

DOBLE MATERNIDAD LEGAL, FILIACIÓN Y RELACIONES PARENTALES

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

Recepción: 06/07/2014
Aceptación después de revisión: 25/08/2014
Publicación: 06/11/2014

I. UNA RECIENTE E INNOVADORA LÍNEA JURISPRUDENCIAL. II. RELATO FÁCTICO Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA. III. EL ART. 7.3 LTRHA: 1. *Breve historia*. 2. *Requisitos legales para la declaración de maternidad*: 2.1. Nacimiento de hijo mediante técnicas de reproducción humana asistida. 2.2. Existencia de matrimonio entre la madre gestante y la declarante. 2.3 Requisitos temporales: constante matrimonio y previa al nacimiento. 2.4. Forma de la declaración. 2.5. Referida a un *nasciturus* concreto. 3. *Naturaleza jurídica de la declaración registral*. 4. *El carácter exclusivo o no de la declaración como título de determinación de la doble maternidad*: 4.1. Otros posibles títulos extrajudiciales. 4.2. La determinación judicial de la doble maternidad. 4.3 Un inciso: la impugnación de la comaternidad. IV. UNA REFERENCIA COMPARATISTA AL DERECHO CATALÁN. V. POSESIÓN DE ESTADO Y DOBLE MATERNIDAD. VI. LA NECESARIA Y POSIBLE DESVINCULACIÓN ENTRE LA FILIACIÓN Y SUS EFECTOS. VII. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El Tribunal Supremo ha dictado recientemente dos sentencias que innovan el Derecho español común de filiación, al alterar los términos legales para su determinación en favor de dos mujeres. Las resoluciones denotan la voluntad judicial de fallar en el sentido más favorable al interés del menor en el caso concreto, que sin embargo puede y debe encontrar acomodo en figuras jurídicas diferentes a la filiación. De otro modo, su concepto y significado, sus modos de determinación y los expedientes técnicos que le son propios resultan profundamente alterados y falseados.

PALABRAS CLAVE: filiación; doble maternidad; relaciones parentales; relaciones personales; interés del menor.

ABSTRACT

The Spanish Supreme Court has recently issued two judgments that innovate the common law of paternity Law, by altering the legal terms for determining this relationship in favor of two women. These judicial resolutions decide in the way supposed to be most favorable to the child in the case, but this purpose can and should be reached by other means accommodated to legal terms of filiation Law. Otherwise, its concept and meaning, ways of determination and technical records that are unique are profoundly altered and distorted.

KEY WORDS: filiation; double maternity; parental relationships; personal relationships; minor's interest.

I. UNA RECIENTE E INNOVADORA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

El Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente y por partida doble sobre una importante cuestión como es la reclamación judicial de la llamada doble maternidad, que el art. 7.3 LTRHA introdujo en 2007 en nuestro ordenamiento. Ya en la STS de 18 enero 2012 (RJ 2012, 1788) llegó al Alto Tribunal dicha pretensión, pero un deficiente planteamiento del recurso de casación le impidió entrar en el fondo del asunto, que en las dos instancias anteriores se había desestimado por falta de legitimación de la compañera de la madre. El tema tiene una importancia sustancial, no sólo por su novedad y actualidad, sino por afectar a una institución tan radicalmente conformadora del Derecho de familia como es la filiación. Y la lectura de las resoluciones judiciales al respecto, cuyo número no es pequeño teniendo en cuenta la incidencia total de la llamada doble maternidad, denota no sólo su conflictividad en la práctica, sino la confusión creciente sobre los conceptos técnicos que articulan el complejo Derecho de filiación. A la que me temo las mencionadas sentencias del Supremo se suman.

Efectivamente, con la reciente STS de 15 enero 2014 (RJ 2014, 1265) el Pleno del Tribunal Supremo ha alterado profundamente el criterio que sentó en la STS de 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280), y ha ratificado e incluso superado la argumentación presente en la STS de 5 diciembre 2013 (RJ 2013, 7640), estimando en ambos casos la reclamación de maternidad planteada por la excompañera de la madre del hijo habido por fecundación asistida con intervención de donante anónimo. Así, la sentencia de 2014 representa, para el mismo supuesto, el triunfo final de la pretensión que en la sentencia de 2011 se estimó

bajo una forma que hoy puede calificarse de anecdótica: del derecho de relación personal que como allegada reconoció entonces a la expareja de la madre, el Tribunal Supremo ha llegado ahora a la declaración de maternidad en su favor, y ello sin cambio alguno en la legislación.

Para alcanzar este novedoso resultado, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha discurrido por una senda casi inédita, sólo hollada parcialmente en la citada STS de 5 diciembre 2013 (Ponente Seijas Quintana), y controvertida, dado que el fallo de la STS de 15 enero 2014 (Ponente Orduña Moreno) viene acompañado de un voto particular más extenso que aquél firmado por tres magistrados (Marín Castán, Salas Carceller y Sancho Gargallo). La mayoría de seis frente a tres en la STS de 15 enero 2014 contrasta con la unanimidad de la precedente STS de 5 diciembre 2013, que no es de Pleno. Si resalto estos datos fácticos relativos a los pronunciamientos es porque revelan un conflicto para su adopción, consecuencia de una deficiente técnica legislativa que traslada al juez los problemas que debería haber resuelto, cuando no evitado, el legislador. Y dada la índole del tema de fondo, traslucen una visión filosófica o ideológica sobre el mismo de inevitable elusión.

Por seguir resaltando la relevancia del dato fáctico, se verá cómo las decisiones del Tribunal Supremo se explican más desde la voluntad de resolver de forma justa o equitativa el supuesto concreto planteado que desde la preocupación por aplicar técnicamente las categorías jurídicas en juego. Aún más: la cuestión de fondo radica en la calificación jurídica del *hecho* de comportarse como madre. Esto es: en el valor que lo presentado como *maternidad de facto* debe tener para el Derecho.

II. RELATO FÁCTICO Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Los supuestos resueltos por el Tribunal Supremo no son exactamente iguales, aun referidos ambos a casos de doble maternidad. En el correspondiente a la STS de 5 diciembre 2013, dos mujeres habían firmado el consentimiento informado para la fecundación asistida de una de ellas, meses antes de contraer matrimonio. Nacidas dos gemelas, son inscritas en el Registro Civil el mismo día de la celebración del matrimonio, como hijas únicamente de la mujer que las alumbró, quien inicia luego un expediente de rectificación de error para que se determine la maternidad también en favor de su cónyuge y se modifi-

que el estado civil de la madre, que consta como soltera. El auto del encargado del Registro sólo admite parcialmente dicha rectificación y modifica el estado civil de la madre, que pasa a constar como casada, y resulta confirmado por la RDGR (8.^a) de 26 noviembre 2008 (RJ 2010, 459), con fundamento en la exigencia del art. 7.3 LTRHA de hacer llegar al Registro Civil el consentimiento de la cónyuge no madre, para serlo, antes del nacimiento.

Roto el matrimonio antes de cumplir dos años las gemelas¹, la ex-cónyuge no madre ejercita contra la madre acción de reclamación de filiación «por posesión de estado», que resulta estimada en las dos instancias y confirmada en casación, determinándose así la maternidad *matrimonial* de la demandante. El Tribunal Supremo fundamenta la aplicación del art. 131 Cc. en la existencia de posesión de estado y consentimiento para la práctica de la reproducción asistida, que califica como títulos de determinación de la filiación, integrando y reforzando la primera el segundo². Confirma así el criterio de la recurrida SAP Santa Cruz de Tenerife (1.^a) de 24 octubre 2011 (JUR 2012, 14522), que había fundado la declaración de la maternidad en la interpretación de las normas conforme a la realidad social y en la calificación como títulos de determinación de la maternidad a la posesión de estado, el reconocimiento y la voluntad de constituir una familia, manifestada en el consentimiento de la entonces cónyuge a la práctica de la reproducción asistida³. El Tribunal Supremo asume el argumento *ex art.* 3 de la LO 3/2007, de igualdad, y alude, además, al interés real de las niñas en la unidad y estabilidad familiar.

En el caso resuelto por la STS de 15 enero 2014 las convivientes no llegan a contraer matrimonio: su convivencia se prolonga diez años, tres de ellos posteriores al nacimiento del menor, y no hay constancia de consentimiento conjunto para la práctica de la reproducción asistida. Si en primera instancia se estima la demanda de la excompañera

¹ El proceso de divorcio, seguido en paralelo al de reclamación de la filiación, también ha llegado ante el Tribunal Supremo, concluyendo después de éste con la STS de 19 mayo 2014 (RJ 2014, 2813), a la que más adelante se hará referencia.

² STS de 5 diciembre 2013: posesión de estado «que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida».

³ Ante supuesto semejante, criterio radicalmente contrario había mantenido la SAP Valencia (10.^a) de 27 enero 2010, confirmando la decisión del Juzgado de Primera Instancia y negando ambas la legitimación activa para la acción de reclamación de la expareja de la madre. El recurso de casación frente a aquella resulta inadmitido por la mencionada STS de 18 enero 2012.

frente a la madre en ejercicio de «acción de determinación legal de filiación no matrimonial» basada en el art. 131 Cc., la SAP Toledo (2.^a) de 17 enero 2012 (JUR 2012, 96331) niega la existencia de posesión de estado y, por ende, la posible aplicación de dicho precepto, resultando finalmente contradicho su criterio en casación y confirmado el fallo de primera instancia.

Al tiempo de dictarse la sentencia de casación, el menor cuya filiación se debate cuenta con once años y lleva desde marzo de 2007 (o sea, desde antes de cumplir los tres años) manteniendo un régimen de «relaciones personales» con la expareja de su madre por el que pasa en su compañía los fines de semana alternos desde las 17,30 horas del viernes hasta las 19 del domingo; los martes y jueves en el mismo horario, y la mitad de las vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad. Este régimen se instauró en la SJPI n.º 1 de Talavera de la Reina de fecha 19 de marzo de 2007, que lo denominó «régimen de visitas en favor de la madre no biológica» y lo fundó en el art. 158 Cc. Habiendo apelado esta resolución la madre biológica (por emplear el término de la sentencia), la SAP Toledo (1.^a) de 22 abril 2008 (PROV 2008, 331973) la confirmó salvo en la denominación de la demandante apelada como «madre no biológica», que sustituyó por su nombre propio. El recurso de casación interpuesto frente a esta sentencia por la madre fue desestimado por la STS de 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280)⁴, que en aplicación de la doctrina de la equivalencia de los resultados mantuvo el fallo de las sentencias precedentes, aun considerando improcedente «la argumentación de la sentencia recurrida, en cuanto aplica el derecho de visitas correspondiente al progenitor a un caso en el que la reclamante no es la madre del menor». De modo que el Tribunal Supremo, de forma unánime y en sentencia dictada por el Pleno (Ponente Roca Trías)⁵, declaró que el régimen de comunicación

⁴ Lo novedoso de su planteamiento y resultado motivó la inmediata atención de la doctrina, que se ocupó de su comentario desde valoraciones críticas diversas. Así, ARECHEDERRA ARANZADI, L. (2009), «In loco parentis», *Diario La Ley*, 7240, 14 septiembre, La Ley 15379/2009; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2012), «Comentario a la STS de 12 mayo 2011 (RJ 2011\3280)», *CCJC*, 88, págs. 425-449; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M. (2011), «Derecho de relación con el menor y derecho de visitas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, págs. 23-30; PANIZA FULLANA, A. (2011), «Doble maternidad de hecho y su problemática. A propósito de la STS de 12 mayo 2011», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 7, págs. 35-45.

⁵ Tienen gran interés las siguientes palabras del magistrado SALAS CARCELLER, que expresan la razón por la que el dictado de la sentencia se definió al Pleno: «El interés de la cuestión y la convicción de que dicho problema jurídico habrá de volver a plantearse en lo sucesivo ante el Tribunal, llevó a que se tratara por el Pleno, con la participación de todos los magistrados que integran la Sala» («Sobre las relaciones personales entre la

establecido surge de la condición de «allegada», que no de progenitora, de la demandante, y se denomina «relaciones personales» y no de derecho de visitas, todo ello con apoyo en el art. 160.2 Cc.

Esta breve exposición cronológica de los hechos muestra que sin terminar con sentencia firme el proceso emprendido para ver reconocido su derecho a relacionarse con el menor, ya había emprendido la expareja de la madre la vía más radical de lograr judicialmente la declaración de filiación a su favor. Probablemente, las manifestaciones *obiter dicta* de las sentencias de primera y segunda instancia en el primer proceso contribuyeron a que la demandante y su dirección letrada decidieran emprender la vía de la declaración de maternidad. Porque en ambas la argumentación descansa sobre la concurrencia de dos madres desde el nacimiento del menor, que, como ya he mencionado, la de primera instancia califica de biológica y no biológica, lo cual corrige la Audiencia, que al tiempo de considerar irrelevante la inexistencia de una situación legal de filiación apunta a la demandante la posibilidad de lograrla a través de la correspondiente acción⁶. Por lo demás, la Sala presume que la decisión de traer al mundo al menor, en una situación de convivencia, fue tomada de consuno y comportó la asunción del rol de madre también por quien no lo alumbró. De esta manera se introdujeron en el debate los dos argumentos que finalmente han reconducido la situación desde el derecho de relación de la expareja de la madre considerada como allegada a la declaración judicial de su maternidad: la voluntad de ser madre y la posesión de estado de tal, convertidos en títulos de determinación de la maternidad.

Sin embargo, quiso el reparto que en el segundo proceso, el de la declaración de maternidad, el recurso de apelación de la madre frente a la sentencia de primera instancia partícipe de dichos argumentos correspondiera a otra Sección de la Audiencia de Toledo, la 2.^a, cuyo parecer fue radicalmente contrario: considerando inaplicable el art. 7.3

compañera sentimental de la madre y el hijo nacido, por inseminación artificial, durante la convivencia *more uxorio*», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 823, 2011, BIB 2011\1061). También sirven para explicar la remisión al Pleno para el caso resuelto por la STS de 15 enero 2014, evidenciando el sustancial cambio de criterio.

⁶ SAP Toledo (Sección 1.^a) de 22 abril 2008 (PROV 2008, 331973): «el hecho de que legalmente la demandante no sea la madre del menor por el momento, hasta que ejercite las correspondientes acciones de reclamación de la filiación no matrimonial conforme al art. 131 y concordantes del Código Civil, lo que entendemos eventualmente posible habida cuenta en la constante posesión de estado existente en el caso presente, indicativa de la misma (y que habría de comportar evidentemente no sólo derechos como hasta ahora sino también obligaciones para con el menor), no significa que se haya de suprimir el derecho de visitas ni tampoco de reducir como alternativamente se pretende de contrario».

LTRHA, niega la existencia de posesión de estado y, por ende, la legitimación de la demandante para accionar *ex art.* 131 Cc., defiriendo si acaso su pretensión al art. 133 Cc.

Pues bien, todo este cambiante y confuso juego de argumentaciones refleja bien el tratamiento que en los tribunales está mereciendo la problemática doble maternidad por naturaleza, introducida en nuestro ordenamiento por el legislador de soslayo y sin reflexión bastante. Tratamiento del que ofrece a la postre palmario resumen la STS de 15 enero 2014 y su voto particular.

A destacar que la demanda se funda conjuntamente en los arts. 131 Cc. y 7.3 LTRHA, cuya infracción se denuncia en casación, permitiendo el segundo la alegación del interés casacional por su antigüedad inferior a cinco años. Planteamiento que conduce a preguntarse si la doble maternidad en caso de reproducción asistida admitida por el art. 7.3 LTRHA es susceptible de integrarse en el régimen de la filiación biológica y sus acciones previsto en el Código civil, dada la general remisión del art. 7.1 LTRHA a las leyes civiles, «a salvo las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos».

Sólo desde la respuesta afirmativa a dicha cuestión tiene sentido plantearse el papel que a la posesión de estado corresponde desempeñar en la situación enjuiciada. Porque es absolutamente irrelevante en el supuesto de hecho abordado en el art. 7.3 LTRHA, que contempla un título de determinación de la filiación materna matrimonial ajeno al Código civil, en cuanto diferente de los contemplados en él y sometido a varios requisitos o presupuestos enunciados en la norma. Este título, ligado a la voluntad, plantea muchos problemas sobre los que más adelante se centrará el análisis, pero sobre todo dos de partida: ¿cuál es su encaje en el sistema de filiación diseñado por el Código civil?; ¿cabe deducir de él un replanteamiento general sobre el papel de la voluntad en la determinación de la filiación?

Tales consideraciones entiendo son las subyacentes en la confusa argumentación del Fundamento de Derecho segundo de la STS de 15 enero 2014, cuando considera que «la razón de compatibilidad» entre la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida «viene informada, entre otros, por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento..., así como por la debida ponderación, cada vez más primordial, del interés superior del menor». Completando el «contexto valorativo» con una oscura referencia al valor de la posesión de estado tras la reforma del Código de 1981 y la enigmática cita de las SSTC 116/1999, de 17 de junio, y 198/2012, de 6 de noviembre, y STS

de 12 mayo 2011⁷ como fundamento del «carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico como fuente o causa de la filiación, y en favor del protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en estos casos», la mayoría del Pleno del Tribunal Supremo aúna tales consentimientos con la posesión de estado para considerar fundada en ésta la legitimación de la expareja accionante y la prueba de la filiación reclamada⁸. Seguidamente, parece identificar el interés legítimo a que se refiere el art. 131 Cc. con la aspiración de ser madre de la demandante, «claro interés moral o familiar plenamente legitimado (...) cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada».

Además, la STS de 15 enero 2014 no comparte «la interpretación normativa» de la Audiencia sobre la inexistencia de posesión de estado, que combate desde la reafirmación del interés legítimo según acabo de sintetizar y la constatación de un *tractatus* como madre declarado incluso en la STS de 12 mayo 2011. Finaliza la argumentación del fallo con una mención novedosa al interés del menor, en cuanto «el curso de la acción ejercitada no escapa a la ponderación o ajuste que debe realizarse conforme a aquél», representando al tiempo «un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica».

Frente a estos argumentos se alza el voto particular, que en una argumentación más detenida y trabada achaca al fallo de la mayoría la inaplicación del art. 7.3 LTRHA, que precisamente justificaba el interés casacional, así como la aplicación indebida de la posesión de estado, cuya concurrencia estima infundada. Además, observa que los precedentes jurisprudenciales alegados conducirían a la desestimación del recurso y niega que se haya atendido realmente al interés del menor.

Como adelantaba, la lectura de las sentencias reseñadas genera un alto grado de insatisfacción y perplejidad, por la escasez y oscuridad de los argumentos de la STS de 15 enero 2014 y por la confusión rei-

⁷ Respectivamente, son las sentencias que resolvieron los recursos de inconstitucionalidad contra la LTRHA de 1988, la Ley de matrimonio homosexual y la ya aludida sentencia del Tribunal Supremo que reconoce en el mismo caso el derecho de relación de la expareja como allegada.

⁸ La argumentación es alambicada: «los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada».

nante en la STS de 5 diciembre 2013, cuya *ratio decidendi* resulta contradictoria. Se echa de menos en ambas un afrontamiento técnico de la cuestión, que estructure el discurso de forma lógica y sin saltos en el vacío. Es el empeño a que se dirige este trabajo.

III. EL ART. 7.3 LTRHA

1. *Breve historia*

Como es bien sabido, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, resultó modificada de forma sustancial por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, sólo diez meses después de entrar en vigor. Al añadir ésta en su DA 1.^a un párrafo 3.º al art. 7 de aquella, introdujo en nuestro Derecho lo que ha dado en llamarse «doble maternidad por naturaleza»⁹.

Esta sustancial modificación respondía a las reivindicaciones en materia de filiación de los colectivos homosexuales, que no habían recibido plena satisfacción ni con la redacción original de la LTRHA de 2006 ni con la Ley 13/2005, de 1 de julio, «de matrimonio homosexual». Efectivamente, esta Ley posibilitó la filiación *adoptiva* de los matrimonios homosexuales, modificando para ello los preceptos de la adopción que exigían oposición sexual entre los adoptantes, pero no alteró la regulación del Código civil en materia de filiación por naturaleza, explicitando en su exposición de motivos que la subsistencia en los arts. 116, 117 y 118 Cc. de la referencia «al binomio formado por el marido y la mujer» se explicaba porque sus supuestos de hecho «sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales». Luego, la LTRHA de 2006 reiteró prácticamente la redacción de los arts. 6 a 10 de la primera Ley de 1988, que en materia de consentimientos y determinación de la filiación seguían expresando la diferenciación sexual de los llamados a ser padres legales.

Efectivamente, aunque en el debate parlamentario de la Ley de 2006 se planteó la sustitución del término *marido* de los arts. 6.3 y 8.1 por el de *cónyuge*, apelando a la coherencia de aquella con la reciente

⁹ Para la tramitación parlamentaria de dicho párrafo, vid. VERDERA SERVER, R. (2007), «Comentario a los artículos 7 y 8», en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, dir. Cobacho Gómez, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, pág. 215, n. 7.

modificación del matrimonio¹⁰, la enmienda no prosperó. Decisión razonable, porque la literalidad de la LTRHA resultaba coherente con su sumisión al régimen general de determinación de la filiación de las «Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos» (art. 7.1 LTRHA).

De manera que hasta 2007 la LTRHA no alteró los títulos de determinación de la filiación por naturaleza contenidos en el Código civil, se limitó a introducir reglas especiales dirigidas a otorgar a la voluntad de convertirse en *padre* legal una eficacia semejante a la verdad biológica. Siguiendo la filosofía de la Ley de 1988, y partiendo de su calificación jurídica como filiación por naturaleza, la Ley de 2006 recondujo la determinación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida a las reglas generales del Código civil. Lo cual no dejó de ser una opción arriesgada, porque comportaba la introducción de un supuesto basado en la primacía de la voluntad en un sistema regido por el contrapuesto principio (ciertamente no absoluto) de verdad biológica. Y mereció por ello abundantes críticas doctrinales¹¹. Pero no supuso un cambio en la necesaria existencia de oposición sexual entre el padre y la madre *legales*, fueran o no biológicos.

De ahí que las demandas en materia de filiación de los colectivos homosexuales (al menos tal y como se han planteado en España) no quedaran satisfechas, porque en el régimen legal expuesto no tenía cabida la filiación homosexual *por naturaleza*. Lo que quiso resolver, aunque sólo fuera para los matrimonios formados por dos mujeres, la introducción en 2007 del párrafo tercero en el art. 7 LTRHA, que, además de contemplar un título nuevo de determinación extrajudicial de la filiación, diferente esencialmente de los contemplados en el Código civil, innovó el concepto mismo de filiación presente en el ordenamiento jurídico al contemplar la doble maternidad *por naturaleza*.

Pues bien, a partir del análisis de la formulación legal de dicho título, y de las conclusiones pertinentes sobre su naturaleza, trataremos de identificar su engarce en el sistema todo de la filiación.

¹⁰ Da noticia de dicha enmienda NANCLARES VALLE, J. (2008), «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», *Aranzadi Civil*, 7 (BIB 2008/578), nota 21.

¹¹ Así, VERDERA SERVER (*loc. cit.*, págs. 217-219), quien apuntaba la conveniencia de establecer un *tertium genus*, a sumar a la filiación por naturaleza y la adoptiva, o al menos a discriminar según el tipo de reproducción asistida empleada. En el mismo sentido, NANCLARES VALLE, J. (2008), «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», *Aranzadi Civil*, 7 (BIB 2008/578).

2. Requisitos legales para la declaración de maternidad

Como ya he dicho, el art. 7.3 LTRHA dista de ser ejemplar desde un punto de vista estrictamente técnico. Empezando por su misma ubicación, expresiva de una contradicción insalvable con el párrafo anterior, que prohíbe incluir datos en la inscripción registral reveladores del carácter asistido de la generación. Por lo demás, dado que el precepto contempla una norma relativa a la determinación legal de la filiación, hubiera encontrado acomodo más propio en el art. 8, que así se titula, además de enlazar mejor con lo previsto en el art. 7.1.

Pero yendo a objeciones más importantes por sustantivas, la norma se revela insuficiente y oscura, habiendo generado numerosas cuestiones que la práctica y la doctrina han debido resolver. A partir de ellas, resulta que el art. 7.3 contempla un título de determinación de la maternidad a partir de una manifestación de tal realizada por una mujer bajo los siguientes requisitos legales.

2.1. Nacimiento de hijo mediante técnicas de reproducción humana asistida

La ubicación de dicho precepto en una Ley especial, la rúbrica misma del artículo en que se halla («Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida») e incluso su carácter excepcional para las reglas de dicha Ley abonan este punto de partida. De manera que al encargado del Registro Civil habrá de constarle la intervención de dichas técnicas en la concepción del *nasciturus*, como ha precisado la Dirección General de los Registros¹². Lógicamente, dicha concepción debe traer causa de gametos masculinos de donante anónimo, de modo que la imposibilidad de determinar la paternidad en su favor (art. 8.3 LTRHA) resulta compensada por la doble maternidad de la cónyuge. De otro modo no cabe la aplicación del art. 7.3, bajo sanción de nulidad del título. Así sucederá si la madre logró el embarazo por medios naturales, o mediante semen de «donante conocido». Para

¹² RDGR (3.^a) de 7 enero 2009 (JUR 2010\98662), que niega la aplicación del art. 7.3 LTRHA por no constar en el expediente intervención de centro alguno de reproducción asistida. Las recurrentes alegaban haber seguido un tratamiento de fertilización «casero».

la filosofía de la Ley, éste es progenitor¹³: en ambos casos, el padre biológico podrá reclamar la determinación de la paternidad a su favor, además de instar la declaración de nulidad del título que determinó la maternidad *ex art.* 7.3 LTRHA, conforme a lo dispuesto en los arts. 114 Cc. y 92 LRC¹⁴.

2.2. *Existencia de matrimonio entre la madre gestante y la declarante*

El texto del art. 7.3 LTRHA limita este título de determinación de la maternidad a la existencia de matrimonio entre las dos mujeres que por brevedad he identificado, convencionalmente, con los adjetivos contenidos en el título de este epígrafe. Así, este especial supuesto de maternidad necesariamente matrimonial ha provocado en la doctrina y en la práctica la alegación de discriminación legal frente a las parejas de mujeres no casadas, que no pueden acceder por esta vía a la filiación conjunta¹⁵. Como las propias sentencias que motivan este trabajo muestran, la aplicación práctica del art. 7.3 LTRHA ofrece numerosos ejemplos de peticiones de doble materni-

¹³ Como he dicho en otro lugar: «la Ley sólo admite el nacimiento de hijos sin padre procedentes de donante anónimo. Quien se identifica ante una clínica de reproducción asistida y consiente en la fecundación de una mujer determinada con su semen no es un donante anónimo, sino un progenitor: alguien a quien podrá imputarse, y quien tendrá derecho a asumir, la paternidad con todos los efectos legales» («Reproducción asistida y determinación de la filiación», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 8, diciembre 2010, pág. 33).

¹⁴ No comparto en este punto la opinión de INIESTA DELGADO (2011), quien sostiene la compatibilidad de la doble maternidad con la determinación ulterior de la paternidad, excluyendo la aplicación a este supuesto del art. 113.2 Cc. (vid. «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», en *Tratado de Derecho de la Familia*, dirs. Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas, vol. VI, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, pág. 803). Por lo expuesto en el texto, no cabe por hipótesis la concurrencia de la doble maternidad y una paternidad legalmente determinada: tal y como ha configurado la Ley la primera, es incompatible con la segunda, no excepcionándose por tanto la regla del art. 113.2 Cc.

¹⁵ En la doctrina, sostienen esta opinión DÍAZ MARTÍNEZ (2007), añadiendo como término de comparación el tratamiento que la LTRHA dispensa al varón no casado que consiente la reproducción asistida de su pareja (art. 8.2 TRHA) (vid. «La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida», *Derecho Privado y Constitución*, 21, pág. 107), y NANCLARES VALLE (*loc. cit.*, pág. 29, n. 42), quien ve irrazonable la diferencia de trato entre el matrimonio y la pareja de hecho, dada la sustancial falta de veracidad subyacente a ambos supuestos. También considera dicho tratamiento legal «incoherente» BENAVENTE MOREDA, P. (2011), «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», *ADC*, LXIV.1, pág. 115.

dad por mujeres no casadas, pero el argumento de la discriminación en ningún caso ha resultado determinante para la estimación de su pretensión¹⁶.

Personalmente, entiendo que la alegación de discriminación ha de analizarse con argumentos distintos en función del término de comparación ofrecido como contraste. Así, respecto de las parejas de hecho heterosexuales, considero que no existe discriminación porque la diferencia objetiva y relevante entre ellas viene dada por la posibilidad de filiación que en éstas se da, no presente en las homosexuales. Esta *posibilidad* de relación biológica a partir de la oposición sexual 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.

Quizá más difícil de defender sea el diferente tratamiento dispensado al matrimonio y la unión de hecho entre mujeres. Porque en el matrimonio entre mujeres no resulta relevante, a los efectos ahora analizados, ni la obligación de fidelidad entre cónyuges ni la presunción legal de paternidad fundada en la cohabitación conyugal, que justifican el diferente tratamiento dispensado al matrimonio y a las uniones de hecho heterosexuales. Sólo cabe justificar la opción del legislador en el argumento de la estabilidad matrimonial frente a la unión de hecho y en la inexistencia, en el Derecho común, de una regla que exija la equiparación entre el matrimonio y las uniones de hecho. Antes bien, el Tribunal Constitucional ha refrendado la constitucionalidad del diferente trato entre ambas realidades, dadas sus objetivas distinciones¹⁷. Por todo ello, me inclino por defender que la regulación del art. 7.3 LTRHA no merece tampoco en este punto la tacha de discriminatoria.

¹⁶ Tanto en la práctica registral como en la judicial: vid. RDGRN (3.ª) de 12 enero 2011 (JUR 2012\64031), SAP Valencia (10.ª) de 27 enero 2010 y SAP Baleares (4.ª) de 5 diciembre 2012 (AC 2013, 76). En términos de discriminación se planteó también la cuestión en el caso que la STS de 18 enero 2012 no llegó a resolver. Para un breve comentario a la misma puede verse ALMAGRO NOSETE, J. (2012), «Matrimonio de mujeres y reproducción asistida», *Diario La Ley*, 7853, 8 mayo (La Ley 5012/2012).

¹⁷ Últimamente, en la STC 93/2013, de 23 abril.

2.3. *Requisitos temporales: constante matrimonio y previa al nacimiento*

El precepto exige también que la declaración registral se haga *después* de la celebración del matrimonio, sin hallarse las cónyuges separadas legalmente o de hecho, y *antes* del nacimiento del hijo. Existe ya al respecto una doctrina de la Dirección General de los Registros, consolidada no sin esfuerzo, que aplicando la norma en sus términos literales deniega la maternidad de la cónyuge cuando al realizar la declaración registral no media matrimonio entre las mujeres —RDGR (3.^a) de 12 enero 2011 (JUR 2012, 64031)—, se celebró éste después del nacimiento —RDGR (5.^a) de 28 febrero 2011 (JUR 2012, 74939)— o la declaración se hizo con posterioridad a dicho nacimiento¹⁸ —RDGR (8.^a) de 26 noviembre 2008 (RJ 2010\459)¹⁹ y RDGR (12.^a) de 5 agosto 2013²⁰—.

De forma gráfica, puede decirse que la Dirección General de los Registros ha explicitado que la norma exige el siguiente *iter* cronoló-

¹⁸ En este sentido se manifiestan DÍAZ MARTÍNEZ (*loc. cit.*, pág. 87) y BENAVENTE MOREDA (*loc. cit.*, pág. 101). Opinión contraria sostiene INIESTA DELGADO, con el único argumento de que al no admitir el supuesto otro título de determinación de la filiación es preferible la aplicación extensiva del procurado por el art. 7.3 LTRHA (*vid. ob. y loc. cit.*, pág. 808). No puedo estar de acuerdo con su opinión que, además de casar mal con una Ley despreocupada por la situación de los hijos habidos por mujer sola con intervención de donante anónimo, es incoherente con su tesis de que dicho precepto se aproxima más a la adopción que a la filiación natural. Precisamente: los casos que no pueden quedar bajo la aplicación del mismo podrán recurrir a la adopción, clase de filiación que encaja mejor con el sustrato de esta excepcional figura.

¹⁹ La RDGR (8.^a) de 26 noviembre 2008 (RJ 2010\459) observa que no puede excluirse el requisito legal de hacer llegar al Registro el consentimiento de la cónyuge de la madre antes del nacimiento del hijo. Llamo la atención al lector del dato ya referido acerca de que la determinación de la comaternidad ha quedado resuelta, en este supuesto y una vez cerrada la vía registral extrajudicial, a través de la acción del art. 131 Cc., que ha resultado estimada en la STS de 5 diciembre 2013.

²⁰ RDGR (12.^a) de 5 agosto 2013: «según resulta del precepto transcrito, la manifestación ha de hacerse en la forma prevista, ante el Encargado del Registro, y en el momento oportuno, antes de que nazca el hijo, y no hay constancia en el presente caso de que en el momento adecuado y con la formalidad indicada se formulase dicha manifestación, por lo que al ser inscrito el niño nacido con la filiación exclusiva de la madre biológica, se actuó conforme a Derecho». Puede consultarse en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 18 diciembre 2013, págs. 6 y ss. Esta Resolución desautoriza el criterio contrario seguido por la RDGR (2.^a) de 22 mayo 2008 (JUR 2009, 389849), donde ante un nacimiento posterior a la entrada en vigor de la Ley de 2007 se admite la declaración de comaternidad pese a formularse *después* del mismo. Como se expondrá seguidamente en el texto, el criterio de esta Resolución sólo se entiende (que no comparte) desde la confusión generada por la problemática de la aplicación de la previsión legal a nacimientos acaecidos antes de su vigencia.

gico: primero matrimonio, luego declaración de maternidad y por último nacimiento. Dentro de tales coordenadas, incluso si el nacimiento acaece tras la separación o incluso el divorcio de las dos mujeres, y siempre que conste previamente la manifestación registral de maternidad, procederá la comaternidad, que necesariamente será matrimonial²¹.

Decía que esta doctrina registral se ha consolidado no sin esfuerzo, porque la identificación del *iter* temporal de los requisitos legales se ha planteado junto a otro problema diferente, como es la posibilidad de aplicar retroactivamente la Ley 3/2007 a los nacidos antes de su entrada en vigor (el 17 de marzo de 2007). Al no contener dicha Ley norma alguna de Derecho transitorio, se aprecia cierto desconcierto y resoluciones contradictorias en la práctica registral. Así, las RRDGR (3.^a) de 17 abril 2008 (JUR 2009, 388655), (1.^a) 24 noviembre 2008 (JUR 2010, 2732) y (4.^a) 14 octubre 2008 (JUR 2009, 443280) permitieron la determinación de la filiación en favor de la cónyuge de la madre aun cuando su manifestación de voluntad se había hecho después del nacimiento, en supuestos en que éste había acaecido antes de la entrada en vigor de la Ley. Llama la atención que sólo la última de las resoluciones citadas argumenta su decisión, en la aplicación analógica de la doctrina del efecto inmediato de la norma contemplada en el segundo inciso de la DT 1.^a Cc.²². Las otras dos, cuyos fundamentos son idénticos y consisten en una cumplida exposición de la evolución legislativa en materia de filiación homosexual, se limitan a declarar que la práctica de la declaración registral con posterioridad al nacimiento «no puede alterar la finalidad pretendida por la norma», argumento superficial que equivale a sustraer del debate su punto crucial. De hecho, es el mismo empleado en la RDGR (2.^a) de 22 mayo 2008 (JUR 2009, 389849) para admitir la comaternidad, aunque la declaración fuera posterior al nacimiento y éste posterior a la vigencia de la Ley de 2007, haciendo gala de un criterio que, como ha quedado expuesto *supra*, ha

²¹ En el supuesto, la declaración de asunción de maternidad viene a cumplir (aunque sea ficticiamente) el papel de la concepción matrimonial. Por lo demás, esta matrimonialidad del hijo nacido una vez separado o incluso divorciado el matrimonio no es excepcional, ya que el nacimiento vigente el matrimonio no es tampoco en el régimen general un requisito para aquélla.

²² RDGR (4.^a) de 14 octubre 2008 (JUR 2009, 443280): «aplicando analógicamente la citada Disposición transitoria primera del Código civil en su redacción originaria, tal derecho “tendrá efecto desde luego”, aunque el hecho —en este caso el nacimiento— que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, aplicación analógica que ya había sostenido este Centro Directivo en otras materias vinculadas al estado civil de las personas».

resultado contradicho por la práctica posterior. También ha de citarse, en relación con un nacimiento anterior a la Ley, la RDGR (5.^a) de 28 febrero 2011 (JUR 2012, 74939), que, sin embargo, denegó la inscripción de comaternidad porque el matrimonio se había celebrado después del nacimiento del hijo (lo cual no se consideró relevante en la citada RDGR de 24 noviembre 2008).

De todo lo expuesto, y conforme parece deducirse de la última (por el momento) resolución sobre el art. 7.3 LTRHA, la ya citada RDGR (12.^a) de 5 agosto 2013, puede decirse que la doctrina de la Dirección General de los Registros exige para la determinación registral de la comaternidad que la declaración de la cónyuge de la madre se haga una vez celebrado el matrimonio y antes del nacimiento del hijo, salvo si éste se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007. En este caso se admite que la manifestación registral se haga después del nacimiento, siempre que en tal momento mediara ya matrimonio.

Esta aplicación «analógica» de la DT 1.^a Cc., sin embargo, pasa por alto que la exigencia legal de declaración registral *previa* al nacimiento es coherente con la determinación de la filiación propia de la LTRHA. Esto es, que el art. 7.3 recoge tal exigencia para incorporar este supuesto en la lógica propia de dicha Ley, que excepciona el sistema de filiación del Código civil sólo en la medida en que lo diga, aspirando en lo demás a incorporarse a él, según establece el art. 7.1. De manera que, según ya he expuesto, y sin constituir título de determinación de la filiación, el consentimiento para la fecundación asistida por el marido o la pareja heterosexual de la mujer, obviamente *previo* al nacimiento, colocará esta filiación fuera de la órbita de la verdad biológica, impidiendo su ulterior impugnación por esta causa²³. No se altera el título de determinación de la filiación, que sigue siendo la presunción, el reconocimiento o el expediente del Registro Civil, pero sí se extrae del principio de verdad biológica. Si tal consentimiento no se prestó *antes* de la aplicación de las técnicas, hecho después es irrelevante: no sirve para excepcionar en modo alguno la aplicación del régimen de la filiación del Código civil. De manera que determinándose la paternidad por cualquiera de los títulos mencionados cabrá su impugnación *stricto sensu*. E incluso si el encargado del Registro dedu-

²³ En este sentido, QUICIOS MOLINA (2014): «Me parece coherente con el sistema de filiación que temporalmente se restrinja la posibilidad de aceptar una maternidad no biológica a un momento anterior al nacimiento del hijo» [«¿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? (Comentario a la STS de 5 diciembre 2013)», *CCJC*, 95, pág. 626].

jera con certeza la falsedad del reconocimiento, podría denegar la inscripción alegando su nulidad.

Por ello, también la declaración de la cónyuge tiene que ser *anterior* al nacimiento, por una razón de sistema. Y por su naturaleza esencialmente distinta al reconocimiento. Además de por razones de seguridad jurídica: de otro modo, la filiación quedaría en un limbo de indeterminación, sólo sometida a la voluntad de la cónyuge, a concretarse *sine die*. Quicios Molina, agudamente, añade el argumento de la interdicción de la discriminación²⁴. Y si todo esto vale como regla para el supuesto del art. 7.3, no existen motivos suficientes para excepcionarlo cuando el hijo hubiera nacido antes de la vigencia de la Ley 3/2007. El único es el voluntarismo.

Por lo demás, la interpretación de la Dirección General en cuanto aplica conforme a su tenor literal esta problemática norma me parece justa y necesaria, dado lo excepcional del supuesto tanto para el sistema de la filiación biológica como para el papel de la voluntad unilateral como título de determinación de la filiación (y ello, ya no sólo en la filiación biológica, sino en toda la institución)²⁵.

2.4. Forma de la declaración

El art. 7.3 LTRHA exige que la manifestación de comaternidad se realice, con los requisitos expuestos, «ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal». Establece así una declaración de voluntad formal y de necesaria emisión ante dicho encargado, que por lo dispuesto en el art. 108.2 RRC habrá de consignarse en el Libro Diario, no generando una inscripción en tanto no se practique la de nacimiento. Entonces, la constancia de la manifestación anterior determinará la

²⁴ QUICIOS MOLINA: «Si como regla general el deseo de ser padre o madre de una persona no basta para que quede determinada legalmente la filiación deseada, pues la verdad biológica es la clave del sistema de filiación y en su defecto ha de acudir a la adopción, sería discriminatorio permitir que la esposa de una mujer que ha tenido un hijo consienta después del nacimiento que quede determinada su maternidad no adoptiva» (*ibidem*).

²⁵ QUICIOS MOLINA defiende la posibilidad de aplicar la norma por entenderse cumplida su finalidad también cuando, hecha la declaración antes de contraer matrimonio las dos mujeres, el hijo nace una vez ya casadas, con fundamento en que el art. 7.3 procura un título con «dos actos registrales para practicarse» que permite comprobar en dos momentos el cumplimiento de los requisitos legales (vid. *loc. cit.*, pág. 627). A mi entender, olvida con ello que al tratarse de un título de determinación de la filiación *matrimonial* debe mediar matrimonio cuando entra en funcionamiento, y ese momento no es el nacimiento, sino la declaración previa de maternidad.

doble maternidad automáticamente, sin necesidad de ulterior consentimiento ni de la madre (lo cual no deja de generar alguna duda por lo que más adelante expondré) ni de la propia manifestante, cuya declaración inicial ha de considerarse irrevocable. Esta exigencia formal se explica por la excepcionalidad del supuesto, por su naturaleza de título de determinación de la filiación, por su carácter exclusivamente voluntario (desvinculado de la realidad) y por su sometimiento a requisitos esenciales temporales. Todo ello exige su constatación con garantías de autenticidad y legalidad, de modo que su sometimiento a forma solemne no ha encontrado oposición entre la doctrina²⁶. Sí, en cambio, que sólo la manifestación registral pueda dar lugar a esta determinación extrajudicial de la filiación. Quicios Molina defiende la aptitud para ello también del documento notarial realizado en las condiciones marcadas por el precepto, por razones sistemáticas y de cumplimiento de la finalidad de la norma²⁷. Sin embargo, si ésta es establecer un título propio, exclusivo, para la situación de comaternidad, dado su imposible encaje en el sistema existente, y la Ley diseña las características formales y de fondo del mismo, no respetarlas implica directamente inaplicar la norma. Por lo demás, la exigencia formal me parece un corolario inevitable en un supuesto de maternidad desvinculado de la realidad.

2.5. *Referida a un nasciturus concreto*

Pese 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. La necesaria vinculación del supuesto a la fecundación asistida de la gestante, la falta de exigencia legal de consentimiento previo de la cónyuge para su práctica, la no vigencia de la presunción de paternidad, el carácter excepcional del supuesto del art. 7.3 LTRHA y las exigencias de seguridad jurídica conducen a la conclusión expuesta. No hay términos legales para sostener que la declaración pueda formularse en abstracto o sea aplicable a un número indeterminado de ciclos reproductivos, aun iniciados constante matrimonio y sin que medie separa-

²⁶ Por todos, DÍAZ MARTÍNEZ: «Se trata de buscar unas garantías máximas de autenticidad en la prestación del consentimiento que algunos autores ya reclamaban, antes de la aprobación de la Ley de 1988, para la fecundación heteróloga» (*loc. cit.*, pág. 85).

²⁷ QUICIOS MOLINA (*loc. cit.*, pág. 625).

ción de las cónyuges²⁸. De hecho, así se ha impuesto en la práctica registral, que requiere para incorporar la declaración al Registro la existencia de un *nasciturus*²⁹.

3. Naturaleza jurídica de la declaración registral

Aunque tratada de forma insatisfactoria por el Código civil, necesitado también en este punto de una reforma que lo actualice³⁰, puede decirse sintéticamente que como regla general la maternidad se determina en nuestro Derecho por el parto, con independencia de si la madre está casada o no. Representa así un bastión del principio de verdad biológica, recogido en el clásico *mater semper certa est*, que mediando reproducción asistida desatiende el origen de los gametos y deslegitima el convenio como causa de atribución de la maternidad (art. 10.2 LTRHA³¹). A partir de él, el art. 7.3 LTRHA permite que comparta la condición de madre la mujer que, casada con aquélla, manifieste ante el Registro Civil su voluntad en tal sentido, con los requisitos legales expuestos. Así, a la maternidad conforme a las normas del Código civil, el precepto suma otra maternidad por naturaleza³² fundada *exclusiva-*

²⁸ Sobre el tema, vid. DÍAZ MARTÍNEZ, quien considera imprescindible regular la duración de efectos de la declaración registral (*loc. cit.*, págs. 93-95).

²⁹ Así lo señala y aplaude INIESTA DELGADO, observando que entre la documentación que las oficinas del Registro Civil exigen se encuentra un informe médico relativo al sometimiento de la cónyuge al tratamiento, el sexo del feto, la fecha en que quedó gestante y la identidad de la cónyuge que consintió el tratamiento, no sin cuestionar la falta de cobertura legal para la exigencia de algunos de estos requisitos (vid. *loc. cit.*, pág. 808).

³⁰ Me he ocupado por extenso del tema de la determinación de la maternidad en BARBER CÁRCAMO, R. (2013c), *La filiación en España. Una visión crítica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 130-132 y 175-181.

³¹ La esperada STS de 6 febrero 2014 ha denegado la inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución encargada por un matrimonio homosexual masculino. Con su declaración explícita la ilegalidad cometida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en numerosas resoluciones había admitido dicha inscripción, dictando incluso una Instrucción para regularla. He tratado en profundidad el tema, anticipando la decisión del Tribunal Supremo, en BARBER CÁRCAMO, R. (2013b), «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», *RCDI*, 739, págs. 2905-2950.

³² Ciertamente, el papel que la voluntad juega en este título de determinación de la filiación lo aproxima más a la adopción que a la filiación natural, como defiende, entre otros autores, INIESTA DELGADO, quien negando al supuesto esta última calificación, considera que no se ha roto en nuestro ordenamiento el principio de unidad de la maternidad (vid. *ob. y loc. cit.*, págs. 804 y 807). Otros autores favorables a su consideración como adopción pueden verse en JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2012), *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid, Reus, pág. 60, n. 111. Sin embargo, a mi modo de ver, no puede

mente (al menos en su tenor literal) en la voluntad de la declarante. Por consiguiente, esta doble maternidad presenta una doble fuente contrapuesta: la verdad biológica y el principio de voluntad que modaliza la aplicación de «las Leyes civiles» cuando media reproducción asistida.

Ahora bien: es importante destacar que la voluntad elevada por el legislador en dicho precepto a la condición de título de determinación de la maternidad no es la de consentir el sometimiento de la madre a dichas técnicas, sino la de que el hijo sea tenido por propio. Es lo que, sin duda alguna, se deduce de la dicción literal del art. 7.3 LTRHA, y aunque puede ser muy criticable resulta coherente con el papel que confiere como regla dicha Ley al consentimiento para la práctica de dichas técnicas. Porque en ningún caso éste es título para la determinación de la filiación: ni para la mujer usuaria, ni para su marido, ni para el varón no casado con ella. Y así, coherentemente, tampoco el consentimiento de la cónyuge de la madre, previo a la reproducción asistida y que no constituye *ex art. 6.3* un requisito para la misma, determina la maternidad: no hay fundamento legal para afirmar lo contrario. El art. 7.3 LTRHA posibilita tal determinación a través de un título legal, extrajudicial, formal y voluntario. Esencialmente voluntario, en cuanto la voluntad de ser madre de la cónyuge es su fuente exclusiva, no exigible, y su único referente, no refrendado por dato biológico alguno³³.

Ello lo aleja del reconocimiento, pese a que en la práctica así se denomine frecuente pero incorrectamente a la declaración de la cónyuge. Porque el reconocimiento de filiación es un título de determinación extrajudicial voluntario, pero presupone la veracidad de la relación biológica entre quien se reconoce como progenitor y el hijo. De ahí que la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado lo califique de nulo y le niegue el acceso al Registro Civil cuando al encargado le conste de las actuaciones su incerteza³⁴. Y también

afirmarse que nos hallemos ante un supuesto de adopción: ni la filiación se establece por resolución judicial ni está sometida al principio del interés del adoptando, por señalar las diferencias más obvias. Y dado que nuestro ordenamiento no contempla un *tertium genus* entre la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza (art. 108 Cc.), no hay otra alternativa que la segunda, aunque las profundas diferencias que caracterizan el supuesto ahora analizado «desactiven» muchas de las consecuencias de tal calificación.

³³ Sí habrá tal vínculo biológico si la reproducción asistida ha incluido el recurso al método ROPA (recepción de ovocitos de la pareja), además de al donante (masculino) anónimo. La Comisión Nacional de Reproducción Asistida, en Dictamen de 4 de diciembre de 2008, informó favorablemente a la admisión de la donación de óvulos entre mujeres casadas, sugiriendo la conveniencia de reformar la LTRHA para admitirla en ella, dado que suponía una excepción a la regla de anonimato en la donación de óvulos y esperma.

³⁴ Así, entre otras muchas, RRDGR de 29 enero 2001, 24 enero y 28 diciembre 2002 y 27 abril 2005.

de ahí la doctrina jurisprudencial consolidada acerca de la posibilidad de impugnar la filiación determinada en su virtud, *ex arts. 138 in fine y 140 Cc.*, demostrando su inadecuación al dato biológico, incluso por quien realizó el reconocimiento³⁵.

Y precisamente por no ser un reconocimiento, la declaración de la cónyuge no se halla sometida a los controles del art. 124 Cc., de asentimiento del representante legal del menor o autorización judicial para su eficacia. Constituyendo así una nota discordante respecto de lo que es regla general en los títulos de determinación extrajudicial (también en el expediente del art. 49 LRC) e incluso en la adopción del hijo del cónyuge, *ex art. 177.2 Cc.*, como se ha advertido en la práctica registral y judicial³⁶. No hay términos legales para requerir tal conformidad: precisamente por hallarnos ante un título distinto, excepcional, respecto de los demás. Dato cuya constatación ha merecido la crítica unánime de la doctrina³⁷, y que en una reforma legislativa de la filiación cada vez más necesaria debería reconsiderarse.

Otra prueba de la radical voluntariedad de este nuevo título es su carácter incoercible: el legislador lo ha diseñado como plenamente facultativo, no exigible ni siquiera dado un previo consentimiento a la reproducción asistida. Si llegado el momento del nacimiento la cónyuge de la madre no ha realizado la declaración registral, la madre no puede sustituir su voluntad ante el encargado del Registro con fundamento en tal consentimiento. Ahora bien, ¿posibilitaría éste la determi-

³⁵ Vid. SSTS de 31 octubre 1997, 27 mayo 2004, 29 octubre y 5 diciembre 2008 (RJ 2008, 5802 y RJ 2009, 147), 4 julio 2011 (RJ 2011, 329773) y 10 mayo 2012 (RJ 2012, 6341).

³⁶ Así lo advierte la citada RDGR de 5 agosto 2013: «Confirma la conclusión anterior el hecho de que la madre biológica y legal del menor se ha opuesto a la pretensión de la promotora. Téngase en cuenta que, con carácter general, el Ordenamiento jurídico no consiente que la determinación de la filiación de un menor se puede producir fuera de un proceso judicial contra la oposición expresa del representante legal del menor (...) Voluntad favorable que, en forma de asentimiento, también se exige en el caso de la filiación adoptiva (cfr. Art. 177 n.º 2 CC), asentimiento que fue precisamente negado por la madre biológica en el proceso de adopción intentado, y concluido sin éxito por tal motivo». Y el argumento se incluye también en el voto particular a la STS de 15 enero 2014: «Además, se desprende de la interpretación literal de lo dispuesto por el art. 7.3 LTRHA que para que la mujer no progenitora pueda consentir que se determine a su favor la filiación es necesario que previamente esté de acuerdo con ello la madre biológica, pues en caso contrario se daría la paradoja de que podría elegir libremente la no progenitora mientras que la madre biológica no podría imponer ni evitar tal consecuencia, que siempre quedaría al libre arbitrio de su cónyuge».

³⁷ Por todos, INIESTA DELGADO: «Ésta es la situación que propicia el art. 7.3 LTRHA, frente a la voluntad de la mujer cónyuge de la progenitora de ser madre del nacido (con el que no le une ninguna relación natural) nada vale la voluntad de la madre progenitora» (*loc. cit.*, pág. 813).

nación de la filiación por otro título, extrajudicial como éste o judicial? Dejo de momento meramente apuntada esta pregunta crucial, que abordaré algo más adelante por razones sistemáticas.

Por lo demás, y pese al silencio legal, compartido en este punto respecto de casi todos los consentimientos previstos en la LTRHA, la naturaleza que esta declaración tiene de título de determinación del estado civil apunta a su carácter irrevocable, como unánimemente observa toda la doctrina. De modo que una vez realizada vincula a la cónyuge de la madre sin posible revocación, determinando la filiación del hijo nacido.

4. *El carácter exclusivo o no de la declaración como título de determinación de la doble maternidad*

4.1. *Otros posibles títulos extrajudiciales*

Como ya he mencionado, la Ley 13/2005 asumió expresamente en su exposición de motivos que la presunción de paternidad sólo rige en supuestos de matrimonio heterosexual. Lo cual es una consecuencia del funcionamiento técnico de las presunciones *iuris tantum* y de la naturaleza humana. La presunción de paternidad del marido se basa, dado el deber de fidelidad entre los cónyuges, en la probabilidad, en la habitualidad, en la naturaleza de las cosas. Que permite ligar a un hecho —un hijo nacido de mujer casada— otro hecho —el hijo es obra del marido—, y a partir de él una consecuencia jurídica como es su paternidad, a los efectos de determinar extrajudicialmente la filiación, esto es, de forma provisional y en tanto no se demuestre judicialmente su falsedad. Por ello, nos hallamos ante una presunción *iuris tantum*.

Desde esta perspectiva tan obvia, es indudable que el nacimiento de un hijo de una mujer casada con otra no admite la subsunción en tal mecanismo jurídico para determinar la comaternidad de la cónyuge. Si el legislador quiere que tal efecto se produzca habrá de actuar, estableciendo una regla que no será ya una presunción, tendrá una naturaleza jurídica distinta: no cabrá deducir de un *hecho indicio* (nacimiento de casada) un *hecho presunto* (maternidad de la cónyuge). Si opera en tal sentido, el legislador establecerá una *ficción* legal: cerrará los ojos a la realidad anudando a un *hecho* una *consecuencia jurídica*, no otro *hecho*. Lo cual implica cerrar la puerta a la demostración de la falsedad

de este hecho, que deja de ser relevante para el Derecho porque a éste sólo le interesa la consecuencia jurídica inapelable³⁸.

Pues bien, la Ley 13/2005 no estableció nada parecido, de modo que aun sin lo declarado en su exposición de motivos, e incluso habiendo sustituido los términos «marido y mujer» del art. 116 Cc. por el de cónyuges, la realidad de las cosas, el funcionamiento técnico del Derecho y el sistema de filiación recogido en el Código civil impedirían aplicar la presunción de paternidad a los matrimonios homosexuales de mujeres, y obviamente también de hombres.

De manera que la doctrina es casi unánime³⁹ en negar, en la situación legal actual, la aplicación de la presunción de paternidad a los matrimonios entre mujeres. Si acaso, algunas voces plantean la conveniencia de su modificación, para comprender en una nueva reformulación el supuesto de doble maternidad matrimonial necesariamente al margen de la verdad biológica⁴⁰.

Insisto en que este estado de cosas es coherente con la no exigencia de consentimiento de la cónyuge de la usuaria de reproducción asistida, a diferencia de lo previsto para la mujer casada con varón, *ex* art. 6.3 LTRHA. Dado que la presunción de paternidad va a operar contra él, dicha exigencia protege sus intereses —además de los del hijo, obviamente—, facilitando la prueba en el necesario proceso ulterior. Nada de lo cual procede si la mujer no está casada o lo está con otra mujer: puesto que su decisión de ser madre no tiene efecto sobre la esfera jurídica ajena (más allá de la del hijo, claro), la Ley no exige asentimiento previo alguno. Lo cual es coherente, a su vez, con la decisión legislativa de admitir el nacimiento de hijos sin padre. De hecho, lo contrario comportaría limitar injustificadamente la libertad de la mujer, vulnerando el art. 6.1.2 LTRHA. Sin embargo, sí chirría en este punto la facultad libérrima y no necesitada del asentimiento

³⁸ Obsérvese que tampoco la LTRHA funciona a través de presunciones: los consentimientos que en los arts. 6.3 y 8.2 prestan el marido y la pareja heterosexual de la mujer sometida a reproducción asistida no presumen que éste sea padre, según lo expuesto.

³⁹ ROCA I TRÍAS, al plantearse la solución adecuada al supuesto tipo de gestación subrogada encargada por matrimonio homosexual masculino, apunta a la acción de reclamación del padre biológico, tras cuya estimación «en aplicación de la presunción de paternidad, que no se excluye en los matrimonios gays, el otro cónyuge podría ser declarado copadre». Esta afirmación, sin embargo, no se acompaña de argumentación alguna [vid. *Libertad y Familia* (2014), Valencia, Tirant lo Blanch, pág. 153].

⁴⁰ Es la postura de DÍAZ MARTÍNEZ: «acaso haya de revisarse el sentido actual de la presunción de paternidad del art. 116 Cc., en cuanto responde a una posibilidad de verdad biológica de la filiación del hijo respecto del marido de la madre que, como tal, no puede, obviamente, aplicarse a la mujer que esté casada con ella, diferencia natural que expande sus efectos en toda la materia» (*loc. cit.*, pág. 81).

de la madre conferida en el art. 7.3 a la cónyuge, según ya se ha expuesto.

En cuanto al reconocimiento, cuanto se ha dicho ya impide admitir que la comaternidad de la cónyuge pueda establecerse por esta vía. Por cuanto su presupuesto es la verdad biológica, la declaración de la cónyuge revelaría obviamente su falsedad y, por ende, la sanción de nulidad que para la doctrina registral merece. Y ello es aplicable tanto a la maternidad matrimonial como a la no matrimonial.

¿Y el expediente registral previsto en el art. 49 LRC al que remite el art. 120.2 Cc.? Como punto de partida, ha de advertirse que este expediente es un título de determinación de la filiación no matrimonial, de modo que no resultaría aplicable si lo pretendido fuera una filiación matrimonial por hallarse casadas ambas mujeres. De hecho, la posibilidad de la aplicación analógica de lo previsto en el art. 8.2 LRTHA, que remite a la circunstancia primera del art. 49 LRC, se ha planteado en la doctrina como medio para corregir la discriminación que el art. 7.3 LTRHA comportaría para parejas no casadas de mujeres. Así lo admite Díaz Martínez, considerando que tanto cuando el varón consiente a la reproducción asistida como cuando lo hace la pareja femenina «se está prescindiendo en ambos casos de la existencia de un vínculo biológico con el hijo»⁴¹. Pero, desde mi punto de vista, en este recurso a la analogía falla la identidad de razón: de la filiación formal pero posible, y por ello conforme al modelo institucional, a la imposible hay un salto que el legislador quizá pueda dar, pero en su caso es imprescindible que lo dé, previendo el mecanismo jurídico al efecto. Así lo ha hecho en el art. 8.2 LTRHA, al equiparar el escrito indubitado de reconocimiento paterno al consentimiento previo a la fecundación heteróloga. Pero en ausencia de esa decisión legislativa no cabe forzar hasta ese punto un título de determinación que responde y encaja en un modelo totalmente distinto⁴². Puedo estar de acuerdo en la conveniencia de una reforma legislativa que *exija* en todo caso de fecundación asistida el consentimiento *previo* de la pareja de la madre, esté o no casada y con independencia de su orientación sexual, para procurar al hijo así nacido un doble referente afectivo y

⁴¹ DÍAZ MARTÍNEZ (*loc. cit.*, pág. 108).

⁴² En parecido sentido, INIESTA DELGADO: «ante la ausencia de especificación normativa, su empleo no resulta posible por cuanto están regulados partiendo del presupuesto de la realidad biológica a la que, en última instancia, tienen que responder. En todo caso, ya que de forzar las normas se trata y de extender la aplicación de los mecanismos legales a lo no previsto, resulta mucho más sencillo y coherente extender la aplicación del mecanismo previsto en el art. 7.3 a los casos en que la determinación de la filiación es posterior al nacimiento» (*loc. cit.*, pág. 808).

económico, siempre más sólido que uno individual⁴³. Pero en la situación legal actual extraer del art. 7.3 LTRHA una regla que el legislador no sólo no ha formulado, sino que es incoherente con la admisión del nacimiento de hijos sin padre, es insostenible.

Finalmente, y por razones obvias, no procedería para el supuesto analizado alegar la circunstancia tercera, ligada a la prueba cumplida del «hecho del parto y la identidad del hijo», y necesariamente referido a la *madre* biológica.

De modo que el análisis del art. 7.3 LTRHA y su engarce en dicha Ley arroja continuamente la conclusión de hallarnos ante un título no sólo distinto, sino también excepcional, ajeno al sistema especial que aquélla representa para la filiación del Código civil. Su carácter exótico y sus deficiencias técnicas complican la labor del intérprete, que ha de operar sin anclaje en el sistema porque el art. 7.3 LTRHA no encaja en él. Además, por su limitado ámbito de aplicación, carece de aptitud para modificarlo. Adviértase que plantear la comaternidad más allá de sus estrechos límites implica trasladar la voluntad de asumir la maternidad ahí contemplada a la de *practicar* la reproducción asistida. Y convertirla en título de determinación de la filiación, contra la regla general recogida en la LTRHA⁴⁴. Tal modo de proceder implica dar dos pasos lógicos sin apoyo legal ninguno. Con la única fundamentación de venir regida la reproducción asistida por un principio de preeminencia de la voluntad que el legislador no ha formulado, sino que constituye una inducción doctrinal de las reglas concretas para supuestos determinados previstos por el legislador⁴⁵. Que ha operado desde la regla básica de partida, no se olvide, de la expresa remisión a las reglas generales del Código civil (art. 7.1 LTRHA). Todo lo cual revela, a mi modo de ver, que el art. 7.3 LTRHA sólo vale en cuanto diseña un título extrajudicial de determinación de la maternidad matrimonial exclusivo⁴⁶. Más allá, su encaje en el sistema sólo es posi-

⁴³ Cosa distinta es que tales vínculos deban ser en todo caso de filiación.

⁴⁴ Así lo reconoce DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2012): «Desde luego, el simple consentimiento que pudiera prestar en el documento de consentimiento informado del centro de reproducción asistida, para que su esposa se sometiera a un tratamiento (...) no está contemplado en la ley como título de determinación de la maternidad» [«Comentario a la STS de 12 mayo 2011 (RJ 2011\3280)», *CCJC*, 88, pág. 445].

⁴⁵ En parecido sentido, QUICIOS MOLINA: «aunque esa voluntad contraria a la biología es mucho más relevante en el sistema especial de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida que en el sistema general de la filiación por naturaleza, tiene sus cauces de expresión por imperativo legal» (*loc. cit.*, pág. 628).

⁴⁶ Opinión que es mayoritaria entre la doctrina: así, NANCLARES VALLE (*loc. cit.*), BE-NAVENTE MOREDA (*loc. cit.*, pág. 100), INIESTA DELGADO (*loc. cit.*, pág. 808), DÍAZ MARTÍNEZ («La doble maternidad...», *cit.*, pág. 108) y QUICIOS MOLINA (*loc. cit.*, pág. 621).

ble alterando su tenor literal, lo cual por todo lo expuesto considero incorrecto por infundado⁴⁷.

4.2. *La determinación judicial de la doble maternidad*

Como es sabido, la sentencia judicial es un título común a la filiación matrimonial y no matrimonial (arts. 115.2 y 120.3 Cc.). Su aplicación en el sistema es residual y la acción de reclamación procede cuando, por las razones que fuere, no ha resultado posible la determinación extrajudicial de la filiación. En línea de principio, si ha accedido al Registro otra filiación incompatible con la pretendida, habrá de acumularse a la acción de reclamación otra impugnatoria dirigida a dejar sin efecto aquélla (arts. 113.2 Cc. y 764 LEC). El objeto de la pretensión permite distinguir entre las acciones de reclamación en sentido amplio, dirigidas a manifiestar la existencia y validez de un título apto para la determinación de la filiación (así, la vigencia de la presunción de paternidad, el consentimiento de ambos progenitores en el supuesto del art. 118 Cc., la validez del reconocimiento), y en sentido estricto, dirigidas a la constatación de la existencia de una relación de filiación biológica. Sólo estas últimas se contemplan en los arts. 131 a 134 Cc., sometidas a límites de legitimación activa y plazo. Las primeras, en cuanto pretensiones meramente declarativas, no prescriben ni caducan⁴⁸ y la legitimación para su ejercicio requiere sólo la alegación de un interés legítimo vigente⁴⁹.

Pues bien, ¿cómo se inserta el art. 7.3 LTRHA en este sistema de acciones de reclamación? Es claro que, como título formal y voluntario de determinación de la filiación, el precepto otorga una acción para defender su validez, tal y como se ha diseñado legalmente, y por consiguiente exigir judicialmente su inscripción en caso de que no se haya atendido tal petición en sede registral. Para esta acción la legitimación será tan amplia como se ha descrito, presupuesta la declaración registral en tiempo y forma de la cónyuge. Obviamente, se trata de una acción de reclamación en sentido amplio, desvinculada de la verdad bio-

⁴⁷ Discrepo por ello de VERDERA SERVER, quien afirma que «la principal finalidad de este precepto no es tanto la de diseñar un mecanismo extrajudicial de determinación de la maternidad, sino la de afirmar la posibilidad de una doble maternidad (excepción hecha de los casos de adopción)» (*loc. cit.*, pág. 289).

⁴⁸ Y ni siquiera, en su caso, la caducidad de la acción impugnatoria puede impedir su ejercicio, dado que es accesorio y viene exigido por el de la pretensión principal de reclamación.

⁴⁹ Al respecto, vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984), en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, pág. 967.

lógica y apegada a la realidad formal, a la constatación de la existencia y validez del título.

Más allá: ¿cabe el ejercicio en el supuesto de doble maternidad de las acciones de filiación *stricto sensu* de los arts. 131 a 134 Cc.? Obviamente, no cabe ejercitar la pretensión propia de ellas, que es la determinación de la filiación a partir de la demostración de la realidad biológica. De nuevo topamos con el mismo tema que acabamos de tratar: la viabilidad del consentimiento de la cónyuge no a asumir la maternidad del *nasciturus*, cuyo análisis se reconduce a la acción en sentido amplio, sino a la *práctica* de la reproducción asistida, como sustituto de la verdad biológica. De nuevo llegamos a la posibilidad de aplicar analógicamente las reglas de determinación de la *paternidad extramatrimonial* deducidas del art. 8.2 LTRHA. Cuya previsión final («Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad»), efectivamente, justifica la estimación de una acción dirigida a exigir la sustitución de la verdad biológica por el consentimiento prestado por la pareja a una fecundación *determinada* con contribución de donante. Previsión coherente con la posibilidad abierta por la Ley de establecer extrajudicialmente la paternidad a partir de *ese mismo* consentimiento.

Pues bien, obsérvese que toda esa construcción lógica falla en el supuesto de la doble maternidad. La puntual modificación legislativa realizada, totalmente ajena al sistema, no permite una aplicación analógica donde falla la identidad de razón repetidamente. Uno: porque no se trata de determinar la paternidad, sino una doble maternidad que puede compartir con aquélla su carácter ficticio, formal o meramente legal, pero no su radical imposibilidad. Dos: porque el art. 8.2 atiende a la filiación extramatrimonial y el art. 7.3 LTRHA a la matrimonial, en un punto en que la diferenciación legislativa entre ambas, la determinación de la filiación, ha recibido el respaldo del Tribunal Constitucional⁵⁰. Tres: porque el consentimiento previo no es necesario ni exigible para el caso de la doble maternidad. Cuatro: porque, de prestarse, ni afecta ni modaliza en modo alguno la extraordinaria determinación de la maternidad contemplada en el art. 7.3. Dadas estas sustanciales diferencias entre los supuestos, entiendo que no es posible el recurso a la analogía. La previsión de este artículo no permite incardinar de modo alguno el supuesto de la doble maternidad en el régimen de las acciones de filiación, más allá de la acción de declaración del título ya mencionada.

⁵⁰ SSTC 138/2005, de 26 de mayo; 273/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero.

La doctrina se ha manifestado de forma mayoritaria en contra de la posibilidad de dicha acción de reclamación⁵¹. Sólo Verdera Server admite lo contrario, a mi modo de ver y por lo expuesto sin suficiente justificación, llegando incluso a estimar procedente la reclamación de la esposa no madre aun a falta de consentimiento previo⁵². Por lo expuesto, considero que no existen términos para esta lectura legal, que claramente sustituye el papel del legislador por una interpretación legal contraria a los criterios que deben regirla y plena de voluntariedad en la creación judicial del Derecho. Si el legislador hubiera querido establecer un vínculo jurídico entre el consentimiento previo a la práctica de técnicas de reproducción asistida y la filiación así nacida lo hubiera hecho, explicitando los requisitos de forma, tiempo, incidencia ulterior de la separación o divorcio de las cónyuges... A falta de tales previsiones, no cabe extraer de un supuesto que, tanto para la filosofía de la Ley especial como para la de la general, es extravagante, una regla general en favor de un consentimiento ignorado, irrelevante y no explicitado legalmente como principio rector.

⁵¹ DÍAZ MARTÍNEZ: «Tampoco creemos que fuera estimada judicialmente una demanda de reclamación de filiación interpuesta por la madre biológica, pues la sustitución del principio de veracidad por el del consentimiento que la reforma del art. 7 LTRHA significa para los matrimonios de dos mujeres está orientada por unas exigencias formales que parecen insustituibles» («La doble maternidad...», cit., pág. 85). Posteriormente, y respecto de la acción del art. 131 Cc. «basada en la posesión de estado», la misma autora manifiesta sus dudas, por no ser aquella título de determinación de la filiación y resultar, evidentemente, contraria al dato biológico (vid. «Comentario a la STS de 12 mayo 2011», cit., pág. 446). INIESTA DELGADO: «Evidentemente, sólo si consideramos que ese consentimiento a la fecundación es el fundamento que justifica la existencia del vínculo de filiación podemos admitir que prospere una acción de reclamación dirigida contra la madre que consintió y luego no quiso admitir la filiación por el mecanismo del art. 7.3 LTRHA. (...) en consecuencia, la acción de reclamación tampoco podrá basarse en este caso en el consentimiento a la fecundación sino en los hechos que en cada momento la ley considera determinantes de la filiación» (*loc. cit.*, pág. 811). QUICIOS MOLINA: «Sería muy pernicioso para la seguridad jurídica que, de una lectura rápida de la Sentencia (...) se extrajera la conclusión de que basta la voluntad de ser madre (o padre) para serlo, pues aunque esa voluntad contraria a la biología es mucho más relevante en el sistema especial de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida que en el sistema general de la filiación por naturaleza, tiene sus cauces de expresión por imperativo legal» (*loc. cit.*, pág. 628).

⁵² VERDERA SERVER: «sólo debe prosperar la acción de reclamación cuando la mujer hubiere consentido las técnicas de reproducción asistida, el hijo hubiera nacido como consecuencia de esas técnicas de reproducción asistida y luego se niegue a consentir ex art. 7.3 LTRHA o a determinar extrajudicialmente la maternidad por otro medio. Aun siendo dudoso entendemos que si es la mujer no progenitora quien ejercita la acción de reclamación, esa actuación equivale al consentimiento que subyace en la atribución de maternidad en los casos de técnicas de reproducción asistida y, por tanto, se le debe imputar esa maternidad, aunque en su momento no hubiera consentido la práctica de determinada fecundación» (*loc. cit.*, pág. 290).

Quicios Molina introduce una excepción a la improcedencia general de esta acción de reclamación: la manifestación de voluntad de *asumir* la maternidad expresada no ante el encargado del Registro, sino en documento público notarial. Si su aptitud para determinar extrajudicialmente la comaternidad puede generar dudas, considera esta autora que de ninguna manera su carácter de prueba para hacerlo judicialmente⁵³. No comparto, empero, su ponderada y autorizada opinión. La asunción de la maternidad en documento notarial presenta el mismo problema que el consentimiento previo a la fecundación asistida: no ser el título diseñado legalmente para determinar la maternidad. El problema no es de prueba, sino de validez, porque el título no es la voluntad de asumir la maternidad, sino su expresión a través de declaración registral. Y no por un imperativo lógico o natural, sino por una decisión legislativa que por lo demás no es única en nuestro ordenamiento (piénsese en las declaraciones necesariamente registrales relativas a la adquisición o conservación de la vecindad civil o de la nacionalidad⁵⁴). De manera que no hay términos legales para admitir otra acción de reclamación que no sea la dirigida a declarar la existencia y validez del título.

¿Y si la madre hubiera gestado el óvulo de su pareja, según lo permitido por el método ROPA, al que me he referido en la nota 32 de este trabajo? Aparentemente, el empleo no anónimo de su material genético le convertiría en progenitora para la LTRHA, según lo ya expuesto, que sólo excluye de tal condición a los donantes anónimos de gametos, masculinos o femeninos. Pero chocaríamos de nuevo con la inaptitud del art. 7.3 LTRHA para alterar el concepto de maternidad más allá de su ámbito, meramente formal. Y si es indudable que la mujer gestante será madre, excluirá de la misma condición a toda mujer que no se ajuste al art. 7.3 LTRHA, por un lado, mientras que, por el otro, las acciones del Código civil se limitarán a la determinación de la paternidad, siendo inaplicables para una doble maternidad biológica que excede de sus planteamientos⁵⁵.

⁵³ QUICIOS MOLINA: «No hay duda, dada la admisión de la sentencia judicial como título de determinación de esta segunda maternidad por el Tribunal Supremo, de que estas declaraciones de voluntad realizadas ante Notario servirán de prueba de la filiación materna para que pueda quedar determinada judicialmente si se reclama ante los Tribunales» (*loc. cit.*, pág. 624).

⁵⁴ Vid. arts. 14.5 Cc. y 225 y siguientes RRC. En las RRDGR de 21 noviembre 1992 (*BIMJ*, n.º 1662, de 15 febrero) y 13 mayo 1996 (RJ 1996, 5055) se declara que las declaraciones realizadas ante notario no son inscribibles, por la incompetencia de la autoridad ante la que se han formulado.

⁵⁵ DÍAZ MARTÍNEZ señala que en este contexto «sería mucho más complejo pronunciarse sobre la suerte de una acción de reclamación», considerando que «la doble mater-

4.3. *Un inciso: la impugnación de la comaternidad*

Para completar este panorama acerca de la incidencia del art. 7.3 LTRHA sobre las acciones de filiación procede ahora analizar la pretensión impugnatoria. También ha de partirse de la distinción entre las acciones de impugnación en sentido amplio, dirigidas a la declaración de la ineficacia del título de determinación (por razón de inexistencia, nulidad radical, anulabilidad), y las impugnatorias *stricto sensu*, encaminadas a destruir el vínculo jurídico por su falta de adecuación con la realidad. Estas últimas son las contempladas en los arts. 136 y siguientes del Código civil, con la excepción de los arts. 138 y 141 Cc., que abordan la anulación del reconocimiento por vicios de la voluntad.

Indudablemente, de cuanto se ha expuesto se deduce la posibilidad de impugnar la comaternidad por defectos del título, relativos a los requisitos legales fijados para la práctica de la declaración. El supuesto se reconduce a la acción de rectificación registral a la que se refiere el art. 114.1 Cc. (arts. 92 y siguientes LRC), con su amplia legitimación activa ligada a la existencia de interés legítimo, que comprende tanto a la madre como a la declarante, dada la naturaleza de orden público del estado civil, que excluye en esta materia la aplicación de la doctrina de los actos propios. Y de carácter imprescriptible.

La práctica ya ha conocido la estimación de esta acción, ejercitada por la madre gestante frente a la cónyuge (media también un proceso de nulidad matrimonial) a cuyo favor se inscribió la maternidad. Es el caso de la SAP Baleares (4.^a) de 5 diciembre 2012 (AC 2013, 76), que declara la ineficacia del título y ordena la rectificación registral por haber nacido el hijo sin previo matrimonio y sin haberse realizado con anterioridad la asunción de la maternidad⁵⁶. El Tribunal advierte que no es aplicable al supuesto la interdicción de la impugnación prevista,

nidad es evidente desde el punto de vista biológico» («Comentario a la STS de 12 mayo 2011», cit., pág. 439).

⁵⁶ SAP Baleares (Sección 4.^a) de 5 diciembre 2012 (AC 2013, 76): «el tribunal considera que el consentimiento determinante de la filiación, por ausencia de los requisitos indicados, resultaba ineficaz en derecho y que el asiento registral expresivo de la doble maternidad debe ser rectificado en cuanto a la filiación otorgada a D.^a Mónica, para cuyo cumplimiento se remitirá testimonio de la presente resolución al Encargado del Registro Civil correspondiente». La sentencia menciona también la ausencia de consentimiento previo de la compañera a la reproducción asistida de la madre. Un comentario sobre ella puede verse en PANIZA FULLANA, A. (2013), «Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 4, págs. 49-55 (BIB 2013\1475).

para el matrimonio heterosexual, en el art. 8.1 LTRHA, lo que califica de laguna legal.

Mas no es tal: dicho precepto cierra la vía impugnatoria *stricto sensu* de marido y mujer, con fundamento en la falta de verdad biológica, como complemento a la habitual determinación de la paternidad a través de la presunción. Pero tal impugnación *stricto sensu* queda fuera del supuesto de la doble maternidad. Como una consecuencia ineludible del título que la ha determinado y como lógica contrapartida a la ausencia de acción de reclamación *stricto sensu*. Todo lo que no contraría la validez del título no puede fundar una impugnación, dado que el legislador no sólo ha desatendido la verdad biológica, sino también la necesidad de consentimiento previo a la fecundación asistida. Esto es, si hay declaración registral válida, no cabe impugnar alegando que no se prestó aquél, y obviamente tampoco que no existe relación biológica⁵⁷. Y ello atañe tanto a la declarante como a la madre, cuya falta de asentimiento para la asunción de la comaternidad considero un argumento en este sentido: sería absolutamente incoherente que la voluntad no requerida para determinar la filiación pueda luego impugnarla⁵⁸.

Perfiles radicalmente distintos presenta la posible impugnación de esta segunda maternidad por el hijo. Porque aun asumiendo que el espíritu y la finalidad de la ley apunten hacia la respuesta negativa, es innegable que no existe norma en tal sentido y que la remisión del art. 7.1 LTRHA sitúa la cuestión en sede de Código civil, donde el principio de verdad biológica se refuerza precisamente para proteger al hijo. Adviértase que éste puede impugnar tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial un año después de alcanzar la mayoría de edad (arts. 137.1 y 140.3 Cc.), mediando posesión de estado. Sin ésta, la acción es imprescriptible para el hijo y sus herederos (arts. 137.3 *in fine* y 140.1 Cc.). Además, no existe justificación lógica ni de sistema para considerar al hijo irrevocablemente vinculado por una declaración de voluntad ajena que le concierne íntimamente y es manifiesta-

⁵⁷ En el mismo sentido, INIESTA DELGADO: «... que la madre consorte haya consentido la fecundación no impide la impugnación. Por lo tanto, no procede la aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA puesto que, en ese sentido, el consentimiento es irrelevante. (...) Lo cierto es que en ningún caso procederá la impugnación basada en la falta de realidad biológica, puesto que ésta no es el fundamento de la determinación de la filiación» (*loc. cit.*, pág. 812).

⁵⁸ En contra de esto último, NANCLARES VALLE, que ve precisamente en esta falta de asentimiento de la madre el argumento para defender su legitimación *ex art.* 137 para impugnar la comaternidad de su cónyuge (*loc. cit.*, págs. 20 y ss.).

mente falsa⁵⁹. En realidad, este supuesto muestra de la manera más evidente la indefinición y desatención en que el legislador ha incurrido respecto del hijo, aportando nuevos argumentos a la numerosa doctrina que desde la primera LTRHA de 1988 viene defendiendo su legitimación para impugnar la filiación⁶⁰.

La impugnación de la declaración de maternidad por vicios del consentimiento sí cabría reconducirla al art. 138 Cc., que a su vez se remite al art. 141 Cc. Pese a no constituir un verdadero reconocimiento, su origen voluntario sí permite aquí, por igualdad de razón, el recurso a la analogía. Por ende, la legitimación activa corresponderá a la cónyuge declarante, que habrá de accionar en los plazos fijados en dicho precepto.

IV. UNA REFERENCIA COMPARATISTA AL DERECHO CATALÁN

El Código civil catalán ha seguido criterio muy diferente al de los arts. 7 a 10 LTRHA. El art. 235-3 CcCat. incluye entre los títulos de determinación de la filiación «el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer», en paridad de situación respecto a la sentencia o el reconocimiento. Lo que se explicita en los arts. 235-8 y 235-13, respectivamente, para la filiación matrimonial y no matrimonial, que prevén dicho consentimiento «formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público» y con indepen-

⁵⁹ En este sentido, NANCLARES VALLE (*loc. cit.*, pág. 17). En contra, DÍAZ MARTÍNEZ: «deben hacerse primar la estabilidad de la filiación y las relaciones familiares y la voluntad de una mujer de asumir la posición jurídica de madre, reconocida en sus efectos jurídicos por el legislador» («La doble maternidad legal...», *cit.*, págs. 90 y ss.). También, INIESTA DELGADO, con criterio distinto al sostenido para la filiación heterosexual: «ni siquiera el hijo podrá impugnar esta filiación, a diferencia de lo que ocurre en los casos de parejas heterosexuales en las que sigue primando el criterio de la filiación natural» (*loc. cit.*, pág. 812). También en contra, QUICIOS MOLINA (*loc. cit.*, pág. 623).

⁶⁰ Personalmente, así lo he defendido en «Reproducción asistida...» (*cit.*, pág. 35) y «Autonomía de la voluntad y Derecho de filiación», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, coords. M. Cuenca Casas, L. A. Anguita Villanueva y J. Ortega Doménech, Madrid, Dykinson, 2013a, págs. 1111-1129. Sostienen la misma opinión, entre otros, NANCLARES VALLE, J. (2007), «Las técnicas de reproducción en España: aspectos problemáticos de la Ley de 26 de mayo de 2006 n. 14, con relación a la Ley italiana de 19 de febrero de 2004 n. 40», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2, pág. 877, y la doctrina allí citada; INIESTA DELGADO (*loc. cit.*, págs. 787 y 791), compartiendo el criterio de DELGADO ECHEVERRÍA y PANTALEÓN PRIETO. También, QUESADA GONZÁLEZ, MONTÉS PENADÉS, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA y GONZÁLEZ MORÁN, citados por DÍAZ MARTÍNEZ («La doble maternidad legal...», *cit.*, pág. 90, n. 35).

dencia del sexo de quien lo presta, como título legal para la atribución de la filiación. No es aplicable, por tanto, la previsión del art. 7.3 LTRHA: en Cataluña la comaternidad cabe tanto entre mujeres casadas como no casadas⁶¹ y puede fijarse extrajudicialmente a partir de dicho consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, prestado bien ante el centro autorizado, bien en documento público.

En sede de acciones, el legislador catalán ha establecido reglas especiales en materia de impugnación. Así, el art. 235-27.3 CcCat. remite la del consentimiento a la acción de nulidad por falta de capacidad o vicio del mismo, y el art. 235-28.2 impide que *prosperere* ninguna impugnación de «la paternidad o la maternidad» si medió aquél o responde a la verdad biológica. Lo cual, claramente, comprende la ejercitada por el hijo, previsión cuyo acierto considero, por lo ya expuesto, muy discutible.

En cuanto a la acción de reclamación, es obvio que su estimación dependerá de la demostración de haberse prestado el reiterado consentimiento a la práctica de la fecundación. Reconduciendo el supuesto, por ende, no a la acción de reclamación *stricto sensu*, sino a la de declaración del título, sin limitación de legitimación activa, más allá de la existencia de interés legítimo, ni de plazo⁶².

V. POSESIÓN DE ESTADO Y DOBLE MATERNIDAD

Analizado el papel atribuido legalmente a la voluntad como título de determinación de la filiación, llega el momento de prestar atención a la posesión de estado, segundo pilar sobre el que las sentencias referidas apoyan su declaración de filiación.

La posesión de estado no es un título de determinación de la filiación, de manera que la mera constatación de su presencia no crea tal relación jurídica. Ni con la legislación vigente ni con la redacción originaria del Código civil. Los arts. 115 y 120 Cc. no la enuncian entre los medios que sirven para establecer, respectivamente, la filiación matrimonial y la no matrimonial. Pese a lo cual, es cierto que constituye un lugar común señalar que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, refuerza el papel que en materia de filiación el Código civil le atribuye, al reconocer-

⁶¹ El art. 235-13 CcCat. no exige convivencia para la prestación del consentimiento a la reproducción asistida, lo que abriría la comaternidad más allá de la convivencia *more uxorio*.

⁶² La acción de reclamación *stricto sensu*, en cambio, es imprescriptible sólo para el hijo y los padres, *ex art.* 235-20 y 21 CcCat.

le una triple función que acogería el elemento sociológico o de hecho. Efectivamente: es un medio subsidiario y residual de *acreditar* una filiación ya previamente determinada, según el art. 113.1 Cc.; un medio de *prueba* para su determinación judicial, según el art. 767.3 LEC (antes, art. 135 Cc.), y un *presupuesto* para la legitimación activa en algunas acciones de filiación, cuya presencia facilita la reclamación y restringe la impugnación, y cuya ausencia funciona de modo contrario. Sin embargo, aun esta amplia funcionalidad de la posesión de estado, claramente distinta a la de atribuir la filiación, ha resultado contradicha por la doctrina y la jurisprudencia desde diferentes flancos.

Empezando por la subsidiaria función legitimadora o acreditativa de la filiación en el tráfico (art. 113.1 Cc.), la doctrina ha negado la aptitud de la posesión de estado para procurar un medio preconstituido fiable y rápido de prueba *erga omnes*, ni aun de carácter subsidiario a la inscripción, al requerir primeramente la constatación de la concurrencia de sus elementos. De ahí que los autores hayan relativizado, cuando no negado directamente, tal función, criticando al tiempo la impericia mostrada por el legislador en dicho precepto⁶³. De hecho, los tribunales no reconocen a la posesión de estado eficacia acreditativa de la filiación, sino carácter de medio de prueba presuntivo o indirecto, en cuanto sólida base de hecho para apreciar la existencia de la relación biológica objeto de las acciones de filiación⁶⁴. Y la Dirección General de los Registros y del Notariado ha recurrido a esta función legitima-

⁶³ En palabras de DE LA CÁMARA (2000, págs. 124 y ss.) especialmente críticas e ilustrativas, que la jurisprudencia en ocasiones repite (así, STS de 25 abril 1991 —RJ 1991, 3030—): «la posesión de estado no acredita formalmente quiénes sean los progenitores de una persona; es sólo una situación fáctica que permite presumir quiénes puedan serlo. Que esa presunción constituya una prueba cuando se trata de determinar judicialmente la filiación e incluso que se utilice o pueda ser utilizado como medio de procurar, en algún caso, la determinación extrajudicial, encaja dentro de la lógica del sistema. Pero el Ordenamiento jurídico se pondría en contradicción consigo mismo si consintiera que la posesión de estado, sin más, fuera suficiente para acreditar la filiación: ello equivaldría a admitir que los derechos fundados en el vínculo de filiación pudieran ejercitarse aunque aquélla no hubiere sido determinada. Lo que no ocurre con la inscripción registral, puesto que la misma acredita la filiación precisamente porque ha sido determinada legalmente». Comparten su visión RIVERO HERNÁNDEZ y VERDERA SERVER, quien no duda en calificar dicha función legitimadora de la posesión de estado de «cuña de otra madera, en un sistema como el de nuestro Código civil, que tiene su centro en la noción de determinación de la filiación». Puede verse la cita de todos ellos, así como otras reflexiones sobre la contraposición entre los arts. 112 y 113 Cc., en BARBER CÁRCAMO (2013c: *La filiación en España*, cit., págs. 115 y ss. y 93-99).

⁶⁴ Así, entre otras, STS de 13 noviembre 1992 (RJ 1992, 9400), STSJ Navarra de 16 marzo 1993 (RJ 1993, 2560), STSJ Cataluña de 21 diciembre 1993 (RJ 1993, 8142), STS de 6 mayo 1997 (RJ 1997, 3676), y lo contrario su ausencia (así, por ejemplo, STS de 8 julio 1991 —RJ 1991, 5569—).

dora de la posesión de estado para resolver una única cuestión: entender que, si media, el reconocimiento conjunto de la filiación por ambos progenitores no requiere para su eficacia los asentimientos complementarios previstos en el art. 124 Cc.⁶⁵.

En realidad, tal función enlaza con su carácter delimitador de la legitimación activa para las acciones de filiación: el sistema *favorece* la determinación judicial de la filiación *acreditada* por la posesión de estado y dificulta su impugnación. Y así, dejando ahora de lado la atención a otras acciones, el art. 131 Cc. reconoce acción a cualquier persona con interés legítimo «para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado». Pero esta acción con legitimación activa tan amplia es de reclamación *stricto sensu*, esto es, se dirige a poner de manifiesto la verdad biológica, y no meramente declarativa: no convierte en relación jurídica la constatación de la posesión de estado. Aunque en algunas sentencias el Tribunal Supremo emplee una terminología equívoca, calificando esta acción de «homologación o aprobación judicial del reconocimiento presunto a partir de la demostración de la existencia de posesión de estado»⁶⁶. Esta aproximación parece enlazar con la redacción original del Código civil, donde la posesión de estado de hijo natural (arts. 135 y 136 Cc.) confería a éste derecho a exigir a sus progenitores su reconocimiento, constituyendo así un presupuesto de la que vino a denominarse, impropia pero gráficamente, «acción de reconocimiento forzoso». Pero adviértase que en la redacción originaria del Código no se reconocía la investigación de la paternidad, negándose por ende a los hijos el derecho de exigir judicialmente su filiación. De ahí que tal acción se contemplara como la constatación judicial de un reconocimiento tácito, demostrado por actos reiterados del padre o de su familia, de haber el hijo como propio⁶⁷.

⁶⁵ En este sentido, vid. RDGR de 8 marzo 1982 (RJ 1982, 1586), RDGR de 11 noviembre 1987 (RJ 1987, 8734), RRDGR de 21 y 22 julio 1988 (RJ 1988, 6354 y 6355), RRDGR de 3 febrero 1990 (RJ 1990, 2287), 28 octubre 1991 (RJ 1991, 8790) y 1 junio 1995 (RJ 1995, 5190), RDGR de 8 noviembre 1996 (RJ 1997, 5882).

⁶⁶ Así, entre otras, SSTS de 2 marzo 1994 (RJ 1994, 2387) y 16 febrero 1989 (RJ 1989, 969).

⁶⁷ Así lo entendió unánimemente la jurisprudencia. Por especialmente ilustrativas, recojo las palabras de la STS de 25 junio 1946: «El Código no establece los derechos de los hijos naturales, con relación al padre, sobre la base de la investigación y prueba de la paternidad, sino sobre la base del reconocimiento, ya expreso, ya derivado de la posesión continua de estado, a diferencia de lo que acontece respecto de la madre, y no cabe fundar dichos derechos en presunciones ni bastan actos que revelen tan sólo el convencimiento de la paternidad, pues en la constancia cierta de haber el padre exteriorizado su voluntad de tener como hijo suyo al hijo natural, de alguna de las maneras que establece en sus dos primeros números el art. 135 Cc., se basa el reconocimiento legal al mismo impone».

En el sistema de filiación instaurado en 1981, la posesión de estado no es el fundamento de la pretensión articulada en esta acción, sino el presupuesto para la legitimación activa. De manera que si en el curso del proceso se demuestra que no responde a la verdad, la filiación no podrá establecerse en favor de quien la ostenta⁶⁸.

Por lo demás, esta función ha resultado totalmente desactivada por la declaración de inconstitucionalidad del art. 133 Cc.⁶⁹, a consecuencia de la cual el progenitor carente de posesión de estado, además de poder reclamar la filiación sin plazo, también puede impugnar la filiación contradictoria, dada la previsión del art. 134 Cc.

Por consiguiente, la única función que hoy realmente cumple la posesión de estado en nuestro ordenamiento es la de ser medio de prueba en los procesos entablados para determinar la filiación. Obviamente, prueba de lo que es objeto de la pretensión: la relación biológica que une al hijo con el progenitor, hecho radicalmente distinto de la voluntad de constituirse en tal sin serlo. Como sin duda expresa el art. 765 LEC, que vincula dicha prueba indirecta y las demás a la «inferencia» de la filiación. Y así lo ha entendido siempre la jurisprudencia⁷⁰, que ante la inexistencia de una definición legal de posesión de estado ha mantenido tras la reforma de 1981 la misma que doctrina y tribunales habían construido, consistente en el concepto público en que es tenido un hijo en relación a su padre, basado en los actos públicos sostenidos por éste o por su familia hacia aquél, demostrativos de su voluntad de haber el hijo como propio⁷¹. Como se ha expuesto, esta referencia a la voluntad alcanza pleno sentido en el régimen anterior a 1981, donde la posesión de estado denota un reconocimiento implícito⁷², presupuestos ambos de la acción, pero no en el vigente, donde

⁶⁸ Y así se ha señalado siempre unánimemente por la doctrina. Por todos, y con ocasión de la crítica a la STS de 5 diciembre 2013, QUICIOS MOLINA: «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» (*loc. cit.*, pág. 618).

⁶⁹ SSTC 237/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero.

⁷⁰ Como ejemplo, STSJ Cataluña de 21 diciembre 1993 (RJ 1993, 8142): «El criterio de la veracidad biológica —verdad real o material— se impone sobre el de la posesión de estado. Esta posesión no puede operar como criterio autónomo de determinación de la filiación, a modo de una “adopción de hecho”; de tal manera que si se demuestra que no es veraz la generación, la filiación no puede declararse». En parecido sentido, STS de 13 marzo 1999 (RJ 1999, 2376).

⁷¹ Declaración que puede leerse, por ejemplo, en sentencias tan alejadas en el tiempo como las SSTS de 24 marzo 1927, 20 mayo 1991 (RJ 1991, 3714) o 24 enero 2001 (RJ 2001, 7).

⁷² STS de 28 noviembre 1941: «Se requiere que los actos de posesión de estado sean de tal naturaleza que revelen, a la vez que el convencimiento de la paternidad, la volun-

simplemente apoya a la investigación de la paternidad. En realidad, dicha voluntad señala al convencimiento sobre el carácter propio del hijo, teniendo como referente la realidad. De manera paralela a lo propio del reconocimiento: éste es válido en cuanto enlaza con la verdad, aquélla se mantiene porque el hijo se estima propio.

Así pues, la posesión de estado nada tiene que ver con la voluntad de ser madre (o padre) como modo originario de la filiación ni sirve como tal para establecerla. Su referente es la realidad, la verdad biológica, de manera que cuando el ordenamiento le confiere eficacia es porque habitualmente se trata como hijo a quien lo es, no porque entienda que el mero dato de hecho pueda ser elevado a relación jurídica. Este entronque con la realidad implica que no cabe posesión de estado de doble maternidad o paternidad, por imperativo lógico y técnico. Y con absoluta independencia del tiempo que hubiera podido durar el matrimonio de las madres. De nuevo llegamos a la conclusión de que el art. 7.3 LTRHA carece de fuerza suficiente para alterar los conceptos jurídicos presentes en el Código civil y coherentes con su sistema.

VI. LA NECESARIA Y POSIBLE DESVINCULACIÓN ENTRE LA FILIACIÓN Y SUS EFECTOS

Pues bien, llegados a este punto resulta obvio que el Tribunal Supremo no ignora cuanto ha quedado expuesto. Máxime cuando muchos de estos argumentos se recogen en el voto particular a la STS de 15 enero 2014. Simplemente, parece haber optado por la resolución que ha estimado más justa para el caso concreto, centrando el análisis en los efectos de la filiación, sobre todo personales (guarda y custodia), y no en su concepto y modos de determinación. Como demuestra la alegación del interés del menor, cuyo encaje más adecuado no es la determinación de la filiación⁷³, sino la protección del menor y la fija-

tad ostensible y continuada de tener o tratar al hijo como tal en las relaciones de la vida social, no siendo legal confundir actos que puedan revelar más o menos la presunción que abrigue una persona de su paternidad respecto del hijo natural, o aun su convencimiento de tenerla, con los que demuestren su propósito de poner al hijo en la posesión de tal estado».

⁷³ Sobre el papel del interés del hijo en sede de asentimientos al reconocimiento y el ámbito que comporta para autonomía de la voluntad he reflexionado en *La filiación en España...* (cit., págs. 197-204). Pero adviértase que si en dicha sede representa un límite a la verdad biológica, en los supuestos que en este trabajo se abordan la alegación del interés del menor sirve para legitimar la falsedad y la ilegalidad en la determinación de su filiación.

ción de medidas encaminadas a su guarda y custodia. Porque la filiación es algo muy distinto a una institución de protección de menores, algo mucho más amplio y más íntimamente ligado a la dignidad e identidad personales. Y sus normas descansan en consideraciones de interés e incluso orden público, incompatibles con conceptos jurídicos indeterminados cuya finalidad es permitir la ponderación judicial ante el caso concreto. Determinar la filiación es señalar entre quiénes se establece dicha relación jurídica, lo que remite a razones objetivas elevadas por el ordenamiento a la condición de fuentes. No se trata de decidir quién *puede ser* el mejor padre o madre, sino quién lo *es* dadas las previsiones legislativas, dato ante el que el interés del hijo resulta irrelevante, porque no se plantea en términos de elección. Sí en la filiación adoptiva, donde el juez *constituye* la relación, previa la constatación del interés del adoptando: pero no se olvide que ésta sí es esencialmente una forma de protección de menores. Nada de lo cual sucede en la filiación natural, donde nuestro legislador incluye a los hijos nacidos por reproducción asistida. Por consiguiente, el recurso al interés del menor como criterio directo para la determinación de la filiación es ilegal⁷⁴ y supone una vulneración del sistema de fuentes, como recientemente ha declarado la STS de 6 febrero 2014⁷⁵.

Por el contrario, en cuanto se refiere a la protección de los menores y la fijación de medidas encaminadas a su guarda y custodia, la sumisión al interés del menor se revela adecuada y fructífera, al permitir una flexibilidad necesaria tanto en los supuestos a resolver como en las medidas a adoptar. En ese ámbito sí cabe dar respuesta jurídica a las relaciones familiares o personales *de facto*, protegiendo al menor de la ruptura de los vínculos afectivos y de la consiguiente pérdida de referentes a que pueden abocarle las crisis sentimentales de su entorno. Para ello, y a falta de un consenso entre las partes a todas luces preferible, el juez cuenta con mecanismos legales cuya exploración no requiere la vulneración del Derecho de filiación por ser absolutamente independientes

⁷⁴ Y así se entiende en la STS de 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280) y en las sentencias que cita, donde se contraponen la relación de la filiación y las formas de protección de los menores, donde «la adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores».

⁷⁵ STS de 6 febrero 2014: «La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes (...). Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser precedentes, debe realizar el Parlamento como depositario de la soberanía nacional».

de él. Así, el art. 158.4.º Cc. le permite adoptar en cualquier proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria, de oficio o a instancia de parte interesada, cualquier disposición que considere oportuna «a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios», mientras su párrafo primero contempla las medidas convenientes para asegurar los alimentos y proveer a sus futuras necesidades. Y el art. 103.1.ª Cc. faculta al juez, en sede de medidas provisionales, para atribuir la guarda y custodia de los hijos con funciones tutelares, *excepcionalmente*, a personas que así lo consintieren. Además de las relaciones personales que el art. 160 Cc. contempla en favor de «parientes y allegados», como algo diferente tanto de la guarda y custodia como de la patria potestad.

De hecho, éstos fueron los preceptos alegados primeramente por las excónyuges o excompañeras de las madres para defender su presencia en la vida del menor más allá de la ruptura de la relación con aquella⁷⁶, llegando incluso en ocasiones a instar la patria potestad compartida⁷⁷. Hasta que, como he relatado, en el debate se introdujo la idea de que la voluntad de traer el hijo al mundo y la convivencia con éste podían comportar la maternidad, convirtiendo así el deseo y el afecto en realidad. Debate que se ha ilustrado con decisiones judiciales no siempre bien entendidas y traídas de ordenamientos diferentes. Me refiero a la reiterada cita de tres sentencias del Tribunal Supremo de California⁷⁸, dictadas ante un vacío legal y centradas no tanto en la determinación de la filiación, sino en sus efectos económicos y relacionales (*parenthood*), dado el polisémico término *parent*, que no siempre se equipara a nuestros unívocos conceptos de padre/madre⁷⁹.

Desde la perspectiva contraria, la misma idea motriz de desvincular la filiación del régimen de guarda y custodia del menor rige la re-

⁷⁶ Además de las ya referidas, SAP Sevilla (2.ª) de 30 septiembre 2008 (JUR 2009, 53531), SAP Málaga (6.ª) de 16 febrero 2012 (AC 2012, 1401) y SAP Pontevedra de 16 noviembre 2011

⁷⁷ Así, en las SSAP Santa Cruz de Tenerife (1.ª) de 6 mayo 2002 (AC 2002, 1181) y 21 julio 2008 (JUR 2009, 108644), rechazándose en ambos casos dicha petición planteada como principal y estimándose el derecho de relación. En el caso de la segunda sentencia se deniega la patria potestad solicitada porque el informe pericial psicológico determina que la demandante no desea ser madre, sino sólo pariente del menor, quien ha solventado ya la pérdida de la ruptura con la cónyuge actual de la madre. Pese a ello, se fija en favor de la exconviviente un «derecho de visitas» bastante reducido fundado en el art. 160 Cc. sin más fundamento que la conveniencia para el menor de tener vínculos afectivos numerosos.

⁷⁸ Vid. FARNÓS AMORÓS, S., y GARRIGA GORINA, M. (2005), «¿Madres? Pueden ser más de una», *InDret*, 4, págs. 306-313.

⁷⁹ A este respecto, vid. ARECHEDERRA ARANZADI, L. (2014), «Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la Ley», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, coord. Luis Díez-Picazo, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 378 y ss.

ciente STS de 20 noviembre 2013 (RJ 2013, 7824), donde el Tribunal Supremo vierte acertadas declaraciones difícilmente compatibles con las presentes en las sentencias que motivan este trabajo. Para confirmar la decisión del Juzgado de Primera Instancia de atribuir la guarda y custodia de una menor, «con facultades tutelares plenas», al hombre que ha impugnado con éxito su paternidad, señalando al tiempo que si llega a establecerse realmente el vínculo afectivo necesario con su padre biológico, la decisión judicial sobre la custodia podrá alterarse⁸⁰. El Tribunal confirma el apoyo legal de tal medida en los arts. 103.1.^a.2 y 158 Cc. y 11.2 LOPM.

Pues bien, ésta es la senda por la que debería haber discurrido el Tribunal Supremo en las sentencias referidas, completando la doctrina presente en la STS de 12 mayo 2011, que no desecha la posibilidad de imponer sobre la expareja de la madre, a la que como allegada se reconoce un amplio derecho de relación con el menor, otras medidas como los alimentos⁸¹. Si lo buscado es realmente el interés de aquél, y por tanto implicar a la expareja de la madre en responsabilidades económicas además de en una mera relación personal, hay vías en nuestro ordenamiento que lo permiten, sin necesidad de vulnerar no sólo las normas, sino el concepto mismo de la filiación. Estas vías posibilitan que el juez atienda a las necesidades del caso concreto, guiado en todo momento por el interés del menor. Incluso llegando a atribuir su tutela, como se ha visto, a quien carece de relación parental con el mismo, como podría ser la excompañera de la madre. Excepcionalmente: esto es, en caso de que no resulte conveniente la atribución a la madre de la patria potestad. De otro modo, atribuir la patria potestad conjunta sin fundamento en la relación de filiación no encuentra acomodo en nuestro ordenamiento, como lógica protección del contenido de aquélla y para no entorpecer su ejercicio. Entonces, las pretensiones de relación con el menor habrán de articularse por la vía del art. 160 Cc.

⁸⁰ STS de 20 noviembre 2013 (RJ 2013, 7824): «en ningún caso la protección que resulta de la inexactitud en la determinación de la paternidad, que incidiría en la anomalía de atribuir la condición de padre a quien no es su progenitor, no impide el derecho a tener contacto entre uno y otra cuando toda la prueba que se valora pone en evidencia la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron entre ambos mediante la negación de cualquier contacto en la confianza de que la nueva situación será más beneficiosa para el interés de la niña que no conoció otro padre que no fuera que después se demostró no lo era biológicamente».

⁸¹ STS de 12 mayo 2011: «En aplicación del art 160.2 Cc., el juez está autorizado para tomar cualquiera de las medidas que están enumeradas en el art. 158 Cc., que integra el art. 162 Cc. en cuanto determina el tipo de prevenciones que pueden adoptarse en estos casos».

Cuya distinción entre parientes y allegados es relevante porque si respecto de abuelos y parientes el parentesco ofrece una causa objetiva para favorecer, e incluso establecer *ex novo*, las relaciones con el menor para procurarle la integración en una relación familiar que le es propia, respecto de los allegados el punto de partida es necesariamente fáctico, vivencial. De manera que sólo cabe reconocer la condición de allegado a quien ya sostiene o ha sostenido, interrumpiéndose por la ruptura de la pareja, una relación con el menor con vínculos afectivos cuya ruptura puede perjudicarlo⁸².

Es desde esta perspectiva que la supuesta posesión de estado de madre de la pareja de la real encuentra su adecuado encaje: no como tal, sino como manifestación de la relación que convierte en allegada del hijo a quien sostuvo relaciones sentimentales, o incluso estuvo casada, con la madre. Porque, *per se*, esta última relación es irrelevante para calificar o no de allegada a la persona que pretende relacionarse con el menor. Como lo es el consentimiento previo para la práctica de la fecundación asistida, que por sí mismo en nada afecta al hijo. A partir del reconocimiento de allegada al menor, basado en esa relación fáctica preexistente, el interés del menor deberá guiar la concesión o no del derecho de relación, así como su extensión. Tal es el proceso lógico seguido en la STS de 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280), que enumera además los criterios a tener en cuenta por el juez para decidir la intensidad de tales contactos. Y se encuentra también presente en la citada STS de 19 mayo 2014 (RJ 2014, 2813), que pone fin al proceso de divorcio paralelo al de reclamación de la filiación decidido por la STS de 5 diciembre 2013 a favor de la maternidad de la excónyuge. Porque dicha sentencia del Supremo confirma las medidas de guarda y custodia decididas por la Audiencia⁸³ antes de la determinación de la filiación, consistentes en un amplio régimen de visitas a favor de la excónyuge a partir de su condición de allegada y la relación personal mantenida con las menores. Ofrece así la STS de 19 mayo 2014 una buena prueba de la innecesariedad de vulnerar todo el régimen de la filiación para tutelar unas relaciones personales que pueden basarse en consideraciones diversas y reales, no ficticias.

⁸² Así, la STS de 12 mayo 2011 señala que el art. 160.2 contempla «un derecho efectivo que tiene el menor de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva». Interesantes consideraciones, al hilo de las expuestas en el texto y con abundante aporte de jurisprudencia de Audiencias, pueden verse en BERNALTE BENAZET, J. (2014), «Las nuevas figuras parentales en la realidad familiar actual. Aproximación legal y jurisprudencial», *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 63, págs. 85-101.

⁸³ SAP Santa Cruz de Tenerife (1.ª) de 26 marzo 2012 (JUR 2012, 206922).

VII. CONCLUSIÓN

No habiendo empleado en tiempo y forma la opción que el art. 7.3 LTRHA atribuye a la cónyuge de la madre, a aquélla le quedará la adopción para establecer una relación de filiación. Adopción que, en virtud del art. 176.2 Cc., no requerirá ni propuesta previa ni declaración administrativa de idoneidad, pero sí asentimiento de la madre (art. 177.2.2.º Cc.) y constatación judicial tanto de la idoneidad de la adoptante como de la adecuación de la medida al interés del menor.

No mediando matrimonio entre las mujeres o faltando alguno de los requisitos señalados (la práctica muestra que el mayor escollo se encuentra en el asentimiento de la madre), esta vía tampoco será posible, por lo que la pareja o expareja de la madre —supuesto más habitual— no tendrá derecho a establecer una relación de filiación legal. Partiendo de su falta de parentesco con el menor, podrá instar las relaciones personales contempladas en el art. 160 Cc., con fundamento en su condición de «allegada». Para cuya determinación sí será imprescindible identificar el mayor interés del menor. En suma, considero que el apoyo legal correcto para el supuesto que nos ocupa fue el seguido en la STS de 12 mayo 2011 y no el de las sentencias referidas, que lo alteran sin fundamento legal alguno.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, J. (2012): «Matrimonio de mujeres y reproducción asistida», *Diario La Ley*, 7853, 8 mayo (La Ley 5012/2012).
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. (2009): «In loco parentis», *Diario La Ley*, 7240, 14 septiembre (La Ley 15379/2009).
- (2014): «Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la Ley», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, coord. Luis Díez-Picazo, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 371-386.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2010): «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 8, diciembre, págs. 25-37.
- (2013a): «Autonomía de la voluntad y Derecho de filiación», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, coords. M. Cuenca Casas, L. A. Anguita Villanueva y J. Ortega Doménech, Madrid, Dykinson, págs. 1111-1129.
- (2013b): «La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», *RCDI*, 739, págs. 2905-2950.

- BARBER CÁRCAMO, R. (2013c): *La filiación en España. Una visión crítica*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi.
- BENAVENTE MOREDA, P. (2011): «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», *ADC*, LXIV.1, págs. 75-124.
- BERNALTE BENAZET, J. (2014): «Las nuevas figuras parentales en la realidad familiar actual. Aproximación legal y jurisprudencial», *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 63, págs. 85-101.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000): En *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, 2.^a ed., III.1.º, Madrid, EDERSA.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2007): «La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida», *Derecho Privado y Constitución*, 21, págs. 75-129.
- (2012): «Comentario a la STS de 12 mayo 2011 (RJ 2011\3280)», *CCJC*, 88, págs. 425-449.
- (2014): «Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 10, febrero, págs. 39-49.
- FARNÓS AMORÓS, S., y GARRIGA GORINA, M. (2005): «¿Madres? Pueden ser más de una», *InDret*, 4, págs. 306-313.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J. M. (2011): «Derecho de relación con el menor y derecho de visitas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, págs. 23-30.
- GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M. (2013): *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, Dykinson.
- INIESTA DELGADO, J. J. (2011): «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», en *Tratado de Derecho de la Familia*, dirs. Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas, vol. VI, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, págs. 735-860.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2012): *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid, Reus.
- NANCLARES VALLE, J. (2007): «Las técnicas de reproducción en España: aspectos problemáticos de la Ley de 26 de mayo de 2006 n. 14, con relación a la Ley italiana de 19 de febrero de 2004 n. 40», *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2, págs. 846-901.
- (2008): «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», *Aranzadi Civil*, 7 (BIB 2008\578).
- PANIZA FULLANA, A. (2011): «Doble maternidad de hecho y su problemática. A propósito de la STS de 12 mayo 2011», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 7, pp. 35-45.
- (2013): «Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 4, págs. 49-55 (BIB 2013\1475).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984): En *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos.
- QUICIOS MOLINA, S. (2014): «¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? (Comentario a la STS de 5 diciembre 2013)», *CCJC*, 95, págs. 609-630.

- ROCA I TRÍAS, E. (2014): *Libertad y Familia*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SALAS CARCELLER, A. (2011): «Sobre las relaciones personales entre la compañera sentimental de la madre y el hijo nacido, por inseminación artificial, durante la convivencia *more uxorio*», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 823, BIB 2011\1061.
- VERDERA SERVER, R. (2007): «Comentario a los artículos 7 y 8», en *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, dir. Cobacho Gómez, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, págs. 211-304.