



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2023 / 2024

**UNA APROXIMACIÓN A LOS DESAFÍOS DE LA FILIACIÓN
DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL
S. XXI**

WORK TITLE:

**AN APPROACH TO THE CHALLENGES OF FILIATION DERIVED
FROM ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES IN THE 21ST
CENTURY.**

AUTOR/A:

ALBA SAL MANTECÓN

DIRECTOR/A:

SILVIA TAMAYO HAYA



RESUMEN

El propósito del presente trabajo no es otro que reflejar en las siguientes líneas los fundamentos para una consolidada crítica legislativa. Las nuevas técnicas de reproducción son una realidad que ha llegado para quedarse y, por ende, precisan de una regulación en constante evolución y actualización paralela a los avances técnico-científicos. El mantenimiento de instituciones arcaicas implica, tácitamente, desviar la mirada y simular una realidad que no es la presente. De igual modo, la inmovilidad legislativa lleva inexcusablemente ligada la necesidad de colmar lagunas, obligando, por lo expuesto, a los tribunales a legislar, quebrantando, de este modo, uno de los principios fundamentales en un estado democrático, la separación de poderes.

PALABRAS CLAVE: Filiación. Inscripción en el Registro Civil. Gestación subrogada. Doble maternidad. Fecundación. Padres intencionales. Donante. Fecundación póstuma. Donante. Reproducción Asistida. Doble maternidad.

ABSTACT

The purpose of the present work is nothing more than to reflect in the following lines the foundations for a consolidated legislative critique. The new techniques of reproduction are a reality that has come to stay and, therefore, require a regulation in constant evolution and updating parallel to technical-scientific advances. Maintaining archaic institutions implies, tacitly, turning a blind eye and simulating a reality that is not present. Likewise, legislative immobility inevitably brings with it the need to fill gaps, forcing the courts to legislate, thereby breaking one of the fundamental principles in a democratic state, the separation of powers.

KEY WORDS: Filiation. Registration in the Civil Registry. Surrogacy. Dual motherhood. Fertilization. Intended parents. Donor. Posthumous fertilization. Donor. Assisted Reproduction. Dual motherhood.

A mi abuela, por ser siempre mi ángel de la guarda y guiarme en todos mis pasos, a la vida sólo le pido poder llegar a alcanzar algún día, aunque sea un poco, tu valentía y fortaleza.

A papá, mamá y Alex, por crear siempre ese espacio seguro. Porque siempre creísteis en mí más de lo que yo lo hacía. Gracias por el amor incondicional, por vuestra infinita paciencia y por haber hecho de esto algo posible, por darme siempre las alas, os lo debo todo.

Espero que os sintáis tan afortunados de ser mis padres como yo me siento de ser vuestra hija.

Os quiero con toda mi alma.

ÍNDICE GENERAL DEL CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN.....	5
1. CONCEPTUALIZACIÓN.....	5
2. LEGISLACIÓN Y EVOLUCIÓN.....	9
3. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.....	12
II. LA FILIACIÓN EN SEDE DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	15
1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y LA VIGENTE LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, TRHA. 15	
2. LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.	18
3. LA FECUNDACIÓN POST MORTEM.	22
II. 3.1 Análisis del art. 9 LTRHA.....	23
II.3.2 Inseminación artificial post mortem.....	24
II.3.3 Transferencia post mortem de preembriones	25
II.3.4 Derecho de filiación en la reproducción artificial post mortem	26
III. LA DOBLE MATERNIDAD.....	27
1. CONSIDERACIONES GENERALES	27
2. LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL ART. 7.3	29
3. LA DOBLE MATERNIDAD EN LA ACTUALIDAD.....	33
III. 3.1 El nuevo artículo 7.3 LTRHA	33
III. 3.2 Incoherencia legislativa: el artículo 44 LRC.....	36
III. 3.3 La STS 11 de marzo de 2024	38
4. LA FILIACIÓN INTENCIONAL: PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL POR LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL.	41
IV. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	43
1. CONCEPTO Y PARTES DEL CONTRATO.....	43
2. TIPOS DE GESTACIÓN SUBROGADA	45
3. GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	47
III. 3.1 Análisis del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA).....	47
III. 3.2 La jurisprudencia española ante la gestación subrogada.....	49
III. 3.3 La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución. 51	
4. ANÁLISIS DE LA PROPOSICIÓN DE LEY REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN PRESENTADA POR EL GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS.	56
V. CONCLUSIONES FINALES	59
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	61

I. INTRODUCCIÓN

1. CONCEPTUALIZACIÓN

Para dar comienzo al presente estudio, resulta necesario hacer una breve aproximación al lector sobre qué entendemos cuando nos referimos al término *filiatio*.

Se advierte, en referencia al mismo, su determinación como hecho natural que el ordenamiento reconoce y regula, inspirándose en un criterio de protección basado en la naturaleza, en el interés social y normativamente, en el artículo 39.2 de la Constitución. Se trata de una relación biológica y jurídica entre una persona y sus progenitores. La misma, por tanto, se caracteriza por establecer un vínculo entre la persona y su progenitor o progenitores por el hecho de la generación, produciendo la presente efectos desde que tiene lugar (art. 112 CC). Debemos entender esa “generación” en sentido amplio, pues los avances tecnológicos y los nuevos modelos de familia están produciendo la necesidad legislativa de adaptar preexistentes figuras y de crear *ex novo*, permitiendo dar cabida a las exigencias modernas propias del siglo XXI.

La filiación implica, por tanto, relación paterno-filial que se traduce en lo siguiente: patria potestad respecto a los hijos no emancipados y a los incapacitados con patria potestad prorrogada o rehabilitada (arts. 154 y ss.). derecho de alimentos (aunque los padres no ostenten la patria potestad), art. 110, 111 último párrafo. Derechos sucesorios: todos los hijos tienen derecho a legítima y ocupan el primer lugar en la sucesión intestada.

La filiación implica uno de los estados civiles, *status filii*, que hoy en día no se diversifica, como ocurría con anterioridad.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 108 del Código Civil, se reconocen dos tipos de filiación: por naturaleza y adoptiva. En referencia a la primera de ellas, se desglosa en sí misma en aquella filiación con seno en una relación matrimonial, en contraposición a la sita fuera del vínculo denominada extramatrimonial. Es necesario, en este punto, traer a colación la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, pues es la misma la que estableció la equiparación de los modos de filiación. Como se establece en la exposición de motivos, la voluntad de la reforma fue “equiparar en derechos y

oportunidades a todos los hijos de un mismo progenitor, nacidos dentro o fuera del matrimonio, estuvieran o no sus padres casados entre sí y pudieran o no el uno casarse con el otro".¹

En consecuencia, en aplicación del principio de no discriminación por razón de matrimonio contenido en el artículo 14 de la Constitución Española y de lo establecido en el artículo 39 párrafo segundo del texto constitucional, que versa sobre la protección integral a la filiación, se advierte que no ha lugar a discriminación por razón de matrimonio, los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación. Se advierte abundante jurisprudencia² sobre la cuestión, de la que resulta conveniente mencionar el siguiente extracto:

³“La diferenciación de filiaciones desapareció desde la vigencia de la Constitución de 1.978, al proclamar en su art. 14 que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal.

A la vista de tales normas, es indudable que el Código civil sufrió una modificación en cuanto a los efectos de la filiación. Ya no se podía seguir manteniendo tras la vigencia de la Constitución un régimen sucesorio basado en la distinción de la filiación legítima o ilegítima, sino que todos los hijos son iguales ante la ley, independientemente del origen de su filiación.”

Por lo expuesto y regresando al inicio, se advierten, por tanto, dos formas de atribuir la filiación: por naturaleza y por adopción.

La filiación queda acreditada, tal y como se establece en el artículo 113 del Código Civil, tras su inscripción en el Registro Civil a través de documento fehaciente o sentencia que la determina

¹ Exposición de motivos de la Ley 11/ 1998 de 13 de mayo de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial.

² Importantes las STS de 17 de marzo de 1995 (sobre todo FJ 13) y de 19 de mayo 1997.

³ Extracto de la STS DE 31.07.07 (REC. 3210/2000; S. 1.^a).

legalmente, la presunción de paternidad matrimonial⁴ del artículo 116 del mismo cuerpo legal y subsidiariamente mediante la posesión de estado⁵.

Respecto a los medios de prueba mencionados, cabe hacer especial referencia a la inscripción en el registro, puesto que dicha acción proporciona un título probatorio diferente, crea un título de estado respecto a lo que se ha hecho constar en la inscripción, que puede ser rectificada, conforme a la LRC, o bien como resultado de las acciones de impugnación, o por efecto de ser contradictoria con los hechos probados en una sentencia penal.

Las acciones encaminadas a investigar o reclamar la paternidad o maternidad podrán conseguir que se declare la filiación jurídica, uniendo esta relación a la biológica. Si bien, esta determinación legal no siempre incorpora la "verdad biológica"⁶, razón por la que se advierte en nuestro Ordenamiento Jurídico la posibilidad de destruir una filiación ya determinada mediante el ejercicio de acciones de impugnación que se diferencian, a su vez, entre acción de impugnación de la paternidad matrimonial y acción de impugnación del reconocimiento (artículos 136 a 141 Código Civil).

De igual modo, en sentido contrario, la filiación puede determinarse por sentencia firme, a partir del ejercicio de acciones de reclamación de la filiación según sea matrimonial o no matrimonial, con o sin posesión de estado (artículos 131 a 134 Código Civil).

A partir de la Constitución de 1978, y a eso respondieron las reformas del CC en esta materia que se producen poco después, se afirma con fuerza el principio de la verdad biológica y la investigación de la paternidad con todo tipo de pruebas, orientación diferente a la propia del sistema anterior. Junto a

⁴ Como advierte la Sentencia de la AP Baleares de 25 de febrero de 2004, se trata de una presunción "iuris tantum" que admite prueba en contrario, y se caracteriza porque opera desde el inicio si concurren los requisitos que la tipifican, y porque reviste naturaleza imperativa.

⁵ Este medio, subsidiario de los anteriores, se ha interpretado tradicionalmente (y así lo ha hecho la jurisprudencia) como nomen, tractatus, fama: atribución del apellido de los padres; manifestación permanente de paternidad o maternidad, a base del mantenimiento, educación y colocación del hijo como tal, en relación con los padres, proveniente directamente de ellos; y situación ostensible, pública y notoria.

⁶ Artículo 8 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

este principio, juega otro criterio, un poco de signo contrario: preservación de la paz familiar, y consiguiente limitación de los conflictos que puedan alterar el *statu quo* familiar. El CC combina ambas tendencias: plena investigación de la paternidad, pero medidas restrictivas respecto a legitimación y plazos de caducidad.

Estos plazos de caducidad, se traducen concretamente en lo siguiente:

- En primera instancia, en cuanto a las acciones de reclamación, cabe hacer distinción respecto a si la misma es matrimonial o no.
 - En el primero de los supuestos, se advierte una acción imprescriptible que caduca sólo en el caso de fallecer el hijo antes de 4 años de alcanzar la capacidad o en el siguiente de descubrir las pruebas, en cuyo caso los herederos tienen legitimación por el tiempo que falta para cumplirse ese plazo (art. 132 CC).
 - Respecto a la filiación extramatrimonial, la acción es, de igual modo, imprescriptible. Si bien, con el plazo de caducidad contenido en el precepto 133.2 del CC, es decir, la acción caduca pasado un año desde que se tiene conocimiento de los hechos en los que se va a fundamentar dicha reclamación.
- De adverso, respecto a las acciones de impugnación, cabe nuevamente hacer distinción en función de si se trata de una maternidad matrimonial, paternidad matrimonial o, por el contrario, de una filiación extramatrimonial. Quedando configurados los plazos del siguiente modo:
 - En lo que concierne a la maternidad matrimonial, la acción es imprescriptible.
 - Respecto a la paternidad matrimonial, la legitimación está ligada a los plazos de caducidad establecidos en el Código Civil:
 - El marido, dispone del plazo de un año desde la inscripción en el Registro Civil, o bien, si ignoraba el nacimiento, desde que tuvo constancia del mismo.
 - Los herederos del mismo en caso de fenecimiento previo a que se cumpla el plazo anterior disponen de legitimación durante el tiempo que reste.

- Finalmente, el propio hijo, dispone de igual modo de un año desde la inscripción de la filiación.
- Para concluir, para la filiación extramatrimonial, es preciso hacer una nueva distinción en virtud de la existencia de la posesión de estado:
 - En caso afirmativo, la acción caduca a los cuatro años desde que concurra la inscripción y posesión de estado para el supuesto del padre o madre. Si el actor es el hijo, la acción caducará después de un año de haber adquirido la plena capacidad.
 - En caso contrario, la acción es imprescriptible sin plazo de caducidad.

2. LEGISLACIÓN Y EVOLUCIÓN

En España, la evolución legislativa de la filiación ha sido objeto de varios cambios a lo largo de los años, en respuesta a los avances sociales, científicos y jurídicos y con el objetivo de adaptarse a las nuevas realidades familiares y garantizar los derechos de todos los miembros de la familia. Como expresa S. Vilar González *“El concepto de filiación, inicialmente concebido como un elemento indisponible y definitorio del estado de las personas, la evolución de las costumbres y el progreso de las ciencias biomédicas, acompañado todo ello de constantes reivindicaciones sociales relacionadas con el derecho a la libertad o a la autonomía de la voluntad, han hecho posible que dicho concepto haya devenido cada vez más autónomo y dependiente de la voluntad particular, al ser la procreación fruto de una elección consciente en que las parejas programan el crecimiento del núcleo familiar.”*⁷

Históricamente, se había considerado filiación legítima la procedente de personas que al tiempo de la concepción estuvieran casadas entre sí. Del matrimonio se derivaba una presunción (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), que se arbitraba con unos plazos considerados adecuados (180 días tras el

⁷ Vilar González, S. “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España” Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, 816 ISSN 1989-4570, p. 816.

matrimonio y 300 tras su disolución o separación), sin prueba en contrario, salvo la imposibilidad física de la cohabitación (antiguo art. 108 CC, derogado en 1981). La filiación ilegítima era la procedente de quienes al tiempo de la concepción no estaban casados.

De igual modo, a lo largo de la historia, existían diversas clases de filiación: *spurii*, en derecho romano, que hace referencia a los nacidos fuera de matrimonio; en derecho justiniano se distinguen los naturales, habidos de concubinato, y *spurii*, de uniones no estables.

En las Partidas se enumeran distintas clases de hijos no legítimos: naturales, adulterinos, espurios... La Ley 11 de Toro, que pasó a la Novísima Recopilación, considera los hijos naturales como de padres que al tiempo de la concepción podían casarse sin dispensa.

Inicialmente, El Código Civil distinguió en los hijos ilegítimos los naturales, de padres que podían casarse con o sin dispensa, y los demás ilegítimos. El hijo natural tenía menguados derechos respecto al padre o madre que lo hubieran reconocido, y los demás ilegítimos tenían únicamente, en ciertos casos, un derecho de alimentos.

La primera normativa relevante para la configuración actual de la filiación se produce mediante el establecimiento de dos modos de filiación: por naturaleza y por adopción contenida en el Código Civil de 1889.

Casi un siglo más tarde, en 1981, se aprueba la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de Reforma del Código Civil en materia de filiación. La presente, con el objeto de integrar los recientes derechos y valores promulgados por la Constitución de 1978, estableció la igualdad entre los hijos nacidos fuera y dentro del matrimonio (principio de igualdad del art.14 CE). Del mismo modo, la citada Ley, introdujo importantes cambios en la forma de determinar la filiación respecto al sistema anterior, dónde no se admitían las acciones de filiación tal y como hoy las conocemos; sólo estaba prevista una limitada acción de reconocimiento forzoso.

Respecto a dicha acción, cabe señalar que en palabras de Jesús Díez del Corral Rivas⁸ «*le expresión “reconocimiento forzoso” resulta, pues, en estos casos, cuando menos, equívoca. El único sentido en que es forzoso el reconocimiento estriba en que, una vez exteriorizada la voluntad del padre, puede imponerse al mismo coactivamente las consecuencias jurídicas oportunas, pero, en rigor, esto no es sino una aplicación más del principio general de prohibición del venire contra factum proprium, que impide al autor de cualquier acto jurídico válido desdecirse de él. Lo poco oportuno de la expresión queda demostrado si se observa que también en el mismo sentido se podría calificar de “forzoso” al reconocimiento voluntario del art. 131.*»

De igual modo, la reforma llevada a cabo en 1981, de acuerdo a la CE (art.39.2), declara el art. 127 CC que es admisible la investigación de la paternidad y maternidad, introduciendo la posibilidad de realizar pruebas de ADN.

Posteriormente, tras las demandas sociales en la materia, se promulga en el año 2015, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introduciendo mejoras para los problemas existentes en materia gestación subrogada (cuestión para la que se dedicará el capítulo 3) y en la igualdad de derechos de las parejas homosexuales en filiación. A mayor abundamiento, es la presente Ley la que trata de acotar el concepto jurídico indeterminado “interés superior del menor”.

Como es posible advertir a tenor de lo expuesto, la evolución legislativa en la materia se ha producido paralelamente y en consonancia a los cambios sociales, las nuevas realidades de familia y los avances científicos. Llevando a cabo el establecimiento de mecanismos más eficaces y flexibles en vías de garantizar y proteger los derechos del conjunto de ciudadanos, estableciendo igualdad entre los mismos en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el art.14.

Como establece S. Tamayo Haya “*los cambios en las estructuras familiares han llevado a un necesario ajuste en el campo del Derecho que ha dado cabida, ya no sólo al modelo de familia “natural”, en el que la pareja conyugal, la progenitora y la parental coincidían en una misma realidad , sino también a los mencionados nuevos modelos de familia que se apoyan en la reivindicación*

⁸ Díez del Corral Rivas, J. (1968). El reconocimiento incidental de la paternidad natural. P.552.

creciente de la voluntad individual, en la evolución de la legislación o en las nuevas técnicas de reproducción asistida, que quiebran el concepto tradicional de filiación”⁹

3. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

Para finalizar el presente capítulo, resulta imprescindible realizar una breve referencia a la inscripción de la filiación.

Son inscribibles los nacimientos en que concurren las condiciones establecidas en el art. 30 del CC., que dispone que *“la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento¹⁰ del seno materno”* (modificado por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil). La inscripción hace fe del hecho, la fecha, hora y lugar del nacimiento identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito (art. 44 LRC).

Dicha inscripción se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente signado por el o los declarantes y acompañado del correspondiente parte facultativo (el médico o enfermero especialista comprobará la identidad de la madre del neonato a los efectos de su inclusión en el mismo). El Encargado del Registro Civil, una vez recibida y examinada la citada documentación, practicará inmediatamente la inscripción del nacimiento que determinará la apertura de un nuevo registro individual, al que se asignará un código personal (art. 44.3 LRC).

En cuanto al contenido, constarán los datos de identidad del nacido, traduciéndose estos en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación, lugar, fecha y hora del nacimiento y el sexo del nacido. También se incorporará a la inscripción el código personal asignado. Constarán, además, y siempre que fuera posible, las siguientes circunstancias de los progenitores:

⁹ Tamayo Haya, S. “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, Revista Digital Facultad de Derecho, nº. 6, 2013, p. 263.

¹⁰ Es doctrina reiterada de la DGRN que la fecha del alumbramiento no es una simple mención de identidad susceptible de rectificación por la vía del expediente gubernativo, sino que se trata de una circunstancia especial que sólo se puede rectificar por la vía judicial ordinaria que proclama el art. 92 de la LRC (Res. DGRN 8 de octubre de 2008).

nombre y apellidos, Documento Nacional de Identidad o Número de identificación y pasaporte del extranjero, en su caso, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, domicilio y nacionalidad.

Como se ha referido en otros puntos, la filiación queda acreditada por la inscripción en el Registro Civil, debiendo hacerse distinción respecto a la producida dentro de vínculo matrimonial de la producida fuera del mismo.

Respecto a la filiación paterna **matrimonial**, se producirá cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre y resulte conforme con las presunciones de paternidad o bien, cuando el padre manifieste su conformidad a la determinación siempre que no resulte contraria a las presunciones, no existan controversias y se cumplan las condiciones para su validez y eficacia.

Es preciso mencionar en este punto, para los supuestos en los que se constate que la madre tiene vínculo matrimonial con persona distinta de la que figura en la declaración o sea de aplicación la presunción prevista en el artículo 116 del Código Civil, que se practicará la inscripción de nacimiento de forma inmediata sólo con la filiación materna y se procederá a la apertura de un expediente registral para la determinación de la filiación paterna.

En sentido contrario, el reconocimiento de la **filiación no matrimonial** con posterioridad a la inscripción del hijo podrá hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil en cualquier tiempo.

Si se realiza mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil, se requerirá el consentimiento expreso de la madre y del representante legal del hijo si fuera menor de edad o de este si fuera mayor. Para que sea posible la inscripción, tal y como se requiere de igual modo para la matrimonial, la concurrencia de los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la ley civil.

Podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.
2. Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.
3. Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Para concluir con la inscripción, cabe realizar dos breves apuntes en referencia a la imposición de nombre y apellidos, pues las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la Ley ampara frente a todos (art. 53 LRC).

No cabe, respecto del nombre, consignarse más de un nombre compuesto, ni más de dos simples. De igual modo, se advierte la prohibición de nombres que objetivamente perjudiquen a la persona; los que produzcan confusa identificación; los que induzcan error respecto al sexo; así como la imposibilidad de asignar el nombre que ostente ya uno de sus hermanos, salvo defunción del mismo.

Finalmente, la filiación determina los apellidos. En caso de estar determinada la misma por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su primer apellido previo a la inscripción registral. Este orden establecido para la primera inscripción de nacimiento, determina el orden para posteriores nacimientos con idéntica filiación.

II. LA FILIACIÓN EN SEDE DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y LA VIGENTE LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, TRHA.

Las técnicas de reproducción asistida, desde su primera regulación, se contemplan incluidas dentro de la filiación por naturaleza, si bien, este modelo cuenta con sus propias particularidades contenidas en su propia ley especial ¹¹. Se advierte respecto a la misma afirmación, su mantenimiento con la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida (LRTHA), donde su artículo 7.1 dispone *«la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos»*, regulándose en los artículos 7 a 10 del mismo texto legal, los diversos supuestos de determinación de la filiación.

Con la aparición de este hallazgo científico – tecnológico, surgió la necesidad de regular las presentes técnicas, naciendo de este modo la primera Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en nuestro país: Ley 35/1988, de 22 de noviembre, TRA¹². La presente, en palabras de la Dra. María José Salar Sotillos *“abrió las puertas a la progresiva desprotección jurídica de la vida embrionaria”*.¹³

La citada ley, pionera en nuestro entorno europeo, se crea con el objetivo de solucionar el problema de la esterilidad humana y como mecanismo de prevención de enfermedades de origen genético o hereditario. Como claves principales de la misma, cabe resaltar que no se exige estar en pareja para poder acceder a la misma y tampoco se exige esterilidad o infertilidad.

¹¹ La presente afirmación se dispone por mor del artículo 7.1 de la Ley 35/88 (LTRA), al señalar que «La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este Capítulo». En términos generales, vid., DÍAZ ROMERO, M.R.: “Técnicas de reproducción asistida y filiación”, en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (Coord.), *Derecho de familia*, Navarra, 2012, pp. 1665-1714.

¹² Publicado en: B.O.E. núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

¹³ Tecnología de reproducción asistida en la jurisprudencia y en el cine de los Óscar. (2018). *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 9, 586-601. ISSN: 2386-4567. p.588.

Para lograr su cometido, se contenía en la misma una lista cerrada de técnicas permitidas¹⁴ que fue modificada posteriormente mediante la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, para limitar a tres el máximo de ovocitos que se podían generar en cada ciclo reproductivo y para dar solución al problema del destino de los preembriones supernumerarios.

Una sentencia relevante en esta materia es precisamente la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular en el mes de febrero del año siguiente a la entrada en vigor de la Ley 35/1988, la STC 116/1999, de 17 de junio en la que el Tribunal Constitucional señaló *“La fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente, no vulnera el núcleo esencial de la institución familiar”* [FJ 13]. *“Es perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas de la Ley”* [FJ 13].

Tres años más tarde de la mencionada reforma, se aprueba la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, derogando la anterior norma. En virtud de la presente, se redefine, en palabras de Sánchez Maillo¹⁵, la maternidad y la paternidad como un derecho que la sociedad debe satisfacer.

Desde su vigencia, la misma ha sido modificada y adaptada en numerosas ocasiones, de las que cabe hacer especial mención a la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, mediante la que se da una nueva redacción al artículo 7 LRTHA, haciendo posible la filiación comaterna.

La LTRHA establece como técnicas permitidas todas aquellas acreditadas científicamente¹⁶ y establece en la Exposición de Motivos II la posibilidad de actualización del Anexo por el Gobierno para

¹⁴ Inseminación artificial (IA), Fecundación In Vitro (FIV), transferencia de embriones (TE) y transferencia de intratubárica de gametos (TIG).

¹⁵ Cfr. Sánchez Maillo, C.: “Matrimonio y familia en España: crónica de una disolución anunciada”, en CONTRERAS, F.J (ed.): Debate sobre el concepto de familia. Madrid, CEU Ediciones, 2013, p. 219.

¹⁶ Quedan expresamente permitidas: FIV, IA, Microinyección espermática, donación de óvulos y espermia, donación de embriones, congelación de embriones, congelación de ovocitos y de tejido ovárico, congelación de espermia, diagnóstico genético preimplantacional y fecundación post – mortem.

su adaptación a los avances científicos que puedan aportar las técnicas experimentales mediante Real Decreto e informe favorable de la CNRHA¹⁷.

Para concluir el presente, es preciso realizar una crítica, siguiendo las palabras de D. José Gabriel Ortolá Dinnbier¹⁸, a la configuración de nuestro sistema vigente. Encontrando la misma su fundamentación en una indiscutible obsolescencia del mismo, evidente tras la irrupción de estas técnicas, y perfectamente reconocible en vista de lo manifestado por el ya mencionado previamente art. 108 CC que establece dos títulos de constitución de la filiación: natural y adoptiva.

Esta obsolescencia ha sido reconocida por el propio Tribunal Supremo en STS. no 45/2022, de 27 de enero, ponente D^a María Ángeles Parra: *“En espera de una necesaria revisión del conjunto del sistema de filiación (...que encaje de manera adecuada la derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, tanto por lo que se refiere a la determinación extrajudicial como las acciones judiciales de reclamación e impugnación...), para resolver el recurso debemos estar a la deficiente regulación vigente y a la jurisprudencia de la sala adaptada a las circunstancias del presente caso.”*

Dicha configuración, en la práctica está generando graves problemas prácticos en modelos basados en el consentimiento y en las correspondientes acciones de reclamación e impugnación, esta irrefutable deficiencia de regulación y jurisprudencia está obligando a los tribunales a legislar.

Ejemplificativo resulta la jurisprudencia del TS que aboga por la custodia compartida como modelo deseable y, sobre todo, resulta imprescindible traer a colación el reciente hito en la materia mediante SS con fecha 18 de diciembre de 2023¹⁹, ponente D. Rafael Climent Durán que: “ha reconocido legalmente la paternidad de un hombre respecto a su hija concebida mediante técnicas de

En contraposición, están expresamente excluidas las siguientes técnicas: clonación humana, gestación por sustitución, selección del sexo del bebé, selección de las características físicas del bebé, se establece un máximo de tres embriones por ciclo reproductivo y un máximo de seis nacimientos de cada donante de gametos.

¹⁷ Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

¹⁸ Ortolá Dinnbier, J.G. (s.f.). La reproducción asistida en nuestro sistema de filiación: un encaje pendiente.

¹⁹ <https://confilegal.com/2023/12/26/la-justicia-reconoce-a-un-hombre-la-paternidad-del-hijo-que-tuvo-su-pareja-por-reproduccion-asistida-con-otro-semen/>

reproducción asistida con espermatozoides de un donante ajeno a él, ha establecido la filiación paterna. La niña debe llevar su apellido que, como tal debe ser inscrita en el Registro Civil, y le reconoce la patria potestad y la guardia custodia compartida.”

Se trata de una sentencia pionera puesto que, a diferencia de casos anteriores en los que se aplicaba dicho resultado para parejas lesbianas, en el presente se trata de una pareja heterosexual.

2. LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Previo a analizar el empleo de las presentes en los diferentes modelos de familia, resulta imprescindible hacer mención a elementos comunes para el empleo de dichas técnicas.

Es preciso resaltar el principio contenido en el artículo 5 de la LTRHA: *anonimato del donante de gametos*.

Se configura el mismo como una garantía para los donantes de espermatozoides y de óvulos, permaneciendo los mismos en el anonimato, protegiendo de este modo su identidad y privacidad. Su traducción más inmediata es la imposibilidad de los nacidos mediante el uso de estas técnicas de conocer la identidad de sus donantes. Si bien, este anonimato, puede ser excepcionado en las circunstancias establecidas por el art. 5.5 del texto legal: peligro cierto para la vida o salud del hijo concebido (como enfermedades hereditarias graves) y cuando proceda de acuerdo con las normas penales procesales. La información que puede ser obtenida es exclusivamente general, nunca la identidad del mismo. Cabe resaltar que, si se produjese dicho supuesto excepcional de conocer el verdadero progenitor biológico, de ninguna manera podría quedar determinada legalmente su paternidad, tal y como se dispone mediante el artículo 8.3 LTRHA.

Este principio, en síntesis, busca equilibrar los derechos de los donantes con los derechos de los hijos concebidos, manteniendo la confidencialidad y preservando la intimidad de todas las partes

involucradas. Establece respecto al mismo el Tribunal Constitucional que su aplicación no vulnera el principio de libre investigación de la paternidad, que consagra el artículo 39 CE.²⁰

Respecto a la filiación de los hijos nacidos mediante dichas técnicas, resulta imprescindible mencionar el principio básico dispuesto por mor del art. 7.2 *“en ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación”*.

En atención a las familias conformadas por parejas heterosexuales (heteroparentales), se distinguen cuatro supuestos de necesaria referencia. A tenor de los mismos, se advierte que la determinación de la filiación se determina mediante dos supuestos: el tipo de técnica empleada y la existencia de unión matrimonial o no de la pareja.

En primer lugar, el supuesto de aquellas Técnicas de Reproducción Asistida **homólogas**²¹ en sede de **uniones matrimoniales**: La determinación de la filiación no presenta particularidades, se tratará de un hijo matrimonial en aplicación de los preceptos y presunciones contenidos en los artículos 116 y coetáneos del Código Civil. En cuanto a la maternidad, ésta se determinará, como ya se ha referido, mediante el hecho del parto conforme a lo dispuesto en el art. 120.5 CC (y artículo 44.3 y 4 y 46 LRC/2011).

Presenta mayor particularidad, los nacidos en sede de **uniones de hecho**. Si bien, nos encontramos de igual modo ante técnicas homólogas, si se advierte para dicho supuesto, en contraposición con su precedente, regulación expresa en la LTRHA, por mor de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la citada ley.

En los mismos, el consentimiento del varón prestado por escrito para la ejecución de las técnicas en su pareja empleando su propio material biológico, actúa como documento evidente que se empleará con posterioridad a efectos de determinar la filiación extramatrimonial, mediante el requerido expediente gubernativo a efectos de cumplir lo expuesto en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil. En cuanto a la maternidad, acudiremos a la presunción de la verdad biológica, determinada por el parto. Si bien, para ambos, la filiación resultará extramatrimonial.

²⁰ STC 116/1999, de 17 de junio.

²¹ Expresión empleada para hacer referencia a las técnicas que emplean material biológico de alguno de los progenitores.

Cabe prestar especial atención a lo siguiente, En España, se estima que aproximadamente una de cada seis parejas en edad reproductiva tiene problemas para tener hijos. La infertilidad afecta, por tanto, al 15 – 20% de las parejas españolas.²² Es por esta razón que, gracias a los avances científicos y las oportunidades que los mismos arrojan, muchos sujetos acuden a las Técnicas de Reproducción Asistida recurriendo a los diversos bancos de donantes. Por lo mismo, cabe en este punto cuestionarse lo siguiente, ¿qué sucede con la filiación de los nacidos mediante el empleo de técnicas **heterólogas**²³?

Respecto a la misma, cabe nuevamente, diferenciar, en función de la existencia o no de vínculo matrimonial al momento del nacimiento del menor.

En caso afirmativo, debemos acudir al artículo 8.1 de la LTRHA, el presente establece la imposibilidad de impugnación de la filiación matrimonial del hijo nacido mediante dichas técnicas si previamente se ha prestado consentimiento expreso. Igualmente, como particularidad en este supuesto, resulta preciso para que una mujer casada pueda ser usuaria de dichas técnicas, además de la emisión de su propio consentimiento, el de su marido, a no ser que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente (art 6.3 LTRHA).

En caso contrario, cuando nos situamos ante una filiación extramatrimonial en sede de las uniones de hecho, es el coetáneo 8.2 del mismo texto legal el que lo regula. Se acepta respecto al varón que convive sin estar casado con una mujer, que pueda reconocer al hijo que ésta tenga (art. 120.1º y 2º CC). Si dicho reconocimiento no se produce, pero el varón ha presentado su consentimiento para la inseminación de su pareja mediante donación de donante, previo a la realización de la misma, actúa como escrito indubitado para la tramitación del expediente gubernativo previamente referido (art. 120.3 CC).

Respecto a las familias homoparentales y la posibilidad de acceder a las técnicas que nos ocupan, cabe hacer una distinción.

²² Datos extraídos de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF).

²³ Expresión empleada para hacer referencia a las técnicas que emplean material biológico de persona ajena al progenitor o progenitores.

Las parejas conformadas por dos mujeres²⁴, pueden acceder a una técnica de reproducción asistida con el fin de determinar legalmente la filiación respecto del hijo nacido como consecuencia de la misma mediante el empleo de semen de un donante. Una vez legitimada la unión matrimonial de dos mujeres, se produce la posibilidad de comaternidad, sin necesidad de adopción, mediante la reforma introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que adicionó un tercer párrafo al artículo 7 de la LTRHA, artículo que antaño contemplaba un reconocimiento previo al nacimiento del hijo.

Cabe referir respecto al citado 7.3, su modificación mediante la disposición final 5ª de la Ley 19/2015 para favorecer la inscripción de esta segunda maternidad, disponiéndose ahora que cuando la mujer estuviera casada, y no separada de hecho o legalmente con otra mujer, esta podrá manifestar conforme a lo establecido en la LRC que consiente que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge (art. 44.4 LRC/2011). Estableciendo, por tanto, el momento de inscripción de la filiación coetáneamente a la inscripción del nacimiento del hijo y no previamente al nacimiento.

Es posible incluso, acudir al método ROPA que permite compartir la maternidad entre la pareja, de modo que, una de ellas será la madre genética siendo la otra, la madre gestante. En este caso, la filiación quedará determinada mediante verdad biológica para la madre genética y mediante naturaleza por parto en el caso de la gestante. Respecto a los supuestos en los que no hay disociación entre gestante y genética, la determinación de la filiación operará mediante el consentimiento prestado por parte de su cónyuge, de forma análoga para las parejas heterosexuales.

Respecto al citado método ROPA (Recepción de Ovocitos de la Pareja), cabe en este punto, realizar un breve apunte si bien, para la legalidad del mismo, se exige como requisito indispensable la unión matrimonial de la pareja por ser el único supuesto en el que se permite que la donación de óvulos no sea anónima. Cabe en este punto preguntarse, ¿qué sucede si, al momento de acudir al Registro Civil para realizar la inscripción de la filiación, no consta dicha unión? Respecto a la madre gestante, como se advierte previamente, quedará determinada mediante naturaleza por el parto, mientras que, para la mujer aportante del material genético, será preciso acudir a la figura de la adopción.

²⁴ La figura de la doble maternidad dará contenido, en mayor profundidad, al sucesivo capítulo.

Mayor dificultad plantea la copaternidad en el matrimonio homosexual masculino puesto que, en España la única posibilidad que ostentan sería acceder a la adopción. La segunda vía posible, sería la maternidad por sustitución excluida expresamente en nuestro Ordenamiento Jurídico, tal y como se dispone en el artículo 10 de la Ley 14/2006.

3. LA FECUNDACIÓN POST MORTEM.

Merece especial atención el noveno precepto de la LTRHA, que bajo el epígrafe “*Premoriencia del marido*” regula la denominada fecundación post mortem. El precepto a desarrollar tiene pocas modificaciones técnicas con relación al texto precedente, la Ley de 1988 (LTRA). Cabe destacar que, como se analizará en las siguientes líneas, la descripción “*premoriencia del marido*” no resulta muy acertada pues el propio artículo prevé la posibilidad de que la pareja no se encuentre unida por vínculo matrimonial.

Para comenzar a dar contenido al presente epígrafe, es preciso, en primer lugar, advertir que se estipula por la LTRHA como regla general²⁵ la no determinación legal de la filiación entre hijo nacido mediante el empleo de técnicas de reproducción asistida y marido fallecido, cuando este no se halle en el momento de la defunción en el útero de la madre.

Queda enervada dicha regla general, precisamente, mediante la excepción contenida en el coetáneo artículo 9.2 del mismo texto legal. De igual modo, respecto al mismo, es preciso señalar lo desafortunado del título del precepto configurándose este como una incongruencia respecto al contenido del mismo, dónde se habilita en su tercer apartado la extensión de dicha filiación al varón no unido por vínculo matrimonial (pareja de hecho).

Para la validez de la misma, establece el precepto la exigencia de dos requisitos: la aceptación emitida por el varón cuyo material biológico va a emplearse y el límite temporal de los doce meses siguientes a la defunción para su realización.

En referencia al primero de ellos, el consentimiento, es preciso apuntar la presunción de

²⁵ Vid. art. 9.1 LTRHA

aceptación introducida mediante la LTRHA respecto a su precedente de 1988. Dicha presunción opera en aquellos supuestos en los que el cónyuge superviviente hubiese iniciado un proceso de reproducción asistida para la transferencia de preembriones ya constituidos con anterioridad al fallecimiento.

II. 3.1 Análisis del art. 9 LTRHA

Es preciso hacer distinción entre el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación del precepto.

Se pueden advertir dos supuestos de hecho respecto al ámbito objetivo del mismo: la fecundación post mortem y la transferencia post mortem de preembriones. En la primera de ellas, nos situamos ante un hijo postumísimo puesto que es procreado en momento posterior al fallecimiento mediante inseminación artificial o fecundación in vitro. En contraposición, respecto a la transferencia de preembriones, nos situamos ante un hijo concebido en vida de ambos progenitores.

Es respecto al ámbito subjetivo de aplicación en el cual se requiere de mayores precisiones. A tenor de lo dispuesto en el citado artículo, se advierte su posible aplicación, como ya ha sido señalado con anterioridad, respecto del marido y del varón no unido por vínculo matrimonial.

Por lo dispuesto, es posible percibir que la propia LTRHA deshecha la posibilidad de que sea el cónyuge superviviente el varón y sea este quien realice el procedimiento de reproducción asistida, dado que, en este caso, sería preciso la intervención de una segunda mujer para su implantación, quedando subsumido en el art. 10 LTRHA que estipula nula de pleno hecho la gestación por sustitución, siendo la razón de ser de su descarte por el legislador.

De igual modo y por idéntica razón, queda fuera la posibilidad de fenecimiento de ambos progenitores e implantación de los preembriones en segunda mujer.

Son estas dos hipótesis, junto a la que se desprende del tenor literal del precepto al referirse exclusivamente a parejas heterosexuales impidiendo de este modo su extensión a las conformadas por personas del mismo sexo, las únicas que quedan fuera del precepto.

Esta imposibilidad de extensión queda justificada, en relación a las parejas conformadas por dos varones, en la inexcusable necesidad de participación de una mujer para la gestación (art. 10 LTRHA).

Respecto a la pareja de dos mujeres, parece que debería resolverse esta cuestión mediante el empleo del art. 7.3 LTRHA, quedando fundamentada dicha posibilidad en la no extinción de los efectos de un consentimiento previo para que el hijo sea considerado suyo con razón de la muerte²⁶. Realmente, este precepto no está pensando en la hipótesis de la reproducción asistida post mortem, razón por la que es preciso regresar a la casilla de salida del artículo 9 que no permite fecundación en la que intervenga semen de donante, imprescindible en este supuesto, quedando, por tanto, excluido del ámbito subjetivo de aplicación.

Regresando al único supuesto habilitado por el art. 9, se produce un conflicto entre el derecho a procrear de la viuda y el interés del menor a nacer con sus dos figuras paternas y el respectivo acompañamiento de los mismos durante su minoría de edad. Para solucionar el presente, el legislador ha aplicado el método jurídico de ponderación concluyendo la prevalencia del derecho de procrear de la viuda o compañera siempre que se cumplan los dos requisitos legalmente previstos.

II.3.2 Inseminación artificial post mortem

Se exige para su admisión el cumplimiento de los dos requisitos legalmente previstos: el consentimiento del varón fallecido para que se produzca la inseminación con su material biológico y el plazo temporal establecido.

El primero de ellos, tiene por objeto autorizar el uso de su material reproductor con el fin de que se realice la inseminación a la mujer posterior a su fallecimiento. Aparece regulado en el art. 9 del que se infiere la necesidad de que el mismo presente las siguientes características: ha de ser específico, en beneficio de una mujer concreta, expreso²⁷, personalísimo, formal y revocable.

²⁶ Iniesta Delgado, J. J., “La filiación”, cit. p. 843.

²⁷ Del supuesto de crioconservación de gametos no puede inferirse autorización para la fecundación post mortem.

Respecto a la formalidad del consentimiento, es preciso señalar la ampliación efectuada mediante la Ley del 2006 para los cauces²⁸ de su prestación. Añade la misma, además de los ya establecidos por su precedente (escritura pública y testamento), dos documentos privados: instrucciones previas y el contenido por el art. 6.3 (formulario de consentimiento para mujeres casadas).

En segunda instancia, respecto al plazo temporal para la admisión, se establece mediante la LTRHA el límite temporal de los doce meses posteriores al fallecimiento del varón. Su fundamentación no es otra que evitar saltos generacionales por la gestación mediante gametos provenientes de persona fallecida varias generaciones atrás y la protección de los derechos hereditarios de terceros.

Cabe finalmente mencionar respecto a este requisito, la duplicación del plazo temporal mediante la vigente ley respecto a su precedente LTRA que limitaba el mismo a los seis meses posteriores al fallecimiento, plazo criticado tanto por su brevedad como por la complejidad del proceso cuyo éxito depende también del estado físico y psíquico de la mujer, no presumible en condiciones óptimas en plena fase de duelo por el fallecimiento.

II.3.3 Transferencia post mortem de preembriones

Se encuentra específicamente regulado en el apartado segundo del artículo 9 LTRHA. En el mismo, se alude exclusivamente al consentimiento, pero nada se refiere al límite temporal produciéndose respecto a dicho supuesto una flexibilización.

En primera instancia, es preciso para el consentimiento advertir la presunción del legislador respecto al mismo en esta hipótesis. El legislador, al establecer dicha presunción, está pensando en matrimonios o parejas de hecho que ya han dado comienzo al proceso y, de manera sobrevenida, se produce el fallecimiento del varón razón por la que, por circunstancias obvias, no se ha podido prestar consentimiento expreso para la transferencia post mortem.

²⁸ Numerus clausus, no se permiten otros.

Para estos supuestos, la implantación se configura como la culminación del proceso de reproducción asistida previamente realizado, fundamentándose, por tanto, la presunción, en posibilitar el desarrollo de la vida del ya concebido cuyo inicio comenzó en vida del fallecido.

Esta flexibilización de los requisitos, encuentra dos posibles explicaciones en la doctrina: de un lado, la protección del preembrión y del otro, respecto a la viuda, conceder la posibilidad de terminar un proyecto de vida iniciado con su pareja previamente para el que se empleó también, de igual modo, su material reproductor.

En síntesis, en palabras de Alma María Rodríguez Guitián²⁹, la diferencia entre ambas hipótesis, causa de las diferencias entre ambos regímenes jurídicos, es clara *“en el caso de la inseminación artificial se fecunda a la viuda o compañera con semen del varón fallecido, de modo que estaríamos ante un hijo, no póstumo, sino postumísimo, esto es, procreado después de la muerte del padre.”*

II.3.4 Derecho de filiación en la reproducción artificial post mortem

Se estipula mediante el art. 7.1 LTRHA que las presentes técnicas se regularán mediante las leyes civiles a excepción de las especificaciones previstas en la ley, entre las que se encuentra el artículo 9.

Si se acudiese a las normas civiles, resultaría de difícil aplicación la presunción de paternidad del art. 116 del Código Civil debido a los plazos establecidos para la aplicación de la misma³⁰. Se supera mediante la regla especial del artículo 9.2 LTRHA que estima que la filiación es de carácter matrimonial, de la concurrencia del doble requisito exigido se deriva el reconocimiento *ope legis* de la relación jurídica entre el hijo nacido y el varón fallecido.

Finalmente, cabe hacer una breve alusión al vacío legal que pudiera plantearse en el supuesto de que la viuda tras someterse a la reproducción post mortem, contraiga vínculo matrimonial con otra persona

²⁹ Rodríguez Guitián, A. M. (2015). Implicaciones jurídicas de las técnicas de reproducción asistida: Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad. *Revista de Estudios sobre la Vida*, Tomo LXIX (2179), 8039-8051.
<https://doi.org/10.26472/revistasev/e215-8023-2015-2179-8039>

³⁰ Presume hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

en el plazo de un año. Se produciría en dicha hipótesis una contraposición entre la filiación matrimonial del art. 9.2 LTRHA y la presunción a favor del segundo marido por mor del artículo 116 del Código Civil. Para colmar la laguna, el Grupo de Trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene que será preciso para la inscripción como matrimonial en el Registro Civil de esta forma de filiación la acreditación de que el nacimiento se ha producido en un tiempo prudencial y que no concurre la presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio de la viuda³¹.

III. LA DOBLE MATERNIDAD

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como la evolución social ha puesto de relieve, se advierte el deseo por parte de parejas de mujeres o de hombres, de desarrollar una maternidad/paternidad compartida, lo que nos lleva a cuestionarnos si existe un derecho a la procreación.

Tal es así, que es preciso reseñar lo dispuesto mediante STS 12 mayo 2011³² *“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 haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.”* [FD 3]

Tras la reforma de la Ley 14/2006, de 14 de junio, de técnicas de reproducción humana asistida, se hizo posible, en coherencia con la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio, la determinación legal de una doble maternidad sin la necesidad de recurrir a la figura de la adopción.

³¹ MINISTERIO DE JUSTICIA, “Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*”, Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Suplemento número 3/1996 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1986, p. 22.

³² Tribunal Supremo, sala primera, (Civil). (2011, 12 de mayo). Resolución 320/2011.

Dado que la redacción inicial de la Ley 14/2006 obviaba por completo la posibilidad de que las usuarias a las técnicas de reproducción asistida fuesen parejas de mujeres, produciéndose una incoherencia legislativa entre la citada y la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en la que se permitió el matrimonio para contrayentes de igual sexo, el legislador se vio abocado a realizar una precoz reforma mediante la Ley 3/2007.

Esta última, de forma parcial e incoherente, trata de subsanar los requerimientos de los movimientos sociales y parte de la doctrina para la armonización de la normativa sobre matrimonios entre personas del mismo sexo y la filiación derivada de la tecnología reproductiva para este colectivo, adicionando al art.7 de la LTRHA un párrafo tercero, contemplando el mismo, la posibilidad de doble maternidad.

De este modo, la maternidad no biológica que, hasta ese entonces, sólo podía ser adoptiva, puede derivar tras la entrada en vigor de la citada reforma, de matrimonio con la mujer que tenga un hijo mediante el empleo de estas técnicas. Aplica la misma un criterio de voluntad personal como origen de una maternidad con plena eficacia jurídica.

Estas mujeres, gracias a los avances técnico-científicos, como se ha citado en el anterior capítulo, pueden incluso acudir al método ROPA (Recepción de Ovocitos de la Pareja), que habilita, mediante la fecundación in vitro, a que ambas madres sean activamente partícipes de la gestación, de modo que una de ellas aporta el óvulo que será posteriormente fecundado siendo finalmente su compañera la que lo gesté. Configurándose la primera de ellas como progenitora no gestante, pero si biológica y su compañera como progenitora gestante.

Los avances, han permitido, de igual modo, desarrollar una nueva técnica que aumente en un mayor grado esta participación activa, facultando a ambas madres a gestar al infante. Esta nueva técnica conocida como INVO o INVOCell, que cuenta con menos de un año de vida³³, permite que la

³³ Véase, por ejemplo, la nota del diario El Español, sobre el nacimiento del primer bebé mediante el empleo de la citada técnica: https://www.elespanol.com/mujer/actualidad/20231103/funciona-tecnica-invocell-nacido-espana-primer-bebe-europa-gestado-mujeres/806669816_0.html

fecundación y el inicio del desarrollo embrionario se produzca en una de las mujeres, siendo la otra la que lleve a término la gestación.

De este modo, el principio tradicional *mater semper certa est* ya no se cumple desde un punto de vista biológico ni legal.

A tenor de este reconocimiento de la doble maternidad, es preciso valorar si estamos ante un nuevo tipo de filiación legal denominado por muchos autores “filiación intencional”, caracterizada por tratarse de una filiación volitiva y no biológica, dónde el consentimiento se configura como elemento esencial.

2. LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL ART. 7.3

Mediante la Disposición adicional 1ª de la citada Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, introdujo el apartado 3 del precepto, reconociendo por primera vez la doble maternidad, configurando como requisito esencial el consentimiento de la esposa de la mujer gestante, atribuyendo, de este modo, la filiación legal.

Si bien, esta comaternidad configurada como relación de filiación matrimonial, exige una expresión formal de la voluntad de tener como propio al hijo de la esposa ante el Encargado del Registro Civil, en contraposición a lo previsto para las parejas heterosexuales, dónde, el marido, si bien, debe dar su consentimiento para que su mujer acceda al empleo de estas técnicas ante el centro o servicio de reproducción asistida, se le tendrá por padre legalmente ex presunción *pater is est* del art. 116 CC, sin necesidad de expresar otro consentimiento formal.

En aquellos supuestos de matrimonios conformados por dos mujeres, no será, por tanto, suficiente a los efectos de determinación de la filiación, el consentimiento prestado por la mujer no gestante en el centro de reproducción asistida, aunque en el mismo manifestara su asunción de la maternidad legal, siendo denegada la inscripción. Es decir, se advierten unas exigencias formales insustituibles, configurándose exclusivamente la posibilidad de consentimiento ante el Encargado del Registro Civil del domicilio.

Respecto a esta primera redacción, cabe singularizar tres requisitos: subjetivos, formales y temporales.

En relación con los **subjetivos**, la redacción del precepto es clara, delimitando esta filiación a mujeres casadas, no separadas legalmente o de hecho, sin valorar la posibilidad de que si lo estén o que sean parejas de hecho.

Si bien cabe preguntarse qué sucedería si, expresado el consentimiento como la ley exige, antes del nacimiento, se produce la separación en momento anterior al nacimiento del menor. En este sentido, si el consentimiento de la esposa se otorga cuando la implantación del preembrión o cuando ya se ha producido la fecundación y ha dado comienzo el embarazo, la posterior separación no debe incidir en la materia. Cuestión diferente se produce si la mujer usuaria decide hacer uso con posterioridad a la separación de preembriones crioconservados, en el presente, debería admitirse la revocabilidad del consentimiento de asunción de la maternidad legal cuando su excónyuge decide intentar un nuevo ciclo de reproducción asistida.

Sobre esta cuestión, resulta interesante traer a colación la opinión de la Prof. Ana Díaz Martínez que establece lo siguiente:

“en realidad no estamos sino planteándonos si el derecho a la autonomía reproductiva, entendido en su vertiente negativa, como derecho a decidir no procrear, se extiende al ámbito de la paternidad y maternidad no biológicas, sino formales o jurídicas, cuestión sobre la que el legislador de 2007 ha guardado el más absoluto silencio.

Tiene fundamento, desde luego, a mi juicio, defender la aplicación del art. 8. 1º LTRHA a los matrimonios formados por dos mujeres e impedirles, igual que a los cónyuges heterosexuales cuando la fecundación es heteróloga, la impugnación de la filiación formal determinada por su consentimiento, pero a mi modo de ver ello ha de estar matizado, en ambos casos, por la revocación de los consentimientos para la reproducción asistida tras la ruptura de la pareja cuando de nuevos ciclos se trate”.³⁴

³⁴ Díaz Martínez, A. (2007). La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. Revista de Derecho Privado y Constitución, (21), p. 95.

Entiende la autora que el legislador debería haber previsto una caducidad automática del consentimiento para los supuestos de separación.

Respecto al consentimiento, es preciso reseñar, de igual modo, su configuración como meramente potestativo, determinando de este modo, la posibilidad de que la relación de filiación quede determinada sólo respecto de la madre biológica por la inoperancia de la presunción del art. 116 CC.

El consentimiento del cónyuge femenino no es necesario, no está autorizada para oponerse, de modo que, si no prestara su consentimiento, el hijo que nazca será extramatrimonial, teniendo legalmente determinado un único vínculo de filiación respecto de su madre biológica, pudiéndose tramitar a posteriori un procedimiento de adopción respecto a su compañera.

Cabe destacar, a tenor de lo dispuesto, que, a pesar de que el menor, al convivir con el matrimonio, desarrolle relación filial con ambas, en el supuesto de una ruptura, al estar determinada una única filiación legal, será a esta a favor de quién se dictamine la atribución de la custodia.

Desde el punto de vista **formal**, la declaración del consentimiento sólo se podía realizar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, sin contemplar la formalización del mismo en documento público o en el documento previamente citado ante el centro de reproducción asistida. Además, según el art. 108.2 RRC, esta declaración habrá de consignarse en el Libro Diario del Registro Civil y servirá sólo a los efectos de acreditar el consentimiento exigido por el apartado tercero del art. 7 LTRHA, pero la inscripción de la maternidad no se producirá hasta el nacimiento, momento en el cual esta constancia registral determinará automáticamente la doble maternidad.

Finalmente, respecto al último requisito, el **temporal**, se discute el momento en que debe prestarse el consentimiento. La expresión "*consiente en que cuando nazca el hijo del cónyuge*" parece que hacía una clara referencia a su prestación en momento anterior al nacimiento, si bien, se constatan prácticas registrales no uniformes que generaban indudablemente una mayor inseguridad jurídica, puesto que, algunos de ellos exigían comparecencia formal antes del parto y otros se remitían a la adopción o admitían el consentimiento posterior al nacimiento.

Es preciso resaltar nuevamente la configuración del consentimiento como el requisito esencial para la determinación de la filiación materna, debiendo la usuaria de estas técnicas prestar consentimiento escrito para su utilización, de manera libre, consciente y expresa. Como ha sido señalado previamente, respecto a la emisión del mismo, resulta interesante una vez más advertir el trato diferencial respecto a los matrimonios heterosexuales, tal y como expone Castillo Martínez³⁵ *“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”*.

Esta rigidez respecto a los requisitos, generó la interpretación flexible de este art. 7.3 por el Tribunal Supremo, Sala 1ª. Circunstancia que se refleja, por ejemplo, en la STS 5 de diciembre de 2013 dónde se reconoce en su fundamento de derecho tercero *“que reconoce la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación, y esta 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 el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo”*.

También se refleja en la importantísima STS 15 de enero de 2014 cuyos hechos fueron los siguientes:

Existía, desde enero de 1996 hasta 2006, una relación de pareja pública y notoria entre dos mujeres. Sin contraer matrimonio entre las mismas, nace el 13 de noviembre de 2003 el hijo de una de ellas mediante técnicas de reproducción humana asistida mediando material genético de donante. La compañera sentimental de la gestante reclama ser madre extramatrimonial, por posesión de estado, del menor, para que se proceda a practicar la correspondiente inscripción.

La cuestión de fondo, recaía sobre la posibilidad de determinar judicialmente la filiación extramatrimonial por la vía de la posesión de estado de una mujer homosexual tras la ruptura de pareja.

³⁵ 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.

En la citada sentencia³⁶ se consideraron acreditados los consentimientos prestados a poner como segundo nombre del niño el apellido de su pareja *“como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada.”* [FD 3]. Concluyendo que el consentimiento prestado por la conviviente no madre biológica, la posesión de estado y el superior interés del menor determinan la filiación no matrimonial reclamada en forma de doble maternidad.

3. LA DOBLE MATERNIDAD EN LA ACTUALIDAD

III. 3.1 El nuevo artículo 7.3 LTRHA

La Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil³⁷, reforma en su Disposición final quinta la modificación de apartado 3 del artículo 7, quedando redactado el mismo del siguiente modo:

«3. 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.»

Como es posible advertir, la nueva redacción sigue sin resolver el problema anteriormente citado pues, nuevamente, no prevé las filiaciones de parejas de mujeres no casadas o parejas de hecho, delimitando la doble maternidad a aquellas en las que sí conste vínculo matrimonial.

La gran diferencia respecto a la anterior redacción reside en la reforma de los requisitos temporal y formal, pues, a tenor de la reforma, ya no exige que el consentimiento por la cónyuge no gestante sea prestado con anterioridad al nacimiento si no que, el presente, necesario para la determinación legal de la filiación, podrá ser emitido posterior al alumbramiento.

³⁶ STS 836/2013, 15 de enero de 2014.

³⁷ Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. BOE, núm. 167, de 14/07/2015.

Castillo Martínez resalta sobre las novedades de la reforma que *“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”³⁸.

Se sigue manteniendo, en principio, el requisito del nacimiento del hijo mediante TRHA para la aplicación de este precepto, si bien, con posterioridad mencionaré la RDGRN 8 febrero de 2017 en relación con el art. 44 LRC que ha incidido sobre este último aspecto para desvincularlo del artículo 7.3.

La nueva redacción, al emplear la expresión “nacido” de su cónyuge, plantea nuevas cuestiones que obligan a acudir a la normativa reguladora del RC, concretamente, al art. 44.5 LRC de idéntico contenido que el del art. 7.3 LTRHA. Dado que no señala nada sobre la forma en que debe prestarse dicho consentimiento, debemos entender, de la ubicación sistemática del mismo, la aplicación de los mecanismos previstos en la propia normativa registral para la inscripción del nacimiento (citados en precedentes apartados).

Podría entenderse, respecto al art. 44.5 LRC, su voluntad de dejar abierto el plazo de consentimiento siempre que se cumplan los requisitos del 7.3 LTRHA o 44.5 LRC, es decir, que siga existiendo vínculo matrimonial. Tal prerrogativa de la cónyuge de la gestante, resulta, en palabras de M.^a Belén Andreu Martínez *“excesiva y contraria a priori al interés del menor, al quedar su filiación sin*

³⁸ Castillo Martínez, C. del C.: “La inscripción de la filiación”, cit., p. 3346.

determinar ab initio, a expensas de la voluntad de la declarante (sin intervención de la madre o del hijo)''³⁹.

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 reclamaban la doble maternidad legal al considerar aplicable por analogía el art. 116 CC, sin necesidad de aportar justificación de que el nacimiento se produjo como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida, alegando que el apartado 5 del art. 44 de la LRC de 2011, en vigor desde octubre de 2015, no lo exige [FD 3].⁴⁰

Esta no exigencia de justificar las técnicas de reproducción asistida también es objeto de discusión doctrinal.

Respecto al consentimiento de la mujer gestante, Cadenas Osuna, entiende que no han sido resueltas con esta nueva formulación algunas dudas respecto al valor del consentimiento dado en los centros sanitarios, sobre si puede sustituir el exigido por el precepto o incluso si, sobre su base, la madre biológica puede reclamar la filiación de su cónyuge, concluyendo que dado que existe una exigencia de consentimiento formal, no parece lógico admitir la reclamación de filiación con fundamento en otro consentimiento distinto que, a mayor abundamiento, como ha sido criticado en el anterior apartado, está exclusivamente pensado para parejas heterosexuales.

En la misma línea, el consentimiento para el establecimiento de la filiación resulta irrevocable, si bien, la misma autora indica *“frustrado el embarazo, puede revocarse para posteriores ciclos reproductivos. Ahora bien, no existe consenso en la doctrina con respecto a si esta revocación tiene carácter automático una vez concluya el ciclo para el que se otorgó el consentimiento o si, por el*

³⁹ Andreu Martínez, M.B. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, p. 9

⁴⁰ Notarios y Registradores. (2017). Resolución de 8 de febrero de 2017 sobre doble filiación materna. Recuperado de <https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2017/03/Res-8-Feb-2017-doble-filiacion-materna.pdf>

*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 asistida”.*⁴¹

No pueden impugnar, ni la madre gestante ni su esposa, el consentimiento pues iría en contra de sus actos propios. Defiende Ana Díaz Martínez la aplicación analógica del art. 8.1 LTRHA: *“existe, a mi juicio, la identidad de razón que justifica su aplicación analógica en estos casos, pues en ambos el elemento volitivo que sirve para la atribución de una paternidad o maternidad puramente formal, aunque también afectiva y educacional, si bien no biológica, debe entenderse, en términos generales, salvo los matices que después se expondrán, como irrevocable.”*⁴²

Cuestión distinta plantea el supuesto de impugnación si el hijo nacido es fruto de relaciones sexuales de la madre biológica con un varón, siendo hijo natural y no, como creía su esposa, de las técnicas de reproducción asistida. En el presente será preciso el ejercicio de una acción impugnatoria en base a un consentimiento viciado por error, que puede sustentarse incluso, en el mismo art. 8.1 LTRHA al establecer el presente *“nacido como consecuencia de tal fecundación”* haciendo referencia expresa a la tecnología reproductiva. Tal acción, parece que podría ejercitarse en el plazo de un año siendo *dies a quo* aquel en que descubrió la generación del menor.

III. 3.2 Incoherencia legislativa: el artículo 44 LRC

El presente ha sido objeto de nueva redacción mediante Disposición final undécima titulada “Modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil” 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, estableciendo en el apartado 4:

⁴¹ Cadenas Osuna, D. (2022). 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, fasc. I, 69-114.cit.,p.80-81

⁴² Díaz Martínez, A. (2007). La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. Revista de Derecho Privado y Constitución, (21), p. 88.

“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.”

Haciendo, de este modo, una clara remisión a las técnicas de reproducción asistida.

El problema reside en el subapartado 3 pues, el mismo, reconoce dos casos en que hará constar la filiación de padres o madres no gestantes en el momento de inscripción del hijo, diferenciando si existe vínculo matrimonial o no. Conteniendo su apartado a)

“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.”

Al prever el consentimiento de ambas incluso si están separadas legalmente o de hecho se advierte una clara incoherencia con el apartado 3 del artículo 7 de la LTRHA que sigue exigiendo como requisito para la determinación legal de la filiación el vínculo matrimonial entre las dos mujeres.

De otro lado, el apartado b, establece la filiación no matrimonial derivada de la pareja de mujeres que no estén casadas requiriendo exclusivamente conformidad, no contraria a las presunciones de paternidad y sin mediar controversia. Resulta evidente que no resulta aplicable, para el supuesto de doble maternidad, la presunción *pater is est*.

El propósito de esta reforma es “en coherencia con los cambios operados por la disposición final primera, 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.” [Prámbulo.Ap II].

Dada la incoherencia legislativa citada, por ser en este precepto en el único en el que se alude a las parejas de mujeres no casadas reconociendo la filiación no matrimonial, es preciso reformar nuevamente el art. 7.3 LTRHA para dar cabida a todas las realidades posibles, aportando mayor

seguridad jurídica en pro al interés superior del menor y a las interesadas, colmando lagunas e incertidumbres interpretativas.

Reforma la citada Ley de igual modo, el reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción, que se podrá realizar, en cualquier tiempo y con arreglo a las formas establecidas conforme a la legislación civil aplicable. Señalando que, en caso de producirse mediante declaración del no gestante ante el encargado del Registro Civil, será preciso el consentimiento de la persona gestante.

Con objeto de salvaguardar una igualdad real y efectiva para las personas trans, da una nueva redacción al art. 120.1 CC, sustituyendo el termino tradicional padre y estableciendo en contraposición la expresión «padre o progenitor no gestante», englobando así a aquellas personas trans con capacidad de gestar. Normaliza de este modo la Ley la realidad de la posible maternidad de hombres trans que mantienen sus órganos reproductivos femeninos.

III. 3.3 La STS 11 de marzo de 2024

Para concluir el presente epígrafe, resulta de especial interés traer a colación la última sentencia dictada sobre la materia por el Tribunal Supremo⁴³.

Respecto a los hechos, se advierte por parte de la actora, D. ^a Teodora, reclamación de filiación materna no matrimonial por posesión de estado contra quien fuera su pareja, D. ^a Milagrosa, solicitando que se declarase la filiación, respecto a Hilario, nacido en 2019 mediante técnicas de reproducción asistida con semen de donante anónimo, haciéndose constar la resolución judicial firme a Registro Civil y otros Registros públicos que correspondan.

Tanto la parte demandada como el Ministerio Fiscal se opusieron a la misma, si bien, finalmente se dictaminó por la Juez de Primera Instancia de Manacor nº1, con fecha de 1 de septiembre de 2021 lo siguiente:

⁴³ STS 351/2024, de 11 de marzo de 2024.

"1- Debo declarar y declaro que, Doña Teodora es junto con Milagrosa, madre extramatrimonial por posesión de estado del menor Hilario, procediéndose a efectuar en el registro Civil competente la inscripción de dicha filiación no matrimonial en la inscripción de nacimiento del menor Hilario, con todos los efectos legales inherentes, haciendo constar como progenitor A, madre a, a doña Milagrosa, y como progenitor B, madre B, a doña Teodora y, como primer apellido del menor Julio y, como segundo apellido, Landelino."

La presente resolución fue recurrida en apelación con idéntico resultado.⁴⁴ Esta sentencia de la Audiencia Provincial reconoce la filiación extramatrimonial a favor de D.^a Teodora con apoyo en la voluntad de maternidad conjunta de las partes litigantes, unida a la posesión de estado de la actora y al interés del menor en mantener vinculación afectiva.

D.^a Milagrosa, interpuso recurso de casación en base a la infracción del art. 131 del CC, del 7.3 LTRHA e infracción del principio general del interés del menor.

Respecto al primero de ellos, se fundamentaba en la acreditación de la "posesión de estado" por la sentencia recurrida, requiriendo la presente para ser efectiva actos continuados y constantes de asistencia económica y personal.

Se alega, en referencia a la infracción del art. 7.3 que *"solo es posible determinar la filiación de una segunda mujer cuando exista previamente un vínculo matrimonial y no exista separación legal o de hecho, y que en el caso las partes no contrajeron matrimonio. Se señala también que la sentencia recurrida contradice la sentencia 45/2022, de 27 de enero, que se ocupó de un supuesto similar, y que no cabe invocar la posesión de estado para justificar en virtud del art. 131 CC una filiación para la que el ordenamiento jurídico compele al necesario consentimiento de la mujer cumplidos los requisitos establecidos por el art. 7 LTRHA."* [FD 2.1].

Finalmente, respecto al interés del menor, establece que *"la sentencia no detalla los beneficios que supondría para el niño la estimación de la demanda y que por el contrario se basa principalmente*

⁴⁴ Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 930/2021.

en el interés de la demandante. Se dice que no ha quedado acreditado, más allá de la convivencia, ningún tipo de afinidad, cariño o interés del menor por la actora y que no existe contacto con el hijo desde hace más de año y medio.” [FD 2.2]

Finalmente, el Alto Tribunal razona lo siguiente:

- I. Quedó determinada, respecto a Milagrosa la maternidad por naturaleza de Hilario en función del principio *mater semper certa est*, si bien, no quedó determinada respecto a quien era su pareja sentimental, Teodora.
- II. Para que hubiese quedado determinada, hubiera sido preciso bien recurrir a la adopción, bien que las litigantes hubiesen contraído matrimonio, no estuvieran separadas legalmente o de hecho, y que Teodora manifestara que consentía que se determine su filiación legal respecto a Hilario conforme al art. 7.3 LTRHA y art. 44.5 LRC 2011.

En el supuesto, no se produjo la adopción ni quedó determinada conforme a la LTRHA, circunstancia que tampoco hubiese sido posible pues no existía vínculo matrimonial.

Establece en su fundamento de derecho séptimo “*Si partimos, como debemos partir, de que en el caso no se dieron los requisitos para que la filiación quedara determinada conforme al título de determinación de la filiación previsto por el legislador para la filiación por voluntad de tener al hijo nacido de la otra mujer como propio (art. 7.3 LTRHA), no podemos compartir la trascendencia que la sentencia recurrida otorga a la voluntad para estimar la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado fundada en el art. 131 CC.*”

Recordando la sentencia lo ya expuesto por el Alto Tribunal en la STS 45/2022, de 27 de enero, que afirmaba que, para apreciar si existe realmente una persistencia y constancia en el comportamiento como madre a efectos de apreciar la posesión de estado⁴⁵, serán decisivos los actos posteriores al nacimiento, no quedando acreditada, al amparo de los hechos probados en la instancia, una realidad integradora de la posesión.

⁴⁵ Dos son las sentencias fundamentales respecto a la aplicación de la posesión de estado por los tribunales: STS 740/2013, 5 de Diciembre de 2013 y STS 608/2014, de 15 de Enero de 2014.

Finaliza la misma, razonando que, si bien existió una relación familiar durante el periodo de convivencia que puede calificarse de relativamente breve (aproximadamente año y medio), las acciones realizadas posterior a la separación no resultan suficientes *“pues ni pidió visitas como allegada ni las solicitó cautelarmente al interponer el procedimiento de filiación, lo que, en línea con lo afirmado en la sentencia 45/2022, permite negar la constancia, continuidad y exteriorización de la relación”*. [FD 7]

Quedando, por tanto, estimado el recurso de casación, dejando sin efecto, en consecuencia, las demandas interpuestas por Teodora, no pudiendo ser declarada para el presente supuesto la doble maternidad.

4. LA FILIACIÓN INTENCIONAL: PROPUESTA DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL POR LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL.

La reciente reforma del precepto 108 del CC, mediante la Disposición final 1.2 de la citada Ley 4/2023, sigue reconociendo lo ya criticado en anteriores capítulos del presente trabajo, dos únicos 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”.

Se mantiene inalterada la afirmación tras la reforma pues, esta, lejos de modificar el contenido *per se*, se ha limitado a sustituir la expresión “padre o madre” por “progenitores” incorporando una mayor inclusividad.

Es preciso resolver, si defendemos la inclusión de una nueva filiación basada en el elemento volitivo derivada del recurso a las ciencias biomédicas o, por el contrario, como defiende parte de la doctrina, esta se encuentra dentro de la filiación por naturaleza.

Duda que refleja De Verda y Beamonte al reseñar *“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 solo se plantean cuando la generación tiene 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”*⁴⁶

Es por la presente razón que, la Asociación de profesores de Derecho Civil, resuelve esta incertidumbre en torno a las clases de filiación reconociendo que, tras los avances de la ciencia reproductiva y las nuevas posibilidades, existe una nueva filiación fruto del empleo de las mismas. Al señalar en su capítulo III del Libro segundo de la Propuesta de Código Civil, art. 223. I-6 *“I. La filiación puede tener lugar por naturaleza o por 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. II. Los efectos de la filiación son iguales con independencia de la clase de filiación”*.

Se propone, del mismo modo, la necesidad de dar una nueva redacción al art. 7.3 LTRHA, tratando de subsanar las problemáticas que genera la redacción actual, ya traídas a colación, como la posibilidad a otras formas de consentimiento como el dado en las clínicas de reproducción o en documento público otorgando mayor flexibilidad y/o limitando el plazo de consentimiento para generar seguridad jurídica.

Mediante estas reformas, indica Alba. Ferré. E. *“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.”*⁴⁷

⁴⁶ De Verda y Beamonte, J. R. (2018). “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España” Actualidad Jurídica Iberoamericana, ISSN 2386-4567 núm. 8, p. 22.

⁴⁷ Alba Ferré, E. (2024). La filiación intencional en los casos de doble maternidad. Actualidad Jurídica Iberoamericana No 20 bis, ISSN: 2386-4567, p. 65.

IV. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1. CONCEPTO Y PARTES DEL CONTRATO

Se trata de una figura reproductiva que se produce cuando, una mujer con capacidad gestacional, mediando acuerdo oneroso o lucrativo, acepta generalmente mediante el empleo de las técnicas de reproducción asistida, engendrar y dar a luz a un hijo que, en el momento del alumbramiento, será entregado a una pareja o persona en solitario, con independencia de que haya aportado o no su propio material genético.

Se produce siempre, por tanto, una renuncia a cualquier derecho o inscripción de ese menor por parte de la mujer gestante, renuncia expresa contenida en el contrato, constando en la inscripción como hijo natural de la otra parte participante del acuerdo.

La subrogación uterina se trata de la figura más controvertida de las resultantes del recurso a la tecnología reproductiva. Su uso pone en jaque el principio pauliano *mater semper certa est*, pues la determinación de la filiación materna ya no queda efectuada siempre como resultado del hecho biológico del parto. Dando paso a un nuevo principio “*que podríamos denominar “mater non semper certa est”, el cual plantea grandes retos, tanto de cara al legislador, como para los intérpretes del Derecho.*”⁴⁸

En palabras de la profesora Silvia Tamayo Haya “*La filiación es un concepto jurídico y no biológico, o en todo caso no exclusivamente biológico. El principio de veracidad biológica no es el único que debe ser tomado en consideración, sino que en ocasiones debe ceder ante otros, que representan valores igualmente protegibles: el principio de interés superior del menor y el de seguridad de las relaciones de filiación*”.⁴⁹

⁴⁸ Vilar González, S. “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España” Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2019), cit., p. 816

⁴⁹ Tamayo Haya, S. “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas” cit., p. 306 a 307

En referencia a los sujetos participantes en la presente figura reproductiva, resulta necesaria la concurrencia de:

- Gestante: mujer que acepta engendrar y alumbrar un bebé respecto del cual finalmente no se determinará la filiación.
- Comitente o comitentes: se trata de padre o madre, padres o madres intencionales. Siempre que sea posible, el material genético preciso para la concepción será aportado por esta parte, de manera que el futuro hijo será biológicamente suyo.
- Finalmente, resulta preciso para poder llevar a cabo el proceso reproductivo, un centro médico de reproducción asistida.

A pesar de su configuración como nula de pleno derecho por mor de lo dispuesto en el artículo 10 de la citada LTRHA y de la prohibición expresa de la promoción comercial de la gestación por sustitución por el BOE de febrero de 2023⁵⁰ que lo califica como una forma de violencia contra la mujer⁵¹, se trata de una realidad viva en nuestro país de la que, si bien no se dispone de una cifra exacta y oficial, la socióloga Ana Trejo, data entre los años 2010 y 2020 la recepción por parte de los consulados españoles de 2.856 solicitudes de inscripción de menores nacidos mediante el empleo de esta técnica, de las cuales, aproximadamente el 88% de ellas fueron aceptadas.

Su candente popularidad puede inducir a equívoco respecto a la antigüedad de dicha figura, promoviendo su concepción como fenómeno reciente, propio del siglo XXI, si bien, nada más lejos de la realidad, pues la maternidad subrogada proviene de la década de los ochenta.

Se data el primer caso de visibilidad pública de la gestación por sustitución a mediados de la citada época⁵² con el nacimiento de *Baby M*. Sus padres, William y Elizabeth Stern, que padecían problemas de fertilidad, contrataron a Mary Beth para que engendrara un hijo con esperma de él (gestación tradicional). La polémica del caso, radicó en lo acaecido tras el alumbramiento de Melissa,

⁵⁰ Art. 33 de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁵¹ Preámbulo II, último párrafo de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero.

⁵² Véase, por ejemplo, la nota del diario El País sobre el tema:

https://elpais.com/diario/1988/02/05/sociedad/571014008_850215.html

ante la negativa de la gestante a cederles la custodia, el asunto terminó ante los tribunales de Nueva Jersey⁵³ que, si bien, declararon nulo el contrato celebrado, se valoró la mejor opción en función al interés superior de la menor, otorgando la custodia a sus padres intencionales y reconociendo, respecto a la gestante, un régimen de visitas.

Desde entonces, la gestación por sustitución se ha convertido en un método cada vez más popular en lo concerniente a la tecnología reproductiva, llegando a nuestros tribunales por primera vez en 1994. Tras el nacimiento de un bebé prematuro en 1991, el equipo del Hospital la Fe de Valencia sospechó de una pareja madrileña que superaba la cuarentena y no aparentaba haber tenido recientemente un bebé, motivo por el que la denunció. Tras las diligencias, se reveló que dicho matrimonio había pagado a una joven embarazada para que les hiciese entrega del bebé tras el parto.⁵⁴

2. TIPOS DE GESTACIÓN SUBROGADA

Se advierten, respecto al modo de empleo de dicha técnica reproductiva, dos modelos: tradicional y gestacional.

En síntesis, respecto al primero de ellos, es preciso reseñar la concurrencia de madre biológica y genética en la misma mujer. Es decir, en el presente, la mujer que porta al infante es asimismo la aportante del óvulo que será posteriormente inseminado mediante espermatozoides del progenitor o donante anónimo, siendo el mismo implantado tras su fecundación.

Si bien antaño resultaba ser el único tipo de gestación posible, cabe señalar su configuración en la actualidad como método minoritario, limitándose a supuestos en los que no resulta viable la aportación de óvulo por parte de los padres intencionales.

Resulta sorprendente, a tenor de la regulación de los Estados más próximos que, desechan este modelo de sus respectivas legislaciones sobre la materia, la situación de Reino Unido.

⁵³ Corte Superior de Nueva Jersey. (1986). Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396.

⁵⁴ Véase la nota del diario El País:

https://elpais.com/diario/1994/01/05/sociedad/757724401_850215.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRART&o=cerrado

La maternidad subrogada, objeto de evolución mediante varias regulaciones, desde la primera datada en 1985⁵⁵ dónde se estipuló la prohibición de esta técnica hasta la vigente Parental Order (Regulations) de 2010 que no sólo permite su uso si no que establece la permisividad del empleo de ambas técnicas.

Dentro de los requisitos de la misma, entre los que se advierte la prohibición de publicidad e intermediarios, la gratuidad, la prohibición de acceso a la misma de personas solas o la necesaria aportación genética de uno de los miembros de la pareja, resulta inquietante lo siguiente:

Establece, respecto a la madre gestante, su constitución como madre legal y un plazo de seis semanas de reflexión en los que el bebé está bajo su guarda y custodia. Lo presente, atenta indubitadamente contra el propio espíritu de la gestación subrogada dónde la mujer gestante se limita a ser el medio para que una madre pueda serlo. Queda justificada la expresión *indubitadamente* al referirse a la cuestión en la medida en que, al dotar a la madre gestante de poder de decisión, se la está dando el papel más trascendental de todos: la posibilidad de desistir del contrato inicial mediante el que se estipula la renuncia expresa a la filiación del menor alumbrado y resultar madre de un bebé respecto al cual, resulta probable, no tenga relación genética alguna con ella, situación de extrema gravedad.

Es preciso recalcar nuevamente que, por los peligros que presenta el previo sistema, queda relegado a una minoría de casos, dando paso, gracias a los avances en la tecnología reproductiva, al método gestacional.

Se trata el presente de un método más garantista respecto a la finalidad propia del empleo de dichas técnicas pues no ha lugar en el mismo a vinculación genética alguna entre la mujer gestante y el niño.

El embrión que porta es fruto de la fecundación in vitro del espermatozoides y óvulo de los padres intencionales o bien, espermatozoides u óvulo de donante. En cualquier caso, la portadora gestacional no está genéticamente relacionada con el bebé que engendra, no siendo coincidente, por tanto, la figura de madre biológica y gestante.

⁵⁵ Surrogacy Arrangements Act 1985 (c. 49).

Como es posible deducir, su configuración como más garantista radica principalmente en la reducción del riesgo de que la gestante sienta al hijo como propio y en la aportación de una mayor seguridad jurídica al generar menor confusión respecto a la identidad de los padres del bebé nacido mediante el empleo de dicha técnica.

Ejemplo de la misma resulta el muy polémico y mediatizado caso de la actriz Ana Obregón, que, tras la emisión del testamento ológrafo de su difunto hijo, Aless Lequio, decidió acudir a Estados Unidos y, amparada por su permisiva legislación, así como por su consolidado empleo desde los años 70, realiza un contrato de gestación por sustitución empleando el material genético de su hijo fallecido (fecundación post mortem) y de una donante de óvulo. En consecuencia, quedó establecida la filiación de la menor, Ana Sandra Lequio Obregón, respecto a su abuela biológica, por lo que se la denomina popularmente como hija-nieta⁵⁶ respecto de su madre intencional.

A diferencia del modelo anterior, este es el único contemplado por la mayoría de los países que regulan la materia tales como: Israel⁵⁷, Grecia⁵⁸ o Portugal⁵⁹.

3. GESTACIÓN SUBROGADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

III. 3.1 Análisis del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)

La presente técnica reproductiva aparece regulada en la citada previamente Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que bajo el título *Gestación por sustitución* contenido en su décimo precepto advierte:

⁵⁶ Ejemplo de ello resulta, la nota del diario La Vanguardia de 21 de marzo de 2024 con objeto de la celebración del primer aniversario de la menor: La hija de la nieta de Ana Obregón cumple un año y copia a su papá Aless Lequio. MMN. Recuperado de:

<https://www.lavanguardia.com/gente/20240321/9576555/hija-nieta-ana-obregon-cumple-ano-copia-papa-aless-lequio-mmn.html>

⁵⁷ Ley núm. 5746/1996.

⁵⁸ Ley 3089/2002 – Ley 3305/2005.

⁵⁹ Ley 25/2016, de 22 de agosto.

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.”

Del mismo, se infiere su reconocimiento pero no permisividad, contemplando para el hipotético supuesto de celebración de contrato de estas características en España, la nulidad absoluta del mismo como sanción, situación que produce el efecto rebote del pretendido dado que, al no desplegar efectos el contrato, la mujer gestante será determinada como madre legal en base a la verdad biológica del parto y, respecto a la mujer intencional, nunca será reconocida como madre del mismo, aún incluso, siendo madre genética del mismo. Siendo el fundamento de lo presente, el principio *“quod nullum est nullum effectum producit”*.

Si bien, es preciso hacer hincapié en que se prevé una sanción civil para paliar los mismos, dado que no se considera delito, y, por ende, no resulta un hecho punible penalmente, los padres intencionales nunca recibirán una pena privativa de libertad por la comisión del mismo.

En los siguientes apartados del precepto, se hace alusión a los efectos del mismo respecto a la filiación del menor.

Respecto a la filiación materna, el artículo 10.2 prevé, como ya ha sido referido, la aplicación del principio *mater semper certa est*, en virtud del cual, la mujer que gesta y alumbrará será la madre legal con independencia de si existe o no vinculación genética con el menor, se aboga, por tanto, por la verdad gestacional. Impide, de este modo, la posibilidad de ejercer, por parte de la madre comitente y/o donante, acción de reclamación respecto al infante.

Situación dispar se produce respecto a la filiación paterna, pues, en este supuesto, el artículo 10.3, reconoce respecto al progenitor varón aportante de material genético la posibilidad de reclamar judicialmente la paternidad con los efectos de ser reconocido como padre legal del niño en el Registro Civil. Produciéndose, de este modo, una evidente discriminación entre hombres y mujeres participantes en un contrato de gestación por sustitución, configurándose como una de las grandes hipocresías de

nuestro sistema, constriñendo a la madre aportante de óvulo que ansía serlo a recurrir a la figura de la adopción⁶⁰ por estar unida en vínculo matrimonial al padre.

En este punto, resulta de interés la crítica que realiza S. Vilar González al establecer que convertir a la filiación en una institución jurídica ligada al hecho volitivo de tener un hijo y de asumir tal responsabilidad, más allá del mero acto fisiológico de la procreación o del parto, haría posible integrar al menor en la familia que le ha deseado y que ha manifestado un compromiso parental, una responsabilidad asumida por una elección, voluntaria y no solamente por imperativo legal, independientemente de las circunstancias relativas a su concepción, asegurando de este modo la estabilidad y seguridad en las relaciones.⁶¹

III. 3.2 La jurisprudencia española ante la gestación subrogada

Resulta de encarecido interés la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, por ser en la presente, en dónde, finalmente, el Supremo deja abierta la puerta a que la filiación se determine por la vía de la adopción, situación que ya se había producido ocho años antes, mediante la STS de 6 de febrero de 2014 (247/2014).

En la pasada sentencia de 2022, el tribunal vuelve a pronunciarse en contra de la inscripción. Los hechos que dan origen a la misma son los siguientes: Pedro Enrique nació en 2015 en Tabasco⁶², después de que Aurelia, de 46 años y nacionalidad española, conviniese contrato de maternidad subrogada mediando agencia, en virtud al cual, otra mujer sería fecundada con embriones creados mediante esperma y óvulos de donantes anónimos. Conforme a la legislación del estado, el mismo se formalizó notarialmente y fue ratificado ante juzgado. Por lo presente, posterior al alumbramiento, el menor constaba inscrito como hijo de Aurelia. Al regresar a España, solicitó que el menor fuese inscrito como su hijo, inscripción denegada mediante auto del Encargado del Registro Civil Central, de 9 de

⁶⁰ Figura jurídica regulada entre los preceptos 175 a 180 (ambos inclusive) del Código Civil.

⁶¹ Vilar González, S. “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España” Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2019) cit., p.818

⁶² Único estado mexicano, junto a Sinaloa, dónde ha sido regulada la gestación subrogada. Tabasco fue el primer estado de la República en legislar la maternidad subrogada, a través del Código Civil local, añadiendo el Capítulo denominado “Gestación Asistida y Subrogada” en el año 1997.

febrero de 2017, en el que se la remitió a la determinación judicial de la filiación o a la figura de la adopción.

Posteriormente, en 2018, el padre de Aurelia, demandó a su hija y al Ministerio Fiscal, con el objeto de determinación de la filiación materna del menor respecto a la misma, al amparo del artículo 133 CC⁶³. Si bien, el presente precepto legitimaba de igual modo a la madre intencional para ejercitar la acción, el ejercicio por parte del padre obedeció a una razón estratégica, consistente en evidenciar la posesión de estado, que, resultó finalmente, decisiva para la Audiencia.

Dicha demanda, fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, en sentencia de 19 de febrero de 2019 y remitió, nuevamente, a Aurelia a la adopción. Sentencia ante la que se interpuso recurso al que se adhirió Aurelia y se opuso el Ministerio Fiscal. Recurso que, con sentencia de 1 de diciembre de 2020⁶⁴, fue estimado mediante la Sec. 22ª de la AP de Madrid y, con base a la posesión de estado, declaró la filiación materna del menor a favor de Aurelia.

El Ministerio Fiscal recurrió en casación alegando infracción del artículo 131 CC, en relación con el artículo 10 de la LTRHA pues consideraba que el demandante carecía de legitimación al contradecir la filiación materna reclamada, otra legalmente determinada, concretamente, la de la gestante, a pesar de que, conforme a la legislación tabasqueña solo Aurelia tenía determinada la filiación materna.

Finalmente, el TS estima el recurso, casa la sentencia de la AP y confirma la del Juzgado.

Si bien, Aurelia, como ha sido advertido, era de acuerdo con la legislación tabasqueña la madre del menor y existía una resolución judicial que lo acreditaba, su filiación no pudo ser reconocida en España conforme a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, pues esta descansa en la existencia de un padre intencional con vínculo biológico con el nacido para que, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.3 LTRHA, pueda ejercer acción de reclamación

⁶³ Acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado a «cualquier persona con interés legítimo».

⁶⁴ ECLI: ES: APM:2020:14547.

de la paternidad y, en el presente caso, nos situamos ante una gestación en solitario, pudiendo determinarse exclusivamente su filiación, por mor del 10.2 LTRHA, mediante el parto.

El pronunciamiento del TS ante el contrato, se desarrolla en torno a dos líneas argumentales:

1 «*La gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos*» (FD 3.º); y una segunda, centrada en «*La protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución*» (FD 4.º).

Declara el altísimo que el contrato comercial de gestación del caso enjuiciado entraña un daño al interés superior del menor y una explotación a la mujer, llegando incluso a establecer «*tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad.*» (FD 3.º. 7)

Finalmente, advierte la satisfacción del interés superior del menor mediante la vía de la adopción. A mayor abundamiento, señala que dicha solución satisface el interés superior del menor como exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FD 4º. 10), pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales considerados dignos de protección por el tribunal (FD 4º.14).

III. 3.3 La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución.

Es preciso, previo desarrollo del presente epígrafe, hacer un inciso en el “Asunto Valencia”, por ser el presente el que inicia las resoluciones de mayor relevancia en la materia.

Dicho asunto, que posteriormente da lugar a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, de máxima importancia, versa sobre el nacimiento de los gemelos Ricardo y Victoriano. Los menores, hijos de Estanislao y Gines nacieron fruto de un contrato gestacional en California. Acorde a las normas californianas, en el certificado de nacimiento constaba la doble filiación paterna haciendo omisión a la gestante.

La pareja, accede al consulado español en Los Ángeles con el objeto de proceder a la inscripción de los menores en el Registro Civil español, inscripción que es denegada por el Cónsul de España al evidenciarse la presencia de un contrato de maternidad subrogada, fundamentando la denegación en la excepción de orden público internacional español en base a la nulidad de este modelo de contratos por mor de lo dispuesto en el artículo 10 LTRHA.

Contra la denegación, el matrimonio interpone recurso ante la DGRN que se pronuncia en la RDGRN de 18 de febrero de 2009⁶⁵.

Esta resolución resuelve a favor de la inscripción de los menores en base a los siguientes fundamentos:

Entiende aplicable el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, permitiendo la inscripción de certificaciones registrales emitidas por autoridades extranjeras con funciones equivalentes a las autoridades registrales españolas, siempre y cuando no sean contrarias al orden público internacional español.

En referencia a este último, entendió que no había lugar a su quebrantamiento pues en España ya se permitía la doble paternidad o doble maternidad en los supuestos de adopción, aplicable mediante analogía para el caso ad hoc. A mayor abundamiento, la resolución aplicaba el derecho fundamental de igualdad del precepto 14 de la norma suprema en relación con la discriminación al negar la doble paternidad cuando, ya el art 7.3 LTRHA, permitía la doble maternidad habida de técnicas de reproducción asistida.

Respecto al artículo 10 LTRHA, manifestó que no resultaba de aplicación pues no se discutía sobre el uso de la técnica expresamente prohibida en nuestro ordenamiento si no sobre el acceso de una certificación extranjera que ya determinaba la filiación de los menores a favor del matrimonio a nuestro Registro Civil.

⁶⁵ RJ 2009/1735

Finalmente, aplicaba el artículo 17.1 del Código Civil que contiene el *ius sanguinis*, otorgando a los menores nacionalidad española si son nacidos de padre o madre español. Así como, los preceptos 3.6 y 7 de la Convención de Derechos del Niño de 1989⁶⁶ dónde se reconoce al niño el derecho a una única identidad que ha de ser igual tanto en el país de nacimiento como en el de residencia.

La presente, si bien, significó durante un breve lapso temporal, la permisividad en nuestro ordenamiento de la inscripción de niños españoles nacidos mediante el empleo de estas técnicas de tecnología reproductiva en el extranjero, fue demandada por el Ministerio Fiscal.

Mediante la Sentencia 193/2010, de 15 de septiembre⁶⁷, emitida por el Juzgado de 1ª Instancia N.º 15 de Valencia, D. Esteban Tabernero Moreno falló en contra de la inscripción y ordenó su cancelación en base a un defecto de fondo de la Resolución, pues se aplicó un precepto del Reglamento del Registro Civil en contradicción de la propia Ley del Registro Civil (art.23 LRC de 1957), quebrantando de este modo el principio de jerarquía normativa contenido en el artículo 9.3 del texto constitucional. De igual modo, se expresó nuevamente que la misma era contraria al orden público internacional español.

Se recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección décima, que en sentencia 826/2011, de 23 de noviembre de 2011 confirmó la sentencia de primera instancia con ordenación de la cancelación de la filiación de los menores en el Registro Civil.

Ante el incipiente crecimiento de parejas e individuos que accedían al empleo de esta técnica y con el objeto de dar una mayor seguridad y protección a los menores fruto de la misma, la DGRN, publicó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, que, si bien mantiene el criterio de la Resolución de 18 de febrero de 2009 sobre la inscripción, añade una serie de requisitos constitutivos.

- Requiere para la inscripción que uno de los solicitantes sea nacional español.

⁶⁶ Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

⁶⁷ Juzgado de Primera Instancia N.º.15 de Valencia. (2010). Sentencia de 15 de septiembre. Procedimiento 188/2010. Ponente: Tabernero Moreno, Esteban. Número de Sentencia: 193/2010. Número de Recurso: 188/2010. Jurisdicción: Civil.

- Exige resolución judicial extrajudicial sobre la filiación debiendo constar la identidad de la gestante.
- Exige exequatur en España para procedimientos contenciosos o reconocimiento incidental para procedimientos de jurisdicción voluntaria.
- Finalmente, la última decisión es del encargado del Registro Civil respecto del exequatur por homologación judicial previa, o de reconocimiento incidental registral.

A tenor de lo dispuesto, se deduce que la finalidad de la presente resolución reside en proporcionar una mayor seguridad al empleo de estas técnicas, mediando una autoridad judicial que verifique el correcto empleo de las mismas: la existencia de consentimiento por todas las partes comitentes, la no existencia de contratos abusivos y la inobservancia de vulneración de derechos tanto de la madre gestante como de los menores nacidos mediante las mismas, entre otras.

Esta resolución genera lagunas respecto a aquellos países en los que la técnica está prevista y regulada, pero carecen de autoridad que verifique y otorgue resolución judicial.

Se solucionaba la ausencia de la misma, previo al Reglamento Europeo de Protección de Datos (REPD)⁶⁸, mediante prueba de ADN respecto al progenitor masculino para establecer la filiación a favor del mismo en virtud del referido *ius sanguinis* y, respecto de la madre, mediante el acto jurídico de la adopción.

El REPD entiende que la obtención de ADN en presencia del consulado se trata de un dato sensible y, por tanto, no permitido. Para mitigar el impacto, se trató de solucionar mediante la repatriación de los menores ya nacidos o en proceso de engendramiento en el momento en situación de desamparo. Se negaba, por lo anteriormente expuesto, la inscripción en el consulado subsanándose mediante la expedición de pasaporte en el país de nacimiento en virtud del *ius soli* y, posteriormente, al llegar a España, se procedía a la filiación mediante filiación biológica respecto al varón y adopción respecto a la mujer.

⁶⁸ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

Por la presente situación, se producen a comienzos de 2018 dos nuevas instrucciones: Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, sustituida tras cuatro días por la Instrucción de 18 de febrero de 2019.

La vigente, tras el empleo desleal del salvoconducto, regresa a la situación inicial de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, estableciendo:

“2. Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.”

A tenor de lo dispuesto, advertimos en España un panorama jurídico incoherente, pues, como se advierte en el anterior apartado, la sala primera del TS no acepta la inscripción directa de los nacidos mediante el empleo de estas técnicas proponiendo, en su lugar, una idéntica solución mediante la vía de la adopción. En contraposición, la sala cuarta (social) del mismo tribunal reconoce mediante STS 16 de noviembre de 2016⁶⁹ y STS de 25 de octubre de 2016⁷⁰, el derecho de prestación por maternidad y paternidad para los padres de hijos nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero. Finalmente, la DGRN, como se advierte de las diferentes instrucciones citadas, aboga por la inscripción.

⁶⁹ Sentencia núm. 953/16

⁷⁰ Sentencia núm. 881/2016

4. ANÁLISIS DE LA PROPOSICIÓN DE LEY REGULADORA DEL DERECHO A LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN PRESENTADA POR EL GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS.

Respecto a la situación política de nuestro país, es preciso advertir que, el grupo parlamentario “Ciudadanos”, además de contemplar en su programa la gestación por sustitución, ha presentado ante la Mesa del Congreso de los Diputados tres proposiciones de ley para legalizar esta práctica, en los años 2017⁷¹, 2019⁷² y 2023.⁷³

Resulta de especial interés la referencia indirecta que se produce en el apartado II de la Exposición de Motivos a la asimetría reproductiva al contener la misma *“los derechos reproductivos, que buscan proteger la libertad y la autonomía de las personas para darles capacidad reproductiva, sin discriminación por género, edad o raza, no se ven plenamente garantizados en aquellas personas o parejas que o han agotado o son incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida”*.

La asimetría reproductiva es el término que acuña, en palabras de la doctora M. Olaya Godoy Vázquez, *“la desigualdad de oportunidades en el ejercicio de la procreación que afecta, principalmente, a aquellas personas que no tienen posibilidad de tener hijos biológicos por falta de capacidad gestacional (mujeres estériles solas o en pareja, varones solos o en pareja homosexual)”*⁷⁴

La gestación subrogada, es defendida por sus promotores como la única vía para garantizar el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito reproductivo, razón por la que, Ciudadanos, finalmente dispone en el mismo punto *“nuestro ordenamiento jurídico no satisface una de las*

⁷¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. (2017, 8 de septiembre). Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Propositiones de Ley, 8 de septiembre, 145-1, p. 1.

⁷² Boletín Oficial de las Cortes Generales. (2019, 16 de julio). Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución (Núm. 46-1, p. 1). Proposición de Ley 122/000015.

⁷³ Boletín Oficial de las Cortes Generales. (2023, 14 de abril). Proposición de Ley 122/000316 reguladora del derecho a la gestación por sustitución. Grupo Parlamentario Ciudadanos, 14 de abril, 341-1.

⁷⁴ Olaya Godoy Vázquez, M. (2018). La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo. Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx, (34), ISSN 0213-988X.

exigencias básicas de todo Estado democrático de Derecho: ofrecer cauces institucionales adecuados para que la libertad de los ciudadanos se pueda hacer realidad.”

En cuanto al modelo defendido por el grupo parlamentario, se trata de un modelo garantista que busca proteger a todas las partes, especialmente a las más vulnerables: mujer gestante y menor.

Para ello, recoge como único modelo posible el gestacional, tal y como se desprende del artículo tercero, cuando al definir a las partes expresa, respecto a la mujer gestante *“sin aportar material genético propio”*, y, de adverso, para los progenitores subrogantes o progenitor, la aportación.

Por añadidura, exige, para el acceso a un proceso de gestación subrogada, el requisito inexcusable respecto a los progenitores subrogantes de ser incompatibles o haber agotado las técnicas de reproducción humana asistida⁷⁵ quedando relegada, por tanto, a una técnica de carácter residual. En caso contrario, a tenor de lo dispuesto en los artículos 24 y 25, será categorizado como infracción muy grave con sanción administrativa desde 10.001 euros hasta un millón de euros. De igual modo, establece la prohibición de vínculo de consanguineidad entre las partes.

Exige, así mismo, en su artículo 5, la prohibición de la comercialización de estos contratos, siendo, necesariamente altruista sin perjuicio de la compensación resarcitoria, la cual se delimita a los gastos estrictamente derivados del desarrollo de la gestación y respecto a la cantidad, exige su establecimiento mediante Organismo Público. En la misma línea, el punto 5 contempla un seguro que cubra las contingencias⁷⁶ que puedan derivarse de la aplicación de la técnica, en el que la mujer gestante figurará como beneficiaria.

En el séptimo precepto, se advierten los requisitos para la mujer gestante de los que cabe destacar, al igual que en la Ley núm. 5746/1996 de Israel, la exigencia de haber sido madre con anterioridad y se establece el límite máximo de dos gestaciones por cada gestante buscando, de este modo, evitar que se convierta en una profesión. Con el objeto de paliar una de las mayores críticas a la técnica incluye, de igual modo, en el apartado f), que la mujer disponga de una buena situación socio – económica, evitando

⁷⁵ Artículo 4 de la Proposición de Ley.

⁷⁶ Fallecimiento, incapacidad o invalidez.

así abusos de poder, que reafirma posteriormente en el artículo 9 al establecer “6. *No está permitida la celebración de contratos de gestación por subrogación cuando exista una relación de subordinación económica, de naturaleza laboral o de prestación de servicios entre las partes implicadas.*”

Exige, para ambas figuras, comitentes y gestante, la mayoría de 25 años y la plena capacidad de obrar. Además, para la gestante se requieren exámenes que acrediten estar en disposición de una buena salud física y psíquica.

Para aportar mayor seguridad jurídica, exige documento público, debiendo otorgar ante Notario el contrato de gestación por subrogación, dando fe el mismo, de los requisitos para su constitución. En la misma línea, exige como requisito de validez, certificado del Registro Nacional de Gestación por Subrogación dónde se haga constar, respecto a la gestante, la superación de los exámenes correspondientes y, posteriormente a la válida formalización del contrato, prevé su inscripción en el registro previamente citado y desarrollado en el Capítulo IV de la proposición.

Finalmente, cabe reseñar, respecto a la filiación de los hijos nacidos mediante el empleo de dicha técnica reproductiva, su filiación respecto a los padres intencionales no siendo posible, bajo ningún concepto, establecer vínculo entre gestante y niño o niños. Prohíbe, de igual modo, respecto a la inscripción en el Registro Civil, el reflejo de datos que puedan inferir el carácter de la gestación y, con objeto de salvaguardar el interés superior del menor, el artículo 12, establece la imposibilidad de impugnar la filiación de los hijos nacidos como consecuencia de la gestación.

V. CONCLUSIONES FINALES

El modelo de familia tradicional es una construcción del sistema, impuesta y respetada, desde tiempos remotos, asociada a diversas creencias sociales de época e ideologías, que se reflejan a la perfección a lo largo de la historia española con instituciones jurídicas tan comentadas como “el cabeza de familia” o la figura de la mujer, a la sombra siempre de un hombre, en los precedentes siglos.

Si bien, tras el progreso de las ciencias biomédicas y las realidades modernas de modelos de familia, se presencia en la sociedad movimientos que abogan por destruir estas arcaicas creencias, demandando del legislativo, continuas reformas legislativas que permitan, paralelamente a los avances científico-técnicos, configurar un sistema plural y garantista para que los usuarios de las nuevas técnicas de reproducción puedan acceder a las mismas con mayores facilidades, consiguiendo, finalmente, el propósito de las mismas que no es otro más que la determinación de la tan ansiada filiación legal.

El tan citado y aludido “derecho reproductivo” debería configurarse como una garantía que permita dar cabida a la libertad individual y a la igualdad entre los individuos, no produciéndose diferencias, a manos del legislador, por cuestiones de género o preferencia sexual como ha quedado plasmado en el presente trabajo como, por ejemplo, en las exigencias formales impuestas para los matrimonios de mujeres al recurrir a las técnicas de reproducción asistida.

¿No es más cierto que la pluralidad sexual debe configurarse como una garantía en todos los aspectos vitales? Las nuevas reformas introducidas por la Ley 4/2023, si bien, presentan un avance hacia una regulación más garantista, efectiva e inclusiva, sigue siendo bastante tímida y limitada. Una institución de tal antigüedad como la presente, ante un mundo plural como en el que vivimos, no puede quedar relegada a afirmaciones tradicionales obsoletas en los tiempos actuales. Es preciso una reforma real que se enfrente a ellos y que, finalmente, permita una coherencia en nuestro ordenamiento jurídico, colmar esas lagunas que actualmente obligan a los tribunales a ejercer una función que no les concierne y fomentar la seguridad jurídica.

El interés superior del menor, en el que fundamenta la jurisprudencia la regulación actual del art. 10 LTRHA, reside, en mi opinión, en nacer en el seno de una familia que, independientemente de

su configuración, le brinde el cariño incondicional y los medios, para que pueda desarrollarse libremente alcanzando su felicidad.

Estos nuevos modelos de familia, configurados de diversas maneras, bien sea por parejas heterosexuales, homosexuales o incluso, monoparentales, no presentan quiebra alguna al interés superior del menor.

En contraposición, lo que sí arriesga a poner en jaque el mismo, no velando por su cumplimiento, es la inmovilidad legislativa. La incoherencia actual en nuestro sistema de no velar por estos menores que nacen como consecuencia de este tipo de acuerdos, ni tampoco evitar que su práctica se lleve a cabo, solucionando esta realidad social, presente y asentada, mediante la figura de la adopción para finalmente permitir la inscripción de estos menores desamparados, no es más que una ficción mediante la que se llega a idéntico resultado, si bien, tras un agotador proceso repleto de incertidumbre.

Toda persona tiene derecho a contraer matrimonio, como recientemente recuerda el art. 44 de la Ley 4/2023 y, gracias a los avances de la tecnología reproductiva, es ya una realidad permitir a todos los individuos con independencia de su sexo y orientación poder constituir una familia. Es preciso, incorporar y dar cuerpo, a una nueva realidad de filiación basada en el consentimiento y destruir los antiguos principios *mater semper certa est* y *pater is est*, pues quedan destronados por la propia realidad biológica de las mismas. Configurando, de este modo, un sistema igualitario que ponga fin a la asimetría reproductiva que propicia la actual regulación.

Concluyo el trabajo con una cita del gran filósofo y jurista francés Montesquieu “una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa.”

VI. BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Boletín Oficial de las Cortes Generales. (2017, 8 de septiembre). Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Propositiones de Ley, 8 de septiembre, 145-1, p. 1.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. (2019, 16 de julio). Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución (Núm. 46-1, p. 1). Proposición de Ley 122/000015.

Boletín Oficial de las Cortes Generales. (2023, 14 de abril). Proposición de Ley 122/000316 reguladora del derecho a la gestación por sustitución. Grupo Parlamentario Ciudadanos, 14 de abril, 341-1.

Congreso de los Diputados. (1988). Ley 35/88 (LTRA).

Congreso de los Diputados. (2006). Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida (LRTHA).

Constitución Española. (1978). «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. (1958). España.

Gobierno de España. (1889). Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Gobierno de España. (2011). Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

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

Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. BOE, núm. 167, de 14/07/2015.

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.

Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 51, de fecha 1 de marzo de 2023.

REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

JURISPRUDENCIA

BOE. (2013). Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil. Recuperado de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-24

Corte Superior de Nueva Jersey. (1986). Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396.

IDIBE. (s.f.). Decepcionante STEDH en materia de anonimato del donante de gametos. Recuperado de <https://idibe.org/noticias-legales/decepcionante-stedh-materia-anonimato-del-donante-gametos/>

Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Juzgado de Primera Instancia N.º 15 de Valencia. (2010). Sentencia de 15 de septiembre. Procedimiento 188/2010. Ponente: Tabernero Moreno, Esteban. Número de Sentencia: 193/2010. Número de Recurso: 188/2010. Jurisdicción: Civil.

Notarios y Registradores. (2017). Resolución de 8 de febrero de 2017 sobre doble filiación materna. Recuperado de <https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2017/03/Res-8-Feb-2017-doble-filiacion-materna.pdf>

RDGRN de 18 de febrero de 2009

Resolución de 18 de febrero de 2009.

Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 930/2021.

Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo 930/2021.

STC 116/1999, de 17 de junio.

STS 277/2022, 31 de Marzo de 2022 <https://vlex.es/vid/899711887>

STS 351/2024, de 11 de Marzo de 2024.

STS 740/2013, 5 de Diciembre de 2013.

STS 835/2013, 6 de Febrero de 2014 <https://vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606>

STS 836/2013, 15 de Enero de 2014.

STS de 17 de marzo de 1995 (sobre todo FJ 13) y de 19 de mayo 1997.

STS DE 31.07.07 (REC. 3210/2000; S. 1.^a).

STS de 6 de febrero de 2014 (247/2014).

STS, 1^a (Pleno), de 31 de marzo de 2022

Tribunal Constitucional Pleno. (2010). STC 31/2010, 28 de Junio de 2010.

Tribunal Supremo, sala primera, (Civil). (2011, 12 de mayo). Resolución 320/2011.

STS 243/2022, de 27 de Enero de 2022.

MANUALES, ARTÍCULOS Y REVISTAS

Abad Rodríguez, V. Tema 12. (s.f.). Recuperado de <https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/27.Tema12.pdf>

Abogacía.es. (s.f.). Las técnicas de reproducción asistida en el sistema de filiación español: un encaje pendiente. Recuperado de <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/las-tecnicas-de-reproduccion-asistida-en-el-sistema-de-filiacion-espanol-un-encaje-pendiente/>

Alba Ferré, E. (2024). La filiación intencional en los casos de doble maternidad. Actualidad Jurídica Iberoamericana No 20 bis, ISSN: 2386-4567, pp. 42-71.

Andreu Martínez, M.B. (2018). La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?.

Bioética y Derecho. (s/f). Gestación por sustitución. Recuperado de https://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf

Cadenas Osuna, D. (2022). 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, fasc. I, 69-114.

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

De Verda y Beamonte, J. R. (2018). “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, ISSN 2386-4567, núm. 8, p. 22.

De Verda y Beamonte, J. R. (2021). Derecho Civil IV. Derecho de familia (4a ed.). Tirant lo Blanch.

Díaz Martínez, A. (2007). La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. *Revista de Derecho Privado y Constitución*, (21), 75-129.

Femenía López, P. J. (2019). La determinación de la filiación «en interés del menor». 1.ª ed. Madrid, pp. 66-73.

García Valverde, M.D. (2018). Gestación por sustitución. Necesidad de una respuesta jurídica a una realidad social. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 16(3), ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370.

Gete-Alonso, M.C., & Solé Resina, J. (2021). Actualización del Derecho de filiación: Repensando la maternidad y la paternidad. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.

Lex Nova. (2010). Tratado de derecho de familia. Tomo VI. Acciones de filiación. Determinación, reclamación e impugnación. Acciones derivadas del cambio de filiación (1ª ed., Vol. 1). Madrid, España.

MINISTERIO DE JUSTICIA, “Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*”, Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Suplemento número 3/1996 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1986.

Olaya Godoy Vázquez, M. (2018). La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, (34), ISSN 0213-988X.

Ortolá Dinnbier, J.G. (s.f.). La reproducción asistida en nuestro sistema de filiación: un encaje pendiente. Recuperado de <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/las-tecnicas-de-reproduccion-asistida-en-el-sistema-de-filiacion-espanol-un-encaje-pendiente/>

Pérez Gallardo, L. B., “Inseminación artificial y transferencia de embriones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2007, núm. 4.

Rodríguez Guitián, A. M. (2015). Implicaciones jurídicas de las técnicas de reproducción asistida: Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad. *Revista de Estudios sobre la Vida*, Tomo LXIX (2179), 8039-8051. <https://doi.org/10.26472/revistasev/e215-8023-2015-2179-8039>

Rodríguez Guitián, A. M. (2015). Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 69(2179), 84-174.

Rodríguez Guitián, A. M., “Reproducción artificial *post mortem*”. *Rev. boliv. de derecho* nº 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 292-323.

Roncesvalles Barber Cárcamo. (2023). Situación actual del Derecho de Filiación en España. *ADC*, tomo LXXVI, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1375-1420.

Salar Sotillos, M.J. (2018). Las técnicas de reproducción asistida en la jurisprudencia y en el cine de los Óscar. *Actualidad jurídica iberoamericana*, (9), 586-601.

Sánchez Maillo, C.: “Matrimonio y familia en España: crónica de una disolución anunciada”, en CONTRERAS, F.J (ed.): *Debate sobre el concepto de familia*. Madrid, CEU Ediciones, 2013, p. 219.

Serrano Hoyo, G. (2016). Tutela judicial del interés superior del menor y acciones de filiación tras las reformas del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En Á. Acedo Penco, A. Silva Sánchez y M. de Peralta y Carrasco (Eds.), *Derecho de familia. Nuevos retos y realidades: estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo* (págs. 375-397). ISBN 978-84-9148-034-1.

Tamayo Haya, S. “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho* nº6, 2013, p. 306 a 307.

Tamayo Haya, S. (2015). La maternidad y la paternidad en el siglo XXI: Proyecto Plan Nacional DER-2011-29379 (págs. 59-107). ISBN 978-84-9045-341-4.

Tecnología de reproducción asistida en la jurisprudencia y en el cine de los Óscar. (2018). *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 9, 586-601. ISSN: 2386-4567.

Vilar González, S. “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España” Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 815-823 816 ISSN 1989-4570

Zurita Martín. I. Determinación de la filiación de los hijos de una pareja de mujeres y reproducción asistida: una reflexión crítica, 134 – 148. Luna García, M. A., & Sainz de Rozas Contreras, L. (2021). El reto de la gestación subrogada: Luces y sombras. Dykinson.

PÁGINAS WEB DE INTERÉS

Confilegal. (2023, 26 de diciembre). La Justicia reconoce a un hombre la paternidad del hijo que tuvo su pareja por reproducción asistida con otro semen. <https://confilegal.com/20231226-la-justicia-reconoce-a-un-hombre-la-paternidad-del-hijo-que-tuvo-su-pareja-por-reproduccion-asistida-con-otro-semen/>

Iberley. (s.f.). Acciones de impugnación de filiación. Recuperado de <https://www.iberley.es/temas/acciones-impugnacion-filiacion-66041>

La Vanguardia. (2024, 21 de marzo). La hija de la nieta de Ana Obregón cumple un año y copia a su papá Aless Lequio. MMN. Recuperado de: <https://www.lavanguardia.com/gente/20240321/9576555/hija-nieta-ana-obregon-cumple-ano-copia-papa-aless-lequio-mmn.html>

Reproducción Asistida. (s.f.). Gestación subrogada. Recuperado el 15 de septiembre de 2021, de <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>.

Sociedad Española de Fertilidad (SEF). (s.f.). Recuperado de <https://www.sefertilidad.net/?seccion=pacientesSEF&subSeccion=faqs#:~:text=En%20Espa%C3%B1a%2C%20se%20estima%20que,20%25%20de%20las%20parejas%20espa%C3%B1olas.>

Surrogacy365. (s.f.). El primer caso de gestación por sustitución en el mundo. Recuperado de <https://www.surrogacy365.com/es/el-primer-caso-de-gestacion-por-sustitucion-en-el-mundo/>