



**VNiVERSIDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Privado

Derecho Civil

Curso 2014/2015

**FILIACIÓN DE LOS HIJOS DE
PAREJAS DEL MISMO SEXO
NACIDOS MEDIANTE TÉCNICAS
DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

Silvia Hernández Robles

Tutora: Nieves Martínez Rodríguez

Junio 2015

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Privado

Derecho Civil

**FILIACIÓN DE LOS HIJOS DE
PAREJAS DEL MISMO SEXO
NACIDOS MEDIANTE TÉCNICAS
DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

**CHILD'S FILIATION OF SAME SEX
COUPLE BORN BY ASSISTED
REPRODUCTIVE TECHNIQUES**

Silvia Hernández Robles
silviahernandezrobles@usal.es

Tutor/a: Nieves Martínez Rodríguez

RESUMEN

Las Técnicas de Reproducción Asistida se configuran como el mecanismo principal para superar los problemas de infertilidad, y debido a su regulación es posible que a día de hoy la mera voluntad de tener un hijo haga que esto sea posible.

Este estudio tiene por objeto analizar el procedimiento de acceso a las técnicas de reproducción asistida por parte de parejas del mismo sexo, sus consecuencias legales y las desigualdades existentes en la materia.

Por un lado, se examinará la posibilidad de establecer una comaternidad, y por otro, la imposibilidad de obtener una copaternidad derivada de la figura de la gestación por sustitución, de manera que, estudiaremos los argumentos a favor y en contra de la misma, así como la necesidad de regularla con el fin de lograr una igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

PALABRAS CLAVE: Técnicas de Reproducción Asistida, Parejas del mismo sexo, filiación, comaternidad, gestación por sustitución.

ABSTRACT

The Assisted Reproductive Techniques are configured like the main mechanism to overcome the infertility problems, and because the law system, nowadays, it is possible the only wish to have a child, makes it possible.

The present study aims to analyse the access's process to assisted reproductive techniques for same sex couple, their legal consequences and the existing inequality in this subject.

On the one hand, the possibility to making a co-maternity will be examined here. On other hand, the impossibility to obtaining a co-paternity proceeds from the surrogate motherhood, so that, the arguments for and against will be studied, and also the necessity of regulating this, in order to get an effective equality between men and women.

KEYWORDS: Assisted reproductive techniques, same sex couple, co-maternity, surrogate motherhood

ÍNDICE

FILIACIÓN DE LOS HIJOS DE PAREJAS DEL MISMO SEXO NACIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN.....	5
1. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	7
1.1. LA FILIACIÓN Y SUS TIPOS	7
1.2. LA HOMOPARENTALIDAD COMO NUEVO MODELO DE FAMILIA Y FILIACIÓN.....	8
1.3. EVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. DE LA LEY 35/1988 A LA LEY 14/2006, SUS OBJETIVOS Y PRINCIPIOS.	10
1.4. ¿EXISTE UN DERECHO A TENER HIJOS? ¿Y A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA?.....	12
2. DOBLE MATERNIDAD. ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE LAS TRHA.	14
2.1. CUESTIONES DE PRINCIPAL RELEVANCIA.....	14
2.1.1. PRINCIPIOS DE LA FILIACIÓN COMATERNA.	14
2.1.2. SUJETOS PARTICIPANTES EN LA APLICACIÓN DE LAS TRHA. .	15
2.1.3. PRESUNCIONES EN MATERIA DE FILIACIÓN HOMOPARENTAL.	20
2.2. INSCRIPCIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD.....	20
2.2.1. LA PROBLEMÁTICA DEL ORDEN EN LOS APELLIDOS.....	22

2.3. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR POSESIÓN DE ESTADO...	23
2.4. JURISPRUDENCIA CONTRAPUESTA.....	24
2.4.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 740/2013, DE 5 DE DICIEMBRE DE 2013.....	24
2.4.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 836/2013, DE 15 DE ENERO DE 2014	27
a) Contenido de la sentencia	27
b) Voto particular.....	30
c) Análisis	31
2.5.- DERECHOS DE LA “ALLEGADA” DEL MENOR.....	32
2.6.- REGULACIÓN CATALANA.....	33
3. DOBLE PATERNIDAD ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE LAS TRHA	34
3.1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y TURISMO REPRODUCTIVO.	34
a) Debate doctrinal.....	35
b) Clases de subrogación	37
3.2.- TRATO JURISPRUDENCIAL OTORGADO A LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CELEBRADO POR ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO.....	37
3.2.1 De la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 a la STS de 2 de Febrero de 2015.....	37
a) Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.....	38
b) Primera Instancia. Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Valencia 193/2010, de 15 de septiembre.	39

c) Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.....	39
d) Recurso de Apelación. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre.....	41
e) Recurso de Casación. Sentencia Tribunal Supremo 835/2013 de 6 febrero, y mención especial al voto particular.....	42
f) Incidente de nulidad de actuaciones. STS de 2 de febrero de 2015 al amparo de las resoluciones otorgadas por el TEDH, y mención especial al voto particular	43
3.3.- NECESIDAD DE REGULACIÓN.....	45
CONCLUSIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA	49

ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
FIV	Fecundación In Vitro
IA	Inseminación Artificial
LAI	Ley de Adopción Internacional
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LRC	Ley del Registro Civil
LTRHA	Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
MP	Magistrado Ponente
RD	Real Decreto
RRC	Reglamento del Registro Civil
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TE	Transferencia de Embriones
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIG	Transferencia Intratubárica de Gametos
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida

INTRODUCCIÓN

La filiación es uno de los sectores más apasionantes e innovadores del Derecho de Familia, donde a día de hoy, naturaleza y ciencia confluyen para crear vida, logrando superar una de las mayores trabas para el ser humano en materia reproductiva: la infertilidad.

El camino para alcanzar esta realidad ha sido arduo pues hasta hace medio siglo la paternidad se reducía a la necesidad de un contacto humano entre un hombre y una mujer para lograrlo, produciéndose en los últimos tiempos una unión entre Ciencia y Derecho, fruto de la cual las Técnicas de Reproducción Asistida han logrado aumentar las vías de acceso a una filiación en virtud de la Ley 35/1988, de 22 de Noviembre y su sucesora, la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

A día de hoy la necesidad de establecer un contacto humano se ha visto superada, pues la mera voluntad procreacional se postula como uno de los fundamentos más importantes en materia reproductiva, permitiendo colmar el deseo de la paternidad a mujeres y hombres, sea cual sea su estado civil y su orientación sexual. En este sentido, la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo por la Ley 13/2005 de 1 de julio supuso un gran avance en la legislación española en materia de igualdad, pretendiendo equiparar estos enlaces a los matrimonios convencionales en todos sus ámbitos. Pero ¿se ha adaptado convenientemente la legislación en materia de filiación?, en concreto ¿garantiza la Ley 14/2006, de 26 de mayo, una igualdad efectiva entre parejas heterosexuales y homosexuales?

En este trabajo se analiza tanto la regulación como los requisitos de acceso a las técnicas de reproducción asistida que deben cumplir las parejas formadas por mujeres, en contraposición a los exigidos a las parejas heterosexuales. Del mismo modo, se examina la prohibición de acceso a las parejas formadas por hombres a la única vía genética de paternidad conocida como “gestación por sustitución”, de la que no se ha logrado unificación de doctrina, ni de jurisprudencia. Si bien la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico acoge el principio de no discriminación por razón de sexo, dentro del que se encuentra intrínseco el principio de no discriminación por razón de la orientación sexual, hace que nos hagamos la siguiente pregunta: ¿El hecho de permitir el acceso a las técnicas a las parejas conformadas por mujeres y prohibirlo a las parejas de hombres es acorde a la Constitución?

Estos interrogantes tratan de responderse a lo largo de este estudio, donde se aportan argumentos a favor y en contra, atendiendo a las necesidades sociales de nuestros días en

relación a los principios básicos en materia de filiación intencional, y a la doctrina existente en esta materia.

En este sentido, el análisis de la doble maternidad y la doble paternidad se realiza de manera separada y pormenorizada a fin de localizar las disimilitudes existentes entre ambas figuras, gracias a un apoyo jurisprudencial de Sentencias del Tribunal Supremo, de Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia, incluyendo las correspondientes Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado emitidas a este efecto. De igual manera, el Derecho comparado tendrá especial relevancia a la hora de observarse las regulaciones existentes en otros ordenamientos jurídicos, así como las argumentaciones otorgadas por los tribunales europeos ante un conflicto en materia de filiación intencionada.

1. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1.1. LA FILIACIÓN Y SUS TIPOS

Comenzando el análisis acerca de la figura de la filiación podríamos definir la misma como “*el vínculo que existe entre un padre y su hijo o una madre y su hijo*”¹, y que además crea entre ellos una relación de ascendencia y descendencia, atribuyendo un conjunto de derechos y deberes a los padres respecto de sus hijos, esto es, la patria potestad, siendo innecesaria la concurrencia de un vínculo biológico entre los mismos, como veremos a continuación, para que ésta tenga lugar.

Nuestro ordenamiento jurídico incorpora dos modelos de filiación de la mano del artículo 108 del Código Civil (CC de ahora en adelante) “*1. La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. 2. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*”.

A la vista de este precepto, tanto la filiación natural, como la adoptiva, en términos generales son solamente posibles en parejas heterosexuales (pues el legislador utiliza exclusivamente los términos padre y madre), dejando fuera del articulado a las parejas formadas por personas del mismo sexo que, desde la reforma del Código Civil de 2005², cuentan con una cuestionable equiparación legal plena de derechos y obligaciones, cualquiera que sea la composición del matrimonio³, abriéndose del mismo modo un abanico de posibilidades a la determinación de la filiación de aquellas mujeres que en concreto se sometían a un tratamiento de reproducción asistida.

Pese al transcurso de los años, la tendencia social continua siendo la de equiparar una filiación natural a una filiación biológica (o sanguínea), es decir, el hecho natural resultado de la procreación humana que proporciona a los hijos el mismo material genético que el de sus padres. Sin embargo, esta asociación de lo natural con lo biológico queda totalmente superada por la ciencia y el derecho, dicho de otra manera,

¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia*, segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 2008, págs., 297-325.

²Se alude a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

³Exposición de motivos de la Ley 13/2005, en su apartado II

en palabras de DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN “*biológicamente la afirmación de que A es hijo de B o de que B es padre/madre de A, significa que B ha tenido una autoría en la procreación de A. Sin embargo, jurídicamente las cosas no son tan simples*”⁴. El vínculo de filiación no puede quedar resumido como fruto de una procreación, pues como vínculo jurídico que es, hay que atender a un conjunto de factores, bien sean sociales, políticos, culturales o de otro tipo, con el objetivo de distinguir la filiación biológica/genética (progenitor) de la filiación legal⁵ (padre), premiando la trascendencia de esta última, como ya ocurre en adopción.

En base a lo expuesto, podemos preguntarnos ante qué tipo de filiación se encuentran los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, ¿natural, adoptiva o estamos ante una tercera clase de filiación?

1.2. LA HOMOPARENTALIDAD COMO NUEVO MODELO DE FAMILIA Y FILIACIÓN

Tiene especial relevancia que en este punto tratemos, aunque sea brevemente, la norma jurídica que ha permitido el reconocimiento formal del derecho de los matrimonios de personas del mismo sexo, configurándolo como un hecho y una realidad social, superando los prejuicios, estigmas y discriminaciones que este colectivo albergaba por motivo de su orientación sexual a lo largo de toda la historia de la humanidad⁶. Hablamos de la revolucionaria Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que por medio su artículo único, modifica, añade o reescribe un conjunto de preceptos civiles. Entre otros, se añade un segundo inciso al art. 44 CC que queda configurado del siguiente modo: “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”. La redacción del precepto abre las puertas de la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo, y, no solo eso,

⁴DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil: Derecho de familia y Derecho Sucesorio*, décima edición, Editorial Tecnos, Madrid 2006, pág., 225

⁵Filiación legal: “El que asume, a los efectos legales todos los derechos y obligaciones de la paternidad. Puede o no ser el padre genético” descripción dada por PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid 2002, pág., 416

⁶Exposición de motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil.

equipara de forma absoluta los matrimonios contraídos entre parejas homosexuales o heterosexuales sin que resulte contraria a la Constitución Española⁷.

De igual modo es trascendental para este trabajo, la nueva composición del Código Civil que introduce el legislador sustituyendo los términos “*marido y mujer*” por “*cónyuges o consortes*”⁸. Gracias a esta modificación, la nueva redacción del art. 175.4º CC introducida por la misma Ley, permite superar el obstáculo en materia de filiación adoptiva sin importar la orientación sexual del adoptante, aunque no en los mismos términos en que pueden realizarlo las parejas heterosexuales⁹.

El reconocimiento legal de estos matrimonios ha supuesto una evolución en el concepto tradicional de familia. Este nuevo modelo se conoce como “*homoparentalidad*”, término creado en Francia para designar todas las situaciones familiares en las que, al menos un adulto que se autoidentifica como homosexual, es, a su vez, el padre de al menos un niño¹⁰. El mismo es avalado por nuestro ordenamiento jurídico y confirmado por nuestros tribunales, sin ir más lejos, la Magistrada Ponente en la STS 12 de Mayo de 2011, definió la situación familiar real de la sociedad española con las siguientes palabras: “*El sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus competentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales*”¹¹

⁷ Y así lo dictamina el Tribunal Constitucional en la STC de 6 de Noviembre de 2012, al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta y un diputados del Partido Popular contra la Ley 13/2005 de 1 de julio, alegando que la misma vulneraba la literalidad del art. 32 CE. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no estuvo conforme con tales argumentaciones, y dictaminó que dicha Ley derivaba del mandato al legislador de la Constitución Española para promover la igualdad y libertad del individuo, en relación con el principio de no discriminación por razón de la orientación sexual, artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española (CE de ahora en adelante).

⁸ Arts. 116, 117 y 118 CC.

⁹ La adopción en términos generales, puede llevarse a cabo de manera *conjunta* por la pareja al mismo tiempo, o de manera *sucesiva*, esto es, uno podrá adoptar a los hijos de su cónyuge. En España, las parejas homosexuales no tienen permitida la adopción conjunta, sin embargo, es viable la adopción de un menor por una persona sola sin importar su orientación sexual, siendo posible la adopción sucesiva de los hijos del otro, siempre y cuando la adopción se hubiera realizado con anterioridad al matrimonio. Este tipo de filiación se configura como la única vía legal de la que disponen las parejas de hombres para tener descendencia, como se explica en el capítulo III.

¹⁰ GROSS, M.: *Qu'est-ce-que l'homoparentalité?* Petit Bibliothèque Payot, Paris, 2012. Pág., 7. La definición real que este autor nos ofrece es la siguiente: “*Toutes les situations dans lesquelles au moins un adulte qui s'auto-identifie comme homosexuel est le parent d'au moins un enfant*”

¹¹ STS 12 de Mayo de 2011. MP: Encarnación Roca Trías

Las formación de las familias homoparentales es limitada, si bien sabemos que tradicionalmente el Código Civil acoge tan solo dos vías de filiación (natural y adoptiva), las parejas del mismo sexo que quieren tener descendencia pueden acogerse al modelo de filiación adoptiva (de manera indirecta o sucesiva, y siempre condicionados a la legislación de cada Estado) o al modelo de filiación intencionada (introducido mediante las técnicas de reproducción humana asistida a las que podemos definir como un derecho subjetivo a la procreación, sin necesidad de acceso carnal o relación sexual entre hombre y mujer)¹².

1.3. EVOLUCIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. DE LA LEY 35/1988 A LA LEY 14/2006, SUS OBJETIVOS Y PRINCIPIOS.

Las Técnicas de Reproducción Asistida vieron la luz en Reino Unido por primera vez en 1978¹³, y pronto, países europeos, entre ellos España, sintieron la necesidad de regular este tipo de técnicas dando solución desde un primer momento al gran problema de la esterilidad humana que se materializó de inmediato en una pionera norma: la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA de ahora en adelante), la Ley 35/1988, de 22 de noviembre¹⁴, plasmando en ella una realidad de la sociedad española¹⁵.

La citada norma fue complementada con la Ley 42/1988 de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos. Desde el primer momento engloba el conjunto de tratamientos que integran el ámbito de aplicación material de la misma: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG), eso sí, siempre y cuando estén científica y clínicamente indicados y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados (art 1), excluyendo en el art. 10.1, del mismo modo que lo hace la ley vigente, los contratos de gestación por sustitución, la clonación de seres humanos con fines reproductivos (art. 1.3), la realización continuada de prácticas de estimulación ovárica, la selección del sexo o la manipulación genética con fines no

¹² FLORES RODRÍGUEZ, J., “Homoparentabilidad y Derecho Civil” *Burjc Digital*, <https://ciencia.urjc.es/handle/10115/11392> (consultado el 11 de marzo de 2015) pág., 5

¹³ Con el nacimiento en Reino Unido de Louise Joy Brown, la primera (mal llamada) niña probeta gracias a las técnicas de fecundación in vitro.

¹⁴ Norma que ha estado vigente hasta el 28 de Mayo de 2006, hasta su derogación por la Ley 14/2006.

¹⁵ Exposición de motivos de la Ley 35/1988, en su apartado II.

terapéuticos, la creación de pre-embriónes humanos con incumplimiento de los límites legales y otras técnicas no incluidas en la ley¹⁶.

Sin embargo, los continuos avances científicos y tecnológicos en el campo de la investigación supusieron la derogación de esta norma mediante la entrada en vigor de la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida que no permanece inalterada, siendo susceptible de cambios normativos y debidas adaptaciones. Mediante disposición derogatoria única, la Ley 14/2006 se constituyó como la norma de referencia en materia de reproducción asistida dos días después de su publicación en el BOE, acogiendo las múltiples afectaciones de la norma anterior, y las suyas propias. Dicha norma desde su vigencia ha sido modificada en primer lugar y de forma trascendental por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por la que se modifica y redacta el artículo 7¹⁷, el cual habilita la posibilidad de filiación comaterna¹⁸, mediante la autorización correspondiente de la mujer no gestante en el Registro Civil. Seguida por el Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, donde se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, y finalizando con la derogación de la disposición adicional segunda de este texto mediante la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que modifica o introduce según proceda los artículos 5.4, 6.4, 6.5, 11.7, 11.8, 15 y 1.a.

El objetivo fundamental de la primera LTRHA no era otro que el de superar la imposibilidad natural de fecundación¹⁹, junto con la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario²⁰. Por fortuna, la norma actual ha ido más allá, permitiendo que cualquier mujer mayor de 18 años con plena capacidad de obrar pueda ser receptora o usuaria de estas técnicas, debiendo constatarse por escrito su consentimiento, así como que accede a las mismas de forma libre, consciente y expresa.

¹⁶Conjunto de prácticas prohibidas por la Ley 14/2006 TRHA

¹⁷Disposición adicional primera de la Ley 3/2007 (Adición de un apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)

¹⁸ Expresión utilizada por MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “A vueltas con la doble maternidad por naturaleza y la reclamación de la filiación por posesión de estado”, *La Ley. Derecho de Familia*, 2014. Pág., 5

¹⁹Art. 1.2 de la Ley 35/88 “*Las Técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces*”

²⁰ Art. 1.3 de la Ley 35/88 TRHA.

Tal cambio supone la evolución en el objetivo fundamental de la norma, de paliar la esterilidad humana, al mero deseo de tener descendencia.

Si las técnicas de reproducción asistida permiten, a día de hoy, tener hijos a parejas de hecho sin la necesidad de haber contraído matrimonio o a personas solteras, debemos partir de un principio fundamental en materia de filiación introducido en nuestra legislación por la Ley 11/1981 de 13 de mayo, que es la *igualdad de filiaciones* (en las dos dimensiones del término “igualdad”, igualdad ante la ley e igualdad en la ley²¹). Quedando por ello consagrado en el art. 108 CC que, tanto la filiación matrimonial y no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de dicho Código.

No debemos olvidar otro principio básico en materia de filiación (tanto natural como adoptiva) que es el *interés superior del menor* (art. 39 CE), el cual se configura constitucionalmente como un concepto jurídico indeterminado en materia de filiación que “*se diversifica y debate entre la necesidad de su protección y la estabilidad de su situación filial*”²².

1.4. ¿EXISTE UN DERECHO A TENER HIJOS? ¿Y A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA?

No hay una respuesta unánime a las preguntas que encabezan este apartado, si bien es una cuestión discutida por la doctrina. Tampoco encontramos a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico ningún precepto que otorgue a las personas un derecho de filiación en el sentido estricto del término “filiación”, o un derecho a ser padres.

Una parte de la doctrina como ALKORTA²³ y ROCA TRÍAS²⁴, se postulan entendiendo que el derecho a tener hijos es sinónimo del derecho a fundar una familia²⁵,

²¹GARCÍA VICENTE, J.R., “Los principios del Derecho de las acciones de filiación”, *Aranzadi Civil*, Pamplona 2004, pág., 11.

²²JARUFE CONTRERAS, D. *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: Adopción “versus” técnicas de reproducción humana asistida*. Dykinson, Madrid 2013. Pág., 37.

²³ALKORTA IDIAKEZ, I., “Nuevos límites del derecho a procrear”, *Derecho Privado y Constitución*, 2006., pág., 20

²⁴ROCA TRÍAS E., “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Editorial Trivium, Madrid 1988, pág., 26

implicando una actitud activa del estado, dando lugar a otros derechos como el de la libertad de procreación, el derecho a la personalidad o el derecho a la salud.

Visión contraria es la que toman autores como GAFO FERNÁNDEZ²⁶, quien recuerda que ningún texto de derechos humanos acoge una referencia concreta al derecho de procreación, o LLEDÓ YAGÜE²⁷, quien afirma que hablar de un “*derecho a la procreación*” implicaría una concepción patrimonialista que se traduciría en el derecho a tener un hijo, y no es tal. Otros como JARUFE CONTRERAS²⁸, se posiciona negando la existencia de un derecho a tener hijos derivado del derecho a fundar una familia, pero reconoce la existencia de un derecho de acceso a los medios necesarios para obtenerlos.

Desde mi punto de vista, el derecho a tener hijos, a pesar de no estar reconocido expresamente, es un derecho intrínseco al ser humano por su propia naturaleza, si bien podríamos argumentar que deriva del derecho a la dignidad humana, a la libre determinación de la personalidad o al derecho a fundar una familia, es acogido indirectamente por nuestro ordenamiento desde el momento en que proporciona dos leyes orientadas a satisfacer ese deseo humano: la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (de ahora en adelante LAI), y la Ley 14/2006 sobre TRHA.

En este sentido, resulta obvia la existencia de un derecho de acceso a los medios pertinentes para tener hijos, y así lo reconoce la Ley de 2006 a toda mujer con capacidad de obrar que lo desee.

Esto hace que nos preguntemos: ¿la existencia de este derecho de acceso a las TRHA obliga al Estado a proporcionar todos los medios para llevarlas a cabo?. El debate está al orden del día. Si bien el Real Decreto 1030/2006²⁹, de 15 de septiembre establece unos requisitos de acceso a la sanidad pública sumamente exhaustivos, son muchas las

²⁵ Derecho consagrado en el ordenamiento jurídico internacional: art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 8.1 y 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

²⁶ GAFO FERNÁNDEZ, J. *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Editorial Universidad Pontificia de Comillas. Madrid 1986, pág., 54

²⁷ LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y derecho*, editorial Tecnos, Madrid 1986, pág., 19

²⁸ JARUFE CONTRERAS, D. *Tratamiento legal de las filiaciones...*, cit, pág., 120

²⁹ Nos referimos al Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (Anexo III, punto 5.3.8)

voces que exigen un tratamiento efectivo a cargo de la Seguridad Social para todas las personas sin distinción. Por el contrario, otros siguen defendiendo que el acceso a las TRHA es un derecho que el Estado no puede impedir³⁰, pero que tampoco tiene la obligación de garantizar.

2. DOBLE MATERNIDAD. ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE LAS TRHA.

2.1. CUESTIONES DE PRINCIPAL RELEVANCIA

Antes de entrar a valorar el fondo de la cuestión objeto de este estudio es conveniente desarrollar los principios y requisitos que envuelven la filiación comaterna y que hacen de ella una figura legal y fuertemente innovadora, a pesar de que cuente con muchos vacíos legales a superar.

2.1.1. PRINCIPIOS DE LA FILIACIÓN COMATERNA.

Las filiaciones en general, y las procedentes de técnicas de reproducción asistida en particular, se basan a mi juicio en dos principios básicos y contrapuestos a su vez.

Por un lado, el principio de veracidad biológica, inspirador de la regulación en el Código Civil en materia de filiación por el vínculo consanguíneo, fundamenta la filiación natural, chocando por otro lado con el principio de voluntad procreacional, basado en el deseo de tener un hijo, que se configura como pilar básico de la filiación intencional basado en la mera voluntad de aquellos que desean ser padres, sean fértiles o no, sin importar el vínculo genético.

A priori es difícil contextualizar estos principios en una misma realidad, no obstante deben coexistir, pues el interés prevalente del legislador no es otro que el del mantenimiento de la relación jurídica familiar en la que se integra el hijo³¹. Por ello, en algunas ocasiones, debe sacrificarse el *principio de veracidad biológica* a favor de otras realidades que distorsionan y se alejan de la biológica originadas por los avances científicos, en especial, por la amplia posibilidad de actuación sobre la reproducción

³⁰ Entre ellos JARUFE CONTRERAS, D., *Tratamiento legal de las filiaciones...*, cit, pág., 128

³¹ LLEDÓ YAGÜE, F, *Sistema de derecho civil. Derecho de familia*. Dykinson, Madrid 2002, pág., 290.

humana³², y sobre todo, a favor del *principio de anonimato del donante* en la aplicación de las TRHA. En este sentido se manifiesta la doctrina mundial mayoritaria³³, entendiéndose que este subprincipio es incompatible con el derecho del nacido a conocer sus propios orígenes biológicos, ya que no solo la LTRHA lo reconoce en su art. 5.5, el Tribunal Constitucional también lo hace en la STC 116/1999 de 17 de junio, al declarar la constitucionalidad de dicho precepto, acogiendo la primacía del principio general del anonimato del progenitor donante de gametos (sujeto a excepciones) sobre el principio de veracidad biológica y la no vulneración del art. 5.5 LTRHA de ningún otro derecho fundamental.

2.1.2. SUJETOS PARTICIPANTES EN LA APLICACIÓN DE LAS TRHA.

Los sujetos intervinientes en la aplicación de las técnicas de reproducción humana varían según el tipo de familia ante el que estemos. En este apartado, vamos a apoyarnos en los intervinientes homoparentales, concretamente mujeres, y en virtud del estudio de la LTRHA podemos decir que son los siguientes:

I) Mujer usuaria o receptora y su consentimiento como madre gestante: La LTRHA establece que toda mujer podrá ser receptora, siempre que la misma tenga un mínimo de 18 años cumplidos, y aunque no se establezca un máximo de edad debemos presumir que ésta será aquella que contravenga su salud, siempre y cuando un equipo médico así lo determine. Además de ello se exige que la mujer tenga plena capacidad de obrar, así como que haya prestado por escrito su consentimiento de manera libre, consciente y expresa (art. 6.1).

La expresión “toda mujer” a la que alude el legislador hace referencia a cualquier mujer, con independencia de su estado civil y orientación sexual, por lo que pueden hacer uso de las mismas todas las mujeres mayores de edad, casadas o solteras, heterosexuales u homosexuales (art. 6.2).

La relación que une a la mujer usuaria con la clínica especializada en TRHA es contractual³⁴, y contractual será el consentimiento previo prestado independientemente

³² DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, S, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal”, *Indret*, Barcelona 2015, pág., 5.

³³ ALKORTA IDIAKEZ, I., *La regulación jurídica de la medicina reproductiva*. Aranzadi, Navarra 2003, Págs., 265 y 266.

³⁴ El contrato celebrado entre la mujer usuaria y la clínica pertinente es un contrato de arrendamiento de servicios. En palabras de DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III*, Editorial Civitas, Madrid 1996, pág., 244) el objeto de estos contratos no es otro que el

de su estado civil, así como informado³⁵. Este último consentimiento presenta dos contenidos dando sentido a su existencia y son, por un lado la necesidad de ser informado del tratamiento que se va a recibir en todos sus aspectos, y, por otro, el acto personal propio de prestación del consentimiento a autorizar una técnica concreta o accesoria para el objetivo del servicio a prestar³⁶.

II) Esposa de la receptora y la importancia de su consentimiento como “madre no gestante”: Como regla general, todo matrimonio que se preste a este tipo de tratamientos debe someterse al mismo en consenso, es decir, uno con el consentimiento del otro, y así explícitamente el art. 6.3 LTRHA establece que *“Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente”*, y continúa el segundo párrafo diciendo que *“el consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal”*.

El precepto en un primer momento hace referencia expresa a que será el marido quien deba prestar su consentimiento, obviando a los matrimonios de mujeres del mismo sexo, a los que la ya vigente Ley 13/2005 equiparó en igualdad de derechos y deberes a los matrimonios formados por un hombre y una mujer.

Continúa el segundo párrafo utilizando la expresión *“cónyuge”* que sin duda, tras la citada reforma, nos genera cierta inseguridad. Si bien es cierto que hasta el año 2005 la imposibilidad de constitución de una filiación natural para las parejas del mismo sexo era obvia, la citada reforma hizo que el requisito de la heterosexualidad desapareciera en la institución matrimonial (art. 44 CC), por el contrario, el capítulo destinado a la filiación y sus acciones permaneció inalterado.

de una prestación de hacer (como una obligación de medios, no de resultado) donde la diligencia exigida al deudor constituye el objeto mismo de la obligación.

³⁵ El art. 6.1 y 6.2 LTRHA establece que el consentimiento es previo al empleo de las TRHA. Y según MORO ALMARAZ (*Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in Vitro”*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, pág., 90) también es *“imprescindible para legitimar cualquier actuación médica que suponga una intromisión en la integridad física de un sujeto”*.

³⁶ Respecto al doble contenido del consentimiento se manifiesta FARNÓS AMORÓS, E, (*Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Editorial Atelier, Barcelona 2011, pág., 67) entendiéndolo que el consentimiento contractual y el consentimiento informado no deben diferenciarse puesto que el segundo de ellos englobaría al primero de los referidos.

En la misma línea en que se posiciona TOMÁS MARTÍNEZ³⁷, debo decir que parece que el legislador sigue refiriéndose al marido y no al “cónyuge” como esposa en el sentido amplio de la palabra en el art. 6.3, y que, sin embargo, ni permite ni prohíbe el hecho de que una mujer que se someta a estos tratamientos esté casada con una mujer. Encontramos aquí el primer vacío legal en materia de filiación asistida de los nacidos de parejas del mismo sexo, y una contradicción con el sistema, puesto que el legislador de la Ley 14/2006 no adaptó el nuevo texto a la normativa superior vigente.

Al hablar de la importancia del consentimiento de la esposa de la receptora partimos de la posibilidad otorgada por la LTRHA en su art. 7.3, que concretamente señala que *“cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”*.

La declaración de voluntad de la esposa de la madre biológica como acto personalísimo es suficiente para determinar la filiación a su favor, sin embargo, lo que sorprende en este punto es que no se presta el consentimiento de la esposa en la clínica de reproducción asistida, sino que queda supeditado a un momento posterior en el tiempo, una vez efectuada con éxito la reproducción asistida y antes del nacimiento, es decir, cuando el embarazo es un hecho. En otros términos, el consentimiento prestado por la madre no gestante es un consentimiento condicionado, o más bien un compromiso a que en el momento del nacimiento del menor, lo inscribirá como hijo propio.

La consecuencia de esta particularidad radica en el supuesto de que la mujer consorte fallezca en el periodo de tiempo existente entre la prestación del consentimiento en el Registro Civil y el nacimiento del menor, no pudiendo reconocerse la filiación a su favor, imposibilitando al menor el beneficio de los derechos sucesorios estipulados por ley para padres e hijos (legítima), sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones testamentarias. Esto sin embargo no ocurre en caso de parejas heterosexuales, cuando habiendo prestado consentimiento en el centro médico, será reconocida la filiación si

³⁷ TOMÁS MARTÍNEZ, G. “El consentimiento en la relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, *Actualidad Civil*, núm 7, 2010., pág. 748.

fallece el marido o pareja de la mujer antes del nacimiento, devengando los derechos sucesorios propios.

En definitiva, la ley no prevé que una mujer consienta que su esposa se someta a técnicas reproductivas, por el contrario, esto sí es necesario para los matrimonios heterosexuales, donde el art. 6.3 LRTHA exige un consentimiento anterior al uso de las técnicas, siempre y cuando la pareja no se halle separada legalmente o de hecho. La igualdad entre matrimonios no se produce hasta el nacimiento del menor, existiendo una clara discriminación previa entre ambos en el proceso de fecundación e inscripción y tal diferenciación hace que nos cuestionemos la constitucionalidad de la misma.

III) Conviviente de la receptora y pareja de hecho: En este apartado, me refiero a “conviviente” como a la pareja femenina de la mujer que va a iniciar un tratamiento de reproducción de asistida, con la que mantiene una relación estable con convivencia.

El art. 7.3 LTRHA es contundente al acoger tan solo la posibilidad de determinar la filiación a una segunda mujer cuando existe un vínculo matrimonial vigente entre las mismas, y la única posibilidad otorgada por nuestro ordenamiento jurídico para determinar legalmente la filiación a favor de la conviviente o pareja de hecho de la gestante es mediante un procedimiento de adopción, del mismo modo que en aquellos supuestos donde mediando o no matrimonio no se ha hecho uso de las técnicas reproductivas legalmente establecidas.

El art. 8.2 LRTHA sólo prevé la atribución de paternidad extramatrimonial al varón no casado, donde a diferencia de lo expuesto, no cuenta con la exigencia matrimonial para poder reconocer una filiación, y tampoco hay obligación de relación biológica con los descendientes del varón. Por este motivo algunos juristas como BENAVENTE MOREDA³⁸ y LAMM³⁹, consideran que esto constituye un trato discriminatorio a las parejas extramatrimoniales de mujeres en contraposición con las parejas extramatrimoniales heterosexuales por parte del legislador, sobretodo teniendo en

³⁸ BENAVENTE MOREDA, P. “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*, núm 1, 2011. Pág., 75-124

³⁹ LAMM, E. “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de la reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2012, pág.,85

cuenta las múltiples enmiendas presentadas al proyecto de técnicas de reproducción asistida de 2005 como consecuencia de la vigencia de la Ley 13/2005⁴⁰.

Otras opiniones sin embargo apuntan a que si bien la situación en comparación con las parejas heterosexuales es injusta, no es conveniente hablar de la existencia de un trato discriminatorio, y su razonamiento se basa en la posibilidad que el ordenamiento jurídico les brinda el art. 7.3 LTRHA previo matrimonio, y que por tanto si estas mujeres en su derecho libremente han optado por una convivencia extramatrimonial por voluntad propia, no podrán beneficiarse de la opción contemplada en la ley en caso de vínculo matrimonial existente⁴¹.

IV) El donante: El donante como sujeto interviniente en las TRHA no siempre corresponde a la regla general de “varón donante de esperma”, pues sin duda alguna, tienen un papel fundamental en nuestro sistema de reproducción asistida las mujeres donantes de óvulos⁴². En este apartado no obstante, debemos centrarnos en el varón donante, pues al contrario que en caso de la mujer donante, puede afectarse la determinación de la paternidad-maternidad y requiere la concurrencia de determinados consentimientos⁴³.

El donante debe someterse a un contrato de donación, el cual está debidamente recogido el art. 5.1 de la LTRHA como “*un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado*”, y que tal se constituye, aunque la ley lo omita, como un acto personalísimo⁴⁴ y limitado⁴⁵, sujeto como ya adelantaba, al principio de anonimato del donante por el art. 5.5 de la misma norma,

⁴⁰ Nos referimos al Proyecto de Ley 121/000039, de Técnicas de Reproducción Asistida de 13 de Mayo de 2005 frente al que se presentaron algunas enmiendas publicadas en el BOCG el 28 de Septiembre del mismo año.

⁴¹ Me refiero concretamente a la opinión otorgada por DE LA FUENTE NUÑEZ DE CASTRO, S, “Acción de reclamación...” cit, pág., 13.

⁴² Una práctica creciente en parejas de mujeres consiste en la prestación de un óvulo por parte de una ellas, que va a fecundarse, con material genético de un donante y después se procederá a la implantación de ese óvulo fecundado en el útero materno de la otra de las mujeres, la cual se encargará de gestar al feto.

⁴³ JARUFE CONTRERAS D., “Tratamiento legal de las filiaciones...”, cit, pág. 103.

⁴⁴ En la donación de gametos y/o preembriones “no cabe representación voluntaria ni legal”. DELGADO ECHEVARRÍA, J. *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Editorial Trivium, Madrid 1988. Pág., 208

⁴⁵ Art. 5.7.1 LTRHA, el cual cito textualmente “El número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis”

Finalmente, el varón que desee adherirse al contrato de donación será una persona física mayor de edad con plena capacidad de obrar y buen estado de salud psicofísica (art. 5.6 LTRHA).

2.1.3. PRESUNCIONES EN MATERIA DE FILIACIÓN HOMOPARENTAL.

La regla general en materia de filiación matrimonial heterosexual es que, el marido de la madre goza de la presunción de paternidad por el mero hecho del matrimonio (arts. 116 a 119 CC) que se configura como una presunción *iuris tantum*, admitiendo prueba en contra mediante la correspondiente acción de impugnación de paternidad.

Diferente respuesta es la que tenemos que dar en caso de encontrarnos ante una filiación matrimonial comaterna donde la mujer que es madre goza de la presunción de maternidad por el hecho del parto (art. 10.2 LTRHA), no existiendo una segunda presunción de maternidad para la consorte por el hecho de ser cónyuge a lo largo de nuestro ordenamiento, y mucho menos por ser pareja de hecho o conviviente de la primera mujer.

Encontramos en este punto, un segundo vacío legal y una desigualdad, pues efectivamente existe una presunción de paternidad para el varón cónyuge y no para la mujer cónyuge, quienes encontrándose en la posición jurídica de “cónyuge”, uno de ellos debe proceder a un conjunto de trámites a fin de que se determine la filiación del menor a su favor.

2.2. INSCRIPCIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD

La LTRHA en su art. 7.1 remite la determinación de la filiación al Código Civil, el cual no adaptó la regulación relativa a la filiación tras la reforma operada por la Ley 13/2005 respecto del derecho a contraer matrimonio (consecuencia de ello, los artículos 112 a 141 permanecen inalterados). Dicha reforma supuso la modificación del art 48 de la Ley del Registro Civil (LRC de ahora en adelante) la cual añadió una mención a la constancia registral de la filiación materna ligada al vínculo matrimonial de los padres del nacido.

Por su lado, la LTRHA solo posee un precepto que acoja un supuesto filiación comaterna, el 7.3 LTRHA el cual prevé una especificación que obliga a la esposa de la

gestante a prestar consentimiento válido ante el encargado del Registro Civil a fin de que al nacimiento del hijo de su cónyuge, se determine la filiación a su favor.

Con esta escasa regulación, y las discrepancias en los pronunciamientos de los jueces encargados del Registro Civil, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ha tenido que emitir distintas resoluciones dando solución y asentando doctrina respecto de casos de mujeres, casadas o no con la madre de un niño nacido por medio de TRHA, quienes han querido determinar la filiación de ese menor a su favor, acogiéndose a los preceptos y a las leyes que supuestamente les amparan.

En distintos pronunciamientos, la DGRN ha procedido a estimar el recurso interpuesto por las promotoras y ordenar que en la inscripción de nacimiento del menor conste como progenitora junto a la madre biológica a la esposa de la misma. Se alude en las resoluciones de 14 de octubre de 2008, de 17 de marzo de 2008 y de 24 de Noviembre de 2008 a los arts. 7 LTRHA y 48 LRC en relación a la disposición adicional primera de la Ley 13/2005 de 15 de marzo y el art 44 CC, y de estos preceptos podemos decir, que como regla general, se procederá a la inscripción comaterna siempre y cuando, de manera exclusiva y excluyente:

- Hayan contraído matrimonio con anterioridad al nacimiento de su hijo, y no se encuentren separadas legalmente o de hecho.
- La concepción del menor haya sido realizado mediante uno de los tratamientos legalmente previstos en la Ley 14/2006.

En otras instrucciones, la DGRN ha procedido a la no inscripción del menor a favor de la mujer de la madre, bien por no estar casadas⁴⁶, o como ocurre en la resolución de 7 de Enero de 2009 que a pesar de estar casadas, la gestante no se había sometido a ningún tratamiento de los recogidos en la Ley 14/2006⁴⁷, o bien por haber contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento del menor⁴⁸

⁴⁶ Y así lo prevé la Resolución de 12 de Enero de 2011 en sus fundamentos de derecho, donde se atiende al ya invocado 7.3 LTRHA que exige que las mujeres se encuentren casadas y no separadas legalmente o de hecho. Las mujeres en este caso, al momento del nacimiento de la menor mantenían una unión de hecho estable, y tal y como dice la instrucción, no se puede pretender una aplicación analógica del art. 8 LTRHA, el cual, tan solo reconoce la existencia de una presunción de paternidad a favor del marido que hubiese prestado un consentimiento formal, previo y expreso al uso de tales métodos.

⁴⁷ La resolución de la DGRN de 7 de Enero de 2009 otorga dos motivos de denegación de la inscripción de maternidad a favor de dos mujeres casadas para ese caso concreto. En primer lugar, que ambas mujeres se encontraban residiendo en lugares diferentes (y así lo corroboran los correspondientes

La DGRN apunta en varias ocasiones la falta de adaptación del ordenamiento jurídico tras la entrada en vigor de la ley 13/2005. Concretamente señala que “*la citada reforma del Código civil dejó incólume toda la regulación del régimen legal de la filiación*”⁴⁹, y sin ir más lejos, consecuencia de ello en materia de inscripción registral podemos encontrar una cuestión no resuelta relativa al orden de apellidos del menor.

2.2.1. LA PROBLEMÁTICA DEL ORDEN EN LOS APELLIDOS

Varias resoluciones hacen eco de esta laguna, a pesar de no dar una solución efectiva la misma, determinan que dicho vacío debe ser superado por los principios generales que rigen en la materia y la analogía respecto de las soluciones legales ofrecidas en temas próximos o conexos⁵⁰, pudiendo hacerse frente a la realidad del siguiente modo:

Si la filiación está determinada por ambas líneas, el orden de los apellidos procederá de común acuerdo entre los padres (art. 109 CC). Si el acuerdo no fuera posible, el Código Civil establece que regirá lo dispuesto en la ley.

A falta de regulación concreta en la ley como es el caso, se impondrá una actuación de oficio al encargado de la práctica registral con amplia discrecionalidad, por analogía con el art. 212 Reglamento del Registro Civil (RRC de ahora en adelante) para los casos de nombres y apellidos interpuestos con infracción de norma, y ello sin perjuicio de los recursos que los interesados puedan interponer contra su decisión (art. 29 LRC).

La nueva Ley del Registro Civil (Ley 20/2011)⁵¹, no hace referencia a la posibilidad de inscripción de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, ni siquiera por la introducida en el art. 7.3 LTRHA, a pesar de no recogerlo expresamente, el nuevo art.

certificados de empadronamiento). Y en segundo lugar, como ya adelantaba, el nacimiento del menor no era consecuencia de las técnicas de reproducción asistida contempladas legalmente, ya que se habían sometido, en palabras de las mismas promotoras a “*un tratamiento de fertilización casero*”.

⁴⁸ Ambas resoluciones de 17 de Abril de 2008 y 28 de Febrero de 2011 recogen los nacimientos de dos menores con anterioridad al matrimonio. Nuevamente la Dirección alude en ambos casos al 7.3 LTRHA recordando la necesidad de estar casada, y no separadas legalmente o de hecho y a la no aplicación analógica del 8 LTRHA pues tan solo contempla el supuesto de que sea el marido (varón) el que haya prestado consentimiento formal, previo y expreso.

⁴⁹ DGRN de 17 de abril de 2008, fundamento de derecho IV

⁵⁰ Resoluciones de la DGRN de 24 de noviembre de 2008, de 17 de abril de 2008 y de 17 de Mayo de 2008, fundamento de derecho V.

⁵¹ La Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil, se encuentra en una situación de “*vacatio legis*” cuya entrada en vigor se preveía en 2014 al fijarse en su Disposición Final Décima en tres años el periodo de adaptación, dada la complejidad de la norma. Sin embargo, por medio del Real Decreto 8/2014, de 4 de julio, se prorrogó tal periodo hasta el 15 de julio de 2015. Recientemente el Ministerio de Justicia ha emitido un comunicado informando formalmente una nueva ampliación de la norma, por lo que, aunque no existe un Real Decreto que lo regule, dicha norma no entrará en vigor hasta 2017.

49.2 si acoge un cambio significativo respecto del orden en los apellidos, y este cambio radica en el empleo del término neutral “*progenitores*” y “*padres*”.

2.3. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN POR POSESIÓN DE ESTADO.

La posesión de estado se concibe como un medio de prueba o de acreditación de la filiación subsidiario a: la inscripción en el Registro Civil, al documento o sentencia que la determina legalmente o a la presunción de paternidad y/o maternidad. Por lo que a falta de éstas, el art. 113 CC lo recoge como último recurso⁵². En términos similares, el art. 767.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) lo percibe como un hecho que permitirá al Juez declarar la filiación cuando no haya una prueba directa de la misma.

A pesar de su reconocimiento, los textos legales no han proporcionado ninguna definición, y esta función ha sido llevada a cabo por la jurisprudencia, además de recoger los requisitos necesarios que deben concurrir para conformar una correcta posesión de estado⁵³. En base a ella, la posesión de estado, a la que podemos añadir el adjetivo de “constante”⁵⁴, se concibe como “*una cuestión de hecho, de libre apreciación por el Tribunal de Instancia y que se basa, cuando una situación registral lo contradice, en el tratamiento entre hijos y padres, manutención y notoriedad*”, y los elementos tradicionales que la conforman son:

- “*Nomen*” o “*Nominatio*”: Hace referencia al segundo nombre, o apellido que el hijo usa de forma habitual proveniente del supuesto progenitor.
- “*Tractatus*”: Comprende una proyección *ad intra* en la relación paterno-filial. Esta proyección consiste en el comportamiento material y afectivo propio de la relación

⁵² QUESADA GONZÁLEZ (*La Determinación Judicial de la Filiación. Funciones de la posesión de estado cuando se determina, se acredita y se prueba la filiación*, Bosch, Barcelona 2012, pág., 137) considera a la posesión de estado como un medio de acreditación de la filiación y no como medio de determinación de la filiación.

⁵³ El Tribunal Supremo se ha pronunciado en algunas ocasiones acerca de la posesión de estado, concretamente destaco las siguientes: STS de 5 de Noviembre de 1987, STS de 28 de Mayo de 1997, STS de 13 de Marzo de 1999, STS de 16 de Marzo de 2005 y STS de 3 de Febrero de 2006.

⁵⁴ A este término alude el art. 131 CC, sin embargo no hay legalmente establecido ningún plazo temporal para constituir una “constante” posesión de estado, pero esta debe ser suficiente y actual. Por ende, tal cuestión quedará al arbitrio del juez que conozca el caso.

de filiación, por los progenitores y/o su familia respecto al considerado como hijo⁵⁵, propio de la convivencia diaria entre padres e hijos.

- *Fama* o “*reputatio*”: Implica la proyección *ad extra* en la relación entre padres e hijos, esto es, el trato notorio y exteriorizado realizado por los padres a fin de que terceros creen que realmente hay un vínculo filial.

En relación a la doble maternidad, las siguientes sentencias acogen distintos pronunciamientos respecto de la determinación de la filiación, habiendo mediado para ello posesión de estado (gracias a la acción otorgada por el art. 131 CC), apreciándose también el papel del consentimiento de la consorte, y la problemática respecto del orden de apellidos de los menores.

2.4. JURISPRUDENCIA CONTRAPUESTA

2.4.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 740/2013, DE 5 DE DICIEMBRE DE 2013.

Los hechos de los que emana la sentencia de este tribunal radican en la relación extramatrimonial mantenida por la mujer demandada en primera instancia (recurrente en las instancias superiores) y la mujer demandante (posteriormente recurrida), las cuales en consenso, se sometieron a un tratamiento de fecundación in vitro (FIV). Del mismo tratamiento nace en el año 2005 una menor que será inscrita en el correspondiente Registro Civil como hija biológica de la demandada y adoptada tres años más tarde por la demandante.

Si bien las mismas se unieron en matrimonio en agosto de 2007, escasos meses antes habían vuelto a someterse a una técnica de reproducción asistida, del cual nacerán a finales del mismo año dos menores que serán inscritas del mismo modo que la su hermana mayor, con los apellidos de la madre biológica, la cual figura como madre soltera. Este hecho da lugar a que la progenitora inicie un expediente de rectificación de error ante el Registro Civil, del cual pretende que se rectifique su estado civil a “*casada*”, así como que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de los apellidos de las menores, lo que le fue estimado parcialmente por la

⁵⁵ GARCÍA VICENTE, J.R., “La previsible reforma del Derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas” *Revista de Derecho Privado y Constitución*. 2006, pág., 236.

DGRN el 26 de noviembre de 2006, procediendo simplemente a la rectificación del estado civil de la madre.

Tras la ruptura de la relación mediante correspondiente divorcio en 2009, la demandante ante el Juzgado de Primera Instancia núm.7 de Santa Cruz de Tenerife se ampara en el art. 131 CC reclamando la filiación de las dos menores por posesión de estado. Siendo estimadas sus pretensiones, la progenitora interpone un primer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que le fue denegado, y un segundo recurso, esta vez de casación ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo entendió que la posesión de estado reclamada por la que fue esposa de la madre estaba probada “*de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente*” acogiendo los siguientes argumentos otorgados en segunda instancia:

- Primero, que la voluntad de someterse a un tratamiento reproducción asistida en 2007 fue conjunta, mediando consentimiento expreso por las mismas respecto de dicha práctica⁵⁶.
- Segundo, que la progenitora instó por voluntad propia ante el Registro Civil un expediente de rectificación de error a fin de que se reconociese a la demandante como su cónyuge y progenitora de sus hijas, por lo que se considera que el recurso interpuesto va contra sus propios actos.
- Tercero, que puede desprenderse la existencia de una posesión de estado de todas las actuaciones judiciales llevadas a cabo por la no progenitora, con la intención de mantener el contacto con las menores, habiendo solicitado ante el Juzgado de Primera Instancia la medida provisional correspondiente al régimen de visitas.

Continúa aportando sus propios fundamentos apoyando su clara posición a la evidente existencia de una posesión de estado, comprendida como un refuerzo del consentimiento prestado anteriormente a las TRHA. Dichos argumentos son los siguientes:

⁵⁶ Tal consentimiento resulta probado mediante las correspondientes pruebas testificales y documentales, implicando la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras. La Audiencia Provincial entendió que dicho consentimiento expreso otorgado por las cónyuges debería ser apreciado igualmente aunque la posesión de estado hubiese sido escasa o insuficiente, en otras palabras, la concurrencia del consentimiento puede acreditarse sin necesidad de que concurren los elementos característicos de la posesión de estado.

- Que los actos llevados a cabo por la recurrida son evidentes y reiterados, partiendo de la adopción en un primer momento de la hija nacida con carácter previo al matrimonio, seguido del posterior nacimiento de las dos menores en el periodo de tiempo en que las litigantes estaban unidas en matrimonio.
- Que el art. 3 de la Ley 13/2005 parte del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en supuestos de maternidad, asunción de obligaciones familiares y el estado civil
- Que carecen de sentido los esfuerzos de la madre biológica en impedir una unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas, y que tal interés es el que debe prevalecer.

El Supremo finalmente desestimaré el recurso del mismo modo que lo hizo la Audiencia Provincial por los motivos expresados, así como porque entiende que la redacción otorgada al art. 44 CC por la ley 13/2005 otorga a los matrimonios formados por personas del mismo sexo una equiparación absoluta con los matrimonios heterosexuales. Sin embargo, tras su entrada en vigor no se modificó las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, pues las mismas están pensadas exclusivamente para las parejas heterosexuales, debiéndose atender en la actualidad el sistema familiar plural vigente en nuestro país.

Así también argumenta en la desestimación del recurso que la posesión de estado *“constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque “constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigante del deseo de ser progenitoras”, hasta el punto, dice la sentencia recurrida, que “dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige”*

Ninguna de las instancias que conocieron el caso analizaron los elementos que deben concurrir para una verdadera existencia de la posesión de estado, sin embargo estos elementos estuvieron presentes en las resoluciones aunque no se hiciera referencia expresa a los mismos, se había escogido el apellido de la reclamante como apellido segundo (*nomen*), había sido tratado como hijo en la relación normal de pareja durante

un plazo más que apreciable (*tractus*) y de la prueba testifical se dedujo un proyecto en común entre las litigantes (*fama*).

No obstante, el tribunal otorga verdadera importancia al consentimiento a las técnicas en relación a la posesión de estado, configurándose como un elemento determinante de la misma, determinando la voluntad de la pareja de ser madres.

2.4.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 836/2013, DE 15 DE ENERO DE 2014

a) Contenido de la sentencia

Siguiendo el estudio de la posibilidad de determinar una filiación extramatrimonial por la vía de la posesión de estado a una mujer homosexual tras la ruptura de una relación, es importante realizar un análisis de los fundamentos de derecho otorgado, así como los realizados por tres de los magistrados en un voto particular en esta resolución que no logra alcanzar una postura unánime.

Los antecedentes que integran el caso se fundamentan en la relación extramatrimonial de diez años mantenida por dos mujeres, de la que en 2003 nace un menor, por técnica de fecundación asistida con material genético de donante anónimo, siendo madre biológica, una de las mujeres de la pareja, a la que paso a denominar “A”, la cual aportará sus apellidos al menor.

Tras la ruptura de la relación en el año 2006, la mujer no gestante “B”, ejercita una acción de determinación legal de la filiación alegando la existencia de posesión de estado amparándose en el art. 131 CC y 7.3 LTRHA. Las tres instancias que conocieron del asunto otorgaron distintos pronunciamientos ante los mismos hechos.

En Primera Instancia, el juzgado núm.2 de Talavera de la Reina vio factible el apoyo de la demanda en el art. 7.3 de la Ley de Reproducción Asistida al considerar que tras permitirse el matrimonio entre parejas del mismo sexo gracias a la Ley 13/2005, había que otorgar efectos a la convivencia entre homosexuales, catalogando a la pareja extramatrimonial como análoga al matrimonio. Así mismo determinó que quedaba suficientemente acreditada la posesión de estado por parte de la “B”, estimando su demanda al amparo de la acción del 131 CC al darse los elementos propios de esta

institución jurídica, configurándola como “*allegada*”⁵⁷ del menor, ordenando finalmente la inscripción de la filiación no matrimonial con todos los efectos legales inherentes a la misma.

La Audiencia Provincial de Toledo (sección 2ª), no conforme con la sentencia previa, procedió a desestimarla en base a la STS 320/2011 de 12 de mayo de 2012, al 160 CC y a los siguientes argumentos:

- Se defiende que el art. 108 CC tan solo prevé dos vías para reconocer una filiación, la natural o biológica y la adoptiva, a pesar de que es cierto que la LTRHA faculta a una segunda mujer a que determine una filiación a su favor gracias al procedimiento indicado en su art. 7.3 LTRHA, descartando cualquier invocación del precepto para reclamar una filiación extramatrimonial.
- Que la aludida Ley 14/2006 no existía en 2003, año en que nació el menor, afectando por ello el *principio de irretroactividad* que rige nuestro ordenamiento jurídico. Y no siendo retroactiva dicha norma, la Audiencia Provincial remarca que debió resolverse conforme a la normativa vigente en el momento del nacimiento del menor.

El Magistrado de la Audiencia Provincial se cuestiona la verdadera existencia de una posesión de estado por parte de “B”, y procede a estudiar cada uno de los elementos que conforman esta institución determinando que: Respecto del *nomen*, se alega que no es un indicio de la posesión de estado al no usarse el segundo nombre del menor en sociedad. Acerca del *tractus*, se establece que queda acreditado un comportamiento *ad intra* por parte de las componentes de la pareja al preocuparse por el menor con igual dedicación. Finalmente en lo referido a la *fama* o comportamiento *ad extra* se tiene en cuenta el momento de ruptura de la pareja cuando el menor alcanzaba la edad de 3 años, y que dicha inestabilidad no es suficiente para acreditar una posesión de estado.

No satisfecha la demandante con este pronunciamiento, acudió mediante recurso de casación al Tribunal Supremo, donde tampoco se llegó a una solución unánime.

⁵⁷ La definición otorgada por la Real Academia Española al término “allegada” es el siguiente: Dicho de una persona: Cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza.

El razonamiento empleado por el Tribunal Supremo se centra en la importancia de la posesión de estado, así como en el interés superior del niño, y en la trascendencia del consentimiento de ambas mujeres al sometimiento de una de ellas a la práctica de una técnica de reproducción asistida.

La cuestión principal del litigio y único motivo del recurso de casación radica en la alegada infracción del art. 131 CC, en relación al art. 7.3 LTRHA respecto de una mujer tras la ruptura de la relación con otra mujer⁵⁸.

Ante tal alegación, el Tribunal Supremo entiende que existe una compatibilidad entre las normas invocadas atendiendo a los principios constitucionales de no discriminación por razón de la filiación o del nacimiento (art. 14 CE), de protección de la familia, de los hijos (integral) y de las madres con independencia de su estado civil (art. 39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE) y del interés superior del menor⁵⁹, de forma que el consentimiento (no probado) prestado respecto de las TRHA, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de la legitimación de la filiación, como en el de medio de prueba de la filiación reclamada. Y que tal compatibilidad se subsume bajo el interés legítimo que debe producirse en la legitimación exigida por el 131 CC, y que en este caso el Tribunal considera que queda acreditada la voluntad de las litigantes de recurrir a una fecundación artificial, que junto al propósito común efectivo de formar una unidad familiar, es causa suficiente para otorgar la filiación a la recurrente.

Con todo esto, el Tribunal estimará el recurso al entender que concurre la posesión de estado por parte de la segunda mujer, conformándose como medio de prueba de la filiación reclamada en base al art. 767.3 LEC, así como que quedan probadas la voluntad conjunta de someterse a una fecundación artificial y la existencia de una unidad familiar.

⁵⁸ La recurrente alega que el art. 7.3 supone una discriminación entre los hijos nacidos mediante reproducción asistida, ya que simplemente regula la filiación entre dos mujeres cuando hay un vínculo matrimonial entre ellas y estas no se encuentran separadas de hecho o legalmente.

⁵⁹ A la hora de alegar el interés superior del menor, es necesario realizar un juicio de ponderación, de manera que tal principio implica un control o un contrapeso a la hora de asegurar el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica.

b) Voto particular

Tres de los magistrados conformantes de la sala primera de lo civil del Tribunal Supremo formulan un voto particular debido a su disconformidad con el resto de la sala basándose en los siguientes argumentos:

En primer lugar, que a la hora de analizar si concurría o no el elemento de la posesión de estado, se ha prescindido de incorporar el elemento probado de los malos tratos entre las litigantes mediando denuncias previas, teniendo que adoptarse la correspondiente orden de alejamiento y el régimen de visitas para que la demandante pudiera ver al menor. Tal hecho, es relevante para la apreciación de la posesión de estado haciendo decaer el elemento “*fama*”, así como a la hora de realizar el correspondiente juicio de valor de que la demandante-recurrente sea beneficiosa para el tan citado interés superior del menor. Recuerdan la imposibilidad de acudir a la posesión de estado como medio para acreditar la filiación, pues esta figura tal y como dice la doctrina, no la acredita formalmente, sino que simplemente es una situación fáctica que permite presumir quienes pueden ser progenitores de una persona.

En segundo lugar, que el fallo emitido entra en contradicción con jurisprudencia de la misma sala, concretamente con la STS de 12 de mayo de 2011 respecto de las mismas litigantes, donde se afirmó que la voluntad de someterse a las técnicas de reproducción artificial no había sido probada. También se contradice la STS 740/2013 anteriormente estudiada, la cual fue emitida tan solo un mes antes, en la que, con similares hechos, si se procedió a reconocer la filiación a favor de la segunda mujer, pues como bien analizamos previamente, en este supuesto había matrimonio entre las mujeres, previo nacimiento del menor, con consentimiento de una de ellas para el sometimiento de su compañera a un tratamiento de reproducción asistida, de conformidad a lo establecido en el art. 7.3 LTRHA. El Tribunal en la STS 740/2013 analizó la existencia de posesión de estado en el caso concreto, pero sin embargo, el argumento principal de la sentencia no fue otro que el cumplimiento con la LTRHA, como debía haberse hecho en esta situación.

Tercero, en relación con lo anterior, el voto particular alega la inviable aplicación del citado precepto 7.3 de la LTRHA, el cual se basa en el requisito matrimonial, con la finalidad de otorgar al menor tras su nacimiento cierta estabilidad familiar. Y que de pese a haber podido contraer matrimonio antes de su ruptura no lo hicieron.

En cuarto lugar, relativo a la prestación del consentimiento de una mujer al sometimiento a las TRHA de su pareja parece percibirse una nueva contradicción, así pues se invoca la STS 740/2013, que en su fundamento jurídico quinto establece que “*es evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad*” entendiendo que la posesión de estado es un elemento determinante de la voluntad, mientras que la sala tergiversa esa afirmación, certificando que el consentimiento integra y confirma la concurrencia de la posesión de estado, realizando una interpretación amplia del art. 7.3 LTRHA, la cual debería respetarse sin mayores interpretaciones ya que se trata de un régimen específico.

Finalmente, discrepan de la argumentación otorgada respecto del interés del menor, pues consideran que la convivencia de la demandante y el menor durante los tres primeros años de vida del mismo no es suficiente para otorgarle la filiación, y sin embargo, dicha mujer podrá decidir sobre la educación del niño en edades mucho más decisivas para su formación que la que media entre el nacimiento y los tres primeros años de edad, con capacidad de decisión sobre todas las cuestiones que afecten al menor hasta su mayoría de edad, interfiriendo permanentemente a la madre biológica. Por ello, entienden que no se ha adecuado el recurso al interés superior del menor, al no apreciarse ningún beneficio para el mismo, sino más bien al interés de la recurrente, debiendo haberse dado una respuesta negativa al recurso.

c) Análisis

La argumentación otorgada por la Sala plantea ciertos problemas interpretativos, y por ello es acompañada de un voto particular emitido por los magistrados Don Francisco Marín Castán, Don Antonio Calas Carceller, y Don Ignacio Sancho Gargallo.

Si bien como hemos podido comprobar la sentencia se apoya en hechos no probados, así como en la posesión de estado la cual no iba a fundamentar el fallo, contraviene todos los anteriores pronunciamientos de la misma sala donde la exigencia del cumplimiento literal de la ley era mucho mayor.

Juristas como MESSÍA DE LA CERDA considera que esto puede deberse a que el juzgador ha realizado un esfuerzo interpretativo para lograr que la norma diga lo que no dice. Además, se sostiene una interpretación del concepto de posesión de estado y unas

circunstancias fácticas que no permiten sostener que el interés del menor aconseje el reconocimiento de la pretensión de filiación⁶⁰.

Podemos observar una jurisprudencia dividida en este punto del estudio, pues si bien el Tribunal Supremo sorprende con su pronunciamiento, es más razonable a mi juicio el voto particular emitido, conforme a la línea argumentativa seguida por el Tribunal.

Esta discordancia de jurisprudencia genera inseguridad a los futuros casos a enjuiciar por las particulares circunstancias concurrentes en el caso y por el hecho de que el voto particular haya sido emitido por un tercio de la Sala Primera del Tribunal Supremo⁶¹.

2.5.- DERECHOS DE LA “ALLEGADA” DEL MENOR.

En algunas resoluciones no se ha concedido a la pareja extramatrimonial de la madre biológica de un menor nacido mediante reproducción asistida la filiación querida, generalmente por no cumplirse las previsiones del art. 7.3 LTRHA. Sin embargo, tras la ruptura de la relación cuando entre dichas mujeres y el hijo biológico de una de ellas se ha producido una situación de unidad familiar, la jurisprudencia entiende que debe otorgarse un régimen a la ex pareja de la madre a fin de que pueda relacionarse con el menor (STS 740/2013, de 5 de diciembre).

El Código Civil en el art. 160.2 establece que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados, y en caso de oposición, el tercer párrafo del precepto faculta al juez para resolver tal controversia.

Y por ello, tomando como base el *interés superior del menor*, la STS de 12 de Mayo de 2011 recuerda la importancia de este principio, estableciendo que dicho interés obliga a los tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos.

El Tribunal Supremo considera inapropiado aludir a la expresión “*derecho de visitas*” en las relaciones del menor con sus allegados, pues esta terminología es más propia de las relaciones de los padres con sus hijos, debiendo usar el vocablo

⁶⁰ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “A vueltas con la doble maternidad...”, cit., pág., 3

⁶¹ Esto preocupa también a SANZ ACOSTA, L en “Reconocimiento de filiación extramatrimonial a mujer homosexual en relación al hijo de su ex pareja”, *Actualidad Civil*, N° 5, Sección Fundamentos de Casación Editorial, Mayo 2014, pág., 599.

“*relaciones personales*” otorgada por el art. 160 CC. Si bien es cierto que este precepto no determina la extensión, ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados, será el juez el encargado de realizar esta labor, teniendo en cuenta todas las situaciones convenientes al menor, pudiendo ser alteradas dichas relaciones personales si se demostrase que se causa con ellas algún perjuicio al menor.

2.6.- REGULACIÓN CATALANA.

Resulta curiosa la regulación otorgada por el Ordenamiento Jurídico Catalán respecto de las filiaciones derivadas de técnicas de reproducción asistida, las cuales quedaron calificadas dentro del Código de Familia como filiación natural (art. 235-1)⁶². En este sentido, el texto legal destina el art. 235-13 a la fecundación asistida de la mujer casada, reconociendo como padres, al hombre o la mujer que hubieran consentido el acceso a una procreación asistida de otra mujer, en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público.

Si bien el texto ampara a los nacidos mediante reproducción asistida bajo la filiación natural, el Preámbulo manifiesta que la filiación derivada del consentimiento prestado por el cónyuge o pareja de hecho se compone como una ficción jurídica, puramente legal, sin distinción entre parejas homosexuales o heterosexuales, y por asimilación a esta última, no se ha incorporado a la filiación comaterna como nueva categoría, sino que se le ha otorgado el mismo trato legal que a la paternidad del hombre que ha consentido una reproducción asistida, partiendo de que el título de atribución en ambos supuestos es el consentimiento previo y no la relación biológica. Del mismo modo, por esta analogía, se ha extendido el régimen de impugnación del reconocimiento.

62 El Código de Familia Catalán se articula en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

3. DOBLE PATERNIDAD ATRIBUCIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE LAS TRHA

La doble paternidad o copaternidad en España configura un nuevo modelo de familia homoparental, formado por dos varones, que casados o no, tan solo disponen de una posibilidad legal a la que acogerse para acceder a ella: la adopción. Esta puede realizarse forma sucesiva o indirecta, nunca de manera conjunta, adoptando uno de los varones a los hijos de su cónyuge, siempre que el matrimonio sea posterior a la adopción⁶³. Esta posibilidad vuelve a limitarse en la Adopción Internacional, pues son numerosos los países siguen reticentes a permitir la adopción a las parejas homosexuales. La segunda vía de acceso a la copaternidad es la conocida bajo el nombre propio de gestación por sustitución, llamada también maternidad subrogada o maternidad por encargo, se configura como la única posibilidad de la que disponen las parejas del mismo sexo formadas por varones para tener un hijo genéticamente propio, o al menos por uno de ellos.

Empero esta figura aparece expresamente prohibida en la LTRHA. Concretamente el art. 10.1 dispone que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga, con o sin contraprestación, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. En cualquier caso, la Ley dispone que la filiación de los hijos nacidos mediante esta vía será determinada por el parto (art. 10.2), dejando sin posibilidad alguna la determinación de esa filiación a una pareja de varones, salvo la acción de reclamación de paternidad del que se configure como padre biológico.

3.1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y TURISMO REPRODUCTIVO.

Con el fin de clarificar el significado de esta figura, algunos autores han aportado sobre la misma una definición, donde a mi juicio la más acertada es la realizada por SOUTO GALVÁN, que define la gestación por sustitución como la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño mediando un pacto o compromiso por el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra persona o personas que asumirán la paternidad o paternidad del mismo⁶⁴.

⁶³ El art. 175 CC fue reformado por la Ley 13/2005 relativa al matrimonio, donde se contempla la figura del “cónyuge” en pie de igualdad.

⁶⁴ SOUTO GALVÁN, B (“Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas Nueva Época*, 2005, pág., 227) atribuye

La gestación por sustitución ha sido objeto de estudio por el Derecho Internacional Privado debido a las diferencias normativas entre los Estados, y concretamente la ilegalidad de esta práctica en España provoca el desplazamiento de numerosas parejas a países extranjeros donde la maternidad subrogada está permitida⁶⁵, dando lugar al fenómeno conocido como “*Turismo Reproductivo*”. No obstante esta expresión no parece ser la más adecuada, ya que resulta difícil de armonizar con la idea de “turismo” como viaje de placer⁶⁶.

El mayor estado receptor de “*turistas reproductivos*” es Estados Unidos, concretamente el Estado de California posee una amplia regulación, y ha celebrado multitud de contratos de gestación con nacionales españoles, ocasionando problemas de orden público internacional, reconocimiento y exequátur, o apatridia de menores⁶⁷.

a) Debate doctrinal

La figura de la gestación por sustitución suscita sin duda gran polémica social, generando un debate doctrinal entre los profesionales del Derecho.

Algunos de los argumentos en contra de esta figura se agrupan en que la misma es contraria a la dignidad humana⁶⁸, que implica una manipulación del cuerpo humano femenino (y eso es inadmisibles en las sociedades democráticas⁶⁹), así como una comercialización del mismo⁷⁰. También algunas opiniones se centran en los perjuicios

esta definición de gestación por sustitución inspirándose en la definición otorgada por GÓMEZ SANCHEZ, Y (*El derecho a la producción humana*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1994, pag., 136) quien entendía que los derechos sobre el recién nacido los asumía una mujer, asumiendo la maternidad legal, sin embargo la autora nos proporciona una definición mucho mas amplia, acogiendo a hombres y mujeres en igualdad al acceso a la paternidad/maternidad.

⁶⁵ Algunos de estos países son India, Estados Unidos (California), Ucrania, Rusia (bajo la condición de ser heterosexual), Reino Unido (bajo la condición del matrimonio), México y Corea.

⁶⁶ FARNÓS AMORÓS, E, "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la gestación por sustitución en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret*, 2010, pág., 7.

⁶⁷ Generalmente los problemas de apatridia en menores nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución vienen dados por que el estado receptor no reconoce al menor la nacionalidad de los comitentes. A la vuelta al estado de origen el menor es considerado apátrida o con filiación incierta.

⁶⁸ Concretamente BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R ("Hijos made in California" *Aranzadi Civil-Mercantil* 2009, pág., 2) dispone que “No es cierto que la inscripción en nuestro Registro Civil de hijos naturales por gestación de sustitución sea contraria a nuestro orden público internacional. Es manifiestamente contrario a la dignidad que nuestra Constitución y nuestra sociedad reconoce a la mujer. Es contraria a los principios básicos de nuestro derecho”

⁶⁹ Matiza GÓMEZ SANCHEZ Y., *El derecho a la reproducción...*, cit., pág., 142

⁷⁰ ZORRO A, “La maternidad subrogada: el problema de la presunción de maternidad”, *Derecho comparado*, 2012, <http://derechocomparado-uniandes.blogspot.com.es/2012/04/la-maternidad-subrogada-el-problema-de.html> (consultado el 11 de marzo de 2015). La autora destaca la comercialización del ser humano como argumento en contra, desde el momento en que al mediar un precio se convierte al útero humano en una “cosa” que se arrienda como cualquier otro bien.

que tales prácticas pueden ocasionar a los menores en relación a la aceptación social y la carencia de una figura materna⁷¹.

Lejos de esta visión, cada vez son más las opiniones en favor de la maternidad subrogada. Una parte de la doctrina defiende la gestación por sustitución en tanto que esta es una manifestación del derecho a procrear y fundamentan sus argumentos como ya decía al principio de este trabajo, en que tal derecho se encuentra implícito en el derecho a fundar una familia y en el desarrollo de la libre personalidad. Del mismo modo otra opinión destacada es aquella que contra la comercialización del cuerpo defiende que el contrato de gestación por sustitución es un acuerdo voluntario y libre por lo que no cabe hablar de explotación, aunque haya contraprestación⁷².

Las dos argumentaciones que a mi juicio tienen mayor trascendencia son, por un lado aquella que determina que el interés del menor no queda perjudicado, pues el fundamento sobre el que se asienta esta figura es la voluntad procreacional, esto es, el deseo de los padres a concebir ese hijo, y que la decisión de formar una familia ha sido suficientemente meditada dando lugar finalmente a la existencia de ese niño, y que por su propia existencia en base al interés superior del menor debe estipularse un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica⁷³. Y por otro lado, la argumentación que fundamenta este trabajo es la situación de desigualdad y discriminación en la que quedan las parejas de varones con respecto a las parejas formadas por mujeres, que gracias a la vía otorgada por el art. 7.3 LTRHA pueden establecer una comaternidad, siempre y cuando estén casadas y no separadas legalmente o de hecho, por contra, los varones en idénticas condiciones tienen expresamente prohibido el acceso a la copaternidad por la misma ley, sin perjuicio de la adopción.

⁷¹ Esta argumentación contraria es recogida por LAMM, E., “Gestación por Sustitución” *Indret*, 2012, pág., 6.

⁷² En relación a esta postura se configura el voto particular que acompaña a la reciente STS de 2 de febrero de 2015 que se explicará más adelante.

⁷³ En el mismo sentido se manifiesta LAMM, E., “Gestación por sustitución...”, cit, pág., 10

b) Clases de subrogación

La maternidad subrogada puede concebirse de dos maneras diferentes con independencia de los sujetos intervinientes en el contrato jurídico, sin embargo atendiendo al hecho de que una mujer se presta a gestar el hijo de una pareja de varones, la maternidad resultante puede ser⁷⁴:

- Parcial o tradicional: donde la mujer gestante dispensa a la fecundación su propio óvulo a falta de una figura femenina que lo aporte, siendo el mismo óvulo fecundado con el material genético de uno de los miembros de la pareja, de ambos, o de un donante anónimo.
- Plena o gestacional, donde la madre portadora se limitará a gestar el embarazo, pues el óvulo se proporciona mediante donación, y será inseminado con el material genético, de un varón miembro de la pareja, por ambos, o por medio de un donante anónimo, donde la gestante no tendrá ningún vínculo genético con el menor.

3.2.- TRATO JURISPRUDENCIAL OTORGADO A LOS CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CELEBRADO POR ESPAÑOLES EN EL EXTRANJERO.

3.2.1 De la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 a la STS de 2 de Febrero de 2015.

Los hechos que han producido hasta cuatro pronunciamientos por parte de los órganos de justicia españoles radican en la denegación de la inscripción por parte del encargado del Registro Civil consular en Los Ángeles (California, Estados Unidos) de dos menores nacidos en el Condado norteamericano de San Diego, gracias a un contrato de gestación por sustitución celebrado en California y siendo inscritos por parte de la autoridad registral del Estado de California, como hijos naturales de los comitentes, dos varones españoles casados entre sí desde 2005.

Ante tales hechos, el matrimonio interpone un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando la revocación de la decisión del encargado del

⁷⁴ Esta clasificación es la realizada por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Dykinson 1994 pág., 166.

Registro Civil Consular, así como la inscripción de los menores tal y como la determinó la autoridad registral americana.

a) Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009

La DGRN, el 18 de febrero de 2009 emite una resolución por medio de la cual estima el recurso y ordena la inscripción de los menores, basándose en que un menor acaecido en el extranjero tan solo puede inscribirse a través de la correspondiente declaración del sujeto, o bien mediante la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido como es en el caso discutido, en relación al art. 81 del Reglamento del Registro Civil (RRC de ahora en adelante) y el correspondiente control de legalidad.

Si bien el art. 81 RRC no exige que la solución emanada de las autoridades jurídicas en el extranjero sea la misma que la otorgada por las normas jurídicas españolas, deben satisfacerse diversas exigencias legales para acceder al Registro Civil español. Así por tanto ese documento extranjero debe ser: público, elaborado y adoptado por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las registrales españolas, y que no contravenga el orden público internacional español.

En relación a este último, la DGRN considera que la certificación registral extranjera objeto de discusión no lo vulnera, puesto que con ella no se dañan los intereses generales, ni se perjudica la estructura jurídica básica del derecho español, así como la organización moral y jurídica de la sociedad española. En el mismo sentido, la Dirección estima que tampoco se vulnera el orden público internacional ya que el derecho español reconoce la filiación por adopción de dos varones, así como la filiación de un hijo a favor de dos mujeres en base al art. 7.3 LTRHA, y que por tanto, no permitir la inscripción de un menor nacido en el extranjero a favor de dos varones resultaría un trato discriminatorio por razón de sexo y eso está radicalmente prohibido por el art. 14 CE.

Respecto del interés superior del menor se cita el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño para esgrimir la idea de la identidad única, que se traduce en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera.

Finalmente establece la DGRN que, la filiación natural en España ya no se corresponde necesariamente con el principio de veracidad biológica, y puesto que los menores provienen de padres españoles el art. 17 CC les otorga nacionalidad española de origen, así como que la LTRHA no es aplicable al caso ya que lo que se debate es el acceso de una certificación registral extranjera al Registro Civil español y no el derecho aplicable.

b) Primera Instancia. Sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Valencia 193/2010, de 15 de septiembre.

Esta sentencia estima íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la instrucción emitida por la DGRN, pues entiende que dicha resolución es contraria al orden público internacional ya que la legislación española prohíbe directamente la gestación por sustitución, así como que el encargado del registro civil consular está obligado conforme al art. 23 de la LRC a examinar la legalidad en relación a la Ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, y que al estar prohibida en España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al registro de la inscripción intentada, tal y como se hizo en un primer momento.

Esta sentencia determina, contra todas las argumentaciones de la DGRN que, los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales puesto que estos no pueden en el estado actual de la ciencia, concebir ni engendrar. Así como que es insostenible a día de hoy alegar una discriminación por razón de sexo a la hora de inscribir una filiación, y que el ordenamiento jurídico español ofrece mas vías para llevarlo a cabo.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia acordando dejar sin efecto la Resolución y cancelar la inscripción de nacimiento de los menores.

c) Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

A pesar de que esta instrucción fue emitida al mes siguiente de publicarse sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia y que no hace referencia a tal caso concreto, es importante abordarla en este punto temporal y destacar que, consciente de la situación legal en España, y del turismo reproductivo que ello provoca, con esta

resolución se pretendió brindar cierta protección jurídica al menor estableciendo criterios y condiciones de acceso al Registro Civil de menores nacidos en el extranjero resultado de un contrato de gestación por sustitución. Concretamente se acuerdan los tres requisitos siguientes:

- Primero, que junto a la solicitud de inscripción de nacimiento del menor se debe incorporar una resolución judicial dictada por el tribunal competente del lugar donde se determinó la filiación del mismo.
- En segundo lugar, que salvo la existencia de un Convenio Internacional aplicable a un caso concreto, la resolución judicial debe seguir el procedimiento de exequátur contenido en los artículos 954 y siguientes de la LEC de 1881.
- Finalmente, para el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen un procedimiento análogo a uno español pero con criterios equivalentes a la legislación española, el encargado del Registro Civil tendrá que controlar si esa resolución puede ser reconocida (haciendo constar su regularidad y autenticidad), si ha garantizado los derechos procesales de las partes (en especial de la madre gestante), y que no se haya vulnerado ni el interés de la madre gestante, ni el interés superior del menor. Todo ello junto a una resolución judicial firme, con irrevocabilidad en el consentimiento.

Para terminar, se establece que no se admitirá como título apto para una inscripción una certificación registral extranjera o simple declaración.

Los criterios empleados por esta Resolución sorprenden en relación a la emitida el 18 de febrero de 2009 pues se produce un cambio significativo, en el primero de los pronunciamientos se atendía a la mera presentación de una certificación registral extranjera para hacer constar una inscripción, sin embargo, ahora la Dirección exige que se trate de una resolución judicial y que sea emitida por un tribunal competente, pretendiendo con ello constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal y el alcance del consentimiento prestado, así como la ausencia de contratos simulados⁷⁵.

⁷⁵ Introducción de la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Consecuentemente, ha sido objeto de numerosas críticas dadas sus imprecisiones jurídicas y errores^{76 77}, llegando a obviar en primer lugar el requisito de legalidad conforme al cual la autoridad competente debe examinar si la determinación de la filiación derivada de maternidad subrogada por resolución extranjera en trámite de jurisdicción voluntaria o procedimiento análogo es conforme a derecho español o no⁷⁸, y en segundo lugar, referencia alguna al orden público español.

d) Recurso de Apelación. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre.

Los comitentes interponen recurso de apelación contra la sentencia emitida por el órgano *ad quo*, amparándose en la Instrucción recientemente publicada, sin embargo, la Audiencia Provincial de Valencia entendió que no había lugar a tal recurso puesto que el llamado método del reconocimiento de las decisiones extranjeras implica la consideración de las certificaciones registrales extranjeras como auténticas decisiones, susceptibles de ser incorporadas al ordenamiento español que junto con los efectos en cada caso pertinentes resultan de la aplicación de la norma de conflicto propia del Estado de origen ocasionándose importantes obstáculos (afectación al orden público internacional) a la inscripción en Registro Civil español de la filiación pretendida, aun sin exigir que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español (art. 23 LRC).

En el mismo sentido que la sentencia apelada, por un lado se defiende la prohibición de la gestación por sustitución amparándose en el interés superior del menor,

⁷⁶ LASARTE ÁLVAREZ C., (“La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria” *Diario La Ley*, 2012, pág., 12), entiende que esta instrucción es contraria a la legislación vigente. Otros como VELA SÁNCHEZ, A.J., (“La gestación por sustitución o maternidad subrogada: Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” *Diario La Ley*, 2011 pág., 9), la califica de inconstitucional por vulnerar el art. 14 CE, es decir, que permitir la inscripción de menores nacidos en el extranjero derivado de un contrato de gestación por sustitución implica una clara discriminación entre los españoles que tienen recursos económicos para trasladarse al extranjero y los que no.

⁷⁷ CALVO CARAVACA A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (“Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2011), manifestaron su disconformidad con esta Instrucción, dejando claro que si bien la misma no ha calmado la tormenta, ha dado más alas a la tempestad científica sobre la cuestión, dejando además en una situación de desesperanza, descontento y abandono a los ciudadanos personalmente afectados por la misma, y especialmente, a los menores implicados.

⁷⁸ SALVADOR GUTIÉRREZ, S., “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución” *Editorial El Derecho (grupo Francis Lefebvre)*, 2012

entendiendo que con ella se impide que la vida humana sea objeto del comercio y por otro lado sigue sin apreciarse la existencia de discriminación por razón de sexo, argumentando que una pareja de mujeres no necesita acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación, y en el supuesto de que así fuera también le sería aplicable la prohibición, de modo que la misma no implica una discriminación por razón de sexo⁷⁹.

e) Recurso de Casación. Sentencia Tribunal Supremo 835/2013 de 6 febrero, y mención especial al voto particular

Con esta decisión el Tribunal Supremo confirma la sentencia anterior así como la anulación de la resolución de la DGRN, posicionándose en la negativa de inscribir a los menores como hijos naturales de los comitentes.

En el mismo sentido que las instancias anteriores, el Alto Tribunal considera que no es posible que la certificación registral californiana acceda al Registro Civil Español ya que la misma vulnera el orden público internacional, siendo necesario no solo que la certificación sea regular y auténtica (art. 23 LRC), sino que sea real y legal conforme a la legislación española, cosa que no es posible dada la regulación del art. 10 LTRHA. Así como que no es posible alegar un problema de discriminación por razón de sexo en base al art. 14 CE (dado que subsiste la prohibición independientemente de quienes se configuren como comitentes), ni tampoco puede fundarse la protección del interés superior del menor en la existencia de un contrato de gestación por sustitución, pues el tribunal determina que si bien este interés superior es un concepto jurídico indeterminado solo puede concretarse dentro del contexto legal en que se enmarca.

En base a este interés superior del menor la sentencia insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes con el fin de determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores.⁸⁰

⁷⁹ El fundamento jurídico cuarto de la sentencia recuerda la nulidad del contrato de gestación por sustitución, así como se viene explicando entiende que no constituye una discriminación por razón de sexo, y que lo contrario supondría afirmar la inconstitucionalidad del artículo 10 de la ley 14/2006. Esta argumentación se fundamenta en la igualdad en situaciones iguales, sin embargo no aprecia la desigualdad existente entre las parejas del mismo sexo de hombres y mujeres a la hora de acceder a una filiación natural o biológica concretamente causada por la existencia de tal precepto.

⁸⁰ Y así lo ordena la sentencia del Tribunal Supremo en el fallo, atendiendo a la efectiva integración de los menores en un núcleo familiar “de facto”, como dice DURÁN AYAGO, A., (“Los vientres de alquiler”, *Aranzadi*, 2014) “Esto supone apelar a que quede acreditada la filiación natural respecto de aquel que haya aportado el material genético y la adopción por parte del otro miembro de la pareja”

Acompaña a la sentencia un voto particular en aras a la disconformidad con el criterio mayoritario emitido por la sala⁸¹, el cual evidencia que la técnica jurídica más correcta a la hora de resolver el caso no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento de una decisión de autoridad, así como que la filiación ya ha sido determinada previamente por una autoridad extranjera, y consecuencia de ello no resulta aplicable el art. 10 LTRHA, sino más bien el orden público internacional junto al interés superior del menor, tal y como ocurre en materia de adopciones internacionales.

Resulta importante destacar que el voto manifiesta un rechazo absoluto a la idea de la mercantilización del cuerpo de la mujer gestante así como del hijo, y lo argumenta en base a que la gestación por sustitución supone una manifestación del derecho a procrear para aquellos que biológicamente no pueden concebir un hijo, y que, si bien el consentimiento de la madre se hace ante una autoridad judicial y conforma un acuerdo libre y voluntario, no puede hablarse de explotación o cosificación de su libertad, y menos del menor, a quien el estado está obligado a proteger y otorgar seguridad jurídica. Se insta también la obligación que tienen por un lado jueces y tribunales de resolver y tutelar situaciones concretas, y por otro el legislador de establecer un marco legal que garantice los derechos de todas las partes implicadas, menores y madres subrogadas.

Para finalizar, se recuerda que el interés del menor es superior y supone una protección previa y posterior a la gestación por lo que debe estudiarse caso por caso la existencia de una vulneración del orden público internacional, matizando tal argumentación con la expresión *“no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”*.

f) Incidente de nulidad de actuaciones. STS de 2 de febrero de 2015 al amparo de las resoluciones otorgadas por el TEDH, y mención especial al voto particular

En esta nueva decisión del Alto Tribunal ratifica la STS 835/2013 de 6 de febrero, no obstante en esta ocasión la fundamentación gira en torno a la reciente jurisprudencia en la materia emitida por el TEDH en los asuntos *Mennesson y Labasse contra Francia*⁸².

⁸¹ Formulado por el magistrado Seijas Quintana y al que se adhirieron los magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol

⁸² Ambas sentencias emitidas por el TEDH el 26 de junio de 2014, asuntos C-363/12 y 167/12 respectivamente acogen el caso de dos parejas heterosexuales que se configuran como comitentes de un contrato de gestación por sustitución en el extranjero, y que, tras la vuelta a su estado de origen (Francia)

Ante el TEDH alegaron la vulneración del art. 8 CEDH⁸³, empero el Tribunal de Estrasburgo en ambos casos estimó que debía diferenciarse entre los derechos de los demandantes en cuanto a su vida familiar y el derecho de los niños en cuanto al respeto de su vida privada por parte de las autoridades:

- Respecto de los derechos de los demandantes, el tribunal considera que la denegación del reconocimiento del vínculo de filiación por parte del derecho del estado de origen de los comitentes (derecho francés) ha afectado necesariamente a su vida familiar, pero que sin embargo no les ha impedido vivir en condiciones equiparables a otras familias.
- En cuanto al derecho de los niños, el TEDH estima que ha habido una transgresión del derecho del respeto a su vida privada, destacando la importancia del derecho a la identidad de los niños, que han quedado en una situación de incertidumbre jurídica.

El TEDH atendiendo al criterio de la proporcionalidad entendió que el hecho de impedir el reconocimiento de la identidad de los menores en el seno de la sociedad francesa derivado de su margen de apreciación había sido desproporcionado⁸⁴, pues la afectación del interés superior del menor había sido mayor que el objetivo perseguido con la prohibición de la gestación por sustitución.

En relación a estas sentencias, nuestro Tribunal Supremo ha entendido que la sentencia emitida en casación respetaba la vida privada de los menores, puesto que se permite que la identidad de estos quedase determinada mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna, y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar de facto entre los comitentes y los niños, habiendo instado al Ministerio Fiscal a llevar a cabo las actuaciones pertinentes para su consecución, ya que al tenor del TEDH hay que reconocerles una identidad cierta en el país en el que normalmente

con los menores nacidos a raíz de tal contrato, el Registro Civil les denegó el acceso al mismo al entender que se había vulnerado el orden publico internacional francés.

⁸³ Ambos litigantes se amparan en la vulneración que eso supone del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por medio el cual se establece que toda persona tiene derecho al respeto de su vida familiar y privada sin injerencia alguna de la autoridad pública.

⁸⁴ Este criterio de la proporcionalidad ha sido usado recientemente por el TEDH, concretamente en un nuevo caso de gestación por sustitución llevado a cabo por nacionales italianos en Rusia, sentencia de 27 de enero de 2015, asunto n° 25358/12, Paradiso y Campanelli contra Italia.

van a vivir, esto es en nuestro caso, conforme a las normas esenciales del ordenamiento jurídico español.

Por todo ello, el Alto Tribunal confirma su doctrina, oponiéndose a tal postura los mismos magistrados que habían formulado en casación un voto particular, generando así un nuevo debate doctrinal.

Los magistrados firmantes del voto entienden que la respuesta más adecuada habría sido la de dar lugar a la nulidad de actuaciones pues si bien no se ha seguido una acertada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto, siendo necesario como dicta la sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015 (Paradiso y Campanelli contra Italia) no perjudicar al menor nacido mediante un contrato de gestación, reconociéndole su ciudadanía e identidad. Así como que la incertidumbre en relación a la situación de los menores, que afecta también a sus padres, exige una respuesta inmediata, la cual pasa por el hecho de constatar la regularidad del proceso de gestación y el reconocimiento de la filiación resultante de la legislación americana.

3.3.- NECESIDAD DE REGULACIÓN

La prohibición de los contratos de gestación por sustitución no ha frenado su celebración puesto que el número de acuerdos internacionales consecuencia del turismo reproductivo sigue en auge según apunta el Informe derivado de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado de 2012⁸⁵.

Dicho informe, de acuerdo a lo establecido por el TEDH en sus últimos pronunciamientos ve apropiado por una parte la aceptación de un orden internacional público atenuado a la hora de reconocer una decisión extranjera en el supuesto de que el contrato de gestación por sustitución haya sido realizado en un país donde se reconoce esta figura legalmente, y por otra parte insta al establecimiento de un instrumento para la cooperación internacional entre estados en materia de maternidad subrogada podría favorecer los derechos de los niños reconocidos por la comunidad internacional, así como prevenir las consecuencias del abuso de esta figura, algo que la situación de prohibición actual no garantiza. El informe enfatiza la necesidad real de establecer un

⁸⁵ Conferencia que lleva por título original "*Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*". Si bien la traducción más acertada podría ser la de "Informe preliminar sobre los problemas derivados de los convenios de maternidad subrogada de carácter internacional" fue celebrada en marzo de 2012 en La Haya, Países Bajos. La referencia acerca del aumento de la celebración de estos contratos se haya en el apartado V del texto.

instrumento multilateral conformado por normas uniformes y reglas para el reconocimiento y la ejecución de decisiones provenientes de un estado permisivo.

La necesidad de una regulación efectiva no solo se desprende de los textos internacionales, pues la falta de homogeneidad en los pronunciamientos judiciales⁸⁶ y la inseguridad jurídica que ello genera alerta de la obligación de adaptar los textos normativos nacionales a la realidad social con el fin proteger a las personas intervinientes en ese proceso, sobretodo de los menores resultantes del mismo⁸⁷.

Finalmente, es cierto que existen vías para acceder a una comaternidad. Por el contrario, la única opción legalmente posible para acceder a una copaternidad es la adopción sucesiva, por parte de un varón de los hijos de otro. Sin embargo, esto genera a mi juicio una discriminación por razón de sexo en cuanto que la LTRHA permite que dos mujeres puedan configurarse como madres de un menor sin necesidad de tramitar una adopción, no ofreciéndose el mismo trato a dos hombres, obligándoles a buscar una filiación natural igualitaria en otros ordenamientos jurídicos y a desembolsar grandes cantidades de tiempo y dinero para lograrlo.

⁸⁶ Las instrucciones de la DGRN analizadas en este trabajo han pretendido en cierto modo legalizar la gestación por sustitución aunque sin éxito, ya que han sido refutadas por los tribunales una y otra vez. El Tribunal Supremo por su parte incorpora en sus pronunciamientos votos particulares que denotan discordancia de opinión en la figura, la necesidad de aportar seguridad jurídica y de superar un estigma.

⁸⁷ Algunos autores que defienden la necesidad de una regulación clara son VILAR GONZÁLEZ S., (“Situación actual de la gestación por sustitución” *Revista de Derecho UNED*, 2014), DURAN AYAGO, A., (“El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución” *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2012 pág., 308), y CORRERA IZU M., (“Abandonados, apátridas y sin padres” publicado en el *Diario La Ley*, 2014), quien concretamente en su artículo también alude a la necesidad concreta de una Ley de Gestación Subrogada, hablada, reposada, y madurada.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En base a las argumentaciones proporcionadas, podemos afirmar que no ha habido una adaptación apropiada por parte del legislador de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida con respecto de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ya que, por un lado, quedaron intactas las referencias a “*padres*” y “*madres*”, debiendo haberse sustituido por la expresión “*progenitores*”, tal y como se realizó con las expresiones “*marido*” y “*mujer*”, las cuales fueron transcritas convenientemente por la terminología “*cónyuges*”. Por otro lado, se ha comprobado que el capítulo del Código Civil destinado a la filiación y sus acciones permaneció inalterado.

SEGUNDA.- Las múltiples lagunas existentes en esta materia generan gran inseguridad jurídica, siendo necesaria una reforma que incluya concretamente:

En primer lugar, una segunda presunción de maternidad para la esposa de la mujer que ha tenido un hijo en virtud de un tratamiento de reproducción asistida.

Y en segundo lugar, una referencia expresa o subsección en el Reglamento del Registro Civil destinada al orden de los apellidos de los hijos de una pareja homosexual nacidos por medio de una reproducción asistida. La jurisprudencia se ha hecho eco de esta laguna, estableciendo como regla general el común acuerdo entre las partes, sin embargo, a falta de consenso, y sirviendo de propuesta legislativa, lo más apropiado sería que el primero de los apellidos de los menores fuese el de la mujer que los ha gestado.

TERCERA.- La voluntad procreacional ha logrado conformarse como el principio fundamental en materia de filiación intencional. Este elemento volitivo se posiciona como un pilar básico permitiendo ser padre o madre a cualquiera que desee serlo, y se superpone al principio de voluntad biológica.

CUARTA.- Las parejas formadas por mujeres, a la hora de acogerse a un tratamiento de reproducción asistida, se encuentran en una posición desventajosa respecto de las parejas heterosexuales, ya que la LTRHA les exige estar unidas en matrimonio.

También es preciso consentir tales técnicas, sin embargo el consentimiento requerido al varón, en las parejas heterosexuales, está destinado a aprobar el sometimiento de su esposa a un tratamiento asistido, debiendo realizarse en la clínica correspondiente. Por contra, en mujeres homosexuales, la esposa no gestante prestará un consentimiento condicionado en el Registro Civil a que en el momento del nacimiento del menor se determinará la filiación a su favor.

Este trato diferencial supone una clara discriminación por razón de la orientación sexual, que poco o nada concuerda con el art. 14 CE.

QUINTA.- La regulación existente en materia de filiación intencional no solo es injusta para las parejas homosexuales en contraposición con las parejas heterosexuales, sino que también lo es entre hombres y mujeres homosexuales.

El ordenamiento español prevé la posibilidad de que dos mujeres accedan a una filiación, sin embargo, esta oportunidad está vetada a las parejas formadas por hombres, ya que no solo la Ley de Adopción Internacional lo impide, sino que la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida expresamente lo prohíbe, dejando a los varones homosexuales en una posición de desamparo que les obliga a emigrar a otras legislaciones que satisfagan efectivamente su voluntad procreacional.

SEXTA.- La falta de consenso jurisprudencial en relación a la gestación por sustitución denota un cambio de pensamiento en la materia y una necesidad de regulación efectiva de la misma, no solo para adecuar la situación registral de los menores nacidos en el extranjero por esta vía, sino también para dotar de igualdad jurídica a la filiación intencional entre hombres y mujeres.

En este sentido, alegar una vulneración del orden público internacional es contrario a la Ley 13/2005, al principio de no discriminación y al interés superior del menor. La anulación de estos contratos y la determinación de la filiación por el hecho del parto en estos casos suponen un estancamiento de los nuevos modelos de familia, así como una involución al principio de veracidad biológica.

SÉPTIMA.- La ciencia camina un paso por delante del derecho, otorgándole los instrumentos necesarios para lograr una igualdad efectiva, sin embargo, que esto sea una realidad exige no solo un cambio legislativo, sino una mayor aceptación social.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1974

ALBERT MARQUEZ, M., “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Editorial La Ley*, 2012

ALKORTA IDIAKEZ, I., “Nuevos límites del derecho a procrear”, *Derecho Privado y Constitución*, 2006

ALKORTA IDIAKEZ, I., *La regulación jurídica de la medicina reproductiva*. Aranzadi, Navarra 2003

BENAVENTE MOREDA, P., “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*, núm 1, 2011

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California” *Aranzadi Civil-Mercantil* 2009

CALVO CARAVACA A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2011

CALVO CARAVACA, A.L., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009” *Revista Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009

CERDÁ SUBIRACHS, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. a propósito de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Diario La Ley*, 2011.

CORRERA IZU M., “Abandonados, apátridas y sin padres” *Diario La Ley*, en 2014

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S., “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal”, *Indret*, Barcelona 2015

DE TORRES PEREA, J.M., “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor” *Editorial la ley*, 2014

DELGADO ECHEVARRÍA, J., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Editorial Trivium, Madrid 1988.

DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil: Derecho de familia y Derecho Sucesorio*, décima edición, Editorial Tecnos, Madrid 2006

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III*, Editorial Civitas, Madrid 1996

DURÁN AYAGO, A., *El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*. Anuario español de Derecho Internacional Privado Tomo XII. Iprolex, 2012

DURÁN AYAGO, A., “Los vientres de alquiler”, *Editorial Aranzadi*, 2014

FARNÓS AMORÓS, E., "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la gestación por sustitución en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret*, 2010

FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Editorial Atelier, Barcelona 2011

FLORES RODRÍGUEZ, J., “Homoparentabilidad y Derecho Civil” *Burjc Digital*, <https://ciencia.urjc.es/handle/10115/11392> (consultado el 11 de marzo de 2015)

GAFO FERNÁNDEZ, J., *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Editorial Universidad Pontificia de Comillas. Madrid 1986

GARCÍA VICENTE, J.R., “La previsible reforma del Derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas” *Revista de Derecho Privado y Constitución*. 2006

- GARCÍA VICENTE, J.R., “Los principios del Derecho de las acciones de filiación”, *Aranzadi Civil*, 2004.
- GÓMEZ SANCHEZ, Y., *El derecho a la producción humana*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1994
- GROSS, M., *Qu'est-ce que l'homoparentalité?*, Petit BibliothèquePayot, Paris, 2012
- JARUFE CONTRERAS, D., *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: Adopción “versus” técnicas de reproducción humana asistida*. Dykinson, Madrid 2013
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., “Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo”, *Diario La Ley*, 2014
- LAMM, E., “Gestación por Sustitución” *Indret*, 2012.
- LAMM, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de la reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona 2012
- LASARTE ÁLVAREZ C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria” *Diario La Ley*, 2012
- LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y derecho*, editorial Tecnos, Madrid 1986
- LLEDÓ YAGÜE, F., *Sistema de derecho civil. Derecho de familia*. Dykinson, Madrid 2002
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia*, segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 2008
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M y MASSIGOGE BENEIGU, J.M., *la maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Dykinson 1994
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “A vueltas con la doble maternidad por naturaleza y la reclamación de la filiación por posesión de estado”, *La Ley. Derecho de Familia*, 2014.

MORO ALMARAZ, M.J., *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in Vitro”*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988

PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid 2002

QUESADA GONZÁLEZ, M. C., *La Determinación Judicial de la Filiación. Funciones de la posesión de estado cuando se determina, se acredita y se prueba la filiación*, Bosch, Barcelona 2012

ROCA TRÍAS E., “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*, Editorial Trivium, Madrid 1988

SALVADOR GUTIÉRREZ, S., “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución” *Editorial El Derecho (grupo Francis Lefebvre)*, 2012

SANZ ACOSTA, L., “Reconocimiento de filiación extramatrimonial a mujer homosexual en relación al hijo de su ex pareja”, *Actualidad Civil, Nº 5, Sección Fundamentos de Casación*, Mayo 2014

SOUTO GALVÁN B., “Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro Ciencias jurídicas y Sociales Nueva Época*, 2005

TOMÁS MARTÍNEZ, G., “El consentimiento en la relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, *Actualidad Civil, núm 7, 2010*

VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” *Diario La Ley*, 2011

VILAR GONZÁLEZ S., “Situación actual de la gestación por sustitución” *Revista de Derecho UNED*, 2014

ZORRO A, “La maternidad subrogada: el problema de la presunción de maternidad”, *Derecho comparado*, 2012 <http://derechocomparado-uniandes.blogspot.com.es/2012/04/la-maternidad-subrogada-el-problema-de.html> (consultado el 11 de marzo de 2015)

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

STC 116/1999 de 17 de junio

SJPI de Talavera de la Reina, de 19 de marzo de 2007

SJPI de Valencia, de 15 de septiembre de 2010

STS 320/2011 de 12 de mayo

SAP Valencia, de 23 de noviembre de 2011

SAP Toledo, de 17 de enero de 2012

STS de 6 de noviembre de 2012

STS de 12 de noviembre de 2013

STS de 15 de enero de 2014

STS de 6 de febrero de 2014

STEDH de 26 de junio de 2014, as. C-363/12, *Menesson vs Francia*

STEDH de 26 de junio de 2014, as. C-167/12, *Labasse vs Francia*

STEDH de 27 de enero de 2015, as. C- 25358/12, *Paradiso y Campanelli vs Italia*

STS de 2 de febrero de 2015

INSTRUCCIONES

Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009

Resolución DGRN, de 5 de octubre de 2010

Resolución DGRN, de 24 de noviembre de 2008

Resolución DGRN, de 17 de mayo de 2008

Resolución DGRN, de 14 de octubre de 2008

Resolución DGRN, de 7 de enero de 2009

Resolución DGRN, de 12 de enero de 2011

Resolución DGRN, de 17 de abril de 2008

Resolución DGRN, de 26 de noviembre de 2006

Resolución DGRN, de 28 de febrero de 2011