

LA FILIACIÓN INTENCIONAL EN LOS CASOS DE DOBLE
MATERNIDAD

*THE INTENTIONAL FILIATION IN CASES OF DOUBLE
MOTHERHOOD*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 42-71

Esther ALBA
FERRÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

RESUMEN: La doble maternidad viene reconocida en el art. 7.3 LTRHA, dando valor al consentimiento de la mujer casada con otra, siempre que no esté separada, para manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI ha reformado el art. 44 LRC y en concreto, el nuevo apdo. 4 hace referencia a la inscripción del nacimiento de los hijos de parejas de dos mujeres, reconociendo tanto la filiación matrimonial, pudiendo estar separadas, como no matrimonial, sin reformar el art. 7.3 LTRHA. Así, se puede estar ante un nuevo tipo de filiación legal, conocida como "filiación intencional", al ser el consentimiento un nuevo título de determinación de la filiación, sin olvidarnos de la importancia del interés superior del menor.

PALABRAS CLAVE: Consentimiento; doble maternidad; filiación intencional; interés superior del menor; técnicas de reproducción humana asistida; Registro Civil.

ABSTRACT: Double motherhood is recognized in art. 7.3 LTRHA, giving value to the consent of the woman married to another, if she is not separated, to express in accordance with the provisions of the Civil Registry Law that the filiation with respect to the child born to her spouse is determined in her favor. Law 4/2023, of February 28, for the real and effective equality of trans people and for the guarantee of the rights of LGTBI people has reformed art. 44 LRC and specifically, the new section 4 refers to the registration of the birth of children born to couples of two women, recognizing both marital affiliation, which may be separated, and non-marital affiliation, without reforming art. 7.3 LTRHA. Thus, we may be faced with a new type of legal filiation, known as intentional filiation, as consent is a new title for determining filiation, without forgetting the importance of the best interests of the minor.

KEY WORDS: Consent; double motherhood; intentional filiation; best interests of the minor; assisted human reproduction techniques; Civil Registry.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA REGULACIÓN INICIAL DE LA DOBLE MATERNIDAD: LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.- 1. La redacción originaria del art. 7.3 LTRHA.- 2. La visión jurisprudencial flexible.- III. LA DOBLE MATERNIDAD EN LA ACTUALIDAD.- 1. El nuevo art. 7.3 LTRHA.- 2. La rigidez de la jurisprudencia reciente.- 3. El art. 44.4 LRC: la filiación matrimonial y no matrimonial.- IV. LA FILIACIÓN INTENCIONAL COMO NUEVO TIPO DE FILIACIÓN LEGAL: UNA PROPUESTA DE REFORMA.- V. CONCLUSIONES.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN.

Por todos es conocido que la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (en adelante, Ley 13/2015), incorporó un segundo apdo. al art. 44 CC, estableciendo que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y mismos efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo”. Esta Ley en el Preámbulo apdo. II justificaba la reforma por la necesidad del “establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad”, exigencia que esta Ley trataba de dar respuesta².

1 La Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 sobre igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea (publicada en el DOCE 61/40 de 28 de febrero de 1994) pedía a la Comisión Europea, en su apartado 12 sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales, poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, para garantizarles así los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia.

Es interesante destacar que en el Dictamen, de 16 de diciembre de 2004, emitido por el Consejo de Estado al Anteproyecto de ley de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio [n.º Exp. 2628/2004 (Justicia)], se abogaba por una regulación específica y diferente de los matrimonios de personas del mismo sexo, al margen de la regulación tradicional del matrimonio en el Código Civil.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio se publicó en el BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005. El artículo único de esta Ley también reformó otros artículos como el art. 66, 67, 154.1, 160.1, 164.2, entre otros, sustituyendo toda referencia al marido y a la mujer por la de cónyuges o consortes o progenitores. Esta fue impugnada por inconstitucional y la STC 198/2012, 6 noviembre, publicada en BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012, resuelve el recurso planteado declarando su plena constitucionalidad al considerar que la misma, en el ámbito del amplio margen permitido por el art. 32 CE, desarrolla la institución matrimonial de conformidad con nuestra cultura jurídica, en donde se constata una amplia aceptación de esta posibilidad matrimonial, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española.

2 Esta Ley 13/2005 permitió así que aquellos matrimonios integrados por personas de igual sexo pudieran ser parte en los procesos de adopción. La usuaria de las técnicas podía inscribir su filiación por naturaleza y la esposa solo tenía la posibilidad de adoptar al nacido para determinar su maternidad. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN) de 5 de junio de 2006 (JUR 2007/130356) resolvió que la única vía de la que disponía la esposa o conviviente con la usuaria de las técnicas de reproducción asistida para determinar su maternidad era la adopción.

• **Esther Alba Ferré**

Profesora acreditada contratada doctor, Profesora ayudante doctor, UNED. Correo electrónico: estalba@der.uned.es

Esto llevo a que la STS 12 mayo 2011 nos recordara que “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 constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se hayan utilizado para formarlas y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”³.

Este art. 44 CC ha sido recientemente modificado por la Disposición final primera de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (en adelante, Ley 4/2023)⁴. La nueva redacción del artículo sólo sustituye la tradicional referencia al hombre y a la mujer por la de “toda persona”, implementando el lenguaje inclusivo pero sin que esta reforma consista en una modificación meramente formal⁵.

Entre los matrimonios entre personas del mismo sexo, los matrimonios entre mujeres son una realidad en nuestra sociedad. Si tenemos presente el número de matrimonios que se han celebrado entre mujeres según el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), se observa que se ha producido un gran aumento de los mismos a lo largo de los años, pasando como es lógico de solamente 355 matrimonios en el año 2005 tras su reconocimiento a un total de 2.867 matrimonios en el año 2021, último año registrado⁶.

Estas mujeres, gracias a las técnicas de reproducción humana asistida, pueden tener hijos en común, requiriendo de un donante masculino para ello ante la imposibilidad natural de que dos mujeres puedan tener descendencia biológica sin dicho material reproductivo⁷. Sin ánimo de hacer un estudio médico de estas técnicas, sí que es interesante resaltar la existencia del llamado método ROPA, esto es, la fecundación in vitro con recepción de los óvulos de la pareja. Este tratamiento es exclusivo para parejas de mujeres, al permitir que ambas participen activamente en el proceso de gestación⁸. Ello es así porque una de ellas aportará los óvulos, a la que actualmente se la conoce como progenitora no gestante pero

3 STS 12 mayo 2011 (Roj: STS 2676/2011).

4 La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI se publicó en el BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023. Este texto entró en vigor el 2 de marzo de 2023.

5 ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 179 era consciente “... de que, para que esta definición (del matrimonio civil) comprenda la legalidad vigente en España, habría que suprimir la mención a un hombre y una mujer y quizás a la vocación de permanencia”.

6 Esta información está disponible en www.ine.es (fecha de consulta: 17 de octubre de 2023).

7 Se debe tener en cuenta el art. 5 LTRHA en relación a los donantes y al contrato de donación, concertado entre el donante y el centro autorizado, que es gratuito, formal y confidencial.

8 Véase en relación con el método ROPA más información en www.reproduccionasistida.org (fecha de consulta: 17 de octubre de 2023).

si biológica, y la otra mujer llevará a cabo el embarazo, por ello se la conoce como la progenitora gestante. Es obvio que en este caso el donante de los óvulos no es anónimo al ser una de las mujeres del matrimonio⁹. Sin perjuicio de reconocer que las dos mujeres pueden también recurrir a una donante de óvulos, sin aportar ninguna de ellas la carga genética, siendo solo una de ellas la progenitora gestante.

La Ciencia sigue evolucionando y no deja de sorprendernos. Así, existe una nueva técnica u opción de tratamiento de fertilidad, conocida como INVO o INVOCeLL, que permite que la fecundación y el inicio del desarrollo embrionario se produzca en una de las mujeres, siendo la otra la que termina la gestación. Por lo tanto, las dos mujeres son progenitoras gestantes ya que gracias a este dispositivo una de ellas porta el embrión las primeras semanas de gestación, siendo la otra mujer gestante la que termina el embarazo del hijo en común¹⁰. En este caso las dos mujeres son progenitoras gestantes, lo que hace que esta terminología puede que no sea apropiada a este caso al no diferenciar quién da a luz al hijo. Lo que queda claro es que el principio tradicional de *mater semper certa est* ya no se cumple desde un punto de vista biológico ni legal como veremos a continuación.

El objetivo de este estudio será dar a conocer y valorar la evolución legislativa que ha sufrido la regulación de la doble maternidad en nuestro ordenamiento¹¹, sin olvidarnos de analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente desde 2013 hasta 2022, que pone de manifiesto las problemáticas derivadas de la regulación de la comaternidad legal. Este reconocimiento de la doble maternidad conlleva valorar si existe un nuevo tipo de filiación legal que podría ser denominada “filiación intencional”, donde el consentimiento es el elemento esencial, y proponer en su caso una reforma legislativa en este sentido.

9 En la reunión de 4 de diciembre de 2008 la Comisión Nacional de Reproducción Asistida informó favorablemente a la admisión de la donación entre mujeres casadas, del óvulo de una de ellas para ser fecundado en la otra con esperma de donante, siendo por tanto una, la madre genética y la otra la madre gestante. La Comisión sugirió la necesidad de reformar la LTRA para permitir directamente esta posibilidad, teniendo en cuenta que, conforme a la misma, tanto la donación de óvulos como la de esperma ha de ser anónima y en este caso no sucede así. Actualmente esta misma Comisión ha realizado un estudio básico de donantes de gametos (femeninos y masculinos) disponible en https://cnrha.sanidad.gob.es/documentacion/comision/pdf/Estudio_Donantes_de_Gametos.pdf (fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023).

10 Si se quiere conocer más profundamente la técnica de reproducción asistida conocida como INVO, véase más información en <https://www.reproduccionasistida.org/invo-metodo-de-reproduccion-asistida-mas-economico/> (fecha de consulta: 18 de diciembre de 2023).

11 Véase el estudio comparado sobre los problemas que presenta la determinación de la comaternidad en las parejas de mujeres en las sociedades actuales, GIOVANNINI, G.: *Modelos de determinación de la co-maternidad resultante del uso de técnicas de reproducción asistida: Un análisis de derecho comparado*, Aranzadi, Navarra, 2023.

II. LA REGULACIÓN INICIAL DE LA DOBLE MATERNIDAD: LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.

I. El redacción originaria del art. 7.3 LTRHA.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA) y en concreto, el art. 7 LTRHA es el dedicado a la filiación de los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida y será el apdo. 1 el que nos recuerda que la misma “se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres apartados siguientes”, sin que la inscripción en el Registro Civil pueda reflejar los datos de los que se infiera el carácter de dicha generación según el apdo. 2 de este artículo¹².

La Disposición adicional I de la Ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas introdujo el apdo. 3 al art. 7 LTRHA, reconociendo por primera vez la doble maternidad y estableciendo que “cuando una mujer estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer ésta 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”¹³. De esta forma, se dio un verdadero valor al mero consentimiento de la esposa de la gestante (mujer no gestante que debía estar casada y no separada) al atribuir la filiación legal, exigiendo el nacimiento del hijo y limitando su prestación ante la autoridad del Encargado del Registro Civil¹⁴.

12 La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida fue publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006. No hay que olvidar que la pareja de dos mujeres no podrá recurrir a la gestación subrogada o por sustitución en que intervenga una tercera persona en la gestación, ya que nuestro ordenamiento en el art. 10.1 LTRHA se establece que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

13 Esta Ley 14/2006 fue modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas publicada en el BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007. Actualmente esta última disposición está derogada.

Es interesante conocer la regulación existente en el Código civil de Cataluña en esta materia porque nos servirá de apoyo a las reformas que propondremos. Con la entrada en vigor de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (publicada en el DOGC núm. 5686, de 5 de agosto), el art. 235 se dedica a la fecundación asistida de la mujer casada y en concreto, el art. 235-8.1 establece “Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento” y el art. 235-13.1 reitera la importancia del consentimiento, haciendo referencia expresa a que el cónyuge no gestante puede ser hombre o mujer al decir “Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público”.

14 Sin ánimo de hacer referencia a todos los autores que critican que el art. 7.3 LTRHA en cuanto que no hace referencia a las parejas no casadas, véase por ejemplo, ALES URÍA ACEVEDO, M. M.: *El derecho a la identidad en la filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 228; y TAMAYO HAYA, S.: “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho UNED*, 6, 2013, en p. 280. Incluso algún autor extiende esta regulación por analogía a dichas parejas de mujeres no casadas, en este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 21, 2007, pp. 106 y ss.

Al analizar esta primera redacción del art. 7.3 LTRHA vamos a diferenciar tres requisitos, esto son, los subjetivos, los formales y los temporales, necesarios para entender mejor la problemática real de este artículo, siguiendo las aportaciones realizadas por Farnos Amorós¹⁵.

En relación con los requisitos subjetivos, la redacción de este artículo fue criticada tanto a nivel sustantivo y como de técnica legislativa y también por el hecho de limitarse a las mujeres casadas, no separadas legalmente o de hecho y no valorar la posibilidad de que si lo estén o que incluso no estén casadas o sean parejas de hecho¹⁶.

Desde el punto de vista formal, la declaración solamente se podía hacer ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, sin valorarse la formalización en documentos públicos notariales o en el mismo documento que otorga eficacia al consentimiento más habitual en la práctica, que es el expresado ante el centro de reproducción asistida por la pareja de la receptora de dichas técnicas. Estas mismas posibilidades de llevar a cabo la formalización del consentimiento en otros documentos están presentes en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil que posteriormente analizaremos¹⁷.

Además y según el art. 108.2 RRC, tal declaración habrá de consignarse en el Libro Diario del Registro Civil y su constancia registral servirá solo a los efectos de acreditar el consentimiento exigido en el art. 7.3 LTRHA y la fecha en que se ha otorgado, pero no la inscripción de la maternidad que no se producirá hasta el nacimiento. Una vez nacido el hijo, la constancia registral del consentimiento determinará la doble maternidad automáticamente, sin ulterior consentimiento ni de la madre ni de la manifestante. Cadenas Osuna resalta que la redacción originaria del art. 7.3 LTRHA “impone a la esposa de la receptora la prestación de un consentimiento formal que, de no otorgarse o no hacerse debidamente, obligaría al encargado del Registro Civil a denegar posteriormente la inscripción de la segunda maternidad por naturaleza a favor de la esposa de la usuaria, de suerte que el nacido tendría un solo vínculo de filiación legal, que debería calificarse de no matrimonial”¹⁸.

15 FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, *ADC*, Tomo LXVII, 2015, fasc. I, p. 12 al valorar el consentimiento como nuevo título de determinación legal de la maternidad, insiste que éste “No se trata propiamente de un reconocimiento, puesto que no requiere consentimientos complementarios al de la mujer «reconocedora», no es posterior al nacimiento y, lo más importante, no cabe su impugnación ante la falta de correspondencia con la verdad biológica”.

16 Véase en relación con las mujeres no casadas, GOÑI HUARTE, E.: “La doble maternidad en mujeres no casadas: situación en España y referencia al derecho comparado”, *ADC*, núm. 5, 2016, pp. 74-80.

17 ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

18 CADENAS OSUNA, D.: “La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea”, *ADC*, Tomo LXXV, 2022, Fasc. I (enero-marzo), p. 76. Este mismo planteamiento lo defiende DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *cit.*, p. 80.

Por último, en el ámbito temporal se discute el momento en que se debe dar el consentimiento ya que la expresión “consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge” hace referencia al concebido, cuestionándose la restricción temporal de la posibilidad de aceptar la maternidad no biológica a un momento anterior al nacimiento y no a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida¹⁹. Parece que esta expresión hacía una clara referencia a que el consentimiento se debía prestar en un momento anterior al nacimiento²⁰. Además se observa que existían prácticas registrales no uniformes que ponían de manifiesto una mayor inseguridad jurídica, ya que algunos Registros exigían la comparecencia formal antes del parto y otros se remitían a la adopción o admitían que esta declaración se realizase una vez nacido el hijo, en el momento en que se le inscribe en el Registro Civil.

De todos estos requisitos, el considerado esencial para la determinación de la filiación materna es el consentimiento de la mujer no gestante. La Ley quiso conceder a las parejas de mujeres casadas análogos derechos que a las parejas heterosexuales en relación con el esposo o varón no casado que ha dado el consentimiento a la fecundación con contribución de donante o donantes según el art. 8.1 y 2 LTRHA²¹.

Hay que destacar que este artículo no hacía referencia al consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción asistida. En este sentido, el art. 6 TRHA nos recuerda la importancia de que la usuaria de estas técnicas preste el consentimiento escrito a la utilización de estas técnicas, de manera libre, consciente y expresa, y en su párrafo 3 nos plantea el caso de que esté casada, precisándose el consentimiento del marido, a menos que estén separados legalmente o de hecho²². Se discute si este consentimiento del marido cumple la

19 La RDGRN de 22 de mayo de 2008 (JUR 2009/389849) flexibiliza las exigencias de este artículo permitiendo la inscripción de la segunda maternidad habiéndose instado el expediente de reconocimiento de la filiación tras el nacimiento del hijo. Y la RDGRN de 14 de octubre de 2008 (JUR 2009/443280) también ha considerado aplicable el criterio del citado art. 7.3 LTRHA en aquellos casos en los que, producido el nacimiento del hijo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007, no se pudo inscribir por tal motivo a favor de ambas cónyuges la doble maternidad, admitiendo por tanto el consentimiento de la cónyuge de la madre biológica con posterioridad al nacimiento del menor.

20 FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, cit., p. 15 considera que es más coherente con la noción de proyecto parental inherente a la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida que la exigencia legal del consentimiento se prestará en un momento anterior a la fecundación y no una vez que haya sido concebido.

21 El art. 8 LTRHA es el dedicado a la determinación legal de la filiación y dispone “1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación. 2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”. Si en vez de varón no casado, se sustituyese la expresión por persona no casada, se permitiría incluir también los supuestos de doble maternidad no matrimonial. En su momento se presentaron muchas enmiendas al Proyecto de Ley de Reproducción Humana Asistida instando dicha sustitución.

22 El art. 6.3 LTRHA establece “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.

función de evitar la aplicación de las presunciones de paternidad, impidiendo que pueda impugnarse a posteriori dicha paternidad²³. Castillo Martínez detecta un trato diferencial en el caso del matrimonio heterosexual en donde “únicamente se exige el consentimiento para la utilización de dichas técnicas, y ningún otro requisito formal. Por lo que parece que existe una mayor exigencia formal para las parejas formadas por dos mujeres que para las parejas heterosexuales”²⁴.

Por lo tanto, como indica Tomás Martínez, este consentimiento de la mujer no gestante prestado ante el Encargado del Registro Civil plantea diversas cuestiones no resueltas como la competencia del Juez, el domicilio del Registro, el valor del consentimiento ante el centro médico o el consentimiento prestado con posterioridad al nacimiento²⁵. Realmente el silencio de la norma más sorprendente es el relativo a cuándo se debe consentir, si en el momento de la inseminación artificial o antes de nacer el niño.

Como indica Castillo Martínez, ciertamente “la adopción judicial del hijo del cónyuge -o pareja “more uxorio”- ya entonces se encontraba muy simplificada por la disposición del art. 176.2 del Código Civil, que para iniciar el expediente exime de la propuesta previa de la Comunidad Autónoma a favor del adoptante y de la declaración administrativa de que el mismo sea idóneo para el ejercicio de la patria potestad. Por la entrada en vigor del art. 7.3 antes mencionado el automatismo resulta más acentuado, toda vez que el consentimiento de la esposa de la gestante determina una especie de adopción por la consorte que, empero, no requiere de resolución judicial (cfr. art. 176.1 CC)”²⁶.

Realmente más que una especie de adopción, lo que se pone de manifiesto es la capacidad de autodeterminar la filiación del hijo por la mujer no gestante a través del consentimiento. Esto llevo a considerar que se puede hablar de un nuevo tipo de filiación legal que podría denominarse “filiación intencional” al estar basada en el consentimiento, como propondremos al término de este estudio.

Hay autores, como por ejemplo Castillo Martínez, que consideran que con este artículo estamos ante una verdadera solución a los problemas que planteaba

El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal”.

23 En este sentido, entre otros, CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La llamada doble maternidad por ‘naturaleza’: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, *Diario de la Ley*, núm. 8240, 2014, p. 3.

24 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica y el requisito de la justificación del uso de técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio 2022, p. 3345.

25 Véase en este sentido, TOMÁS MARTÍNEZ, G.: “El consentimiento en relación la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, *Actualidad Civil*, 2010, pp. 748 y ss.

26 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica y el requisito de la justificación del uso de técnicas de reproducción asistida”, cit., p. 3345.

la filiación derivada de las aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el ámbito de las parejas de mujeres casadas²⁷. Sin embargo, la doctrina no es unánime en este sentido. Otros autores como De La Iglesia, Nanclares Valle o Gonzales Pérez de Castro consideran que resulta vulnerado el principio de verdad biológica, tachando este artículo de inconstitucional por afectar también a la dignidad del que va a nacer y discriminar al hijo al atribuirle una filiación imposible en términos biológicos²⁸.

No sólo es importante el consentimiento de la mujer no gestante. Y por ello valoramos que este artículo pareció olvidar el interés superior del menor o la idoneidad de la esposa. Incluso no exige la necesidad del asentimiento de la gestante a que su esposa asuma la condición de madre legal. Castillo Martínez llega a considerar que existe respecto a ellos una verdadera presunción *iuris et de iure*²⁹.

Analizada la regulación inicial de la doble maternidad y detectada sus deficiencias, es necesario conocer la interpretación que del art. 7.3 LTRHA realizó el Tribunal Supremo.

2. La visión jurisprudencial flexible.

El Tribunal Supremo, Sala I^a, interpretó inicialmente de manera expansiva y flexible el literal de este art. 7.3 LTRHA, tanto en la STS 5 diciembre 2013 como en la STS 15 enero 2014, centrándose en el momento en que se presta el consentimiento y en el hecho de que la pareja esté o no casada³⁰.

La STS 5 diciembre 2013 pone el énfasis en la importancia de la voluntad para la determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, que hace posible la ficción legal de permitir la coexistencia de dos

27 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2007, 21, pp. 75-129.

28 DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el matrimonio de parejas homosexuales femeninas", en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 471 y ss. NANCLARES VALLE, J.: "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Actualidad Civil*, 2008, 7-8, pp. 15 y ss. GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, 2013, Madrid, p. 295.

29 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: "La inscripción de la filiación", cit., p. 3345.

30 La STS 5 diciembre 2013 (Roj: STS 5765/2013) hace referencia a un supuesto de reclamación de filiación por posesión de estado de las hijas gemelas que nacieron con el uso de técnicas de reproducción humana asistida al que dieron consentimiento ambas mujeres, unos meses antes de contraer matrimonio. Véase el comentario que realiza ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Doble maternidad. Reclamación de la filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal. Concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013 de 5 de diciembre (RJ 2013/7566)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio 2014, pp. 378-399.

La STS 15 enero 2014 (Roj: STS 608/2014) tiene origen en una acción de reclamación de la filiación no matrimonial interpuesta por la ex pareja de la madre respecto de un menor nacido en 2003, durante la relación de convivencia estable que mantuvieron ambas mujeres entre 1996 y 2006 sin matrimonio. La pareja no estaba casada y el menor había sido concebido mediante inseminación artificial con esperma de donante anónimo, en el marco de lo que el Juzgado califica de un proyecto común y probado el propósito común de ambas de recurrir a la técnica de reproducción asistida.

filiaciones a favor de personas del mismo sexo, con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza. La sentencia reconoce que la filiación “no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en que se prestó, una vez acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo”³¹. Así mismo, esta sentencia resalta que la posesión de “estado de filiación” legitima para el ejercicio de la acción del art. 131 CC, pero no es título que atribuya la filiación y que existe un interés real que es el de la niñas y el de unidad y estabilidad familiar. Jiménez Bautista considera que en este supuesto “la posesión de estado y el interés superior del menor reforzaron el consentimiento prestado por la no gestante, en ningún caso lo sustituyen”³².

La STS 15 de enero 2014 consideró acreditados los consentimientos prestados con ocasión de las técnicas de reproducción asistida que llevo a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el apellido de su pareja, lo que “integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada” y concluyó que el consentimiento prestado por la conviviente que no es madre biológica, la posesión de estado y el superior interés del menor determinan la filiación no matrimonial reclamada en la forma de doble maternidad. En su FJ Tercero el Tribunal Supremo recurre al interés superior del menor, puesto que “representa un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica”.

El voto particular de esta última sentencia sobre determinación de la filiación no matrimonial de mujer homosexual por posesión de estado discrepó por considerar que no estaba acreditada la existencia del consentimiento de la no biológica al empleo de las técnicas, llegando a afirmar que no existe, y por dudar que la determinación de la filiación sea lo más beneficioso para el menor cuando la ruptura entre ambas partes fue traumática, incluso con episodios de malos tratos. Además recuerda la RGDRN de 14 de octubre de 2009 en relación al requisito exigido del matrimonio de la pareja por la Ley, en el que no es difícil advertir un elemento de estabilidad, o cuando menos de propósito de estabilidad. Parece exigir que la madre gestante también ha de asentir a que su esposa asuma la comaternidad legal, ya que la misma no puede ser impuesta. Por lo tanto,

31 Véase DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.ª S.: “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, enero 2015, p. 7 y ss. cuando analiza la función del consentimiento en el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida, diferenciando entre el consentimiento contractual, el consentimiento informado y el consentimiento como criterio de atribución de la maternidad.

32 JIMÉNEZ BAUTISTA, S.: “La doble maternidad: breve análisis de las SSTs núm. 45/2022, de 27 de enero y Núm.558/2022, de 11 de julio”, *Cuaderno de Familia, Boletín jurídico de infancia, familia y capacidad de la asociación judicial Francisco de Vitoria*, diciembre 2022, p. 5.

considera que la gestante no puede imponer la maternidad a su esposa ni ésta a la primera.

En estas sentencias prosperaron las acciones judiciales de reclamación de maternidad, “valorando de manera conjunta la existencia de un proyecto reproductivo en común de las mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre”³³. Estos tres criterios son los considerados claves en estas reclamaciones ya que valoran la filiación desde los tres sujetos e intereses en juego. Así la maternidad de la gestante, el consentimiento de la no gestante y el interés del menor que tiene a la no gestante como madre han de coexistir para determinar la filiación de los hijos nacidos en casos de doble maternidad.

Realizada la aproximación a la regulación originaria y jurisprudencia existente sobre la doble maternidad, es necesario ahora conocer el nuevo art. 7.3 LTRHA, las últimas sentencias del Tribunal Supremo y la reforma que ha sufrido el art. 44 LRC tras la Ley 4/2023, para comprobar si se ven solventados todos los problemas detectados ante la comaternidad legal.

III. LA DOBLE MATERNIDAD EN LA ACTUALIDAD.

I. El nuevo art. 7.3 LTRHA.

En materia de doble maternidad la Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil en su Disposición final 5.I ha reformado el art. 7.3 LTRHA, cuyo tenor actual prescribe que “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”³⁴. La nueva redacción sigue exigiendo que la

33 La STS 11 julio 2022 (Roj: STS 3002/2022), que luego comentaremos, hace esta aclaración de las dos sentencias ante la deficiente regulación vigente en la materia.

34 La Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil se publicó en el BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015. El Preámbulo en su apdo. IV de este Ley explica que “La segunda parte de la Ley tiene por objeto la modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Con esta modificación legal se pretende que, a partir de la entrada en vigor de la citada Ley, la inscripción de los recién nacidos se realice directamente desde los centros sanitarios, a modo de «ventanilla única» donde los padres, asistidos por los facultativos que hubieran asistido al parto, firmarán el formulario oficial de declaración al que se incorporará el parte facultativo acreditativo del nacimiento, que se remitirá telemáticamente desde el centro sanitario al Registro Civil, amparado con el certificado reconocido de firma electrónica del facultativo. No será necesario, por tanto, acudir personalmente a la Oficina de Registro Civil para realizar la inscripción del nacido. Ello conlleva la modificación del Código Civil, así como de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”. Hay que tener presente la Instrucción de 9 de octubre de 2015 de la Dirección General de los Registros y el Notariado, sobre la comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios que no incluye este supuesto.

pareja esté casada y no separadas legalmente o de hecho, sin resolver las filiaciones de parejas de mujeres no casadas o parejas de hecho. Esto lleva a considerar que de la literalidad del artículo se concluye que “1.º) Que la maternidad vendrá determinada por el parto, correspondiendo por tanto a la mujer gestante. 2.º) Que la mujer que comparte la vida con la madre gestante no es considerada madre por naturaleza (no matrimonial) del nacido, puesto que la posibilidad de consentir la atribución en su favor de la filiación del hijo de su pareja sólo está prevista (art. 7.3 LTRA) en los casos de matrimonio con la mujer gestante”³⁵.

La gran diferencia con la anterior redacción de este art. 7.3 se encuentra en que ya no se exige que el consentimiento sea prestado antes del nacimiento, pudiéndose prestar el consentimiento de la cónyuge de la madre gestante, que es necesario para poder determinar a su favor la filiación, después de haberse producido el nacimiento del hijo. Castillo Martínez al comentar esta reforma que, califica de ficción legal, resalta que la misma “modifica el tiempo, que se prolonga más allá de la gestación, con la inseguridad consiguiente al no establecimiento de al menos un plazo a contar desde el nacimiento en que la esposa puede asumir la maternidad legal. En todo caso, la Ley 19/2015 deja abierto indefinidamente el plazo para el ejercicio del derecho a consentir la asunción de la maternidad legal por parte de la esposa de la gestante. Por otra parte, la Ley 19/2015 incorpora una modificación formal al no exigir expresamente que la manifestación del consentimiento se realice ante el Encargado del Registro Civil pues parece que es posible realizarlo en la clínica”³⁶. Nos remite ahora a la Ley del Registro Civil, en concreto al antiguo art. 44.1 y art. 44.5 de idéntico contenido que el del art. 7.3 LRTHA³⁷.

La RDGRN de 8 de febrero de 2017 autorizó la inscripción de la filiación como hijo matrimonial a favor de la cónyuge de la madre biológica, cuando ambas madres reclamaban la doble maternidad legal al considerar aplicable por analogía el art. 116 CC, sin necesidad de justificar el uso de técnicas de reproducción

35 BENAVENTE MOREDA, P.: “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidad de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ADC*, Tomo LXIV, fasc. I, 2011, p. 116.

36 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación”, cit., p. 3346.

37 La remisión que realiza el art. 7.3. LTRHA a la Ley del Registro Civil entrañaba tener en cuenta en primer lugar el art. 44.1 LRC que establecía “La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción el nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”. En concreto, había que tener presente el antiguo art. 44.5 LRC, también modificado por Ley 19/2015, cuya redacción coincidía en lo sustancial con la del art. 7.3 LTRHA al decir “También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y ésta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

ANDREU MARTÍNEZ, M. B.: “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017”, *InDret*, núm. 2, 2018, pp. 7-9 realiza una doble interpretación del art. 44.5 LRC consistente en aplicar los plazos y mecanismos establecidos en la Ley del Registro Civil y de su Reglamento para la inscripción de nacimiento o dar libertad a la cónyuge de la usuaria de las técnicas para que consienta la determinación a su favor de la filiación cuando desee, sin intervención de la gestante ni del hijo, opción que no parece muy conforme con el interés superior del menor ni resuelve la duda sobre el modo en que el consentimiento del art. 7.3 LTRHA debe otorgarse.

asistida, limitación que no se establece por Ley y que supondría una discriminación, recordando que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres defiende la ausencia de toda discriminación, también en las cuestiones derivadas de la maternidad, las obligaciones familiares y el estado civil³⁸.

Sin embargo, la no exigencia de justificar las técnicas de reproducción asistida también es objeto de discusión doctrinal. Castillo Martínez considera que “sí es imprescindible probar que la gestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida y que no es aplicable la presunción de filiación matrimonial del art. 116 del Código Civil porque el supuesto de hecho en este caso es diverso”³⁹. Esta misma autora insiste en que este antiguo art. 44.5 LRC no regulaba la determinación de la filiación, sino “el reflejo registral de la filiación, su inscripción, que resulta determinada de conformidad con lo previsto en el art. 7.3 de la Ley 14/2006”⁴⁰.

Cadenas Osuna se plantea algunas dudas en relación al consentimiento de la mujer no gestante que entiende que no han sido resueltas en el nuevo art. 7.3 LTRHA y así se pregunta por el valor del consentimiento ante el centro sanitario donde se realiza las técnicas, y si puede sustituir al exigido en este artículo o si puede vincular en relación a la existencia de un proyecto parental común o incluso si en base a él la madre biológica puede reclamar la filiación a su cónyuge. Esta autora concluye ya que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida prevé un título específico para la determinación de la segunda maternidad por naturaleza basado en la prestación de un consentimiento de carácter formal. Concluyendo que “no parece del todo lógico admitir la reclamación de dicha filiación con fundamento en otro consentimiento distinto que, además, está pensado por el legislador para las parejas heterosexuales”⁴¹.

El consentimiento para el establecimiento de cuya filiación es irrevocable en relación al hijo, pero como indica Cadenas Osuna “frustrado el embarazo, puede revocarse para posteriores ciclos reproductivos. Ahora bien, no existe consenso

38 La resolución, disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ/issue/view/997/106> (fecha de consulta: 27 de diciembre de 2023), estimó el recurso planteado contra el Auto 22 agosto 2016 en el que el Encargado del Registro Civil de Denia denegó la inscripción de la filiación de un hijo de una pareja de mujeres por considerar que es necesario acreditar que la gestación se ha producido como consecuencia del uso de técnicas de reproducción asistida. Entendía que el art. 44.5 LRC “no se puede interpretar desconectado del apartado cuarto, según el cual la filiación, a efectos de la inscripción de nacimiento, se determinará conforme a las leyes civiles –que siguen respondiendo al principio de unidad de la maternidad -y a la Ley 14/2006, que incorpora una ficción legal no basada en la realidad biológica pero únicamente cuando la gestación es consecuencia de técnicas de reproducción asistida, no siendo tampoco aplicables las presunciones del Código Civil en tanto que responden a un esquema normativo distinto”. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se publicó en el BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

39 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación”, cit., p. 3356.

40 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación”, cit., p. 3362.

41 CADENAS OSUNA, D.: “La determinación de la segunda maternidad”, cit., p. 80.

en la doctrina con respecto a si esta revocación tiene carácter automático una vez concluya el ciclo para el que se otorgó el consentimiento o si, por el contrario, la esposa de la usuaria debe manifestar expresamente su voluntad en tal sentido antes de que vuelva a hacerse uso de las técnicas de reproducción asistida⁴².

La esposa de la gestante y la propia gestante no pueden impugnar el consentimiento porque dicha actuación como señala Castillo Martínez iría contra sus propios actos, “ni siquiera en el supuesto de enfrentamiento derivado contra su pareja (por causa de una separación o de un divorcio posterior), del mismo modo que en la adopción ya constituida la madre biológica no puede revocar el consentimiento prestado, a no ser que no hubiera asentido en la maternidad legal de su consorte en cuyo caso debería entenderse que la gestante tiene expedida la impugnación a no ser que la misma implique abuso de derecho o mala fe (art. 7 CC)”⁴³. Sin olvidar que “La posesión de estado y el interés superior del menor no constituyen título de determinación de la filiación per se, correspondiendo al legislador la función de determinar tales títulos”⁴⁴.

Conocidas las principales reformas del nuevo art. 7.3 LTRHA y las dudas aún existentes sobre la doble maternidad, es importante analizar las últimas sentencias del Tribunal Supremo en este sentido.

2. La rigidez de la jurisprudencia reciente.

La STS 27 enero 2022 y la STS 11 julio 2022, sobre la reclamación de una filiación extramatrimonial por posesión de estado de la ex pareja de la madre biológica o gestante desestiman la solicitud de determinación de filiación, instada por la madre no biológica, al no darse los requisitos exigidos legalmente ni jurisprudenciales para que prospere la reclamación de maternidad extrajudicial por posesión de estado, esto es, que la madre no biológica estuviera casada con la biológica y prestare su consentimiento de acuerdo con la Ley del Registro Civil, para que se determinara la filiación respecto de ella, al hijo cuando naciera⁴⁵. Se

42 CADENAS OSUNA, D.: “La determinación de la segunda maternidad”, cit., p. 80-81. Es interesante la visión comparativa que hace a continuación entre el consentimiento de la esposa y del esposo, demostrando el mayor rigor de las formalidades que ha de cumplir la esposa para la determinación de su maternidad y visualizando la posible discriminación a la que está sometida. El consentimiento otorgado por el esposo no es título de determinación de la filiación que se establece por el juego de la presunción de paternidad matrimonial. Presunción que es aplicable solo a matrimonios heterosexuales y que no puede ser de aplicación al matrimonio de dos mujeres por lo que se justifica que lo sea el consentimiento de la esposa.

43 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación”, cit., p. 3357, nota al pie núm. 18.

44 JIMÉNEZ BAUTISTA, S.: “La doble maternidad: breve análisis de las SSTS núm. 45/2022, 27 de enero y núm. 558/2022, de 11 de julio”, cit., p. 18.

45 La STS 27 enero 2022 (Roj: STS 243/2022) tiene su origen en una reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado, siendo la demandante pareja y no estando casada con la demandante, la madre biológica y gestante, en el momento del nacimiento del hijo. Son hechos probados que el menor nació a través del empleo de técnicas de inseminación artificial con semen de donante, siendo la madre biológica la pareja de la demandante e inscribiéndose aquel como hijo de la madre biológica y gestante con sus apellidos. Tras el nacimiento del hijo, la pareja contrajo matrimonio y se separaron

insiste en que ni la posesión de estado ni el interés superior del menor son causa o título para determinar o atribuir la filiación, y no permiten al juez atribuir una filiación.

Ambas sentencias recuerdan lo dicho en la STS 9 mayo 2018 al resaltar que “la posesión de estado tiene un componente fáctico, los hechos probados a partir de los cuales el tribunal valora jurídicamente si existe o no la posesión de estado. Este dato justifica que pueda impugnarse la afirmación por el tribunal de instancia de la posesión de estado de filiación por vía de los dos recursos: en el recurso por infracción procesal puede impugnarse error en la valoración de la prueba de los hechos que integran los diversos elementos de la posesión de estado (*nomen, tractatus, fama*) y en el recurso de casación puede impugnarse la valoración jurídica de esos hechos, es decir, si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado”⁴⁶.

La STS 27 enero 2022 considera que los actos posteriores al nacimiento, sin importancia para la sentencia recurrida, son en realidad decisivos para apreciar si existe una persistencia y constancia en el comportamiento como madre a efectos de apreciar la posesión de estado ya que tras la separación, la relación se limitó a contactos esporádicos y no propios de quien quiere recuperar la relación de maternidad con el niño, abandonando incluso toda solicitud de medidas personales y patrimoniales respecto del niño en el procedimiento de divorcio.

Así mismo, la STS 11 julio 2022 insiste en que el comportamiento de la actora es difícilmente compatible con la afirmación de una maternidad vivida de forma constante y sin fisuras ya que no solo no consintió la inseminación ni realizó intento alguno de que quedara determinada posteriormente la filiación por vías legales. Tampoco ella ha asumido los gastos del menor porque dice que no se lo pidieron y cuando ejercita la demanda y acumula la petición de custodia compartida o subsidiaria de visitas no se ofrece a pagar alimentos y se opone a la petición subsidiaria de que la madre los preste. Todo ello dice la sentencia “no comporta

meses después, dictándose sentencia de divorcio que no acordó ninguna medida en relación al menor. En la demanda se solicitó que se declarase madre extramatrimonial del menor por posesión de estado a la demandante. Frente a la sentencia que declaró la filiación no matrimonial de la demandante, no gestante, con los efectos derivados de la misma, la madre biológica interpuso recurso de casación que fue estimado en esta STS 27 enero 2022, dejando sin efecto la filiación no matrimonial.

La STS 11 julio 2022 (Roj: STS 3002/2022) trata de determinar la filiación materna no biológica y no matrimonial de un menor nacido a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida con donante de semen anónimo, sin que la madre no biológica aportara material genético ni prestara consentimiento a la fecundación. La no gestante estaba casada con un tercero y no divorciada. La demandante y la demandada fueron parejas de hecho durante doce años y la madre biológica durante la relación de la pareja se sometió a las técnicas de reproducción asistida, naciendo el menor. Poco después la pareja se rompe. En este caso se desestimó la demanda pero la Audiencia estimó el recurso de apelación, revocando la resolución apelada y determinando la filiación no matrimonial reclamada. Sin embargo, la sentencia resuelve que no concurren los requisitos exigidos por la LTRHA.

46 STS 9 mayo 2018 (Roj: STS 1617/2018) citada en el FJ Segundo. 2 de STS 27 enero 2022 y en el FJ Quinto. 6 de STS 11 julio 2022.

una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan”.

Junto a la posesión de estado, se debe valorar el interés superior del menor en los casos de doble maternidad⁴⁷. La STS 11 julio 2022 en el FJ Sexto. 4 recalca que “no puede darse por supuesto que el superior interés del menor quede tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recaería en dos personas. No es esa una valoración correcta del interés del menor que conduzca a la estimación de una reclamación de maternidad”. Insiste en que no se ve el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial. Y sin olvidar el desarrollo legislativo del principio básico del interés superior del menor que se realiza en el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM)⁴⁸, resalta que sería además esa solución contraria a la voluntad, deseos, sentimientos y opiniones de un menor ya adolescente, a quien se le debe reconocer su derecho a participar en las decisiones progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en lo que el Tribunal califica de una etapa tan fundamental para su vida.

Conocida la visión actual y rígida del Tribunal Supremo sobre la doble maternidad frente a la flexibilización de los requisitos formales y temporales que inicialmente realizado, debemos tener presente que la redacción actual del art. 7.3 LTRHA nos remite a la Ley del Registro Civil, regulada por Ley 20/2011, de 21 de julio (en adelante, LRC) y en concreto, ello lleva a analizar el art. 44 LRC, reformado actualmente por la Ley 4/2023⁴⁹.

3. El art. 44.4. LRC: la filiación matrimonial y no matrimonial.

El art. 44 LRC ha sido objeto de nueva redacción por Disposición final undécima titulada “Modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro

47 Véase VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Aranzadi, Navarra, 2019 cuando aborda de forma global y pormenorizada el interés del menor, concepto base, pilar y fundamento del Derecho de familia.

48 La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil fue publicada en el BOE núm. 15, de 17 de enero. El art.2 LOPJM es el dedicado al interés superior del menor donde se fijan una serie de criterios y elementos generales a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso de este interés. Este artículo fue modificado por el art. 1.2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, publicada en el BOE núm.175, de 23 de julio de 2015. El primer párrafo y la letra c) apartado 5 del art. 2 LOPJM se ha modificado por la disposición final 8.1 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, publicada en el BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021.

49 La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil fue publicada en el BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011, entrando en vigor a partir del 30 abril de 2021.

Civil” de la Ley 4/2023⁵⁰, estableciendo en el apdo. 4 en su primer subapartado una clara remisión a la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida al decir “La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”.

Este complejo artículo en su subapartado 3 reconoce dos casos en que se hará constar la filiación de padres o madres no gestantes en el momento de la inscripción del hijo, diferenciando que estén o no casadas, al decir “La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar:

a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas y también si la madre estuviere casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho.

b) Cuando el padre o la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia”.

Si nos centramos en la doble maternidad, vemos que la letra a) hace referencia a la doble maternidad legal matrimonial, exigiendo el consentimiento de ambas madres casadas, incluso si están separadas legalmente o de hecho. Esta disposición no coincide con lo dicho en el art. 7.3 LTRHA que sigue exigiendo que no estén separadas y que no ha sido reformado.

Sin embargo, el segundo caso contenido en la letra b) hace referencia la filiación no matrimonial derivada de la pareja de mujeres que no estén casadas y solamente requiere conformidad, que no sea contraria a las presunciones de paternidad ni exista controversia. Realmente en este caso como es obvio no se aplican las presunciones de paternidad al estar ante casos de doble maternidad. El Preámbulo apdo. II de esta Ley destaca cuál es el fin de esta reforma al decir que “En coherencia con los cambios operados por la disposición final primera⁵¹, las principales novedades se introducen sobre el artículo 44, con el fin de permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial”. Es cierto que como hemos visto, siempre se hacía

50 Si se quiere conocer más en profundidad la Ley 4/2023, véase BLANCO PERMUY, F.: “Las principales claves de la nueva «Ley Trans»”, *Revista jurídica Colex*, núm. 030, marzo-abril 2023, pp. 11-15.

51 La Disposición final primera es la dedicada a la modificación del Real Decreto de 24 de junio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

referencia a la pareja de mujeres casadas y no separadas, y es este artículo el que reconoce también la filiación no matrimonial en el caso de mujeres.

Se observa que se modifica la Ley del Registro Civil y no el art. 7.3 LTRHA que exclusivamente se aplica a mujeres casadas, lo que hace necesario demandar una reforma legislativa en este ámbito para que exista concordancia entre la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la Ley de Registro Civil. Realmente, la redacción de este nuevo artículo genera confusión al regular de manera conjunta la filiación paterna y la de la mujer no gestante y no dejar claro de manera expresa, y solo en el Preámbulo, que se está refiriendo a mujeres no casadas.

La Ley 4/2023 reforma el reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del nacimiento que se podrá hacer en cualquier tiempo y con arreglo a las formas establecidas en la legislación civil aplicable según el nuevo art. 44.6 LRC. Este artículo exige que si se realiza mediante declaración del padre o madre no gestante ante el encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento de la madre o persona trans gestante y del representante legal si fuera menor de edad o de la persona a la que se reconoce si fuera mayor y si fueran personas con discapacidad respecto de las cuales se haya establecido medidas de apoyo, se estará a lo que disponga la resolución judicial o documento notarial donde se hayan previsto o acordado.

Esta Ley también ha dado nueva redacción al art. 120.1. CC al determinarse la filiación no matrimonial en el momento de la inscripción del nacimiento por la declaración del "padre o progenitor no gestante", sustituyendo con esta expresión el termino tradicional que sólo hacía referencia al "padre", como dice Quicios Molina para "permitir a las parejas de mujeres, y parejas de hombre cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad para gestar, «a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales»"⁵², en coherencia con la reforma del art. 44 LRC. También se ha visto reformado el art. 120.5 CC en relación con la filiación no matrimonial que quedará determinada legalmente, respecto de "la madre o progenitor gestante", cuando se haga constar su filiación en la inscripción del nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. Quicios Molina, tras considerar que el principio *mater semper certa est* no sufre cambios con estas reformas, justifica la inclusión de la expresión "progenitor gestante" para "resolver el nudo gordiano de cómo denominar al hombre trans que da a luz: no se le llamará ni madre ni padre. Y así se normaliza, por la ley, la

52 QUICIOS MOLINA, M.ª S.: "Las relaciones de filiación de personas LGTBI tras la Ley 4/2023", *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 5, 2023, p. 1.

realidad de la posible maternidad de hombres trans que mantienen sus órganos reproductivos femeninos”⁵³.

Tiene razón Reyes López al decir que, “la equiparación entre madre o padre con progenitor gestante o no supone dar un paso más en la dirección de prescindir de la cualidad de identificación basada en el sexo para hacer hincapié en la mera función reproductora. El sexo, en efecto, como estado civil ha ido perdiendo la función que tenía atribuida en cuanto determinante de limitación de derechos”⁵⁴.

Si la Ley quiere dar valor al mero consentimiento de la pareja para reconocer al hijo de la mujer gestante, es el momento de analizar si la doctrina está de acuerdo con la existencia de la llamada “filiación intencional” como nuevo tipo de filiación. Lo cierto es que “la filiación ya no es sólo un concepto biológico, sino social y cultural que debe ser adaptado a los avances de la ciencia y en concreto, a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, y donde debe primar el interés superior del menor. Se ha demostrado que la verdad biológica no es el único criterio utilizado para determinar y atribuir una relación jurídica si se utilizan las técnicas de reproducción asistida”⁵⁵.

IV. LA FILIACION INTENCIONAL COMO NUEVO TIPO DE FILIACIÓN LEGAL: UNA PROPUESTA DE REFORMA.

Nuestro Código Civil en su art. 108, de nueva redacción por la Disposición final 1.2. de la Ley 4/2023, sigue reconociendo dos tipos de filiación al decir “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando los progenitores están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”⁵⁶.

Debemos resolver si defendemos la inclusión de la filiación derivada del recurso de las técnicas de reproducción asistida dentro de la filiación por naturaleza o si existe un nuevo tipo de filiación legal que deriva del uso de las técnicas de

53 QUICIOS MOLINA, M.ª S.: “Las relaciones de filiación de personas LGTBI”, cit., p. 2.

54 REYES LÓPEZ, M.ª J.: “Las cuestiones civiles en la Ley 4/2023, de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de personas trans y para la garantía de las personas LGTBI”, *IDIBE*, mayo 2023, disponible en <https://idibe.org/tribuna/cuestiones-civiles-la-ley-4-2023-28-febrero-la-igualdad-real-efectiva-las-personas-trans-la-garantia-los-derechos-las-personas-lgtbi/> (fecha de consulta: 27 de diciembre de 2023).

55 ALBA FERRÉ, E.: “El valor del consentimiento en la determinación de la filiación en la reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, núm. 7-8, julio-agosto 2019, p. 7.

56 La reforma del art. 108 CC ha consistido en eliminar la expresión “padre o madre” por “progenitores”. La antigua redacción disponía “Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí”.

reproducción asistida, autónoma de la filiación por naturaleza y de la filiación adoptiva.

Esta misma duda parece reflejarla De Verda Y Beamonte al decir “la Ley 14/2006, al menos, en su redacción originaria, parte de la idea de que la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida es una especie *sui generis* de filiación por naturaleza, pero lo cierto es que esta premisa (ya rota por el art. 7.3 de la misma) nos lleva a tener que forzar continuamente las categorías construidas en torno a ella para dar solución a problemas que sólo se plantean cuando la generación tienen lugar de modo artificial. Me pregunto si no sería más práctico reconocer un nuevo tipo de filiación, distinta de la natural, cuyo título constitutivo fuese la mera voluntad de procrear, expresada en la forma legalmente prevista”⁵⁷.

En este mismo sentido, Zurita Martín llega a pensar “en la necesidad de atender a un nuevo modelo de filiación, en el que, junto a la filiación por naturaleza y adopción, se consagre y reconozca un tercer tipo de vínculo filiativo determinado por el consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida. Se trataría de una filiación híbrida: distinta de la filiación por naturaleza, pues aquella se fundamenta en el elemento volitivo —aunque exista vínculo biológico con la madre gestante o aportante del material genético, y con el padre en caso de fecundación homóloga—, y también diferenciada en distintos aspectos de la adopción, pero teniendo en común con ella la determinación de la filiación por la manifestada voluntad de ser padre o madre”⁵⁸.

La propuesta de Código Civil presentado por la Asociación de profesores de Derecho Civil resuelve el dilema en el art. 221-I, dedicado a las clases de filiación, manteniendo la diferencia entre la filiación por naturaleza y la adoptiva, pero reconociendo que existe otra clase de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida al decir “I. La filiación puede tener lugar por naturaleza o adopción. La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida se determina con arreglo a las disposiciones especiales previstas en el Capítulo III de este Título. 2. Los efectos de la filiación son iguales con independencia de la clase de filiación”⁵⁹. En la Exposición de Motivos de esta Propuesta y al comentar este artículo donde se presentan las clases de filiación reguladas todas ellas con iguales efectos, “incide

57 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, p. 22.

58 ZURITA MARTÍN, I.: “La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770, 2018, p. 3095.

59 Así el capítulo III del Libro segundo de la Propuesta de Código Civil está dedicado a la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida y en concreto, en el art. 223. 1-6 donde se diferencian unas disposiciones generales, una determinación de la maternidad por el parto, una determinación de la esposa de la madre por el consentimiento, la determinación de marido de la madre y dicha determinación a falta de presunción legal, acabando con la determinación judicial de esta filiación.

en la especificidad de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, respecto de la filiación por naturaleza”, lo que pone de manifiesto su diferenciación.

Esta solución tendente a reconocer un tercer tipo de filiación es defendida por Cadenas Osuna al decir “Por ello, entendemos que lo más adecuado sería, siguiendo lo previsto en el artículo 235-3 CCCat., la configuración legislativa de la filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida como un tercer tipo a añadir a la filiación por naturaleza y por adopción (art. 108 I CC), con un régimen legal específico y común para todos los supuestos; un régimen en el que la filiación no se determinara por la aplicación de las normas reguladoras de la filiación por naturaleza, inspiradas en el principio de verdad biológica, sino por la voluntad de los progenitores, ya que el elemento volitivo es el decisivo para establecer la filiación cuando se deriva del uso de técnicas de reproducción”⁶⁰.

Farnós Amorós también duda si encajar esta nueva filiación en la filiación por naturaleza y recuerda que “Las normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento es la verdad biológica, no acaban de encajar en un sistema en el cual la procreación no tiene origen en la reproducción sexual y la filiación se determina por la voluntad, como es el derivado del recurso a las TRA. Si bien es cierto que esta clase de filiación puede tener una base biológica, extremo que en principio justificaría el recurso al esquema de la filiación por naturaleza, esta base no siempre tiene que existir respecto de ambos progenitores: piénsese, por ejemplo, en el recurso por pareja heterosexual a una técnica con material genético de donante masculino; o en el recurso a las TRA por una pareja de dos mujeres”⁶¹ y reconoce que “La posibilidad que ofrecen las TRA de disociar la maternidad en tres elementos (genético, gestacional y volitivo), que pueden no coincidir en la misma mujer, ha aportado complejidad a una cuestión en principio pacífica y ha planteado nuevos retos al legislador y al intérprete del derecho”⁶². Por ello, considera que se ha dado entrada a una filiación materna que no es en puridad filiación por naturaleza ni adoptiva y que “la filiación derivada del recurso a TRA es, por sus peculiaridades, una clase autónoma de filiación que, como tal, funciona con sus propios criterios y se rige por sus propias reglas”⁶³.

Jiménez Bautista nos recuerda que abordar el problema de la filiación plantea la necesidad de coherencia diversos principios consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, en la norma constitucional y en la norma sustantiva básica en la materia que en el ámbito del Derecho común, lo es el Código Civil, “que tradicionalmente distinguía entre la filiación por naturaleza y la legal -adopción- y

60 CADENAS OSUNA, D.: “La determinación de la segunda maternidad”, cit., p. 86.

61 FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, cit., p. 8 y 9.

62 FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, cit., p. 8 y 9.

63 FARNÓS AMORÓS, E.: “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, cit., p. 52.

que en la actualidad ya no se agota en dicho texto legal y con dicha clasificación, sino que se completa con la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida⁶⁴.

Benavente Moreda se cuestiona si es adecuado seguir hablando de filiación por naturaleza en relación con la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida y destaca que ya se ha venido apuntando por la doctrina la conveniencia de establecer “una nueva categoría en la determinación de la filiación que complementase la distinción tradicional (filiación por naturaleza y por adopción), para hablar de supuestos de filiación puramente civil o jurídica, para diferenciar los supuestos de filiación biológica y formal, apoyada fundamentalmente en el valor del consentimiento por encima del elemento puramente biológico⁶⁵”.

Esta nueva filiación legal es la existente en nuestro ordenamiento en el caso de doble maternidad en donde dos mujeres casadas entre sí, a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida y del consentimiento prestado por la esposa, e incluso separada o no casada, conforme a la Ley de Registro Civil que permite que se preste el consentimiento para el reconocimiento del hijo en común.

Vista que un sector de la doctrina acepta la inclusión de una nueva filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo se debe destacar que el art. 108 CC claramente sigue diferenciando entre la filiación por naturaleza o por adopción, sin hacer referencia expresa a la filiación derivada por las técnicas de reproducción asistida. Se puede discutir si la filiación intencional o filiación por técnicas de reproducción asistida es una tercera categoría al ser una filiación autónoma basada en el consentimiento, como defienden Farnós Amorós, Jiménez Bautista o Benavente Moreda, con los que estamos de acuerdo y lo que nos lleva a proponer una reforma del art. 108 CC, o es un caso de filiación por naturaleza al no estar expresamente reconocido en este artículo como hace Castillo Martínez quien claramente lo considera como una filiación por naturaleza, “sin implantar una nueva categoría de filiación fuera de las ya existentes al margen de las cuales no es posible suponer diversa tipología⁶⁶”.

64 JIMÉNEZ BAUTISTA, S.: “La doble maternidad: breve análisis de las SSTs núm. 45/2022, de 27 de enero y Núm.558/2022, de 11 de julio”, cit., p. 5.

65 BENAVENTE MOREDA, P.: “La filiación de los hijos de parejas”, cit., pp. 93 y 94. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil IV*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 300 reconoce en relación con las filiaciones civiles que en ellas “se va separando la idea de la filiación jurídica de la procreación biológica”.

66 CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación”, cit., p. 3361 quien considera que este art. 7.3 ha incorporado en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial, diverso de la presunción del art. 116 CC porque el supuesto de hecho en este caso es diverso y recalca que el legislador ha optado porque la prueba genética por sí misma no determine derecho alguno a favor de la mujer que aportó el óvulo y esposa de la gestante, sino el de gestación, debiendo acudir la pretendiente a ser madre al consentimiento del art. 7.3. LTRHA o del art. 44.5 LRC (nuevo art. 44. 4 LRC).

Demostrada la necesidad de reformar el art. 108 CC, incluyendo esta nueva filiación intencional, se propone también dar nueva redacción al art. 7.3 LTRHA, abriendo la posibilidad a otras formas de consentimiento de la mujer no gestante, como los dados en las clínicas de en las clínicas de reproducción asistidas o en documento público y limitando el plazo de prestar el consentimiento de la no gestante para generar seguridad jurídica⁶⁷. No sólo hay que valorar el consentimiento de la mujer no gestante, como único título de legitimación de la filiación, ya que hay otros intereses en juego que nos llevan a demandar la necesidad de exigir el asentimiento de la mujer no gestante y tener presente siempre el interés superior del menor.

Además hemos detectado que la Ley 4/2023 actúa de manera aislada y reconoce la filiación matrimonial y no matrimonial en casos de doble maternidad, sin modificar el art. 7.3 LTRHA que sigue exigiendo que estén casadas y no separadas legalmente o de hecho. Por ello, este nuevo art. 7.3 LTRHA debe reconocer la doble maternidad de mujeres casadas aunque estén separadas y ampliar la norma a los casos de filiación no matrimonial.

Con estas propuestas de reforma evitaremos la desconexión existente e inaceptable en materia de doble maternidad entre el contenido previsto en el Código Civil, la Ley de Registro Civil (en concreto, el art. 44.4 LRC) y la Ley de Reproducción Humana Asistida, evitando cualquier tipo de discriminación y generando mayor seguridad jurídica.

V. CONCLUSIONES.

Toda persona tiene derecho a contraer matrimonio, como nos lo recuerda la redacción del art. 44 CC dada por la Ley 4/2023. Gracias al uso de técnicas de reproducción humana asistida muchas mujeres puedan constituir una familia, pudiendo tener hijos en común, con la intervención de un donante masculino y gracias al método ROPA, esto es, con el propio material de la pareja, siendo una de las progenitoras la que aporta los óvulos y otra la que gesta al niño o incluso utilizando material reproductivo de una donante. Existe una novedosa técnica, conocida como INVOCELL, que permite que ambas mujeres sean progenitores gestantes, aunque solo una de ellas sea la que da a luz al hijo.

67 El art. 223-3 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil establece que "1. Mediando en la generación técnicas de reproducción asistida, la esposa de la madre no separada legalmente o de hecho puede consentir que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. 2. El consentimiento debe prestarse antes del nacimiento del hijo. Puede formalizarse en el documento de consentimiento del tratamiento de fecundación asistida, ante el encargado del Registro Civil o en documento público". La propuesta del Código Civil está disponible en https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf (fecha de consulta: 26 de octubre de 2023).

La doble maternidad vino reconocida inicialmente por la Ley 3/2007, de 15 de enero que modificó el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida incluyendo un apdo. 3, dando un verdadero valor al mero consentimiento de la esposa, casada y no separada, de la gestante al atribuir la filiación legal ante el encargado del Registro Civil. La doctrina al analizar este artículo consideró que no determinaba cuándo se debía prestar este consentimiento ni permitía otras formas de manifestarlo, valorando si podría valer el dado en la clínica de reproducción o ante en documento público, como sí que lo establece el art. 235.8 del Código Civil Catalán. Además este art. 7.3 LTRHA pareció olvidar el interés superior del menor o la idoneidad de la madre e incluso el asentimiento de la gestante.

El Tribunal Supremo, Sala I^a, interpretó expansivamente y de manera flexible el literal de este artículo, tanto en la STS 5 diciembre 2013 como en la STS 15 enero 2014. Estas sentencias hicieron primar el interés para el menor que ambas madres, aunque separadas y enfrentadas, devinieran comadres, existiendo posesión de estado de madre por parte de la aspirante a serlo aunque no lo gestó. Admitieron que prosperaran acciones judiciales de reclamación de maternidad valorando de manera conjunta la existencia de un proyecto reproductivo en común de dos mujeres, la posesión de estado como madre de la demandante, y el interés en juego de los menores en preservar la relación con una persona a la que tenían como madre, que quedaba mejor protegido por la determinación legal de la doble maternidad. Existió un voto particular de esta última STS 15 enero 2014 que pareció exigir que la madre gestante también ha de asentir a que su esposa asuma la comaternidad legal, ya que la misma no puede ser impuesta, recordando que la Ley opta por el requisito del matrimonio en esa inicial redacción, en el que se advierte un requisito de estabilidad, resaltando que la posesión de estado no es un título de determinación de la filiación.

La Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil en su Disposición final 5.1 reforma el art. 7.3 LTRHA, siendo de su contenido idéntico al antiguo art. 44.5 LRC. Siguiendo la RDGRN de 8 de febrero de 2017, lo que se ha modificado es la forma de prestar el consentimiento y ya no es necesario manifestarlo antes del nacimiento. Realmente el consentimiento de la esposa, casada y no separada no gestante es un verdadero título de determinación de la filiación, discutiéndose si se exige o no la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

Hay que destacar las STSS 27 enero 2022 y 11 julio 2022, sobre la reclamación de una filiación extramatrimonial por posesión de estado de la ex pareja de la madre biológica o gestante que desestiman la solución de determinación de filiación, instada por la no gestante, al no darse los supuestos legales ni jurisprudenciales para que prospere la reclamación de maternidad extrajudicial por posesión de

estado. Estas sentencias resaltan que el interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación y que debe valorar en abstracto junto a los demás intereses (la libertad de proclamación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo).

Por último, la Ley 4/2023 además de incorporar el lenguaje inclusivo con expresiones como “progenitor gestante o no gestante” en nuestro ordenamiento, ha modificado el Código Civil en su Disposición final y la Ley de Registro Civil, olvidándose de modificar la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, lo que pone de manifiesto un gran olvido por parte del legislador.

En materia registral el complicado nuevo art. 44.4 LRC reconoce dos casos de filiación de padres o madres no gestantes, ampliando la doble maternidad al caso de la pareja que esté casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges (ya no sólo se exige de la no gestante) aunque existiera separación legal o de hecho, y al supuesto de que no estén casadas, donde solo requiere que la madre no gestante manifieste su conformidad a la determinación de la filiación y que no existiere controversia. Siendo el nuevo art. 44.6 LRC el que reconoce la filiación no matrimonial. El nuevo art. 120.I CC establece que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente en el momento de la inscripción del nacimiento por la declaración conforme realizada por el padre o progenitor no gestante en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

Todo lo dicho nos lleva a demandar una reforma de nuestro Código Civil, en concreto, el art. 108 CC para que tienda a reconocer que existe otro tipo de filiación denominada “intencional”, derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, junto a la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. El reconocimiento de este nuevo tipo de filiación, como autónomo, lo realiza parte de la doctrina y la propuesta de CC de la Asociación de profesores de Derecho Civil en su art. 222.I.

Además es necesario reformar el art. 7.3 LTRHA para que se ajuste al nuevo art. 44.4 LRC y reconozca que esta doble maternidad también existirá si la pareja casada está separada legalmente o de hecho, o si no está casada, evitando así cualquier tipo de discriminación.

No podemos olvidar que no solo el consentimiento es clave en los casos de doble maternidad ya que el interés superior del menor, junto con otros intereses en juego destinados a preservar la unidad y la estabilidad familiar, son criterios esenciales en los casos de doble maternidad. Estos elementos refuerzan el consentimiento de la pareja de mujeres, pero no lo sustituye, ya que sigue siendo el único título de determinación de la doble maternidad, tanto matrimonial como no matrimonial.

BIBLIOGRAFÍA

ALBA FERRÉ, E.: “El valor del consentimiento en la determinación de la filiación en la reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, núm. 7-8, julio-agosto 2019, pp.1-17.

ALES URÍA ACEVEDO, M. M.: *El derecho a la identidad en la filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Doble maternidad. Reclamación de la filiación matrimonial por posesión de estado. Maternidad biológica y maternidad por ficción legal. Concurrencia y simultaneidad. Comentario a la STS 740/2013 de 5 de diciembre (RJ 2013/7566)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, julio 2014, pp. 378-399.

ANDREU MARTÍNEZ, M. B.: “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017”, *InDret*, núm. 2, 2018, pp. 1-35.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL.: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018. Disponible en https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf (fecha de consulta: 26 de octubre de 2023).

BENAVENTE MOREDA, P.: “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ADC*, Tomo LXIV, 2011, Fasc. I, pp. 75-124.

BLANCO PERMUY, F.: “Las principales claves de la nueva «Ley Trans»”, *Revista Jurídica Colex*, núm. 030, marzo-abril 2023, pp. 11-15.

CADENAS OSUNA, D.: “La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea”, *ADC*, Tomo LXXV, 2022, Fasc. I (enero-marzo), pp. 69-114.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La llamada doble maternidad por naturaleza: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, *Diario la Ley*, núm. 8240, 2014.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C.: “La inscripción de la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica y el requisito de la justificación del uso de técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio 2022, pp. 3343-3369.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el matrimonio de parejas homosexuales femeninas”,

en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 471 y ss.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.^a S.: "Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTS de 12.2013 y 15.1.2014", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, enero 2015, pp. 1-35.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8, 2018, pp. 11-31.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2007, 21, pp. 75-129.

FARNÓS AMORÓS, E.: "La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología", *ACD*, Tomo LXVII, 2015, fasc. 1, p. 1-61.

GIOVANNINI, G.: *Modelos de determinación de la co-maternidad resultante del uso de técnicas de reproducción asistida: Un análisis de derecho comparado*, Aranzadi, Navarra, 2023.

GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013.

GOÑI HUARTE, E.: "La doble maternidad en mujeres no casadas: situación en España y referencia al derecho comparado", *ADC*, núm. 5, 2016, pp. 74-80.

JIMÉNEZ BAUTISTA, S.: "La doble maternidad: breve análisis de las SSTS núm. 45/2022, de 27 de enero y Núm.558/2022, de 11 de julio", *Cuaderno de Familia, Boletín jurídico de infancia, familia y capacidad de la asociación judicial Francisco de Vitoria*, diciembre 2022, pp. 3-18.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil IV*, Dykinson, Madrid, 2008.

QUICIOS MOLINA, M.^a S.: "Las relaciones de filiación de personas LGTBI tras la Ley 4/2023", *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 5, 2023, pp. 2- 7.

REYES LÓPEZ, M.^a J.: "Las cuestiones civiles en la Ley 4/2023, de 28 de febrero para la igualdad real y efectiva de personas trans y para la garantía de las personas LGTBI", *IDIBE*, mayo 2023, disponible en <https://idibe.org/tribuna/cuestiones-civiles-la-ley-4-2023-28-febrero-la-igualdad-real-efectiva-las-personas-trans-la-garantia-los-derechos-las-personas-lgtbi/> (fecha de consulta: 27 de diciembre de 2023).

TAMAYO HAYA, S.: "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho UNED*, 6, 2013, pp. 261-316.

TOMÁS MARTÍNEZ, G.: "El consentimiento en relación la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil", *Actualidad Civil*, 2010, pp. 748 y ss.

VERDERA IZQUIERDO, B.: *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, Aranzadi, Navarra, 2019.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, L.: *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

ZURITA MARTÍN, I.: "La doble filiación materna: de la imposibilidad a la presunción de maternidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770, 2018, p. 3071-3116.

