

La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?

M^a Belén Andreu Martínez

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Murcia

Abstract¹

La regulación de la doble maternidad legal en el ordenamiento jurídico español a través del art. 7.3 LTRHA ha planteado desde el inicio muchos problemas, tanto desde el punto de vista de los requisitos exigidos por dicho precepto, como respecto a la incardinación de este supuesto en el sistema general de filiación. La reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, no ha venido a solucionar ninguna de estas cuestiones y plantea, además, nuevas dudas interpretativas. La insuficiencia del art. 7.3 LTRHA está siendo suplida en la práctica por los aplicadores del derecho (los tribunales y la Dirección General de los Registros y del Notariado –DGRN-). En este trabajo se analizará la situación actual de la determinación de la filiación en el caso de matrimonios de mujeres (tras la reforma del año 2015) y la admisión por parte de la DGRN de un nuevo mecanismo de determinación de la doble maternidad (al margen del uso de las técnicas de reproducción humana asistida), destacando los problemas que se plantean y la necesaria reforma integral del sistema de filiación que permita darle coherencia y seguridad jurídica.

In the Spanish Legal System, regulation of double maternity according to article 7.3 LTRHA has raised several problems from its very beginning, not only because of the conditions required by such legal norm but also with respect to the inclusion of that assumption in the general filiation regime. The reform undertaken by Act 19/2015, of July 13th, has failed to solve any of those issues. On the contrary, it has come to raise new interpretative doubts. In practice, the deficiencies of article 7.3 LTRHA are being completed or corrected by Tribunals as well as by the General Directorate of Registries and Notaries -DGRN-. This paper analyses the current framework of filiation in case of marriage between women (after the reform of 2015) and the acknowledgement by the DGRN of a new mechanism for lawfully determining double maternity (apart from the use of human assisted reproductive techniques), highlighting the problems arisen and the necessary deep reform of the filiation regime that may grant coherence and legal security.

Palabras Clave: Doble maternidad, filiación, técnicas de reproducción humana asistida, autoinseminación.

Title: Double maternity after the reform of article 7.3 LTRHA (Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida- Human Assisted Reproductive Techniques Act) and the resolution of the DGRN of February 8th, 2017: Are we really advancing or are we going backward?

Keywords: Double maternity, filiation, assisted reproductive techniques, at home insemination.

¹ Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por la Fundación SENECA de la Región de Murcia: «E-salud y autonomía del paciente vulnerable a la luz del Bioderecho» (Ref. 19486/PI/14).

Sumario

1. Introducción
2. El artículo 7.3 LTRHA y su aplicación tras la reforma del año 2015
 - 2.1. Cómo y cuándo debe prestarse el consentimiento para la asunción de la segunda maternidad
 - 2.2. La configuración del consentimiento de la mujer consorte y su consideración como título de determinación de la filiación
 - 2.3. Eficacia del consentimiento prestado por otras vías. Las acciones de reclamación de la filiación
3. La resolución de la DGRN de 8 febrero 2017
 - 3.1. ¿Es el art. 44.5 LRC un nuevo mecanismo de determinación de la doble maternidad?
 - 3.2. La impugnación de la maternidad establecida conforme al art. 44.5 LRC
4. Consideraciones finales
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía citada

1. Introducción

El artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA) ha planteado desde el principio muchas dudas. Su introducción en un sistema que responde a principios diferentes y la aplicación de reglas que no están previstas para supuestos en los que prima la llamada voluntad procreacional o voluntad de ser progenitor, por encima de la verdad biológica, junto con la no realización de una necesaria reforma con visión de conjunto en la regulación de la filiación², ha dado lugar a la situación caótica y de inseguridad jurídica en la que nos encontramos actualmente (sin, por ello, eliminar la discriminación que *a priori* pudiera provocar dicho precepto³).

El inicial artículo 7.3 LTRHA planteaba una serie de cuestiones, de mayor y menor calado, que habían sido puestas de relieve por los tribunales y la doctrina: cuestiones formales (por ej. en cuanto al modo y tiempo en el que prestar el consentimiento) y otras más de fondo, como por ejemplo el papel de la voluntad en la determinación de la filiación y su encaje en el sistema del CC⁴.

La reforma operada en el artículo 7.3 LTRHA en el año 2015, si bien puede pensarse que iba dirigida a solucionar algunas de estas cuestiones (sobre todo las de tipo formal), en realidad, plantea nuevos problemas (forma y plazo de prestación del consentimiento; parejas a las que se aplica...). Pero, sobre todo, no entra en la cuestión de fondo: una regulación de la voluntad procreacional coherente con el resto del sistema o una equiparación del consentimiento con el

² La reforma en profundidad de la normativa del CC en materia de filiación viene siendo reivindicada por la doctrina desde hace años y, sobre todo, tras la introducción del matrimonio entre personas del mismo sexo y su equiparación al matrimonio heterosexual por Ley 13/2005, de 1 de julio o la introducción del art. 7.3 LTRHA por Ley 3/2007, de 15 de marzo, que han puesto especialmente de relieve la incoherencia del sistema. Véase al respecto FARNÓS AMORÓS (2015), pp. 7 y ss., 50 y ss.; QUICIOS MOLINA (2014a), pp. 33 y ss. y (2014b), p. 13. VERDERA SERVER (2016), pp. 20, 27, 28, 34, 41, 195, 196 habla de parcheo normativo respecto del producido en el año 2015 y falta de replanteamiento del sistema desde su concepción, lo que provoca una ausencia de coherencia en el mismo. Igualmente señala que se ha perdido también la oportunidad en el año 2015 de reflexionar acerca del encaje de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) en el régimen general y que quizá ha llegado el momento de delimitar la existencia de diferentes fundamentos de la filiación, que requieren sus propios mecanismos de determinación e impugnación.

³ Se ha señalado la discriminación respecto a las parejas heterosexuales, así como la que produce este precepto para las parejas no casadas de mujeres. En este sentido, entre otros, TAMAYO HAYA (2015), pp. 69 y ss.; RODRÍGUEZ GUTIÁN (2015), pp. 156 y ss.; JIMÉNEZ MUÑOZ (2014), p. 62; LAMM (2012), p. 85; FARNÓS AMORÓS (2011), pp. 111 y ss.; BENAVENTE MOREDA (2011), p. 115; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2011), pp. 434 y ss.; DIAZ MARTÍNEZ (2007), pp. 83, 96 y ss., 106 y ss., 125. Duda de la coherencia del limitado alcance de la reforma INIESTA DELGADO (2017), p. 952. En contra de que resulte discriminatorio, BARBER CÁRCAMO (2013a), pp. 137 y ss., (2014), p. 104 y ss., quien señala además que este argumento nunca ha sido determinante para la estimación de la pretensión ni por los tribunales, ni en la práctica registral (también QUICIOS MOLINA [2014b], p. 6). Sobre la aplicación de la norma a las parejas no casadas de mujeres volveremos en el apartado 2.3 del trabajo.

⁴ En la doctrina pueden consultarse, entre otros, DIAZ MARTINEZ (2007), pp. 78, 83 y ss.; FARNÓS AMORÓS (2015), p. 10 y ss.; RODRÍGUEZ GUTIÁN (2015), pp. 128 y ss.; BARBER CÁRCAMO (2013a), pp. 133 y ss.; (2014), pp. 103 y ss., quien lo califica de estrambótico precepto, que sitúa la filiación natural en el terreno de lo imposible.

prestado en otros supuestos de reproducción humana asistida (en adelante, RHA). En realidad, más bien parece haber puesto un parche para salir al paso de las críticas que el precepto había recibido (el propio Tribunal Supremo también ha puesto de relieve los “formalismos” del precepto; aspectos formales que, además, ha obviado, por ej. en la STS, 1^a, 5.12.2013, ROJ 5765; MP: José Antonio Seijas Quintana). Pero sin voluntad de eliminar el carácter “particular” del mecanismo de determinación de la doble maternidad “por naturaleza” y, además, sin resolver los problemas de aplicación que el precepto generaba, puesto que ha creado nuevas dudas interpretativas.

Esta voluntad reacia del legislador a acometer una reforma de conjunto del sistema de filiación del CC ha dado lugar a interpretaciones en todos los sentidos y a que su lugar haya sido ocupado por el aplicador del derecho, con un resultado de justicia del caso concreto, distorsión del sistema e inseguridad jurídica evidente⁵. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN) de 8 febrero 2017⁶ es un nuevo paso en la deriva de la regulación de esta materia, ahondando en la confusión, falta de equiparación de estas parejas a otros supuestos, y planteando adicionalmente el tema de la impugnación de la maternidad así determinada, cuestiones todas ellas en las que nos detendremos en este trabajo.

2. El artículo 7.3 LTRHA y su aplicación tras la reforma del año 2015

El artículo 7.3, como sabemos, se introdujo en el año 2007 en la LTRHA para dar cabida a las demandas de determinación de doble maternidad derivadas de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Este precepto no equiparó sin más el matrimonio entre mujeres con el matrimonio heterosexual a los efectos de filiación, sino que estableció un procedimiento específico para determinar la filiación respecto de dos mujeres en ciertos casos. Como ha señalado parte de la doctrina, el artículo 7.3 introdujo un nuevo título para la determinación de la filiación de manera extrajudicial⁷, dando cabida dentro de la filiación “por naturaleza” a un nuevo supuesto de determinación de la filiación con base en la voluntad de la persona de tener al hijo como propio⁸.

⁵ En este sentido también RODRÍGUEZ GUITIÁN (2015), p. 164, FARNÓS AMORÓS (2015), p. 30 o BARBER CÁRCAMO (2014), pp. 95 y ss., muy críticas con la jurisprudencia del TS en esta materia. Para ésta última autora (p. 117) todos estos pasos se están dando con base en un principio de preeminencia de la voluntad en la RHA que el legislador no ha formulado y que se extrae de reglas concretas.

⁶ Accesible en: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774410304/ListaPublicaciones.html>

⁷ Ligado a la voluntad, pero distinto del reconocimiento. En este sentido, BARBER CÁRCAMO (2014), p. 112.

⁸ En la doctrina se discute si se trata de un supuesto de filiación por naturaleza o si nos encontramos ante un *tertium genus*; incluso para algunos, dada la relevancia que se otorga a la voluntad, debería aproximarse más a la adopción (INIESTA DELGADO [2017], p. 954). Entre los autores que se inclinan por la idea de un tercer supuesto de filiación para la derivada de las TRHA, distinta de la filiación por naturaleza, puede verse BENAVENTE MOREDA (2011), pp. 91 y ss.; LAMM (2012), pp. 86 y ss.; FARNÓS AMORÓS (2015), p. 7 y ss.; (2011), pp. 108 y ss. y doctrina allí citada. RIVERO HERNÁNDEZ (1988), p. 144, apuntaba ya esta idea y hablaba de una “filiación civil” como distinta a la filiación por naturaleza; idea que considera más evidente a propósito de la regulación catalana de la filiación derivada de las TRHA (2011, p. 342 y ss., 397 y ss.). El CCCat. en su art. 235.3 sigue incluyéndola dentro de la

Los requisitos que se establecieron inicialmente para poder determinar la doble filiación materna fueron: nacimiento del hijo mediante técnicas de reproducción asistida; matrimonio entre las dos mujeres (la gestante que se ha sometido a las técnicas y la que pretende ser declarada como madre); un requisito temporal (consentimiento de la no gestante constante matrimonio y antes del nacimiento); y un requisito formal (declaración ante el encargado del RC del domicilio conyugal). Esta regulación planteaba no pocos problemas prácticos: por los propios requisitos exigidos (en particular, el temporal y el formal); por los supuestos que se quedan fuera de su ámbito de aplicación y respecto de los que se discute su necesidad de equiparación al que sí está regulado (parejas de hecho de mujeres que acceden a las TRHA; declaración hecha en forma distinta a la señalada en el art. 7.3 LTRHA, etc.); y por la propia tensión a la que se somete a las categorías tradicionales de la filiación, que se ve agravada en el caso de la utilización de técnicas como la ROPA (en el que la declarante es madre biológica al haber aportado los gametos)⁹.

Con la reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, se modifican los artículos 7.3 LTRHA y 44 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC) en relación con el supuesto que aquí nos ocupa. Respecto del art. 7.3 se reforman los requisitos temporal y formal (criticados por la STS, 1^a, 5.12.2013, ROJ 5765), y se sigue manteniendo el relativo al matrimonio de las dos mujeres¹⁰ (a pesar de la STS, 1^a, 15.1.2014, ROJ 608; MP: Francisco Javier Orduña Moreno; sentencia por otra parte fuertemente criticada por la doctrina y con un brillante voto particular¹¹) y, en principio, el del nacimiento del hijo mediante TRHA (al menos, para la aplicación de este precepto), aunque sobre éste último aspecto ha incidido la RDGRN 8 febrero de 2017 en relación con el art. 44 LRC, para desvincularlo del 7.3, como más adelante analizaremos.

En principio, con la reforma de 2015 se pretendería poner solución a los problemas generados por lo limitado del mecanismo inicial previsto en el art. 7.3 LTRHA. Como se ha señalado, si las interesadas acudían al RC a realizar la declaración con posterioridad al nacimiento se debía en

filiación por naturaleza (aunque como un nuevo título para la determinación de la filiación, en concreto, menciona junto a otros “el consentimiento a la reproducción asistida de la mujer”). Calificación que defiende asimismo BARBER CÁRCAMO (2014), p. 111, aunque haya profundas diferencias que desactiven muchas de las consecuencias de tal calificación, dada la inexistencia en nuestro derecho de un *tertium genus* entre la filiación adoptiva y por naturaleza.

⁹ La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (en adelante, CNRHA), en dictamen de 4-12-2008, informó favorablemente a la admisión de la donación de óvulos entre mujeres casadas, aunque señalando que debería reformarse la LTRHA, puesto que se trata de una excepción al anonimato del donante (véase GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO [2013], p. 309).

¹⁰ E inexistencia de separación legal o de hecho. Para VERDERA SERVER (2016), pp. 120 y ss., la referencia a la separación no deja de ser llamativa, por cuanto no hay cohabitación que pudiera dar lugar a una fecundación, a diferencia del matrimonio heterosexual y, sobre todo, cuando la voluntad relevante no es la de consentir el sometimiento a las técnicas de reproducción, sino consentir que se determine a su favor la filiación respecto del hijo de su cónyuge. También señala este autor que el paralelismo con el art. 116 CC puede resultar perturbador.

¹¹ Como señala VERDERA SERVER (2016), pp. 198 y ss., dada la controversia generada por esta sentencia, puede ser que el legislador haya preferido omitir esta cuestión. La duda, comenta este autor, es si el TS va a mantener esta doctrina en el futuro o incluso amplíe los casos de doble maternidad más allá de lo previsto en la Ley.

muchas ocasiones a que no recibían una información adecuada ni por parte de los centros, ni de las entidades públicas¹². Ahora bien, el consentimiento a la asunción de la maternidad posterior al nacimiento plantea también cuestiones, entre otras, de seguridad jurídica o de asimilación a la figura del reconocimiento (tal y como analizaremos a continuación), por lo que los problemas distan mucho de haberse solucionado¹³.

2.1. Cómo y cuándo debe prestarse el consentimiento para la asunción de la segunda maternidad

En relación con los requisitos claramente reformados, el temporal y formal, la nueva redacción del art. 7.3 se limita ahora a remitir a la LRC en cuanto a la forma de prestar el consentimiento por parte de la mujer no gestante, y ello para que se determine la filiación matrimonial respecto del hijo “nacido” de su cónyuge, por lo que se deduce que el consentimiento ahora es posterior al nacimiento (aunque no queda claro si esto excluye otras formas de prestarlo). Este precepto plantea como vemos nuevas cuestiones y nos obliga a acudir a la normativa reguladora del RC.

En concreto, el art. 44.5 LRC regula de forma casi idéntica este supuesto, disponiendo que se determinará la filiación matrimonial¹⁴ cuando la cónyuge de la gestante (no separada legalmente o de hecho) manifestara su consentimiento para que se determine la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge. Nada dice el precepto sobre la forma en que debe prestarse el consentimiento.

Pues bien, de la ubicación sistemática del mismo (en el capítulo dedicado a la inscripción del nacimiento y en el artículo referido a dicha inscripción y la de la filiación) podríamos entender aplicables los mecanismos previstos en la propia normativa registral para la inscripción del nacimiento. Así, el art. 44.3 LRC establece que la inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes (en principio los progenitores, que deben realizar su declaración mediante la cumplimentación de dicho formulario oficial), acompañada del parte facultativo (que debe comprobar la identidad de la madre del recién nacido, a efectos de su inclusión en el parte, ya asista dentro o fuera del establecimiento sanitario). El centro sanitario deberá remitirlo en un plazo de 72 h. máximo a la oficina del RC por vía electrónica (art. 46 LRC). Si no se hubiera realizado la inscripción por el mecanismo anterior, los progenitores disponen de 10 días para realizarla (arts. 45 y 47.1 y 2 LRC), plazo que podría ampliarse a 30 días con justa causa (art. 166 RRC 1958). Pasados los plazos señalados, la inscripción de la declaración precisará de resolución dictada en expediente registral (art. 47.3 LRC; arts. 311 y ss. RRC 1958 que regulan el expediente de inscripción de nacimiento

¹² INIESTA DELGADO (2017), p. 959. Puede consultarse también en este autor la evolución de la doctrina de la DGRN en relación con la exigencia de consentimiento previo al nacimiento.

¹³ Algunos autores ya habían señalado con anterioridad a la reforma que el consentimiento de la cónyuge debía ser previo al nacimiento, también por coherencia con el propio sistema (BARBER CÁRCAMO [2014], pp. 108 y ss.; QUICIOS MOLINA [2014a], p. 53). FARNÓS AMORÓS (2015), p. 16, 51, considera que la mejor vía para la determinación de la doble maternidad es el consentimiento previo a la fecundación, en el marco de un proyecto parental, criticando la reforma de 2015.

¹⁴ Dato éste el de la filiación matrimonial que sí añade expresamente el art. 44.5 LRC respecto del art. 7.3 LTRHA.

fuera de plazo). Entendemos que dentro de estos plazos y por los mecanismos señalados debería la cónyuge de la gestante consentir la asunción de la maternidad respecto del hijo nacido de ésta para que quede determinada la filiación respecto de ella¹⁵.

De hecho, si revisamos la Instrucción de la DGRN de 9 de octubre de 2015, sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios (en su preámbulo, apdo. III) excluye de la remisión desde centros sanitarios (sin que tampoco quepa personación en el RC) cuando se pretenda inscribir como progenitores a dos mujeres que no estén legalmente casadas (conforme a los arts. 44.5 LRC y 7 LTRHA, que no contemplan la filiación respecto del segundo progenitor en estos casos¹⁶); por lo que se podría entender *a contrario* que sí es posible cuando se trate de mujeres casadas. En este sentido, el anexo III de la Instrucción, que contiene el modelo de formulario electrónico oficial para la declaración de nacimiento, hace referencia a los datos del padre o “progenitor no gestante”; y en el bloque dedicado a los datos para el INE, aclara que cuando existan dos madres, habrá de indicarse cuál de los progenitores es la madre gestante.

Pues bien, si interpretamos los arts. 44.5 LRC y 7.3 LTRHA en el sentido indicado anteriormente (esto es, que conforme a la remisión que realiza éste último y a la ubicación sistemática del art. 44.5 LRC deben acudir a los mecanismos de inscripción del nacimiento), la determinación de la comaternidad quedaría, en principio, limitada al momento de la inscripción de nacimiento. De manera que si se inscribe el nacimiento con la filiación solo respecto de la gestante, precluiría la posibilidad de determinarse la filiación de la cónyuge por esta vía. Otros mecanismos de determinación extrajudicial de la filiación matrimonial no parecen aplicables a este caso (pues claramente están pensando en la madre gestante y el marido y están basados en criterios de verdad biológica¹⁷, arts. 116 y ss. CC) y lo mismo puede decirse respecto de las acciones de filiación (aunque ciertamente podrían ser aplicables en los términos admitidos por el TS en su STS, 1^a, 5.12.2013, ROJ 5765). Adicionalmente, quedaría abierta la vía de la adopción.

No obstante, también podría entenderse que el art. 44.5 LRC, al no limitar el tiempo en el que la cónyuge de la gestante puede prestar el consentimiento, ha querido dejar abierto el plazo siempre que se cumplan los requisitos del 7.3 LTRHA o 44.5 LRC, esto es, que continúen casadas (y no separadas legalmente ni de hecho)¹⁸. En apoyo de esta idea podría aducirse también una interpretación sistemática del propio artículo 44 LRC (dedicado a la inscripción del nacimiento y filiación), que hasta el n^o 3 se referiría a la primera de las cuestiones y a partir del n^o 4 se dedicaría a la determinación de la filiación (previendo el n^o 5 la posibilidad de la “comaternidad matrimonial”) y, en consecuencia, no prejuzgaría acerca de cuándo (o cómo) deba hacerse la

¹⁵ Duda de que se pueda prestar el consentimiento sin límite en el expediente registral para la inscripción fuera de plazo, MUÑOZ DE DIOS SAEZ (2017), p. 8.

¹⁶ Considera que sólo podrá realizarse la comunicación de la filiación respecto del progenitor gestante.

¹⁷ FARNÓS AMORÓS (2015), p. 28, considera dudoso que sean operativos los criterios de determinación de la filiación materna del CC en situaciones en las que la principal conexión con el nacido es la libre voluntad de la cónyuge de la gestante. Véase también INIESTA DELGADO (2017), pp. 959 y ss.; BARBER CÁRCAMO (2014), pp. 114 y ss.

¹⁸ MUÑOZ DE DIOS SAEZ (2017), p. 3.

asunción de la comaternidad¹⁹. Ahora bien, esta solución no deja de ser sorprendente. Ningún supuesto de determinación de la filiación “por voluntad” se deja abierto *sine die*, y una tal prerrogativa de la cónyuge de la gestante parece excesiva y contraria *a priori* al interés del menor, al quedar su filiación sin determinar *ab initio*, a expensas de la voluntad de la declarante (sin intervención de la madre o del hijo)²⁰. Por otra parte, sigue existiendo el problema de cómo hacer esta declaración, puesto que el art. 7.3 LTRHA remite a la legislación del RC, y el art. 44.5 LRC no dice nada. Si no se utilizan los mecanismos de inscripción del nacimiento, cabría preguntarse si bastaría una simple declaración ante el encargado del RC si ya no está prevista como tal esta vía de inscripción de la doble maternidad. En cualquier caso, y a la vista de las interpretaciones que están haciendo los aplicadores del Derecho no sería extraño que se admitiera dicha posibilidad²¹. De hecho uno de los argumentos utilizados por la recurrente en el caso resuelto en la RDGRN 8-2-2017, resolución que será analizada con detalle más adelante, es el que una interpretación restrictiva del art. 44.5 LRC iría en contra del interés del menor; argumento que parece haber calado en la Resolución al acudir a una interpretación literal del precepto. Esto conllevaría que la mera voluntad de ser madre sería título suficiente para la determinación de la filiación, ya sin cauce formal concreto de expresión, lo que supondría un salto importante respecto de la anterior regulación, con consecuencias relevantes. No parece, sin embargo, que haya querido ser ésta la voluntad del legislador, aunque la interpretación literal del precepto ciertamente podría permitirlo.

¹⁹ Para VERDERA SERVER (2016), p. 197, dado el contenido prácticamente idéntico de los arts. 44.5 LRC y 7.3 LTRHA, la remisión que éste último hace carece de trascendencia. Para este autor, la actual redacción del art. 7.3 LTRHA, a diferencia de la versión anterior, no establece límite temporal alguno, por lo que la declaración se podrá hacer una vez nacido el hijo. Por su parte, considera TAMAYO HAYA (2015), p. 82, que con la reforma de 2015 ya no se establece límite temporal a la emisión del consentimiento, ni éste ha de prestarse ante el encargado del RC, existiendo otras posibles formas de probar su existencia (el expresado en el centro médico donde nace el niño, que es el que parece desprenderse de la reforma; en documento público ante notario; o el más habitual, que será ante el centro de reproducción asistida).

²⁰ En este sentido, también INIESTA DELGADO (2017), p. 960. Por otra parte, como señala DIAZ MARTÍNEZ (2014), p. 3 (para la regulación previa a 2015) el art. 7.3 LTRHA significa admitir para las parejas de mujeres lo que ya desde 1988 se aceptó para los matrimonios heterosexuales, que la filiación por TRHA tiene un importantísimo componente volitivo de asunción de una relación de filiación que carece de sustrato biológico, pero a la que deben aplicarse los mismos criterios de estabilidad e irrevocabilidad en interés del menor. También apela (2007, p. 87) a la seguridad en las relaciones, especialmente cuando no está en juego la verdad biológica, para vedar una posterior asunción de la maternidad legal o formal, cuando la filiación materna quedó ya solo determinada en el RC respecto de la madre biológica.

²¹ Para la regulación anterior a 2015, la DGRN, a pesar de las discrepancias iniciales, había acabado exigiendo que la declaración de la cónyuge fuera previa al nacimiento (salvo en los casos de nacimiento anterior a la entrada en vigor del art. 7.3 LTRHA). Aunque la RDGRN de 22 mayo de 2008 sí lo admitió a través de un expediente de reconocimiento de filiación materna no matrimonial tramitado con posterioridad al nacimiento. Véase TAMAYO HAYA (2015), p. 83.

2.2. La configuración del consentimiento de la mujer consorte y su consideración como título de determinación de la filiación

Con anterioridad a la reforma de 2015, la doctrina venía considerando, como regla general, que la declaración o consentimiento que presta la cónyuge de la gestante en los términos establecidos en el art. 7.3 LTRHA era un nuevo título extrajudicial de determinación de la filiación (para la maternidad matrimonial, permitiendo la inscripción de una doble maternidad, la derivada del parto y la basada en la voluntad de la cónyuge de la gestante)²². Título que se caracterizaba por ser legal, extrajudicial, formal²³ y voluntario²⁴. Precisamente esta última característica ha sido una de las más criticadas por la doctrina, puesto que al margen de no tener sustento en base biológica (hecho que se produce también en otros supuestos de TRHA y salvo en los casos en que se utilice la técnica ROPA; dato este último ignorado por el legislador²⁵), su única fuente es la voluntad de quien lo presta (sin intervención de la madre biológica, hecho este que no se da en otros títulos de determinación extrajudicial, como el reconocimiento, el expediente tramitado ante el RC o en la propia adopción, aunque este último es judicial) y, además, es incoercible (más allá de las discusiones acerca del posible ejercicio de una acción de reclamación de la filiación en ciertos supuestos, a los que se hará referencia más adelante)²⁶. En cualquier caso, en lo que sí parece haber acuerdo es en el carácter irrevocable de esta declaración (a pesar de que la norma no lo diga y no se haga referencia a ello en el LTRHA) y, por lo tanto, no se puede impugnar la filiación

²² Véase BARBER CÁRCAMO (2013a), p. 136; (2014), pp. 102, 111 y ss.; INIESTA DELGADO (2017), p. 897; DIAZ MARTÍNEZ (2014), p. 2 y ss.; QUICIOS MOLINA (2014a), pp. 47 y ss. y (2014b), pp. 7 y ss. FARNÓS AMORÓS (2011), p. 109; NANCLARES VALLE (2008), pp. 8 y ss. Para VERDERA SERVER (2007), p. 288, la finalidad del art. 7.3 no es tanto crear un nuevo título de determinación de la filiación, sino más bien afirmar la posibilidad de una doble maternidad, lo que permitiría acudir a otras fórmulas para determinar extrajudicialmente la maternidad de la cónyuge de la gestante.

²³ Requisito que ha sido aplaudido por la doctrina, aunque se criticó los estrechos límites marcados por el art. 7.3 LTRHA en su redacción anterior a 2015. Para FARNÓS AMORÓS (2015), p. 13, admitido un sistema de determinación de la filiación basado en el consentimiento, la limitación de la forma a la declaración registral no encontraba justificación.

²⁴ BARBER CÁRCAMO (2014), p. 112.

²⁵ Como señala FARNÓS AMORÓS (2015), p. 9 y ss., 28, 53 y ss., las TRHA permiten disociar la maternidad en tres elementos (genético, gestacional y volitivo), siendo irrelevante desde el punto de vista legislativo a los efectos de determinar la filiación la mujer que tan solo aporta el óvulo (arts. 5.5, 8.3 y 10.2 LTRHA); si bien, este extremo, como apunta la autora, es problemático cuando la mujer no puede ser considerada como una mera donante. En estos supuestos, apunta la autora la idea de un consentimiento tácito, cuando se aportó de forma voluntaria y no anónima el material genético propio en el marco de un proyecto parental común; dato que debería ser un criterio concluyente para los tribunales, por ejemplo, para impedir la impugnación de la filiación cuando se acudió a la técnica ROPA.

²⁶ Una crítica a esta falta de control de la madre progenitora puede verse en INIESTA DELGADO (2017), pp. 966 y ss., aunque como señala este autor, en la práctica registral se había ido corrigiendo esta disfunción. Para MUÑOZ DE DIOS SAEZ (2017), p. 8, el espíritu del art. 44.5 LRC debería ser el de la necesidad del consentimiento de ambas mujeres para que quede determinada la comaternidad legal. Para VERDERA SERVER (2007), p. 288, la única razón que permite explicar esta diferencia es que existe un matrimonio no separado legalmente o de hecho, aunque esta circunstancia no haya querido utilizarla el legislador para configurar una presunción de maternidad.

así determinada²⁷. Sobre esta cuestión volveremos a propósito de la RDGRN 8-2-2017 y la posible impugnación de la filiación determinada.

Con la reforma operada en el art. 7.3 LTRHA en el año 2015 *a priori* (y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante a propósito de la RDGRN 8-2-2017) no parece que exista una intención del legislador de modificar (más allá de los aspectos formales) el mecanismo de determinación de la doble filiación materna. Esto es, sigue tratándose de un mecanismo específico extrajudicial para determinar la comaternidad en el caso de matrimonio de mujeres, distinto de otros títulos de determinación extrajudicial de la filiación. Y es que, aunque a primera vista la nueva redacción dada al art. 7.3 LTRHA pudiera dar la impresión de una cierta asimilación a los matrimonios heterosexuales, en la medida en que en ambos casos lo habitual será utilizar el cauce de la inscripción de nacimiento para la declaración de quiénes son los progenitores, lo cierto es que lo que permite determinar la filiación sigue respondiendo a mecanismos distintos, según intervenga o no la verdad biológica. En el caso de matrimonio heterosexual, las presunciones de paternidad (art. 116 CC²⁸; junto con, en su caso, el consentimiento previo a la utilización de las TRHA, art. 6.3 LTRHA), y para los matrimonios de mujeres la declaración en la inscripción de nacimiento de la no gestante para asumir la maternidad (arts. 7.3 LTRHA y 44.5 LRC). Así lo reconoce también en cierta medida la RDGRN 8-2-2017.

Sí que es cierto que la nueva configuración del consentimiento tras la modificación de 2015 conlleva una serie de consecuencias prácticas (desde el punto de vista formal, en cuanto a cuál es el cauce para prestar el consentimiento –cuestión a la que nos acabamos de referir– y la eficacia de las declaraciones realizadas antes del nacimiento –aspecto que será tratado en el siguiente apartado–; o en cuanto a la voluntariedad y la participación de la gestante en la determinación de la filiación, tema en el que nos detendremos a continuación). Además, como se ha dicho, el hecho de que la declaración para asumir la filiación del hijo nacido de la cónyuge se preste ahora tras el nacimiento acerca este supuesto a la figura del reconocimiento²⁹. No obstante, las diferencias entre ambos subsisten. Más allá de que el reconocimiento es un mecanismo para determinar la filiación no matrimonial y que el CC lo somete a una serie de controles que no están presentes en el art. 7.3 LTRHA (aunque precisamente la doctrina discute extender dichos controles a este supuesto), aquél presupone una verdad biológica (asunción de una maternidad o paternidad que lo es por naturaleza) que no entra en juego en el caso del consentimiento de la consorte de la

²⁷ Véase por todos BARBER CÁRCAMO (2014), p. 114. Para QUICIOS MOLINA (2014a), p. 49 y (2014b), p. 9, se aplicaría analógicamente lo dispuesto en el art. 741 CC para el reconocimiento en testamento.

²⁸ Desaconseja un recurso al sistema de presunciones en estos casos FARNÓS AMORÓS (2015), p. 12; (2011), pp. 131 y ss. Sobre la conveniencia de revisar el sentido actual de la presunción de paternidad, DIAZ MARTÍNEZ (2007), pp. 81, 100 y ss.

²⁹ En esta línea, BENAVENTE MOREDA (2017), p. 13; TAMAYO HAYA (2015), p. 82; DIAZ MARTÍNEZ (2007), pp. 86 y ss. FARNÓS AMORÓS (2015), pp. 16, 52; (2011), pp. 107, 109, añade también la semejanza con el supuesto previsto en el art. 118 CC. No obstante, para esta última autora el mecanismo más coherente con la noción de proyecto parental inherente a la filiación derivada de las TRHA sería el del consentimiento previo a la fecundación, por lo que critica la posibilidad que se ha introducido en 2015 de consentir la filiación respecto de un ya nacido. Para VERDERA SERVER (2016), p. 122, ésta es precisamente una de las cuestiones más problemáticas.

gestante³⁰. Otra cosa es plantearse la admisión del reconocimiento como título para determinar extrajudicialmente la maternidad de la mujer no progenitora³¹. Si bien la doctrina del TS en materia de reconocimientos de complacencia hace difícil esta aplicación³² y su admisión debería pasar necesariamente por un replanteamiento de la concepción de esta figura para desvincularla de la verdad biológica y aproximarla a la asunción de una paternidad o maternidad social o por voluntad.

Por otra parte, en cuanto al carácter voluntario del consentimiento prestado por la madre de intención, plantea como hemos señalado, ciertas dudas la nueva redacción del art. 7.3 LTRHA (y 44.5 LRC). En principio, la norma sigue refiriéndose únicamente al consentimiento de la cónyuge de la gestante, sin intervención de ésta última. Ahora bien, el hecho de que el consentimiento para que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido de la cónyuge se canalice principalmente a través de la inscripción de nacimiento (y no mediante una declaración previa ante el encargado del RC, como establecía la norma en su redacción original de 2007) conlleva ahora una mayor participación de aquélla. De hecho, se puede plantear el problema, no resuelto por la norma, de qué ocurre en el caso de que exista conflicto entre la madre gestante y la de intención si, queriendo ésta última asumir la maternidad, se opone la primera. ¿Qué eficacia tiene esa oposición? ¿Podrá la cónyuge de la gestante inscribir al hijo nacido de ésta con doble filiación materna por su sola voluntad? La norma parece permitirlo, pero el mecanismo no está claro y, además, no será sencillo que se produzca el caso (al tratarse ahora de una declaración post parto y por los requisitos que establece la norma, entre ellos, que no exista separación entre las cónyuges).

En efecto, si las cónyuges no se ponen de acuerdo tras el parto o la madre gestante se niega a firmar el documento oficial de inscripción, planteará problemas la realización de la declaración desde el centro sanitario (cfr. arts. 44.3, 46 LRC). Los progenitores deben firmar el formulario oficial, que debe contener sus declaraciones acerca del nombre elegido, orden de los apellidos y filiación “paterna” (art. 46.2 LRC)³³. La cónyuge no gestante podría considerarse progenitora desde el momento en que conste su voluntad de asumir la filiación del menor nacido (art. 44.5 LRC, concurriendo los requisitos previstos en este precepto, básicamente matrimonio e inexistencia de separación) y, por tanto, habilitada y obligada a promover la inscripción (art. 45

³⁰ BARBER CÁRCAMO (2014), pp. 112, 116. FARNÓS AMORÓS (2015), p. 12. Aquí entra en juego la configuración del reconocimiento como una declaración de ciencia (mayoritaria en la doctrina) y no como una declaración de voluntad (DÍAZ MARTÍNEZ [2007], p. 103 y ss.).

³¹ Véase VERDERA SERVER (2007), p. 289; DÍAZ MARTÍNEZ (2007), pp. 86, 105; JIMÉNEZ MUÑOZ (2014), p. 59. En la tramitación parlamentaria de la Ley 13/2005 se excluyó finalmente la reforma del art. 48 LRC para extender la posibilidad de reconocimiento de un hijo a una mujer, estando ya la filiación determinada respecto de otra.

³² En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ (2014), p. 6. Véase asimismo lo señalado en la nota 74.

³³ La Instrucción DGRN de 9 octubre de 2015, en su art. 4, también establece que la declaración debe ir firmada por los progenitores y que la firma del padre implica el reconocimiento de paternidad previsto en el art. 120.1º CC. No recoge, en cambio, previsión similar para otros supuestos, como el de la doble maternidad establecido en el art. 44. 5 CC y 7.3 LTRHA. Sobre el planteamiento desacertado (por reductivo) del art. 120.1º CC (aunque para los supuestos de filiación matrimonial en caso de matrimonio heterosexual), véase VERDERA SERVER (2016), pp. 77 y ss.

LRC). Ahora bien, no parece que el centro sanitario (al que, además, no se le puede exigir el conocimiento de las normas relativas a la filiación³⁴), pueda remitir la declaración de nacimiento del menor en caso de desacuerdo en cuanto a los hechos señalados (nombre, apellidos, filiación “paterna”³⁵). Menor dificultad puede plantear la inscripción del nacimiento directamente ante la Oficina del RC en el plazo de 10 días desde el nacimiento (art. 47.1 LRC). Aunque ésta requiere igualmente la cumplimentación del documento oficial y el parte del facultativo (art. 47.2 LRC, lo que puede plantear desde luego dificultades para obtenerlo en caso de disconformidad de las cónyuges), comprobada la existencia de vínculo matrimonial (y de que no existe separación judicial o de hecho) y la voluntad de la cónyuge en asumir la filiación, no parece que a la vista de la regulación del art. 44.5 LRC pueda el encargado del RC negarse a la inscripción de la doble filiación materna³⁶. La falta de acuerdo en cuanto a nombre y orden de los apellidos podrán solventarse conforme a lo establecido en los arts. 49 y 50 LRC. Ahora bien, lo normal es que cuando se dé una situación de conflicto como la descrita, posiblemente exista ya al menos una separación de hecho, lo que excluye la aplicación del art. 44.5 LRC (cosa distinta es la prueba de esta situación de hecho)³⁷.

La situación que se acaba de describir pone de relieve, además, otra cuestión. Así, aunque pueda considerarse que la nueva redacción del art. 7.3 LTRHA (en coordinación con el art. 44 LRC) ha simplificado el mecanismo de determinación de la doble maternidad respecto de su anterior versión, plantea ahora el problema de qué ocurre en los casos en que el proyecto de maternidad ha sido asumido por ambas cónyuges desde el principio (incluso otorgando ambas el consentimiento al tratamiento de reproducción asistida), pero al producirse el nacimiento la relación se ha roto³⁸. La nueva norma considera ahora como momento válido para asumir la

³⁴ Sobre los inconvenientes del sistema instaurado por la Ley 19/2015, en aras a facilitar la inscripción desde los centros sanitarios, y las dificultades de estos para evaluar y ponderar adecuadamente el cumplimiento de requisitos legales (puesto que se le asignan a dicha declaración efectos en cuanto a la determinación de la filiación), véase VERDERA SERVER (2016), pp. 53 y ss., 75.

³⁵ Véase por ej. el art. 4.2.c) de la Instrucción de la DGRN 9-10-2015, que establece la necesidad de conformidad de los progenitores en el caso de alteración del orden de los apellidos. Aunque podría ocurrir que el centro sanitario lo remitiera únicamente con la filiación materna (de la gestante), sin que se establezca filiación para un segundo progenitor (en cuyo caso, además, la solicitud de inscripción puede realizarse por un declarante diferente del progenitor, art. 4.5 Instrucción). En este último caso, coincidimos con lo señalado por INIESTA DELGADO en la siguiente nota.

³⁶ Como señala INIESTA DELGADO (2017), p. 967, sigue sin existir base legal para exigir que la doble maternidad solo sea eficaz cuando se cuente con el consentimiento (o, al menos, la no oposición) de la madre biológica; por lo que una negativa a inscribir solicitada en tiempo y forma por la cónyuge de la madre gestante sería infundada y daría pie a la oportuna reclamación ante la DGRN.

³⁷ El art. 7.3 LTRHA, a diferencia del art. 6.3 LTRHA para el matrimonio heterosexual, no exige que la separación conste de forma fehaciente. Para DIAZ MARTÍNEZ (2007), p. 91, ello se debe al carácter obligatorio del consentimiento en el caso del art. 6.3 LTRHA, frente al potestativo del art. 7.3. Para VERDERA SERVER (2016), p. 121, si el matrimonio se ha separado cuando se produce la inseminación o la transferencia, no parece lógico utilizar la posibilidad que ofrecen los arts. 44.5 LRC y 7.3 LTRHA, por mucho que la voluntad decisiva sea la de aceptar que se determinen a su favor los efectos de la filiación.

³⁸ Sobre la incidencia de la separación en la asunción formal de la maternidad y el distinto trato con los matrimonios heterosexuales (en los que el hijo se puede inscribir como matrimonial a pesar de la separación de

maternidad el posterior al parto, en detrimento de la voluntad expresada en momentos previos (a pesar de que la jurisprudencia ha admitido en ocasiones que esta voluntad no expresada por los cauces formales legales sea suficiente para determinar la filiación). Sobre esta cuestión nos vamos a detener a continuación.

2.3. Eficacia del consentimiento prestado por otras vías. Las acciones de reclamación de la filiación

Tal y como acabamos de señalar, de la nueva redacción dada a los arts. 7.3 LTRHA y 44.5 LRC se deduce que para que quede determinada la doble maternidad es precisa la declaración de la cónyuge de la gestante posterior al nacimiento, normalmente en la inscripción del mismo³⁹. En este sentido, parece que el consentimiento al sometimiento a las técnicas que la cónyuge de la gestante pueda haber firmado en el marco de un proceso de reproducción asistida de ésta (hay que recordar que la LTRHA solo exige recabarlo en el caso de matrimonio heterosexual, art. 6.3) o eventualmente la declaración hecha ante notario (los arts. 235.8.1 y 235.13.1 del libro II del CCCat. así lo prevén) no permitirían inscribir directamente la filiación a favor de la declarante, si aquélla no se reitera en la inscripción de nacimiento⁴⁰. Qué valor cabe entonces otorgar a estas declaraciones de voluntad, si es que debe dársele alguno⁴¹.

Esta cuestión ya se planteaba con la regulación previa a 2015 que, como hemos señalado, establecía un procedimiento específico para hacer la declaración de asunción de maternidad (aunque previo al nacimiento). Se discutía entonces el papel que jugaba el consentimiento prestado a la fecundación asistida de la pareja en el éxito de una futura acción de reclamación de la filiación o como escrito indubitado para su determinación, conforme a lo previsto en el art. 44 LRC (art. 49 LRC 1957).

Por lo que hace a la primera de las cuestiones, esto es el ejercicio de una acción de reclamación de la filiación matrimonial con base en dicho consentimiento, gran parte de la doctrina ha venido

los cónyuges, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 6.3 y 8.1 LTRHA o el art. 118 CC), véase DIAZ MARTÍNEZ (2007), pp. 91 y ss.

³⁹ Aunque ya señalamos en el apartado 2.1 que para algunos autores la norma no establece ahora límite temporal alguno (véase nota 18).

⁴⁰ Para MUÑOZ DE DIOS SAEZ (2017), p. 3, el TS ya ha admitido la suficiencia del consentimiento prestado ante la clínica y, respecto del consentimiento ante notario, entiende que no podría éste negarse a autorizarla, advirtiendo fuera de Cataluña de que, en todo caso, debe de reiterarse dicho consentimiento conforme a lo dispuesto en la LRC.

⁴¹ Matiza BARBER CÁRCAMO (2014), p. 112, que la voluntad elevada por el legislador a título de determinación de la filiación no es la de consentir el sometimiento de la madre a las TRHA, sino la de que el hijo sea tenido por propio; y que ello es coherente con la regulación de la LTRHA, en la que en ningún caso (ni para la mujer usuaria, su marido, ni para el varón no casado con ella) el consentimiento a las técnicas es título para determinar la filiación. Considera, en cambio, FARNÓS AMORÓS (2015), p. 13, que es el consentimiento lo que crea la filiación en este contexto, por lo que no se justifica la limitación de la forma a una declaración registral, pudiéndose probar dicho consentimiento por otras vías (como el documento público o el formalizado ante el centro de reproducción asistida).

mostrándose con carácter general contraria a dicha posibilidad. Así, se ha alegado que el legislador ha establecido un título específico (y extraordinario) de determinación de la filiación para estos casos, basado en la voluntad expresada a través de un determinado cauce formal (el del art. 7.3 LTRHA), por lo que no cabe aplicarlo a otros supuestos obviando la voluntad de legislador⁴². Y, en general, que la finalidad de estas acciones es la búsqueda de la verdad biológica, por lo que solo desnaturalizando su sentido puede aplicarse a supuestos de filiación vinculada a la voluntad procreacional⁴³. Ahora bien, esta postura no es unánime y hay autores que la admiten, legitimando también a la madre gestante en el caso de que la pareja, que asumió el proyecto de maternidad común, no preste luego el consentimiento para la determinación de la filiación del nacido⁴⁴. A favor de su admisión se ha pronunciado también el propio TS, que como sabemos ha admitido el ejercicio de una acción de reclamación de la filiación matrimonial en el caso de matrimonio de mujeres (STS, 1^a, 5.12.2013, ROJ 5765). Si bien lo hace con base en el art. 131 CC y en la existencia, por tanto, de posesión de estado, le reconoce un papel fundamental al consentimiento prestado por la cónyuge (en este caso, al tratamiento de reproducción asistida seguido por la pareja gestante), constituyendo así un elemento fundamental la voluntad de ser madre (hasta el punto de que la posesión de estado lo que hace es integrar y reforzar dicho consentimiento, F.J. 3)⁴⁵.

⁴² BARBER CÁRCAMO (2014), pp. 118 y ss. Para esta autora las acciones de filiación *stricto sensu* (arts. 131 a 134 CC) no son aplicables a supuestos en los que falta la verdad biológica, sin perjuicio de la admisión de una acción de reclamación en sentido amplio, dirigida a constatar la existencia y validez del título de determinación de la filiación (el previsto en el art. 7.3 LTRHA). Tampoco admite la aplicación analógica del art. 8.2 LTRHA en su último inciso (que deja a salvo el ejercicio de la acción judicial de reclamación de la paternidad en relación con el consentimiento a la fecundación heteróloga prestado por la pareja), puesto que para la autora no se da la identidad de razón requerida para dicha aplicación analógica. Vid., asimismo, INIESTA DELGADO (2017), p. 962 y ss., muy crítico con la jurisprudencia del TS en la materia y para quien la acción no puede basarse en un consentimiento al que la ley no otorga ninguna relevancia; QUICIOS MOLINA (2014a), pp. 61 y ss.; DIAZ MARTÍNEZ (2007), p. 85. FARNÓS AMORÓS (2015), p. 53 y ss., señala que es competencia exclusiva del legislador (y no de los tribunales), delimitar los criterios para la determinación de la filiación extrajudicial en estos supuestos y, en su caso, abrir las puertas a las acciones judiciales; por lo que, mientras el legislador no de este paso en relación con el art. 7.3 LTRHA, las acciones de reclamación e impugnación de la filiación deben considerarse ajenas al mismo. Mucho más complejo es el caso en el que se hubiera utilizado el procedimiento ROPA, en el que las posturas doctrinales ya no son tan unánimes, aunque la primera de las autoras señaladas sigue pronunciándose en contra, a falta de una expresa previsión legislativa; no así la última de las autoras mencionadas (véase nota 24).

⁴³ BENAVENTE MOREDA (2017), pp. 20 y ss., para quien la acción de reclamación buscaría entonces la existencia de una voluntad procreacional vinculada a la posesión de estado, no a la verdad biológica. Aún así considera un error del TS aplicar estas normas fuera de los supuestos de verdad biológica. Para esta autora, la aplicación del art. 131 CC a estos casos requiere de una nueva regulación que responda a esta nueva situación, como la que se ha llevado a cabo en el CC argentino.

⁴⁴ En este sentido, DIAZ MARTÍNEZ (2014), p. 8; VERDERA SERVER (2007), p. 290. QUICIOS MOLINA (2014a), p. 51, es muy crítica con la doctrina del TS, si bien parece admitirlo en el caso de que la voluntad se expresara en documento público notarial, por los estrechos límites formales que el legislador imponía en el art. 7.3 (en la redacción anterior a 2015).

⁴⁵ Para QUICIOS MOLINA (2014a), p. 67 y (2014b), p. 7, la doctrina sentada en esta sentencia del TS es muy excepcional y no debe extenderse a casos distintos (se plantea la autora si se admitiría su aplicación, por ejemplo, en el caso de que la acción fuera ejercitada por persona distinta de los progenitores –tercero con interés legítimo– o si se podría ejercitar una acción impugnatoria de la maternidad así determinada); y considera pernicioso para la

Más dudas plantea todavía a la doctrina la admisión de una acción de reclamación de la filiación cuando no exista posesión de estado con base en el art. 132 CC. En estos casos, ni hay verdad biológica, ni posesión de estado y la voluntad procreacional se ha expresado por mecanismos distintos de los previstos legalmente (ya que si no existe ni siquiera esta voluntad, parece difícil admitir su procedencia)⁴⁶. En general, la doctrina critica tanto la aplicación del art. 131 CC como, con más razón, la acción del 132 CC en la que no existe posesión de estado, y ello por mucho que el TS le haya dado relevancia a la voluntad de ser madre⁴⁷. Si bien, como señala algún autor, no habría problema en su admisión si estas acciones estuvieran destinadas a determinar la filiación derivada del consentimiento prestado por quien no es progenitor biológico⁴⁸, lo que nos lleva nuevamente a la necesaria reforma para dar cabida en el sistema a los supuestos de determinación de la filiación con base en la voluntad procreacional⁴⁹.

Esta discusión podríamos igualmente aplicarla a la situación actual, aunque con matices propios, por las modificaciones introducidas en el art. 7.3 LTRHA tras la reforma de 2015. En la actualidad se ha facilitado el mecanismo para la determinación de la comaternidad, que ahora puede

seguridad jurídica que se pudiera extraer la conclusión de esta sentencia de que basta la voluntad de ser madre (o padre) para serlo, cuando esa voluntad tiene sus cauces de expresión por imperativo legal. Realiza también esta autora un comentario crítico a la sentencia en (2014b), pp. 4 y ss., destacando entre otros la incoherencia de basar la reclamación en la posesión de estado (que debe ser un indicio de la filiación natural, no la causa de pedir). En igual sentido, RODRÍGUEZ GUTIÁN (2015), p. 148. Para DIAZ MARTÍNEZ (2014), p. 7 y ss., se está aceptando el valor de la voluntad procreacional como fundamento de la determinación judicial de la maternidad legal (siendo éste uno de los extremos más destacables de la sentencia). De hecho, tras la sentencia del TS señalada, considera la autora que debería ser suficiente para estimar una acción de reclamación de la filiación, por un lado, la constancia de que la gestación fue un proyecto en común (voluntad procreacional), siendo un medio de prueba, aunque no el único, el consentimiento prestado en el centro por la mujer que no se va a someter a las técnicas de reproducción asistida; y, por otro, la posesión de estado (puesto que no estando en juego la verdad biológica, no convendría al menor su estimación si falta este presupuesto, puesto que carecerá de vínculos afectivos con la no gestante). Véase asimismo TAMAYO HAYA (2015), pp. 87 y ss., 100 y ss. para quien el TS ha realizado una interpretación valiente, que consigue suplir las carencias de la legislación sobre TRHA, y que enlazan con la búsqueda de una concordancia entre la realidad social y jurídica. Para esta autora, en tanto no se produzca una modificación legislativa, junto a la vía del art. 7.3 LTRHA y para salvar los obstáculos que éste plantea, podrá acudir a la acción de reclamación de la maternidad sobre la base del consentimiento emitido a la fecundación asistida de la pareja, si bien, manteniendo posesión de estado (aunque pone también en tela de juicio este último requisito).

⁴⁶ BENAVENTE MOREDA (2017), p. 22. No obstante, como pone de relieve el voto particular de la STS, 1^a, 15.1.2014 (ROJ 608), en el caso no queda acreditado que hubiera consentimiento ante la clínica de RA ni ante el RC y, sin embargo, la sentencia admite el ejercicio de la acción de reclamación, sin tampoco estar suficientemente acreditado (al menos para la AP) la posesión de estado.

⁴⁷ Voluntad que para DIAZ MARTÍNEZ (2014), p. 9, no puede llevar a un hipotético éxito de las acciones de reclamación previstas en los arts. 132 y 133 CC, aunque como la propia autora reconoce, es una vía que la STS, 1^a, 5.12.2013 (ROJ 5765) no ha cerrado, dada la menor relevancia que otorga la sentencia a este hecho. Se cuestiona también sobre su procedencia QUICIOS MOLINA (2014b), p. 7.

⁴⁸ BENAVENTE MOREDA (2017), pp. 20 y ss.

⁴⁹ Critica BARBER CÁRCAMO (2013a), pp. 237 y ss., la falta de concordancia de la regulación de las acciones de filiación en el CC con el planteamiento seguido en la LTRHA, en la que el dato biológico se ha sustituido por el consentimiento.

realizarse a través de la propia inscripción de nacimiento (sin necesidad de acudir a realizar una declaración específica ante el encargado del RC con carácter previo a éste y posterior al matrimonio). Aunque pueden ser varias las razones por las que la cónyuge, que ha consentido previamente la asunción de la maternidad (ante la clínica de reproducción asistida o ante notario), no se inscriba tras el nacimiento como madre, lo habitual será la mala relación de la pareja. Si ya están en un proceso de separación no se darían los presupuestos para la aplicación del art. 7.3 LTRHA o 44.5 LRC y puede dificultarse la existencia de posesión de estado (lo que nos lleva a una aplicación preferente del art. 132 CC). En estas circunstancias, parece más complicado, tras la reforma de 2015, la aplicación de los criterios acogidos en la STS, 1^a, 5.12.2013 (ROJ 5765), dando prevalencia a la voluntad expresada a través de mecanismos distintos de los previstos legalmente (previa y no posterior al nacimiento), es más, incluso en contra de los requisitos legalmente establecidos (no separación judicial o de hecho en el momento de la asunción de la maternidad)⁵⁰.

Aun así, nos aventuramos a prever que los tribunales seguirán admitiendo este tipo de reclamaciones, dada la prevalencia a la voluntad procreacional en la que incide el TS y, como más adelante veremos, la propia DGRN. La relajación de los requisitos formales en la prestación del consentimiento operada tras la reforma de 2015 y una interpretación de la norma que regula estos supuestos que potencie la voluntad de ser madre como mecanismo de asunción de la maternidad, nos va a llevar a dar relevancia al consentimiento prestado por otros mecanismos (al margen de la inscripción de nacimiento, incluidos los previos)⁵¹.

Junto a lo anterior, también se ha destacado el papel que puede jugar el consentimiento de la pareja de la gestante para la determinación de la filiación no matrimonial. Este supuesto se escapa al previsto legalmente para la determinación de la doble maternidad (art. 7.3 LTRHA, 44.5 LRC) que se limita al matrimonio de mujeres, por lo que plantea muchísimas más dudas su aplicación. En este caso, y mediante la aplicación analógica de lo previsto en el art. 8.2 LTRHA, el consentimiento prestado por la pareja de la gestante serviría como escrito indubitado de reconocimiento de la filiación que permita la inscripción mediante expediente tramitado ante el RC (cfr. art. 44.7 LRC)⁵². Y, adicionalmente, para el caso en que no se determinara la filiación mediante este procedimiento, quedaría abierta la acción de reclamación de la filiación tal y como también prevé el mencionado art. 8.2 LTRHA⁵³. Esta última posibilidad ha sido avalada, como

⁵⁰ Añade INIESTA DELGADO (2017), p. 965 y ss., que por mucho que se quisiera equiparar la demanda con un consentimiento tácito (que ahora puede ser posterior al nacimiento), tampoco serviría para fundamentar una acción de reclamación, al ser distinto al consentimiento previsto en el art. 7.3 LTRHA.

⁵¹ MUÑOZ DE DIOS SAEZ (2017), p. 3, también considera que el TS (antiformalista en esta materia) dará por suficiente un consentimiento escriturado ante notario.

⁵² En contra de recurrir al mecanismo del expediente registral y de la aplicación analógica del art. 8.2 LTRHA, INIESTA DELGADO (2017), p. 962; RODRÍGUEZ GUIJIÁN (2015), p. 155. A favor, en cambio, DIAZ MARTÍNEZ (2007), pp. 107 y ss.

⁵³ Posibilidad que ha criticado la doctrina para el caso de parejas heterosexuales, puesto que remite a las acciones de reclamación de la filiación previstas en el CC y que están pensadas para la búsqueda de la verdad biológica, cuando es un caso de fecundación heteróloga (BENAVENTE MOREDA [2017], p. 24). Sin embargo, DIAZ MARTÍNEZ

sabemos, por el propio TS en una discutidísima sentencia (STS, 1^a, 15.1.2014, ROJ 608) que ha admitido el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial ex art. 131 CC, con base en la existencia de posesión de estado (aunque es dudosa tanto la existencia de ésta como de consentimiento a la realización de las TRHA o a la asunción de la maternidad). Ahora bien, no hay que olvidar que el art. 8.2 LTRHA sigue refiriéndose únicamente, incluso tras la reforma de 2015, al consentimiento prestado por el varón no casado a la fecundación con contribución de donante, por lo que no da entrada a las parejas de mujeres⁵⁴. Esto es, el legislador sigue excluyendo expresamente esta posibilidad (después del pronunciamiento del TS y a pesar de que parte de la doctrina había señalado la posible aplicación analógica de este precepto a las parejas de mujeres no casadas). Y la reforma del art. 120 CC también limita el nuevo supuesto de determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial al padre⁵⁵, por lo que la voluntad del legislador de reservar la doble maternidad a los matrimonios de mujeres sigue siendo clara. También, como ya se ha señalado anteriormente, el preámbulo de la Instrucción DGRN 9 de octubre de 2015 excluye, tanto de la notificación desde los centros sanitarios como mediante personación ante el RC, la inscripción de una segunda maternidad en estos casos, por lo que la única vía que podría quedarle a las parejas no casadas de mujeres es la determinación de la filiación (segunda maternidad) mediante sentencia judicial, si el TS mantiene su doctrina sentada en la mencionada sentencia de 15 de enero de 2014.

La introducción en el ordenamiento español de una norma como la catalana permitiría determinar la maternidad/paternidad directamente derivada del consentimiento prestado al sometimiento a las TRHA de la gestante (cónyuge/conviviente), lo que evitaría acudir a una acción de reclamación de la filiación⁵⁶. Ahora bien, a día de hoy, por mucho que podamos considerar que sería una solución deseable, que evitaría muchos de los problemas que plantea la actual regulación del art. 7.3 LTRHA, lo cierto es que el consentimiento a las TRHA no se considera en nuestro derecho como título para la determinación de la filiación (ni en el caso de parejas heterosexuales ni del mismo sexo). Es más, tampoco parece que se avance en esta dirección, como vamos a tener ocasión de comprobar en el siguiente apartado.

(2014), p. 8, considera viable aplicar el art. 131 CC (que contempla la acción de reclamación de filiación tanto matrimonial como no matrimonial) si existe proyecto reproductivo común y posesión de estado.

⁵⁴ La reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, modificó tanto el art. 7.3 como el 8.2 LTRHA, pero este último solo para adaptar la remisión normativa a la nueva LRC (manteniendo la referencia al varón no casado). En cualquier caso, esta actualización normativa operada en el art. 8.2 LTRHA no es correcta, puesto que la remisión debería ser al art. 44.7 y no al art. 44.8 LRC 2011 (en consonancia con la remisión al art. 49 LRC 1957 que se contenía antes de la reforma de 2015). Apunta también este error (producido al reenumerarse los apartados del art. 44 LRC durante la tramitación parlamentaria) VERDERA SERVER (2016), p. 200.

⁵⁵ Sobre la exclusión de la doble maternidad no matrimonial por el art. 120.1^o CC, véase VERDERA SERVER (2016), p. 85.

⁵⁶ BENAVENTE MOREDA (2017), p. 23.

3. La resolución de la DGRN de 8 febrero 2017

3.1. ¿Es el art. 44.5 LRC un nuevo mecanismo de determinación de la doble maternidad?

La RDGRN 8 de febrero de 2017 se ha pronunciado sobre la inscripción de la doble maternidad alterando el esquema hasta ahora señalado. La innovación que introduce esta resolución es permitir que se inscriba la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica de un niño, sin que sea necesario justificar el uso de TRHA, con base en la nueva redacción del art. 44.5 LRC.

Los hechos tal y como consta en la resolución básicamente fueron los siguientes: D^a M.J. compareció el 4 de agosto 2016 ante el Juzgado de Paz de Benidoleig para solicitar la inscripción como hijo matrimonial del nacido de su cónyuge, D^a B.K., que se había producido el 30 julio 2016. Se le indicó a la promotora que debía acudir al RC de Denia y acreditar que el nacimiento se había producido como consecuencia de la utilización de TRHA. Al día siguiente la promotora solicitó en el RC de Denia la inscripción sin necesidad de aportar la justificación del uso de tales técnicas, con base en el art. 44.5 LRC. La pareja se había casado en el año 2007 y ya tenían dos hijos inscritos como matrimoniales en el año 2009. El encargado del RC de Denia, mediante Resolución de 22 de agosto de 2016, denegó la inscripción al considerar necesario acreditar el uso de las TRHA. Se interpuso recurso contra la mencionada resolución y de momento el niño fue inscrito con la sola filiación de la madre biológica⁵⁷.

El encargado del RC de Denia realizó, a nuestro entender, una correcta interpretación sistemática del art. 44.5 LRC, en conexión con el art. 7.3 LTRHA, para de ahí deducir que el mecanismo para la determinación de la doble maternidad es el que ha existido desde su introducción en el año 2007, esto es, el previsto en la LTRHA como mecanismo específico para este caso (al margen, evidentemente de la adopción), y que esta realidad no se ha modificado con la reforma del año 2015 (reforma que, por consiguiente, parece que se limitaría a aspectos más bien formales). Los argumentos aducidos en la Resolución fueron que el art. 44.5 LRC prácticamente reproduce el art. 7 LTRHA y que dicho art. 44.5 LRC no se puede interpretar desconectado de su apartado 4^o, en el que remite para la determinación de la filiación a las leyes civiles y a la LTRHA; que ésta última ley introduce una ficción legal no basada en la verdad biológica, pero solo cuando la gestación es consecuencia del uso de TRHA; y que no son aplicables las presunciones de paternidad del CC, al responder a un esquema normativo distinto⁵⁸.

La DGRN no comparte, sin embargo, esta interpretación. Reconoce, en efecto, la evolución

⁵⁷ Un análisis de los argumentos esgrimidos por las recurrentes puede verse en MUÑOZ DE DIOS SAEZ (2017), pp. 4 y ss.

⁵⁸ Cuestiona INIESTA DELGADO (2017), p. 961, la oportunidad de restringir la doble maternidad a los supuestos de utilización de TRHA. Para este autor, también en los supuestos de TRHA podría llegar a determinarse la filiación del varón (esto es, es posible que se determinara la filiación de dos madres y un padre) y ello porque actualmente la normativa no restringe los supuestos de doble maternidad al uso de RHA con semen de donante. De ahí que esto pueda aplicarse también a los nacimientos derivados de fecundación natural.

sufrida por el art. 7.3 LTRHA: su introducción en el año 2007 como un nuevo mecanismo (basado en una ficción legal) para la determinación de la doble maternidad (junto con la adopción y diferente de la presunción del art. 116 CC), condicionada al cumplimiento de determinados requisitos; y la reforma operada en el año 2015 para modificar la forma de prestar el consentimiento. Pero al mismo tiempo entiende que la introducción del art. 44.5 LRC con la mencionada reforma de 2015, aunque casi reproduzca el art. 7.3 LTRHA, hay que desvincularlo de dicha norma y entenderlo como un supuesto de determinación de la filiación (doble maternidad en este caso) que funciona de forma independiente y, por tanto, sin necesidad de que se recurra a las TRHA. Para la DGRN, del tenor literal del art. 44.5 LRC, cabe deducir una intención del legislador de facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos de los matrimonios de mujeres, independientemente de las TRHA.

Pues bien, deducir dicha intención únicamente de una interpretación literal del precepto, desconectado de otros apartados o del propio art. 7.3 LTRHA, resulta un argumento a nuestro entender demasiado endeble. El art. 44.4 LRC remite a las leyes civiles y a la de TRHA para la determinación de la filiación. El CC no prevé ningún supuesto de determinación de la doble maternidad para la filiación matrimonial, siendo la única vía la prevista en el art. 7.3 LTRHA. Por ello, entender que el art. 44.5 LRC ha creado un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial en el caso de matrimonios de mujeres, al margen de las normas de determinación de la filiación del CC, es muy arriesgado⁵⁹. Más bien parece que, aprovechando dicha dicción literal, además de hacer justicia del caso concreto (la promotora ya tenía otros dos hijos inscritos como matrimoniales con la gestante y en el recurso alegaron que para su inscripción no se les exigió certificado de utilización de las TRHA), se ha querido obviar (y, con ello, por qué no, dar la puntilla) a un precepto como el art. 7.3 LTRHA, que ha sido criticado desde el principio (por establecer un procedimiento especial de determinación de la filiación, por los requisitos que establece, etc.). En esto, por cierto, la DGRN no hace sino seguir los pasos del propio TS en las mencionadas sentencias STS, 1^a, 5.12.2013 (ROJ 57655) y STS, 1^a, 15.1.2014, (ROJ 608).

La interpretación que realiza la DGRN del art. 44.5 LRC supone la creación de un nuevo mecanismo para la determinación de la filiación extramatrimonial específico para los matrimonios de mujeres (y distinto de los matrimonios heterosexuales, a los que se aplican las

⁵⁹ MUÑOZ DE DIOS SAEZ (2017), p. 3, señala que se trata de una norma adjetiva, no sustantiva, por lo que cabe interpretarla como referida necesariamente al supuesto del art. 7.3 LTRHA (este sí, sustantivo); de manera que estaríamos solo ante el reflejo registral del consentimiento prestado por la esposa de la madre conforme al mencionado art. 7.3. Para VERDERA SERVER (2016), p. 120 y ss., el art. 44.5 LRC es la proyección registral de la doble maternidad matrimonial y coincide en lo sustancial con el art. 7.3 LTRHA. Ahora bien, como señala el autor, tal y como está redactado el art. 44.5 LRC resultaría aplicable aunque la generación del hijo se produzca por medios naturales; pero la ubicación del art. 7.3 LTRHA permite presuponer que su ámbito de aplicación está supeditado a esta circunstancia, aunque su tenor literal matice la cuestión. Por otra parte, como también señala este autor, aunque la reforma del año 2015 puede parecer que afecta a cuestiones puntuales (como es la forma de realizar la declaración de nacimiento o la reforma de normas registrales de la LRC), acaba teniendo una incidencia en cuestiones sustantivas relativas a la filiación e, incluso, en el caso de las normas de la LRC, entrando en contradicción con el CC, y ello sin plantearse una reforma en profundidad del sistema (cfr. pp. 58 y ss. 95 y ss.).

presunciones de paternidad), junto al que ya se preveía en el art. 7.3 LTRHA⁶⁰. La diferencia principal entre ambos es la necesidad o no de acreditar el uso de TRHA, con las consecuencias en materia de impugnación que señalaremos más adelante. Por otra parte, en cuanto a la forma de prestar el consentimiento sería aplicable lo ya señalado para el art. 7.3 LTRHA (en coordinación con la LRC), esto es, en principio debe prestarse en el momento de la inscripción de nacimiento (en esto, por tanto, podríamos entender que no habría diferencia entre ambos mecanismos). Ahora bien, la DGRN acude a una interpretación literal del art. 44.5 LRC para defender la introducción de un nuevo mecanismo para la determinación de la filiación matrimonial en el caso de matrimonios de mujeres (tenor literal del que se deduce una “intención del legislador” de “facilitar” la determinación de la filiación en estos casos). Esa misma interpretación literal puede llevar a admitir la prestación del consentimiento a la asunción de la maternidad sin limitaciones temporales o formales, y no nos resultaría extraño que así se hiciera en futuras resoluciones.

Ya señalamos en su momento lo extravagante de admitir un mecanismo de determinación de la filiación basado en la mera voluntad, no sujeto a formalidad o limitación temporal en su ejercicio/declaración. Con ello se incide aún más, como ya se dijo, en la admisión de la determinación de la filiación (asunción de la maternidad) con base en la mera voluntad de serlo⁶¹. Además, admitir la relevancia de la voluntad como título de determinación de la filiación, fuera del estricto marco de la LTRHA, lo acerca aun más al reconocimiento y pierde sentido su admisión sin más. Es incoherente no permitir el reconocimiento de complacencia y sí hacerlo por la vía del 44.5 LRC solo para los matrimonios de mujeres. En este sentido, es un procedimiento específico y distinto del previsto para los matrimonios heterosexuales, por lo que tampoco se ha avanzado en una equiparación⁶².

Ello contrasta con la regulación del CC catalán, a nuestro entender, menos compleja y que mejora en materia de equiparación y seguridad jurídica. Entre los mecanismos para la determinación de la filiación “por naturaleza” recoge el art. 235-3 CCCat. “el consentimiento a la reproducción asistida de la mujer” y reserva las presunciones de paternidad a las parejas heterosexuales, esto es, se aplican únicamente al padre (arts. 235-5, 235-10). Lo que sí hace este Código es prever que el consentimiento se preste por el cónyuge o pareja de la mujer que se somete a las técnicas, con

⁶⁰ Ello supone dar entrada, además de los supuestos en que el embarazo derive de relaciones con un varón, los casos de “donante” conocido y los que tanta discusión han planteado últimamente de “autoinseminación”. Véase al respecto la nota informativa de la CNRHA (accesible en: <http://www.cnrha.mssi.gob.es/autoinseminacion/home.htm>).

⁶¹ Aunque consideramos que sin suficiente base legal. Como señalara QUICIOS MOLINA (2014a), p. 48 (con anterioridad a la reforma de 2015), no puede considerarse (a la vista del art. 7.3 LTRHA y de su ubicación legal) que se ha reconocido en nuestro ordenamiento con carácter general un título de determinación extrajudicial de la maternidad basado en la voluntad de quien quiere ser madre, sin serlo biológicamente. Lo que ha de tenerse en cuenta de cara a posibles peticiones que no se adecuen a la ley (por ej. maternidad biológica no derivada de TRHA). Solo una interpretación forzada del art. 44.5 LRC permitiría afirmarlo, aunque los hechos nos demuestran que se avanza paso a paso en esta dirección.

⁶² QUICIOS MOLINA (2014a), p. 54, advertía de que puede resultar discriminatorio admitir libremente y en cualquier momento la voluntad como determinante de la filiación para la esposa de la madre, cuando en otros supuestos debe acudir, en defecto de verdad biológica, a la adopción.

independencia de su sexo. Por lo tanto, el consentimiento a las técnicas será un título de determinación de la filiación en igualdad de condiciones tanto para parejas heterosexuales como del mismo sexo, ya se encuentren casadas (filiación matrimonial, art. 235-8; son hijos del cónyuge, hombre o mujer, que ha prestado el consentimiento; y ello al margen de las presunciones de paternidad), ya se trate de parejas no casadas (filiación extramatrimonial, art. 235-13; aunque la norma no habla de pareja, sino únicamente de hombre o mujer que preste el consentimiento a la realización de las técnicas)⁶³. En esto último, el CCCat. da un paso más que la normativa estatal al dar entrada a las parejas del mismo sexo no casadas (algo que se reclama desde hace tiempo por este colectivo). Este consentimiento debe formalizarse ante un centro autorizado para la realización de las técnicas o en escritura pública en cualquiera de los casos descritos⁶⁴.

Nótese que la interpretación realizada en la RDGRN 8-2-2017 va más allá de lo previsto, de forma entendemos coherente, por la regulación catalana. En ésta se equiparan las parejas de mujeres a las heterosexuales a efectos de determinación de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Esto es, la voluntad de asumir la maternidad o paternidad como título de atribución de la filiación se canaliza a través del uso de estas técnicas. El matrimonio con la madre o las presunciones de paternidad se limitan al padre. Respecto de otros mecanismos señalados en el art. 235-3 como el reconocimiento, si bien se prevé tanto para el padre como la madre, en este último caso parece referirse al reconocimiento de la maternidad derivada del parto (art. 235-11), sin dar entrada a otros supuestos derivados de la mera voluntad. En cuanto a la determinación judicial de la filiación (a través de sentencia), no existe previsión específica al respecto en sede de acciones de reclamación de la filiación (arts. 235-20 y 21; sí en materia de impugnación), lo cual es razonable si partimos de que estas acciones se basan en la búsqueda de la verdad biológica⁶⁵. Cuando la filiación se basa en la mera voluntad (como ocurre en el caso de que se determine por consentimiento al uso de las TRHA) *a priori* no tendría sentido acudir a las acciones de reclamación de la filiación, entendidas en su sentido tradicional (y no como ahora parece entenderlas el TS), salvo en los casos en que exista base biológica (porque no se acudió a donante y aun así no han funcionado correctamente los mecanismos extrajudiciales de determinación de la filiación; o se trataba de donante de óvulos pareja de la usuaria de las técnicas -método ROPA-).

Pues bien, como decimos la interpretación de la DGRN crea un nuevo título extrajudicial, basado en el consentimiento, pero sin el uso de TRHA. Las deficiencias de un mecanismo como éste ya

⁶³ Para un análisis de estos preceptos puede consultarse GARCÍA VICENTE (2014), pp. 587 y ss., en particular pp. 597-598.

⁶⁴ Se inclina también por incluir el consentimiento a la procreación asistida entre los títulos de atribución de la filiación, TAMAYO HAYA (2015), pp. 77 y ss., en línea con lo establecido en el CC catalán, frente a otras opciones como extender la presunción del art. 116 CC o acudir al reconocimiento. Analiza también esta autora la regulación en otros ordenamientos (nota 46) y la reforma producida en el CC argentino en el año 2014. Un amplio análisis de la regulación en otros ordenamientos en RODRÍGUEZ GUITIÁN (2015), pp. 139 y ss.

⁶⁵ Por ello, entiende BARBER CÁRCAMO (2014), p. 125, que la que sí procederá es una acción de reclamación de la existencia del título (tras haberse demostrado que se prestó el consentimiento a la práctica de la técnica), sin limitación en cuanto a legitimación activa (más allá de la existencia de interés legítimo) o plazo.

han sido puestas de relieve. En el fondo, la causa de su admisión no parece sino la deficiente, desigual e insegura regulación de los mecanismos de determinación de la filiación en el caso de parejas de mujeres, limitado al art. 7.3 LTRHA a todas luces insuficiente y que ha generado a la postre la admisión *extra legem* de otras vías. De aquellos polvos vienen estos lodos.

3.2. La impugnación de la maternidad establecida conforme al art. 44.5 LRC

Adicionalmente, la DGRN señala, para esta nueva vía de determinación de la filiación, que se entiende sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que puedan corresponder en el caso de que la gestación no fuera consecuencia del uso de las TRHA, pues entonces no sería aplicable el art. 8 LTRHA. Por tanto, añade una diferencia entre el mecanismo de determinación de la filiación ex art. 44.5 LRC y el del art. 7.3 LTRHA, puesto que aquella “no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el artículo 8 de la citada ley”, es decir, parece que la primera sería impugnabile y segunda no.

Aquí hay que hacer una primera matización, puesto que la afirmación de la DGRN es confusa. El art. 8 LTRHA en su apartado primero no contempla los supuestos a los que se refiere el art. 7.3 LTRHA. Para la doctrina, de hecho (o al menos para cierta parte de ella), existe aquí una laguna⁶⁶, así como una deficiente regulación de las acciones de impugnación en el caso de uso de TRHA e insuficiencia de la remisión del art. 7.1 LTRHA a las reglas del CC⁶⁷.

El art. 8.1 LTRHA establece (en coordinación con el art. 6.3) la inimpugnabilidad de la filiación determinada en el caso de matrimonio heterosexual, cuando ambos hayan prestado el consentimiento a la realización de las técnicas con material genético de donante (fecundación heteróloga)⁶⁸. No se regula, en cambio, la posible impugnación en los casos de fecundación

⁶⁶ La SAP Palma de Mallorca, Civil, Sec 4^a, 5.12.2012 (ROJ IB 2836) señala también la existencia de una laguna legal (al no estar este supuesto previsto en el art. 8 LTRHA) en relación con la acción de impugnación ejercitada por la mujer gestante en contra de la mujer conviviente, cuando la filiación ha sido determinada por el consentimiento prestado por la segunda en el seno de un expediente de inscripción del nacimiento del hijo alumbrado por la primera.

⁶⁷ BENAVENTE MOREDA (2017), p. 26 y ss. Critica FARNÓS AMORÓS (2015), p. 17, que la reforma de 2015 no aproveche para modificar el alcance del art. 8.1 LTRHA, dando cabida a los supuestos del art. 7.3 de dicha Ley. En cambio, BARBER CÁRCAMO (2014), pp. 122 y ss., entiende que no existe tal laguna legal, puesto que el art. 8.1 cierra la vía impugnatoria *stricto sensu* a marido y mujer (con fundamento en la falta de verdad biológica), como complemento a la determinación de la paternidad a través de la presunción. Pero en la doble maternidad no puede darse una impugnación *stricto sensu*, sino únicamente de la validez del título (ya que no solo no existe verdad biológica, sino que el legislador tampoco exige consentimiento previo a la fecundación asistida). Por ello, no está de acuerdo con la afirmación realizada por la SAP Palma de Mallorca, Civil, Sec 4^a, 5.12.2012 (ROJ IB 2836) mencionada en la nota anterior. Sobre la no procedencia de la aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA véase asimismo INIESTA DELGADO (2017), p. 968.

⁶⁸ El art. 8.1 LTRHA impide la impugnación por el marido o la mujer progenitora, pero no dice nada del hijo que, según el art. 137 CC, también está legitimado para impugnar la filiación matrimonial (asimismo art. 765 LEC). De ahí que la doctrina se encuentre dividida en este tema, aunque generalmente se inclina por la postura contraria a la legitimación del hijo acudiendo al propio espíritu de la norma. En contra de la legitimación, BENAVENTE

homóloga⁶⁹ y de matrimonio de mujeres⁷⁰. Ahora bien, en este último supuesto, ciertamente la doctrina se inclina por entender que no cabe la impugnación por quien prestó el consentimiento, ya sea por extensión del criterio establecido en el art. 8.1 LTRHA⁷¹, ya porque la declaración de voluntad se ha realizado conforme a lo previsto en el art. 7.3 LTRHA lo que conlleva la determinación de la filiación prevista en dicho precepto⁷² (sin que sea revocable el consentimiento). Esto plantea la cuestión (más allá de los supuestos de impugnación por existencia de un vicio del consentimiento⁷³) de qué ocurre cuando el consentimiento no se prestó en las formas legales previstas (porque no estaban casadas, no se cumplió con los requisitos temporales exigidos...) y, a pesar de ello, se determinó la filiación. En teoría, los posibles defectos en el título deberían permitir la impugnación de la filiación determinada⁷⁴. No obstante, dada la relevancia que la jurisprudencia del TS está prestando al consentimiento como mecanismo de determinación de la filiación, más allá del cauce formal de expresión que contemple la legislación, en la práctica (y en tanto no se regule esta cuestión), esto puede dar lugar a que no prosperen acciones de impugnación en este sentido. De hecho, en la jurisprudencia ya encontramos pronunciamientos que así lo reflejan.

MOREDA (2017), p. 28; QUICIOS MOLINA (2014a), p. 49 y (2014b), p. 9; VERDERA SERVER (2007), p. 278. A favor INIESTA DELGADO (2017), p. 968.

⁶⁹ Ésta, en principio, no plantea especiales problemas, puesto que si hay consentimiento y material genético del marido no se dan los presupuestos para el ejercicio de la acción. Otra cosa sería que finalmente el hijo no fuese fruto de la fecundación homóloga, sino de las relaciones con otro hombre o que se utilizase material genético de otro hombre en el proceso de reproducción asistida, en cuyo caso, la doctrina sí admite la impugnación de la filiación por el marido (FARNÓS AMORÓS [2015]; BENAVENTE MOREDA [2017], p. 27, aunque esta autora considera que la impugnación sería por vicio del consentimiento).

⁷⁰ Sí lo hace, en cambio, el CCCat. que impide la impugnación de la filiación derivada de reproducción asistida si la persona prestó el consentimiento a la fecundación conforme a lo previsto en el propio código o si es el progenitor biológico (art. 235-28). Puede verse un comentario a este precepto y los problemas que plantea (por ej. sobre la impugnabilidad en los casos en que se utiliza material genético distinto de la persona que presta el consentimiento o cuando el nacimiento no deriva del uso de las TRHA; o cuando se trata de una utilización inconsentida del material reproductor del progenitor biológico) en FARNÓS AMORÓS (2014), pp. 669 y ss.

⁷¹ Entre otros, FARNÓS AMORÓS (2015), p. 16 y ss.; (2011), p. 107, 110; TAMAYO HAYA (2015), p. 75.; DIAZ MARTÍNEZ (2014), p. 3., (2007), pp. 87 y ss.; VERDERA SERVER (2007), p. 290.

⁷² Para BARBER CÁRCAMO (2014), pp. 122 y ss., como se ha señalado, no cabe aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA y la impugnación solo puede basarse en una falta de validez del título. Ahora bien, si hay declaración registral válida, no cabe impugnar alegando que no se prestó (y tampoco que no existe relación biológica), tanto respecto de la declarante, como de la madre “pues sería absolutamente incoherente que la voluntad no requerida para determinar la filiación pueda luego impugnarla”. Vid., asimismo, INIESTA DELGADO (2017), p. 968. NANCLARES VALLE (2008), p. 13, defiende en cambio la legitimación de la madre ex art. 137 CC para impugnar la maternidad de su cónyuge con base en esa falta de consentimiento.

⁷³ Como por ejemplo, los casos en que el hijo fuera fruto, no de una fecundación heteróloga mediante TRHA (que habría que entender que sería la consentida por la cónyuge), sino de relaciones sexuales con un varón. Vid., entre otros, BENAVENTE MOREDA (2017), p. 29; FARNÓS AMORÓS (2015), p. 55; DIAZ MARTÍNEZ (2007), p. 88.

⁷⁴ INIESTA DELGADO (2017), p. 968; BARBER CÁRCAMO (2014), p. 124, con base en los arts. 138, 141 CC; FARNÓS AMORÓS (2015), pp. 17 y ss. Por otra parte, señala esta última autora que la posible existencia de un elemento genético no puede ser irrelevante. Por ello, se muestra contraria a que prospere una acción de impugnación en casos en los que la no gestante aportó los óvulos, en línea con lo dispuesto en el art. 235-28.2 CCCat.

La SAP Palma de Mallorca, Civil Sec 4^a, 31.3.2014 (ROJ IB 758; MP: María Pilar Fernández Alonso) rechaza la acción de impugnación de la filiación por vicio del consentimiento ejercitada por la madre biológica frente a su cónyuge (madre intencional), una vez rota la relación. Para el tribunal, se cumplieron todos los requisitos para la determinación de la filiación del nacido (filiación, según señala el propio tribunal, basada en una ficción legal y equiparable a la filiación biológica, tratándose de filiaciones por naturaleza). En el caso, ambas habían prestado el consentimiento para el sometimiento a las TRHA (incluso se habían reservado el mismo semen de donante en los tratamientos a los que ambas se habían sometido, dato relevador para el tribunal de la voluntad de formar una familia y de que los hijos tuvieran vínculo de parentesco) y la cónyuge de la gestante había comparecido ante el encargado del RC conforme a lo previsto en el art. 7.3 LTRHA (en su redacción previa a la reforma de 2015); lo que excluye para el tribunal la existencia de vicio del consentimiento y la prosperabilidad de la acción. Por su parte, la SAP Madrid, Sec 22^a, 12.3.2015 (ROJ M 3930; MP: Carmen Neira Vázquez) excluye igualmente esta posibilidad en el caso de un matrimonio de mujeres en el que ambas se someten a tratamiento de RHA naciendo sendos hijos, si bien el segundo de ellos una vez que el matrimonio ya se había separado. En ambos tratamientos las progenitoras habían firmado como matrimonio el contrato de donación y se contaba con el consentimiento informado de la cónyuge no gestante. La madre del segundo menor pretende que no se establezca medida alguna en el procedimiento de divorcio en relación con la cónyuge no gestante y dicho menor, ya que niega que se pueda establecer relación de filiación entre ambos al haberse producido el nacimiento cuando ya estaban separadas. En la sentencia no se menciona que se hubiera acudido al procedimiento establecido en el art. 7.3 LTRHA (declaración ante el encargado del RC), sino que consta únicamente el consentimiento para el tratamiento de RHA de la cónyuge. Aun así entiende el tribunal que no procede la petición con base, entre otros argumentos, en el interés superior del menor, en el derecho a la identidad del hijo (art. 8 CEDH, SSTEDH 26.6.2014, casos Mennensson y Labassee c/ Francia), en la equiparación tras la reforma de 2005 de los matrimonios heterosexuales y homosexuales a todos los efectos y en la remisión del art. 7.1 LTRHA a la normativa de filiación del CC, que permitiría aplicar a estos supuestos las reglas de determinación de la filiación y sus efectos (incluida la presunción del art. 116 CC). Sí admite, en cambio, la impugnación la SAP Palma de Mallorca, Civil, Sec 4^a, 5.12.2012 (ROJ IB 2836; MP: Miguel Angel Aguilo Monjo), ante la acción ejercitada por la madre biológica una vez rota la pareja. En este caso, el consentimiento prestado por la cónyuge de la gestante no cumplía con los requisitos del art. 7.3 LTRHA (en su redacción previa a 2015; así, el matrimonio fue posterior al nacimiento y el consentimiento de la cónyuge ante el encargado del RC también; adicionalmente, se constata, aunque éste no es un requisito del art. 7.3, que no había prestado el consentimiento al sometimiento a las TRHA de su pareja), por lo que al ser ineficaz, no permitía la determinación de la filiación a su favor. Nótese la fecha de esta sentencia (previa a la jurisprudencia del TS en materia de doble maternidad)⁷⁵.

⁷⁵ Se plantea QUICIOS MOLINA (2014b), pp. 13 y ss. si no habría que aplicar la doctrina sentada en la STS 5.12.2013 si el caso resuelto en esta sentencia llegara a casación. Critica la solución a la que llega esta sentencia DIAZ MARTÍNEZ (2014), p. 6. Para esta autora, debería haberse aplicado por analogía lo dispuesto en el art. 8.1 LTRHA, no permitiendo invocar a posteriori el incumplimiento de los requisitos formales del art. 7.3 LTRHA cuando consintieron expresamente dicha filiación e incluso instaron su constancia registral. Y ello con base en el principio del consentimiento procreacional y el de la estabilidad del estado civil y las relaciones familiares, en interés del menor, que han de aplicarse con toda su fuerza y amplitud para desestimar la impugnación, aun cuando no sea

¿Podemos entender igualmente aplicables estos criterios tras la reforma de 2015? Pues bien, a pesar de los cambios introducidos en el artículo 7.3 LTRHA tras esta reforma, no vemos problema en seguir aplicando los criterios señalados, en el sentido de negar la prosperabilidad de la impugnación de la filiación correctamente determinada a través de los mecanismos legales (art. 7.3 LTRHA y 44 LRC), a salvo los casos señalados de vicio del consentimiento. Otra cosa es que al tratarse ahora de un consentimiento a la asunción de la comaternidad posterior al nacimiento (y no previo), los problemas puedan plantearse más en sede de determinación de la filiación (relevancia de un consentimiento previo al nacimiento no ratificado en la posterior inscripción), y no tanto de impugnación de la ya establecida⁷⁶.

Lo señalado hasta ahora se refiere a la posible impugnación de la doble maternidad determinada conforme al criterio establecido en el art. 7.3 LTRHA (en conexión con el art. 44 LRC). Como hemos visto, y a pesar de la afirmación de la RDGRN de 8 febrero 2017, el tema de la impugnabilidad o no de la comaternidad determinada conforme al art. 7.3 LTRHA es ciertamente complejo. Procede ahora analizar qué ocurre con la filiación determinada con base únicamente en el art. 44.5 LRC y sin prueba del recurso a las TRHA, filiación que, según la DGRN, sí podría ser impugnada. ¿A qué se está refiriendo la DGRN? ¿Quién estaría legitimado?

Pues bien, respecto de las partes en conflicto ya tratadas (esto es, las dos madres), no creemos que la solución deba ser diferente a la señalada anteriormente. El art. 8 LTRHA no lo consideramos relevante para resolver esta cuestión, puesto que no contempla el supuesto de matrimonio entre mujeres (hayan o no acudido a las TRHA). Por tanto, una vez determinada la filiación de ambas en la inscripción de nacimiento (conforme a lo establecido en el art. 44 LRC) consideramos que no debe proceder la impugnación posterior por alguna de ellas. Y ello por los mismos argumentos que se utilizan para el caso de que sí se hubiera acudido a las TRHA, esto es, que la filiación se ha determinado conforme a los requisitos legales (en estos casos, el consentimiento de la no gestante conforme a lo previsto en la ley, consentimiento que debe considerarse irrevocable). Por ello, si admitimos, como hace la RDGRN, que el art. 44.5 LRC pueda determinar por sí solo la doble filiación materna, no vemos razón para tratar de forma diferente ambos supuestos (doble maternidad con o sin recurso a las TRHA) a efectos de impugnación. En ambos casos se trata de filiación basada en una ficción legal y determinada conforme al procedimiento establecido legalmente, por lo que la posible extensión o no de lo dispuesto en el art. 8.1 LTRHA no es determinante.

Podríamos plantearnos todavía la posible relevancia en estos casos de una impugnación de la filiación por vicio del consentimiento. No obstante, el supuesto para el que lo suele admitir la

por estricta aplicación del precepto legal citado. Véase asimismo el comentario a la sentencia de PANIZA FULLANA (2013), pp. 1 y ss.

⁷⁶ Adicionalmente, plantea BENAVENTE MOREDA (2017), p. 29, que el hecho de que el consentimiento se preste ahora tras el nacimiento (como si fuera un reconocimiento) junto con el criterio sentado por el propio TS en su sentencia de 15.7.2016, en relación con los reconocimientos de complacencia, dificultan la inadmisión de la impugnación por parte de la madre no gestante al amparo del art. 136 CC.

doctrina (consentimiento de la cónyuge a una reproducción asistida heteróloga, pero la gestación se produce realmente como consecuencia de relaciones sexuales de la madre con un hombre) no se da en este caso, en el que la gestación no ha sido consecuencia del uso de TRHA (porque si sí lo ha sido, se aplica el criterio ya descrito). Habría entonces que entender que ambas están de acuerdo en que se produzca por medios naturales, por lo que no hay vicio del consentimiento. En cualquier caso, parece claro que la admisión de la determinación de la filiación para matrimonios de mujeres tal y como propone la DGRN, supone ahondar aún más en la relevancia de la voluntad procreacional como título de determinación de la filiación (y así parece decirlo ésta en su propia resolución al afirmar que la voluntad del legislador ha sido facilitar los mecanismos de determinación de la filiación en estos casos con independencia o no del uso de las TRHA). Lo relevante, por tanto, es el consentimiento para asumir la filiación por parte de la no gestante (que, además, ahora se presta tras el nacimiento), y no tanto el mecanismo por el que se ha producido la gestación. Por ello, el papel que pudiera jugar un posible vicio del consentimiento pierde fuerza a nuestro entender.

Esto, a su vez, nos lleva al tema de la posible impugnación por parte del padre biológico, que es de hecho la que puede tener cabida en la salvedad que introduce la DGRN en su resolución. La vía que tiene disponible el padre es la del art. 134 CC, esto es, acción de reclamación de la filiación no matrimonial conforme al art. 133.2 CC (entendemos que en este caso no se dará la posesión de estado) unida a la correspondiente impugnación de la filiación matrimonial materna (respecto de la cónyuge no gestante). Ahora bien, ello supone dar entrada a la verdad biológica en casos en los que *ab initio* la filiación se ha determinado con base en la mera voluntad procreacional, lo que resulta distorsionador y pone de relieve, si acaso con más crudeza, la incoherencia del sistema y de la admisión de este supuesto sin un replanteamiento general del mismo⁷⁷.

En efecto, la clave en este caso está, no tanto en el art. 8.1 LTRHA, sino en el apartado tercero de ese precepto, que establece la imposibilidad de determinar legalmente la filiación respecto del donante de semen. No existiendo esta imposibilidad, al no haberse acudido a donante anónimo conforme a la LTRHA, nada impide que el padre biológico acuda a las correspondientes acciones de filiación que pone a su disposición el ordenamiento⁷⁸. De hecho, esto es lo que ha ocurrido en

⁷⁷ Señala MUÑOZ DE DIOS SAEZ (2017), p. 7, que se está confundiendo fuente material con título formal de determinación de la filiación: "los consentimientos del art. 7.3 LTRHA y 44.5 LRC no constituyen solo títulos, sino que son fuente en sí mismos, como lo es la adopción, y como tales, es absurdo admitir que sean impugnables los del art. 44.5 cuando sean independientes del 7.3. Para este autor, deberían ser inatacables estos consentimientos que son fuente de la filiación, a imagen de la adopción, pues la filiación no deriva de un hecho biológico, sino de una voluntad que una vez expresada es incontrovertible, salvo que esté viciada.

⁷⁸ Para INIESTA DELGADO (2017), p. 954 y ss., ante la ausencia de una previsión legal que determine la incompatibilidad no puede afirmarse que la segunda maternidad excluya la paternidad, como tampoco excluye la primera maternidad. Por lo que, fuera de los casos del art. 8.3 LTRHA, si es posible localizar al hombre progenitor (porque la madre acudió a un donante encubierto o falsa pareja) se podría determinar su paternidad por vía extrajudicial o judicial. No comparte BARBER CÁRCAMO (2014), p. 104, la compatibilidad de la doble maternidad con la ulterior paternidad, aunque sí la posibilidad de que el padre biológico en estos casos pueda reclamar la determinación de la paternidad a su favor instando la declaración de nulidad del título que determinó la

el caso resuelto por la SAP de Valencia, Civil, Sec 10^a, de 27.11.2017 (ROJ V 4317; MP: Carlos Esparza Olcina) en el que se declara la paternidad extramatrimonial respecto de una menor que había sido inscrita en el RC como hija de dos mujeres casadas⁷⁹. Y es que negarle esta posibilidad al padre implica afirmar la absoluta preponderancia de la voluntad de ser madre en el caso de matrimonios de mujeres sobre la verdad biológica, cosa que a día de hoy, y sin una base legal sólida en la que sustentarlo (más allá del art. 44.5 LRC), no parece posible⁸⁰. Ahora bien, si la intención del legislador, en palabras de la propia DGRN, era facilitar la determinación de la filiación en los casos de hijos nacidos de matrimonios de mujeres, no parece que permitir la impugnación contribuya en última instancia a dicho fin y mucho menos a la seguridad jurídica. Ciertamente sí evita que las mujeres casadas tengan que demostrar el uso de TRHA, pero esto en todo caso podría plantear un problema de protección de la intimidad (no tanto de facilidad de la inscripción); y sí abre nuevos interrogantes y mayor inseguridad en la materia, algo de lo que precisamente ya vamos sobrados.

Adicionalmente, la admisión de la impugnación por el padre biológico plantea con mayor fuerza la posible legitimación del hijo tanto para impugnar directamente la filiación matrimonial (con base en el art. 137 CC), como para reclamar la filiación no matrimonial respecto del padre biológico (art. 133.1 CC, sin posesión de estado). La doctrina se encuentra dividida en cuanto a la legitimación del hijo para ejercitar la acción de impugnación, ya que legalmente tendría base su legitimación (art. 137 CC, falta de mención al hijo en el art. 8.1 LTRHA), pero se duda de la conveniencia de admitirla, una vez que está vedada para los progenitores y se ha dado entrada a la voluntad en la determinación de la filiación⁸¹. Ahora bien, estas afirmaciones las realiza la doctrina para el caso de que se haya acudido a TRHA y la filiación se determine conforme a lo previsto en el art. 7.3 LTRHA. Si nos salimos de este ámbito y además admitimos que el padre biológico pueda hacerlo, resulta difícilmente defendible que no se admita para el propio hijo

maternidad. Véase igualmente FARNÓS AMORÓS (2011), pp. 129 y ss., respecto a la distinción entre donante anónimo y el que presta semen en otras circunstancias, y respecto del cual sí puede establecerse la filiación.

⁷⁹ En el caso, el que fue declarado padre había firmado previamente con el matrimonio de mujeres un contrato por el que les donaba semen para la inseminación de una de ellas (cosa que éstas hicieron por sus propios medios y no en un centro autorizado de TRHA) y en el que renunciaba a sus derechos a la paternidad. La AP rechaza la aplicación analógica de la LTRHA, tal y como alegaban las demandantes para mantener la maternidad de ambas, y considera que el documento suscrito por las partes no produce efectos, conforme a lo dispuesto en el art. 1255 CC en relación con el art. 6.3 CC, al ser contrario a la indisponibilidad del estado civil.

⁸⁰ De hecho, podemos considerar coherente con el sistema de filiación del CC la afirmación de la DGRN en relación con la impugnabilidad de este supuesto. Lo que no lo es tanto es la admisión de un nuevo supuesto de doble maternidad autónomo con base en el art. 44.5 LRC.

⁸¹ A favor de la legitimación y prosperabilidad de la acción en este caso se pronuncian BARBER CÁRCAMO (2013a), p. 136, 239; (2014), p. 123 y ss.; GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO (2013), p. 305, NANCLARES VALLE (2008), p. 12. En contra, QUICIOS MOLINA (2014b), p. 9; FARNÓS AMORÓS (2015), p. 17; INIESTA DELGADO (2017), p. 968. Como señala este último autor, la verdad biológica no es el fundamento de la determinación de esta filiación, por lo que no cabe impugnarla con base en este criterio (sosteniendo un criterio distinto en el caso de filiación heterosexual). Véase asimismo DIAZ MARTÍNEZ (2007), pp. 90 y ss. (y doctrina allí citada).

(que, además, podría añadir el conocido argumento del derecho a conocer los orígenes)⁸². Nuevamente, si introducimos la verdad biológica el sistema pierde sentido y urge una regulación legal coherente.

4. Consideraciones finales

La reforma operada en el año 2015 en el artículo 7.3 LTRHA, aunque desde el punto de vista práctico pudiera parecer que introduce un mecanismo más sencillo e, incluso, más lógico para determinar la doble maternidad legal, en realidad no ha solucionado los problemas que planteaba dicho precepto y ha generado otros nuevos. Siguen existiendo dudas acerca de cómo y cuándo debe prestarse dicho consentimiento. Además, puede considerarse que la voluntad del legislador en el año 2015 ha sido únicamente la de cambiar ciertos aspectos formales, dejando por lo demás el supuesto previsto en el artículo 7.3 LTRHA como el mecanismo específico (y, en principio, único) para determinar la filiación en casos de matrimonios de mujeres. No obstante, los cambios llevados a cabo en el precepto conllevan ciertas consecuencias prácticas que se han dejado sin resolver. Así, en cuanto a la participación de la gestante en la determinación de la filiación, en la relevancia de cara a dicha determinación de otros mecanismos distintos de prestación del consentimiento (en particular, los previos al nacimiento) o en la aproximación del consentimiento prestado por la cónyuge de la gestante a la figura del reconocimiento (en clara contradicción con la doctrina del TS en materia de reconocimientos de complacencia).

En última instancia, no se ha querido entrar en el aspecto clave de la cuestión, que es la relevancia que cabe otorgar a la voluntad procreacional a efectos de determinar la filiación (en particular, en los supuestos de reproducción humana asistida) y su incardinación en el sistema de filiación del CC⁸³. Y ello es especialmente grave dada la relevancia que la jurisprudencia del TS está otorgando a dicha voluntad procreacional y que presumiblemente va a seguir dando, incluso tras esta reforma (aunque sea a través de las acciones de filiación)⁸⁴.

⁸² DIAZ MARTÍNEZ (2007), p. 89, sí la admite también para el hijo en el caso de infidelidad de la madre, creyendo la consorte que consintió que el hijo era fruto del acceso a TRHA.

⁸³ Es muy discutido en la doctrina el papel a otorgar a la autonomía de la voluntad en la filiación. Para MARTINEZ DE AGUIRRE (2013), p. 1437, con la creciente importancia que se está dando a la voluntad (y a los intereses y deseos de los padres) en la creación de vínculos de filiación, lo que se está haciendo es desnaturalizar la propia institución de la filiación y abrir la puerta a un modelo de régimen de filiación centrado en el interés de los progenitores antes que en el de los hijos. Para BARBER CÁRCAMO (2013 b), p. 1127, en el esquizofrénico tratamiento que la autonomía de la voluntad tiene en el derecho español de filiación, una acción de reclamación de la filiación con eficacia meramente declarativa sería la pieza común a los tres tipos de filiación y la clave de cierre necesaria para identificar al sistema; y para compensar este afianzamiento de la verdad biológica, la autonomía de la voluntad podría encontrar ámbito de aplicación en los efectos de la filiación, que dejan de vincularse a dicha verdad para ligarse a la voluntad de comportarse como padre o madre. En sentido distinto, destacando el papel de la autonomía de la voluntad (y los aspectos afectivos y sociales) en la filiación, TAMAYO HAYA (2013), pp. 261 y ss.

⁸⁴ Como señala DIAZ MARTÍNEZ (2014), pp. 7, 8, el TS está aceptando la voluntad procreacional como fundamento de la determinación judicial de la maternidad legal y lo hace admitiendo la prosperabilidad de la acción aunque

Por su parte, lo que ha hecho la DGRN en su Resolución de 8 de febrero de 2017 es dar cabida, aprovechando la inclusión del art. 44.5 LRC, a supuestos que hasta ahora estaban excluidos del art. 7.3 LTRHA, esto es, los casos de embarazo por medios naturales, donante “conocido” o autoinseminación, permitiendo en estos casos que se determine la doble maternidad con base en la voluntad de ser madre de la consorte. Con ello se amplía aún más el papel que se otorga a la mera voluntad de ser madre en la determinación de la filiación (a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como en el caso de parejas heterosexuales). Pero, a falta de una modificación legislativa de conjunto que permita actuar de otro modo, la DGRN lo ha hecho sin dejar de aplicar las normas en materia de filiación por naturaleza del CC (basadas en la verdad biológica), lo que supone admitir un nuevo mecanismo de determinación de la doble filiación materna, pero de “menor categoría”, en la medida en que se permite su impugnación (por el padre biológico e, incluso, podría admitirse que también por el hijo).

Al final, la RDGRN es solo un ejemplo más de la inadecuación del artículo 7.3 LTRHA para resolver el tema de la doble maternidad y de la insuficiencia de la modificación operada en el año 2015, así como de la urgencia de una reforma coherente del sistema de determinación de la filiación. Y es que, por la vía de los hechos, los aplicadores del Derecho están yendo mucho más allá de lo que el legislador, *a priori*, parece permitir, convirtiendo al sistema en confuso, incoherente, inseguro y desigual.

Dicha reforma del sistema de filiación tendrá que determinar el papel que se le otorga a la voluntad de ser padre o madre, más allá de la adopción, en los mecanismos de determinación extrajudicial de la filiación (vinculados o no a las TRHA en el caso de las parejas del mismo sexo) y diseñar un régimen de acciones judiciales de filiación coherente con dicho papel. Si bien, dada la evolución que está teniendo esta materia, no parece que nos vayamos a acercar a una regulación semejante a la catalana (que ha sido superada en la práctica por la doctrina de la DGRN y del TS), ni probablemente a la argentina (en su nuevo Código civil y comercial)⁸⁵.

la posesión de estado fuera escasa o no resultara acreditada.

⁸⁵ En ésta última, se ha admitido una filiación por reproducción asistida (como tercer tipo de filiación, art. 558 del CCyC argentino), en la que los títulos de determinación son el parto y el consentimiento del hombre o mujer casados con la mujer que da a luz (arts. 560 y ss.) y se han modificado también las normas de presunción de filiación matrimonial para incluir los matrimonios de mujeres (arts. 566 y ss.), aunque la presunción no se aplica en los casos de RHA si el o la cónyuge no prestó el consentimiento (RODRÍGUEZ GUTIÁN [2015], pp. 139 y ss.). De cara a una posible reforma de la filiación en España, hay que ser muy cuidadoso a la hora de delimitar la determinación de la filiación en el caso de parejas de mujeres, porque un precepto que establezca una presunción de filiación para el matrimonio de mujeres (como el art. 566 CCyC argentino) podría plantear problemas, al admitir dentro de la “filiación por naturaleza”, que debería estar regida por la verdad biológica, un supuesto que no puede serlo, como el de los matrimonios de mujeres (salvo que redefiniéramos instituciones basadas en la verdad biológica). Esta dificultad se reflejaría, por ejemplo, en el régimen de las acciones de impugnación de la filiación que sigue estando presidido fundamentalmente por la verdad biológica, lo que no tiene sentido en el caso de matrimonios de mujeres (véase la regulación de estas acciones en los arts. 588 y ss. CCyC argentino). Y, por otra parte, se podría plantear también el diferente trato a las parejas de mujeres, según estén casadas o no, puesto que en el primer caso podrían tener a su disposición la “presunción de filiación” (si se admite dicha presunción para los matrimonios de mujeres sin acceso a las TRHA; cosa que *a priori* no hace el CCyC argentino,

Consideramos que sería más conveniente, en el caso de que en el ordenamiento español se admita la determinación de una doble maternidad más allá del uso de las TRHA, regular un supuesto de filiación basada únicamente en la voluntad (más allá del uso de estas técnicas) expresada por unos cauces específicos, tanto para parejas casadas como no casadas, y sin acceso al régimen general de acciones de filiación tradicionales, basadas en la verdad biológica⁸⁶. Se trataría de un supuesto semejante al del art. 118 CC o al reconocimiento para parejas heterosexuales (aunque sin conexión con la verdad biológica; y ello con independencia de que también sería necesario un replanteamiento del actual régimen jurídico del reconocimiento).

5. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Partes</i>
STEDH, 26.2.2002	65192/11 65941/11	Mennensson y Labassee c/ Francia

Dirección General de los Registros y del Notariado

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>
RDGRN 8.2.2017	Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1288774410304/ListaPublicaciones.html

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1 ^a , 15.1.2014	ROJ 608	Francisco Javier Orduña Moreno
STS, 1 ^a , 5.12.2013	ROJ 5765	José Antonio Seijas Quintana

Audiencia Provincial

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
-------------------------------	------------	---------------------------

pero que habría que precisar en una hipotética regulación en nuestro ordenamiento) y, en el segundo, únicamente pueden acudir a las TRHA para que conste la filiación a favor de ambas, ya que el reconocimiento se reserva para la paternidad. Sobre la interpretación de los preceptos señalados del CCyC argentino y el papel de las TRHA, HERRERA(2015), pp. 274 y ss. Precisamente señala esta autora como supuestos en los que se admitiría una acción de impugnación frente a la presunción de filiación de la esposa de la madre los casos en que el embarazo derive de relaciones sexuales con un hombre o del uso de una técnica casera de inseminación. Por otra parte, un análisis de las soluciones dadas en otros ordenamientos, incluido el recurso a la presunción legal de maternidad a favor de la cónyuge de la gestante, puede verse en RODRÍGUEZ GUTIÁN (2015), pp. 139 y ss.

⁸⁶ A salvo, en su caso, cuando se acuda al método ROPA.

Palma de Mallorca (4 ^a), 31.3.2014	ROJ IB 758	María Pilar Fernández Alonso
Madrid (22 ^a), 12.3.2015	ROJ M 3930	Carmen Neira Vázquez
Palma de Mallorca (4 ^a), 5.12.2012	ROJ IB 2836	Miguel Angel Aguilo Monjo
Valencia (10 ^a), 27.11.2017	ROJ V 4317	Carlos Esparza Olcina

6. Bibliografía citada

Roncesvalles BARBER CÁRCAMO (2013a), *La filiación en España. Una visión crítica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

-- (2013b), "Autonomía de la voluntad y derecho de filiación", en Matilde CUENA CASAS, Luis Antonio ANGUITA VILLANUEVA y Jorge ORTEGA DOMÉNECH (Coordinadores), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, págs. 1111-1129.

-- (2014), "Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales", *Derecho Privado y Constitución*, n° 28, 2014, págs. 93-136.

Pilar BENAVENTE MOREDA (2011), "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 64, n° 1, 2011, págs. 75-124.

-- (2017), "Los errores de legislar en paralelo: la problemática aplicación de las reglas sobre filiación (determinación, acciones de reclamación e impugnación) en la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción humana asistida", *Oñati Socio-legal Series*, v.7, n.1, 2017, págs. 1-36.

Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (2011), "La comaternidad: matrimonio entre mujeres y filiación", en María Paz GARCÍA RUBIO y M^a del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (Directoras), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 423-450.

M^a Soledad DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO (2015), "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014", *Indret 1/2015*, 35 págs. (www.indret.com).

Ana DÍAZ MARTÍNEZ (2007), "La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida", *Derecho Privado y Constitución*, n° 21, 2007, págs. 75-129.

-- (2014) "Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n° 10/2014 (BIB 2014/244), 9 págs.

Esther FARNÓS AMORÓS (2011), *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona.

-- (2014), "Article 235-28", en Joan EGEA I FERNÀNDEZ y Josep FERRER I RIBA (Directors), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Familia i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, págs. 668-674.

-- (2015), "La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 18, nº 1, 2015, págs. 5-61.

José Ramón GARCÍA VICENTE (2014), "Articles 235-1 a 235-14", en Joan EGEA I FERNÀNDEZ y Josep FERRER I RIBA (Directors), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Familia i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, págs. 587-616.

Maricela GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO (2013), *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid.

Marisa HERRERA (2015), "Comentario a los artículos 555 a 593", en Marisa HERRERA, Gustavo CAMELO y Sebastián PICASSO, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T.II, Libro 2º (arts. 401 a 723), Infojus, Buenos Aires, págs. 268-350, accesible en: http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf

Juan José INIESTA DELGADO (2017), "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", en Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS (Directores), *Tratado de derecho de la familia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 883-1019.

Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ (2014), "La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 6/2014, págs. 51-63.

Eleonora LAMM (2012), "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, nº 24, 2012, págs. 76-91.

Carlos MARTINEZ DE AGUIRRE (2013), "Realidad, ficción y verosimilitud en la regulación de la filiación", en Matilde CUENA CASAS, Luis Antonio ANGUITA VILLANUEVA y Jorge ORTEGA DOMÉNECH (Coordinadores), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, págs. 1423-1437.

Luis F. MUÑOZ DE DIOS SAEZ (2017), "El artículo 44.5 de la Ley del Registro Civil y la doble maternidad a la luz de la Resolución de 8 de febrero de 2017 de la DGRN", 11 págs., accesible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/la-doble-maternidad-y-el-articulo-44-5-de-la-ley-del-registro-civil/> (fecha consulta: 2 septiembre de

2017).

Javier NANCLARES VALLE (2008), "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 7/2008 (BIB 2008/578), 17 págs.

Antonia PANIZA FULLANA (2013), "La impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante", *Revista doctrinal Aranzadi civil y mercantil*, nº 4/2013 (BIB 2013/1475), 5 págs.

María Susana QUICIOS MOLINA (2014a), *Determinación e impugnación de la filiación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

-- (2014b), "¿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 Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 95/2014 (BIB 2014/1929), 14 págs.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ (1988), "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", en AAVV, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso mundial vasco)*, Trivium, Madrid, págs. 141-168.

-- (2011) "La filiación en el derecho civil de Cataluña", en Mariano YZQUIERDO TOLSADA Y Matilde CUENA CASAS (Directores), *Tratado de derecho de familia*, Vol. VII, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 335-477.

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN (2015), "Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción *post-mortem* y la doble maternidad", en Pilar BENAVENTE MOREDA y Esther FARNÓS AMORÓS (Coordinadoras), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, nº 2179, junio 2015, págs. 85-174.

Silvia TAMAYO HAYA (2013), "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", *Revista Digital de la Facultad de Derecho*, nº 6, págs. 261-316.

-- (2015), "Reproducción asistida, doble maternidad legal y novedades jurisprudenciales en la determinación de la filiación", en Silvia TAMAYO HAYA (Directora), *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Comares, Granada.

Rafael VERDERA SERVER (2007), "Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida", en José Antonio COBACHO GÓMEZ (Director), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 211-304.

-- (2016), *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia.