

Oñati Socio-legal Series, v. 7, n. 1 (2017) – Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad Sexual y familias en plural
ISSN: 2079-5971

Los Errores de Legislar en Paralelo: La Problemática Aplicación de las Reglas sobre Filiación (Determinación, Acciones de Reclamación e Impugnación) en la Filiación Derivada del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
(The Mistakes of Legislating in Parallel: the Problematic Application of the Filiation Rules (Determination, Reclamation and Impugnation) in Assisted Reproduction Techniques)

PILAR BENAVENTE MOREDA*

Benavente Moreda, P., 2017. Los Errores de Legislar en Paralelo: La Problemática Aplicación de las Reglas sobre Filiación (Determinación, Acciones de Reclamación e Impugnación) en la Filiación Derivada del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *Oñati Socio-legal Series* [online], 7 (1), 1-36. Available from: <http://ssrn.com/abstract=2768263>



Abstract

The incorporation of 'will' as a way to define the filiation derived from the use of assisted reproduction techniques (without establishing a new determining method [against the biological and adoptive filiations]), plus the recognition of equal marriage and the consequent access to double maternity/paternity, plus the deficient regulation of the text in the assisted reproduction techniques' law (art. 7), with a general remission to civil laws, have created a legal loophole that is being incoherently covered; all the jurisprudential decisions and disconnected resolution create (or are creating) a misadjusted situation that should be confronted with an adequate legislative reform. Are the determination, reclamation and impugnation rules (which are expected in the CC for the filiation by nature) really applicable (in a context?) out of the special rules expected in the assisted reproduction techniques' law?

Keywords

Assisted reproductive technology; filiation; filiation determination; filiation actions; filiation contestation; same sex marriage

Contenido de la ponencia presentada en el Workshop sobre "Derechos Reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad sexual y familias en plural", celebrado los días 30 de abril y 1 de mayo de 2015 en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (coordinado por Marisa Herrera, Natalia de la Torre y Agustina Pérez (Universidad de Buenos Aires).

Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de Cooperación interuniversitaria UAM-SANTANDER con América Latina CEAL-AL/2015-02, concedido por resolución de la Universidad Autónoma de Madrid de 19 de junio de 2015 titulado "*Presente y futuro de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia del siglo XIX en España y América Latina (especial referencia a Argentina, Chile y México). Aspectos jurídicos, sociales y éticos*", cuya investigadora principal es Pilar Benavente Moreda.

Profesora titular de Derecho Civil de la universidad Autónoma de Madrid desde 1994. Especialista en Derecho de Familia, ha centrado su investigación en el estudio del régimen económico matrimonial, derecho de menores y filiación, así como en el derecho de contratos. UAM - Facultad de Derecho. c/ Kelsen 1. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid. España pilar.benavente@uam.es



Resumen

La incorporación de la voluntad como forma de determinar la filiación derivada del uso de TRHA, sin establecer una nueva modalidad de determinación (frente a la filiación por naturaleza y la adoptiva), el reconocimiento del matrimonio igualitario y el acceso a la doble paternidad/maternidad derivado de tal reconocimiento, junto con la deficiente regulación en el texto de la LTRHA (art. 7) con su remisión genérica a las leyes civiles, han creado un vacío legal que se está cubriendo de forma incoherente, al albur de decisiones jurisprudenciales y resoluciones desconexas que crean una situación de desajuste que debería afrontarse con una adecuada reforma legislativa. Fuera de las reglas especiales previstas en la LTRHA, ¿resultan aplicables realmente las reglas relativas a la determinación, reclamación e impugnación previstas en el CC para la filiación por naturaleza? Se trata de dar respuesta aquí a las soluciones a las que se llega con los diversos textos legales existentes.

Palabras clave

Técnicas de reproducción humana asistida; filiación; determinación de la filiación; acciones de filiación; impugnación de la filiación; matrimonio entre personas del mismo sexo

Índice

1. Introducción y planteamiento general del tema	5
2. El complejo entramado de supuestos y reglas para determinar, impugnar o reclamar la filiación derivada del uso de TRHA. Los errores del legislador	6
2.1. Ausencia de una categoría propia y específica prevista para la filiación determinada por vía del consentimiento. Ausencia de un tipo de “consentimiento único” como manifestación de la voluntad procreacional	6
2.1.1. La filiación derivada del uso de TRHA cuyo origen se encuentre en la “voluntad procreacional” no es una filiación por naturaleza	6
2.1.2. El error del legislador de tratar de forma diferente los consentimientos prestados.....	7
2.2. Falta de uniformidad en los principios rectores de la Filiación como consecuencia de la desconexión legislativa y jurisprudencial. Demasiadas ficciones legales	8
2.3. Incidencia del diferente tratamiento legislativo en el ámbito estatal y autonómico.....	10
3. Estado de la cuestión. Análisis de los supuestos en cuanto a la determinación extrajudicial de la filiación	10
3.1. Filiación matrimonial	11
3.1.1. Matrimonio heterosexual sometido a fecundación homóloga	11
3.1.2. Matrimonio heterosexual sometido a fecundación heteróloga	12
3.1.3. Matrimonio entre mujeres	12
a) Regulación vigente.....	12
b) Ausencia de consentimiento conforme a las exigencias del art.7.3 LTRHA.....	14
3.2. Filiación no matrimonial	15
3.2.1. Parejas heterosexuales sometidas a fecundación homóloga. Vías previstas en el CC.....	15
3.2.2. Parejas heterosexuales sometidas a fecundación heteróloga. Reconocimiento y determinación por expediente registral	16
3.2.3. Parejas de hecho entre dos mujeres	18
4. Estado de la cuestión. Acciones de reclamación e impugnación de la paternidad/maternidad.....	19
4.1. Las acciones de reclamación de filiación matrimonial y no matrimonial: ¿por posesión de estado?.....	19
4.1.1. Acciones de reclamación de la filiación matrimonial	19
a) Acción de reclamación por “posesión de estado” cuando la mujer es fecundada con esperma del marido (art.131 CC)	20
b) Acción de reclamación de filiación matrimonial faltando la posesión de estado (art. 132 CC), en supuestos de fecundación homóloga	20
c) Supuestos de reclamación de filiación en los que la fecundación es heteróloga	20
4.1.2. Acciones de reclamación de la filiación no matrimonial.....	23
a) Fecundación de la mujer con material genético del varón no casado (fecundación homóloga)	23
b) Fecundación de la mujer con material genético de donante (fecundación heteróloga), diferenciando además entre los casos en que exista consentimiento de su pareja frente a aquéllos en que falte tal consentimiento (art.8.2 LTRHA).....	23
c) Fecundación de la mujer que comparte la vida con otra mujer, con material genético de donante (fecundación heteróloga), contando con el consentimiento de su pareja o sin él	24
4.2. Acciones de impugnación de la filiación matrimonial y no matrimonial: De la LTRHA a las previsiones del CC. Las discordancias creadas como consecuencia de dispersa regulación y por la “función legislativa” asumida por los Tribunales	25

4.2.1. Impugnación de la paternidad matrimonial. ¿Legitimación del hijo? .26	
a) Filiación matrimonial originada en una fecundación homóloga27	
b) Paternidad matrimonial originada en una fecundación heteróloga, existiendo previo consentimiento del marido (art.6.3 y 8.1 LTRHA)27	
c) Filiación matrimonial originada en fecundación heteróloga de una mujer casada con otra mujer.....29	
4.2.2. Impugnación de la paternidad no matrimonial. ¿Legitimación del hijo?30	
4.2.3. La impugnación de la filiación matrimonial y no matrimonial por vicio en el consentimiento.....30	
5. Reflexiones finales31	
Referencias.....33	

1. Introducción y planteamiento general del tema

El objetivo central del presente trabajo es continuar con las reflexiones realizadas hace unos años (Benavente Moreda 2011) en relación con la filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo y la incidencia que en la materia habían tenido determinados textos legales (La Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante LTRA) de 1988, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA) de 2006, la modificativa del CC en materia de derecho a contraer matrimonio de 2005, la de Adopción Internacional de 2007 y la Reguladora de la Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas igualmente de 2007). En tal momento el Proyecto de Ley de Registro Civil de 8 de septiembre de 2010 (BOCG, 8 de septiembre) se encontraba en pleno debate y no veía la luz como ley hasta su publicación en el Boletín Oficial del Estado el 22 de julio de 2011, aunque estableciendo un periodo de *vacatio legis* de tres años, que situaba su entrada en vigor en 2014.

Ya entonces destacué la falta de adecuación de la proyectada reforma de la LRC a los cambios introducidos en materia de filiación derivados de las leyes mencionadas anteriormente, no estableciéndose previsión alguna, entre otras cuestiones, a la forma de acceso al Registro civil de los consentimientos prestados a la “doble maternidad” por vía del art.7.3 LTRHA.

No me detendré por tanto ahora a analizar tales reformas, sobre las que la doctrina ha dedicado también numerosas páginas, como consecuencia del devenir casi enloquecedor de los acontecimientos (Díaz Martínez 2007, 2014, Lamm 2010, 2012, Barber Cárcamo 2010, 2013, 2014, Iniesta Delgado 2011, Díaz Romero 2012, Gonzáles Pérez De Castro 2013, Quicios Molina 2014b, entre otros).

Dedico este trabajo a analizar algunos de los últimos (de momento) eslabones legislativos que afectan a la filiación, tales como la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia (BOE 29 de julio), que ha modificado los arts. 133, 136 a 138 y 140 del CC, así como la Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE 14 de julio), que ha modificado determinados artículos de la LRC de 2011¹, entre ellos su art.44, así como del art.120 CC (D. Final 2ª) y los arts. 7.3, 8 y 9 de la LTRHA de 2006 (D. Final 5ª), donde nuevamente el legislador, actuando “en paralelo” con otros textos legales y sin tomar en consideración en su conjunto la realidad existente en materia de filiación, vuelve a sorprender por su falta de coherencia, prescindiendo a mi entender de una visión de conjunto sobre el tema, aparte de crear más inseguridad derivada de la falta de uniformidad en el proceso de entrada en vigor de la LRC².

¹ La entrada en vigor de la LRC 2011 se prorrogó hasta el 15 de julio de 2015 por RD-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE 5 julio 2014), para afrontar la nueva reforma propuesta en el Proyecto de Ley de 23 de junio de 2014, que se ha materializado en la citada Ley 19/2015. Conforme a ésta y al enrevesado sistema de *vacatio legis* previsto en ella, la entrada en vigor de la LRC de 2011 se producirá el 30 de junio de 2017, a salvo las modificaciones establecidas en el art.2 de la Ley 19/2015 que afectan a determinados artículos de la LRC (art.44, 45, 46, 47, 49.1 y 4, 64 y 66 y 67.3) que conforme a la D.final 10ª de la propia ley de 2015, han entrado en vigor el 15 de octubre de 2015, de la misma forma que las modificaciones introducidas en el art.120 CC en relación con la inscripción en el registro de las filiaciones no matrimoniales y las introducidas en los arts. 7.3, 8.2 y 9.3 LTRHA (disp. Final 2ª y 5ª de la Ley 19/2015), conforme se establece expresamente en la disposición final 10ª de la citada Ley 19/2015 y nueva disposición final 10ª de la LRC de 2011 (que igualmente había sido modificada unos días antes por la disp. final 4ª doce de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria).

² El art. 44 de la Ley 20/2011 de 21 de julio, de Registro Civil (BOE 22 junio 2011) nada regulaba sobre la inscripción de la filiación de los hijos nacidos por las técnicas de reproducción asistida, ni abordaba las vías de inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, cuando el tema había sido resuelto momentáneamente mediante la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (BOE 5 octubre), cuestiones que el Proyecto de Ley de 23 de junio de 2014 (BOE 23 junio) proponía resolver, al introducir en su art.44.5 el sistema de acceso al registro de las “dobles maternidades” (alterando nuevamente el ya maltrecho art.7.3 LTRHA) y dando una redacción más completa aunque objeto de duras críticas igualmente por la doctrina al tema de la “gestación por sustitución” (art.44.7) (Heredia Cervantes 2015).

Analizo pues, ahora, por un lado, los errores en los que consideramos ha incurrido el legislador estatal al afrontar el tema de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, y por otro, las consecuencias prácticas y estado de la cuestión derivadas de ello.

2. El complejo entramado de supuestos y reglas para determinar, impugnar o reclamar la filiación derivada del uso de TRHA. Los errores del legislador

2.1. Ausencia de una categoría propia y específica prevista para la filiación determinada por vía del consentimiento. Ausencia de un tipo de "consentimiento único" como manifestación de la voluntad procreacional

2.1.1. La filiación derivada del uso de TRHA cuyo origen se encuentre en la "voluntad procreacional" no es una filiación por naturaleza

Es indudable que la admisión del "matrimonio igualitario" y su equiparación al matrimonio heterosexual ha sido determinante para delimitar el panorama actual de la filiación en el ordenamiento español, aunque en esta ocasión mis reflexiones pretenden ir más allá de los supuestos de filiación en los casos de matrimonios o parejas homosexuales, partiendo hoy del convencimiento, de lo que hace unos años me cuestionaba (Benavente Moreda 2011): No es adecuado seguir calificando los supuestos de filiación derivada del uso de TRHA con origen en la exclusiva "voluntad procreacional" o en el consentimiento, como de filiación por naturaleza, tanto si los progenitores son pareja o matrimonio heterosexual, como si de relación homosexual se trata.

No es adecuado tampoco, y creo que los hechos vienen demostrándolo, que un instituto como la Filiación (constitucionalmente protegida en sus arts. 14 y 39, que establecen la no discriminación por razón de nacimiento y obligan a los poderes públicos a proteger a los hijos con independencia de su filiación), haya sido (y siga siéndolo) objeto de regulación en diferentes textos legales, cuyas motivaciones últimas no siempre han tenido en cuenta esos intereses constitucionalmente protegidos ni en su caso, a aquéllos que sirven y sirvieron de base a una regulación uniforme de la Filiación³.

Como he señalado, ya en su momento me cuestioné (Benavente Moreda 2011), como ya lo han venido haciendo numerosos autores a partir de la LTRA de 1988 (Rivero Hernández 1988, Gómez de la Torre 1993, Durán Rivacoba 2007, Rams Albesa 2008, Lamm 2008, 2010, 2012, Barber Cárcamo 2010, 2013, Ales Uría Acevedo 2012, González Pérez De Castro 2013, Díaz Martínez 2014, Quicios Molina 2014a, 2014b, Farnós Amorós 2015), la conveniencia legal de seguir hablando de "filiación por naturaleza" para determinar y vincular la filiación derivada del uso de TRHA a las reglas a cuya aplicación abocaba una legislación desconexa y poco previsoras de la realidad (mucho más terca de lo que uno piensa), a golpe de situaciones concretas que, indefectiblemente, terminarían por producirse.

Y lo cierto es que, con los mimbres que nos dio el legislador en la LTRHA, fundamentalmente en su artículo 7.1, al remitirse a las leyes civiles en materia de filiación, sin modificar para ello las reglas previstas en el CC en esta materia, el intérprete y aplicador de la norma parece obligado a recurrir a preceptos específicamente pensados para la determinación, reclamación o impugnación de la filiación por naturaleza, donde la base, como se ha puesto de manifiesto reiteradamente, se encuentra en la verdad biológica.

Desaparece ya del texto remitido al Senado el citado pfo.7 del art.44, que no se incluye definitivamente en el texto de la Ley 19/2015, de 13 de julio.

³ Igualdad entre los hijos, principio de verdad biológica, interés preeminente del hijo, seguridad jurídica y, en palabras de Barber Cárcamo (2013), el excepcional juego de la autonomía de la voluntad.

2.1.2. El error del legislador de tratar de forma diferente los consentimientos prestados

Al que he considerado primer error del legislador, se ha de añadir otro más, la existencia y exigencia de diferentes tipos de consentimientos (Martínez de Aguirre 2004, Farnós Amorós 2011), como manifestación de la “voluntad procreacional”, con diferentes consecuencias y alcance en cada caso, no sólo para determinar la filiación, sino con resultados complejos cuando nos adentramos en el estudio de las acciones de filiación.

Uno es el consentimiento exigido al marido de la mujer fecundada (art.6.3 LTRHA), que ha de ser previo al uso de las técnicas, tanto en la fecundación homóloga como en la heteróloga. En ningún caso dicho consentimiento es determinante de forma expresa de la atribución de la paternidad, sino que aparece como medio para evitar, en el caso de la heteróloga (art.8.1), la impugnación de la paternidad.

Frente al anterior, el consentimiento prestado por el varón no casado (art.8.2 LTRHA) a la fecundación heteróloga de mujer no casada, no determina la atribución de la paternidad al varón que lo presta y tan solo tiene la virtualidad de ser considerado como escrito indubitado a los efectos previstos en el 44.7 LRC 2011.

Por último y respecto a los supuestos de fecundación de una mujer casada con otra mujer, conforme al vigente art.7.3 LTRHA (inaplicable en ausencia de matrimonio o separación legal o de hecho), el consentimiento de la cónyuge, destinado a determinar a su favor la filiación del nacido⁴, bastará con que se preste una vez nacido el hijo de su cónyuge, como si de una suerte de reconocimiento se tratase. El consentimiento aquí sí constituye título de determinación de la filiación natural, vinculado a la voluntad de la madre declarante (Barber Cárcamo 2013).

Estamos pues ante diferentes tipos de consentimiento, o más bien ante un diferente alcance de los mismos que provocan, no sólo diferentes y complejas formas de determinación de la filiación, sino evidentes consecuencias a la hora de abordar las acciones de filiación (reclamación o impugnación) con lo que ello supone de discriminatorio, por mucho que las reglas hayan venido forzadas por el tipo de filiación que origina o se deriva de dicho consentimiento, lo que a su vez no deja de ser una clara consecuencia del empecinamiento del legislador en ubicar tal tipo de filiación dentro de la filiación por naturaleza (un error provoca otro).

Otros ordenamientos, creo que con más acierto, han incorporado a sus Códigos la “voluntad procreacional” como criterio de determinación de la filiación, creando así una nueva fuente de filiación, la derivada del uso de TRA. En algunos casos incluyéndola dentro de la “filiación por naturaleza”, pero estableciendo reglas específicas para su impugnación, y en otros como otra nueva fuente de determinación de la filiación.

Es el caso del legislador catalán en la nueva regulación del Libro segundo del C.C de Cataluña, relativo a la persona y la familia (Ley 25/2010, de 29 de julio (BOE 21 agosto), en el que, aun manteniendo dos tipos de filiación (por naturaleza y adopción -art.235-1-) y considerando la derivada del uso de TRHA como filiación por naturaleza (arts.235-8, 1º y 235-13, 1ª) incluye dentro de ésta un nuevo cauce para su determinación: el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer (art.235.3), con idéntico contenido para la fecundación asistida de mujer casada o no, con independencia de si quien lo presta es su cónyuge (sea hombre o mujer), o quien comparte la vida con ella. El consentimiento en todo caso ha de ser expreso y previo a la fecundación y extendido en centro autorizado o en documento público. El hecho de prestarlo atribuye en el primer caso al nacido, la condición de hijo

⁴ Hasta la entrada en vigor del art.7.3 modificado por Ley 19/2015 de 13 de julio, el consentimiento había de manifestarse ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, consintiendo que cuando naciera el hijo de su cónyuge, se determinase a su favor la filiación respecto del nacido.

matrimonial del cónyuge que ha dado su consentimiento, y la de hijo no matrimonial al hombre o mujer que lo prestó, en el segundo caso.

Un paso más ha dado el legislador argentino en su nuevo Código Civil y Comercial (Ley 26.994. Promulgado según Decreto 1795/2014), que introduce como fuentes de la filiación con igualdad de efectos, la filiación por naturaleza, por adopción o mediante el uso de TRHA (art.558), dedicando los arts. 560 a 564 a fijar reglas generales relativas a la filiación por TRA donde se unifican los criterios comunes a todos los supuestos, relativos a la forma y requisitos del consentimiento (art.560 y 561) y se considera dicha voluntad procreacional como determinante de la filiación con independencia de su carácter de matrimonial o no matrimonial (ya sea homóloga o heteróloga) y del carácter heterosexual u homosexual de los progenitores que consienten⁵.

Igualmente el legislador argentino da un tratamiento unitario a las acciones de filiación considerando, con carácter general, inadmisibles la demanda de reclamación, el reconocimiento de filiación o la impugnación de la filiación, de los hijos nacidos mediante el uso de TRHA cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, con independencia de quién haya aportado los gametos (art.577), para posteriormente en el desarrollo de cada una de las acciones de reclamación (arts.582 a 587) y de impugnación (arts.588 a 593) introducir una cláusula específica, haciendo inaplicables las reglas generales previstas para la filiación por naturaleza, en el sentido previsto en la norma general del art.577.

2.2. Falta de uniformidad en los principios rectores de la Filiación como consecuencia de la desconexión legislativa y jurisprudencial. Demasiadas ficciones legales

Resulta evidente, como ya señalé, que el instituto de la filiación ha sido “tocado” por diferentes textos legales que han respondido a motivaciones y finalidades diversas.

A ello ha de añadirse la interpretación que ha ido dando la jurisprudencia a golpe de solución de caso concreto, que igualmente ha ido alterando de facto el régimen legalmente previsto (en la medida en que algunas de las interpretaciones realizadas exceden, desde mi punto de vista, la aplicación estricta de la legalidad vigente), aunque algunos autores consideren tales actuaciones como creación jurisprudencial del Derecho gracias a la aplicación de una cláusula general al derecho de familia- la del interés superior del menor- (De la Fuente Núñez de Castro 2015).

Si buceamos detenidamente en las diversas reformas que han ido, directa o indirectamente, alterando la regulación de la filiación en el CC, convirtiendo su articulado en un intento de crearle una especie de “traje a medida”, nos encontramos con un resultado complejo: hemos elaborado un “traje” en el que, sin orden y concierto, o sin un criterio uniforme, cada cual ha venido añadiendo elementos al mismo que si bien, valorados individualmente podrían resultar positivos, aislados podrían dar belleza y uniformidad al traje (permítaseme el símil), analizados globalmente convierten al ropaje que estamos construyendo en un instrumento inservible.

Basta con adentrarse en las exposiciones de motivos de las diversas reformas para visualizar cómo en cada caso la razón que ha primado para acometerlas no ha sido siempre la misma, provocando a mi entender, una regulación en conjunto que poco tiene que ver con los que desde mi punto de vista deberían ser criterios únicos para abordar la regulación de la filiación, sean los que sean y así lo decida el legislador: La igualdad de los hijos sin discriminación por su origen, el interés superior del

⁵ Sobre el alcance de la voluntad procreacional como fuente de determinación de la filiación vid. Kemelmajer de Carlucci *et al.* (2012), Herrera (2014), Krasnow (2014).

menor por encima de todo, la verdad biológica por encima de todo, el principio de igualdad a favor de quienes desean tener hijos, sin discriminación por razón de sexo o el derecho a procrear y formar una familia (vid. Barber Cárcamo 2013).

Por otro lado, la jurisprudencia, no sólo en relación con los supuestos de filiación derivada del uso de TRHA (SSTS de 5 diciembre 2013 (RJ 2013, 7640) o 15 de enero 2014 (RJ 2014, 1265) entre las más recientes), sino en relación con otros supuestos de determinación, reclamación o impugnación de la paternidad, tampoco ha contribuido muy positivamente a esclarecer el asunto si se analizan de forma conjunta las decisiones que se han ido adoptando en los últimos años.

Prueba de lo que se indica, se pone de manifiesto con la admisión de las impugnaciones de reconocimientos claramente inveraces – reconocimientos de complacencia -(SSTS de 12 y 14 de julio de 2004(RJ 2004, 5356 y 4676) o SSTS de 4 julio 2011 (RJ 2011, 5965) y 10 de mayo 2012(RJ 2012, 6341), en la que el TS admite la impugnación de la filiación no matrimonial derivada de un reconocimiento de complacencia por vía del art.140 CC, aun a sabiendas de la falta de veracidad de la filiación determinada y aun partiendo de la base del carácter irrevocable del reconocimiento, con lo que ello implica de disposición sobre el estado civil (Quicios Molina 2014b)⁶.

Resulta relevante el planteamiento y posturas que se puedan mantener al respecto para analizar el tema en paralelo con la regulación que se le da posteriormente (fruto de otra ley prevista con finalidades diferentes, la LTRHA) para inadmitir legalmente la impugnación de la paternidad en los casos de RA con consentimiento del marido (art.6.1 LTRH), del varón no casado, o de la mujer casada con otra mujer, cuando se produce la fecundación de la mujer contando con tales consentimientos. ¿Por qué en un caso sí, y así lo ha admitido el TS, y en los otros no?

En el fondo, en ambos supuestos, reconocimiento de complacencia y consentimiento a la reproducción asistida (en el caso de fecundación heteróloga), la razón que justifica en último término la atribución de la paternidad es el consentimiento, en el caso del reconocimiento de complacencia apoyado en una voluntad de ejercer la responsabilidad parental sobre un hijo que biológicamente no es propio, y en el caso de la reproducción asistida, en lo que se denomina “voluntad procreacional” pero con igual asunción de responsabilidades parentales.

Es evidente el conflicto que a mi entender se produce y aventuro que se seguirá produciendo, derivado de la aplicación “forzada” de las reglas previstas en el CC sobre determinación, impugnación y reclamación de paternidad (por naturaleza), con las salvedades previstas en los escasos preceptos de la LTRHA dedicadas al tema, a los supuestos de filiación derivada del uso de tales técnicas, fundamental y básicamente porque, salvo en los casos en los que la biología manda, es la voluntad y no la biología la que determina legalmente la atribución de la paternidad o maternidad. A partir de tal dato, resulta, creo, insostenible, utilizar las mismas reglas de juego.

⁶ Recientemente el TS se ha pronunciado nuevamente sobre la posible impugnación del reconocimiento de complacencia en sentencias de 15 de julio de 2016(RJ/2016/3196) y 28 de noviembre de 2016(RJ/2016/5636), en las que, completando los criterios mantenidos en su sentencia de 4 de julio de 2011 citada, considera aplicable respectivamente el art.136 CC para la impugnación del reconocimiento en caso de filiación matrimonial y 140 en el caso de la extramatrimonial, afirmándose en la primera de las sentencias citadas que el reconocimiento de complacencia ha de diferenciarse del reconocimiento “de conveniencia”, que es el que habría de considerarse hecho en fraude de ley y por tanto nulo de pleno derecho (FD.2º). Ello conduce a la admisión de la validez de los reconocimientos de complacencia y a la admisibilidad de su impugnación por vía del art.136 CC o del 140 CC dependiendo de si la filiación impugnada era matrimonial o extramatrimonial (Crítico con la posición del TS en la citada sentencia se manifiesta Verdura Server (2016), que analiza dicha sentencia al hilo de su estudio sobre el vigente art.26.1 de la LJV de 2015, precepto que evidencia, según el autor, las contradicciones a las que se ve sometida la determinación de la filiación.

Situado el problema, trataré de analizar, con los mimbres con los que cuenta el legislador nacional, con los textos legales aplicables, y con la jurisprudencia que, de su aplicación forzada, ha ido resolviendo los casos concretos, el resultado al que posiblemente se puede llegar si no se aborda una reforma en profundidad afrontando, bien una nueva categoría de filiación, la derivada del uso de TRHA, bien introduciendo reglas especiales dentro de la filiación por naturaleza, que otorguen soluciones específicas para los supuestos en que la filiación se produzca como consecuencia del uso de las citadas técnicas.

Ciertamente, a medida que se han ido aventurando los problemas⁷, los tribunales, que no el legislador, han ido respondiendo al caso concreto, abriendo vías que, si bien pueden encontrar su apoyo en la más estricta legalidad, ponen de manifiesto que tal legalidad no era ni es la más adecuada para los problemas planteados, o si lo es, rompen con los principios esenciales que dieron lugar al establecimiento de tales normas.

2.3. Incidencia del diferente tratamiento legislativo en el ámbito estatal y autonómico

Debe reflexionarse igualmente sobre la situación a que conduce la existencia de tratamientos diferentes y divergentes en los textos legales entre la normativa autonómica y la estatal, como es el caso que, de forma comparativa realizo en este trabajo entre la regulación prevista en el CC español y la LTRHA y la prevista en el Código Civil catalán, más acorde esta última, creo, con los principios protectores de los intereses de todas las partes en conflicto en un tema de relevancia como es el de la Filiación.

Precisamente estas diferencias se marcan en los aspectos a los que se ha aludido en los apartados anteriores, que a nuestro entender son los que han creado serias disfunciones y han dado lugar a soluciones prácticas discriminatorias, no sólo y fundamentalmente para los hijos sino también para los progenitores: diferente tratamiento en la determinación de la filiación según la fecundación afecta a matrimonios heterosexuales u homosexuales, diferencias a su vez de aquéllos y estos frente a los supuestos de filiación extramatrimonial y en este último caso diferencias igualmente dependiendo de si la fecundación afecta a parejas homosexuales o heterosexuales.

3. Estado de la cuestión. Análisis de los supuestos en cuanto a la determinación extrajudicial de la filiación

Trataré en este momento de presentar, a la luz de la regulación contenida en el CC y en la LTRHA, la realidad existente en cada uno de los supuestos que se mencionan, cuando el nacimiento se produce utilizando las TRA y partiendo igualmente de las premisas siguientes:

- Conforme al art.7.1 LTRHA, la filiación de los nacidos se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones contenidas en los arts. 8 a 10 de la LTRHA. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación (art.7.2).
- Conforme a la Ley 13/2005, de 1 de julio que modifica el CC en materia de Derecho a contraer matrimonio (RCL 2005, 1407) y según se establece en su exposición de motivos, las reglas previstas en los arts.116 a 118 CC tan sólo son aplicables en relación con los matrimonios heterosexuales, dado que sólo en estos matrimonios puede existir presunción de paternidad matrimonial. El CCCat sin embargo extiende dicha presunción (art.235.10) a

⁷ Sirva de ejemplo el anticipo que se nos presentaba ya en 2005 en relación con diversos casos planteados en EEUU en relación, no ya con los problemas de determinación de la doble maternidad en el momento del nacimiento de los hijos, sino con una fase posterior: la posible impugnación de tales maternidades (Farnós Amorós, Garriga Gorina 2005).

las parejas de hecho heterosexuales cuando se cumplen las condiciones previstas en el citado precepto, aunque no se considera como forma de determinación de la filiación (García Vicente 2014).

- Han de tenerse en cuenta además, las reglas previstas en la aún vigente LRC 1957, las contenidas en la LRC 2011 cuya entrada en vigor se producirá el 30 de junio de 2017 (d. Final 10ª LRC modificada por Ley 19/2015, de 13 de julio) y las disposiciones de la LRC 2011 ya vigentes desde el 15 de octubre de 2015 (d. Final 10ª de la citada ley en relación con el ap.10 de su art.2 –d. final 10ª de la LRC 2011) que introduce esenciales alteraciones en el art.44 LRC 2011, alterando igualmente el contenido de los arts. 7.3, 8.2 y 9.3 LTRHA, los dos últimos para adaptar el contenido de dichos preceptos a la remisión adecuada a la LRC 2011 y el primero de ellos (art.7.3) para introducir una nueva vuelta de tuerca a la regulación del consentimiento previsto en el citado precepto, ya que sustituye la exigencia del consentimiento previo al nacimiento, por el consentimiento respecto del “hijo nacido de su cónyuge” y por lo tanto posterior a dicho nacimiento.

3.1. Filiación matrimonial

3.1.1. Matrimonio heterosexual sometido a fecundación homóloga

Se trata del supuesto de determinación de filiación más próximo al regulado por el CC, donde exclusivamente difiere del allí previsto el hecho de que la fecundación no se produce fruto de las relaciones sexuales entre los cónyuges, sino mediante fecundación in vitro o mediante la transferencia de gametos, pero en todo caso mediante la utilización del material genético de los cónyuges⁸.

Si partimos además de la regla prevista en el art.7.2 LTRHA, conforme al cual la inscripción en el Registro en ningún caso reflejará los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación, las reglas aplicables para la determinación de la filiación derivan de la aplicación de lo dispuesto en el art.7.1 LTRHA que se remite a las reglas previstas en los artículos siguientes (8 a 10) y en lo no previsto, a las leyes civiles, lo que implica el sometimiento a lo dispuesto en los arts.108 y ss. del CC, conforme a los cuales, y básicamente atendiendo al art.108, tan sólo cabía la posibilidad de incardinar este tipo de filiación dentro de la denominada “filiación por naturaleza”, ya fuese matrimonial. Y en tal sentido, en aquellos casos en los que el marido consiente previamente, según exige el art.6.3 LTRHA que su mujer sea fecundada con esperma propio o de donante, en nada se altera el régimen legal de determinación de la filiación del hijo nacido, a los efectos de lo dispuesto en los arts.115 y ss. C.C (determinación de la filiación matrimonial)⁹.

Puesto que ninguna de las reglas contenidas en los arts. 8 a 10 de la LTRHA resulta aplicable a la fecundación homóloga a la que se somete una mujer casada con un hombre, la determinación de la paternidad en estos casos deberá someterse a las reglas generales previstas en el CC para la determinación de la filiación matrimonial, aplicándose la regla prevista en el art.116 CC conforme a la cual jugará la presunción de paternidad del marido de la madre.

El consentimiento en tales casos de fecundación homóloga, al menos técnicamente, no tiene el mismo alcance que el prestado a la fecundación heteróloga, ya que tan sólo para este último caso, incomprensiblemente, el art. 8.1 LTRHA, excluye el ejercicio de las acciones impugnatorias, fundamentalmente para evitar la posible impugnación por el marido, respecto del cual juega igualmente la presunción de paternidad, que pudiera apoyarse en el hecho de no ser el padre biológico del nacido.

⁸ Para un análisis en detalle, Lamm (2008, 2010).

⁹ Sobre el alcance de tal consentimiento, Farnós Amorós (2011), Díaz Romero (2012).

No es esta la solución ofrecida por el legislador catalán que unifica “los consentimientos” y el valor y alcance legal de los mismos, en los casos de paternidad matrimonial y no matrimonial, tanto si la fecundación es homóloga como heteróloga (arts. 235-8 y 235-13 CCCat), impidiendo la impugnación de la paternidad en tales casos con carácter general (art.235-28), lo que, como veremos, difiere igualmente en relación con la regulación prevista en la LTRHA en consonancia con las reglas previstas en el CC. Igualmente difiere el carácter del consentimiento en la medida en que el prestado por el marido en tales casos no se establece con el carácter que le otorga el art.6.3 LTRHA, sino como mero elemento para ratificar la paternidad e imposibilitar la impugnación de la misma (art.235-28. 2) en caso de haberse prestado conforme al art.235-8 o si es progenitor biológico del mismo (Farnós Amorós 2014).

3.1.2. Matrimonio heterosexual sometido a fecundación heteróloga

La diferencia con el supuesto anterior se encuentra en el hecho de que, junto con lo dispuesto en el art. 6.3 LTRHA en cuanto a la exigencia del consentimiento del marido para la realización de las prácticas de reproducción asistida, el precepto ha de completarse con lo establecido en su art.8.1, conforme al cual se impide a la mujer y al marido impugnar la filiación matrimonial del hijo, cuando hayan prestado su consentimiento a la fecundación con contribución de donante o donantes.

Prevalece la presunción de paternidad matrimonial prevista en el art.116 CC, igual que en el caso de la fecundación homóloga, si bien en este caso ninguno de los progenitores (en principio) podrá entablar acciones de impugnación de la paternidad, cuando haya prestado su consentimiento previo, expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes. El consentimiento de los cónyuges convierte en inimpugnable la filiación, al menos para ellos.

Obviamente, cuando el legislador introduce, ya en la LTRA de 1988 esta opción de determinación de la filiación, estaba creando una ficción, apoyada fundamentalmente en el hecho de seguir aplicando la presunción de paternidad matrimonial del marido de la usuaria, ficción avalada por la exigencia del consentimiento del mismo al uso de tales técnicas (art.6.3), cuyo sentido fundamental es, como se ha señalado (Nanclares Valle 2008, Barber Cárcamo 2013, De la Fuente Núñez de Castro 2015), privar de la posibilidad impugnatoria a quienes lo emitieron, erigiéndose en una restricción legal al ejercicio de las acciones de filiación.

En todo caso la ficción se mantiene porque la realidad es que la paternidad no tiene su origen en la vinculación genética del padre con el nacido y es “la voluntad procreacional” la que determina tal atribución, aunque el legislador, empecinado en considerar tal filiación como “por naturaleza” fuerce la aplicación de la presunción de paternidad, propia de tal tipo de filiación (Vid. González Pérez de Castro 2013).

Nuevamente ha de indicarse que el legislador catalán, con una técnica legislativa más correcta, establece una regulación uniforme en los supuestos de determinación de la paternidad en los supuestos de fecundación homóloga y heteróloga (art.238-8.1 CCCat), igual que lo hace el legislador argentino (art.562 CC y Comercial de la Nación).

3.1.3. Matrimonio entre mujeres

a) Regulación vigente

Como se desprendía ya de la normativa aplicable al supuesto antes de la reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio (art.7.3 LTRA tras la reforma operada en el precepto por Ley 3/2007, de 15 de marzo, en consonancia con las reglas civiles aplicables según el art.7.1 LTRA), la filiación del hijo nacido de cualquiera de las cónyuges será una filiación matrimonial, y por tanto filiación por naturaleza, con todas las dudas que respecto de esta última calificación hemos manifestado

(obviamente respecto de la maternidad por consentimiento, no biológica) y que desde diferentes puntos de vista ha planteado la doctrina (Barber Cárcamo 2013, González Pérez de Castro 2013, Quicios Molina 2014a, 2014b). Para que tal filiación fuese atribuida a la cónyuge no gestante, era necesario que ésta hubiese manifestado ante el encargado del Registro del lugar del domicilio, su consentimiento a que cuando naciese el hijo de su cónyuge se determinase a su favor la filiación respecto del nacido. El consentimiento de la cónyuge constituía ya entonces claramente un título de atribución de la filiación (Ales Uría Acevedo 2012, Barber Cárcamo 2013, Tamayo Haya 2013, Quicios Molina 2014a, 2014b, Rodríguez Guitián 2015, De la Fuente Núñez de Castro 2015).

Criterio que, tras la modificación del citado art. 7.3 y la inclusión de un nuevo art.44.5 en la LRC 2011, por la Ley 19/2015, de 13 de julio, ha quedado sustituido a partir del 15 de octubre de 2015 por la exigencia del consentimiento prestado respecto del hijo ya nacido de su cónyuge, constando en tal caso el hijo como matrimonial de ambas mujeres sin que sea exigible el consentimiento previo al nacimiento y sin que se trate en todo caso de un consentimiento previo a la fecundación.

El consentimiento exigido en este caso, difiere del exigido en el caso del matrimonio heterosexual, lo que para algunos autores encontraba su justificación en el hecho de que, mientras el primero se exige al marido por estar afectado por la presunción de paternidad, que no podrá impugnarse en caso de haber consentido la fecundación, el segundo, el de la esposa de la usuaria no tiene consecuencias en materia de filiación, al no existir presunción de paternidad en tales casos, y por ello no se exige con carácter previo al empleo de la técnica (Nanclares Valle 2008; Barber Cárcamo 2013).

No obstante, la situación creada por la nueva regulación del art.7.3 LTRHA, como ya he tenido ocasión de señalar anteriormente¹⁰, no puede sino ser calificada de "caótica", para una misma familia que, en el transcurso de menos de diez años han podido experimentar, dependiendo de sus circunstancias personales y vitales, un régimen de filiación diferente para, incluso, cada uno de sus hijos concebidos y nacidos todos de la misma forma, pero bajo la vigencia de una reglas diferentes.

De lo dicho se desprende, que hasta el día 15 de octubre de 2015, para que la filiación tuviera el carácter de matrimonial, el consentimiento debía prestarse antes del nacimiento y ante el encargado del Registro Civil. Ahora bien, nada se decía respecto del momento a partir del cual hubiera de prestarse y por tanto si debía existir el matrimonio en el momento de la fecundación, porque lo decisivo según la norma, no era el consentimiento previo a la misma¹¹. Lo decisivo era que tal consentimiento se manifestase antes del nacimiento¹².

Tras la entrada en vigor del nuevo art.7.3 sin embargo, es suficiente que la manifestación del consentimiento de la cónyuge de la madre gestante se realice una vez nacido el hijo, asimilándose más si cabe este consentimiento a la figura del reconocimiento regulado en el CC, pero sin las garantías y límites que se prevén para los reconocimientos (art.124 CC) (De la Fuente Núñez de Castro 2015) y distanciándose de la idea del consentimiento como manifestación de la "voluntad procreacional" que se puede desprender del previsto en los art.6.3 y 8.2 LTRHA para los matrimonios y parejas heterosexuales, lo que no deja de resultar cuanto menos chocante, al dejar al arbitrio de la cónyuge no gestante, decidir cuando el

¹⁰ Junto con la propia dinámica creada por el legislador, fruto primero, de una ausencia de regulación en la LTRA de 1988 y LTRHA de 2006, de la posterior introducción del citado pfo.3 en el art.7 por la Ley 3/2007 y de la nueva regulación que le confiere esta nueva reforma introducida en la Ley 19/2015.

¹¹ Como se exige en el art.6.3 para la fecundación de mujer casada con varón, o como establecen los arts.235-3 y 235-8 del CCCat con carácter general para cualquier tipo de matrimonio, en cuyo caso el matrimonio ha de ser necesariamente previo al uso de las mismas.

¹² Sobre la evolución del contenido del precepto, Benavente Moreda (2011), Barber Cárcamo (2010, 2013, 2014), Farnós Amorós (2015) González Pérez de Castro (2013), Rodríguez Guitián (2015).

niño ya ha nacido, fruto posiblemente de un proyecto de vida común, si quiere vincularse o no con el nacido. Auguro nuevos problemas derivados de esta nueva regulación¹³.

Hay que señalar igualmente que la similitud entre el consentimiento, tal y como aparece regulado en el nuevo art.7.3 y el reconocimiento, entra en clara contradicción con el sistema previsto para los reconocimientos de complacencia, tal y como ya se ha apuntado sobradamente.

Por otro lado, la manifestación del consentimiento previsto en el art.7.3. LTRA, plantea una clara contradicción con lo previsto en el pfo.2 del citado precepto. Si, conforme a este último, en ningún caso la inscripción en el Registro Civil ha de reflejar los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación, resulta obvio que tal carácter quedará evidenciado desde el momento en que el nacido conste como hijo matrimonial de dos mujeres, puesto que el único supuesto en que ello es posible, es precisamente cuando una de ellas haya utilizado las técnicas de reproducción asistida para ser fecundada (González Pérez de Castro 2013).

b) Ausencia de consentimiento conforme a las exigencias del art.7.3 LTRHA

Resulta si cabe más controvertida la situación y la respuesta a esta cuestión tras la reforma operada en el art.7.3 LTRHA por la Ley 19/2015, máxime si se tiene en cuenta la respuesta “de estricta legalidad” que los tribunales han venido otorgando a la ausencia del consentimiento conforme a las exigencias del derogado precepto.

¿Qué ocurría hasta ahora, cuando la cónyuge no usuaria no consentía antes del nacimiento del hijo, o lo pretendía hacer después? La respuesta era evidente, no cabía atribuir dicha maternidad a la cónyuge no gestante y la única vía para llegar a ella venía determinada por *la Adopción*. Criterio que sin embargo, como veremos en su momento, se ha contradicho abiertamente con la posición mantenida por el TS en sentencia de 5 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 7640) al admitir la determinación de la maternidad cuando, aun existiendo consentimiento éste se prestó sin cumplir los requisitos exigidos por el art.7.3 LTRHA, acreditada la existencia de posesión de estado con el hijo, al amparo del art.131 CC.

Carecía de sentido a mi entender, vigente el derogado art.7.3, que quien prestó su consentimiento antes del nacimiento del hijo pero no cumpliendo los requisitos de que éste fuera ante el encargado del Registro civil y destinado a que el nacido se inscribiera como hijo propio como exigía el art.7.3 LTRHA, pudiese acceder a dicha maternidad por posesión de estado ex. art.131 CC tal y como ha admitido el TS y que no lo pudiese hacer tras el nacimiento del mismo al no cumplirse el requisito del carácter previo al nacimiento. Quizás este sea el motivo que justifica la nueva reforma del art.7.3, pero que como se ha indicado, al mismo tiempo aleja absolutamente la concepción del consentimiento como manifestación de la voluntad procreacional, aproximándolo a la figura del reconocimiento y establece una clara discriminación injustificada respecto de los hijos nacidos de matrimonios heterosexuales.

¿Deberíamos plantearnos si en tal supuesto, celebrado el matrimonio con posterioridad al nacimiento del hijo no sería adecuado aplicar el art.119 CC y considerar el hijo como matrimonial por subsiguiente matrimonio? La respuesta a mi entender ha de ser afirmativa.

¿Qué ocurrirá si, constando el consentimiento previo al uso de las TRA, posteriormente quien lo prestó no lo ratifica al nacer el hijo? ¿Y si quien se niega a ello es la madre gestante, amparándose en lo dispuesto en el art.124 CC?

Resulta interesante nuevamente apuntar aquí (al hilo de las cuestiones planteadas), la solución por la que ha optado el legislador catalán que pese a mantener la

¹³ Sobre todo si se tiene en cuenta la doctrina sentada por el TS en la ya citada sentencia de 15 de julio de 2016 en cuanto a la posible impugnación de los reconocimientos de complacencia.

calificación de “filiación por naturaleza” en los supuestos señalados, incluye como cauce para determinar la filiación por naturaleza derivada del uso de las TRA el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer (art.235.3), pero equiparando todos los supuestos en los que interviene el consentimiento cuando existe matrimonio entre quienes consienten, sea homóloga o heteróloga la fecundación y ya se trate de matrimonio heterosexual u homosexual (art.235-8 CCCat.).

Dicho lo anterior, se nos antoja compleja la compatibilidad de lo dispuesto en la legislación catalana con la modificación introducida en el art.44.5 LRC 2011, por la Ley 19/2015, de 13 de julio, al permitir ésta (de aplicación en todo el territorio nacional), el acceso al Registro Civil de la doble maternidad matrimonial con el sólo consentimiento prestado tras el nacimiento del hijo, cuando el art.235-8 CCCat, exige el previo consentimiento al uso de las citadas técnicas.

Una solución parecida ha adoptado el legislador argentino en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su art.562, conforme al cual “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”. Estableciendo por su parte el art. 566.2 la presunción de filiación matrimonial cuando existió consentimiento del o la cónyuge, previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción asistida.

3.2. Filiación no matrimonial

Frente a la regulación uniforme prevista en este punto por la legislación catalana y la argentina, la legislación aplicable a nivel estatal presenta un panorama igualmente diverso en cuanto a la determinación extrajudicial de la filiación en tales casos, dependiendo de la heterosexualidad o no de los miembros de la pareja, así como del carácter homólogo o heterólogo de la fecundación.

3.2.1. Parejas heterosexuales sometidas a fecundación homóloga. Vías previstas en el CC

Nada regula expresamente la LTRHA para este supuesto. En ella se alude exclusivamente a la determinación de la fecundación heteróloga en caso de matrimonio heterosexual (8.1) y en caso de pareja no casada heterosexual (art.8.2).

El supuesto en todo caso no plantea mayores problemas, dado que, con independencia de la forma en que se produzca la fecundación, existe coincidencia con la verdad biológica, por lo que nos encontramos ante un auténtico supuesto de “filiación por naturaleza” (Vid. Gete Alonso y Calera, Solé Resina 2014).

Debo hacer en todo caso una serie de apreciaciones:

1. El consentimiento prestado por el varón no casado al uso de las TRHA en la fecundación homóloga (aporte de su material genético) ni se exige ni determina o atribuye la paternidad del nacido, ni conforme a la LTRHA, ni conforme a lo dispuesto en el CC, por lo que la vías de determinación serán las previstas en el art. 120 CC (Nanclares Valle 2008), operando en este caso sin problemas la remisión que el art.7.1 LTRHA hace a las leyes civiles (Farnós Amorós 2011). Se ha apuntado por algunos autores que el consentimiento en tales casos podría ser considerado, a los efectos de determinación, como un reconocimiento (Lamm 2008, 2010).
2. La ausencia de consentimiento en tales casos, igual que en los supuestos de fecundación homóloga sin consentimiento del marido, en los que la mujer pueda utilizar el material genético de la pareja o del marido sin contar con dicho consentimiento conducirían, como veremos, a la posible impugnación de la paternidad por vicio en el consentimiento, no regulada específicamente

en la LTRHA actualmente (Farnós Amorós 2011), aunque prevista a nuestro entender en la reforma ya aludida del art.138 CC.

3. Resulta obvio, de la misma forma que en la fecundación homóloga cuando existe matrimonio, que el consentimiento deberá existir, aunque no lo exija la LTRHA como hace en su art.6.3 en caso de fecundación de mujer casada, pero con un alcance distinto al previsto en la ley, ya que en caso contrario resultaría impensable una fecundación de la mujer con esperma de un varón que no prestó su consentimiento para la utilización de su material genético en una mujer, sea su pareja estable o no. Pero en todo caso, frente a las previsiones de otros ordenamientos como el catalán, tal consentimiento, que el legislador se ha encargado claramente (aunque no sé si realmente se ha conseguido) de diferenciar del reconocimiento, no atribuye la paternidad. El varón deberá acudir a las vías previstas en el CC.
4. Como veremos posteriormente, nada impide legalmente el ejercicio de las correspondientes acciones de reclamación o impugnación en tales casos, a salvo del valor que se dé al consentimiento prestado inicialmente para el uso de su material genético.

Nuevamente, haciendo la comparativa con lo dispuesto en el CCCat, su art.235-13.1 dispone que los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre, son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público. Se establece por tanto la atribución de la paternidad, sin discriminar entre pareja heterosexual u homosexual ya se trate de fecundación homóloga o heteróloga (Vid. García Vicente 2014).

El mismo criterio sigue el legislador argentino en el art.562 con carácter general, y específicamente en su art.570 respecto de la determinación de la filiación no matrimonial: la voluntad procreacional determina la paternidad.

3.2.2. Parejas heterosexuales sometidas a fecundación heteróloga. Reconocimiento y determinación por expediente registral

Conforme al art.8.2 LTRHA "Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de la paternidad"

La remisión del art.8.2 al art.44.8 LRC (que ha de entenderse hecha sin embargo al 44.7)¹⁴ implica recurrir, no al consentimiento como fuente directa de determinación de la filiación, asimilable al prestado por el marido, sino como vía para su determinación mediante la tramitación del correspondiente expediente gubernativo, sin oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada.

Tal regulación implica:

- Que los consentimientos prestados por varón no casado no tienen el mismo tratamiento, dependiendo de si la fecundación de la mujer es heteróloga u

¹⁴ Conforme a la redacción que le otorga el art.2 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, así como el art.8.2 LTRH según la nueva redacción tras la modificación introducida en el mismo por la d. final 5ª de la citada Ley de 2015 (en vigor ambos desde el 15 de octubre de 2015). La incorrecta remisión al apartado 8 y no al 7, que ha quedado plasmada en la redacción definitiva del art.8.2 LTRHA, deriva del hecho de que en el texto del art.44 LRC 2011, en la redacción del Proyecto de Ley de 23 de junio de 2014, aparecía como apartado 8, al venir referido el apartado 7 a los supuestos de inscripción de filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, apartado que fue suprimido posteriormente en trámite de enmiendas, por lo que el apartado 8 pasó a ser, en el texto definitivo, apartado 7, sin que en corrección de errores se subsanara dicha deficiencia. Ello, entendemos, no puede dar lugar a la confusa aplicación del vigente apartado 8, previsto para otros supuestos diferentes.

homóloga, como ya se ha apuntado, aunque la doctrina en general entiende que su finalidad es que el varón asuma la paternidad (Lamm 2008, 2010).

- Que el consentimiento prestado por varón a la fecundación heteróloga no le atribuye la paternidad directamente, no es fuente de determinación de la filiación. Se trata, como se ha señalado, de un acto potestativo de "compromiso" (Farnós Amorós 2011).
- Que el consentimiento prestado por el varón no casado a la fecundación heteróloga, si bien no tiene la consideración de reconocimiento (porque en tal caso al legislador le habría bastado con asimilar consentimiento y reconocimiento de paternidad, y porque además se trata de un consentimiento en el que quien consiente no es el padre biológico), puede llegar realmente a ser considerado como tal, en la medida en que se asimile, por la remisión que el propio art.44.7 LRC 2011 hace a la existencia del escrito indubitado del padre en que expresamente reconocen la filiación (Barber Cárcamo 2013). Lo que no deja de resultar sorprendente si tenemos en cuenta que, tanto las previsiones del art. 120.3 CC (tras la reforma del mismo por la d. final 2ª de la Ley 19/2015, de 13 de julio), como las del art.44 LRC, están destinadas a determinar extrajudicialmente una filiación no matrimonial que se corresponda con la verdad biológica y a la que no se pueda llegar por otros medios. Dicho esto, si el legislador asimila el consentimiento prestado por el varón no casado a la fecundación heteróloga de su pareja (aunque tampoco es necesario que lo sea), con el escrito indubitado al que alude el art. 44 citado, es tanto como dar carta de naturaleza a los reconocimientos de complacencia y crear una asimilación clara con los mismos, aunque la propia doctrina tanto emanada de los autores como de la jurisprudencia hayan venido rechazando tal figura (Barber Cárcamo 2013, Quicios Molina 2014b).
- Por otro lado, resulta chocante que en una pareja heterosexual, en la que la mujer es fecundada con esperma de donante y sin que en el registro deban constar datos que revelen la condición del nacido conforme a dichas técnicas, se recurra al expediente registral al que alude el art.8.2 LTRHA, cuando, aun inadmitido jurisprudencialmente el reconocimiento de complacencia, se puede recurrir a la vía del reconocimiento prevista en el art.120 CC (Vid. STSJ Cataluña 22 diciembre 2008, JUR 2009/295671).

No deja de resultar curioso en todo caso, que algún sector de la doctrina entienda que si el varón reconoció al hijo nacido fruto de fecundación heteróloga, sin haber prestado su consentimiento previo a la misma, nos encontramos ante un reconocimiento de complacencia que sería impugnabile, mientras que si hubo previo consentimiento a la fecundación, no se consideraría como tal reconocimiento de complacencia (González Pérez de Castro 2013).

- Lógicamente, en todo caso podrá recurrirse al citado expediente registral cuando, aun existiendo el previo consentimiento, no se produzca un reconocimiento posterior del hijo y ahí es dónde adquiere relevancia que se prestase dicho consentimiento previo.
- Resulta sorprendente sin embargo el inciso final que se añade al art.8.2 LTRHA al indicar que queda a salvo la reclamación judicial de la paternidad. ¿Por quién, nos preguntamos? Obviamente se entiende, no por el donante de esperma aunque la LTRHA en ningún caso establece formalmente tal imposibilidad, si bien podría desprenderse de la condición anónima del mismo (art.5) así como del hecho de que la revelación de su identidad en los supuestos en que proceda conforme al art.5.5 no implica en ningún caso determinación legal de la filiación. Cuestión que, aun pese a su obviedad, debería haber sido recogida como lo ha hecho expresamente el CCArg en su art.577 al señalar expresamente en relación con los donantes de gametos, la inadmisibilidad del reconocimiento o del ejercicio de acción de filiación o

reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste. La acción de reclamación, como veremos en su momento, quedaría abierta, por los cauces de los arts.131 y 132 CC para el supuesto en el que, obrando el consentimiento previo a la fecundación, no existiera posterior reconocimiento.

- Parece evidente, aunque poco probable, que el legislador al regular esta vía de determinación (el recurso al expediente registral) quisiera llegar al reconocimiento de paternidad "ficticio", bordeándolo, habida cuenta que, como se ha indicado, los reconocimientos de complacencia en sede de "filiación por naturaleza" no son admitidos, precisamente porque no se corresponden con la verdad biológica.

Nuevamente creo que la respuesta que da el legislador catalán al tema es más adecuada que a la que se llega en el ámbito estatal. El CCCat considera (art. 235-13) que los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, al margen de las vías de determinación previstas en el art.235-9 para la filiación no matrimonial por naturaleza. Se articula por tanto como algo diferente al reconocimiento, y al margen del resto de los supuestos previstos para la determinación de la filiación extramatrimonial. En tales casos, nuevamente manda "la voluntad procreacional", no aplicándose para ellos la regla de presunción de paternidad no matrimonial del art.235-10 (García Vicente 2014).

Por su parte, en el Código civil y Comercial de la Nación de Argentina resulta aplicable el ya citado art.570: la filiación se determina, igual que en el resto de los casos, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las TRHA como algo separado del reconocimiento o de la determinación judicial.

3.2.3. Parejas de hecho entre dos mujeres

Del análisis literal de la normativa aplicable (art.7.3 LTRHA) se desprende claramente la imposibilidad de atribuir la "doble maternidad" por naturaleza a dos mujeres no casadas, que constituyan sin embargo pareja de hecho¹⁵.

Inaplicable resulta igualmente el art.8.2 LTRA, que sólo prevé la atribución de la paternidad extramatrimonial al varón no casado (Barber Cárcamo 2013), pese a las numerosas enmiendas que en su momento se presentaron al proyecto de ley de TRHA, instando la sustitución de la referencia al "varón" por "la persona" que comparte la vida con la usuaria, lo que habría permitido incluir los supuestos de doble maternidad extramatrimonial (Benavente Moreda 2011).

Puesto que el consentimiento prestado por el varón no casado, a que se refiere el citado precepto no supone una atribución directa de la paternidad, sino que se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo art.44.7 LRC 2011, habría al menos que entender que tal debería ser la exigencia y valor del consentimiento de la compañera de la usuaria de las TRA, caso de admitirse, puesto que no existe razón que justificase el tratamiento de un régimen diferente para los varones que comparten (o no) la vida con la usuaria respecto de las mujeres que así lo hagan.

Pero es evidente que la omisión del legislador no fue involuntaria, dadas las reticencias iniciales incluso a admitir en 2006 la doble maternidad de dos mujeres casada, que como ya se ha indicado se introdujo posteriormente en 2007 (art.7.3). Pero si hemos de añadir mayor sorpresa a la situación, ésta nos la brinda la STS de 15 de enero de 2014 (RJ 2014/1265) donde en aras de la protección de interés superior del menor y con apoyo en la remisión prevista en el art.7.1 LTRH, considera aplicable el art.131 CC como vía de reclamación de la maternidad

¹⁵ La DGRN ha mantenido reiteradamente la negativa a inscribir la maternidad a favor de una mujer, pareja de hecho de la madre biológica, respecto del hijo de ésta. (RR de 9 enero de 2002 (RJ 2002/3611), 30 de septiembre de 2004 (RJ 2005/664), 5 de junio de 2006 (JUR 2007/130356)).

extramatrimonial a quién, no reuniendo los requisitos para ello conforme a la LTRHA (art.7.3) es considerada como tal por posesión de estado, aplicando con ello criterios claramente previstos por el CC para la búsqueda de la verdad biológica (posición criticada por la doctrina: Quicios Molina 2014b, Barber Cárcamo 2014). Sobre los antecedentes de la citada sentencia y contenido expreso de la misma vid. Quicios Molina (2014b), Barber Cárcamo (2014).

Parece más coherente la solución adoptada en los arts.235-3 y 235-13 del CCat. que confiere el mismo tratamiento al consentimiento otorgado por el cónyuge de la usuaria (sea hombre o mujer) que al del hombre o la mujer que comparte la vida con la misma a los efectos de considerar como hijo extramatrimonial de la pareja al nacido de mujer soltera cuya compañera sentimental consiente la fecundación de aquélla con esperma de donante.

¿Qué se desprende sin embargo de la literalidad de la vigente LTRHA?:

1. Que la maternidad vendrá determinada por el parto, correspondiendo por tanto a la mujer gestante.
2. Que la mujer que comparte la vida con la madre gestante no es considerada madre por naturaleza (no matrimonial) del nacido, puesto que la posibilidad de consentir la atribución en su favor de la filiación del hijo de su pareja sólo está prevista (art.7.3 LTRA) en los casos de matrimonio con la mujer gestante.
3. Que para poder atribuir la segunda maternidad a la pareja de hecho de la madre, deberá recurrirse al procedimiento de adopción, posible conforme al art.178.2.b CC).

4. Estado de la cuestión. Acciones de reclamación e impugnación de la paternidad/maternidad

4.1. Las acciones de reclamación de filiación matrimonial y no matrimonial: ¿por posesión de estado?

Nuevamente, aun partiendo de la remisión que el art.7.1 LTRHA hace a las leyes civiles en la materia, debe indicarse que no siempre resultará posible aplicar las reglas establecidas legalmente para reclamar o impugnar filiaciones atendiendo o buscando el ajuste con la verdad biológica, cuando la filiación venga determinada exclusivamente por el consentimiento (Rodríguez Guitián 2015).

Posible será, desde mi punto de vista, aplicarlas cuando, atendiendo a las especialidades previstas en la LTRHA, la filiación que se reclame o impugne derive de una fecundación homóloga que no vaya acompañada del consentimiento o en los casos en que éste esté viciado.

4.1.1. Acciones de reclamación de la filiación matrimonial

Partiendo de los diferentes supuestos analizados anteriormente (matrimonio heterosexual sometido a fecundación homóloga o heteróloga y matrimonio entre dos mujeres) ha de señalarse que, si bien el mayor problema de encaje se plantea en los supuestos de fecundación heteróloga (donde existe obviamente una discordancia entre la verdad biológica hacia cuya búsqueda tienden las acciones de filiación previstas legalmente), no por ello debemos excluir la reflexión sobre el resto de los supuestos.

La remisión que el art.7.1 LTRHA hace a las leyes civiles nos conduce fundamentalmente a las reglas previstas en los arts. 131, 132 y 134 CC que regulan respectivamente la reclamación de la filiación tanto matrimonial como no matrimonial existiendo posesión de estado y la reclamación de la filiación matrimonial sin posesión de estado, así como la denominada acción mixta que permite la impugnación de la filiación contradictoria cuando se reclama una filiación

determinada, en este caso matrimonial. A su posible aplicación me refiero a continuación.

- a) Acción de reclamación por “posesión de estado” cuando la mujer es fecundada con espermatozoides del marido (art.131 CC)

Si partimos de los *supuestos* que podríamos considerar “menos problemáticos” en los que *la mujer casada es fecundada con espermatozoides de su marido*, la acción resulta improbable, si se parte de la base de que para tal fecundación conforme al art. 6.3 LTRHA se requiere el consentimiento previo del marido que por razones obvias existirá dado que el material genético que se utiliza es el del propio marido, ello unido a la atribución de la paternidad por aplicación de la presunción prevista en el art.116 CC.

Si bien esta posibilidad podría darse y prosperar la acción en aquellos casos en que coincidieran excepcionalmente dos circunstancias: que la mujer hubiera utilizado material genético del marido sin contar con su consentimiento y que existiera separación legal o de hecho entre los cónyuges, conforme prevé el propio art.6.3 LTRHA (situación que se planteó en la SAP Valencia 22 de mayo 2013(JUR 2013/231571). En tal caso se podrían dar las circunstancias excepcionales que con carácter general se invocan para la aplicación del art.131 en los supuestos de reclamación de filiación matrimonial existiendo posesión de estado si el hijo nace fuera de la vigencia de la presunción de paternidad marital y no se cuente con el consentimiento conjunto de ambos previsto en el art.118 CC. Como se ha apuntado con carácter general al analizar la aplicación del citado precepto, su ejercicio revelaría su utilidad cuando uno de los progenitores hubiera fallecido (Barber Cárcamo 2013).

- b) Acción de reclamación de filiación matrimonial faltando la posesión de estado (art. 132 CC), en supuestos de fecundación homóloga

Igualmente, si residual era dicha acción en los supuestos de fecundación tradicional (Barber Cárcamo 2013), más residual e inaplicable deviene en los casos en los que la fecundación se produzca utilizando las TRA con material genético del propio marido, aunque igualmente podría darse en un supuesto como el planteado en la SAP de Valencia citada anteriormente.

- c) Supuestos de reclamación de filiación en los que la fecundación es heteróloga

Más problemáticos resultan los supuestos de reclamación de filiación en los que la fecundación es heteróloga, tanto en los casos de fecundación de la mujer casada, con material genético de donante (art.7.1 en relación con el art. 6.3 LTRHA) (matrimonio heterosexual), como en los supuestos de fecundación de mujer casada con otra mujer (art.7.3 LTRHA).

Discutible desde mi punto de vista resulta el posible ejercicio de las acciones de reclamación en tales casos, por las razones sobradamente expuestas hasta ahora. Tanto las acciones de reclamación, como las de impugnación que veremos posteriormente, estaban previstas para afirmar o negar una filiación que se corresponda o no con la verdad biológica, y admitir su aplicación (fruto de la remisión que el art.7.1 LTRHA hace a dichas normas) fue, creo, un error del legislador, al considerar la derivada del uso de TRA como filiación por naturaleza y consecuentemente remitir a sus reglas dicha filiación. El ejercicio de tales acciones tan sólo podría darse si, trastocando la finalidad prevista por las mismas, lejos de buscar la verdad biológica se ejercita la acción cuando ante la ausencia de presunción de paternidad (ex art.116 CC para el matrimonio heterosexual o por tratarse de un matrimonio de mujeres donde no rige tal presunción), tal y como reflejamos en el caso anterior y ausencia del consentimiento “formal” exigido por el art.6.3, exista posesión de estado, buscando con la acción de reclamación la

existencia de una voluntad procreacional vinculada a la posesión de estado y no la verdad biológica.¹⁶

Creo sin embargo que constituye un error del TS entender aplicables dichas normas fuera de los supuestos en que dicha filiación se derive de la verdad biológica¹⁷.

Así, la SAP Santa Cruz de Tenerife de 24 octubre 2011 (JUR 2012/14522) y el TS en sentencia de 5 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 7640) estimaron la acción de reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado prevista en el art.131 CC, deducida por la ex cónyuge de la madre biológica de dos menores, inscritas en el Registro civil como hijas de la demandada. Demandante y demandada prestaron su consentimiento informado para la fecundación in vitro de la demandada, con anterioridad a la celebración del matrimonio y por tanto sin cumplir los requisitos previstos por el entonces aplicable art.7.3 LTRHA para atribuir la doble maternidad matrimonial, puesto que en el momento de la inseminación no estaban casadas.

De la sentencia del TS aquí citada, criticada por la doctrina (Quicios Molina 2014a, Barber Cárcamo 2014, Rodríguez Guitián 2015, Farnós Amorós 2015. A favor, Jiménez Muñoz 2014) se extraen consecuencias relevantes para la interpretación y aplicación de las acciones de reclamación en un caso como el previsto, para trastocar el sistema de reglas previstas para la determinación e impugnación de la filiación y para crear un tratamiento desigual entre los nacidos, antes o después de aplicar la doctrina de la citada sentencia.

Si, como el TS entiende, la existencia de consentimiento, aun no reuniendo los requisitos previstos en el art.7.3 LTRHA permite determinar la filiación matrimonial por naturaleza por posesión de estado en el caso de fecundación de una mujer casada con otra, tal posibilidad debería extenderse por tanto al varón que comparta la vida con la usuaria de dichas técnicas en los supuestos de fecundación heteróloga, siempre que consienta previamente a la fecundación de su pareja, así como a los hijos de dicha pareja conforme a los criterios del art.131 CC.

Pero deberíamos extraer más consecuencias de la decisión adoptada por el TS: La admisión del ejercicio de la acción prevista en el art.131 CC debería quedar igualmente abierta al cónyuge del varón cuya paternidad biológica haya quedado determinada tras un proceso de gestación por sustitución (art.10.3 LTRHA) tras acreditar el consentimiento al uso de dichas técnicas de RA y demostrando la correspondiente posesión de estado con el argumento genérico que el propio TS utiliza al considerar sin paliativos que *“la posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista nexa biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras”* (FD 5º).

Añade aún más interrogantes Quicios Molina (2014a) al cuestionarse si el TS mantendría el mismo criterio, en aplicación estricta del art.131 CC, en el hipotético caso de que no sea ninguno de los progenitores de la relación de filiación quien interpusiera la acción, o cualquier persona con interés legítimo, cuestionando igualmente si se podría ejercer una acción impugnatoria de la maternidad así determinada (precisamente teniendo en cuenta el pronunciamiento sobre el tema de la SAP Islas Baleares de 5 diciembre 2012- AC 2013/76).

Dicho lo anterior debe matizarse que tales opciones y posibilidades nos parecerían adecuadas y supondrían en todo caso una respuesta acorde a los criterios de igualdad, defensa de los intereses de los hijos y adecuación de la legalidad a la realidad derivada de la admisión de una nueva fuente de determinación de la

¹⁶ A favor de ello, Verdera Server (2007); en contra, Barber Cárcamo (2013).

¹⁷ En tal sentido, Quicios Molina (2014a, 2014b), para quien no sólo resulta incorrecta la aplicación del art.131 CC en tales casos, sino también la remisión del art.7.1 LTRHA a los mismos. Igualmente, Díaz Martínez (2014), De la Fuente Núñez de Castro (2015).

filiación, tal y como se viene predicando: la voluntad procreacional. Pero para llegar a tal solución lo adecuado habría sido o debe ser, establecer una regulación que responda a esa nueva situación, como ha realizado, con mayor o menor acierto el legislador argentino en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentino de 2014 que en este punto y en cuanto se refiere al ejercicio de las acciones de reclamación de la filiación, sea matrimonial o no matrimonial, excepciona del ejercicio de tales acciones el supuesto de TRHA cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos (art.582.5). Igualmente y bajo un criterio más lógico que el utilizado por el TS en la sentencia citada, equipara la posesión de estado debidamente acreditada, al reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético (art.584).

Una solución como la adoptada por el legislador argentino, con los matices correspondientes, habría sido la más adecuada legalmente en nuestro ordenamiento, desconectando la filiación derivada del uso de TRHA de la filiación por naturaleza en aquellos casos en que tal determinación derivara exclusivamente de la "voluntad procreacional", lo que aproximaría la figura, como filiación por determinación legal, a la adopción, considerada legalmente como irrevocable, argumento que ya ha sido utilizado por algún sector de nuestra doctrina patria (Barber Cárcamo 2013).

Problemático resulta igualmente recurrir al art.132 CC ante una fecundación heteróloga, faltando la posesión de estado (ya sea en matrimonio heterosexual o de dos mujeres). Conforme al citado precepto, están legitimados para reclamar la filiación matrimonial, el padre, la madre o el hijo y los herederos de éste en caso de fallecimiento antes del transcurso de cuatro años de alcanzar la plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, por el tiempo que falte para completar dichos plazos.

En este caso nos encontraríamos ante el mismo supuesto analizado anteriormente pero faltando la posesión de estado, cuando no funcionando la presunción de paternidad matrimonial (matrimonio heterosexual) o en aquellos, ahora más problemáticos desde mi punto de vista, a la vista de la nueva regulación del art.7.3 LTRHA en que la mujer, casada con la madre gestante, prestó su consentimiento conforme a lo dispuesto en el derogado art.7.3 (antes del nacimiento del hijo) o bien en la clínica donde se iba a llevar a cabo la fecundación de su cónyuge (existió por tanto voluntad procreacional), pero tras el nacimiento no presta su consentimiento a la inscripción del nacido como hijo suyo (por estar la pareja en proceso de separación por ejemplo).

En tales casos, donde el tratamiento legal del matrimonio heterosexual y homosexual es claramente diferente, habría que dar quizás una respuesta diferente a cada supuesto¹⁸.

Dicho esto, ante ausencia de verdad biológica que demostrar, ante la ausencia de posesión de estado y ante la ausencia de "voluntad procreacional" o con una "voluntad procreacional" manifestada de forma diferente a la prevista legalmente, ¿podría justificarse primero, y prosperar después, una acción de reclamación apoyada en el art.132 CC?. Difícil me resulta admitirlo en el primer caso, dudoso en los otros, aunque sobre todo podría considerarse inadecuada la reclamación, nuevamente ha de insistirse en ello, cuando no encuentra apoyo en modo alguno en la búsqueda de la verdad biológica. No dudaría sin embargo en su admisión si nos encontráramos ante acciones de reclamación destinadas a constatar la filiación

¹⁸ Piénsese que en el caso del matrimonio heterosexual si falta la presunción de paternidad del marido podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos cónyuges (art.118 CC), mientras que, en el caso del matrimonio de mujeres, si hay separación legal o de hecho no resultará aplicable lo dispuesto en el art.7.3 y por tanto no podrá inscribirse el nacido como hijo de la mujer no gestante, salvo que, por la remisión que el art.7.1 LTRHA hace a las leyes civiles pueda resultar aplicable igualmente el art.118 CC.

derivada del consentimiento prestado por quien no es progenitor biológico del nacido. Para autores como Díaz Martínez (2014), la prevalencia del elemento volitivo no podría sin embargo llevarnos a pensar en el hipotético éxito de las acciones de reclamación previstas en los arts. 132 y 133 CC.

4.1.2. Acciones de reclamación de la filiación no matrimonial.

Nuevamente aquí hemos de diferenciar entre diferentes supuestos:

- a) Fecundación de la mujer con material genético del varón no casado (fecundación homóloga)

En los casos de fecundación homóloga de mujer no casada, no se plantean problemas de tipo alguno en cuanto al ejercicio de las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial, ya que la única variante en este tipo de filiación radica en la forma de concepción del hijo. Por ello resulta indiscutible el posible recurso a la reclamación (ex.art.131 CC) cuando, existiendo posesión de estado se hubiera prestado consentimiento al uso del material genético del varón, lo que facilitará la determinación de la filiación por tal vía (en la línea de lo señalado por el TS en su sentencia de 13 diciembre de 2013 (RJ 2013, 7640) y la de 15 enero 2014 (RJ 2014, 1265).

En este sentido resulta interesante la SAP Alicante de 23 diciembre 2014 (AC 2015/275), donde prospera la reclamación entablada por la mujer contra su pareja, respecto de la filiación extramatrimonial del hijo nacido por fecundación artificial consentida por ambos, frente a la pretensión del varón que argumentaba la inexistencia de relación afectiva con la madre y su condición de donante de esperma, por lo que debería ser tratado, conforme al art.5 LTRHA como tal y por tanto ajeno a la paternidad reclamada.

Lo mismo cabe decir de la acción prevista en el art.133, faltando la posesión de estado (redactado conforme a la Ley 26/ 2015, de 28 de julio), si la mujer fue fecundada con esperma de su pareja, que consintió la fecundación, al tratarse de material genético propio, si posteriormente no quedó determinada la filiación extrajudicialmente conforme a los criterios previstos en el art.120 CC. En tales casos habría que entender, como lo hace el TS en sentencia de 5 de diciembre de 2013, y con mayor motivo en esta ocasión, que el consentimiento prestado al uso de dichas técnicas se considerará escrito indubitado a los efectos previstos en el art.44.7 LRC 2011, quedando a salvo la reclamación judicial de paternidad.

Aun prevista tal solución en el art.8.2 LTRHA para los casos de fecundación heteróloga, parece obvio aplicarla igualmente para el caso de la homóloga, y con mayor motivo dada la vinculación biológica con el hijo.

- b) Fecundación de la mujer con material genético de donante (fecundación heteróloga), diferenciando además entre los casos en que exista consentimiento de su pareja frente a aquéllos en que falte tal consentimiento (art.8.2 LTRHA)

En los supuestos de fecundación heteróloga de la mujer no casada con el varón que consiente (art.8.2 LTRHA), nuevamente nos encontramos con una filiación paterna cuya determinación encuentra su origen en la "voluntad procreacional" de quien no es biológicamente el padre, por lo que, en primer lugar, lo adecuado habría sido que el legislador otorgara al consentimiento el mismo valor que al prestado por el marido de la usuaria a efectos de determinar la atribución de la paternidad (como hace el legislador catalán en el art. 235-13 en relación con el 235-8 CCCat. o el legislador argentino en el art. 570 del Código Civil y Comercial de la Nación). De haber sido tratado de esa forma el consentimiento, la lógica legal conduciría a una imposibilidad o innecesariedad de reclamar dicha paternidad (la de quien consiente aun no siendo el padre biológico) al quedar determinada por el mero consentimiento.

Al no ser ésta la solución legalmente ofrecida, cabe la posibilidad de que, concebido el hijo con el consentimiento del compañero de la mujer (varón no casado ya que no se exige legalmente vinculación afectiva), no quede sin embargo determinada la filiación paterna por ausencia de reconocimiento (curiosa esta posibilidad cuando realmente se trataría de un reconocimiento de complacencia). En tal caso conforme al art.8.2 LTRHA, queda a salvo la reclamación judicial de la paternidad. Con ello es el propio legislador el que, erróneamente a nuestro entender, nos remite a las reglas previstas en el CC para las acciones de filiación, destinadas a la búsqueda de la verdad biológica, que no es el caso en el que nos encontramos. Apunta al respecto Tamayo Haya (2013), siguiendo la posición de parte de la doctrina, que tal acción no podría ser la contemplada en el CC dirigida a poner de manifiesto la verdad biológica, sino otra diferente (¿?) cuya pretensión vendrá basada en dicho consentimiento.

La opción ofrecida por el art. 8.2, permitiendo el ejercicio de la acción de reclamación parece que nos llevaría (Así lo apunta González Pérez de Castro 2013, aunque considere que tales acciones no encajan en el supuesto) a los arts. 131 y 133 CC dependiendo de si existía o no posesión de estado, opciones que, aunque dudosas por los motivos antes expuestos, vendrían avaladas en los momentos actuales por la posición mantenida "a mayores" por la STS de 15 enero 2014 (RJ 2014, 1265) a la que aludiéremos posteriormente al referirnos a las acciones de reclamación de la filiación extramatrimonial en los casos de fecundación heteróloga en parejas de hecho de dos mujeres.

Ha de entenderse, si efectivamente consideramos aplicables dichas reglas, que la reclamación podría entablarse frente al varón que consintió la fecundación sin que sin embargo hubiera quedado determinada frente a él la misma, pero en ningún caso frente al auténtico padre biológico, donante de esperma¹⁹.

Igualmente estaría legitimado el propio varón que consintió tal fecundación, la madre en representación del menor y el propio hijo, conforme a los criterios marcados por el art.133 CC en ausencia de posesión de estado.

Ahora bien, nuevamente chocamos frontalmente con la realidad para la que fueron pensadas las acciones de reclamación: la búsqueda de la verdad biológica. Y lo cierto es que en estos casos, por mucho que el propio art.8.2 LTRHA deje abierta la vía judicial de reclamación, nunca podría reclamarse la paternidad alegando tal verdad biológica, sino solo la existencia de la voluntad procreacional del reclamante o de aquél contra el que se reclame.

c) Fecundación de la mujer que comparte la vida con otra mujer, con material genético de donante (fecundación heteróloga), contando con el consentimiento de su pareja o sin él

En los supuestos de fecundación de la mujer que comparte la vida con otra mujer, ya se cuente o no con el consentimiento de la compañera, la LTRHA nada dice al respecto.

Como ya se indicó, en tales casos la filiación quedará extrajudicialmente determinada exclusivamente a favor de la mujer gestante que da a luz al hijo, mientras que su pareja, frente a lo que ocurre con las parejas heterosexuales, tan sólo podría adoptar al nacido. El art.7.3 LTRHA es claro al respecto, por lo que en principio parecería obvio que, pese a lo discriminatorio de la situación, debería quedar excluida la posibilidad de ejercer cualquier tipo de acción de reclamación, ni por vía del art.131 ni por la del 133 CC.

¹⁹ Cuestión sobre la que no se pronuncia expresamente el legislador y sobre la que no habría estado de más hacer mención, como expresamente hace el art. 582 p.f. 5 del Código Civil y Comercial argentino, aunque se pueda deducir de la propia condición y anonimato del donante y la ausencia de vinculación filial con el nacido (art.5 LTRHA) (Barber Cárcamo 2013).

La remisión que el art.7.1 LTRHA hace a las leyes civiles se produce a salvo de las especificaciones contenidas en los tres artículos siguientes, de los cuales se desprende (así como de la propia evolución y debate parlamentario de la propia ley) la imposible atribución de la maternidad a la pareja de la madre. Si excluida queda la posible determinación extrajudicial, excluida debería quedar su determinación judicial. Esto es lo que se desprende del texto de la ley, por muy discriminatorio, injusto e inadecuado que sea (que lo es).

Sin embargo el TS ha admitido la reclamación de la filiación no matrimonial en tales casos, en S. de 15 de enero de 2014 (RJ 2014/1265) partiendo de la aplicación del art.131 CC y por tanto de la existencia de posesión de estado aun resultando dudosa la presencia del consentimiento por parte de la mujer no gestante. Relevante resulta en este caso el contenido del voto particular emitido por tres de los magistrados de la Sala que contradice básicamente la justificación y viabilidad de la reclamación en este caso.

No me puedo detener en el estudio detallado de la sentencia y voto particular, sobre los que ya se ha pronunciado con profusión la doctrina que mayoritariamente comparte la posición mantenida en el voto particular de la misma (Quicios Molina 2014a, 2014b, Barber Cárcamo 2014, Pérez Conesa 2014, Farnós Amorós 2015, Rodríguez Guitián 2015, Verdera Server 2016) manifestándose claramente contrarios a la posición mantenida por el TS.

Lo que sí procede destacar es que el juez, en esta ocasión, está asumiendo un papel que no ha asumido correctamente el legislador o que lo ha hecho inadecuadamente y si con ello ha quedado abierta la vía del art.131 CC para reclamar la maternidad en tales casos, nada impedirá que lo haga cualquier persona con interés legítimo. Incluso podríamos aventurarnos a señalar que nada debería obstar para reclamar igualmente por vía del art.133, en ausencia de posesión de estado, no sólo por el hijo frente a quien siendo compañera sentimental de su madre asumió conjuntamente con ella un proyecto parental del que se excluyó o fue excluida posteriormente sino también, como regula el nuevo art.133 CC, la compañera sentimental de la madre frente al hijo y la progenitora. Parece poco probable que tal acción prosperase por ausencia de vínculo biológico y ante la ausencia de posesión de estado, pero por la propia remisión del art.7.1 LTRHA nada impediría su ejercicio.

Sin embargo parece que en modo alguno procedería la reclamación (de momento), frente al donante, dado el anonimato que (también de momento) se establece legalmente y se predica del mismo (en tal sentido, Barber Cárcamo 2010), aunque como ya se ha dicho anteriormente, no habría estado de más introducir una norma que expresamente excluyera la reclamación frente a éste o la del donante frente al hijo.

4.2. Acciones de impugnación de la filiación matrimonial y no matrimonial: De la LTRHA a las previsiones del CC. Las discordancias creadas como consecuencia de dispersa regulación y por la "función legislativa" asumida por los Tribunales

Nuevamente, la remisión del art. 7.1 LTRHA a las leyes civiles, ante la ausencia de una regulación específica que haya afrontado una regulación uniforme y propia de la materia (Barber Cárcamo 2013), nos obliga a realizar un análisis de las consecuencias que derivan de la aplicación de las normas del CC relativas al ejercicio de las acciones impugnatorias.

Y, nuevamente cabe reiterar que utilizar los criterios legales que sirven de base para llegar a la verdad biológica, o para negar una determinada paternidad, con bases fundamentalmente biológicas, para reclamar lo que no tiene esa base, resulta, desde mi punto de vista, no sólo ficticio sino, y ello es más importante, inapropiado y fuente a la postre, de tratamiento desigual y discriminatorio entre

situaciones semejantes, que es lo que precisamente el legislador y los tribunales han venido tratando de evitar desde hace décadas.

La falta de previsión del legislador nacional en relación con la impugnación de la filiación, es sin embargo solventada por el CCCat, con una técnica legislativa más adecuada en su art.235-28.2, conforme al cual : *"Si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación de acuerdo con los artículos 235-8 y 235-13, y tampoco, en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo"*. Ello al margen de la regulación específica que se hace de la impugnación por falta de capacidad o por vicio en el consentimiento (art.235-27.3 CCCat) a la que en su momento aludiré.

4.2.1. Impugnación de la paternidad matrimonial. ¿Legitimación del hijo?

Conforme al art.8.1 LTRHA, "Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación."

Esta es la única norma que expresamente hace referencia a la impugnación de la filiación matrimonial del hijo, impidiendo su ejercicio a la mujer progenitora y a su marido cuando hayan prestado consentimiento a la fecundación. Se limita por tanto al supuesto de matrimonio heterosexual, en el que la esposa es fecundada con esperma de donante o en que se utiliza material genético de donante (fecundación heteróloga en matrimonio heterosexual).

Nada se dice respecto de los supuestos de filiación matrimonial homóloga, ni de la heteróloga en el caso de matrimonio de mujeres, lo que nos obligaría por tanto, conforme al art.7.1 LTRHA, a recurrir a las disposiciones del CC aplicables en cada caso.

Técnicamente en estos casos, las acciones impugnatorias previstas con carácter general en el CC no plantarían problema alguno si de lo que se trata es de demostrar que una filiación determinada no se corresponde con la verdad biológica.

El problema se encuentra sin embargo nuevamente en el hecho de que, cuando la fecundación fue heteróloga, determinándose la filiación por "voluntad procreacional", la impugnación, aun pudiéndose apoyar en dicha verdad biológica para negar una paternidad, carecería de sentido porque desde el principio se sabe que tampoco se corresponde la filiación con dicha verdad, sino que existe, lisa y llanamente porque hubo un consentimiento para que así fuera.

El anterior razonamiento creo que habría sido suficiente para acometer, con los límites que el legislador hubiera considerado, una regulación ad hoc en las acciones de filiación, tomando en consideración estos extremos como, con mayor o menor acierto ha hecho el legislador argentino al introducir, en los arts. 588 a 591 de su Código civil y comercial, que regulan las acciones de impugnación de la filiación, reglas específicas para la filiación derivada del uso de TRA, cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quién haya aportado los gametos.

La falta de previsión del legislador español o, la forma de legislar "en paralelo" a la que nos tiene acostumbrados en los últimos años, provocarán inevitablemente (como ya ha ocurrido con las acciones de reclamación, sobre las que ya se ha pronunciado el TS en las citadas sentencias de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014) que los tribunales lo tengan que hacer, como ya ha empezado a ocurrir, ante impugnaciones de paternidad al amparo de las reglas previstas en el CC, invocando precisamente la remisión que el art.7.1 LTRHA hace a ellas. Y no sería de extrañar a la vista de situaciones que podrían parecer impensables, como la que subyace en la sentencia de la Central London County (Trial March 2015, X v.Y, 20.3.2015), en relación con un supuesto de reclamación de daños tras la

confirmación de que el hijo, nacido fruto del uso de las TRHA, previo consentimiento del marido de la madre, había sido fecundado posteriormente con espermatozoides de otro varón diferente (Gysin 2015, The Telegraph 2015)²⁰.

De hecho este es el supuesto que aborda la SAP Valencia de 22 de diciembre de 2014 (AC/2015/228), en que se reclama una indemnización por daño moral por la pérdida de la hija, reconocida inicialmente como matrimonial fruto teóricamente del uso de las TRA, cuando la realidad es que había sido concebida fruto de una gestación absolutamente natural con otro varón.

De la aplicación estricta de tales reglas doy cuenta a continuación, con la finalidad de poner de manifiesto las carencias legales e incoherencias a las que se llega fruto de su aplicación.

a) Filiación matrimonial originada en una fecundación homóloga

En los supuestos en que la filiación matrimonial tenga su origen en una fecundación homóloga, nada dice la LTRHA sobre la posibilidad o imposibilidad de impugnación de dicha paternidad determinada por presunción (art.116 CC), que además se corrobora con la exigencia y prestación del consentimiento al que genéricamente alude el art.6.3 LTRHA.

Por ello parece que, salvo los supuestos de posible impugnación por vicio en el consentimiento (art.138 y 141 CC), no parecería sensato admitir la impugnación, que en todo caso no prosperarían dado que la paternidad declarada coincide con la verdad biológica.

Las acciones previstas en los arts.136 y 137 CC, no excluidas técnicamente deberían quedar descartadas puesto que en tales caso la presunción de paternidad pasa de presunción a certeza, no sólo por el consentimiento prestado a la fecundación, sino por el hecho de que la misma se produzca precisamente con el material genético del propio marido. A ello da respuesta con carácter general el art.235-28.2 CCCat al impedir el ejercicio de las acciones de impugnación si hubo consentimiento a la fecundación, así como en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo (fecundación homóloga) como manifestación clara de la teoría de los actos propios²¹.

Sin embargo no creo que quepa descartar el ejercicio de las acciones impugnatorias en aquellos supuestos en los que pueda acreditarse que el nacimiento resultante del recurso al uso de TRA se produjo con material genético de persona diferente a la que prestó el consentimiento a la fecundación homóloga o bien que ésta no derive del uso de dichas técnicas sino que resulte de las relaciones sexuales de la madre con otro hombre (Farnós Amorós 2014, 2015), como se plantea precisamente en relación con la citada SAP Valencia 13 de noviembre 2014. Pero en tal caso entiendo que lo que procede es la impugnación por vicio en el consentimiento.

Problemático podría ser el supuesto en el que el marido, pese a lo dispuesto en el art.6.3 LTRHA, no preste su consentimiento a la inseminación (Vid. Pérez Monge 2002, Lamm 2008, 2010) atribuyéndosele no obstante la paternidad por presunción ex art.116. La impugnación en tal caso, siendo posible técnicamente, carecería de sentido al ser genéticamente el padre del nacido (Lamm 2008, 2010), aunque podría exigir responsabilidad por daños y perjuicios patrimoniales y morales.

b) Paternidad matrimonial originada en una fecundación heteróloga, existiendo previo consentimiento del marido (art.6.3 y 8.1 LTRHA)

Cuando la paternidad matrimonial tenga su origen en una fecundación heteróloga, existiendo previo consentimiento del marido (art.6.3 y 8.1 LTRHA), la LTRHA es clara al respecto, al menos en cuanto a la inimpugnabilidad de la filiación por la

²⁰ Sobre la citada sentencia vid. Benavente Moreda y Rodríguez Guitián (2015).

²¹ En este sentido, Farnós Amorós (2014).

mujer progenitora y el marido, lo que entiendo se hace extensible también a los herederos del marido. (En este sentido la SAP Segovia de 30 septiembre 2009 (JUR 2010/120007)

Sin embargo si nos atenemos a lo dispuesto por los arts. 136 y 137 CC y 765 LEC, la legitimación para ejercitar las acciones de impugnación le corresponde igualmente al hijo, pudiendo ejercitarla en su interés cuando sea menor o incapaz, la madre que ostente la patria potestad o el ministerio fiscal (art.137.1 y 2, cuando existe posesión de estado), o al hijo y sus herederos (art.137.3 cuando falta posesión de estado).

Sería por tanto absolutamente correcto afirmar que la paternidad podría ser impugnada por los hijos y en su caso sus herederos (art.137 CC), puesto que, en puridad, la remisión que el art.7.1 LTRHA hace a las leyes civiles, en defecto de regulación concreta en los arts.8 a 10 LTRHA nada dicen al respecto. A salvo, obviamente, cuando la filiación hubiera sido determinada por sentencia firme (art.764.2 LEC). Más discutible sería aceptar la posible impugnación de la madre en representación del hijo durante su minoría de edad o incapacitación dada la limitación que a tal efecto le impone el art.8.1 LTRHA al haber prestado su consentimiento a dicha fecundación, aunque sin embargo su legitimación en este caso derive de su condición de representante del menor; pero no la del ministerio fiscal en tales casos (Vid. Barber Cárcamo 2013).

Sobre el particular, la posición de la doctrina no es unánime, ya que mientras algunos autores mantienen la posible impugnación por parte de los hijos²², otros consideran que conforme al espíritu de la norma prevista en el art.8.1 lo adecuado es considerar la inimpugnabilidad también por parte de los hijos (Pérez Monge 2002, Verdera Server 2007, Quicios Molina 2014b, Lamm 2008, 2010).

Creo no obstante que ambas posiciones son acertadas si se analizan desde la estricta legalidad vigente pero también desde la lógica que inspira dicha legalidad. Técnicamente nada impide la impugnación por parte de los hijos, ya que al no estar prevista tal limitación por el art.8.1, el propio legislador (art.7.1), al remitirse a las normas civiles aplicables, permitiría el ejercicio de la impugnación por vía del art.137 CC. Si bien, quizás lo más adecuado sería preguntarse, no tanto qué es lo correcto técnicamente sino qué debería serlo y, en puridad, si prescindieramos del art.7.1 que tantos quebraderos de cabeza está dando, para asimilar la filiación derivada del uso de TRHA con la adopción, en la medida en que en ambos casos la filiación viene determinada o surge fruto del acuerdo de voluntades o una manifestación del consentimiento como voluntad procreacional, nadie se cuestionaría la inimpugnabilidad de la filiación por parte de los hijos, como no se hace en el caso de la adopción.

Posiblemente el espíritu de la LTRHA no era este, pero el legislador no lo previó.

No se han pronunciado los tribunales al respecto, pero igual que lo han hecho, como ya hemos visto, pocos años después de la entrada en vigor de la LTRHA, sobre las reclamaciones de paternidad al amparo del art.131 CC, no debemos descartar que lo tengan que hacer en el futuro sobre una impugnación de paternidad deducida por los hijos que, apoyada en la ausencia de vínculo genético, necesariamente tendría que concluir en una estimación de la pretensión, salvo que los tribunales, nuevamente vuelvan a reinterpretar los dictados del CC y a decir lo que la norma no dice, para llegar a lo que el legislador debió decir y no dijo. Antes de que esto ocurra, el legislador ha de esclarecer la situación.

Frente a ello y recurriendo nuevamente a la comparativa con la legislación argentina, el CC y Comercial de la Nación impide el ejercicio de las acciones de

²² En relación con la situación antes de la entrada en vigor de la LRA 1988, Lledó Yagüe (1988); vid. posteriormente, Martínez de Aguirre (2004), Nanclares Valle (2008), Iniesta Delgado (2011), González Pérez de Castro (2013), entre otros.

impugnación con carácter general y para todos los supuestos, cuando la filiación derive del uso de TRA, si medió consentimiento previo, informado y libre (arts.588 a 593).

Igualmente el CCCat (art.235-28) impide con carácter general la impugnación si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación conforme a los arts. 235-8 o 235-13, y tampoco en ningún caso si es progenitor biológico. Norma que, ya prevista en el Código de Familia, encuentra su apoyo según la doctrina del TSJC en la teoría de los actos propios (Farnós Amorós 2014), teoría que sin embargo no serviría para justificar la posible impugnación por parte de los hijos y sobre la que el legislador debería haberse pronunciado o debería hacerlo.

c) Filiación matrimonial originada en fecundación heteróloga de una mujer casada con otra mujer

Nuevamente la ausencia de criterio uniforme en relación con el valor de los consentimientos prestados al uso de las TRA conduce a situaciones discriminatorias e incoherentes.

Como ya vimos, el art.7.3 LTRHA permitía, antes de la reforma del precepto por Ley 19/2015, atribuir de la maternidad a la mujer casada con otra mujer, cuando aquélla consintiera ante el encargado del Registro civil, que cuando naciera el hijo de su cónyuge, se determinase a su favor la filiación. Conforme al vigente art.7.3 tal manifestación, en consonancia con lo dispuesto en el art.44 LRC, podrá hacerse una vez producido el nacimiento.

Sin embargo, en estos casos, la LTRHA carece de una norma como la del art. 8.1 (ni extiende la aplicación de tal precepto a los supuestos de doble maternidad) que descartaría la posible acción de impugnación de la filiación matrimonial del hijo por parte de ambas cónyuges, aunque parece más que lógico pensar que, presentada impugnación ante los tribunales por cualquiera de las cónyuges, no prosperaría la acción, precisamente apoyada en la existencia de la voluntad procreacional de ambas y haciendo extensible, como apunta Farnós Amorós (2011, 2015) el criterio previsto en el art.8.1 LTRHA²³. Tal es la posición seguida por la SSAP Islas Baleares de 31 de marzo de 2014(AC 2014/654) y Madrid de 12 de marzo de 2015 (JUR 2015/108975)²⁴.

En todo caso cabría, como veremos, la posible impugnación por vicio en el consentimiento (Barber Cárcamo 2013, González Pérez de Castro 2013), en el caso en que, por ejemplo se acredite que el hijo de la cónyuge nació fruto de relaciones sexuales con un varón (Díaz Martínez 2007).

No obstante, aún sería posible plantearse la impugnación, como en el caso anterior, por parte del hijo por vía del art.137 CC, tanto si hubo posesión de estado (pfo.1º), como en ausencia de la misma (pfo.3º). Acciones que, apoyadas en la ausencia de vínculo genético con la madre no gestante, podrían prosperar²⁵. Sirvan en todo caso lo indicado anteriormente en relación con la fecundación heteróloga de mujer casada, realizada con el consentimiento del marido.

²³ En el mismo sentido Verdera Server (2007), Díaz Martínez (2007, 2014).

²⁴ Sin embargo, si atendemos a la incoherencia del propio sistema, al hecho de que el vigente art.7.3 LTRHA (como apuntábamos más arriba) prevea que la cónyuge de la madre biológica preste su consentimiento una vez nacido el hijo, cual si de un reconocimiento se tratase, si atendemos igualmente a la posición mantenida por el TS en su reciente sentencia de 15 de julio de 2016 en relación con la impugnación de los reconocimientos de complacencia, nada podría justificar la inadmisión de una impugnación por parte de la madre no gestante, al amparo del art.136 CC.

²⁵ Así lo admiten Nanclares Valle (2008), Barber Cárcamo (2010, 2013, 2014), González Pérez de Castro (2013). En contra sin embargo Ales Uría Acevedo (2012), Farnós Amorós (2015).

4.2.2. Impugnación de la paternidad no matrimonial. ¿Legitimación del hijo?

Nada dice tampoco la LTRHA en relación con los supuestos en que la filiación extramatrimonial quedó determinada a favor del hombre que consintió la fecundación de la mujer con aporte de su propio material genético (fecundación homóloga), ni en relación con los casos de fecundación heteróloga tanto de parejas heterosexuales como de parejas de hecho de dos mujeres.

Nada procede decir en relación con el último de los supuestos, ya que como vimos más arriba, nunca quedará determinada extrajudicialmente la maternidad "por naturaleza" de la mujer no gestante en relación con el hijo que ésta tenga recurriendo al uso de las TRA, por lo que no procede hablar de la posible impugnación de la "maternidad en" en estos casos.

Se ha apuntado (Barber Cárcamo 2010), que el silencio de la LTRHA en este punto demanda la aplicación analógica del art.8.1, previsto para el matrimonio, lo que, partiendo de la misma justificación de dicho precepto, convertiría en inimpugnables las filiaciones extramatrimoniales cuando se prestó el correspondiente consentimiento.

En relación con los supuestos de fecundación homóloga o heteróloga señalados en primer término, cabría recurrir al art.140 pfo.1º CC para impugnar la filiación en ausencia de posesión de estado, por aquellos a quienes perjudique, puesto que la vía de determinación de la filiación no es el consentimiento ni existe presunción de paternidad, sino que la filiación vendrá determinada por el reconocimiento del varón o en su caso por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la LRC, (posibilidad que apuntaba Bercovitz Rodríguez-Cano (1988) aun antes incluso de la LTRA de 1988). Cuando exista posesión de estado, conforme al art.140 pfo 2º la acción corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos (González Pérez de Castro 2013).

Nuevamente, lo adecuado habría sido que el legislador, unificando la valoración de los consentimientos prestados a la fecundación homóloga o heteróloga, hubiera permitido atribuir la paternidad en virtud de la existencia de una "voluntad procreacional" y en base a ello dedujese iguales consecuencias a tales casos que las previstas en el art.8.1 LTRHA para los casos de fecundación heteróloga en parejas heterosexuales casadas, impidiendo la impugnación de la filiación por quienes consintieron.

Sin embargo nada impide que pueda impugnarse en los casos de fecundación heteróloga por los cauces del citado art.140 CC, invocando precisamente la ausencia de vínculo genético lo que nuevamente resultaría absurdo en los supuestos de fecundación heteróloga porque desde el principio se supo que no existía tal vinculación.

4.2.3. La impugnación de la filiación matrimonial y no matrimonial por vicio en el consentimiento

Nada dice la LTRHA tampoco sobre la posibilidad de impugnación de la paternidad/maternidad por falta de capacidad o vicio en el consentimiento. Esta posibilidad sin embargo aparece prevista expresamente en el CCCat (art.235-27.3) que aplica las reglas de la impugnación del reconocimiento de paternidad al consentimiento dado a la fecundación asistida de la mujer. (Barber Cárcamo 2013, Farnós Amorós 2014).

La impugnación por vicio en el consentimiento será posible sin embargo al amparo de la remisión que su art.7.1 hace a las leyes civiles, que en el caso del derecho catalán determinan la aplicación directa del citado art.235-27.3, y en el caso de la remisión entendida al CC ya había venido siendo admitida al considerar aplicables los arts.138 y 141 del mismo, asimilando a tales efectos el reconocimiento y el consentimiento prestado al uso de las TRA, aunque el art.138 en su redacción

anterior a la reforma operada por la Ley 26/2015, exclusivamente hacía referencia a la impugnación del reconocimiento (En tal sentido se manifestó Lledó Yagüe 1988, antes de la aprobación definitiva de la LTRA de 1988 y actualmente la doctrina así lo considera (Díaz Martínez 2007, 2014, Barber Cárcamo 2013, Farnós Amorós 2014, 2015, Quicios Molina 2014b).

En el mismo sentido se ha venido pronunciando la jurisprudencia, como se pone de manifiesto en la SAP Sevilla 22 diciembre 2014 (AC 2015/272), en la que aun no prosperando la acción presentada, se considera admisible la impugnación por vicio en el consentimiento sin que ello resulte incompatible con el contenido y limitaciones impugnatorias del art.8.1 LTRHA. Igualmente en la SAP Valencia de 13 noviembre 2014(AC 2015/228)²⁶.

Posiblemente esta interpretación resulte más clara de facto ahora tras la modificación del art.138 CC en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la Infancia y a la adolescencia, precepto que queda redactado como sigue: *"El reconocimiento y demás actos jurídicos que determinen conforme a la ley una filiación matrimonial o no matrimonial podrán ser impugnados por vicio de consentimiento según lo dispuesto en el art.141. La impugnación de la paternidad por otras causas se atenderá a las normas contenidas en esta sección"*. Como se puede observar, la novedad real del cambio producido radica en añadir a la impugnación del reconocimiento, la de los demás actos jurídicos que determinen la filiación, dentro de los que se encontrarían precisamente los consentimientos prestados al uso de las TRHA.

Tal opción hace extensible la posibilidad impugnatoria a todos aquellos casos como el previsto en el art.7.3 LTRHA en que el consentimiento haya sido determinante de la atribución de la paternidad/maternidad (Quicios Molina 2014b), aunque no deja de ser chocante, como ya he apuntado anteriormente, que se llegara a la posible aplicación de tal norma (el derogado art.138 CC), inicialmente inaplicable (Barber Cárcamo 2013, 2014) a la impugnación de los reconocimientos de complacencia (hechos a sabiendas de su falsedad), pero fuera posible su aplicación a los consentimientos prestados en el ámbito de la reproducción asistida, contribuyendo a la atribución de la paternidad/maternidad que tampoco se corresponde con la verdad biológica (el caso de las fecundaciones heterólogas), lo que no dejan de ser igualmente reconocimientos de complacencia.

5. Reflexiones finales

La incorporación de la voluntad como forma de determinar la filiación derivada del uso de TRHA, sin establecer una nueva fuente de determinación (frente a la filiación por naturaleza y la adoptiva), el reconocimiento del matrimonio igualitario y el acceso a la doble paternidad/maternidad derivado de tal reconocimiento, junto con la deficiente regulación en el texto de la LTRHA con su remisión genérica a las leyes civiles, han creado un vacío legal que se está cubriendo de forma incoherente, al albur de decisiones jurisprudenciales y resoluciones desconexas que crean una situación de desajuste que debería afrontarse con una adecuada reforma legislativa.

En todo el proceso de reformas que directa o indirectamente ha afectado en las últimas décadas al instituto de la Filiación²⁷, el legislador ha incurrido en una suerte

²⁶ La realidad viene demostrando la evidencia de tal posibilidad de error al prestar el consentimiento, como se pone igualmente de manifiesto en los hechos que dan lugar a la SAP de las Palmas de 16 de mayo de 2016 (JUR/2016/159212) y ATS de 11 de enero de 2017 (JUR/2017/15077), en relación con la acción de reclamación de responsabilidad frente al Instituto Canario de Infertilidad ICI, como consecuencia del error en la inseminación in vitro de la demandante, que se practicó, no con esperma de su pareja sentimental, sino con material desconocido. En tal supuesto es obvio que quien consintió, como pareja de la mujer fecundada, lo hizo a la fecundación con su propio esperma, por lo que es evidente la posible impugnación por vicio en el consentimiento.

²⁷ Incluidas las últimas operadas por Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, así como por Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de

de errores al afrontar el tema de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida: el principal, seguir calificando los supuestos de filiación derivada del uso de TRHA con origen en la exclusiva "voluntad procreacional", como de filiación por naturaleza, tanto si los progenitores son pareja o matrimonio heterosexual, como si de relación homosexual se trata. Ello unido a la ausencia de un tipo de "consentimiento único" como manifestación de dicha voluntad está provocando una disfunción y un tratamiento injustificadamente discriminatorio, que tan sólo podría subsanarse en alguna medida con una profunda reforma legal de la materia.

Con los mimbres que nos dio el legislador en la LTRHA, fundamentalmente en su artículo 7.1, al remitirse a las leyes civiles en materia de filiación, sin modificar para ello las reglas previstas en el CC en esta materia, el intérprete y aplicador de la norma parece obligado a recurrir a unos preceptos específicamente pensados para la determinación, reclamación o impugnación de la filiación por naturaleza, donde la base, como se ha puesto de manifiesto reiteradamente, se encuentra en la verdad biológica.

Es evidente el conflicto que a mi entender se produce y aventuro que se seguirá produciendo, derivado de la aplicación "forzada" de las citadas reglas cuando la filiación tiene su origen en el uso de dichas técnicas de reproducción asistida y básicamente en los casos de fecundación heteróloga, fundamental y básicamente porque, salvo en los casos en los que la biología manda, es la voluntad y no la biología la que determina legalmente la atribución de la paternidad o maternidad. A partir de tal dato, resulta, creo, insostenible, utilizar las mismas reglas de juego. Precisamente por ello se abordan en este trabajo los resultados y consecuencias a las que se llega al intentar aplicarlas, atendiendo para ello al estudio detallado de cada una de las variables existentes (matrimonio heterosexual o entre personas del mismo sexo, parejas de hecho heterosexual o del mismo sexo, dependiendo en cada caso de si la fecundación es homóloga o heteróloga) en relación con cada una de las acciones previstas en el CC. Podrá observar el lector de estas páginas, el diferente tratamiento, las diferentes consecuencias y lo que es más grave, los diferentes efectos para los menores cuya filiación está en juego, dependiendo del juego de cada una de las variables señaladas.

Frente a ello, otros ordenamientos, creo que con más acierto, han incorporado a sus Códigos la "voluntad procreacional" como criterio de determinación de la filiación, creando así una nueva fuente de filiación, la derivada del uso de TRA. Es el caso del legislador catalán en la nueva regulación del Libro segundo del C.C de Cataluña, relativo a la persona y la familia, tras la Ley 25/2010, de 29 de julio (B.O.E 21 agosto), en el que pese a mantener dos tipos de filiación (por naturaleza y adopción -art.235-1-) y considerar la derivada del uso de TRHA como filiación por naturaleza- arts.235-8, pf.1º y 235-13, pfo.1ª- incluye un nuevo cauce para determinar la filiación por naturaleza derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida: el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer (art.235.3), que se recoge con idéntico contenido para los supuestos de fecundación asistida de mujer casada o no, con independencia de si quien lo presta es el cónyuge (sea hombre o mujer), o la persona que comparte la vida con la usuaria.

Un paso más ha dado el legislador argentino en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de 2014, que introduce como fuentes de la filiación con igualdad de efectos, la filiación por naturaleza, por adopción o mediante TRHA (art.558), dedicando los arts. 560 a 564 a fijar reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida donde se unifican los criterios comunes a todos los supuestos, relativos a la forma y requisitos del consentimiento (art.560 y 561) y

reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que ha modificado determinados artículos de la LRC de 2011 y los arts. 7.3, 8 y 9 de la LTRHA.

se considera dicha voluntad procreacional como determinante de la filiación con independencia de su carácter de matrimonial o no matrimonial (homóloga o heteróloga) y del carácter heterosexual u homosexual de los progenitores que consienten.

Referencias

- Ales Uría Acevedo, M.M., 2012. *El derecho a la identidad en la filiación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Barber Cárcamo, R., 2010. Reproducción asistida y determinación de la filiación. *REDUR* [en línea], 8 diciembre, 25-37. Disponible en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/barber.pdf> [Acceso 5 febrero 2017].
- Barber Cárcamo, R., 2013. *La filiación en España: una visión crítica*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- Barber Cárcamo, R., 2014. Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales. *Derecho privado y Constitución*, 28, 93-136.
- Benavente Moreda, P., 2011. La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual. *Anuario de Derecho Civil*, 64 (1), 75-12.
- Benavente Moreda, P., 2013a. Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. La garantía institucional del matrimonio y el derecho fundamental a contraerlo. A propósito de la STC de 6 de noviembre de 2012, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* [en línea], 27, 327-353. Disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/663215/RJ_27_17.pdf [Acceso 5 febrero 2017].
- Benavente Moreda, P., 2013b. Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas. *Revista General de Derecho Constitucional*, 17, 1-75.
- Benavente Moreda, P., y Rodríguez Guitián, A., 2015. Daños por engaño sobre la paternidad con ocasión del uso de las técnicas de reproducción asistida. *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 5, 287-303.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 1988. La filiación inducida y las clasificaciones legales. En: Gobierno Vasco. Departamento de Derecho Privado Universidad del País Vasco .Ponencias y comunicaciones. *La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de Reproducción Humana. II Congreso mundial vasco*, Vitoria-Gasteiz de 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987, Madrid: Trivium, 117-139.
- De La Fuente Núñez De Castro, M.S., 2015 Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTS de 5.12.2013 y 15.1.2014. *In Dret: Revista para el análisis del Derecho* [en línea], 1. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1108_es.pdf [Acceso 5 febrero 2017].
- Díaz Martínez, A., 2007. La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. *Derecho Privado y Constitución*, 21, 75-129.
- Díaz Martínez, A., 2014. Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1 (10), 37-50. Pamplona: Aranzadi.
- Díaz Romero, M.R., 2012. Técnicas de reproducción asistida y filiación. En: G. Diez-Picazo Giménez, coord. *Derecho de familia*. Pamplona. Civitas Thomson Reuters, 1665-1712.

- Durán Rivacoba, R., 2007. Matrimonio homosexual y filiación: consecuencias del error español. *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, 12 junio.
- Farnós Amorós, E., y Garriga Gorina, M., 2005. ¿Madres? Pueden ser más de una. *InDret: Revista para el análisis del Derecho* [en línea], 4. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/79699/103947> [Acceso 5 febrero 2017].
- Farnós Amorós, E., 2011. *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier.
- Farnós Amorós, E., 2014. Comentarios a los arts. 235-20 a 235-29. En: J. Egea y Fernández y J. Ferrer y Riba, dirs. E. Farnós Amorós, coord. *Comentaria al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d' ajuda mútua*. Barcelona: Atelier, 633-679.
- Farnós Amorós, E., 2015. La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología. *Anuario de Derecho Civil*, 68 (1), 5-61.
- García Vicente, J.R., 2014. Comentarios a los arts. 235-1 a 235-14. En: J. Egea y Fernández, J. Ferrer y Riba, dirs., E. Farnós Amorós, coord. *Comentaria al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d' ajuda mútua*. Barcelona: Atelier, 581-661.
- Gete Alonso y Calera, M.C., Solé Resina, J., 2014. *Filiación y Potestad parental*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez de la Torre, M.C., 1993. La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida. *Actualidad Civil*, 2, 289-298.
- González Pérez de Castro, M., 2013. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson.
- Gysin, C., 2015. I still want to see him: Lecturer who was tricked him into paying maintenance for baby that wasn't his wins £100,000 payout – and hopes that one day the boy will find him. *Daily Mail* [en línea], 20 marzo. Disponible en: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3003998/Man-wins-baby-deceit-damages-bid.html> [Acceso 6 febrero 2017].
- Heredia Cervantes, I., 2015. La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados. *Boletín del Ministerio de Justicia* [en línea], 2179. Monográfico. P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós, coords. *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, 339-396. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427525137?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1506_30_a%C3%B1os+de+reproduc+asistida+MARC.pdf [Acceso 6 febrero 2017].
- Herrera, M., 2014. Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Infojus* [en línea], 2 octubre. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/marisa-herrera-principales-cambios-relaciones-familia-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacf140723-2014-10-02/123456789-0abc-defg3270-41fcanirtcod> [Acceso 5 febrero 2017].
- Iniesta Delgado, J.J., 2011. La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida. En: M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas, dir. *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. VI, *La familia en los distintos derechos forales*. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 735-850.
- Jiménez Muñoz, F.J., 2014. La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas. Un estudio de la

jurisprudencia reciente. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6, 51-63.
<http://dx.doi.org/10.4995/reinad.2014.2138>.

- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E., 2012. Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista Derecho Privado* [en línea], 1., 3-45. Disponible en: <http://www.infojus.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-ampliando-campo-derecho-filial-derecho-argentino-texto-contexto-tecnicas-reproduccion-humana-asistida-dacf120032-2012/123456789-0abc-defg2300-21fcanirtcod> [Acceso 6 febrero 2017].
- Krasnow, A.N., 2014. La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma Código Civil y Comercial 2012 en Argentina. *In Dret* [en línea], 1. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1029.pdf> [Acceso 5 febrero 2017].
- Lamm, E., 2008. *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida* [en línea]. Diploma de Estudios Avanzados. Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Civil. Disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/11381/1/DEA%20Eleonora%20Lamm.pdf> [Acceso 5 febrero 2017].
- Lamm, E., 2010. *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética*. Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho.
- Lamm, E., 2012. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de bioética y derecho*, 24, 77-91
- Lledó Yagüe, F., 1988. *Fecundación asistida y derecho*. Madrid: Tecnos.
- Martínez de Aguirre, C., 2004. Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las Técnicas de reproducción asistida. *En: X. Abel Lluch, dir. El juez civil ante la investigación biomédica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 249-302.
- Nanclares Valle, J., 2008. Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza. *Aranzadi civil*, 1, 2243-2270.
- Pérez Conesa, C., 2014. Determinación de filiación extramatrimonial por posesión de estado de mujer homosexual tras la ruptura de relación de pareja con otra mujer, madre biológica del menor nacido mediante técnica de reproducción asistida. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014. Voto particular. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2 (2), 61-66.
- Pérez Monge, M., 2002. *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- Quicios Molina, S., 2014a. ¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 95, 609-630.
- Quicios Molina, S., 2014b. *Determinación e impugnación de la filiación*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- Rams Albesa, J., 2008. Filiación derivada de procreación asistida *En: J.L. Lacruz Berdejo y otros. Elementos de Derecho Civil IV.3ª ed.* Barcelona: Librería Bosch.
- Rivero Hernández, F., 1988. La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial. *En: Gobierno Vasco. Departamento de Derecho Privado Universidad del País Vasco. Ponencias y*

comunicaciones. *La Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de Reproducción Humana. II Congreso mundial vasco*, Vitoria-Gasteiz de 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987. Madrid: Trivium, 141-168.

- Rodríguez Guitián, A., 2015. Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España. *Boletín del Ministerio de Justicia* [en línea], 2179. *Monográfico*. P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós, coords. *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, 85-174. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427525137?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1506_30_a%C3%B1os_de_reproduc_asistida_MARC.pdf [Acceso 6 febrero 2017].
- Tamayo Haya, S., 2013. Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas. *Revista Digital Facultad de Derecho* [en línea], 6, 261-316. Disponible en: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFILIACION.PDF [Acceso 5 febrero 2017].
- Tomás Martínez, G., 2010. El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro. *Actualidad Civil*, 7, 748-771.
- The Telegraph, 2015. Lecturer wins £40k damages after 'wife deceives him into thinking IVF child is his'. *The Telegraph* [en línea], 20 marzo. Disponible en: <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/11485027/Lecturer-wins-40k-damages-after-wife-deceives-him-into-thinking-child-is-his.html> [Acceso 6 febrero 2017].
- Verdera Server, R.A., 2007. Comentarios a los artículos 7 y 8 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En: J.A. Cobacho Gómez, dir., J.J. Iniesta Delgado, coord. *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Cizur Menor: Aranzadi, 288-298.
- Verdera Server, R.A., 2016. Ser padre. *Derecho Privado y Constitución*, 30, 75-126.