

Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal

A propósito de las SSTS de 5.12.2013 y 15.1.2014

M^a Soledad de la Fuente Núñez de
Castro

Facultad de Derecho
Universidad de Málaga

Abstract¹

La doble maternidad legal es una cuestión plenamente integrada en la realidad social. Sin embargo, esta afirmación no se corresponde en su integridad con la realidad jurídica. De hecho, el matrimonio entre personas de la misma condición sexual es un logro que se alcanzó con la Ley 13/2005, de 1 de julio. No obstante, pese a lo establecido por el art. 44 en su párrafo segundo de nuestro CC, la generación y, consiguientemente la filiación del hijo nacido en una unión matrimonial entre mujeres ha necesitado un reconocimiento expreso por la Ley 14/2006 en su modificación por Ley 3/2007, de 15 de marzo, al permitir que la esposa de la gestante antes del alumbramiento preste un consentimiento ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal de ambas a que cuando nazca el bebé la filiación quede determinada también a su favor. Por el contrario, si la gestación se lleva a cabo en el ámbito de una unión de hecho entre mujeres, nuestra legislación carece de normativa aplicable para que pueda determinarse la filiación a favor de la no gestante, salvo el recurso a la adopción. La controversia se plantea cuando en cualquier unión entre mujeres, ya sea matrimonial o de hecho, no se hace uso de los mecanismos arbitrados por el Derecho para que se reconozca la filiación de la mujer no gestante. La desvinculación de los menores con la madre no biológica puede suponer un menoscabo al interés del menor. Sin embargo, el ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad por la madre no biológica en el periodo previo a la ruptura permite el ejercicio de la acción del art. 131 del CC dando lugar a un supuesto de creación jurisprudencial del Derecho gracias a la aplicación de la cláusula general del interés del menor en el marco del Derecho de Familia.

Dual maternity is an usual, socially accepted phenomenon still lacking a legal holistic answer. Homosexual marriage became legal in 2005 (Act no. 13/2005 of 1 July) and parentage of a child born within two women's wedlock was legally addressed in 2007. Certainly, according to Act no. 14/2006 as amended by Act no. 3/2007, the non-pregnant wife is allowed to give ante partum consent to her legal maternity of her wife's baby before the civil registrar at the place of residence. However, there remain some problems to be solved. On the one hand, there is no legal solution but adoption for non-married women. On the other hand, even if legally married, if the non-biological mother has not given ante partum consent in the formal way stated by the 2006 Act, she shall not be considered her wife's child's mother by the law; which is especially problematic as far as the child's interests are concerned in the event of a partnership breakdown. Nevertheless, the non-biological mother who has been exercising the rights and duties associated with her parental authority before breaking up can bring a civil claim ex art. 131 of the Civil Code before the courts, which are producing an answer to it on the basis of the minor's best interest general clause.

Title: Action to claim filiation and double legal maternity.

Palabras clave: doble maternidad legal, acción de reclamación de filiación, técnicas de reproducción humana asistida, consentimiento de la mujer no gestante.

Keywords: double legal maternity, maternity claim action, assisted human reproduction, consent of the non-pregnant woman.

¹ Este trabajo se realiza en el contexto del Proyecto de Investigación DER 2012/34320, "Colectivos en los márgenes: su exclusión por el Derecho en tiempos de crisis", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

Sumario

1. Planteamiento de la cuestión
2. La función del consentimiento en el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida
 - 2.1. Consentimiento Contractual
 - 2.2. Consentimiento Informado: Unión heterosexual sea o no matrimonial
 - 2.3. El consentimiento como criterio de atribución de la maternidad: el art. 7.3 de la LTRHA
 - 2.4 La función del consentimiento de la madre no gestante en las SSTS de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014.
3. Concurrencia del “interés legítimo” del artículo 131 del Código Civil en la madre reclamante
4. La constante posesión de estado
5. Reflexiones finales
6. Tabla de jurisprudencia citada
7. Bibliografía

1. Planteamiento de la cuestión

El año 2005 constituye una fecha crucial y determinante en la positivización de las realidades familiares que la autonomía privada de los sujetos demandaba al margen del viejo modelo de familia tradicional.

La realidad social había superado desde hacía varias décadas el arquetipo clásico del modelo familiar creándose nuevas fórmulas de convivencia que, entre otros fines, aspiraban a lograr relaciones de igualdad entre hombres y mujeres.

Nuestro Tribunal Supremo ha reconocido esta realidad y así en la STS, 1^a, 12.5.2011 (RJ2011/3280; MP: Encarna Roca Trías) afirma que “el sistema familiar es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tiene la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”.

Desde el punto de vista legislativo estos nuevos núcleos de convivencia, en ocasiones, son realidades sociales demandadas con anterioridad a su regulación normativa; en otras, ciertas disposiciones han contribuido a partir de su vigencia a ampliar los modelos familiares.

Así, entre los primeros, la Ley 13/2005, de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE, núm. 157, de 12.7.2005) (en adelante, LMDCM) permite formalizar un requerimiento social como era que dos personas de la misma condición sexual pudiesen contraer matrimonio civil. A partir de su entrada en vigor es posible distinguir dos modalidades matrimoniales en nuestro ordenamiento en relación con la condición sexual de las personas físicas que ejercen el *ius connubii*; así, matrimonio heterosexual o matrimonio homosexual.

En sentido inverso, la llamada “revolución reproductiva” normalizada actualmente en nuestro ordenamiento por Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE nº 120 de 27.5.2006) (en adelante LTRHA) permite paternidades y maternidades inicialmente inconcebibles que contribuyen a que proliferen nuevos núcleos de convivencia a los que catalogar como modelos familiares. Así, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual o paternidad o maternidad de sujetos inicialmente estériles (LAMM, 2012, p. 78).

Este cambio social a la par que legislativo del concepto de familia necesita una adaptación de todo nuestro Derecho de Familia a esta nueva realidad. Las normas que integran esta parte del ordenamiento identificaban la familia con el modelo tradicional por lo que muchas de ellas resultaban obsoletas en la resolución de conflictos. Tras la promulgación de la ley que permite el matrimonio entre personas de la misma condición sexual, algunas disposiciones del Derecho de Familia fueron modificadas evitando con ello un desfase que era inevitable. Otras, sin embargo,

han permanecido inalteradas a lo largo de casi una década. Esta situación ha obligado al poder judicial, por medio de la aplicación del Derecho, a actualizar algunas materias, por ejemplo, el régimen de las acciones de filiación ante problemas surgidos cuando los derechos de los progenitores o de los que deseen serlo entran en conflicto con las nociones tradicionales de familia y su protección.

Recientemente el TS ha tenido ocasión de pronunciarse en dos sentencias y constatar con ello que el criterio de la verdad biológica que preside nuestro Derecho de filiación debe ceder ante otras realidades que distorsionan y se alejan de la biológica originadas por los avances científicos, en especial, por la amplia posibilidad de actuación sobre la reproducción humana. Con esta doble actuación el Alto Tribunal constata que la generación es fruto de una elección, es decir, la paternidad y la maternidad no se vinculan únicamente con la biología –en ocasiones, las más comunes, así sucede– sino con el hecho volitivo de tener un hijo. Desde la visión jurídica de esta realidad la voluntad procreacional es decisiva en la creación del vínculo de parentesco (TAMAYO, 2013, p. 263); lo cual es indicativo que el ámbito de la autonomía privada del individuo no puede circunscribirse únicamente al tradicional Derecho de la contratación sino que ha superado la clasificación que caracteriza nuestro Derecho Civil común (SILLERO, 2007, p. 132).

Este estudio no pretende llevar a cabo un simple comentario a estas resoluciones judiciales. Sin embargo, ambos pronunciamientos sirven como punto de partida en esta reflexión que llevará a defender la creación jurisprudencial del Derecho gracias a la aplicación de una cláusula general al Derecho de Familia, en concreto, el interés del menor.

Cronológicamente, la primera resolución a la que nos referimos es la STS, 1^a, 5.12.2013 (RJ 2013/7566; MP: *Antonio Seijas Quintana*). Nos encontramos ante el primer pronunciamiento judicial que legitima el ejercicio de una acción de reclamación de la maternidad (art. 131 del CC) a la ex esposa de la madre biológica. Para una correcta comprensión del supuesto los hechos son los que siguen: las integrantes de una pareja homosexual de mujeres deciden contraer matrimonio conforme a nuestra legislación civil el 3 de agosto de 2007. Meses antes, en marzo de 2007, ambas partes firman el consentimiento informado para la fecundación in vitro, evidentemente heteróloga de una de ellas, resultando la misma exitosa y naciendo, meses más tarde, en diciembre de 2007, dos niñas que son inscritas con la sola filiación materna de la madre biológica, y con los apellidos de la misma en el orden que ésta los ostenta.

Es necesario destacar que la esposa de la madre biológica de las niñas no hace uso de la potestad que le brinda el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, adicionado por la Ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE núm. 65 de 16.3.2007) (en adelante LRRRSP) que le permite, no estando separada legalmente ni de hecho de la madre biológica –tal y como acontecía en el momento del nacimiento de las gemelas– manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal su consentimiento a que cuando nacieran las niñas de su cónyuge se determinara también a su favor la filiación de las nacidas configurándose finalmente como matrimonial ya que nacen vigente el matrimonio de sus madres.

No obstante lo anterior, la madre biológica inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores a fin de que se modifique su estado civil que no es de soltera sino de casada, solicitando además la identificación de su cónyuge a los efectos de la patria potestad y de la designación de los apellidos de las menores. Por Auto de 5 de marzo de 2008 se acuerda la rectificación del estado civil de la madre, no reconociéndose el resto de peticiones. Contra dicho auto se interpone recurso de apelación que, resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo desestima íntegramente. Por lo tanto, rota la pareja en junio de 2009 e iniciado un proceso de divorcio, las hijas nacidas en 2007 únicamente tienen determinada la filiación materna de su madre biológica.

Con estos antecedentes la ex esposa de la madre biológica interpone acción de reclamación de la filiación matrimonial por posesión de estado –art. 131 del CC– respecto de las menores que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia que conoció del asunto, por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife y, finalmente, por el Tribunal Supremo.

La particularidad del pronunciamiento judicial reside en la innovación que aporta al régimen legal de la filiación en nuestro ordenamiento jurídico al quedar superada la legitimación de las acciones de reclamación de la filiación por posesión de estado reservada tradicionalmente a las parejas heterosexuales, extendiéndose en la actualidad y gracias a esta decisión judicial, también a parejas de personas del mismo sexo.

La segunda de las sentencias a tener en consideración es la STS, 1^a 15.1.2014 (RJ 2014/1265; MP: Francisco Javier Orduña Moreno) si bien este pronunciamiento, a diferencia del expuesto anteriormente, es una sentencia de Pleno que cuenta con el voto particular de tres de los nueve Magistrados integrantes de la Sala de lo Civil. El fallo del Alto Tribunal da la razón a una mujer homosexual que venía reclamando el poder inscribir como propio al hijo que tuvo su pareja mediante técnicas de reproducción asistida vigente su unión. Dicha posibilidad le había sido denegada a la recurrente por la Audiencia Provincial de Toledo porque implicaba la aplicación con carácter retroactivo de la legislación que permite la filiación a favor de dos mujeres casadas y, en este caso no lo estaban. Junto a ello, el nacimiento del niño fue anterior a la reforma de la LTRHA.

Previamente, esta misma Sala otorgó en el año 2011 a esta mujer el derecho de visitas sobre el niño en su condición legal de *allegada*. La demanda posterior planteada por la mujer contra la que fuera su pareja durante más de diez años fue estimada en Primera Instancia atendiendo a que el niño había sido concebido en un proyecto común de la pareja, habiendo actuado ambas como madres durante los tres primeros años de vida del menor.

En la resolución de la controversia el TS vuelve a aplicar el art. 131 del CC que permite a *cualquier persona con interés legítimo que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado*, es decir, que haya ejercido en este caso como madre del menor por un periodo determinado.

En ambos pronunciamientos judiciales las mujeres recurrentes invocan la aplicación del art. 131 del CC, medio de determinación de la filiación vía judicial por la constante posesión de estado, independientemente del carácter matrimonial o no de la unión. La variación con respecto a fallos judiciales anteriores en los que se invoca este precepto reside en el hecho de que, hasta entonces, la reclamación de la filiación se había llevado a cabo en el seno de uniones, matrimoniales o no, pero siempre de carácter heterosexual.

Son tres los argumentos que utilizan los dos magistrados que resuelven ambos recursos:

1. Consentimiento de ambas mujeres al uso de las técnicas de reproducción humana asistida en el seno de una unión estable, una matrimonial y la otra de hecho.
2. Concurrencia del interés legítimo de la mujer reclamante en el ejercicio de la acción del art. 131 del CC.
3. Constante posesión de estado.

A continuación analizaremos cada uno de estos requisitos en el contexto de relaciones de carácter homosexual en los que apoya el TS su fallo favorable a favor de las mujeres reclamantes.

2. La función del consentimiento en el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida

Veamos pues los consentimientos que confluyen en el uso de estas técnicas y su posible legitimación como título de atribución de la maternidad.

2.1. Consentimiento Contractual

Constituyendo una pareja estable conformada por personas del mismo sexo, una de sus integrantes con la anuencia de la otra decide someterse a una fecundación in vitro en el intento de lograr un embarazo deseado. En el primero de los pronunciamientos la estabilidad de la unión la corrobora la existencia de una maternidad anterior conjunta de la pareja por fecundación in vitro de una de ellas y adopción de la otra, así como por el posterior matrimonio de las integrantes una vez que se consigue el segundo embarazo. Esta estabilidad en el segundo de los fallos aludidos se justifica por la convivencia *more uxorio* durante diez años.

La relación contractual que vincula a la usuaria de la técnica de reproducción asistida, independientemente del estado civil que ostente, con la clínica especializada en estas técnicas es la de un arrendamiento de servicios cuyo objeto lo constituye una prestación de hacer, en concreto, una obligación de medios, no de resultado, donde la diligencia exigida al deudor constituye el objeto mismo de la obligación (DÍEZ PICAZO, 1996, p. 244). La clínica de fertilidad cumple la prestación a la que está obligada en la medida que despliega la actividad diligentemente debida, es decir, utilizar todos los medios de los que dispone a su alcance -

científicos, técnicos y humanos- para conseguir la gestación deseada sin que el cumplimiento de la actividad diligente asegure el resultado querido ya que la intervención de ciertos factores de naturaleza aleatoria pueden permitir que, pese a la escrupulosa diligencia de la clínica, el resultado no llegue a conseguirse (LLAMAS, <http://diariolaley.laley.es/content/Documento.aspx>).

El carácter contractual del arrendamiento de servicios obliga al cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 1261 del CC para que el mismo tenga plena validez y eficacia en Derecho. Por lo tanto, habrá de concurrir el consentimiento, como elemento esencial de la relación contractual, declaración de voluntad de ambas partes contratantes que deben confluir sobre el objeto del contrato y la causa del mismo.

Nada tenemos que objetar a la validez y eficacia de ambas declaraciones de voluntad emitidas por personas, física -la usuaria de la técnica- y jurídica -la clínica-, con plena capacidad de obrar, así como de entender y querer la trascendencia del negocio jurídico que están llevando a cabo.

2.2. Consentimiento Informado: Unión heterosexual sea o no matrimonial

Por otro lado, cuando se recurre a estas técnicas de reproducción asistida para la consecución de un embarazo deseado y se hace en el seno de una unión estable, matrimonial o no, independientemente del carácter homosexual o heterosexual de la misma, habrá de ser una mujer la receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la Ley.

El empleo de estas técnicas no se podrá llevar a cabo sin el previo consentimiento emitido por la receptora o usuaria, consentimiento éste último distinto del analizado anteriormente, configurado como simple consentimiento contractual *ex art. 1261 del CC*. Este consentimiento previo no es otro que el consentimiento informado², imprescindible para legitimar cualquier actuación médica que suponga una intromisión en la integridad física de un sujeto (MORO, 1988, p. 90). Habrá de ser emitido por la mujer mayor de 18 años con plena capacidad de obrar, de manera libre, consciente y expresa con independencia de su estado civil y orientación sexual (art. 6.1 y 2 LTRHA) una vez el facultativo u otro personal sanitario que atienda a la usuaria haya informado correctamente sobre los distintos aspectos médicos, jurídicos, psicológicos, económicos e incluso éticos que especifica el art. 3 de la LTRHA.

No obstante lo anterior, FARNÓS (2011, p. 67) considera que el consentimiento informado presenta un doble contenido. De un lado, se compone de la información sobre el propio tratamiento y, de otro, del acto personal de prestación del consentimiento. El consentimiento dirigido a autorizar una técnica concreta y, en su caso, las técnicas accesorias que ésta pueda precisar es un

² El consentimiento informado habrá de prestarse necesariamente por escrito, mediante la suscripción del correspondiente formulario que deberá incorporarse a la historia clínica de los usuarios. Lo más práctico es usar los modelos de consentimiento informado que pone a disposición la Sociedad Española de Fertilidad en su página web (<http://nuevo.sefertilidad.com/index.php>), si bien en muchos hospitales públicos, así como en clínicas privadas, son sus propios servicios jurídicos quienes se encargan de visar los mencionados documentos.

consentimiento contractual que tiene por objeto la prestación de un servicio. Por lo tanto, la autora no participa de la distinción entre consentimiento contractual y consentimiento informado, al considerar que el segundo de ellos engloba al primero de los referidos.

Entre la información de contenido jurídico que ha de suministrarse a la receptora forzosamente habrá de incluirse las consecuencias en materia de filiación que derivan del uso de estas técnicas independientemente del carácter homólogo o heterólogo de la generación. Por lo tanto, la determinación de la maternidad jurídica³ se rige por el axioma *mater certa semper est*, en virtud de la cual el origen del material genético es irrelevante para la determinación de la maternidad: es madre quien da a luz⁴.

Por su parte, la determinación de la paternidad seguirá los cauces habituales en atención a la condición de casada de la madre, es decir, la presunción de paternidad del marido constituirá el título de atribución de la paternidad. No obstante, si la generación resulta por inyección intracitoplasmática de espermatozoides o por fertilización in vitro con material genético procedente de los cónyuges, los elementos genético, biológico y volitivo coinciden plenamente en la filiación derivada del recurso a estas técnicas, operando el principio de verdad biológica que preside la regulación de la filiación en nuestro ordenamiento y, por tanto, la presunción de paternidad del marido de la gestante conforme a lo preceptuado por el art. 116 del CC⁵.

Igual suerte correrá la determinación de la filiación cuando el material genético proceda de donante anónimo, si bien en este supuesto prevalecerá la paternidad consentida y querida – elemento volitivo- sobre el criterio realista del Código Civil –elementos genético y biológico- asentado sobre la base de un consentimiento emitido con carácter previo al uso de la técnica por el marido de la gestante –art. 6.3 LTRHA–, consentimiento que igualmente ha de ser formal, previo y expreso –art. 8. LTRHA–⁶ como ha de corresponder a una decisión trascendente adoptada en el seno de un matrimonio⁷. En la medida en que la fecundación sea heteróloga el

³ Maternidad jurídica que puede coincidir con la biológica y la genética cuando es la propia mujer la que engendra y da a luz con material reproductivo propio. Por el contrario, estas realidades se disocian cuando si bien para el Derecho es madre quien da a luz, puede ser que no coincidan maternidad biológica y genética ya que la gestación habrá sido posible gracias a la previa donación de óvulos por la condición de estéril de la madre jurídica o por su simple voluntariedad a un embarazo deseado, maternidad que también será biológica.

⁴ A salvo queda la cuestión de la gestación por sustitución que no es objeto de estudio en este trabajo.

⁵ Si bien el recurso a estas técnicas igualmente requiere el consentimiento del varón con carácter previo al uso de las mismas (art. 6.3 LTRHA). No obstante, ante la falta de consentimiento del marido, la determinación de la paternidad del mismo quedará determinada igualmente por la aplicación de la presunción de paternidad del art. 116 del CC. Véanse entre otros, BERROCAL, (2007, p. 53); PÉREZ MONGUE, (2002, p. 586); ZURRIARÁN, (2011, p. 210).

⁶ No obstante, cuando la generación es consecuencia de una fecundación homóloga sin tener que recurrir a material genético ajeno a la pareja, el consentimiento emitido por el marido de la usuaria puede ser un consentimiento informado en la medida que la utilización de la técnica implique la intromisión en su integridad física.

⁷ Como afirma NANCLARES, (2008 p. 2247), la exigencia del consentimiento del marido responde como medida de protección del grupo familiar, intentando evitar en la medida de lo posible la coexistencia de hijos matrimoniales comunes con hijos de uno solo de los cónyuges.

consentimiento emitido por el marido no determina la filiación matrimonial del nacido, pues lo hace la presunción de paternidad del art. 116 del CC por remisión del art. 7.1 de LTRHA, sino que dicho consentimiento se configura como un medio técnico para evitar la impugnación de una filiación no deseada⁸. Por lo tanto, el previo consentimiento a la fecundación con contribución de donante priva al marido de la gestante de la legitimación para el ejercicio de una eventual acción de impugnación de la filiación dada la falta de correspondencia entre verdad biológica y realidad jurídica. Y es que la determinación de la filiación no puede ser susceptible de cambio al arbitrio de un sujeto que previamente ha consentido en la atribución de la misma a su favor.

En el supuesto de inexistencia de vínculo matrimonial entre los usuarios de las técnicas el art. 8.2 de la LTRHA solo exige, en caso de fecundación heteróloga, el consentimiento del *varón no casado*. En este caso, la atribución de la paternidad seguirá igualmente los cauces previstos en el CC, es decir, la vía del reconocimiento que, obviamente, podrá realizar libremente y que determinará una filiación no matrimonial del nacido. No obstante, el previo consentimiento emitido al uso de estas técnicas que implique el uso de material genético ajeno, a falta de reconocimiento, servirá como escrito indubitado a efectos de determinación de la filiación por la vía del expediente gubernativo (art. 8.2 LTRHA) y, si éste deviene contencioso, a través de una acción de reclamación. Para BARBER (2010, p.31)⁹, en última instancia el ejercicio de esta acción no estará dirigida a determinar la verdad biológica –como es presupuesto habitual- sino otra realidad distinta cuya pretensión se basará en el consentimiento previo emitido al uso de estas técnicas.

Tal y como manifiesta TAMAYO (2013, p. 276) la LTRHA resuelve la cuestión de la paternidad volviendo al criterio formal, ensalzando la importancia de la relación socio-afectiva, reforzada dicha situación familiar por la posesión constante de padre. Es una paternidad derivada de haber aceptado previamente la realización de tales técnicas. Prevalece, por tanto, el criterio formal (consentimiento) sobre el material (genético), aunque en ocasiones pueda coincidir si la fecundación es homóloga.

2.3. El consentimiento como criterio de atribución de la maternidad: el art. 7.3 de la LTRHA

En las páginas iniciales de este trabajo se ha adelantado que el recurso a las técnicas de reproducción ha posibilitado maternidades inicialmente inconcebibles. De hecho, la autonomía de la voluntad de la mujer en su decisión de ser madre se ha visto respaldada por esta normativa independientemente si decide hacerlo sola o en compañía de una pareja y, si opta por esta última posibilidad, es indiferente el carácter matrimonial o no de la unión, así como su naturaleza

⁸ En el mismo sentido, NANCLARES, (2008, p.2249); BARBER, (2010, p 29) considera que para el legislador español la declaración de voluntad emitida por el marido de la usuaria no constituye título de determinación de la filiación a sumar a los presentes en los arts. 115 y 120 del CC. De hecho, siguen aplicándose éstos, introduciendo dicho consentimiento sólo modulaciones a sus efectos. En sentido contrario, LAMM, (2012, p. 82) establece que tratándose de una pareja heterosexual casada que acude a las técnicas de reproducción asistida heterólogas el vínculo filial queda determinado por el consentimiento previamente prestado –con las formalidades previstas en el art. 6.3 de LTRHA- con prescindencia del elemento genético o biológico.

⁹ Véase también, ZURRIARÁN (2010, p. 210).

homosexual o heterosexual.

De hecho, la LTRHA responde al deseo de maternidad compartida entre mujeres quedando superada la cuestión del recurso a estas técnicas como método alternativo a la procreación natural frente a la esterilidad humana¹⁰.

Una vez legitimada la unión matrimonial entre dos mujeres por Ley 13/2005, la posibilidad de una maternidad compartida en el seno de esa unión¹¹ la permitió la LRRRSP que adicionó un tercer párrafo al artículo 7 de la LTRHA que dispone que *cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto al nacido*. Ello significa la no aplicación de la presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del CC pese a lo preceptuado por el apartado segundo del artículo 44 del CC: *el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*. En opinión de BERCOVITZ (2007, p.1830)¹² esta inaplicación viene a demostrar que los matrimonios entre personas del mismo sexo constituyen otra clase de matrimonio distinto del matrimonio entre hombre y mujer, en contra de las previsiones constitucionales que admiten una sola clase de matrimonio¹³.

Sin embargo, según doctrina consolidada del TC, las diferencias de régimen jurídico no atentan contra el derecho fundamental a la igualdad cuando los supuestos de hecho a los que se aplican las consecuencias jurídicas son diferentes, resultando la diferencia de trato objetivamente justificada¹⁴. El principio de igualdad del art. 14 de la CE no impide que las normas tomen en consideración, al regular los supuestos de hecho, aquellos elementos de diferenciación que se estimen razonables, es decir, que tengan su fundamento en la justicia. Como afirma QUESADA

¹⁰ Inicialmente el art. 1.2 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida humana (BOE nº 282, de 24.11.1988) (en adelante LTRAH) concebía el recurso a las mismas como alternativa ante la esterilidad humana *para facilitar la procreación cuando otras terapias se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces*. Esto dio lugar a una rápida corrección de erratas añadiéndose el término *fundamental* para excluir dicha única finalidad. No obstante, la propia Exposición de Motivos de la Ley legitimaba a la mujer sola al uso de las mismas. Sin embargo, durante la vigencia de la Ley muchos autores se cuestionaron la configuración de estas técnicas como medio de fecundación alternativo al natural al que podían recurrir no solo parejas y mujeres con problemas de esterilidad, sino también mujeres sin parejas pero fértiles. Sobre esta cuestión, véase, entre otros, DÍAZ MARTÍNEZ (2007, pp. 76 y ss).

¹¹ Sin necesidad de recurrir a la adopción de ambas o de una de ellas del hijo biológico de la otra.

¹² Aboga por una presunción de maternidad de la esposa de la madre biológica, ZURITA (2006, p. 1475).

¹³ En la tramitación de la LRRRSP el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds presentó una enmienda al texto en la que proponía la presunción de maternidad con eficacia limitada a los supuestos de utilización de tratamientos de reproducción asistida al determinar que *en el caso de matrimonios entre mujeres, si una de las cónyuges se ha sometido a técnicas de reproducción asistida la otra cónyuge pasará a tener la filiación directa del hijo biológico de su pareja*.

¹⁴ Véanse, entre otras, SSTC 6.3.1987 (RTC 1987/29; MP: Carlos de la Vega Benayas); 5.5.1994, (RTC 1994/128, MP: Miguel Rodríguez Piñero); 20.5.2002 (RTC 2002/119, MP: Fernando Garrido Falla); 4.3.2004 (RTC 2004/27, MP: Tomás Vives Antón); 26.5.2005 (RTC 2005/138, MP: Jorge Rodríguez zapata Pérez); 27.10.2005 (RTC 2005/273, MP: Elisa Pérez Vera); 3.7.2006 (RTC 2006/214, MP: Elisa Pérez Vera).

(2012, p. 111), es peculiaridad de la justicia tratar igualmente los casos iguales y desigualmente aquellos desiguales. La justicia implica pues, un cierto grado de igualdad, pero no una igualdad absoluta, porque ésta no siempre es justa. El artículo 115 del CC¹⁵ responde a ello si tenemos en cuenta las diferencias lógicas existentes entre los matrimonios heterosexuales y los integrados por dos mujeres desde los planos biológico y jurídico. Por un lado, la imposibilidad natural de tener descendencia de dos mujeres que, aunque unidas por un vínculo matrimonial, solo podrían optar a esa doble maternidad por la vía de la adopción; por otro lado y, como consecuencia de lo anterior, la dificultad para determinar la filiación natural de carácter matrimonial en un sistema ideado sobre una filiación conjunta, materna y paterna, e inspirado en el principio de la verdad biológica, principio que necesariamente quiebra en la determinación de la segunda maternidad¹⁶. De hecho, la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 justifica la no aplicación de la presunción del artículo 116 del CC sobre la base de que el supuesto de hecho a que se refiere el artículo solo puede producirse en caso de matrimonio heterosexual.

Por lo tanto, el artículo 7.3 de la LTRHA vino a suplir esta deficiencia entendiéndose como un nuevo título de determinación de la filiación matrimonial¹⁷ distinto a la presunción de paternidad del art. 116 del CC o a la resolución judicial firme que pone fin a un proceso en materia de filiación. Es decir, pese a que el legislador intentó reconducir el régimen de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción a la filiación natural entendida bajo los postulados del Código Civil, la determinación de esta doble maternidad legal queda al margen de la misma entendida como salvedad que reconoce la propia LTRHA¹⁸.

Si la esposa de la madre biológica ejercita la potestad que le brinda el art. 7.3 de la LTRHA una simple declaración de voluntad es suficiente para la determinación de la filiación matrimonial a su favor y, consiguientemente, la doble maternidad legal habrá sido válidamente constituida.¹⁹ No obstante, el precepto especifica el momento temporal en el que la segunda madre ha de ejercer esta potestad: después del uso de la técnica –cuando el embarazo ya es un hecho– y antes del nacimiento lo que implica que, paradójicamente, la normativa permite el reconocimiento de un *nasciturus* en el seno de una unión matrimonial cuando, por naturaleza, el reconocimiento es el medio de determinación de la filiación extramatrimonial entre parejas heterosexuales con base en la realidad biológica sobre la que se asienta la regulación de la materia en el CC. Por lo tanto,

¹⁵ El artículo 115 del CC establece que *la filiación matrimonial paterna y materna quedará determinada legalmente: 1. Por la inscripción del nacimiento junto al matrimonio de los padres, 2. Por sentencia firme.*

¹⁶ En este sentido se pronuncia DÍAZ MARTINEZ (2007, p. 100); NANCLARES (pp. 2255 y 2256).

¹⁷ NANCLARES (p. 2258).

¹⁸ En este sentido el art. 7.1 de la LTRHA establece que *la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción humana asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los siguientes tres artículos; una de estas salvedades la constituye el régimen de determinación de la doble maternidad legal.*

¹⁹ Se trata de una declaración de voluntad de carácter personalísimo cuya eficacia está sometida a una condición suspensiva, es decir, el hecho futuro e incierto de que se produzca el nacimiento.

podemos hablar de reconocimiento²⁰, en la medida en que se declara la voluntad de determinación de la filiación a su favor, sin correspondencia con el que regulan los artículos 120 y ss. del CC²¹.

Si la fecundación heteróloga se lleva a cabo en el seno de una unión de hecho estable entre dos mujeres sometándose una de ellas a un tratamiento de fertilidad cuyo embarazo llegue a término la filiación del hijo que nazca a favor de la compañera de la mujer gestante no está contemplada en la LTRHA. El art. 7.3 únicamente se refiere y exige el consentimiento previo al nacimiento siempre y cuando ambas mujeres estén unidas por vínculo matrimonial.

Evidentemente, aquélla que se somete al tratamiento deberá cumplir los requisitos exigidos por el art. 6 de la LTRHA en relación con la capacidad requerida y la prestación de su consentimiento al uso de las técnicas. La filiación del hijo que nazca se determinará por los cauces habituales del CC, es decir, por el parto y por la inscripción del nacimiento practicada dentro de plazo de acuerdo con lo dispuesto en la LRC.

Esta situación puede parecernos injusta si la comparamos con el supuesto en el que concurren circunstancias idénticas en una relación de hecho estable de carácter heterosexual por la posibilidad que brinda la LTRHA en su art. 8.2. El consentimiento del varón al uso de estas técnicas constituye escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la LRC. La arbitrariedad radica en el hecho de que en ambos casos nos encontramos con uniones *moure uxorio* cuya única diferencia reside en el carácter heterosexual u homosexual de los sujetos intervinientes. Sin embargo, no existe trato discriminatorio si comparamos esta situación con la prevista en el art. 7.3 de la LTRHA mediando vínculo matrimonial entre ambas mujeres²². No es consecuente acudir a la violación del principio de igualdad en este caso cuando ambas mujeres, teniendo la posibilidad de contraer matrimonio, no lo han hecho haciendo uso de una opción personal. Por lo tanto, no es lógico que les favorezca el reconocimiento del art. 7.3 de la LTRHA. Si como consecuencia del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad se opta por una convivencia homosexual sin matrimonio por voluntad propia no debe tener el mismo alcance respecto a los efectos de la determinación de la filiación cuando el vínculo matrimonial es efectivo. Si ambas mujeres tienen la voluntad de que el nacido se inscriba como hijo legal de ambas, la ley les da esta posibilidad siempre y cuando medie vínculo matrimonial entre ellas. Si deciden no contraer matrimonio, pudiendo hacerlo, no podrán beneficiarse de una opción que la ley únicamente contempla en caso de matrimonio entre las convivientes.

²⁰ Para DÍAZ MARTINEZ, (2007, p. 86) el apartado tercero del art. 7 de la LTRHA se justifica en el hecho de no permitir la opción de que la doble maternidad legal pudiese llevarse a efecto por la vía del reconocimiento.

²¹ El consentimiento como método de atribución de la maternidad conlleva numerosas dudas y cuestiones que han sido planteadas por diversos autores que han estudiado la materia. Por ejemplo, la revocabilidad del mismo antes del nacimiento del bebé o su posible impugnación por el hijo cuando sea mayor de edad. Estos autores han tratado de dar solución a estos interrogantes en diversos trabajos. No es una cuestión que intentemos abordar en este estudio. No obstante, sobre el mismo se puede consultar DÍAZ MARTINEZ, (2007, p. 88).

²² En contra de ello se han pronunciado algunos autores, LAMM (2012, p. 85) o TAMAYO HAYA (2013, p. 280).

La única posibilidad que brinda nuestro ordenamiento para determinar la filiación del hijo nacido a favor de la conviviente no gestante será la adopción por ésta última. Sin embargo, en opinión de LAMM (2012, p. 85), el éxito de la adopción dependerá del criterio del juez por lo que no siempre estará asegurada. Igualmente plantea situaciones fácilmente concurrentes en la tramitación del proceso de adopción como puede ser la disolución de la unión bien por fallecimiento de la madre legal o por voluntad conjunta de ambas.

No obstante lo anterior, DIAZ MARTINEZ (2007, p. 88) aboga por la aplicación analógica del art. 8.2 de la LTRHA argumentado para ello que la identidad de razón que exige el art. 4.2 del CC para la aplicación analógica de una norma reside en el hecho de que la reproducción asistida heteróloga es un ámbito donde la filiación es más un concepto jurídico que natural por lo que si el varón integrante de una pareja no casada puede asumir formalmente una paternidad biológica que no le corresponde, no hay razón para que una mujer en las mismas circunstancias pueda hacer lo mismo²³.

En este sentido destaca la solución que, al respecto, proporciona la Ley 25/2010, de 29 de julio (DOGC n°5686 de 5 de agosto y BOE n°203 de 21 de agosto de 2010) del Libro Segundo del CC de Cataluña relativo a la persona y a la familia, que permite la determinación de la maternidad de la mujer que consiente la aplicación de la técnica de reproducción asistida de su compañera sin necesidad de acudir a la aplicación analógica. Así lo manifiesta el Preámbulo al determinar que *la maternidad derivada del mero consentimiento para la procreación asistida de su esposa o compañera no es una maternidad biológica, por naturaleza, sino una relación jurídica puramente legal. Sin embargo, eso no es ninguna novedad en el ordenamiento jurídico catalán. Se da en la paternidad del hombre, casado o no que presta el consentimiento para la procreación asistida de su esposa o pareja estable. Por este motivo, se ha creído oportuno no incorporar una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación y se ha optado por asimilarla, en cuanto al tratamiento legal, a la paternidad del hombre que consiente la fecundación asistida, dado que en ambas el título de atribución es el consentimiento, y no la relación biológica. Como la posibilidad de que la maternidad de la esposa o compañera que consiente la fecundación asistida de la que será la madre biológica se determine directamente afecta a los medios de determinación de la filiación, ha sido preciso añadir el consentimiento para la procreación asistida a la lista de títulos de atribución de la filiación. A partir de aquí, se ha considerado conveniente extender el régimen de impugnación del reconocimiento, lo que ahorra una aplicación analógica de la legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida*²⁴.

²³ Son varios los autores, DIAZ MARTINEZ (2007, p. 108), RUBIO TORRANO (2006, p. 2087) los que, en este sentido, critican y cuestionan la constitucionalidad de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 5 de junio de 2005 que plantea la posibilidad de que se inscriba en el Registro Civil la maternidad tanto de la madre gestante como, mediante el correspondiente reconocimiento de la filiación, de la mujer que convive con ella como pareja estable. La Dirección General rechaza semejante interpretación que resulta impedida “por el hecho de que la citada reforma del Código Civil operada por Ley 13/2005 ha dejado incólume todo el régimen legal de la filiación” y porque, además, “la reciente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, mantiene en esta materia la determinación legal de la filiación el mismo esquema y contenido normativo que el que ya figuraba en la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de manera que tan solo contempla la posibilidad de que la filiación concurrente con la madre de la usuaria de las técnicas de fecundación asistida, sea la del marido o varón no casado con la madre que la consiente, tanto en el caso de que se utilicen gametos procedentes de este último como en el caso del material reproductor procedente de donante anónimo”.

²⁴ Esta intención se plasma expresamente en el art. 235.13 del Código Civil de Cataluña.

Respecto al primer pronunciamiento judicial origen de esta reflexión, la doble maternidad legal no se determina por el uso de la potestad del art. 7.3 de la LTRHA. Cronológicamente hubiera sido posible que la esposa de la madre biológica hubiese hecho uso de la facultad reconocida por el ordenamiento ya que el embarazo resultó exitoso vigente el apartado 3 del artículo 7 que la consagra²⁵. Es más, la madre biológica es la que intentan, vigente su matrimonio, que se determine la filiación de las niñas a favor de su esposa mediante expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, solicitud que fue denegada.

En relación con el segundo de ellos, no concurren los presupuestos para la determinación de la filiación legal de carácter volitivo establecidos por la LTRHA ante la ausencia de cualquiera de las hipótesis que contempla la mencionada norma.

Sin embargo, en ambos casos la determinación de la filiación a favor de de la exconviviente, matrimonial en un caso y de hecho en el otro, se consigue por vía judicial, concretamente mediante el ejercicio de una acción de reclamación –art. 131 del CC– una vez roto el vínculo que las unía. La estimación de la misma trasciende porque se aparta de la finalidad pretendida por el ejercicio común de estas acciones como es la determinación de una paternidad o maternidad acorde a la realidad biológica. De hecho, se reconoce un vínculo jurídico contrario a las leyes de la biología.

2.4 La función del consentimiento de la madre no gestante en las SSTS de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014.

Nos encontramos ante supuestos sin normativa aplicable que determine la filiación legal de carácter volitivo a favor de la compañera de la madre biológica pese a la estabilidad de la relación materno-filial reflejada en el día a día que, durante la vigencia de la convivencia, ha vinculado a los hijos de la madre gestante con su compañera. Por ello, el Derecho debe arbitrar un mecanismo que permita el reconocimiento legal de esta situación de hecho. En este sentido, el artículo 131 del CC regula la acción de reclamación de la filiación en base al interés legítimo del reclamante sobre la base fáctica de una posesión de estado; filiación que de reconocerse habrá de ser de naturaleza matrimonial, en el primero de los pronunciamientos judiciales pues el nacimiento de las niñas se produce vigente el matrimonio de las madres, aunque la generación fuese anterior al mismo y extramatrimonial respecto al segundo de ellos debido a la inexistencia de vínculo matrimonial entre ambas.

Los presupuestos que legitiman el ejercicio de esta acción serán analizados en los siguientes

²⁵ Otra opción, aunque más larga y costosa, hubiese sido la posible maternidad legal derivada del recurso a la adopción de las menores por la compañera de la madre biológica durante la vigencia del matrimonio de las mismas. Así, conforme a la interpretación conjunta de los artículos 44 párrafo segundo y 176.2º.2ª ambos del CC se hubiese podido determinar la filiación a su favor, constituyendo una filiación natural de carácter matrimonial por adopción.

apartados vinculándolos a la cuestión controvertida. En éste, por el contrario, queremos destacar el papel preponderante que cumple la prestación del consentimiento al uso de las técnicas de reproducción humana asistida por la compañera de la madre biológica que, sin ser legalmente preceptivo por la ley, es decisivo en la resolución que emite el Tribunal Supremo en ambos pronunciamientos.

Si esto es así, es lógico que nos cuestionemos ¿por qué el Tribunal Supremo otorga a ese consentimiento un valor tan definitivo en su pronunciamiento? Creemos que ello debe responder a que el criterio de la verdad biológica que preside la regulación de la filiación en el CC no responde a la realidad de los nuevos modelos de convivencia. Esta afirmación encuentra su argumento no en los preceptos reguladores de la determinación de la filiación que, como hemos tenido ocasión de estudiar, intentan adaptar el sistema vigente a las nuevas técnicas que posibilitan la generación cualquiera que sea la combinación de los sujetos que recurren a ellas, sino en la necesidad de adecuar la regulación del ejercicio de las acciones de filiación a estas realidades, cuestión que no fue abordada por el legislador tras la promulgación de la ley que permitía el matrimonio entre personas de la misma condición sexual. En primer lugar, es necesario destacar que la legitimación en el ejercicio de una acción de reclamación de la filiación del artículo 131 del CC estaba pensada sobre la base de relaciones heterosexuales. No obstante, la propia redacción del precepto, *cualquier persona con interés legítimo*, permite que no se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante. En segundo lugar, la sentencia contribuye a adaptar por la vía de los hechos el criterio voluntarista como principio rector del ejercicio de las acciones para la determinación de la filiación. Así han de entenderse las palabras del Tribunal cuando afirma que la protección integral de los hijos ante la ley “no puede quedar subordinada a un requisito formal, como es el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo”, argumento éste al que se remite el propio Tribunal un mes más tarde (STS, 1^a, 5.12.2013 (RJ 2013/7566)).

En ambas ocasiones la gestación se ha conseguido por el recurso a estas técnicas, en concreto, por fecundación in vitro utilizando material genético propio de la gestante y donación de esperma. No obstante, la gestación se hubiera podido conseguir igualmente mediante la combinación de estos elementos pero con procedencia distintas. Así, por ejemplo, con la donación del óvulo por la pareja de la madre biológica seguida de una inseminación artificial o fecundación in vitro con esperma procedente de donante o con material genético ajeno a ambas integrantes de la unión, es decir, donación de ovocitos o implantación de un preembrión de otra pareja.

Este planteamiento da lugar a la concurrencia de distintos consentimientos que habrán de prestarse al margen de los ya requeridos y estudiados: consentimiento contractual al contrato de prestación de servicios que vincula a la gestante con la clínica y consentimiento informado de la usuaria a la utilización de las técnicas.

Una de las hipótesis expuestas permitiría, al menos teóricamente, que ambas mujeres fueran

madres biológicas. Nos estamos refiriendo al supuesto de fecundación de un ovocito de una de ellas, gestando la otra el embrión así generado. No obstante, el reconocimiento de la maternidad legal de la no gestante pero donante del óvulo requerirá el consentimiento del artículo 7.3 de la LTRHA, es decir, el manifestado ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, a que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine la filiación respecto del nacido. El artículo 5 de la LTRHA se refiere a la donación de gametos, es decir, de espermia y de óvulo, que necesariamente obliga a aplicar las disposiciones referidas a cualquier donación ya sea de material genético masculino o femenino. Por lo tanto, el donante renuncia a cualquier pretensión sobre derechos parentales biológicos respecto a la descendencia. Es decir, el posible reconocimiento habrá de conseguirse siguiendo las pautas que, a estos efectos, establece la Ley, en la calidad de cónyuge de la gestante pero no de madre biológica. De no ejercitarse esta opción, la posterior reclamación de la maternidad de la donante, a la vista de los pronunciamientos estudiados, permitiría el ejercicio de una acción de reclamación de la filiación por posesión de estado, en el caso de que éste concurriera, pero sin base en la identidad entre realidad legal y biológica.

La misma pauta habrá de seguirse si el embarazo se logra en el seno de una unión de hecho estable de carácter homosexual. No obstante, en este supuesto, la determinación legal de la filiación a favor de la madre no gestante, aunque donante del óvulo fecundado, será la vía de la adopción.

Contrasta esta opción con el pronunciamiento adoptado por la Corte Suprema de California²⁶ en una hipótesis idéntica a la planteada. Una de las integrantes de la unión, donante de los óvulos a su compañera, renuncia en el contrato de donación a cualquier derecho respecto a la posible descendencia²⁷. Tras el nacimiento de las niñas ambas mujeres ejercen las funciones propias de una madre por lo que tras la separación de la pareja la donante se encuentra legitimada para reclamar su condición de progenitora. La Corte Suprema de California revoca los pronunciamientos anteriores²⁸ y resuelve a favor de la determinación de la filiación respecto de la donante pese a que no hubo voluntad conjunta de ambas mujeres a la maternidad, únicamente de la gestante ya que el contrato de donación de ovocitos implica necesariamente la renuncia a

²⁶ Sobre este particular véase, entre otros, FARNÓS Y GARRIGA (2005, pp. 3-4).

²⁷ FARNÓS Y GARRIGA (2005, p. 3) explican las versiones contradictorias argumentadas por cada una de las partes en cuanto a sus intenciones en los momentos previos a la concepción. De hecho, la gestante aseguraba que no habría aceptado la donación si su compañera no hubiese firmado la renuncia, cuestión que había sido discutida por ambas confiando en que la renuncia en documento la protegía frente a una eventual disputa. Por su parte, la donante argumentaba que habían fijado que los hijos que nacieran convivirían con ambas, que las dos actuarían como madres y que firmó el documento de renuncia como una formalidad más necesaria para hacer efectiva la donación de gametos.

²⁸ La *Superior Court* consideró que solo la madre gestante era la madre legal, pues la posición de la demandante era análoga a la de un donante de espermia a quien la ley no considera padre [§7613 (b) *Cal. Fam. Code*]. En el mismo sentido, la *Court of Appeal* argumentó que únicamente ella tenía esa intención en el momento de la concepción y que la voluntad posterior de la donante al reconocimiento de su maternidad podía haberse canalizado a través de una adopción, pero en ningún caso podía alterar la determinación originaria de la maternidad.

cualquier pretensión posterior sobre reconocimiento legal de filiación. El Tribunal considera que la donante no hizo una simple donación de óvulos, sino que aportó los suyos para la inseminación de la mujer con la que convivía, con la finalidad de traer al mundo unos hijos que crecerían en el hogar que compartía con la madre biológica²⁹. El pronunciamiento del Tribunal norteamericano se decanta a favor de la declaración de la filiación de la donante basándose en la voluntad a la procreación.

La sentencia introduce una norma de determinación de la filiación de la maternidad según la cual la mujer que dona sus óvulos con la intención de que su pareja lesbiana engendre unos hijos que convivan con las dos, es la madre de éstos incluso si ha manifestado expresamente su voluntad en contra antes de la concepción.

Podemos concluir afirmando que en la determinación legal de la filiación de la compañera de la madre biológica, independientemente de la procedencia del óvulo fecundado -de la propia gestante, de su compañera o de una donante ajena a ambas- la voluntad previa a la concepción en ambas mujeres, consecuencia de un proyecto de vida conjunta, podrá ser determinante a efectos de configurar jurídicamente la relación materno-filial superando con ello el criterio de la verdad biológica y genética propio del Código a favor de un criterio voluntarista; revolución conceptual que se está produciendo por la vía de los hechos, al margen de la concepción tradicional del Código Civil.

3. Concurrencia del “interés legítimo” del artículo 131 del Código Civil en la madre reclamante

En ambos supuestos las demandantes ejercitan judicialmente una acción de reclamación de la filiación³⁰ reconocida en el art. 131 del CC cuya finalidad no es otra que ésta quede legalmente determinada para que, una vez constatada la relación materno-filial, estén legitimadas activamente para el correcto ejercicio de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad sobre los menores. El ejercicio de esta acción judicial tiene un primer y principal efecto que es la declaración y determinación de la doble maternidad legal. No obstante, como efecto secundario, derivado del anterior se delimitarán los derechos y deberes exigibles tras la determinación de la misma. Por lo tanto, la sentencia firme estimatoria que pone fin al proceso de reclamación será declarativa respecto a la determinación de la filiación porque establece en el ámbito jurídico una realidad social preexistente y constitutiva respecto a los efectos siendo exigibles jurídicamente el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad³¹.

²⁹ La sentencia contiene dos votos disidentes que consideran que debería haberse otorgado eficacia al documento de renuncia de los derechos parentales ya que la resolución contraria constituye una amenaza para aquellos que traen hijos al mundo mediante las técnicas de reproducción asistida confiados en que se cumplirá lo que han previsto expresamente antes de la concepción.

³⁰ De los artículos 115.2 y 120.3 del CC se colige que tanto la filiación matrimonial como no matrimonial puede quedar legalmente determinada en un procedimiento judicial, *por sentencia judicial*, dicen literalmente los mencionados preceptos.

La diferencia más sustancial entre ambos procedimientos judiciales reside en el hecho de que, la filiación determinada por el ejercicio de la acción de reclamación en el primer caso es una filiación de naturaleza matrimonial ya que el nacimiento de las gemelas acontece vigente el matrimonio de sus madres; mientras que en el segundo de los comentados la filiación determinada es extramatrimonial al no mediar vínculo jurídico alguno entre las progenitoras en el momento del alumbramiento del menor, tan solo una unión *more uxorio* entre ambas.

Esta afirmación permite constatar que el principio de igualdad de los hijos ante la ley consagrado en el art. 108 del CC en cumplimiento de lo preceptuado en los arts. 14 y 39.2 del la CE se cumple tanto respecto al modo de determinación de la misma como respecto a los efectos que dicha constatación implica³² pues el art. 131 del CC reconoce legitimación activa para el ejercicio cuando concurra en el demandante un interés legítimo siempre y cuando a su vez se cumplan dos presupuestos: la existencia de una constante posesión de estado así como que el ejercicio de la referida acción no contradiga otra filiación legalmente determinada independientemente del vínculo matrimonial o no que exista entre los progenitores. En cualquier caso, este interés ha de ser actual y no un futurible, es decir, ha de ser susceptible de satisfacerse inmediatamente cuando la acción de reclamación se ejercita³³

La cuestión de la constante posesión de estado merece un estudio pormenorizado que será llevado a cabo en el epígrafe siguiente. No obstante, en relación con el segundo de los requisitos exigidos, la filiación que reclaman las demandantes no contradice otra legalmente determinada ya que la que consta como tal es la de la madre biológica y la reclamada, también materno-filial, ha de ser analizada desde la perspectiva del actual concepto de familia en donde la doble maternidad legal está perfectamente integrada. Por lo tanto, la perfecta comprensión de los pronunciamientos del TS que sirven como punto de reflexión no pueden ser encajados en el sistema que busca la identidad entre realidad biológica y jurídica o legal sino entre realidad social y jurídica lo que implica que el Derecho de filiación ha de ser “un instrumento vivo, a interpretar a la luz de las condiciones actuales”³⁴.

³¹ Aunque voces autorizadas en la doctrina han defendido la inaplicación del régimen de acciones de reclamación e impugnación basadas en la verdad biológica a aquellos supuestos especiales contemplados por la LTRHA no fundados en dicha verdad, y en particular a la determinación de una segunda maternidad legal (BARBER, 2013, pp. 136 y 139) el TS en estos pronunciamientos ha seguido a otros autores partidarios de una aplicación extensiva del régimen de las acciones de filiación a supuestos para los que inicialmente no está pensado desde la óptica de la reforma en la materia que pretende hacer coincidir la verdad biológica con la real (VERDERA SERVER, 2007, pp. 288-289). Sobre esta cuestión, véase el comentario crítico de la STS de 5 de diciembre de 2013 realizado por QUICIOS (2014, pp. 609-630). Discrepamos de la última de las autoras referidas en la medida que el derecho de filiación ha de ser interpretado a la luz de las nuevas coordenadas que la propia realidad social va demandando.

³² De hecho, el régimen de ejercicio de esta acción de reclamación es indiferente a la existencia o no de matrimonio entre los progenitores, tesis defendida por GARCIA VICENTE (2006, pp. 230 y ss.).

³³ QUESADA GONZALEZ (2002, p. 233). La autora nos proporciona un elenco de sujetos legitimados en los que podría concurrir este interés legítimo sin ánimo de ser una lista excluyente pues reconoce que la realidad desborda cualquier previsión casuística legal o doctrinal que pudiera hacerse, como de hecho, ocurre en los pronunciamientos judiciales que nos sirven de referencia.

³⁴ Esta afirmación fue realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en la sentencia de 12 de enero de 2006 (MIZZI contra Malta) aboga por la interpretación de los artículos 6, 8 y 14 del Convenio del Consejo de

Por lo tanto, toda la argumentación a favor del interés legítimo de la demandante ha de ser analizada desde esta perspectiva superando con ello la concepción tradicional del Código Civil ideada sobre la hipótesis generalizada del ejercicio de una acción de reclamación cuya legitimación activa puede corresponder a distintos sujetos bien se abogue por una interpretación amplia o restrictiva de la locución, si bien contemplada siempre bajo el prisma de una convivencia o vínculo matrimonial de naturaleza heterosexual.

Clarificada esta cuestión trascendental para la correcta comprensión de la decisión judicial la acción que se ejercita es una acción que se caracteriza por ser personalísima, indisponible, bajo intervención preceptiva del Ministerio Fiscal³⁵ y con eficacia *erga omnes*.

Compartimos con QUESADA GONZÁLEZ (2012, p.214) que pese a la terminología empleada por el legislador en el art. 131 del CC, en concreto utilizando el término *declare*, nos encontramos ante una acción de reclamación de la filiación y no ante una acción declarativa de la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Sin embargo, discrepamos respecto a la justificación que argumenta su postura que no es otra que la de determinar legalmente la paternidad o maternidad biológicas. Defiende la autora que la acción de reclamación de la filiación lo es siempre de declaración de la filiación y no de constitución de la paternidad o de la maternidad, pues quien es padre o madre lo ha sido desde el instante mismo en que por obra suya el hijo fue engendrado o concebido. Es más, se muestra la autora partidaria de que no debe prosperar la acción de reclamación respecto de alguien que no es el progenitor biológico. Esta argumentación es lógica desde la perspectiva realista propia del Derecho de filiación tras la reforma del Código Civil en 1981, visión que corresponde al principio de veracidad que pretende hacer concurrir la verdad biológica con la jurídica.

Sin embargo, este principio de veracidad cede ante un principio formalista que sobrevalora otros elementos como la paz familiar o la estabilidad de la sociedad. Se prescinde de la verdad real en aquellos supuestos que justifica la ley como el recurso a las técnicas de reproducción asistida, en ambos pronunciamientos heterólogas, por disposición legal al imponer el anonimato del donante salvo cuestiones relacionadas con la salud del concebido³⁶.

Europa de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en especial, en relación al concepto del derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 y la necesidad de que el mismo vaya adaptándose a la realidad social vigente.

³⁵ En este sentido el art. 749.1 de LEC dispone que *en los procesos de incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la ley, asumir la defensa de alguna de las partes.*

³⁶ No obstante, esta vuelta al formalismo no debe ser entendida en el sentido que se le atribuía por la antigua regulación del Código Civil defensora de una paternidad formal, de modo que en los supuestos de filiación legítima, es decir, la que tenía efectos dentro del matrimonio, el marido de la madre era siempre el padre de los hijos de ésta, aunque no lo fuera biológicamente. Esta concepción formal evoluciona hacia un sistema realista que responde al principio de veracidad a partir de la vigencia de la Constitución Española gracias a la permisividad que establece su art. 39.2 al acceder a la investigación de la paternidad por medio de toda clase de pruebas. En este sentido véase, ROCA TRIAS, (1999. pp. 2 y ss.).

Esta afirmación que se acaba de realizar conduce a cuestionarse el porqué de la misma. ¿Cuál es el instrumento en virtud del cual el aplicador del Derecho en ambas sentencias autoriza a que una acción cuya legitimación esté ideada sobre la base de una relación heterosexual permita que la actora reclamante de la relación materno-filial sea una mujer cuando la relación materno-filial con la madre biológica está determinada desde el mismo instante del parto?

El ponente de la STS, 1^a, 15.1.2014 (RJ 2014/1265) nos encamina la respuesta al afirmar que en la argumentación que decide el pronunciamiento estimatorio de la acción ejercitada han de primar los principios que inspiran la regulación de las acciones de filiación en el marco constitucional lo que le lleva a afirmar la “compatibilidad (de los principios inspiradores de estas acciones) con los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento (arts. 14 y 39.2 de la CE) de protección de la familia, de los hijos (íntegra) y de las madres con independencia de su estado civil (art.39 de la CE), de igualdad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (art. 10 de la CE) así como la debatida ponderación, cada vez más primordial, del interés superior del menor”. Llegados a este punto se hace necesario distinguir dos cuestiones que pueden inducir a confusión pero que merecen ser diferenciadas pese a que una constituya el fundamento de la siguiente.

Hasta este momento se ha intentado justificar el legítimo interés de la madre reclamante como justificación de la legitimación activa en el ejercicio de la acción del art. 131 del CC, interés que se justifica y proyecta en el mejor interés del menor cuya filiación se reclama.

Es a este interés del menor al que nos referiremos a continuación al considerarlo pieza clave en la determinación del interés legítimo exigido por el art. 131 del CC para legitimar activamente a la reclamante de la filiación. El interés legítimo de la demandante se proyecta en beneficio de los menores cuya filiación ha de ser determinada ya que la sentencia estimatoria atenderá, en la medida que determine los efectos derivados de la filiación, a cuestiones tales como el equilibrio psíquico y emocional del menor o su situación económica³⁷.

La legitimación de las demandantes en ambos supuestos acarrea un problema de fondo ya que el juez conocedor del litigio ha de enfrentarse a un supuesto que el legislador no ha contemplado, aún debiendo haberlo hecho, y pese a ello debe resolver. Anteriormente hemos referido que el ejercicio de estas acciones se contempla desde la perspectiva de una relación heterosexual medie o no matrimonio entre las partes. Sin embargo, en la medida que el legislador en 2005 regula el matrimonio entre personas del mismo sexo equiparándolo en sus efectos a la unión tradicional

³⁷ Los pronunciamientos estudiados se alejan porque la realidad social así lo demanda del establecido en la STSJ de Cataluña, Civil, 6.5.1992 (RJ 1992/10277; MP: Luis María Díaz Varcárcel) cuando en su fundamento jurídico tercero se dice: “en materia de investigación de la relación paterno filial o materno-filial el principio que debe prevalecer es el de la veracidad material en su vertiente de verdad biológica, procurando hacer coincidir la filiación jurídica con el segundo gran principio regulador de la materia: el del *favor filii*. Con la aplicación del principio del favor filii los Tribunales deben impedir que la constatación del hecho biológico produzca al hijo más inconvenientes que los inevitables que en ocasiones puede acarrear la mera declaración de maternidad o paternidad”. En los supuestos en los que se ejercita una acción de reclamación de la maternidad encaminada a determinar la doble maternidad legal, no puede prevalecer, por imposible, el principio de la veracidad material por ello es pieza clave el análisis del interés superior del menor cuya filiación se está enjuiciando.

entre un hombre y una mujer, permitiendo la generación en el seno de las uniones homosexuales de mujeres mediante el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida, el Derecho de filiación demanda una reforma, especialmente, las materias referidas al ejercicio de sus acciones. Sin embargo, ello no ha tenido lugar por la vía legislativa siendo inviable la denegación de la justicia ante una insuficiencia de la ley. Esta situación puede ser subsanada mediante un mecanismo corrector conocido como cláusula general que, aunque no expresamente aludido por los ponentes de ambos de nuestros pronunciamientos, a la postre justifican la decisión adoptada. Una cláusula general se conceptúa en palabras de MIQUEL GONZALEZ (1997, p. 297) como disposiciones de ley, y en ello se diferencian de los principios generales. En realidad en muchas ocasiones el legislador se limita a elevar a rango de Ley auténticos principios generales del Derecho, que a partir de ese momento y con independencia de su carácter informador del ordenamiento jurídico (y su aplicación principalmente subsidiaria por el Juez, *ex art.* 1.4 del CC) pasan a configurar normas imperativas y, por tanto, de aplicación directa y necesaria. Esta afirmación permite entender que la vinculación del juez a la Ley no pueda serlo de forma rígida sino flexible dentro del Ordenamiento entendido en su conjunto. Por ello, el juez puede corregir un precepto legal mediante una cláusula general, pues es precisamente para ello para lo que están pensadas éstas. No es que el Juez se desvincule de la ley, sino que aplica otra ley (la que contiene la cláusula general) que sirve a dicho efecto.

Este es el sentido que debemos atribuir al artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE nº15, de 17.1.1996) (en adelante LOPJM) cuando establece que *en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*³⁸. Este precepto configurado como cláusula general plasma un concepto abierto que se concreta cuando se desciende al caso particular. De hecho, esta cláusula general poco a poco ha ido penetrando en los distintos cuerpos normativos del Derecho de Familia, entre ellos, en la materia referida a las acciones de filiación³⁹.

El recurso a este mecanismo corrector es el utilizado por los ponentes en ambas sentencias. La propia ambigüedad de la redacción del precepto corrobora esta hipótesis *cualquier persona con interés legítimo*. En la segunda de las referidas el magistrado insiste en que este interés ha de salvaguardar los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad del menor, por lo que es necesario “su proyección sobre la protección de la vida familiar (...) sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomando como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme a la libre personalidad del menor”.

³⁸ Aunque no se recoge expresamente en la Constitución Española el principio del interés del menor, ni el principio del *favor filii* del art. 39 de la CE se deduce, en cuanto que en este precepto se establece el propósito de que con carácter prioritario se proteja y presta asistencia a los hijos en el seno de la familia (párrafos segundo y tercero) y se afirma que *los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos* (párrafo cuarto). De manera que en virtud de los artículos 39, 10.2 y 96 de la CE queda claramente incorporado en nuestro ordenamiento jurídico este principio del interés superior del menor.

³⁹ Sobre la aplicación de la cláusula general del interés superior del menor como posible mecanismo para completar, flexibilizar y corregir el Derecho de Familia, véase DE TORRES PEREA, (2014, pp. 3555 y ss.).

El aplicador del Derecho lleva a cabo un juicio de ponderación sobre los intereses concurrentes: el del niño, el de la madre biológica y el de la madre reclamante y, una vez analizados todos ellos, desde la perspectiva del mejor interés del menor certifica que, dada la concurrencia de los hechos que dieron lugar a ambos litigios, existió en ambos casos una unidad familiar entre las convivientes y los hijos engendrados durante la vigencia de la unión por voluntad conjunta de ambas mujeres. Igualmente constata el completo desarrollo físico, psíquico y social de los menores en sus edades respectivas durante la vigencia del matrimonio o de la unión de sus madres por lo que derechos como el libre desarrollo de la personalidad del menor o su dignidad han sido debidamente protegidos. La desvinculación de la relación materno-filial de los menores con la madre no biológica, de no prosperar la acción, supondría, en cualquier caso, un menoscabo del interés del menor que podría ver vulnerados derechos constitucionales como el de igualdad de los hijos ante la ley o el de no discriminación por razón de filiación o nacimiento.

Por lo tanto, el juez lleva a cabo el mismo juicio de ponderación que haría si las circunstancias que rodeasen el ejercicio de la acción de reclamación del art. 131 del CC se hiciese en el seno de una relación de naturaleza heterosexual, interpretando el Derecho de filiación bajo los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación, es decir, el juez no hace otra cosa que interpretar de forma flexible el ordenamiento en su conjunto para dar solución a una controversia no contemplada legislativamente. En ello consiste precisamente el mecanismo corrector de la cláusula genera⁴⁰.

No obstante esta afirmación merece traer a colación la sentencia del TS 1^a, 6.2.2014 (RJ 2014/736; MP: Rafael Saraza Jimena). Si bien el supuesto de hecho no es idéntico al cuestionado en este trabajo, al denegarse la inscripción en el Registro Civil a favor de los comitentes (dos varones españoles casados entre sí) del nacimiento de un menor nacido gracias a la gestación por sustitución en California, la no vulneración del interés del menor es uno de los argumentos defendidos por el TS para llegar a una conclusión clamorosamente opuesta a la mantenida en las sentencias cuyo objeto es el ejercicio de la acción de reclamación de la mujer no gestante. Es más, el Alto Tribunal reconoce el interés superior del menor como “concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para poder ampliar los márgenes de la ponderación judicial”. Sin embargo, pese al argumento razonado por los demandantes, el TS defiende la no conculcación del interés del menor al considerar que esta cláusula general “no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La consideración del interés superior del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales. La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la

⁴⁰ En contra de esta afirmación se pronuncia el voto particular que a la STS de 15 de enero de 2014 formulado por los Magistrados Marín Castán, Salas Carceller y Santos Gallardo al considerar que “la estimación del recurso de la demandante satisface no el interés superior del menor sino la aspiración de ser madre de la demandante cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada”.

misma”.

En su razonamiento el TS alude al art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, (Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990, BOE, núm. 13, de 31 de diciembre de 1990) precepto que establece la consideración primordial del interés superior del menor en la adopción de cualquier medida concerniente a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos. No obstante, pese a ello en el Fundamento de Derecho nº7 justifica la pertinencia de concretar tal principio con otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación, así “la dignidad e integridad de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza o impedir la mercantilización de la gestión y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre los derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993”. A tenor de estos precedentes el TS niega la inscripción, entre otros motivos, justificándose en la conculcación del interés del menor, en primer lugar, por no poder establecerse una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación y, en segundo lugar, porque de poder inscribirse la filiación a favor de los comitentes se apostaría por una mercantilización de la filiación del menor atentando contra su dignidad al convertirlo en objeto de tráfico mercantil.

Sin embargo, esta sentencia se aparta de la línea jurisprudencial mantenida hasta ahora de forma constante por el TS⁴¹, obviando la consideración del art. 2 de la LOPJM como cláusula general que permita adaptar las soluciones a los criterios de la conciencia social, siempre en evolución⁴². El TS cae en contradicción al afirmar que el interés superior del menor es una cláusula general para seguidamente añadir que no puede contrariar lo previsto por una norma de Derecho Positivo⁴³.

Es más, la solución propuesta por el TS para que la filiación de este niño pueda ser determinada a favor de los comitentes siendo uno de ellos portador del material genético induciría a confusión, ya que a todos los efectos, la gestación se habría conseguido gracias a un vientre de alquiler por lo que la solución, lejos de ser disuasoria, promovería el recurso a esta técnica prohibida expresamente por nuestra legislación. La justificación de esta vía es la protección del interés del menor que convive en una familia que actúa socialmente como tal. La filiación a favor del progenitor biológico quedaría determinada por la posible reclamación de la paternidad vía art. 10 de la LTRHA y la de su esposo por vía de la adopción. Por lo tanto, es absurdo que según la técnica jurídica empleada se llegue a soluciones totalmente opuestas cuando el supuesto de hecho

⁴¹ En la mayor parte de estas sentencias ha sido ponente la profesora Encarna Roca

⁴² DE TORRES PEREA (2014, p. 2).

⁴³ No obstante, esta sentencia se ha visto afectada por la STEDH (arrêt 26 juin 2014) que sin duda antepone el interés superior del menor a la ley, en este caso a la ley francesa, que tampoco permitía la maternidad subrogada, y no debe olvidarse que el TEDH está por encima del TC español.

comparte identidad de razón.

Por lo tanto, el recurso a la técnica de la cláusula general como medio resolutorio de los conflictos cuestionados en los tres pronunciamientos judiciales analizados, lejos de distanciar a los mismos, aunque el tenor literal de las sentencias así lo demuestren, corroboran la Observación General n^o14 de la Naciones Unidas de 2013 sobre la Convención de los Derechos del Niño que afirma que el interés superior del menor será la *consideración primordial* lo que lleva implícito que *los intereses del niño han de tener la máxima prioridad y no ser una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño*. Este es el proceder del TS en las sentencias analizadas; si bien el recurso a la cláusula general no opera bajo los mismos postulados, ya que en dos de los pronunciamientos el problema planteado es la laguna legal para el reconocimiento de estos niños cuando las convivientes no han contraído matrimonio o bien, contrayéndolo no han hecho uso de la prerrogativa del art. 7.3 de la LTRHA; en el último de los analizados el recurso a la cláusula general del interés superior del menor se plantea cuando, pese a la vulneración de una norma de Derecho positivo como es la prohibición de gestación por sustitución, la pareja comitente recurre a ella bajo los postulados de otro ordenamiento en el que sí está autorizada, permitiendo la filiación del nacido a favor de los comitentes lo que vulneraría, a tenor de la sentencia, el orden público internacional español.

A ello responde la aplicación de la cláusula general del interés superior del menor en las madres reclamantes de su filiación materna. Por otro lado, el interés legal de la actora que la legitima en el ejercicio de la acción de reclamación es un interés que ha de ser caracterizado como moral y patrimonial y que obedece al ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los menores.

El carácter patrimonial ha de entenderse no desde la perspectiva que lo hacen algunos autores en la medida que la determinación judicial de la filiación pudiera beneficiar a los acreedores de la relación materno-filial controvertida, sino desde el punto de vista de la patrimonialidad que beneficia al propio menor. Así, el deber de alimentos, en toda su extensión, sería compartido entre ambas madres en la proporción determinada por el juez si también se judicializara la pensión alimenticia. Por otra parte, la madre no biológica tendría capacidad de decisión sobre todas las cuestiones que afectasen al menor hasta el momento en que alcanzase su madurez personal y económica de manera que estaría legitimada su participación en la toma de decisiones necesarias para la formación y educación civil y moral de los mismos.

4. La constante posesión de estado

A tenor del art. 113 del CC la posesión de estado es un medio de acreditación de la filiación⁴⁴, no

⁴⁴ Son medios de prueba preconstituidos y expeditivos que acreditan con facilidad, rapidez y seguridad una filiación que ha sido previamente determinada. No obstante, como medio acreditativo ha sido criticado por la doctrina QUESADA GONZÁLEZ (2014, p. 137), ya que si lo característico de todo medio de acreditación es ser una prueba preconstituida rápida y sencilla, la posesión de estado no lo es, ya que la acreditación de la filiación mediante la posesión de estado se halla supeditada a la previa prueba de la posesión de estado. Por ello se

de determinación de la misma⁴⁵ (arts.115 y 120 CC). No obstante, esta figura desempeña una función o faceta trascendental en el curso de la determinación judicial de la filiación⁴⁶, particularmente, en los procesos de reclamación de la filiación sea o no matrimonial bajo la cobertura legal del artículo 131 del CC al legitimar el ejercicio de la acción. En estos procesos la posesión de estado no es un medio de prueba, sino un hecho que permite al Juez presumir y declarar la paternidad o maternidad reclamada⁴⁷.

Pese a las diferentes funciones que tiene asignadas la posesión de estado, siempre se trata de la misma situación y de una única institución jurídica. No aparece definida ni por el CC ni por la LEC cuando se refieren a ella. Tan solo la califican de constante, cuestión que trataremos posteriormente, y señala las funciones que tiene atribuidas. No obstante, baste la definición que, de forma generalizada, proporciona la STS, 1^a, 5.11.1987 (RJ 1987/8336; MP: Adolfo Carretero Pérez) como “una cuestión de hecho (...), de libre apreciación por el Tribunal de Instancia y que se basa, cuando la situación registral lo contradice, en el tratamiento entre hijos y padres, manutención y notoriedad”. Por eso, sea cual sea la función que desempeñe, viene conformada por unos mismos elementos: el *nomem* o *nominatio*, el *tractatus* y la fama o *reputatio*⁴⁸.

El *nomen* o *nominatio* implica el uso por el hijo de forma habitual del apellido del supuesto progenitor. El apellido es una señal de identidad de la persona y supone la adscripción del hijo a la familia del progenitor reclamante.

Si bien en las sentencias estudiadas este primer requisito no cursa en toda su extensión, sí que acontecen circunstancias indiciarias de la voluntad al uso de los apellidos de la madre no biológica.

configura como un medio de acreditación subsidiario, de segundo grado, en cuanto que solo podrá hacerse valer como tal a falta de otros medios de acreditación preferentes.

⁴⁵ Los medios de determinación son aquellos en virtud de los cuales la maternidad o la paternidad quedan legalmente establecida, bien de forma judicial o extrajudicial, bien sea la filiación matrimonial o extramatrimonial.

⁴⁶ A tenor del art. 767.3 de la LEC la posesión de estado es un hecho que permite al Juez declarar la paternidad o maternidad cuando no haya prueba directa de la filiación.

⁴⁷ Las pruebas generalmente utilizadas para demostrar la existencia de la posesión de estado son la testifical – cuya apreciación, según el Tribunal Supremo corresponde a los tribunales de instancia- y la documental.

⁴⁸ Sobre la posesión de estado en su función legitimadora de la acción de reclamación del artículo 131 del CC, véase QUESADA GONZÁLEZ (2012, pp. 306 y ss.).

La jurisprudencia de nuestro TS se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre los requisitos que conforman una correcta posesión de estado en el ejercicio de la acción de reclamación del art. 131 del CC. Véanse, entre otras, STS, 1^a, 3.2.2006 (RJ2006/621 MP: Francisco Marín Castán); STS, 1^a, 16.3.2005 (RJ 2005/2387, MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta); STS, 1^a, 24.6.2004 (RJ 2004/4650 MP: Clemente Argen Liñán); STS, 1^a, 24.1.2001 (RJ 2001/7, MP: José Manuel Martínez Pereda Rodríguez); STS, 1^a, 13.3.1999 (RJ 1999/2376, MP: Francisco Morales Morales); STS, 1^a, 30.3.1998 (RJ 1998/1494, MP: Almagro Nosete); STS, 1^o, 28.5.1997 (RJ 1997/4326, MP: Jesús Marina Martínez de Pardo); STS, 1^a, 23.9.1996 (RJ 1996/6730, MP: Alfonso Villagómez Redil); STS, 1^a, 2.3.1994 (RJ 1994/1639, MP: Teófila Ortega Torres); STS, 1^a, 14.11.1992 (RJ 1992/9403, MP: Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); STS, 1^a, 20.5.1991 (RJ 1991/3714, MP: Eduardo Fernández Cid de Temes); STS, 1^a, 10.3.1988 (RJ 1998/1815, MP: Juan Latour Brotons); STS, 1^a, 5.11.1987 (RJ 1987/8336. MP: Adolfo Carretero Pérez).

En este sentido, en relación con el primero de los pronunciamientos estudiados, advierte del mismo la circunstancia de que la madre biológica inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores a fin de que se modifique su estado civil que no es de soltera, sino de casada, solicitándose además la identificación de su cónyuge a los efectos de la patria potestad y de la designación de los apellidos de las menores, accediendo el Registro a la rectificación del estado civil de la madre, no reconociéndose el resto de peticiones.

Respecto al segundo de los referidos establece la sentencia que de los hechos obrantes en autos se constata que la madre biológica puso como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja.

En ambos supuestos la filiación determinada es la de la madre biológica por lo que comparten apellidos con ella, bien en el mismo orden o en sentido inverso.

El *tractatus* resulta de una serie de comportamientos de carácter fáctico o material –económico la mayoría de las veces- y afectivo. Este aspecto es distinto del comportamiento de liberalidad o mera beneficencia de un sujeto hacia otro.

Tiene una proyección *ad intra* consistente en el comportamiento material y afectivo propio de la relación de filiación, por los progenitores y/o su familia respecto al considerado como hijo⁴⁹. Generalmente este elemento se concreta en manifestaciones típicamente propias de la relación paterno o materno-filial, por ejemplo, el interés en la educación del menor, llevarlo al colegio, pasearlo de la mano con asiduidad, cuidarlo durante las enfermedades que pudiera padecer, orientarlo en la elección de sus amistades⁵⁰, es decir, el reflejo de una convivencia diaria con los menores tratándolos como propios. De los hechos expuestos, estas actitudes concurren en los supuestos enjuiciados. Sin embargo, el Tribunal Supremo prima como elemento demostrativo de este comportamiento el consentimiento de las madres no biológicas al recurso a la técnica de reproducción humana asistida. En concreto, la STS de 5 de diciembre de 2013, lo corrobora en el siguiente párrafo al dictaminar que es “la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras hasta el punto de que dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiese sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige”. Por su parte, en el segundo de los pronunciamientos estudiados es el siguiente párrafo al establecer que “el propósito de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción humana asistida, así como la existencia de una posterior unión familiar entre las dos convivientes y el hijo de una de ellas” corrobora esta argumentación a la que nos referimos.

En ambos supuestos nuestro más Alto Tribunal no hace sino justificar su decisión en el criterio de la voluntad personal como origen de una maternidad con plena eficacia jurídica en base a un consentimiento emitido por la pareja de la usuaria al recurso a las técnicas de reproducción para

⁴⁹ GARCIA VICENTE (2006, p. 236).

⁵⁰ Ejemplos todos ellos proporcionados por QUESADA GONZALEZ (2014, p. 307).

lograr una generación deseada. Este consentimiento no es exigido por nuestra legislación que lo limita al que debe prestar la propia usuaria en la medida que el recurso a las técnicas implica una intervención sobre su integridad física. Tampoco se trata del consentimiento exigido en las uniones heterosexuales y que debe ser prestado bien por el marido de la gestante o la pareja de la conviviente, según el carácter matrimonial o extramatrimonial de la unión, previo al uso de estas técnicas y cuya finalidad no es otra que la de evitar la impugnación de una filiación no deseada o de ser empleado como escrito indubitado a efectos de determinación de la filiación por la vía del expediente gubernativo. Por lo tanto, aunque hubiese sido deseable exigir el consentimiento de la compañera de la usuaria de la técnica en cuanto que el recurso a la misma puede afectar a su situación familiar por el advenimiento de un hijo que no sea deseado por ella, la vigente LTRHA, no lo exige en ninguno de sus preceptos.

La justificación de esta falta de requerimiento la podemos ubicar en el llamado derecho a la procreación que, aunque no categorizado como derecho fundamental, inicialmente se entendía comprendido en la protección de la familia, como lugar privilegiado en cuyo seno el individuo afirmaba y desarrollaba su personalidad⁵¹. Hoy en día, en palabras de ALKORTA IDIAKEZ (2006, pp. 12 y ss.) la necesidad de tutelar a la persona por sí y en sí, prescindiendo de su inserción familiar o social ha llevado a la necesidad de reconocer explícitamente el derecho a la reproducción (...). El derecho a procrear emerge con fuerza como vertiente fundamental del derecho a la toma de decisiones sobre la propia existencia vital. Desde esta perspectiva debemos entender las voluntades de ambas mujeres a la procreación al configurarse la misma como un asunto a la par individual y de pareja donde no debe inmiscuirse el legislador salvo en lo referente a la regulación al uso de las técnicas de reproducción asistida y a sus consecuencias respecto a una filiación que no obedece a los cánones consagrados por el Código. Por ello, la voluntad de la compañera de la madre biológica es decisiva en las resoluciones adoptadas por el Tribunal Supremo ya que habrá de entenderse esta voluntad tanto en sentido positivo como manifestación del derecho a formar una familia y garantizar el respeto a la vida privada y familiar como en sentido negativo en tanto manifestación de su no deseo de generación y ello independientemente del carácter matrimonial o no de la convivencia donde se adopte esa decisión conjunta.

Por lo tanto, el carácter indivisible o divisible de la posesión de estado, según sea la filiación matrimonial o extramatrimonial, solo podrá sostenerse sobre la base de una relación heterosexual, salvo que la indivisibilidad en un matrimonio homosexual de mujeres la pueda proporcionar el consentimiento exigido por el art. 7.3 de la LTRHA en la determinación de la doble maternidad legal⁵². De hecho, de no mediar este consentimiento la posesión de estado

⁵¹ Así lo establece La Convención Europea sobre los Derechos Humanos (art. 12) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (sección 23.3).

⁵² Considera QUESADA GONZALEZ, (2012, p. 112) que la filiación matrimonial solo puede quedar determinada si se establecen la paternidad y la maternidad, mientras que la filiación no matrimonial admite la determinación unilateral de la maternidad o de la paternidad. El matrimonio permite, gracias al juego de la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*, el establecimiento de un lazo indivisible entre la pareja y sus hijos. En cambio, la ausencia de un vínculo legal entre los progenitores no matrimoniales hace que la filiación sea divisible. Esto significa que cabe la posibilidad de que solo resulte determinada la maternidad o paternidad de forma aislada,

habrá de concurrir en la madre no biológica, independientemente de su estado civil, habiéndose determinado desde el parto la maternidad legal respecto a la mujer que dio a luz al niño.

Finalmente, la *fama* o *reputatio* implica que el trato dado por el presunto padre o madre al hijo sea notorio, es decir, que se exteriorice con el fin de que terceros crean realmente en la existencia de esa relación paterno o materno filial. A diferencia del *tractatus* tiene una proyección *ed extra* al basar su existencia en el convencimiento que tienen las demás personas sobre la paternidad o maternidad reclamada⁵³.

Del mismo modo este tercer elemento exigido concurre en las controversias objeto de análisis. De hecho, tanto las gemelas como el varón cuya filiación es reclamada por la madre no biológica, según el pronunciamiento donde nos ubiquemos, son reputados socialmente, en su entorno social más cercano, como hijas o hijo de la reclamante. Es más, en la segunda de las sentencias referidas el propio ponente se remite a un pronunciamiento anterior en el que la madre no biológica fue reconocida como “allegada” a efectos de determinar el régimen de visitas sobre el menor con todos los derechos inherentes al mismo en la medida determinada por el juez. Entonces no se pudo pronunciar el Tribunal Supremo sobre la condición o no de madre de la reclamante, ya que éste no fue el pedimento de la acción ejercitada. Por lo tanto, el ejercicio público y notorio de los derechos y deberes inherentes a su condición legal de allegada permite la consideración pública de esta condición⁵⁴, continuadora, en la medida de lo posible, del trato que durante la vigencia de la convivencia, prestó al menor.

Únicamente nos queda por delimitar el significado del término constante en el art. 131 del CC cuando califica la posesión de estado. Este calificativo se vincula obligatoriamente al *tractatus* y a la *fama*, es decir, al comportamiento material y afectivo sobre el hijo conocido por todos y mantenido en el tiempo. ¿Cuánto tiempo? Es una cuestión que quedará al arbitrio que no arbitrariedad del juez que conozca del asunto. En cualquier caso, el suficiente para que la posesión de estado llegue a adquirir consistencia. En los supuestos objeto de análisis el carácter

sin que conste quién es el otro progenitor. Sin embargo, en la filiación matrimonial, en virtud de la indivisibilidad que la caracteriza, la maternidad no podrá ser calificada de matrimonial hasta que la paternidad del marido de la madre también quede determinada y viceversa.

⁵³ En relación con esta cuestión la jurisprudencia del TS dulcifica esta exigencia al entender en STS, 1^a, 20.5.1991 (RJ 1991/3714; MP: Eduardo Fernández-Cid de Temes) que “el hecho de la posesión de estado, con la advertencia ya realizada por la S. de 4 de mayo de 1964 (RJ 1964\2201) de que en la familia no matrimonial no debe exigirse que los actos reveladores de la posesión de estado sean muy numerosos ni practicados absolutamente con plena publicidad, pues aun en los momentos actuales sería absurdo que tuviera que alardear el padre de esas relaciones extramatrimoniales y del hijo en ellas concebido para que éste pudiera gozar de tal posesión”.

⁵⁴ No obstante, hemos de reseñar que este mismo argumento es empleado por los Magistrados formulantes del voto particular. En opinión de los mismos “la ruptura de la convivencia entre las dos litigantes, cuando el niño apenas tenía tres años, fue particularmente traumática porque se habían producido malos tratos con denuncias recíprocas y el juez tuvo que adoptar medidas imponiendo a las partes una orden de alejamiento y decretando un régimen de visitas para que la demandante pudiera ver al menor (...)” Pese al peso de esta afirmación emitida por el TS en sentencia de 12 de mayo de 2011 la existencia de malos tratos entre la conviviente no ha de proyectarse en la relación que cualquiera de sus componente pueda tener para con el hijo común en los derechos y deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad. Es más creemos que de haber sido así, en su momento nuestro más Alto Tribunal habría denegado entonces a la reclamante la condición de allegada.

constante de la posesión de estado de hijo se retrotrae no al momento de la concepción, sino al de manifestación conjunta de ambas mujeres al sometimiento de una de ellas al tratamiento de fertilidad que converge en la generación de los menores.

No obstante, la posesión de estado ha de ser actual, ha de existir en el momento que sea invocada. En el supuesto que la pareja se haya divorciado o separado de hecho, como ocurre en los casos enjuiciados, esta continuidad ha de ser interpretada en sentido lato. Evidentemente, estando determinada la filiación materna de la madre gestante, una vez separada de su cónyuge o compañera, el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad no corresponde a ambas, ni siquiera en el segundo de los pronunciamientos ya que la condición de *allegada* que ostenta la ex compañera sentimental de la madre le otorga un derecho de visitas que no debe interferir en la patria potestad. Por lo tanto, la constancia o continuidad concurre incluso cuando medien actos que, aún teniendo lugar de forma espaciada, permitan suponer que la posesión de estado persiste⁵⁵.

Para concluir podemos afirmar que el fallo de los pronunciamientos judiciales que sirven de apoyo al estudio llevado a cabo autoriza a que el reconocimiento de la maternidad de la madre no gestante respecto de los hijos concebidos en un centro de reproducción asistida pueda determinarse legalmente por dos vías. En primer lugar, a tenor del art. 7.3 de la LTRHA por el consentimiento formalizado ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal antes del nacimiento; en segundo lugar, por el ejercicio de una acción de reclamación judicial de la maternidad basada en la voluntad de ser madre expresada antes del nacimiento del hijo, aceptando en el formulario médico la fecundación asistida de su pareja y manteniendo posesión de estado sobre este hijo desde el instante en que se emite dicho consentimiento hasta el momento del ejercicio de la acción de reclamación del art. 131 del CC.

Sin embargo, como consecuencia de esta afirmación para QUICIOS (20014, p.620) se originan múltiples cuestiones que quedan sin resolver cuando la reclamante no es la ex conviviente de la mujer gestante. No podemos olvidar que el art. 131 del CC legitima para el ejercicio de la acción a *cualquier persona con interés legítimo* siempre que concurra la constante posesión de estado. Sin embargo, desde el punto de vista restrictivo en la interpretación de este interés (MARTINEZ CLACERRADA, 1983, p. 95) quedarían excluidos los sujetos acreedores de intereses patrimoniales o económicos de la relación materno-filial controvertida que se desea esclarecer mediante el ejercicio de la referida acción. Por ello, los herederos del hijo o del progenitor premuerto o bien los acreedores de alimentos carecerían de legitimación⁵⁶.

5. Reflexiones finales

No podemos concluir este trabajo sin resaltar la trascendencia de las resoluciones que nos sirven

⁵⁵ QUESADA GONZALEZ, (2012, p. 314).

⁵⁶ En contra QUICIOS (2014, p. 620).

de punto de reflexión en la medida que su contenido implica una transformación jurídica en el marco de las acciones de filiación, en concreto, de la acción de reclamación de la filiación materna circunscrita al ámbito de la doble maternidad legal; innovación que se origina por la vía de los hechos, al concurrir una situación fáctica, a la que el aplicador del Derecho debe dar una solución no contemplada por el ordenamiento jurídico en su justa medida. Es por ello por lo que el Tribunal Supremo en ambos pronunciamientos, aseverando las resoluciones de instancias inferiores, no hace sino recurrir al mecanismo corrector de la cláusula general en su obligación de resolver abogando por una armonización del Derecho con la realidad social.

La cobertura legal que le permite acudir a este mecanismo corrector encuentra su justificación en los siguientes argumentos:

- En primer lugar, en la protección del interés superior del menor cuya filiación es objeto de reclamación ya que es necesario dotarle de un marco que brinde seguridad jurídica a los menores y consiguientemente los proteja.
- En segundo lugar, primar la voluntariedad a la generación en el marco de las uniones estables, sean o no de carácter matrimonial.
- Finalmente, recurriendo a la vía de los hechos, el Tribunal lleva a cabo un replanteamiento del Derecho de filiación desde coordenadas diferentes al planteamiento original del Código Civil bajo un respeto absoluto a los derechos fundamentales de los padres.
- En cualquier caso, los presupuestos que hacen viable el ejercicio de la acción reconocida en el art. 131 del CC, interés legítimo de la reclamante y constante posesión de estado, son minuciosamente analizados por el operador jurídico en cada una de las instancias donde la controversia es objeto de debate; presupuestos cuya concurrencia permiten que prospere la acción bajo los postulados de la una nueva realidad social a la que el Derecho debe dar respuesta.

Bajo estos postulados ha de entenderse la aplicación del art. 131 del CC en la resolución de las controversias planteadas.

6. *Tabla de jurisprudencia citada*

Tribunal Constitucional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, 6.3.1987	RTC 1987\29	Carlos de la Vega Benayas
STC, 5.5.1994	RTC 1994\128	Miguel Rodríguez Piñero

STC, 20.5.2002	RTC 2002\129	Fernando Garrido Falla
STC, 4.3.2004	RTC 2004\27	Tomás Vives Antón
STC, 3.7.2006	RTC 2006\214	Elisa Pérez Vera

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1 ^a , 5.11.1987	RJ 1987\8336	Adolfo Carretero Pérez
STS, 1 ^a , 10.3.1988	RJ 1988\1815	Juan Latour Brotons
STS, 1 ^a , 20.5.1991	RJ 1991\3714	Eduardo Fernández Cid de Temes
STS, 1 ^a , 14.11.1992	RJ 1992\9403	Adolfo Barcalá Trillo-Figueroa
STS, 1 ^a , 2.3.1994	RJ 1994\1639	Teófila Ortega Torres
STS, 1 ^a , 23.9.1996	RJ 1996\6730	Alfonso Villagómez Redil
STS, 1 ^a , 28.5.1997	RJ 1997\4326	Jesús Marina Martínez de Pardo
STS, 1 ^a , 30.3.1998	RJ 1998\1494	Almagro Nosete
STS, 1 ^a , 13.3.1999	RJ 1999\2376	Francisco Morales Morales
STS, 1 ^a , 24.1.2001	RJ 2001\7	José Manuel Martínez Pereda Rodríguez
STS, 1 ^a , 24.6.2004	RJ 2004\4650	Clemente Argen Liñám
STS, 1 ^a , 16.3.2005	RJ 2005\2387	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS, 1 ^a , 3.2.2006	RJ 2006\621	Francisco Marín Castán
STS, 1 ^a , 1.5.2011	RJ 2011\3280	Encarna Roca Trias
STS, 1 ^a , 5.12.2013	RJ 2013\7566	Antonio Seijas Quintana
STS, 1 ^a , 15.1.2014	RJ 2014\1265	Francisco Javier Orduña Moreno
STS, 1 ^a , 6.2.2014	RJ 2014\736	Rafael Saraza Jimena

Tribunales Superiores de Justicia

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, 6.7.1992	RJ 1992\10277	Luis María Díaz Varcancel

7. Bibliografía

Itziar ALKORTA IDIAKEZ (2006), "Nuevos límites al derecho a procrear", *Derecho Privado y Constitución*, pp. 12 y ss.

Roncesvalles BARBER CÁRCAMO (2006), "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acciones de filiación" *Derecho Privado y Constitución*, nº20, Enero-Diciembre, pp. 105 y ss.

--- (2006), "La legitimación del progenitor para reclamar su paternidad", *Aranzadi Civil*, núm. 2, 2006. pp. 2149 y ss.

--- (2009), "Nuevas coordenadas para el derecho de filiación en Europa", *Actualidad Civil*, núm. 6, pp.3 y ss.

--- (2010), "Reproducción asistida y determinación de la filiación", *REDUR*, núm. 8, p. 29.

--- (2012), "Reproducción asistida y relaciones de filiación: régimen jurídico en Roberto Germán ZURRIARÁIN (Coord.) *La desprotección del no nacido en el siglo XXI*, pp. 293-316.

--- (2013), *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, Pamplona.

--- (2013), "Autonomía de la voluntad y derecho de filiación" en Matilde CUENCA CASAS, Luis Antonio Anguita Villanueva, Jorge ORTEGA DOMÉNECH, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Ramas Albesa*, pp. 1111-1130.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2007), "Transexualidad, matrimonio entre personas de un mismo sexo y nombre", *Aranzadi Civil*, vol. 1, p. 1830.

Ana Isabel BERROCAL LANZAROT (2007), "Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Una primera aproximación a su contenido", *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, p. 53.

José Manuel DE TORRES PEREA (2013), "El interés del menor en el Derecho de Familia norteamericano: del caso de Mary Ellen McCormack a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, T. LXVI, fas. Ii, pp. 588 y ss.

--- (2014), "Aplicación de cláusulas generales en el Derecho de familia ¿una nueva vía para la creación jurisprudencial del Derecho?" en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José M· Miquel*, T. II, 2014, pp. 3555 y ss.

--- (2014), "Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor", *Diario La Ley*, nº8281, Sección Doctrina, 28 de marzo. Año

XXXV, pp. 1-17.

Ana DIAZ MARTINEZ (2007), "La doble maternidad legal derivada de la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, pp. 76 y ss.

Luis DIEZ PICAZO (1996), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III. Las Relaciones Obligatorias*, Madrid, Civitas, 5^o ed., pp. 244 y ss.

Esther FARNÓS AMORÓS (2007), "¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida (2007)", *InDret*, pp. 3 y ss.

--- (2011), *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona, p. 67.

Esther FARNÓS AMORÓS y Margarita GARRIGA GORINA (2005), "¿Madres? Pueden ser más de una" *InDret*, pp. 3-4.

José Ramón GARCÍA VICENTE (2006), "La previsible reforma del Derecho de las acciones de filiación. Algunas propuestas", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, pp. 230 y ss.

Eleonora LAMM (2012), "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de la reproducción asistida", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, pp. 78 y ss.

Eugenio LLAMAS POMBO, "Contrato de obra, arrendamiento de servicios y resolución unilateral" <http://diariolaley.laley.es/content/Documento.aspx>

Luis MARTÍNEZ CALCERRADA (1983), *El nuevo Derecho de familia*, T. I, Madrid, p. 95.

José María MIQUEL GONZÁLEZ (1997), "Cláusulas judiciales y desarrollo judicial del Derecho", *AFDUAM*, pp. 297-326.

M^a José MORO ALMARAZ (1988), *Aspectos Civiles de la inseminación artificial y de la fecundación in vitro*, Barcelona p. 90.

Javier NANCLARES VALLE (2008), "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Aranzadi Civil*, p. 2247.

Montserrat PEREÑA VICENTE (2012), "Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, pp. 130-149

Isabel PEREZ MONGUE (2002), *Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, p. 586.

M^a Carmen QUESADA GONZÁLEZ (2012), *La determinación judicial de la filiación*, Bosch editor, Barcelona p. 111.

María Susana QUICIOS MOLINA (2014), “¿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? Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 RJ 2013/7640 “, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95, Mayo-agosto 2014, pp. 625 a 646.

Encarna ROCA TRIAS (1999), “Filiación asistida y protección de derechos fundamentales”, *Derecho y salud*, Vol VII, pp. 2 y ss.

Enrique RUBIO TORRANO (2006), “Madre no hay más que una” *Aranzadi Civil*, Tomo XV, Vol II, p. 2087.

Blanca SILLERO CROVETTO (2007), “Nuevos modelos de Familia”, en Antonia María MEDINA GUERRA (Coord.), *Avanzando hacia la igualdad*, p. 132.

Silvia TAMAYO HAYA (2013), “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 6, (Ejemplar dedicado a: Premios García Goyena XII Edición), pp. 263.

Susan TURNER SAELZER, Marcia MOLINA PEOZA y Rodrigo MOMBERG URIBE (2000), “Técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo” *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XI, pp. 13-26

Rafael Antonio VERDERA SERVER (2007), “Comentarios a los artículos 7 y 8 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida” en Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana asistida, Aranzadi, pp. 288-289.

Isabel ZURITA MARTÍN (2006), “Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres”, *Diario La Ley*, nº 6427, de 22 de febrero, p. 1475.

Roberto Germán ZURRIARAIN (2011) “Técnicas de Reproducción Humana Asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el Derecho Comparado”, *Cuadernos de Bioética*, v. XXII, núm. 75, p. 210.