer tipo de filiación distinto e independiente de la filiación por naturaleza y en la que lo decisivo para su determinación no fuese la verdad biológica, sino el elemento volitivo, no pudiendo alegarse, por ende, la contradicción entre las filiaciones maternas determinadas a favor de la usuaria y su esposa *ex* artículo 7.3 LTRHA 2006.

5. SUPUESTO PARTICULAR: INSCRIPCIÓN DE LA SEGUNDA MATERNIDAD POR NATURALEZA DEL NACIDO SIN NECESIDAD DE ACREDITAR EL ORIGEN DE LA GESTACIÓN

Parece lógico pensar que únicamente puede inscribirse la segunda maternidad conforme al artículo 7.3 LTRHA 2006 cuando conste en el expediente que el hijo ha sido concebido mediante alguna de las técnicas de reproducción humana asistida recogidas en el anexo de la citada Ley. De hecho, es ésta la cuestión discutida (y resuelta en el sentido indicado) en la resolución de la Dirección General de los Recursos y del Notariado de 7 de enero de 2009⁷⁴, que desestimó el recurso interpuesto contra la providencia de la jueza Encargada del Registro Civil por el que denegó la inscripción

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre de 2013 (RJ 2013\7640; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana). En la misma línea, afirma TAMAYO HAYA (2015, pp. 73-74) que el artículo 7.3 LTRHA 2006 implica la ruptura con la regla clásica consagrada en la expresión latina *mater semper certa est*, de suerte que «madre ya no es solo aquella que da a luz, sino también, habiendo matrimonio, aquella que quiso serlo», lo que comporta que «en caso de reclamación de la maternidad por parte de la madre no biológica, no concurra la contradicción de maternidad a la que se refiere el art. 113.2 del CC y, por consiguiente, que no sea precisa la previa impugnación de la maternidad contradictoria».

⁷⁴ JUR 2010\98662.

de la segunda maternidad por naturaleza de un hijo nacido, según los términos utilizados por las propias promotoras del expediente, siguiendo «un tratamiento de fertilización casero»⁷⁵. Sin embargo, el mismo Centro Directivo llegó a una conclusión radicalmente distinta en su resolución de 8 de febrero de 2017⁷⁶, en la que resuelve que, de la literalidad del artículo 44.5 LRC, que prácticamente reproduce el contenido del artículo 7.3 LTRHA 2006, «cabe colegir que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida». Y continúa:

«Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA pues la filiación establecida en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el artículo 8 de la citada ley».

En definitiva, con base en esta resolución, los encargados de los Registros Civiles no pueden exigir la presentación de un certifica-

⁷⁵ Entre la doctrina se alzan voces que denuncian la «discriminación económica» que entraña la imposición del recurso a las técnicas de reproducción asistida para que pueda determinarse la segunda maternidad, habida cuenta de que tales técnicas, en muchas ocasiones, no son ofertadas por la Seguridad Social. *Vid.* GÓMEZ PERALS, 2019, p. 164.

⁷⁶ JUR 2018\283287. En este mediático asunto, el juez encargado del Registro Civil, mediante auto de 22 de agosto de 2016, denegó la inscripción de la segunda maternidad solicitada por la promotora del expediente. El juzgador sustentó su decisión en la necesidad de acreditar que la gestación del nacido se derivaba del uso de técnicas de reproducción asistida, entendiendo que el artículo 44.5 LRC «no se puede interpretar desconectado del apartado cuarto, según el cual la filiación, a efectos de la inscripción de nacimiento, se determinará conforme a las leyes civiles (que siguen respondiendo al principio de unidad de la maternidad) y a la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida (que introduce una ficción legal no basada en la realidad biológica pero solo cuando la gestación es consecuencia de técnicas de reproducción asistida), no siendo tampoco aplicables las presunciones del Código Civil [...] en tanto que responden a un esquema normativo distinto». Esta decisión fue recurrida por las esposas ante la Dirección General de los Registros y del Notariado con base en los motivos que siguen: 1) la pareja tenía dos hijos mayores que fueron inscritos como matrimoniales en el año 2009 sin requerirse a tal efecto la presentación de un certificado de reproducción asistida; 2) el artículo 44.5 LRC no exige a efectos de la inscripción de la segunda maternidad el recurso a técnicas de reproducción asistida para la concepción del hijo; 3) el propósito del legislador ha de ser que el artículo 44.5 LRC se aplique con carácter general para determinar la filiación de los hijos nacidos en el seno de un matrimonio compuesto por dos mujeres, pues solo así tiene sentido que el mencionado precepto reproduzca el contenido del artículo 7.3 LTRHA 2006; 4) la solución que establecía el auto recurrido atentaba contra el interés superior del menor, colocándolo en una situación de desprotección respecto de sus dos hermanos mayores, y perjudicaba la estabilidad de la familia; 5) el principio de verdad biológica, que ha evolucionado hacia un concepto más social y afectivo, no tiene carácter absoluto, debiendo prevalecer siempre el interés del menor, y 6) la interpretación de las normas ha de realizarse, en virtud del artículo 3 CC, atendiendo al contexto y a la realidad social en que se deben aplicar, debiendo tomarse en consideración las normas que tras la Ley 13/2005 se han aprobado para dar cabida a los matrimonios del mismo sexo (entre ellas, el art. 7.3 LTRHA 2006).

do de reproducción asistida para inscribir una filiación que, sin embargo, puede ser impugnada *a posteriori* por no existir coincidencia biológica entre la «segunda madre» y el hijo. De esta suerte, la Dirección admite la inscripción de «maternidades claudicantes» en aquellos casos en los que, al no derivar la gestación del uso de técnicas de reproducción asistida, no existe donante anónimo y, por ende, el padre biológico puede reclamar su paternidad e impugnar la segunda maternidad inscrita⁷⁷. ¿Realmente resulta esta situación conforme con el interés superior del menor? Por otra parte, debemos considerar que, si bien es cierto que de la literalidad del artículo 44.5 LRC parece inferirse que es posible su aplicación aun cuando el hijo no se haya gestado mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, no hemos de olvidar que el mencionado precepto prácticamente reproduce el contenido del artículo 7.3 LTRHA 2006 y que el ámbito de aplicación de este último se restringe a los casos en los que el origen de la gestación está en el uso de esas técnicas⁷⁸. Coincidimos con Quicios Molina en que la mención expresa a la reproducción asistida en el artículo 44.5 LRC no resulta necesaria, ya que dicho precepto introduce una regla registral de índole meramente adjetiva, «pues solo presuponiendo una reproducción asistida se regula el título de determinación de la segunda maternidad por el artículo 7.3 LTRHA 2006, este sí de naturaleza sustantiva»⁷⁹. Además, como bien señala el encargado del Registro Civil en el asunto de referencia, los apartados cuarto y quinto del artículo 44 LRC deben interpretarse conjuntamente, estableciendo aquel que la filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en

⁷⁷ Esto es precisamente lo que ocurrió en el asunto resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 27 de noviembre de 2017 (JUR 2018\56440; Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina), en el que el actor y las demandadas firmaron un documento que plasmaba el acuerdo por el que aquel donaba su semen a éstas para la inseminación de una de ellas, con renuncia a cualquier derecho de paternidad que le correspondiese con relación al hijo que pudiera nacer. Como consecuencia de dicha inseminación nació una niña que fue inscrita como hija de ambas codemandadas. No obstante, tras el nacimiento, el actor interpuso una demanda de impugnación de la maternidad establecida a favor de la esposa de la gestante y de reclamación de la paternidad extramatrimonial de la menor. La Audiencia estimó ambas acciones rechazando la aplicación analógica de la LTRHA 2006 al entender que, «más que un supuesto análogo al previsto por la ley, ante lo que nos encontramos es una infracción o soslayamiento de la propia norma, que no debe llevar al mantenimiento de la filiación como inicialmente se reflejó en el Registro Civil sino a la declaración de la paternidad extramatrimonial del actor, al amparo del artículo 133-2 del Código Civil en relación con el artículo 134 del mismo cuerpo legal, con respeto a la verdad biológica, conforme al artículo 39-2 de la Constitución Española». Es decir, al no haberse cumplido las exigencias establecidas en la LTRHA 2006, no pueden las codemandadas ampararse en esta norma para lograr la desestimación de la demanda de reclamación de la paternidad con base en la inimpugnabilidad de la filiación legalmente determinada.

⁷⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS y VERDERA SERVER, 2018, p. 41.

⁷⁹ QUICIOS MOLINA, 2018, p. 203.

las leyes civiles y en la LTRHA 2006. En la hipótesis estudiada, no resultan de aplicación las leyes civiles por estar inspiradas en el principio de verdad biológica, sino que debemos recurrir a la LTRHA 2006 y, concretamente, a su artículo 7.3, cuyo ámbito de aplicación sí se restringe a los supuestos en los que la gestación se deriva del empleo de técnicas de reproducción asistida. Con base en este razonamiento, entendemos que la decisión de la Dirección General de no exigir que se acredite que la gestación tiene su origen en el empleo de técnicas de reproducción asistida para que pueda inscribirse la segunda maternidad resulta de todo punto des-
acertada.

6. CONSENTIMIENTO DEL ARTÍCULO 7.3 LTRHA 2006 COMO (¿ÚNICO?) TÍTULO DE DETERMINACIÓN DE LA SEGUNDA MATERNIDAD POR NATURALEZA

Los consentimientos prestados ante el centro autorizado por el cónyuge o conviviente con la usuaria de las técnicas de reproducción asistida a que se refieren los artículos 6.3 y 8.2 LTRHA 2006, respectivamente, no establecen la filiación, sino que, para ello, hemos de acudir a los títulos de determinación previstos en las Leyes civiles (por remisión del art. 7.1 LTRHA 2006) y, concretamente, a la presunción de paternidad del artículo 116 CC, de existir vínculo matrimonial vigente y sin separación legal o de hecho entre la usuaria y el varón que consiente la utilización de la técnica, o, en caso contrario, al expediente del artículo 44.7 LRC.

Distinto es el caso del artículo 7.3 LTRHA 2006, que regula un consentimiento que sí constituye un título autónomo de determinación de la filiación, pues el establecimiento de la segunda maternidad por naturaleza no puede tener lugar a través de ninguno de los títulos previstos en el CC, dado que éste, al inspirarse en el principio de verdad biológica, imposibilita la determinación de una doble paternidad o maternidad por naturaleza⁸⁰. Se trata de un título caracterizado por su origen legal y su condición extrajudicial, formal, voluntaria y unilateral⁸¹.

⁸⁰ La filiación de la cónyuge de la usuaria se determina con arreglo al artículo 7.3 LTRHA 2006 también cuando se recurra al método ROPA, de suerte que el óvulo fecundado proceda, no de la gestante, sino de su esposa. En tal caso, la filiación de la madre gestante viene establecida por el parto, y la de su cónyuge por el consentimiento otorgado *ex* artículo 7.3 LTRHA 2006 (y no por haber donado el ovocito).

⁸¹ Estas dos últimas características están conectadas y se traducen en el hecho de que el título hace depender la determinación de la filiación del simple y único deseo de la no gestante, no pudiendo su cónyuge ni exigirle la prestación del consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 (de ahí su carácter voluntario, en el sentido de incoercible) ni

En un principio, es el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006 el único título legalmente previsto para determinar la segunda maternidad por naturaleza. No obstante, la jurisprudencia modifica considerablemente el panorama, teniendo una especial relevancia la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 5 de diciembre de 2013⁸². Con relación al artículo 7.3 LTRHA 2006, consideró el Tribunal que «garantiza la igualdad de los matrimonios heterosexuales y homosexuales». Sin embargo, no aclaró el Tribunal, a pesar de ser un dato que entendemos de ingente relevancia, que dicha igualdad puede predicarse únicamente respecto de la posibilidad de inscribir la filiación natural de ambos miembros del matrimonio, pero no en lo atinente a

impugnarlo una vez que ha sido prestado, sin que se le confiera instrumento alguno para enervar la eficacia de una filiación determinada unilateralmente por la no gestante y que a su cónyuge le viene impuesta *ope legis* (FABAR CARNERO, *REDUNED*, 2014, p. 190).

⁸² RJ 2013\7640; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. Doña Santiago y doña Delia tenían una hija en común, doña Adelaida, nacida en 2005 mediante fecundación *in vitro* de la primera, a cuyo favor se inscribió la filiación en el Registro Civil. El 16 de marzo de 2007, ambas consintieron ante un centro autorizado una nueva fecundación *in vitro* de doña Santiago. La pareja contrajo matrimonio el 3 de agosto de 2007, adoptando doña Delia a doña Adelaida por auto de 25 de abril de 2008. Tras celebrarse el matrimonio, en el mismo año 2007 y como consecuencia de la fecundación *in vitro* llevada a cabo, nacieron doña Rebeca y doña Aurora, que se inscribieron en el Registro Civil solo con filiación materna y apellidos de la gestante, doña Santiago, que inició ante el Registro un expediente de rectificación de error en las inscripciones practicadas al objeto de modificar su estado civil (de soltera a casada) e inscribir la filiación también a favor de su esposa a efectos del ejercicio de la patria potestad y de la atribución de los apellidos a las menores. El expediente concluyó mediante auto de 5 de marzo de 2008, que resolvió la rectificación parcial de los asientos, concretamente, solo del estado civil de la madre. Esta recurrió en apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que, por auto de 26 de noviembre de 2008, desestimó el recurso. En junio de 2009, el matrimonio rompió su relación sentimental, formulando doña Santiago demanda de divorcio y abandonando doña Delia el domicilio conyugal. Por su parte, esta última ejerció contra aquella una acción de reclamación de la filiación de doña Rebeca y doña Aurora sobre la base de la existencia de posesión de estado. En primera instancia, la demanda corrió suerte estimatoria, con la consiguiente rectificación de la inscripción de nacimiento de las menores practicadas en el Registro con el fin de que se inscribiera también la filiación de la demandante y aparecieran como apellidos los de ambas progenitoras. Doña Santiago recurrió en apelación la sentencia de instancia ante la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso al entender que existía prueba bastante de la concurrencia de posesión de estado «de manera ininterrumpida, continuada y pública por tiempo suficiente», aduciendo como hechos que acreditaban la posesión de estado los siguientes: 1) la voluntad conforme de las litigantes de que doña Santiago se sometiera a un segundo procedimiento de fecundación *in vitro*, gozando tal consentimiento «de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como este dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige»; 3) la demandada actuó contra sus propios actos, puesto que fue ella quien instó ante el Registro Civil el expediente de rectificación de error en las inscripciones practicadas en aras de que corrigiera su estado civil y que se inscribiera la filiación también a favor de su cónyuge, y 4) la demandante ha llevado a cabo diversas actuaciones judiciales con el propósito de mantener el contacto con las menores y, como reconocen varios testigos, durante un año ha compartido su vida con las menores en calidad de madre, hasta que la separación de la pareja produjo también la ruptura de la relación con las niñas. La decisión de la Audiencia fue recurrida en casación por doña Santiago, resolviendo el Tribunal Supremo en sentido desestimatorio.

los requisitos formales que debe cumplir el cónyuge de la usuaria para inscribir a su favor la filiación, pues tales requerimientos se tornan más exigentes cuando el cónyuge es una mujer que pretende inscribir la segunda maternidad por naturaleza del nacido.

Por lo que respecta a la acción de reclamación de la filiación del artículo 131 CC, el Tribunal Supremo legitimó su ejercicio en los supuestos de concepción a través del uso de técnicas de reproducción asistida con fundamento en la remisión que el artículo 7.1 LTRHA 2006 hace a las Leyes civiles en sede de filiación⁸³, si bien reconociendo que, en la práctica, la posesión de estado como causa para otorgar la filiación jurídica queda superada por la prestación del consentimiento para la aplicación de la técnica correspondiente (esto es, por la voluntad de ser progenitores manifestada ante el centro autorizado por los cónyuges), debiendo ser apreciado tal consentimiento incluso cuando la posesión de estado hubiera sido escasa o insuficientemente acreditada. De esta forma, en la sentencia comentada el Tribunal legitimó a la esposa de la gestante (aun cuando no hubiera otorgado el consentimiento del art. 7.3 LTRHA 2006) para reclamar la segunda maternidad del nacido mediante el ejercicio de la acción regulada en el artículo 131 CC, señalando como elemento decisivo para determinar la filiación el consentimiento de las cónyuges ante el centro autorizado para la práctica de las técnicas de reproducción asistida –pese a que tal consentimiento no es legalmente exigido a la esposa de la gestante, a diferencia de al marido (art. 6.3 LTRHA 2006)–, aun cuando no se acredite la existencia de constante posesión de estado⁸⁴. Así pues, la misión de la posesión de estado es integrar y reforzar el consentimiento otor-

⁸³ Rechaza FARNÓS AMORÓS (*ADC*, 2015, pp. 27-28) la aplicación del artículo 131 CC para determinar la segunda maternidad porque, «como anuncia el propio [artículo 7.1 LTRHA 2006] dicha remisión no opera ni respecto de los artículos 8 a 10 LTRHA, que son a los que se refiere expresamente, ni tampoco respecto del artículo 7.3, que contiene otra norma especial en sede de filiación derivada de TRA». A la misma conclusión, si bien con otro razonamiento distinto, llega QUICIOS MOLINA (II, 2014, p. 63): «no me parece correcta la utilización del artículo 7.1 LTRHA, que se remite a las leyes civiles para regular la determinación de la filiación de los hijos nacidos con las técnicas de reproducción asistida, por la STS de 5 de diciembre de 2013 para fundar su decisión, en un supuesto en que la demandante podría haber conseguido que quedase determinada su maternidad de acuerdo con el artículo 7.3 LTRHA. No hay laguna legal y, en cualquier caso, el Código civil no permite que una filiación por naturaleza quede determinada judicialmente si queda acreditado en el proceso que no responde a la verdad biológica; ni aun concurriendo posesión de estado». *Vid.* también, QUICIOS MOLINA, I, *CCJC*; 2018, pp. 216-217.

⁸⁴ Como bien afirma TAMAYO HAYA (2015, pp. 89-90): «el Tribunal Supremo hace una interpretación amplia de la norma para considerar al consentimiento prestado por la pareja para llevar a cabo la fecundación, criterio de atribución de la filiación, al tiempo que la prueba de la posesión de estado refuerza la voluntad así expresada y sirve de medio para su constatación. Otorga, por consiguiente, mayor valor al consentimiento en cuanto expresión de la voluntad de la madre y de su pareja de querer asumir los papeles de progenitoras que a la propia posesión de estado como fundamento de la acción de reclamación de la filiación matrimonial».

gado ante el centro sanitario para la realización de las técnicas de reproducción.

La solución a la que llega el Tribunal puede resultar discutible, pues parece vaciar de contenido el artículo 7.3 LTRHA al ampliar la legitimación de la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado del artículo 131 CC a las parejas homosexuales (y, en concreto, a la ex esposa de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida), aun cuando, en su concepción tradicional, el propósito perseguido con el ejercicio de esta acción era el establecimiento de una filiación coincidente con la verdad biológica. Esta correspondencia resulta inexistente en el asunto enjuiciado, en el que la actora reclamó la determinación de un vínculo de filiación manifiestamente contrario a las leyes de la naturaleza⁸⁵. No obstante, el Tribunal Supremo justificó su postura al reconocer que, si bien es cierto que cuando se reclama una filiación lo determinante es ver si se cumplen las condiciones legalmente establecidas para su establecimiento, en el caso enjuiciado existían ciertos intereses que merecían protección, a saber, el interés de las hijas y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas, debiendo preservarse las vinculaciones conseguidas y reconducirse las discrepancias existentes entre las litigantes al ámbito de la ruptura de las relaciones personales. Por nuestra parte, no dudamos de las loables intenciones del Tribunal, que, consciente de las carencias de la LTRHA 2006, pretendió evitar que el incumplimiento de las formalidades establecidas en el artículo 7.3 impidiera la determinación de una filiación coincidente con la voluntad expresada por las progenitoras. Sin embargo, consideramos que es el legislador el que debería haber tomado las riendas de la situación y dar al elemento volitivo la importancia que merece a través de la configuración de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida como un tipo autónomo de filiación. Pero, ante la inactividad del legislador, fue el Tribunal Supremo el que reaccionó e intentó dar al caso concreto una solución más acorde con la justicia material, aunque más discutible conforme al principio de seguridad jurídica. Así, con fundamento en la protección del interés superior del menor, ignoró el precepto expresamente previsto para determinar la segunda maternidad (el art. 7.3 LTRHA 2006) y, en su lugar,

⁸⁵ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, p. 15. Sostiene ÁLVAREZ SARBIA (*AD*, 2015, p. 47, nota al pie n.º 171), con relación a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, que, «[a] la vista de esta sentencia, vemos cómo la interpretación del Tribunal Supremo responde a la intuición de lo que sería una regulación más acertada de esta materia, más justa e igualitaria entre las parejas homosexuales y heterosexuales pero que se aleja mucho (por no decir totalmente) del texto de la Ley», aproximándose bastante «a una forma de legislación por parte del Tribunal peligrosa e indeseable».

aplicó otro (el art. 131 CC) enraizado en el principio de verdad biológica, que no se respeta cuando se pretende la determinación de un vínculo de filiación abiertamente contrario a las leyes de la naturaleza. Además, si se legitima a la ex esposa de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida para que ejercite la acción del artículo 131 CC, el principio de igualdad parece exigir que también se permita la reclamación de la filiación por posesión de estado en los supuestos de copaternidad, en los que, por razón de una infertilidad estructural, no cabe la filiación biológica común.

En todo caso, habida cuenta de que la acción de reclamación de la filiación del artículo del 131 CC se basa en una realidad social preexistente (la posesión de estado), la sentencia firme estimatoria que ponga fin al procedimiento tiene carácter declarativo en lo referente al establecimiento de la filiación, pero constitutivo con respecto a los efectos que de dicha filiación se derivan⁸⁶.

Con relación a la sentencia comentada (y a otra de 15 de enero de 2014, también del Tribunal Supremo, pero referida a un supuesto de determinación de una segunda maternidad no matrimonial⁸⁷),

⁸⁶ Vid. también la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 24 de octubre de 2011 (JUR 2012\14522; Ponente: Ilmo. Sr. D. Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco).

⁸⁷ RJ 2014\1265; Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. Se planteó en este asunto la posibilidad de que doña Eufrasia pudiera determinar judicialmente, por la vía de la posesión de estado, la filiación extramatrimonial del hijo gestado por su expareja (doña María Virtudes, con la que no había contraído matrimonio) y nacido, constante la relación sentimental, mediante fecundación asistida con material genético de donante anónimo. En primera instancia el juzgador consideró viable la pretensión de doña Eufrasia con fundamento en el artículo 7.3 LTRHA 2006 y estimó la demanda con amparo en el artículo 131 CC, al entender acreditada la posesión de estado sobre la base de los siguientes hechos: 1) el apellido de la reclamante se incorporó como nombre del menor; 2) la actora y su ámbito familiar trataron como un hijo al menor, no solo constante la relación de pareja, sino también tras la ruptura, habiendo interpuesto doña Eufrasia las acciones judiciales pertinentes para mantener las relaciones materno-filiales con el menor, y 3) finalmente, se acreditó en el proceso que las convivientes tenían un «proyecto en común» durante su relación. La sentencia de instancia fue recurrida en apelación por doña María Virtudes ante la Audiencia Provincial, que estimó el recurso argumentando, en esencia, estos motivos: 1) la filiación solo puede tener lugar por naturaleza o adopción (art. 108 CC); 2) la acción que se ejercitó no estaba amparada en el artículo 7.3 LTRHA 2006, sino en el 131 CC; 3) la LTRHA 2006 no puede aplicarse retroactivamente al no preverlo la propia Ley; 4) el artículo 7.3 LTRHA 2006 está pensado para parejas casadas estables; 5) los efectos de la mencionada Ley son meramente registrales, y 6) la Audiencia no consideró probada la posesión de estado debido al poco tiempo de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor (tres años), aun cuando la actora se comportase como madre. Doña Eufrasia recurrió la sentencia de apelación ante el Tribunal Supremo, aduciendo, como único motivo de casación, la infracción del artículo 131 CC en relación con el 7.3 LTRHA 2006. En el asunto enjuiciado, el Tribunal consideró acreditada la posesión de estado argüida por la recurrente con fundamento en los hechos probados en ambas instancias, los cuales eran reveladores del *tractatus* que impulsa la posesión de estado, particularmente en los casos en los que se reclama la filiación no matrimonial, como ocurrió en este caso. Asimismo, sostuvo el Tribunal Supremo que, en el curso de la acción ejercitada, debía ponderarse el interés superior del menor en su doble configuración, a saber, como principio constitucional y como pauta o función de tutela desplegada por el mismo. Sobre esta base, el Tribunal concluyó, en orden a la viabilidad de la acción ejercitada, que ambas facetas del interés superior del menor concurrían positivamente en la relación de familiaridad de este con la actora. Así pues, en suma, el Tribunal permiti-

sostiene Farnós Amorós que, «[a] anunciar la compatibilidad entre la posesión de estado y la normativa especial de la LTRHA (art. 7.3), el TS convierte erróneamente a la posesión de estado en título de atribución de la filiación»⁸⁸. A nuestro parecer, en el asunto de referencia el título de determinación de la filiación es la sentencia firme en la que se declara, constituyendo la posesión de estado una mera situación fáctica que permite al Tribunal presumir la filiación pretendida por la reclamante⁸⁹. En todo caso, coincidimos con De la Fuente Núñez de Castro en que

tío la determinación de la filiación extramatrimonial de la recurrente mediante el ejercicio de la acción regulada en el artículo 131 CC con fundamento en la existencia de constante posesión de estado, no aclarando la sentencia si las esposas habían manifestado su voluntad de ser progenitoras ante el centro médico con carácter previo a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. A este pronunciamiento formularon los magistrados don Francisco Marín Castán, don Antonio Salas Carceller y don Ignacio Sancho Gargallo un voto particular en el que concluyeron que el fallo del Tribunal tendría que haber sido desestimatorio con base, en esencia, en los motivos siguientes. Por un lado, la estimación del recurso no podía ampararse en la precitada sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, en la que se consideró la posesión de estado como una situación fáctica que integraba y reforzaba el consentimiento prestado por las cónyuges para la utilización de las técnicas de reproducción asistida, creando tal voluntad un título de atribución de la filiación a favor de la esposa de la receptora. En este contexto, «lo que primordialmente tuvo en cuenta [...] esta Sala fue que el requisito temporal del consentimiento previo ante el Encargado del Registro Civil no podía prevalecer sobre el hecho indiscutible de la voluntad conjunta, que se mantuvo después de haber contraído matrimonio». Ahora bien, en el voto particular los magistrados declararon que «no cabe invocar la posesión de estado para justificar por sí, al amparo del art. 131 CC [...], una filiación que se determina necesariamente por el consentimiento de la mujer, cumplidos unos determinados requisitos, si por las razones que sean ese consentimiento no se prestó en su día y ahora no es posible hacerlo». En otros términos, «[d]esde el momento en que la determinación de la filiación ex art. 7.3 LTRHA depende del consentimiento de la mujer y, en ningún caso, puede exigírsele ni en ese momento (antes del nacimiento del hijo), ni después, pasado unos años en que de facto hubiera desarrollado las funciones propias de una madre, la posesión de estado no puede contribuir a presumir que existe esta filiación, al margen de que quien pretenda ahora reclamarla sea la mujer». De igual modo, al basarse el título de determinación de la filiación plasmado en el artículo 7.3 LTRHA 2006 en el consentimiento de la esposa de la gestante, «no cabe en ningún momento que se le pueda imponer esta maternidad, de tal forma que no podría prosperar ninguna reclamación de la filiación contra ella, ni siquiera por parte del hijo, aunque se cumplieran el resto de los requisitos legales y durante años se hubiera comportado como madre». Por otro lado, postulan los magistrados que «en atención a los hechos probados, incluido el de las circunstancias traumáticas de la ruptura entre las litigantes y el hecho evidente de que, pese a haber podido contraer matrimonio antes de su ruptura, no lo hicieron, la estimación del recurso de casación de la demandante satisface no el interés superior del menor sino la “aspiración de ser madre” de la demandante». *Vid.* también la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.ª) de 12 de noviembre de 2019 (JUR 2020\32695; Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso García), que atribuyó la filiación por posesión de estado con base en el artículo 131 CC en un supuesto de unión extramatrimonial integrada por dos mujeres.

⁸⁸ FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2015, p. 27.

⁸⁹ En puridad, conforme al tenor del artículo 113 CC, la posesión de estado no constituye un título de determinación de la filiación (que vienen enumerados en los arts. 115 y 120 CC), sino una situación fáctica que permite al juez presumir la filiación pretendida por la reclamante, siendo el título de determinación de la misma la sentencia firme que la declare. En este sentido, establece el artículo 767.3 LEC que, «[a]unque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo». Abundan en esta línea los magistrados don Francisco Marín Castán, don Antonio Salas Carceller y don Ignacio San-

«ambos pronunciamientos sirven como punto de partida en esta reflexión que llevará a defender la creación jurisprudencial del Derecho gracias a la aplicación de una cláusula general al Derecho de Familia, en concreto, el interés del menor»⁹⁰.

De hecho, es el interés del menor el que fundamenta el interés legítimo que requiere el artículo 131 CC para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado, pues el interés legítimo de la actora se proyecta en el beneficio del menor. Así, el interés del menor constituye la cláusula general⁹¹ que permitió al Tribunal Supremo, en las sentencias comentadas, corregir la deficiente regulación que para el ejercicio de las acciones de filiación contempla el CC. Para ello, realizó un juicio de ponderación de todos los intereses concurrentes (el del menor, el de la madre biológica y el de la actora que reclama la filiación) del que resultó la conveniencia de estimar la acción, permitiéndose de este modo la determinación de la segunda maternidad por naturaleza a favor de la demandante, si bien no con base en el artículo 7.3 LTRHA 2006, sino en el 131 CC. El juez realizó el mismo juicio de ponderación que llevaría a cabo si la acción se hubiera ejercitado en el marco de una relación heterosexual, interpretando el Derecho de filiación con arreglo a los principios constitucionales que inspiran la regulación de las acciones de filiación. Así pues, como afirma De la Fuente Núñez de Castro, el juez aplicó el mecanismo corrector en que consiste la cláusula general del interés del menor y, para ello, interpretó de manera flexible el ordenamiento jurídico en su conjunto al objeto de dar respuesta a una situación no cubierta legalmente como es la determinación de la segunda maternidad por naturaleza cuando no se cumplen los presupuestos para la aplicación del artículo 7.3 LTRHA 2006⁹².

Podemos concluir afirmando que, en la actualidad, existen dos títulos para determinar la segunda maternidad por naturaleza, de origen legal uno y jurisprudencial el otro. El primero consiste en el

cho Gargallo en el voto particular formulado a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014: «la posesión de estado no tiene, propiamente, eficacia acreditativa de la filiación, sino que constituye un medio de prueba de carácter presuntivo o indirecto, en cuanto ofrece una sólida base de hecho para apreciar la existencia de la relación biológica que constituye el objeto de las acciones judiciales de reclamación de la filiación».

⁹⁰ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, p. 5.

⁹¹ La formulación genérica del principio del interés superior del menor la contiene el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, en su primer inciso, señala que «[t]odo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado». Una redacción similar tiene el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

⁹² DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *InDret*, 2015, p. 23.

consentimiento prestado por la cónyuge de la usuaria siguiendo las pautas del artículo 7.3 LTRHA 2006. El segundo es la sentencia firme dictada en el proceso iniciado con el ejercicio de la acción del artículo 131 CC, siendo el aspecto decisivo para declarar la filiación pretendida la voluntad manifestada por la madre biológica y la reclamante ante el centro autorizado en orden a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, relegándose a un segundo plano la constante posesión de estado, si bien su existencia puede inclinar la balanza en favor de la determinación judicial de la segunda maternidad con base en el interés del menor⁹³.

7. CONCLUSIONES

La primera y más elemental conclusión que podemos extraer del presente trabajo es que la determinación de la segunda maternidad por naturaleza sigue planteando multitud de interrogantes. Así, por ejemplo, existen dudas sobre el momento y la forma en que la esposa de la usuaria de las técnicas debe consentir que se establezca a su favor la filiación del nacido. El artículo 7.3 LTRHA 2006 deja claro que el consentimiento debe otorgarse tras el nacimiento del hijo, pero ¿ha de hacerse dentro de algún plazo? Y, ¿cómo ha de prestarse? Bajo nuestro punto de vista, teniendo en cuenta que el mencionado precepto declara que el consentimiento se ha de otorgar conforme a la legislación del Registro Civil, y haciendo una interpretación sistemática de esta, consideramos que deben respetarse los plazos y mecanismos previstos en la LRC y el RRC para la inscripción de nacimiento. En ningún modo nos parece admisible, por contrariar el interés del menor, el dar libertad absoluta a la no gestante para que consienta la determinación de la segunda maternidad a su favor cuando desee. Sin embargo, pese a su evidente relevancia, ni la LTRHA 2006 ni la legislación del Registro Civil resuelven esta cuestión con carácter definitivo.

La determinación de la segunda maternidad conforme al artículo 7.3 LTRHA 2006 plantea un segundo problema: la evidente e injustificada discriminación que sufre la esposa de la usuaria de las técnicas con respecto al marido y al conviviente varón, quedando aquella sujeta a formalidades más estrictas para el establecimiento de la filiación. Esta discriminación se hace aún más patente cuando quien pretende determinar a su favor la filiación del nacido es la conviviente con la usuaria, pues a ella la LTRHA 2006 no le permi-

⁹³ Vid. JIMÉNEZ MUÑOZ, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2014, p. 62; FABAR CARNERO, *RDUNED*, 2014, pp. 190-191.

te la determinación de su maternidad ni mediante el consentimiento al empleo de las técnicas ante el centro sanitario, que se reserva al varón, ni a través del consentimiento del artículo 7.3, que exige para su aplicación que entre la receptora de las técnicas y la «otra mujer» exista vínculo matrimonial vigente, sin separación legal o de hecho. ¿Por qué esta disparidad de tratamientos? ¿Porque entre mujeres no opera la presunción del artículo 116 CC? Tampoco se aplica esta presunción a las parejas *more uxorio* de mujer y varón y, sin embargo, al conviviente con la usuaria le resulta más fácil que a su esposa la determinación de la filiación respecto del nacido mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida. ¿Por qué? No encontramos explicación lógica alguna y, por ello, consideramos que la solución óptima es aquella a la que llega el legislador catalán al contemplar un régimen único aplicable a todos los casos en los que se pretenda determinar la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, con independencia del carácter matrimonial o *more uxorio* de la relación existente entre la usuaria y su pareja y del sexo de esta última.

Plantea dudas también la posible impugnación de la segunda maternidad por el propio hijo, porque, si bien la lógica nos conduce a excluir tal posibilidad al tratarse de una filiación legalmente determinada, el artículo 140 CC (aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 7.1 LTRHA 2006) parece admitirla, ya que la segunda maternidad no responde a la verdad biológica, principio inspirador de toda la regulación que el CC contempla de la filiación por naturaleza (incluyendo, por supuesto, el art. 140).

De igual modo, sobre la base de la remisión general a las Leyes civiles que contempla el artículo 7.1 LTRHA 2006, el principio de incompatibilidad de filiaciones contradictorias del artículo 113 II CC resultaría aplicable a la doble maternidad y determinaría la posibilidad de impugnar la filiación de la esposa de la receptora de las técnicas por contravenir la establecida a favor de esta última.

Por último, resulta destacable la legitimación que el Tribunal Supremo reconoce a la ex esposa de la usuaria de las técnicas para ejercitar la acción de reclamación de filiación por posesión de estado del artículo 131 CC. En otros términos, el Tribunal, anteponiendo la protección del interés superior del menor al cumplimiento de la legalidad vigente, permite a la ex esposa de la receptora que determine a su favor la filiación del nacido mediante el uso de técnicas de reproducción asistida pese a no haber otorgado el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA 2006, concediendo una relevancia capital a tales efectos al consentimiento otorgado por las cónyuges ante el centro autorizado para la prác-

tica de las técnicas, aun cuando no resulte acreditada la existencia de constante posesión de estado. Bajo nuestro punto de vista, esta solución redunda en perjuicio de la seguridad jurídica, puesto que permite la determinación de la segunda maternidad, no con fundamento en el precepto expresamente previsto para ello (art. 7.3 LTRHA 2006), sino en otro (art. 131 CC) inspirado en el principio de verdad biológica, que por definición no se respeta en los supuestos de comaternidad.

Como podemos comprobar, la inmensa mayoría de los problemas que plantea la determinación de la segunda maternidad derivan del hecho de que la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida no se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un tipo autónomo de filiación y de la consiguiente remisión general que a las Leyes civiles contempla el artículo 7.1 LTRHA 2006. Esta situación provoca que, en materia de filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, quedando a salvo las particularidades establecidas en los artículos 8, 9 y 10 LTRHA 2006, se apliquen las normas que en el CC regulan la filiación por naturaleza, lo que genera distorsiones, contradicciones e incoherencias ante el distinto fundamento de uno y otro tipo de filiación: el elemento volitivo en el primer caso, y la verdad biológica en el segundo. Es en el caso de la doble maternidad donde de manera más obvia se evidencia esta deformación, pues resulta absolutamente artificial su encaje en la filiación por naturaleza debido a que por definición no va a existir coincidencia biológica entre (al menos) una de las progenitoras y el nacido. Ante esta situación, entendemos que la conclusión más palpable que se extrae de nuestro trabajo es la necesidad de configurar *de lege ferenda* la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida como un tercer tipo de filiación con un régimen jurídico propio cuyos fundamentos sean tanto el interés superior del menor como el elemento volitivo, es decir, la mera voluntad de los progenitores de crear un proyecto de vida común.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBA FERRÉ, Esther: «El valor del consentimiento en la determinación de la filiación en la reproducción asistida», *AC*, n.º 7-8, 2019, ed. digital.
- ÁLVAREZ SARABIA, Marina: «Alcance y significado de las técnicas de reproducción humana asistida», *AD*, vol. 33, 2015, n.º 1, pp. 1-68.
- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: «Doble maternidad. Reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal: concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013,

- de 5 de diciembre (RJ 2013, 7566)», *Revista boliviana de derecho*, n.º 18, 2014, pp. 378-399.
- ANDREU MARTÍNEZ, María Belén, «La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?», *InDret*, n.º 2, 2018, pp. 1-35.
- «Auto-inseminación, doble maternidad y autonomía de la voluntad en la determinación de la filiación: a propósito de la SAP Valencia de 27 de noviembre de 2017», en *Mujer, Maternidad y Derecho*, García Rubio, María Paz (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 379-397.
- ARECHEDERRA, Luis Ignacio: «Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la ley», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (Coords.), vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 371-386.
- «Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014», Dykinson, Madrid, 2017.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «Nuevos retos ante el Derecho español de filiación», *RDP*, julio-agosto 2009, pp. 3-47.
- «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR*, n.º 8, 2010, pp. 25-37.
- «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *DPC*, n.º 28, 2014, pp. 93-136.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. 1, pp. 75-124.
- «Los errores de legislar en paralelo: la problemática aplicación de las reglas sobre filiación (determinación, acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida (mistakes of learning)», *Otañi Socio-Legal Series*, vol. 7, n.º 1, 2017, pp. 1-36.
- «Registro y filiación en parejas LGTB», en *La protección de los derechos fundamentales de personas LGTBI*, Matia Portilla, Francisco Javier et. al (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, ed. digital, pp. 313-382.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «La llamada doble maternidad “por naturaleza”: la prevalencia de la voluntad de ser progenitoras», *La Ley*, año XXXV, 30.1.2014, n.º 8240.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La inscripción de la doble maternidad matrimonial», *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, n.º 64, 2017 pp. 17-42.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «La “comaternidad”: matrimonio entre mujeres y filiación», en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado*, García Rubio, María Paz y Valpuesta Fernández, María del Rosario (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, ed. digital, pp. 423-450.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, María Soledad: «Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014», *InDret*, n.º 1, 2015, pp. 1-35.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida», *DPC*, n.º 21, 2007, pp. 75-129.
- «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», *ACM*, vol. 1, 2014, n.º 10, ed. digital.

- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «Artículo 6. Usuarios de las técnicas. Comentario jurídico», en *Comentarios científico-jurídicos. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Lledó Yagüe, Francisco (Dir. jurídico), Dykinson, Madrid, 2007, ed. digital, pp. 104-110.
- FABAR CARNERO, Alberto: «El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013», *RDUNED*, n.º 15, 2014, pp. 173-201.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, ed. digital.
- «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. I, pp. 5-61.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio y VERDERA SERVER, Rafael: «Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación», en *Retos actuales de la filiación*, Barber Cárcamo, Roncesvalles *et al.* (Coords.), Tecnos, Madrid, 2018, pp. 15-68.
- FORCADA RUBIO, Amaia: *La autoinseminación: decisiones reproductivas privadas y formación de relaciones familiares*, tesis doctoral dirigida por Ferrer Riba, Josep y Farnós Amorós, Esther, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2019.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen y SOLÉ RESINA, Judith: *Filiación y potestad parental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- GÓMEZ PERALS, Miguel: «Doble maternidad legal en parejas homosexuales femeninas», en *Mujer, Maternidad y Derecho*, García Rubio, María Paz (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, ed. digital, pp. 161-171.
- GOÑI HUARTE, Elena: «La doble maternidad en mujeres no casadas: situación en España y referencia al derecho comparado», *AC*, n.º 5, 2016, pp. 74-80.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria: «Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo», *AC*, n.º 7-8, 2014, ed. digital.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Reus, Madrid, 2012, ed. digital.
- «La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n.º 6, 2014, pp. 51-63.
- LAMM, Eleonora: «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida», *RBD*, n.º 24, 2012, pp. 76-91.
- NANCLARES VALLE, Javier: «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», *RAC*, tomo XVII, 2008, vol. I, pp. 2243-2270.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Doble maternidad de hecho y su problemática», *ACM*, n.º 7, 2011, pp. 35-45.
- «Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante», *ACM*, vol. 2, 2013, n.º 4, ed. digital.
- QUICIOS MOLINA, María Susana (I): «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013. ¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida?», *CCJC*, n.º 95, 2014, ed. digital.
- (II): *Determinación e impugnación de la filiación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- «Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: estado de la cuestión», en *Retos actuales de la filiación*, Barber Cárcamo, Roncesvalles *et al.* (Coords.), Tecnos, Madrid, 2018, pp. 185-227.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)», *ADC*, tomo LVIII, 2005, fasc. 3, pp. 1049-1114.
- TAMAYO HAYA, Silvia: «Doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales en la determinación de la filiación», en *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Tamayo Haya, Silvia (Dir.), Comares, Granada, 2015, pp. 59-108.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro», *AC*, n.º 7, 2010, ed. digital.
- TORRAL LARA, Estrella: «Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias», *DPC*, n.º 30, 2016, pp. 289-336.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «La ley de reproducción asistida y el matrimonio homosexual. La doble maternidad», en *El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar*, Verdera Izquierdo, Beatriz (Dir.), Dykinson, Madrid, 2013.
- VERDERA SERVER, Rafael: *La reforma de la filiación: su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, ed. digital.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres», *La Ley*, año XXVII, 22.2.2006, n.º 6427, pp. 1-6.
- «La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad», *RCDI*, año 94, n.º 770, 2018, pp. 3071-3116.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Tribunal y Fecha	Ref.	Magistrado Ponente	Partes
Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1. ^a , 24.10.2011	JUR 2012\14522	Ilmo. Sr. D. Modesto Valentín Adolfo Fernández del Viso Blanco	Dña. Cándida v. Dña. Maribel
Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4. ^a , 5.12.2012	AC 2013\76	Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Aguiló Monjo	Dña. Emilia v. Dña. Mónica
Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10. ^a , 27.11.2017	JUR 2018\56440	Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina	D. Gerónimo v. Dña. Sonsoles
Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7. ^a , 12.11.2019	JUR 2020\32695	Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso García	Dña. Raimunda v. Dña. Rebeca
Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1. ^a , 20.7.2017	RJ 2017\6252	Ilma. Sra. María Eugenia Alegret Burgues	Dña. Noelia v. Dña. Zaira
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1. ^a , 12.9.2005	RJ 2005\7148	Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	D. Mauricio v. Dña. Mari Trini y Ministerio Fiscal
Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5.12.2013	RJ 2013\7640	Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana	Dña. Santiago v. Dña. Delia

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Pleno, 15.1.2014	RJ 2014\1265	Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno	Dña. Eufrasia v. Dña. María Virtudes
Tribunal Constitucional, Pleno, 15.11.1990	RTC 1990\184	D. Jesús Leguina Villa	Magistratura de Trabajo n.º 1 de Álava vs. Fiscalía General del Estado y Administración General del Estado
Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 8.7.2014	RTC 2014\115	D. Juan José González Rivas	D.J.M.G.C.R. v. INSS
Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 8.7.2014	RTC 2014\116	D. Fernando Valdés Dal-Ré	D.M.B.V. v. Seguridad Social y INSS

Dirección General de los Registros y del Notariado y Fecha	Ref.
Dirección General de los Registros y del Notariado, 5.6.2006	JUR 2007\130356
Dirección General de los Registros y del Notariado, 22.5.2008	JUR 2009\389849
Dirección General de los Registros y del Notariado, 14.10.2008	JUR 2009\443280
Dirección General de los Registros y del Notariado, 7.1.2009	JUR 2010\98662
Dirección General de los Registros y del Notariado, 12.1.2011	JUR 2012\64031
Dirección General de los Registros y del Notariado, 28.2.2011	JUR 2012\74939
Dirección General de los Registros y del Notariado, 8.2.2017	JUR 2018\283287