

La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología

ESTHER FARNÓS AMORÓS*

Profesora de Derecho civil
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

El presente trabajo constata la quiebra del concepto tradicional de filiación cuando ésta resulta del acceso a las técnicas de reproducción asistida (TRA). A partir del análisis de tres sentencias recientes de la Sala 1.ª del TS, concernientes al establecimiento de la filiación en dos parejas de mujeres y en una pareja de hombres, el trabajo concluye que las normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento es la verdad biológica, no acaban de encajar en un sistema en el cual prevalece la voluntad, como es el derivado del recurso a la reproducción asistida. Ni la legislación estatal vigente ni los proyectos que de forma sorpresiva y disgregada pretenden introducir reformas en materia de filiación tienen en cuenta las particularidades que presenta la que resulta del acceso a la reproducción asistida y desconsideran, muy en particular, el peso que en ella tiene el elemento volitivo. En este contexto, los tribunales ofrecen soluciones casuísticas que comprometen seriamente la seguridad jurídica en una materia de suma importancia en el Derecho de familia. Frente a ello, y para proteger mejor el interés del menor, se impone la necesidad de separar entre filiación biológica y jurídica, no sin admitir que la primera todavía puede jugar un papel.

PALABRAS CLAVE

Filiación. Reproducción asistida. Fecundación heteróloga. Parejas del mismo sexo. Posesión de estado. Consentimiento. Proyecto parental.

* Agradezco al Prof. Antonio Manuel Morales Moreno el apoyo en la realización de este trabajo durante mi estancia en el Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (octubre 2013-octubre 2014), en el marco del grupo de investigación que él dirige, mediante un contrato postdoctoral convocado por la «Alianza 4 Universidades». A través del Prof. Morales Moreno quiero hacer extensivo mi agradecimiento a los compañeros de la UAM por su cálida acogida todo este tiempo.

ABSTRACT

This paper confirms the crisis in the traditional concept of parentage when it results from access to assisted reproductive technologies (ART). On the basis of an analysis of three recent rulings by the First Chamber of the Spanish Supreme Court concerning the legal determination of parentage in two lesbian and a gay couple, the paper concludes that the rules relating to the determination of parentage, which are based on biological truth, are not fit for purpose when applied to a system such as that resulting from access to ART, in which the predominant factor is individual will. Neither current state laws nor the projects aiming to introduce piecemeal and unexpected reforms to parentage take into account either the special features of parentage when it is the result of access to ART or, especially, the role of individual will. In this context, the courts' search for "ad hoc" solutions poses a serious threat to legal certainty in a highly important field of Family Law. In order to protect the interests of the child in a more efficient way it is necessary to separate between biological and legal parentage, acknowledging that biology still can play a role.

KEYWORDS

Parentage. Assisted reproduction. Heterologous fertilization. Same sex couples. Possession of status. Consent. Parental project.

SUMARIO: I. *Planteamiento: cambio social y cambio normativo.*—II. *Determinación de la doble maternidad derivada del acceso a reproducción asistida.* 1. Introducción. 2. Régimen jurídico. 2.1. Requisitos subjetivos. 2.2. Requisitos formales. 2.3. Requisitos temporales. 2.4. La imposibilidad de impugnar la filiación resultante. 3. La determinación de la doble maternidad ante el Tribunal Supremo. 3.1. Antecedentes. 3.2. La sentencia de 5 de diciembre de 2013. 3.3. La sentencia de 15 de enero de 2014. 4. Aproximación crítica a la doctrina del Tribunal Supremo.—III. *Determinación de la doble paternidad derivada del acceso a reproducción asistida.* 1. Punto de partida: nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución y «turismo reproductivo». 2. Tras la estela de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009. 2.1. Antecedentes. 2.2. El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución. 2.2.1. El acierto en la metodología y el carácter más discutible de los argumentos de fondo. 2.2.2. Contrariedad al orden público internacional español. 2.2.3. Ausencia de discriminación respecto de las parejas de dos mujeres. 2.2.4. Interés del menor. 3. La gestación por sustitución en España tras la sentencia del Tribunal Supremo. 4. ¿Y después de *Menesson* y *Labassee c. Francia*? —IV. *Reflexiones finales.* 1. Necesidad de una reforma en profundidad. 2. La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología (en este orden).—V. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO: CAMBIO SOCIAL Y CAMBIO NORMATIVO

Cumplidos los treinta años del nacimiento en España del primer bebé concebido mediante fecundación *in vitro*¹, el recurso a las TRA es cada vez más frecuente. Así, en Cataluña, única CC. AA. que cuenta con datos oficiales, se estima que un 4,53% del total de nacidos vivos en 2012 fueron concebidos a partir del recurso a estas técnicas².

El punto de partida del presente trabajo es la inclusión de la filiación derivada del recurso a TRA dentro de la filiación por naturaleza, una de las dos clases de filiación que, junto con la adoptiva, contempla el Código civil español y, como él, la mayoría de códigos de nuestro entorno³. Sin embargo, el auge experimentado por las TRA y, muy en particular, su papel en la construcción de la «homoparentalidad», exigen replantear los conceptos tradicionalmente manejados en este contexto⁴. Los avances que las TRA hacen posibles llevan a cuestionar su inclusión tradicional en la filiación por naturaleza y a proponer, como ya se había insinuado incluso con motivo de la entrada en vigor de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE n.º 282, de 24 de noviembre), su regulación como una clase

¹ Victoria Ana nació el 12 de julio de 1984 en el Instituto Dexeus de Barcelona: *vid. VEIGA, A., El milagro de la vida. De la fecundación «in vitro» a las células madre*, RBA, Barcelona, 2011.

² Últimos datos publicados por el FIVCAT. NET del Departamento de Salud de la Generalitat de Catalunya, actualizados en diciembre de 2014: *Estadística de la Reproducción Humana Asistida a Catalunya, 2012*, pp. 1-17, en p. 4.

³ Da cuenta de la inclusión de la filiación derivada del recurso a TRA dentro de la filiación por naturaleza, en el CCCat, GARCÍA VICENTE, J. R., «Comentari a l'art. 235-1», en EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J. (Dirs.); FARNÓS AMORÓS, E. (Coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convencionals d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 581-584, en pp. 582-583. Hay, no obstante, alguna excepción de nota, como el *Code civil du Québec* de 1991, cuyo título segundo regula separadamente la filiación por naturaleza, la derivada de TRA y la adoptiva. En Argentina, el Código civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994 (BO n.º 32.985, de 8.10.2014), también prevé una clasificación tripartita de la filiación (art. 558). En Francia existe una propuesta reciente de un grupo de trabajo presidido por la socióloga Irène Théry, a favor de dividir la filiación, única, en tres modalidades de establecimiento: por procreación (*engendrement par procréation*), por adopción y heteróloga (*engendrement avec tiers donneur*): *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère des affaires sociales et de la santé-Ministère délégué chargé de la famille, Paris, 2014, pp. 1-547, en p. 75 y ss. (*disponible on-line*).

⁴ *Vid. BENAVENTE MOREDA, P., «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», ADC, tomo LXIV, 2011, fasc. I, pp. 75-124; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LAMM, E., «Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual», La Ley (Buenos Aires-Argentina), n.º 1383, 20.9.2010; y mi trabajo «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos», *Derecho de Familia*, 49/2011, pp. 153-181.*

de filiación autónoma respecto de la filiación por naturaleza y la adoptiva⁵.

Las normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento es la verdad biológica, no acaban de encajar en un sistema en el cual la procreación no tiene origen en la reproducción sexual y la filiación se determina por la voluntad, como es el derivado del recurso a las TRA. Si bien es cierto que esta clase de filiación puede tener una base biológica, extremo que en principio justificaría el recurso al esquema de la filiación por naturaleza, esta base no siempre tiene que existir respecto de ambos progenitores: piénsese, por ejemplo, en el recurso por pareja heterosexual a una técnica con material genético de donante masculino; o en el recurso a las TRA por una pareja de dos mujeres.

Los cambios acaecidos en los últimos años en la legislación estatal vigente⁶ y las importantes reformas llevadas a cabo en sede autonómica en materia de filiación⁷, además de tres sentencias recientes de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en las que se plantea la determinación de la doble maternidad o la doble paternidad derivada del recurso a TRA, permiten constatar la inadecuación de las reglas de la filiación por naturaleza y la importancia del elemento volitivo en este contexto. Ello permite enfatizar, una vez más, la autonomía de la filiación derivada del recurso a las TRA.

El trabajo se centra en el análisis de la legislación estatal vigente o de inminente entrada en vigor, que se confronta con la autonómica allí donde existe⁸ y con los tres casos resueltos recientemente

⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», en AA. VV., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso Mundial Vasco)*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 141-170.

⁶ Las reformas más relevantes, de las cuales da buena cuenta BENAVENTE MOREDA («La filiación...», cit.), tuvieron lugar con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE n.º 157, de 2 de julio), y con la reforma introducida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE n.º 126, de 27 de mayo) por la DA 1.^a de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE n.º 65, de 16 de marzo), que adicionó un tercer apartado a su artículo 7, permitiendo determinar la maternidad a favor de dos mujeres «casadas» entre ellas.

⁷ Por cuestiones competenciales (art. 149.1.8.^a CE), las más importantes tuvieron lugar en Cataluña cuando, vigente el Código de Familia (CF), con la aprobación de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (DOGC n.º 5175, de 17 de julio), el legislador catalán aprovechó para modificar los artículos 92 y 97 CF, en el sentido de permitir la determinación de la doble maternidad a favor de dos mujeres, casadas o no, si mediaba el consentimiento expreso de la cónyuge o mujer en un documento extendido ante un centro autorizado o en documento público. Con la entrada en vigor de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC n.º 5686, de 5 de agosto), estas normas pasaron a integrar el Código (art. 235-8.1 y 235-13.1).

⁸ La filiación en general, salvo la adoptiva, no ha sido objeto de atención por el legislador autonómico. A excepción de la legislación catalana, que es objeto de análisis

por el Tribunal Supremo. A su vez, da noticia de dos proyectos legislativos que, a partir de leyes que en principio nada tienen que ver con la materia, pretenden introducir importantes (y disgregadas) reformas en materia de filiación. Uno de estos proyectos tiene por objeto la reforma, en materia de gestación por sustitución (GS), de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE n.º 175, de 22 de julio), cuya completa entrada en vigor se prevé el 15 de julio de 2015⁹. Esta situación queda lejos de la reivindicada reforma en profundidad de la normativa del Código civil en materia de filiación¹⁰. Nos hallamos, en definitiva, ante una materia en la cual la afirmación de que el cambio social es estímulo del cambio normativo resulta especialmente cierta¹¹.

II. DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD DERIVADA DEL ACCESO A REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1. INTRODUCCIÓN

La posibilidad que ofrecen las TRA de disociar la maternidad en tres elementos (genético, gestacional y volitivo), que pueden no coincidir en la misma mujer, ha aportado complejidad a una cuestión en principio pacífica y ha planteado nuevos retos al legislador y al intérprete del derecho¹². Esta cuestión ha abierto

sis a lo largo del trabajo, solo existen normas relativas a la determinación de la filiación en el ordenamiento navarro pero ninguna de ellas contempla la derivada del recurso a TRA.

⁹ La DF 10.^a de la NLRC establecía que su entrada en vigor tendría lugar a los tres años de su publicación, esto es el 22.7.2014, excepto las DDAA 7.^a y 8.^a y las DDFD 3.^a y 6.^a, que lo hicieron el 23.7.2011. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en la DA 19.^a del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de Aprobación de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia (BOE n.º 163, de 5 de julio), su entrada en vigor fue aplazada.

¹⁰ Al respecto, me remito a las referencias citadas en la nota 122 de este trabajo.

¹¹ Es precisamente el cambio social, que impide la estabilidad de las normas de tipo más o menos reglamentario, lo que en Derecho de familia imposibilita actuar con soluciones cerradas: ROCA I TRIAS, E., *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 237. En este ámbito «(...) los cambios normativos no surgen de manera espontánea, ni se deben exclusivamente a la iniciativa del legislador, sino a la presión de los colectivos sociales que con su acción logran inducir la voluntad política para que tales cambios se operen (...)»: *vid.* VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 293. Si bien la autora se refiere al particular impulso de las mujeres en estos cambios, en el tema aquí objeto de estudio es esencial el papel que en los últimos años han desempeñado las asociaciones de familias, en especial las homoparentales.

¹² Desde el punto de vista terminológico, el trabajo distingue entre «madre genética», «madre gestacional» y «madre comitente o de intención»: mientras que la primera es la mujer que aporta los óvulos, la segunda es la que lleva a cabo la gestación y el parto, y la tercera la que planifica traer a un niño al mundo y asume el rol de

un debate, relativamente reciente y a menudo planteado con ocasión de una crisis de pareja entre dos mujeres, sobre los criterios que deben permitir determinar la filiación también a favor de la no gestante.

2. RÉGIMEN JURÍDICO

2.1 Requisitos subjetivos

La entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE n.º 157, de 2 de julio), admitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, proyecta sobre la filiación nuevas dudas y problemas. En este contexto, la adición, en 2007, de un tercer apartado en el artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE n.º 126, de 27 de mayo), se percibe como un motivo novedoso de quiebra entre la filiación biológica y la legal¹³, además de como un primer paso hacia la consolidación del consentimiento como título autónomo para la determinación de la filiación derivada del recurso a las TRA¹⁴. Sin embargo, se trata tan solo de un tímido primer paso¹⁵.

Pese a que la introducción de un tercer apartado en el artículo 7 LTRHA permitió acallar las voces de los que consideraban que, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, la LTRHA discriminaba por omisión a las parejas del mismo sexo, la reforma ha sido criticada tanto desde el punto de vista de la técnica legislativa emplea-

madre. Si bien todos estos elementos (o, al menos, dos de ellos) acostumbran a coincidir en una misma mujer, las TRA facilitan su disociación hasta el punto de que ya pueden concurrir en tres mujeres distintas. Aunque de acuerdo con la legislación vigente es irrelevante, a los efectos de determinar la filiación, la mujer que tan solo aporta el óvulo (arts. 5.5 y 8.3, en relación con el artículo 10.2 LTRHA), este extremo resulta problemático cuando, como se verá, esta mujer no puede ser considerada como una mera donante.

¹³ BARBER CÁRCAMO, R., «Nuevos retos ante el derecho español de filiación», *RDP*, julio-agosto 2009, pp. 3-47, en p. 6.

¹⁴ INIESTA DELGADO, J. J., «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, T-V, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 735-860, en pp. 802-803.

¹⁵ En palabras de NANCLARES VALLE, «Precisamente el gran error del legislador en materia de reproducción asistida es no establecer un nuevo título de constitución (un nuevo fundamento constitutivo), sino pretender establecer un nuevo medio de determinación legal o adaptarse a los ya existentes»: «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 7/2008 (BIB 2008/578), pp. 735-860, en pp. 1-22, en p. 20.

da¹⁶, como desde el punto de vista sustantivo¹⁷. En relación con este último, las críticas se han centrado en que para las parejas de dos mujeres el precepto establece un régimen de acceso a la filiación derivada del recurso a TRA diferente del que opera respecto de una pareja heterosexual¹⁸ y, muy en particular, en que esta vía de acceso se limita a las parejas de dos mujeres *casadas*¹⁹.

¹⁶ Así, la reforma afectaba una ley que no había cumplido un año de vigencia, aprovechaba una ley cuya relación con la LTRHA era más bien difusa y durante la tramitación parlamentaria de la LTRHA se ignoraron las enmiendas que ya habían propuesto modificar este extremo: VERDERA SERVER, R., «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO GÓMEZ, J. A. (Dir.); INIESTA DELGADO, J. J. (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 211-304, en pp. 215-217; LLOVERAS FERRER, M., «Una ley civil para la transexualidad», *InDret*, 1/2008, pp. 1-16, en pp. 14-15; TOMÁS MARTÍNEZ, G., «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil», *Actualidad Civil*, 7/2010 (LA LEY 1796/2010), pp. 1-27, en pp. 2 y 4; e INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, pp. 750 y 801. Especialmente crítica se muestra BENAVENTE MOREDA, «La filiación...», cit., pp. 87 y ss.

¹⁷ Dejo a un lado, porque me parecen superadas, las críticas de base al precepto: *vid.* ARECHEDERRA, L., «Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la ley. La doble vertiente del principio constitucional de libre investigación de la paternidad», en Díez-PICAZO, L. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. I, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 371-386. Este autor llega a afirmar (p. 385) que el artículo 7.3 LTRHA es inconstitucional.

¹⁸ Si bien la diferente redacción de los artículos 6.3 y 7.3 se justifica, de entrada, por el juego de la presunción de paternidad en los matrimonios heterosexuales (art. 116 CC), la distinción ha sido objeto de críticas: *vid.* SERNA MEROÑO, E., «Comentario al artículo 6», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., pp. 179-210, en p. 207; TOMÁS MARTÍNEZ, «El consentimiento...», cit., p. 12; y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., «La feminización del derecho privado y las técnicas de reproducción asistida», en LÓPEZ DE LA CRUZ, L.; OTERO CRESPO, M. (Coords.); GARCÍA RUBIO, M. P.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Dir.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 681-693, en p. 691.

¹⁹ *Cfr.* artículo 7.3 con artículo 8.2 LTRHA, en relación con las parejas heterosexuales no casadas, y también con los artículos 235-8.1 y 235-13.1 CCCat, que permiten determinar la filiación respectivamente respecto del «cónyuge» o del «hombre o la mujer» que presta su consentimiento a la fecundación asistida de la esposa o madre. Crítico la exigencia de matrimonio, y las consecuencias que produce especialmente en las CC. AA. donde no está permitida la adopción por parejas del mismo sexo, en mi trabajo «Acceso...», cit., pp. 157 y ss. Son muchos los autores que se han mostrado a favor de su extensión a las parejas de dos mujeres no casadas: ZURITA MARTÍN, I., «Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres», *La Ley*, n.º 6427, 22.2.2006, pp. 1-6; VERDERA SERVER, «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., p. 285; NANCLARES VALLE, «Reproducción asistida...», cit., p. 12; ALES URÍA ACEVEDO, M. M., *El derecho a la identidad en la filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 228; y TAMAYO HAYA, S., «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas», *Revista Digital Facultad de Derecho UNED*, 6/2013, pp. 261-316, en p. 280. Para algún autor esta extensión ya es posible por analogía: *vid.* DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida», *DPC*, 21/2007, pp. 75-129, en pp. 106 y ss.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «La “comaternidad”: matrimonio entre mujeres y filiación» y NIETO ALONSO, A., «El poder de autodeterminación de la mujer desde la perspectiva de los derechos de la salud sexual y reproductiva (anticoncepción de urgencia, interrupción voluntaria del embarazo [IVE] y reproducción humana asistida)», ambos en LÓPEZ; OTERO (Coords.); GARCÍA; VALPUESTA (Dir.), *El levantamiento del velo...*, cit., pp. 423-450, en pp. 447 y 672; y JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., «Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de

Con el nuevo título de determinación legal de la maternidad que incorpora el artículo 7.3 LTRHA el legislador estatal da entrada a una filiación materna que no es en puridad filiación por naturaleza ni adoptiva²⁰. No se trata propiamente de un reconocimiento, puesto que no requiere consentimientos complementarios al de la mujer «reconocedora», no es posterior al nacimiento y, lo más importante, no cabe su impugnación ante la falta de correspondencia con la verdad biológica²¹.

2.2 Requisitos formales

El artículo 7.3 LTRHA requiere una manifestación ante el Encargado del RC del domicilio conyugal, por la que la mujer consienta en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. La exigencia de esta forma solemne se justifica en que, a diferencia del consentimiento del marido, no puede operar respecto de dos mujeres presunción alguna de filiación. Dicha presunción no se basa en quien es progenitor, sino en quien tiene más probabilidades de serlo. Por tanto, no necesariamente existe una base biológica, aunque en las parejas heterosexuales sea precisamente su posible existencia lo que justifica el juego de la presunción. En este punto podría plantearse, sobre todo en interés del futuro nacido a que tenga una doble filiación determinada, por qué un sistema basado en el consentimiento no podría ser desplazado por uno basado en el juego de la presunción de filiación, como sucede en los matrimonios heterosexuales (art. 6.3 LTRHA, en relación con arts. 7.1 LTRHA y 116 CC). La necesidad biológica, en las parejas del mismo sexo, de que una persona ajena a la pareja y de distinto sexo aporte sus gametos para la fecundación desaconseja, de entrada, el recurso a un sistema basado en presunciones pues, como sucede en las parejas heterosexuales que

parejas del mismo sexo», *Actualidad Civil*, 7-8/2014, pp. 1-26, en p. 6. No aprecia discriminación, en cambio, BARBER CÁRCAMO: *La filiación en España. Una visión crítica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 138, y «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *DPC*, 28/2014, pp. 93-136, en pp. 104-105.

²⁰ Pese a ello, BARBER CÁRCAMO se ha mostrado especialmente crítica con el precepto por ubicar «la filiación natural en el terreno de lo imposible»: *La filiación...*, cit., pp. 134-135. Para esta autora, la introducción en nuestro Derecho de la doble maternidad por naturaleza es tan artificial y difícil de encajar en nuestro sistema, por ajena a cualquiera de sus principios, que no resiste el mínimo análisis de técnica jurídica. *Vid.*, más recientemente, su trabajo «Doble maternidad legal...», cit., pp. 103 y ss.

²¹ Así, a diferencia del reconocimiento, no nos encontramos ante una declaración de ciencia, sino ante una declaración de voluntad: NANCLARES VALLE, «Reproducción asistida...», cit., p. 12. En el reconocimiento la voluntad es tan solo un plus añadido a la declaración de ciencia: *vid.* QUICIOS MOLINA, S., *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 29-31. *Vid.* también los argumentos de BARBER CÁRCAMO, «Doble maternidad legal...», cit., pp. 112-113.

recurren a la fecundación heteróloga o con gametos de donante, la filiación resulta de una ficción legal²². En estas circunstancias, el consentimiento es el único elemento que «crea» la filiación. Una vez otorgado, el mismo es vinculante, a diferencia de lo que sucede con un sistema de presunciones, susceptible de destrucción si se prueba la ausencia de base biológica.

Admitido un sistema de determinación de la filiación basado en el consentimiento, la limitación de la forma a la declaración registral no encuentra justificación, en tanto que ésta solo es relevante a efectos de publicidad y es el consentimiento, la expresión de la voluntad, lo que «crea» la filiación en este contexto. Además de la declaración registral existen otras formas susceptibles de probar la existencia del consentimiento, como el documento público o el formalizado en el centro de reproducción asistida. Ante el problema de calificar consentimientos a una segunda maternidad expresados en documentos públicos notariales (por ejemplo, emitidos después del nacimiento) como eficaces títulos de determinación extrajudicial de la maternidad, se defiende una interpretación no excluyente del precepto²³. De ahí que también deba plantearse la oportunidad de otorgar eficacia al consentimiento más habitual en la práctica, que es el expresado ante el centro de reproducción asistida por la pareja de la receptora de las TRA²⁴. Su facilidad probatoria no

²² El Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro segundo del Código civil de Cataluña, lo plasma en los términos siguientes: «(...) Evidentemente, 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. (...)».

²³ QUICIOS MOLINA, S., «¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz a un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida?», *CCJC*, 95/2014, pp. 609-630, en pp. 624-625.

²⁴ En esta línea se manifiestan TOMÁS MARTÍNEZ, «El consentimiento...», cit., p. 11; y JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., «Los problemas...», cit., p. 3. Ésta es también la línea que inspira los artículos 235-8.1 y 235-13.1 CCCat, precedidos por la jurisprudencia que interpretó los requisitos más estrictos del derogado Código de Familia, que en su versión original exigía que el consentimiento se plasmara en escritura pública (art. 92.1 CF), en el sentido de que el requisito de forma no es constitutivo, sino probatorio: *vid.* las SSTSJ de 27.9.2007 (RJ 8520) y 22.12.2008 (JUR 2009/295671), y la SAP de Barcelona de 19.11.2012 (JUR 2013/31747), que impidieron que prosperara la acción de impugnación interpuesta por el marido, en el primer caso; por la mujer, en el segundo; y por el hermano del difunto conviviente, en el tercero; al existir consentimiento prestado en el centro sanitario, aunque el mismo no se hubiera formalizado de acuerdo con la legislación entonces vigente. En este momento, un autor ya criticó la exigencia de escritura pública por no tratarse del procedimiento habitual para la realización de este tipo de técnicas en los centros de reproducción asistida: VERDERA SERVER, «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.);

debería plantear mayores problemas y, a su vez, la certeza del contenido de que estos documentos dan noticia beneficiaría al menor cuya filiación fue asumida ante el centro, impidiendo a quien otorgó el consentimiento retractarse y posibilitando a quien consintió reclamar su filiación. El Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOCG n.º 101-1, de 23 de junio de 2014), que modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (NLRC) en lo que se refiere a la inscripción del nacimiento y de la filiación, permite que la declaración del artículo 7.3 LTRHA se lleve a cabo en el centro, aunque se refiere al centro hospitalario en el cual ha tenido lugar el nacimiento. Esta opción, como expondré en el apartado siguiente, me parece discutible.

En último término, los tribunales, cuando se enfrentan a este tipo de litigios, acaban tomando en consideración criterios tales como si la pareja accedió al tratamiento conjuntamente, en el marco de un proyecto parental común²⁵. Con dicha noción, se alude a la iniciativa dirigida a tener descendencia que emprenden dos personas a partir del acceso a las TRA, con independencia de su contribución genética a las mismas²⁶. Este criterio se cumple sobradamente cuando en una pareja de dos mujeres, una aporta los

INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., p. 236. De acuerdo con el mismo autor, en la nueva regulación de la filiación en el Derecho civil catalán y conforme con el artículo 235-3 CCCat, la determinación de la filiación en estos casos se produce con el consentimiento, no con estos documentos: «La filiació en el dret català: de la Compilació al Codi Civil», *RJC*, 4/2010, pp. 103-125, en pp. 118-119.

²⁵ «Treatment together» en la terminología de los tribunales británicos: *vid. Re: B (Parentage)* [1996] 2 FLR 15, sobre solicitud de pensión alimenticia a favor de dos mellizos, formulada por la madre contra su ex pareja y padre genético de los niños. En la fase final de la relación de pareja el hombre acompañó a la mujer al centro y aportó el esperma con el que ésta fue inseminada unos meses después, una vez disuelta la relación. Si bien el hombre inicialmente aceptó constar como padre de los menores en los certificados de nacimiento, se opuso a pagar los alimentos que la mujer reclamaba, alegando que había aportado el esperma para la realización de la TRA como un «favor casual». El tribunal, en aplicación de la legislación británica, consideró que el hombre no era un mero donante y otorgó una especial relevancia a que el acceso al centro y al tratamiento se llevó a cabo en calidad de pareja («receiving services treatment together»), en el marco de una iniciativa conjunta.

En España, además de los casos citados en la nota anterior, *vid.* la SAP de La Coruña, 4.ª, de 15.2.2006 (JUR 84103). La AP estimó la acción de reclamación de paternidad ejercitada por el padre biológico que accedió a la técnica junto con la madre y prestó su consentimiento en el centro, aunque no lo hiciera en la forma requerida por el artículo 8.2 LTRHA respecto del hombre no casado con la madre. La AP otorgó primacía al acceso conjunto y consensuado al centro, a la relación afectiva de las partes durante el embarazo y tras el nacimiento, y al vínculo genético existente entre el hombre y los mellizos que nacieron tras la aplicación de la TRA. *Vid.* también en este punto mi monografía *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 128-132.

²⁶ Desarrollo este concepto, que incorporan legislaciones como la francesa, la belga o la quebequense, en mi trabajo *Consentimiento a la reproducción asistida...*, cit., p. 23.

gametos (madre genética), que son fecundados con espermatozoides de donante e implantados a la otra (madre gestacional)²⁷.

2.3 Requisitos temporales

Muchas de las críticas vertidas contra el artículo 7.3 LTRHA se centran en los problemas interpretativos que plantea el momento de prestación del consentimiento²⁸. De su redacción se cuestiona, muy en particular, la restricción temporal de la posibilidad de aceptar una maternidad no biológica a un momento anterior al nacimiento del hijo y no a la aplicación de las TRA²⁹.

Aunque la norma parece referirse al ya concebido («cuando nazca el hijo de su cónyuge»), la exigencia legal de que el consentimiento sea previo al nacimiento plantea si no sería mejor un consentimiento anterior a la fecundación, lo que sería más coherente con la noción de proyecto parental inherente a la filiación derivada de TRA, ya tenga su origen en una pareja heterosexual u homosexual y con independencia del vínculo biológico³⁰. Aunque la respuesta, a juzgar por la práctica de las oficinas registrales espa-

²⁷ Esta técnica, que se conoce como ROPA («Recepción de Óvulos de la Pareja»), permite a ambas mujeres participar más activamente en la procreación. Pese a las reticencias iniciales de los centros españoles, puesto que todavía no se contempla en el anexo de la LTRHA, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, mediante Dictamen de 4 de diciembre de 2008, se mostró favorable a su admisión: para más información al respecto, *vid.* mi trabajo «Acceso...», cit., pp. 161-162.

²⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 10/2014 pp. 1-9, en pp. 5-7 (BIB 2014/244).

²⁹ No se ve por qué limitar temporalmente la determinación de una filiación que se sabe, con la tolerancia legal, que es de origen puramente voluntario: NANCLARES VALLE, «Reproducción asistida...», cit., p. 11.

La exigencia de consentimiento previo al nacimiento y no a la fecundación, por el artículo 7.3 LTRHA, es una de las razones por las cuales BARBER CÁRCAMO (*La filiación...*, cit., p. 133) califica el precepto de «estrambótico». El mismo todavía se entiende menos si tenemos en cuenta que los Registros Civiles ya facilitan a las mujeres que quieren expresar su consentimiento a la filiación en estas circunstancias unos documentos acreditativos del consentimiento previo a la aplicación de la técnica en el centro médico: *vid.* TOMÁS MARTÍNEZ, «El consentimiento...», cit., pp. 7-9 y 11. En esta misma línea, respecto del artículo 8.1 LTRHA (consentimiento a la fecundación heteróloga en matrimonio heterosexual) son varios los autores que entienden que debe darse tanta o más trascendencia al consentimiento expresado con posterioridad a la aplicación de las TRA (incluso con posterioridad al nacimiento), puesto que el consentimiento posterior ya no opera sobre posibilidades, sino sobre realidades y, consiguientemente, la aceptación de las consecuencias de las TRA resulta manifiesta: VERDERA SERVER, R., «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., p. 280; e INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dirs.), *Tratado...*, cit., T-V, p. 772.

³⁰ En cambio, la consideran coherente QUICIOS MOLINA, «¿Cómo puede determinarse...», cit., pp. 24-25; y DÍAZ MARTÍNEZ, «La doble maternidad...», cit., p. 83. Para la última esta exigencia excluye que nos hallemos ante un reconocimiento, con lo cual se evita una posible impugnación.

ñolas, es negativa³¹, considero que la exigencia de un consentimiento previo a la fecundación, que normalmente se expresará en el mismo centro de reproducción asistida, es la que tiene un mejor encaje con esta noción³².

Las dudas interpretativas que plantea el artículo 7.3 LTRHA no acaban ahí, y se traducen en la inseguridad jurídica motivada por prácticas registrales no uniformes en lo que se refiere a los requisitos que se exigen *de facto* a las mujeres no gestantes en parejas casadas de dos mujeres para determinar la maternidad: así, mientras que algunos registros aplican estrictamente la ley y exigen su comparecencia formal antes del parto y, en caso contrario, remiten a la adopción, otros registros admiten que esta declaración se realice una vez nacido el hijo, en el momento en que se le inscribe en el RC³³. Precisamente, frente al sorprendente silencio que guarda en materia de filiación la NLRC, el citado Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil introduce en la misma un nuevo artículo 44.5 que, a su vez, modifica el artículo 7.3 LTRHA y permite a la mujer *casada* con otra mujer consentir a la filiación derivada del recurso a TRA respecto del hijo *ya nacido*. Si bien se mantiene el requisito del matrimonio entre las dos mujeres, se abandona el del consentimiento previo al nacimiento y posterior a la fecundación. La posibilidad de consentir la filiación respecto de un ya nacido, además de asimilar el consentimiento a un reconocimiento, tampoco guarda coherencia con la planificación de la procreación y la existencia de un proyecto parental previo al nacimiento, que es inherente a la filiación derivada del recurso a las TRA y que protege el interés del menor desde el mismo día de su nacimiento.

2.4 La imposibilidad de impugnar la filiación resultante

Aunque la LTRHA no lo prevé expresamente, la consecuencia principal de la determinación de la filiación materna en los térmi-

³¹ INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, p. 808.

³² Esta es la opción que sigue el legislador catalán en los artículos 235-8.1 y 235-13.1 CCCat, y es la que parece inspirar al informe francés *Filiation, origines, parentalité...* (cit., pp. 162, 176 y ss.), que prevé las llamadas «declaraciones comunes anticipadas de filiación» (*déclaration commune anticipée de filiation*) ante notario o autoridad judicial, respecto de las TRA heterólogas.

³³ Denuncian esta situación TOMÁS MARTÍNEZ, «El consentimiento...», cit., pp. 7-10; e INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, p. 854.

nos del artículo 7.3 es su inimpugnabilidad³⁴. A partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2005 se impone una interpretación amplia del artículo 8.1 LTRHA, que sí declara expresamente que ni la mujer progenitora ni el marido podrán impugnar la filiación resultante del acceso a las TRA realizadas conforme con los requisitos legales. Mediante una interpretación extensiva del citado artículo 8.1, la SAP, 4.^a, de Islas Baleares, de 31 de marzo de 2014 (AC 654), impidió que prosperara una demanda de impugnación de la filiación matrimonial ejercitada por la madre gestacional contra quien había sido su esposa y había consentido a la filiación del menor en los términos del artículo 7.3 LTRHA. Según la AP, «(...) esta reforma se hizo sin atender a otros aspectos que están en íntima relación con el matrimonio, como es el régimen legal de la filiación, en el que las acciones de impugnación y reclamación estaban pensadas exclusivamente para parejas heterosexuales, sin mencionar las homosexuales en que una de las personas no interviene en la fecundación (...)» (FD 2.2). Sorprende que el mencionado Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil que, entre otras normas reforma el artículo 7.3 LTRHA, no aproveche para modificar el alcance del artículo 8.1 LTRHA, que mantiene intacta la referencia obsoleta al «marido» en sede de inimpugnabilidad de la filiación³⁵.

De acuerdo con una lectura en sentido contrario del artículo 7.3 LTRHA, si pese a faltar el consentimiento o no expresarse el mismo en los términos legales se acaba determinando la filiación, ésta debería poder ser impugnada. El cauce adecuado para llegar a este resultado debería ser el artículo 138 CC o el artículo 141 CC, puesto que al no existir ley especial aplicable al efecto, puede operar aquí la remisión del artículo 7.1 LTRHA a las leyes civiles³⁶. Los artícu-

³⁴ Para algún autor, el hijo sí tendría acción: *vid.* NANCLARES VALLE, «Reproducción asistida...», cit., p. 15; y BARBER CÁRCAMO: «Reproducción asistida y determinación de la filiación» REDUR, 8/2010, ..., p. 35; *La filiación...*, cit., pp. 136-137. Esta última se basa en la dicción literal del artículo 8.1 LTRHA, que solo impide la impugnación a la «mujer progenitora» y al «marido», y en el laconismo del artículo 7.3, que impediría imponer al hijo «una filiación manifiestamente falsa por imposible». En mi opinión, esta solución es incoherente con el principio de determinación de la filiación por la voluntad, elemento básico en la derivada del acceso a TRA, puesto que ésta no siempre se basa exclusivamente en la biología. También en contra de la legitimación a favor del hijo, en estas circunstancias, a partir de la estabilidad de la filiación, se pronuncia DÍAZ MARTÍNEZ, «La doble maternidad...», cit., pp. 90-91.

³⁵ «Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.»

³⁶ Llega a la misma conclusión BARBER CÁRCAMO, «Doble maternidad legal...», cit., p. 124. Para esta autora, pese a no constituir un verdadero reconocimiento, su origen voluntario sí permite aquí, por igualdad de razón, el recurso a la analogía.

los 138 y 141 CC permiten impugnar el reconocimiento que determine, respectivamente, una filiación matrimonial o no matrimonial, siempre que el mismo se haya realizado con vicios del consentimiento. Si bien ninguno de estos preceptos piensa en la posible filiación resultante del acceso a TRA, que sí contempla la nueva regulación catalana (art. 235-27.3 CCCat), en ausencia de una norma *ad hoc* en la legislación especial, las previsiones de los artículos 138 y 141 CC deberían poder ser extensibles a estos supuestos. Ahora bien, al tener su origen en un vicio del consentimiento, el único legitimado para impugnar es quien lo otorgó (art. 235-27.1 CCCat y 141 CC). Si es de aplicación el Código civil el plazo para el ejercicio de la acción es de un año a contar desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento (art. 141 CC), mientras que si resulta de aplicación el derecho civil catalán este plazo será de dos años desde el otorgamiento del reconocimiento bajo error o, en el resto de casos, desde que cesa el vicio (art. 235-27.2 CCCat).

Aunque a diferencia de la impugnación de la posible filiación resultante, la impugnación del reconocimiento ejercitada en plazo y con legitimación debería prosperar aunque existiera vínculo genético entre quien impugna y el nacido, debe tenerse en cuenta el rol que desempeña la voluntad en la filiación derivada del recurso a TRA. Así, aunque la voluntad, expresada a través del consentimiento, tiene un papel esencial en la determinación de la filiación derivada del recurso a las TRA, el elemento genético –de existir– no puede ser totalmente irrelevante. Además, en la mayoría de ocasiones, si existe vínculo genético entre la mujer no gestante y el nacido es porque, con toda probabilidad, ésta consintió (cuanto menos, tácitamente) a la TRA y a la posible filiación resultante, lo que excluye la impugnación, tanto de la filiación como del «reconocimiento» realizado concurriendo vicios. Permitir que prospere una acción de impugnación en estas circunstancias resultaría contrario al principio de buena fe en el ejercicio de los derechos. Aunque la LTRHA no prevé esta situación, ni mucho menos la consecuencia aplicable, son muchas las voces que proponen esta solución en el marco de las parejas heterosexuales³⁷, solución que a mi modo de ver también debería hacerse extensible a las parejas de dos mujeres cuando la no gestante aportó sus óvulos para la fecundación. Esta es la línea seguida por la nueva regulación catalana en materia de filiación, cuyo artículo 235-28.2

³⁷ INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, en p. 763. Vigente la LTRA, en el mismo sentido, *vid.* FÁBREGA RUIZ, C. F., *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1999, pp. 129 y 134.

CCCat dispone que «Si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación de acuerdo con los artículos 235-8 o 235-13, y *tampoco, en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo*». Entiendo, a partir de una interpretación conforme con los artículos 235-8.1 y 235-13.1, que admiten la determinación de la filiación a favor de parejas de dos mujeres, casadas o no, que este precepto también les resulta aplicable³⁸.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

3.1 Antecedentes

Donde mejor se observa la falta de correspondencia entre las normas basadas en la verdad biológica y en el consentimiento a las TRA para asumir una filiación que en principio por naturaleza no corresponde, es en sede de doble maternidad³⁹. Las dos sentencias que se comentan a continuación, de 5 de diciembre de 2013 (RJ 7566) y 15 de enero de 2014 (RJ 1265), son las primeras en las que el TS otorga valor a un consentimiento procreacional a las TRA no expresado en los términos del artículo 7.3 LTRHA respecto de la mujer casada con la madre. En ambos casos el TS permitió que prosperara una acción de reclamación de la filiación ejercitada por la ex pareja de la madre, basada en la existencia de posesión de estado.

Con anterioridad, en el caso resuelto por la sentencia de 12 de mayo de 2011 (RJ 3280), el TS tan solo había tenido oportunidad de pronunciarse sobre una solicitud de relaciones personales con un menor por parte de la ex compañera de la madre. El TS resolvió favorablemente tal solicitud y concedió a la actora, en calidad de «allegada» del artículo 160. II CC y en interés del menor, un amplio régimen de visitas, sin entrar a discutir sobre la filiación, que no formaba parte del *petitum*⁴⁰.

³⁸ Vid. mi comentario a los artículos 235-27 y 235-28, en EGEA; FERRER (Dir.); FARNÓS (Coord.), *Comentari al llibre segon...*, cit., pp. 660-674, en pp. 664 y 673-674. Fundada en la novedad que introduce este último inciso de la norma, concluyo que si bien el consentimiento es un criterio relevante para la determinación de la filiación derivada del recurso a TRA, no es el único. Vid. también VERDERA SERVER, «La filiación...», cit., p. 120.

³⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, «Acción de reclamación...», cit., pp. 1-9.

⁴⁰ Para una crítica a la sentencia, que insiste en no llamar «madre» a la ex compañera de la madre pero que *de facto* le acaba concediendo un régimen de relaciones personales más propio del progenitor no custodio, vid. el comentario de DÍAZ MARTÍNEZ, A., en CCJC, 88/2012, pp. 425-449.

Este aspecto sí fue abordado, en cambio, en un proceso posterior, que se resolvió finalmente por la STS de 15 de enero de 2014, que será objeto de análisis. Pese a que lo solicitado era un régimen de relaciones personales con el menor, la AP de Toledo, 1.^a, de 22 de abril de 2008 (JUR 331973), que precedió a la mencionada STS de 12 de mayo de 2011, ya insinuó la posibilidad de ejercitar una acción de reclamación judicial de la maternidad por la mujer no gestante: «(...) el hecho de que legalmente la demandante no sea la madre del menor por el momento, hasta que ejercite las correspondientes acciones de reclamación de la filiación no matrimonial conforme al artículo 131 y concordantes del Código Civil, lo que entendemos eventualmente posible habida cuenta en la constante posesión de estado existente en el caso presente, indicativa de la misma, (...) no significa que se haya de suprimir el derecho de visitas (...) Lo relevante no es que María Ángeles se sienta madre del menor y tenga además derecho a reclamar legalmente el establecimiento de dicha situación, sino que el menor siente que María Ángeles es su madre y así la ha tratado desde siempre.» (FD 2). Sí que tenía por objeto la filiación el caso que dio lugar a la STS, 1.^a, de 18 de enero de 2012 (RJ 1788). En el mismo, la demandante, separada de la madre en 2006, reclamaba la filiación, con base en el artículo 7.3 LTRHA, alegando que en el momento del nacimiento de la menor cuya filiación pretendía (2003) no era posible el matrimonio entre dos mujeres, lo que discriminaba a los hijos nacidos en parejas de dos mujeres no casadas. Sin embargo, una razón procesal (el recurso de casación no se fundamentaba en la lesión de ningún derecho fundamental) evitó un pronunciamiento sobre el fondo.

3.2 La sentencia de 5 de diciembre de 2013

La STS, 1.^a, de 5 de diciembre de 2013⁴¹, encuentra su fundamento en lo que vendría a ser una acción de reclamación de la filiación matrimonial ejercitada por posesión de estado (art. 131 CC) por la ex cónyuge de la madre respecto de dos gemelas concebidas mediante fecundación *in vitro* el día 16 de marzo de 2007, previo consentimiento informado de las entonces convivientes. Las mujeres, que contrajeron matrimonio en agosto del mismo año, ya tenían una hija concebida a partir del recurso a la misma técnica, que inicialmente solo constaba como hija de la gestante, entonces soltera,

⁴¹ Comentada por DÍAZ MARTÍNEZ, «Acción de reclamación...», cit.; QUICIOS MOLINA, «¿Cómo puede determinarse...», cit.; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., «Los problemas...», cit.; y BARBER CÁRCAMO, «Doble maternidad legal...», cit. *Vid.* también el comentario de esta STS y de la que la sigue por DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S.: «Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014», *InDret*, 1/2015, pp. 1-35.

pero que en 2008 fue adoptada por su pareja. En el momento del nacimiento de las gemelas, a finales de 2007, las menores fueron inscritas en el RC tan solo como hijas de la gestante. Si bien ésta inició un expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales, en las que aparecía como soltera, con el fin de identificar a su cónyuge a los efectos de determinación de la filiación, dicho expediente concluyó por auto, confirmado por la DGRN, en el que tan solo se acordaba la rectificación del estado civil de la madre. En junio de 2009 la pareja puso fin a su relación y la madre interpuso demanda de divorcio contra su cónyuge, quien abandonó el hogar.

El JPI n.º 7 de Santa Cruz de Tenerife, por sentencia de 11 de abril de 2011, estimó la demanda de reclamación de la filiación interpuesta por la ex cónyuge de la madre, basada en la existencia de posesión de estado. La SAP de Santa Cruz de Tenerife, 1.ª, en sentencia de 24 de octubre de 2011 (JUR 2012/14522), y con posterioridad el TS, confirmaron el pronunciamiento⁴². La inexistencia de consentimiento en los términos del artículo 7.3 LTRHA es irrelevante para el TS, que considera que «(...) la protección integral de los hijos ante la Ley (...) no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo (...)» (FD 3.2). Con ello, el TS enfatiza la importancia de la voluntad para la determinación de la filiación derivada de TRA, que hace posible la «ficción legal» de permitir la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo, con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza. En palabras del propio Tribunal, ello evita que cuando se ejerce, como es el caso, la acción de reclamación de una filiación deba impugnarse la ya determinada a favor de la gestante, puesto que ambas filiaciones no son contradictorias (FD 3.3)⁴³.

⁴² La SAP fue calificada de «ejemplo de falta de entendimiento y confusión sobre los mecanismos técnicos de la filiación y sus consecuencias y de ausencia de argumentación jurídica»: BARBER CÁRCAMO, *La filiación...*, cit., p. 141.

⁴³ Ello es así porque el párrafo segundo del artículo 131 CC («Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada») se entiende en el contexto de la filiación por naturaleza: RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 131 CC», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, T-I, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pp. 490-494, en pp. 493-494. La justificación de la no operatividad de esta excepción, que tiene su base en el artículo 113. II CC, de alcance más general, se encontraría aquí en que no puede haber incompatibilidad porque se trata de relaciones que tienen su base en fenómenos distintos: INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dirs.), *Tratado...*, cit., T-V, pp. 803-804.

En esta sentencia el TS anuncia el principio legal en el que se inspira el régimen de la filiación derivada de la aplicación de TRA y que vendría a sustituir el principio de verdad biológica: la voluntad de quien desea ser progenitor. Si bien esta doctrina es coherente con el contexto que rodea la filiación derivada del recurso a TRA, resulta cuestionable, como desarrollo en el apartado 4 de este trabajo, que el TS la aplique prescindiendo de la regla especial prevista para la determinación de la filiación en estos casos (art. 7.3 LTRHA) y, más aún, que en su lugar recurra a una norma pensada para la filiación por naturaleza, que tan solo exige «constante posesión de estado» y ni tan siquiera requiere que exista convivencia entre quien reclama la filiación, el progenitor cuya filiación sí se encuentra determinada y el hijo (art. 131 CC). Al encontrarnos ante un caso límite (el consentimiento a la técnica se formalizó el día antes de la entrada en vigor del artículo 7.3 LTRHA⁴⁴, sin cumplir con sus requisitos, y ambas mujeres contrajeron matrimonio con posterioridad), por razones de seguridad jurídica hubiera sido más razonable recurrir a una interpretación analógica del precepto para permitir la determinación de la filiación materna a favor de la actora. Ahora bien, la DGRN ha limitado esta interpretación a casos en los que, estando ya casadas ambas mujeres, el menor nació antes de la entrada en vigor de la reforma pero el consentimiento se prestó después⁴⁵. En el caso que nos ocupa tampoco debe obviarse que durante la relación la no gestante podía haber adoptado a la menor, como hizo respecto de la hija mayor de la pareja, o bien podía haber prestado su consentimiento, en los términos del artículo 7.3 LTRHA, durante el tiempo que medió entre la fecha del matrimonio (agosto de 2007) y el nacimiento de las menores (diciembre de 2007). Sin embargo la mujer no utilizó ninguna de estas dos vías, por lo que la STS no sienta un buen precedente.

Pese a lo cuestionable de la interpretación del TS, el caso permite poner en duda, una vez más, los rígidos requisitos del artículo 7.3. En este punto no debe olvidarse que el consentimiento a la técnica concreta, expresado ante el centro autorizado es, como el exigido por el artículo 7.3 LTRHA, un consentimiento previo al nacimiento que, como tal, permite dejar constancia de la existencia de un proyecto parental y de la consiguiente voluntad de asumir la filiación que pueda resultar. Se trata, también, de un consentimiento susceptible de ser probado con facilidad, lo que no debería plan-

⁴⁴ El apartado 3 del artículo 7 de la LTRHA, añadido por la DA 1.ª de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE n.º 65, de 16 de marzo), entró en vigor el día 17 de marzo.

⁴⁵ *Vid.*, entre otras, la Resolución de 14.10.2008 (JUR 2009/443280) y, *a sensu contrario*, la de 26.11.2008 (RJ 2010/459).

tear mayores problemas cuando surgiera la cuestión de la impugnación o reclamación de la maternidad. Puesto que la Sala 1.^a del TS ya está reconociendo el papel de la voluntad procreacional, por la vía de la posesión de estado, incumbe al legislador, y solo a él, dar un paso más y ampliar el alcance del artículo 7.3 LTRHA.

Como ya se ha indicado, el Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil se limita a modificar el artículo 7.3 LTRHA en el sentido de validar el consentimiento posterior al nacimiento, expresado en el centro médico donde nazca el hijo. La pregunta que puede plantearse a la luz de la proyectada reforma es la siguiente: ¿podrá determinarse la filiación a favor de la esposa de la gestante si falta dicho consentimiento pero consta el que ambas mujeres prestaron con anterioridad al nacimiento ante el centro de reproducción asistida? La cuestión tiene trascendencia en relación con una posible acción de reclamación de la maternidad ejercitada por la mujer no gestante, aunque a la luz de la sentencia de 5 de diciembre de 2013 y de la que es objeto de comentario en el apartado siguiente, ni tan solo el consentimiento previo en el centro es un requisito para poder reclamar con éxito la filiación.

Con posterioridad a la sentencia objeto de este apartado, y en relación con un proceso paralelo seguido sobre el mismo caso, la sala 1.^a del TS dictó la sentencia de 19 de mayo de 2014 (JUR 151152), que confirma el amplio régimen de visitas concedido a la mujer no gestante, entonces en calidad de «allegada» (art. 160. II CC) y ahora de progenitora, respecto de las dos menores cuya filiación había quedado acreditada en el proceso aquí analizado.

3.3 La sentencia de 15 de enero de 2014

En este caso la acción de reclamación permite determinar la filiación a favor de una mujer que no llegó a casarse con la madre, puesto que el artículo 131 CC comprende tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial. Sin embargo, el caso plantea mayores dudas que el anterior porque la existencia de consentimiento conjunto a la utilización de las TRA resulta controvertida, por lo que el único fundamento de estimación de la demanda parece ser la posesión de estado. De la sentencia, dictada por seis votos a favor, merece una especial atención el voto particular formulado por tres magistrados.

La sentencia tiene origen en una acción de reclamación de la filiación no matrimonial interpuesta por la ex pareja de la madre respecto de un menor nacido en 2003, durante la relación de convi-

vencia estable que mantuvieron ambas mujeres entre 1996 y 2006. La mujer no gestante no solo no podía acceder a la posibilidad que contempla el artículo 7.3 LTRHA por no estar casada con la madre, sino también porque en aquel momento ni tan siquiera existía tal posibilidad. El menor había sido concebido mediante inseminación artificial con esperma de donante anónimo, en el marco de lo que el Juzgado califica de un «proyecto común» que infiere de extremos tales como el trato del menor como hijo por parte de la propia actora y su ámbito familiar; el ejercicio, por parte de la actora, de acciones para mantener este trato tras la ruptura, las cuales dieron lugar a la ya mencionada STS, 1.^a, de 12 de mayo de 2011; y la incorporación, en el nombre compuesto del menor, del apellido de la actora (Esteban). El JPI n.º 2 de Talavera de la Reina, por sentencia de 23 de abril de 2010, estimó íntegramente la demanda. La SAP de Toledo, 2.^a, por sentencia de 17 de enero de 2012 (JUR 96331), estimó el recurso interpuesto por la demandada y revocó la sentencia previa, al considerar que no había quedado acreditada la posesión de estado que debía permitir el ejercicio del artículo 131 CC, dado que la actora solo actuó como madre durante los tres años que mediaron entre el nacimiento del menor y la ruptura de la pareja. El TS estima el recurso de casación interpuesto por la actora y, con ello, la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. El recurso se basa en el interés casacional de su objeto, una norma con menos de cinco años de vigencia (art. 7.3 LTRHA); alude a que el proceso paralelo iniciado por la actora para poder relacionarse con el menor, que concluyó con la STS, 1.^a, de 12 de mayo de 2011, admitió *obiter dicta* la existencia de posesión de estado que permitiría invocar el artículo 131 CC para reclamar la filiación en este nuevo proceso; y concluye que limitar la posibilidad de determinar la filiación por naturaleza a las parejas de dos mujeres casadas antes del nacimiento del menor discrimina entre los menores concebidos a partir del recurso a TRA.

El TS valida el recurso al artículo 131 CC a partir de la relación de compatibilidad que afirma que existe entre el mismo y el artículo 7.3 LTRHA. A partir de aquí, el consentimiento a la TRA que permitió la concepción del menor, unido a otros extremos, tales como la elección de su nombre o la posterior unidad familiar entre las convivientes y el hijo biológico de una de ellas, ya constatada por la citada STS, 1.^a, de 12 de mayo de 2011, refuerzan la posesión de estado de la mujer compañera de la gestante (FD 2). Como ya había afirmado en su sentencia de 5 de diciembre de 2013, el TS confirma la innecesariedad de impugnar la filiación ya determinada a favor de la madre biológica, puesto que no existe contradic-

ción de filiaciones entre ésta y la reclamada. En último término, el TS recurre al interés del menor, puesto que «representa un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica» (FD 3).

El voto particular, cuya argumentación destaca por su mejor técnica jurídica, defiende la solución contraria, alegando, en resumen, que no se respetan los hechos probados en su totalidad; que el fallo es contrario a sus precedentes (y, en particular, a la STS, 1.^a, de 12 de mayo de 2011); que no se aplica la ley especial existente al efecto para regular la situación que nos ocupa, que es el artículo 7.3 LTRHA; y que el único fundamento de la estimación del recurso acaba siendo la posesión de estado. Por su mayor importancia me centraré en estos dos últimos argumentos.

Con independencia de que en el caso no podía existir un consentimiento expresado en los términos del artículo 7.3, puesto que las litigantes no estaban casadas ni podían estarlo cuando nació el menor, según el voto particular no hay constancia de un consentimiento conjunto a la técnica, que actuara como refuerzo de la posesión de estado que hiciera posible la determinación de la filiación en la línea iniciada por la STS de 5 de diciembre de 2013. Así, según el voto, la mayoría de la Sala prescinde del dato, relevante, de que el consentimiento de la recurrente a las TRA no quedó probado, como ya había afirmado la STS, 1.^a, de 12 de mayo de 2011, relativa al mismo caso: «No está probado si la decisión fue tomada o no conjuntamente por las dos componentes de la pareja» (FD 1). Desde mi punto de vista, este es el argumento verdaderamente relevante del voto particular, que no debe quedar eclipsado por otros argumentos superfluos, y a mi modo de ver carentes de justificación, tales como que el interés del menor desaconseja la determinación de la doble maternidad en circunstancias de ruptura traumática de la relación entre las dos mujeres, o que una pareja de hecho carece del «elemento de estabilidad, o cuanto menos de propósito de estabilidad» que impone el artículo 7.3 LTRHA con la exigencia de matrimonio para que pueda determinarse la filiación materna respecto de la mujer no gestante⁴⁶.

El voto particular resulta decisivo por tres razones adicionales: en primer lugar, porque critica que la mayoría prescinda de la existencia de la ley especial que regula estos supuestos a partir de 2007; en segundo lugar, porque identifica un nuevo título de determinación de la filiación, limitada a la derivada del recurso a la reproducción asistida, en el artículo 7.3 LTRHA; y, finalmente, porque descarta la posibilidad de acudir a la posesión de estado para reclamar

⁴⁶ Al respecto, me remito a las referencias citadas en la nota 19 de este trabajo.

la filiación sobre la base del artículo 131 CC, pues ésta «no acredita por sí la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que permite presumir quiénes pueden ser los progenitores, sin que encuentre encaje con este nuevo título de determinación de la filiación que se basa en el mero consentimiento de la mujer casada con la madre receptora de la reproducción asistida» (FD 6 *in fine*). Este último argumento, que considero esencial, es coherente con la configuración de la posesión de estado como situación fáctica que *puede* conducir a una determinación de la filiación, mediante la prueba de que concurren sus requisitos⁴⁷. Ello entronca, además, con la doctrina que entiende que la posesión de estado no tiene, propiamente, eficacia acreditativa de la filiación, no es título de atribución, sino de legitimación, de acuerdo con el artículo 131 CC, y constituye un medio de prueba subsidiario (art. 113. I CC) de carácter presuntivo o indirecto, en los términos del artículo 767.3 LEC⁴⁸. Así, no bastará la prueba de la constante posesión de estado para declarar la filiación, pues en la concepción de la misma que tiene el Código debe coincidir con la correspondiente relación biológica, en cuya investigación son admisibles toda clase de pruebas⁴⁹.

Descartado el recurso al artículo 7.3 LTRHA, en el caso la única opción para que quedara determinada la filiación materna a favor de la mujer no gestante sería la de la adopción del hijo de su pareja (art. 178.2.1.º CC). Ahora bien, además de restringirse a las parejas casadas y, allí donde es de aplicación el CC, a los convivientes *heterosexuales*⁵⁰, esta opción plantea problemas cuando la

⁴⁷ Se trata del *nomen* (empleo, por el hijo, del mismo apellido del presunto padre/madre), el *tractatus* (comportamiento, tanto material como afectivo, propio de la relación de filiación) y la fama o *reputatio* (consideración social de hijo): Díez-PICAZO, L.; GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil, Vol. IV (Tomo I), Derecho de familia*, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012 (reimpr. 2013), p. 239. Para una ejemplificación de los hechos que la jurisprudencia ha considerado «posesión de estado», *vid.* QUICIOS MOLINA, S., «Comentario al artículo 131 CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 304-306, en pp. 305-306.

⁴⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 131 CC», en PAZ-ARES; BERCOVITZ; Díez-PICAZO; SALVADOR, *Comentario del Código Civil*, cit., pp. 492-493; QUICIOS MOLINA, «Comentario al artículo 131 CC», en BERCOVITZ (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 304; y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., «La determinación de la filiación», en Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. (Coord.), *Derecho de familia*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2012, pp. 1631-1664, en pp. 1660-1662.

⁴⁹ En consecuencia, su falta de prueba solo afectará al mayor o menor fundamento de la pretensión: TORIBIOS FUENTES, F., «Comentario al artículo 131 CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex nova, Valladolid, 2010, pp. 241-244, en pp. 243-244. Para BARBER CÁRCAMO («Doble maternidad legal...», cit., pp. 128-129), al estar basada en la verdad biológica, «no cabe posesión de estado de doble maternidad o paternidad, por imperativo lógico y técnico».

⁵⁰ Así es a partir de la DA 3.ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores (BOE n.º 275, de 17 de noviembre). Denuncio estas restricciones en mi trabajo «Acceso...», cit., pp. 164 y ss. *Vid.* también la nota 19 de este trabajo.

relación entre las dos mujeres se rompe tras el nacimiento del menor y la mujer que consta legalmente como madre no asiente a la adopción en los términos del artículo 177.2.2.º CC, lo que sería más que probable en casos como los que dieron origen a las sentencias aquí analizadas, en que los pleitos de reclamación de maternidad se instaron, además, por la esposa o conviviente con la madre una vez rota la relación con ésta⁵¹.

4. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Al anunciar la compatibilidad entre la posesión de estado y la normativa especial de la LTRHA (art. 7.3), el TS convierte erróneamente a la posesión de estado en título de atribución de la filiación. Además, el TS parece ignorar que, de acuerdo con la redacción del artículo 7.1 LTRHA, el régimen del Código civil –y del Derecho civil autonómico allí donde exista– sobre determinación de la filiación por naturaleza queda desplazado cuando existe una norma especial. Ello conlleva la inaplicación de todo el régimen de acciones de reclamación e impugnación *stricto sensu*, basadas en la verdad biológica, para proceder solo las fundadas en la nulidad o los defectos del título⁵².

La relación de compatibilidad que el TS observa entre la regla especial del artículo 7.3 LTRHA y la norma que prevé para la filiación por naturaleza el artículo 131 CC determina que, ante la imposibilidad de aplicar el artículo 7.3, el TS acabe aplicando el artículo 131 CC. El TS justifica dicha compatibilidad en la remisión que hace el artículo 7.1 LTRHA a las «leyes civiles»: «La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.»⁵³. Sin embargo, como anuncia el propio precepto dicha remisión no opera ni respecto de los artículos 8 a 10 LTRHA, que son a los que se refiere expresamente, ni tampoco respecto del artículo 7.3, que contiene otra norma especial en sede de filiación derivada de TRA. Aunque

⁵¹ Para BARBER CÁRCAMO («Doble maternidad legal...», cit., p. 134), muy crítica con el establecimiento de la filiación por parte del TS en estas dos sentencias, ello determina que la única solución en casos como los planteados sea instar un régimen de relaciones personales al amparo del artículo 160 CC.

⁵² Vid. BARBER CÁRCAMO, *La filiación...*, cit., pp. 136-137, quien afirma que esta conclusión no debe ser aplicable al hijo. Al respecto, me remito a la nota 34.

⁵³ Vid. BARBER CÁRCAMO, «Reproducción asistida...», p. 28. La autora califica de «sorprendente» la remisión a un sistema, como el del Código civil, de base biológica, por parte de una norma, como la LTRHA, que admite la fecundación heteróloga o con gametos de donante.

el artículo 7.1 no se refiera a la misma, puesto que fue introducida con posterioridad, no hay duda de que la remisión a las leyes civiles tampoco puede operar en este caso que, además de reflejar los problemas derivados de legislar en paralelo, constituye, sin duda alguna, otra especialidad⁵⁴.

En consecuencia, resulta especialmente criticable el argumento empleado por el TS, en la sentencia de 5 de diciembre de 2013, según el cual el recurso al artículo 131 CC es posible a partir de la remisión que hace el 7.1 a las «leyes civiles». En la línea correcta se sitúa, a mi parecer, el voto particular a la STS de 15 de enero de 2014, cuando afirma que la excepción que prevé el artículo 7.1 LTRHA excluye de la remisión a las leyes civiles «las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos» (art. 8 a 10) y «necesariamente debe comprender la del apartado 3 del propio artículo 7 por ser éste precisamente el primero que la ley especial dedica al régimen de la filiación» (FD 4). Los criterios de determinación de la filiación materna que, más allá del artículo 7.3 LTRHA, prevé el CC resultan dudosamente operativos en los casos de falta de consentimiento en la forma requerida por el artículo citado porque su razón de ser se encuentra, en última instancia, en el criterio biológico, de modo que es muy difícil acomodarlos a una situación en que la principal conexión con el nacido es la libre voluntad de la cónyuge de la gestante⁵⁵.

Las dos sentencias analizadas se centran en la categoría de la «posesión de estado» sin entrar a valorar el dato, relevante en mi opinión, de si la mujer que ejercía la acción de reclamación había aportado sus gametos para la concepción, lo que si bien no podía suceder en el caso resuelto por la sentencia de 15 de enero de 2014 por razón de la técnica empleada (inseminación artificial), no puede descartarse en la de 5 de diciembre de 2013, de la que tan solo se desprende que la gestante se sometió a fecundación *in vitro*, sin referencia alguna a la procedencia de los óvulos. La legislación estatal, a diferencia del ya citado artículo 235-28.2 CCCat, no ofrece una solución para el caso en que la mujer no gestante hubiera aportado sus gametos para la realización de la técnica pero no

⁵⁴ Así lo apunté en *Consentimiento a la reproducción asistida...*, cit., p. 110. En el mismo sentido ya se habían pronunciado NANCLARES VALLE, «Reproducción asistida...», cit., p. 13; BARBER CÁRCAMO, «Reproducción asistida...», cit., p. 28; BENAVENTE MOREDA, «La filiación...», cit., p. 95; y VERDERA SERVER, «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., p. 213, quien califica la situación de «imprecisión sobrevenida».

⁵⁵ INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, p. 807.

hubiera consentido a la misma, o al menos no lo hubiera hecho en los términos del artículo 7.3 LTRHA⁵⁶.

Casos como los resueltos por el TS nos vuelven a enfrentar a la cuestión de cuál debe ser el fundamento de la filiación derivada del acceso a las TRA: la biología (entendida en sentido genético respecto del hombre, y genético y/o gestacional respecto de la mujer) o la voluntad. En mi opinión, si existe fundamento para afirmar que mediante la aportación de gametos se estaba asumiendo la filiación resultante, de lo que pueden ser indicios relevantes la convivencia previa y/o posterior al nacimiento, la existencia de un proyecto parental que se materializa en el acceso conjunto a las TRA, y la asistencia al parto, podemos concluir que existe un consentimiento tácito y, por tanto, la acción de reclamación de filiación, basada en la verdad biológica, debería prosperar. Ahora bien esta solución solo sería posible en ausencia de una regla especial aplicable al supuesto, regla que en los casos analizados, pese a su carácter limitado, sí existía. No me parecería descabellado que el legislador admitiera, como sucede en sede de filiación por naturaleza, la determinación judicial de la filiación para el caso de que la extrajudicial no prosperara⁵⁷. Esta vía podría operar a los efectos de reclamar la filiación, aunque debería establecerse previamente si la mujer no gestante tiene legitimación para el ejercicio de la acción, o la misma se limita a la gestante y al hijo. En cualquier caso, abrir la vía judicial en este contexto nunca debería conducir a permitir la impugnación de una filiación previamente determinada, argumentando que no existe correspondencia genética con el nacido, pues esta tesis queda vacía de contenido en el contexto de la filiación derivada del recurso a TRA. Esta posibilidad debe limitarse, como ya he apuntado en el apartado 2.4, a los casos en los que la filiación se haya determinado existiendo vicios del consentimiento, por la vía de la impugnación de la filiación determinada con vicios del consentimiento, no por la vía de la acción general de impugnación de la filiación.

En la sentencia de 5 de diciembre de 2013 el TS refuerza la «huida» de argumentos formalistas y, con ello, la exclusión de la norma aplica-

⁵⁶ A favor de la determinación de la filiación cuando quien ejerce la acción de reclamación de paternidad es el hombre que aportó sus gametos para la realización de las TRA y no un mero donante, *vid.* INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, p. 798.

⁵⁷ Así se establece, desde el 1.4.2014 en Holanda, donde la madre legal o el hijo pueden interponer una acción judicial de reclamación de la maternidad contra la mujer que no quiso reconocer al hijo en los términos legales o contra sus herederos, si aquella murió sin poder hacerlo: *vid.* CURRY-SUMMER, I.; VONK, M., «Dutch co-motherhood in 2014», en ATKIN, B. (General Ed.), *The International Survey of Family Law. 2014 Edition*, Jordan Publishing Ltd., Bristol, 2014, pp. 361-376, en p. 367.

ble (art. 7.3 LTRHA), mediante la alusión al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, a los cambios familiares que se están produciendo y al interés de las menores (FD 3.6). En la sentencia de 15 de enero de 2014 la mayoría del TS también recurre al interés superior del menor para permitir la determinación de la filiación materna.

A partir del recurso al principio siempre ambivalente del interés superior del menor⁵⁸, el TS opta por hacer «justicia del caso», a costa de poner en riesgo la seguridad jurídica. El propio TS también recurrió a dicho principio en su sentencia de 6 de febrero de 2014 (RJ 736) pero en aquella ocasión lo hizo para negar el establecimiento de la doble filiación paterna respecto de unos gemelos concebidos a partir del recurso a la GS en EE. UU. por un matrimonio de dos hombres de nacionalidad española. En dicha sentencia, que es objeto de análisis a continuación, el recurso al interés del menor no sirvió, por tanto, al TS para huir de la norma aplicable (art. 10 LTRHA), sino para ceñirse a la misma y evitar así la determinación de la filiación. Por su importancia, me detendré en el recurso a este principio por parte del TS al analizar dicha sentencia.

III. DETERMINACIÓN DE LA DOBLE PATERNIDAD DERIVADA DEL ACCESO A REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1. PUNTO DE PARTIDA: NULIDAD DE LOS ACUERDOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Por razones biológicas, la única forma por la cual los hombres solos o las parejas de dos hombres pueden acceder a las TRA para hacer realidad su proyecto parental es mediante los acuerdos de GS, que el artículo 10.1 LTRHA declara nulos⁵⁹. Como consecuencia de dicha nulidad la filiación será determinada por el parto (art. 10.2 LTRHA), quedando a salvo la posible acción de reclama-

⁵⁸ Para QUICIOS MOLINA, el TS «ha permitido la determinación a la carta de una segunda maternidad»: «¿Cómo puede determinarse...», cit., p. 628. BARBER CÁRCAMO («Doble maternidad legal...», cit., pp. 129-131) también se muestra especialmente crítica con el uso del interés del menor en ambas sentencias, puesto que considera que el encaje más adecuado de la cláusula no es la determinación de la filiación, sino la protección del menor y la fijación de medidas encaminadas a su guarda y custodia.

⁵⁹ «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.» El uso de la expresión «gestación por sustitución» se justifica en este trabajo porque, además de ser la empleada por la rúbrica del artículo 10 LTRHA, es la más neutra: LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 24-27.

ción de la paternidad respecto del padre biológico (art. 10.3 LTRHA).

La diversidad de aproximaciones a la GS en un momento de globalización como el actual⁶⁰ se traduce en la práctica en el mal llamado «turismo reproductivo»⁶¹. España, hasta hace poco únicamente sujeto pasivo de este fenómeno por las mayores facilidades de acceso a las TRA en general y a la «donación» de óvulos en particular⁶², en relación con la GS se ha convertido en sujeto activo del mismo⁶³. Ya en 2003 nacieron en EE. UU. casi mil niños españoles, previsiblemente gestados de esta forma⁶⁴. Solo entre 2006 y 2010 la cifra de los acuerdos de GS celebrados a nivel internacional en aquel país incrementó en un 1000% en las cinco grandes agencias especializadas consultadas, y en 2008 casi el 40% de los nuevos «clientes» de estas agencias eran extranjeros, cifra que contrasta con los menos del 5% registrados en años anteriores⁶⁵. En la actualidad se estima que ya más de la mitad de los «clientes» de las agencias de GS localizadas en EE. UU. son extranjeros⁶⁶.

La concepción del «turismo reproductivo» como válvula de seguridad que reduce el conflicto moral de los estados, en cuanto permite a los ciudadanos huir de legislaciones restrictivas⁶⁷, subya-

⁶⁰ Vid. TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P. (Eds.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart, Oxford-Portland-Oregon, 2013. Este trabajo tiene su origen en una investigación dirigida por ambos profesores de la Universidad de Aberdeen y financiada por la Fundación Nuffield.

⁶¹ A favor de la expresión más neutral «Cross Border Reproductive Care», vid. SHENFIELD, F. et al., «Cross border reproductive care in six European countries» (2010) 25(6) *Human Reproduction* 1361. Sobre el fenómeno en el contexto de la GS en particular, vid. ENGEL, M., «Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?», en DETHLOFF, N. et al. (Eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Antwerp, 2014, pp. 1-22.

⁶² Así, la posibilidad de utilizar gametos donados y la «compensación» ofrecida por los mismos, la garantía de anonimato del donante, la no exclusión de las parejas no casadas y de lesbianas del acceso a las TRA, así como sus menores costes y las listas de espera más reducidas, han convertido a España en uno de los principales destinos reproductivos de parejas y receptoras de otros países pero también de donantes de óvulos: vid. SHENFIELD et al., cit.; ROMEO CASABONA, C. M.; PASLACK, R.; SIMON, J. W., «Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European countries», *Rev Der Gen H*, 38/2013, pp. 15-42. Especialmente interesante es la entrevista a Guido Pennings, «Toda Europa viene a España a buscar óvulos», publicada en *La Contra de La Vanguardia* el 20.5.2014 (*disponible on-line*).

⁶³ Vid. mi trabajo «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain», *International Family Law*, 1/2013, pp. 68-72.

⁶⁴ DURÁN AYAGO, A.; BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Los vientres de alquiler» (La cara y la cruz), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 881, 20.3.2014, p. 2.

⁶⁵ Vid. Informe preliminar n.º 10 de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, sobre los problemas derivados de los acuerdos internacionales de GS, elaborado en marzo de 2012, pp. 1-33, en p. 8 (*disponible on-line*).

⁶⁶ Vid. los datos aportados por la agencia *Growing Generations*, con sede en Los Ángeles (California), publicados en «Coming to U. S. for Baby, and Womb to Carry It», *NYTimes.com*, 5.7.2014.

⁶⁷ La definición es de PENNINGS, G., «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», *Human Reproduction*, Vol. 19(12), 2689-2694: «Reproductive tourism

ce en el caso *S. H. y otros c. Austria*, resuelto por el TEDH. El caso tenía por objeto la ley austriaca sobre TRA (1992) y, en particular, su prohibición de donación de gametos para la práctica de inseminación artificial y fecundación *in vitro*, las únicas TRA que permitían a las parejas recurrentes tener hijos al menos relacionados genéticamente con uno de sus miembros. La decisión final de la Gran Sala, de 3 de noviembre de 2011 (JUR 369437), en sentido contrario a la de la sec. 1.^a de 1 de abril de 2010 (JUR 97861), que había condenado a Austria, puso el acento en el margen de apreciación de los estados para regular una cuestión tan sensible como la planteada y afirmó que los ciudadanos austríacos ya podían acceder a la técnica en otros países que la permitían⁶⁸.

En este contexto, cada vez son más los ciudadanos españoles que acceden a la GS en otros países⁶⁹. Ante la nulidad de los acuerdos de GS en España, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE n.º 243, de 7 de octubre). La Instrucción permite que la filiación a favor del padre o padres comitentes se inscriba y despliegue efectos en España, siempre que no conste la filiación materna a favor de la gestante. Es requisito básico para la inscripción la presentación de una resolución *judicial* del país de origen del menor que así lo acredite. Esta exigencia, que ha sido objeto de críticas⁷⁰, pretende garantizar que se protege el interés del menor, asegurando que no se incurra en tráfico de menores, así como que se respetan la capacidad y libre consentimiento de la gestante⁷¹.

should be seen as a *safety valve that avoids moral conflict*, and as such, contributes to a peaceful coexistence of different ethical and religious views in Europe.» (p. 2694, *in fine*).

⁶⁸ La doctrina de la sentencia plantea riesgos de discriminación elitista, como también de baja calidad del tratamiento obtenido en el extranjero.

⁶⁹ Principalmente a EE. UU., donde se calculaba que en 2014 nacerían dos mil bebés gestados para parejas comitentes nacionales e internacionales, casi tres veces más que hace una década: «Coming to U. S. for Baby, and Womb to Carry It», *NYTimes.com*, 5.7.2014. Por razones económicas, Tailandia, Rusia o Méjico están desplazando este primer destino y, a su vez, otros destinos tradicionales como la India o Ucrania, cuyos problemas administrativos o políticos desaconsejan el acceso a la GS por ciudadanos extranjeros. Respecto del caso indio, *vid.* la nota 71.

⁷⁰ Se apunta a que el requisito podría entrar en contradicción con la legislación registral española, en cuanto también permite el reconocimiento de *certificaciones* registrales extranjeras: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La filiación en el derecho internacional privado», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, pp. 487-505, en pp. 501-502.

⁷¹ Tras la Instrucción, entre mayo y diciembre de 2011 se interpusieron al menos quince recursos ante la DGRN. De éstos, once se resolvieron a favor de los recurrentes, padres comitentes; tres fueron desestimados; y uno se resolvió admitiendo el desistimiento de los promotores. En doce casos el acceso a la GS había tenido lugar en EE. UU., mientras que en los tres que se resolvieron negativamente el acceso había tenido lugar en la India. Posiblemente el no reconocimiento en España de la filiación derivada de GS realizada en la India, dada la falta de resolución judicial que acreditara la filiación que se preten-

2. TRAS LA ESTELA DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIA-DO DE 18 DE FEBRERO DE 2009

2.1 Antecedentes

El caso que abrió el debate en España fue el que dio origen a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 1735), que acordó la inscripción de dos certificados de nacimiento emitidos en California, que declaraban la filiación paterna de dos hombres españoles casados, respecto de unos gemelos gestados a partir del recurso a la GS y nacidos en octubre de 2008 en aquel estado. Al presumirse «nacidos de padre o madre españoles», en los términos del artículo 17 a) CC, los menores fueron considerados españoles, por lo que su filiación se debía regir por la ley española (art. 9.4 CC)⁷². Ahora bien, dado que en los casos de acceso a la GS en el extranjero la filiación ya se ha determinado conforme con una ley extranje-

día y la identidad de la madre gestacional, determinó que dicho país acabara paralizando la celebración de estos acuerdos con comitentes españoles: sobre las directrices administrativas adoptadas en esta materia en 2012 por el ministerio del interior indio, ampliamente criticadas, *vid.* MALHOTRA, A.; MALHOTRA, R., «India. Surrogacy for single and unmarried foreign persons: a challenge under Indian Law», en ATKIN, *The International Survey...*, cit., pp. 165-179.

Excepcionalmente, la RDGRN de 15.4.2013 (JUR 327711) no reconoce la filiación derivada de GS realizada en EE. UU., puesto que solo se aportó informe hospitalario y factura del parto.

La Instrucción también se ha aplicado a los efectos de permitir la inscripción de la filiación en España al menos en un caso que requería exequátur: *vid.* Auto del JPI n.º 1 de Pozuelo de Alarcón de 25.6.2012 (AC 2013/281). Y en el orden social la han aplicado varios tribunales a los efectos de reconocer pensiones de paternidad y maternidad a los comitentes, en aplicación de un «orden público atenuado»: *vid.* SSTSJ, Social, Madrid, 3.ª, de 13.3.2013 (JUR 291496); Cataluña, 1.ª, de 23.11.2012 (AS 2013/845); Madrid, 4.ª, de 18.10.2012 (AS 2503); y Asturias, 1.ª, de 20.9.2012 (AS 2485). En el ámbito comunitario, el TJUE considera que no se puede obligar a los estados miembros a otorgar permisos de maternidad a trabajadoras que han sido madres gracias a la GS: al respecto, *vid.* las SSTJUE, Gran Sala, de 18.3.2014 (Asuntos C-167/12 y C-363/12), en que el Tribunal resolvió dos cuestiones prejudiciales formuladas en relación con las solicitudes de dos madres comitentes nacionales de Reino Unido e Irlanda. Pese a la doctrina del TJUE, el Gobierno de Reino Unido aprobó la concesión de estas ayudas, que son efectivas desde abril de 2014: «Surrogacy mothers not entitled to maternity leave, EU court rules», *The Guardian*, 18.3.2014.

⁷² En relación con la ley aplicable a la filiación se plantea el problema del «doble espejo», pues la aplicación de los artículos 9.4 y 17 CC comporta que la determinación de la nacionalidad del hijo dependa de su filiación, que a su vez depende de cuál sea su nacionalidad. Ahora bien, cuando está acreditado que al menos el material genético de uno de los solicitantes fue empleado para la generación, el artículo 17 CC permite solucionar la cuestión: *vid.* BLANCO-MORALES LIMONES, P., «¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia», *Lección inaugural curso académico 2010/2011*, Universidad de Extremadura, 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32, en pp. 19-20 (*ponencia inédita facilitada por cortesía de la Prof. A. Durán Ayago*). En todo el proceso que dio lugar al caso que nos ocupa no se dudó de la nacionalidad española de los menores, lo que resulta criticable, ya que la STS cuestiona que los gemelos hayan nacido de español o española, único título de legitimación de la nacionalidad que poseerían: *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «3.2. Filiación», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVI, 2/2014, pp. 273-277.

ra, es su reconocimiento lo que debe llevarse a cabo conforme con la legislación española, siempre que se cumplan las condiciones y se den los vínculos con el extranjero que se exigen para el reconocimiento de decisiones o actos extranjeros, sin que se plantee por ello una cuestión de ley aplicable⁷³.

La DGRN, a partir del argumento de la discriminación respecto de las parejas de dos mujeres, cuya doble maternidad ya podía quedar determinada en los términos del artículo 7.3 LTRHA, así como del recurso al interés superior del menor, reconoce los certificados de nacimiento extranjeros a los efectos de la inscripción de la paternidad en España. Al no crear un efecto de cosa juzgada, la Resolución dejaba abierta la impugnación de la filiación, por lo que el ministerio fiscal interpuso recurso ante el JPI n.º 15 de Valencia que, por sentencia de 15 de septiembre de 2010 (AC 1707), dejó sin efecto la inscripción entendiendo que existía un fraude de ley al artículo 10 LTRHA⁷⁴. El Juzgado consideró, además, que no existía discriminación, puesto que la imposibilidad de inscribir la filiación resultante de un contrato de GS no tenía origen en la orientación sexual de los comitentes, sino en la nulidad de estos contratos, susceptible de afectar por igual a una pareja heterosexual. Para proteger el interés de los menores, el Juzgado remitió a la pareja comitente al ejercicio, por parte del padre biológico, de la acción judicial de reclamación de la paternidad (art. 10.3 LTRHA) y, al otro miembro de la pareja, a la adopción (art. 178.2.1.º CC). La AP de Valencia, 10.ª, por sentencia de 23 de noviembre de 2011 (AC 1561), y posteriormente la Sala 1.ª del TS por sentencia de 6 de febrero de 2014 (RJ 833), confirmaron dicho pronunciamiento. El Pleno de la Sala 1.ª del TS, por auto de 2 de febrero de 2015, declaró su sentencia conforme a derecho, desestimando el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los recurrentes⁷⁵. Si bien la SAP y la STS llevan a cabo un control de legalidad de la institución suscepi-

⁷³ Pese a su relevancia, este punto se obvia con demasiada frecuencia. Desde el derecho internacional privado lo advierten, entre otros, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, pp. 1-42; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Filiación natural y filiación adoptiva. Aspectos internacionales», en GETE-ALONSO y CALERA, M. del C. (Dir.); SOLÉ RESINA, J. (Coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, T-I, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 413-468, en pp. 416 y 428-429; y HEREDIA CERVANTES, I., «Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero», *CCJC*, 96/2014, pp. 177-214, en pp. 200-201.

⁷⁴ En contra, *vid.* BLANCO-MORALES LIMONES, «¿Y tú de quién eres?...», *cit.*, p. 23. Esta autora entiende que no existe «fórum shopping fraudulento»: en el mismo sentido, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, *cit.*, T-V, pp. 494 y 504.

⁷⁵ «La negativa a la inscripción en el Registro Civil de la filiación de unos menores nacidos de vientre de alquiler, no vulnera los derechos fundamentales de los mismos», *Noticias Jurídicas*, 11.2.2015 (*disponible on-line*).

ble de reconocimiento y concluyen que resulta contraria al orden público (OP) internacional español, el TS corrige en este punto a la AP, que basada en el artículo 23 de la Ley de 8 de junio, de 1957, del Registro Civil (BOE n.º 151, de 10 de junio), había aplicado directamente el derecho sustantivo español⁷⁶. Por su novedad y repercusión, a continuación se analiza la STS, cuya aprobación por cinco votos a favor y cuatro en contra evidencia la división existente en la actualidad alrededor de la GS en España.

2.2 El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución

2.2.1 EL ACIERTO EN LA METODOLOGÍA Y EL CARÁCTER MÁS DISCUTIBLE DE LOS ARGUMENTOS DE FONDO

El TS se centra en analizar si la decisión de la autoridad administrativa del RC de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar su filiación de acuerdo con la legislación californiana puede ser reconocida, y desplegar efectos –en concreto, la determinación de la filiación a favor de los recurrentes– en el sistema jurídico español. Al tener ante sí una certificación registral extranjera que declara la filiación de dos menores, el TS recurre de entrada a los artículos 23 LRC y 81 y 85 de su Reglamento, todos ellos sobre reconocimiento de títulos extranjeros, con el fin de verificar si cumple sus requisitos⁷⁷: realidad del hecho inscrito; regula-

⁷⁶ Valora positivamente la STS en este punto, DURÁN AYAGO, en DURÁN AYAGO; BLANCO-MORALES LIMONES, «Los vientres de alquiler», cit., p. 2.

⁷⁷ Dicha certificación ni tan solo menciona la GS, pues este dato, como el acceso a las TRA, no tiene acceso a los registros. Estos datos solo figuran en la sentencia extranjera, que es el título constitutivo del vínculo jurídico de la filiación entre los menores y los padres intencionales. Se desconoce y no deja de sorprender por qué no se aportaron al proceso, como ya afirma el TS en el FD 1.7 de su sentencia, ni el acuerdo de GS ni la sentencia del tribunal californiano que atribuía la paternidad de los gemelos a los recurrentes. El auto del TS, de 2 de febrero de 2015, que desestima el incidente de nulidad promovido contra la mencionada STS incide en este aspecto, al afirmar que no se introdujeron al debate, mediante la correspondiente alegación y prueba, las circunstancias concretas de los menores y de sus relaciones familiares, tales como si alguno de los recurrentes era el padre biológico. Para BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., la defensa del orden público en este caso requería la aportación de ambos documentos: «Paradojas de la vida», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 3/2014, pp. 1-4 (BIB 2014/1533). Desde el derecho internacional privado se distingue, además, entre reconocimiento probatorio y reconocimiento sustancial o material: mientras que el primero, que es el que tuvo lugar en el caso, exige menos requisitos y no tiene efectos de cosa juzgada material, creando una presunción *iuris tantum*, el segundo sí los tiene. Para QUIÑONES ESCÁMEZ («Doble filiación paterna...», cit., pp. 13-15), en el caso debía haberse exigido el reconocimiento previo de la sentencia para pasar el control de legalidad, dada la relación de causa-efecto existente entre ésta y los certificados de nacimiento y ser tal decisión el título en el que se basaba la inscripción. En sentido similar, *vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.; CARRIZO AGUADO, D., «Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?», *La Notaria*, 2/2014, pp. 59-75, en p. 63. En palabras de HEREDIA CER-

ridad y autenticidad del mismo (esto es, que el asiento que es la base del certificado, en cuanto a los hechos de los que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española); y legalidad conforme a la Ley española (control de contenido del asiento objeto de dicha certificación que permita denegar su acceso al RC español cuando sea contrario al OP internacional español).

Al llevar a cabo el control de legalidad de la certificación registral extranjera conforme con la legislación española, la decisión de la mayoría considera que la GS es contraria al OP internacional español, por lo que no puede desplegar efectos en España. Frente al argumento de los recurrentes, según el cual el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el OP internacional español porque éste impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de GS pero no el acceso al RC español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del mismo, el TS considera decisivo que la filiación cuyo acceso al RC se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de GS (FD 11). A continuación se analiza este argumento, que es el más relevante que invoca el TS, seguido de los otros dos que le sirven de apoyo.

2.2.2 CONTRARIEDAD AL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL

Aunque el TS acierta en la metodología aplicada (el reconocimiento), los argumentos que emplea para fundamentar su fallo resultan discutibles. En primer lugar, resulta difícil invocar la contrariedad al OP respecto de una norma, el artículo 10 LTRHA, que en realidad no es prohibitiva, sino que se limita a no reconocer efectos en España a un determinado contrato⁷⁸. En segundo

VANTES («Inscripción de relación de filiación...», cit., pp. 208-209), al TS le habría bastado con alegar la exigencia que se deriva de los artículos 23 LRC y 85 RRC de que la certificación dé prueba de la realidad del hecho inscrito para haber tenido un argumento decisivo (y correcto) en contra de la inscripción.

⁷⁸ Cfr. con la DA 2.^a de la Proposición de Ley que dio origen a la Ley 35/1988, de Técnicas de Reproducción Asistida, que sí que prohibía formalmente la figura y preveía sanciones al respecto. Asimismo, en la jurisprudencia penal recaída sobre los delitos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor (art. 220 a 222 CP) no consta una sola condena en relación con la conducta que describe el artículo 10 LTRHA: al respecto, *vid.* mi trabajo «Surrogacy arrangements...», cit., pp. 69-70. Si bien la mayoría de autores que se han pronunciado al respecto dan por sentado que nos encontramos ante una norma prohibitiva, no lo justifican. En contra del carácter prohibitivo de la norma *vid.*, en especial, ATIENZA, M., «De nuevo sobre las madres de alquiler», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 27, 13.10.2009 (*disponible on-line*); ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Filiación natural...», cit., en GETE-ALONSO (Dir.); SOLÉ (Coord.), *Tratado...*, cit., pp. 436-437; y HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitu-

lugar, el TS lleva a cabo el control del OP respecto de una determinada institución (la GS) y no respecto de los efectos que supondría la inscripción de un concreto documento extranjero en España⁷⁹. Se trata de un control en abstracto que es incompatible con el reconocimiento incidental de una certificación registral extranjera que era mero reflejo registral de una resolución judicial previa y que únicamente requería, como correctamente apunta el voto particular de la sentencia, comprobar si *en el caso concreto* se vulneraba el OP internacional español⁸⁰. Por el contrario, el TS, sin tener a su alcance ni el acuerdo de GS ni la resolución judicial extranjera⁸¹, concluye presumiendo que todo acuerdo de GS es explotador: «(...) en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población» (FD 3.6).

ción», ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. II, pp. 688-715, en p. 710. El último alude, además, a lo contradictorio que resulta que una norma prohibitiva «premie» al progenitor biológico con la posibilidad de ejercer una acción de reclamación de la filiación, en los términos del artículo 10.3 LTRHA.

⁷⁹ Vid., en especial, HEREDIA CERVANTES, I.: «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 54, 9.4.2014 (disponible on-line); e «Inscripción de relación de filiación...», cit., pp. 209-212.

⁸⁰ En la misma línea, vid. DURÁN AYAGO, A., «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 265-308, en p. 302; HEREDIA CERVANTES, «La Dirección General...», cit., p. 694; ALVAREZ GONZÁLEZ, «3.2. Filiación», cit., pp. 273-277, en pp. 275-276 y PARRÓN CAMBERO, M. J., «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*», *La Ley*, n.º 8269, 12.3.2014, pp. 1-5. Ya había criticado este razonamiento, en relación con la sentencia previa que ahora confirma el TS (también comentada en *REDI*, 2012-2013-Pr., pp. 213-216), ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en FORNER DELAYGUA, J.; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.; VIÑAS FARRÉ, R. (Coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, pp. 77-90, en pp. 83-84; y «Filiación natural...», cit., en GETE-ALONSO (Dir.); SOLÉ (Coord.), *Tratado...*, cit., pp. 435 y ss.

⁸¹ Vid. nota 77.

2.2.3 AUSENCIA DE DISCRIMINACIÓN RESPECTO DE LAS PAREJAS DE DOS MUJERES

En la línea de las instancias previas, el TS también rechaza el argumento de los recurrentes basado en la discriminación respecto de las parejas de dos mujeres que acceden a las TRA, a las que la ley permite inscribir la filiación materna (art. 7.3 LTRHA). Según el TS, «la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una GS contratada por ellos en California» (FD 4.2). Con ello, el TS da a entender, como ya habían hecho las instancias previas, que la consecuencia sería la misma si la pareja que hubiera recurrido a la GS en estas circunstancias fuera heterosexual. Aunque esta línea argumental me parece sensata⁸², no deja de sorprender que el acceso a la GS en EE. UU. por parejas españolas solo saliera a la luz y se cuestionara a partir de 2010, en relación con la pareja de dos hombres que protagonizó el caso objeto de comentario⁸³.

2.2.4 INTERÉS DEL MENOR

En último lugar, el TS recurre al principio del interés superior del menor. Si bien el TS admite que «el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores (FD 5.8) y que la decisión adoptada «puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute» (FD 5.11), también afirma que «La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma» (FD 5.6), por lo que considera que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor, que atenta contra su dignidad y lo convierte en objeto del tráfico mercantil (FD 5.8).

⁸² *Vid.*, al respecto, mi crítica a la RDGRN en la que esta sentencia trae causa: «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 1/2010, p. 15. No comparto la opinión de quien considera que la imposibilidad de acceso a la GS respecto de las parejas de dos hombres constituye una discriminación respecto del artículo 7.3 LTRHA que convierte en inconstitucional el artículo 10: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., «Copaternidad y matrimonio entre hombres y derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada por razones de igualdad», *RDJ*, julio-agosto 2014, pp. 3-27.

⁸³ Me remito a los datos ya expuestos según los cuales en 2003 se contabilizaron casi mil nacimientos de españoles en EE. UU., previsiblemente gestados de esta forma: *vid.* DURÁN AYAGO; BLANCO-MORALES LIMONES, «Los vientres de alquiler», *cit.*, p. 2.

Este argumento entra de nuevo en tensión con el del voto particular, según el cual «no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso perfectamente individualizada»⁸⁴. En consecuencia, la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño⁸⁵. En esta línea, los tribunales británicos han otorgado órdenes parentales a favor de parejas comitentes una vez celebrado un acuerdo de GS comercial en el extranjero, contraviniendo con ello la sec. 54 de la *Human Fertilisation and Embryology Act* (2008), que solo permite homologar tales acuerdos si se limitan a compensar los «gastos razonables». En estas circunstancias, los tribunales han sostenido que «el bienestar del menor no es solo la primera cuestión que debe considerar el tribunal, sino la principal» y que «es difícil imaginar un conjunto de circunstancias en las que, teniendo en cuenta el bienestar del niño, el tribunal pudiera negarse a emitir una orden parental, sin importar las sumas que se pagaron a la gestante o a la clínica»⁸⁶.

La inclusión de la cláusula general del interés superior del menor en nuestro ordenamiento ha extendido al Derecho de familia la técnica del desarrollo jurisprudencial del derecho mediante la aplicación de cláusulas generales⁸⁷. Como cláusula general, su principal ventaja es que permite adaptar las soluciones a los criterios de la consciencia social que deben prevalecer en la aplicación de una materia tan cambiante como son los valores que imprimen los caracteres específicos al Derecho de familia. Su principal desventaja se encuentra, en cambio, en el problema que plantea la interpretación personal, que puede dar lugar a desviaciones notables sobre lo que la consciencia social considera aceptable en un momento dado⁸⁸ y que ha conducido a la sobrevaloración tanto

⁸⁴ En esta misma línea *vid.*, con anterioridad, DURÁN AYAGO («El acceso al Registro Civil...», cit., pp. 302-304), para quien al analizar si la GS vulnera en el caso concreto el OP internacional español, el interés superior del niño aflora con toda su intensidad y puede llegar a desplazar el rigor del artículo 10 LTRHA. En el mismo sentido también se había pronunciado BLANCO-MORALES LIMONES, «¿Y tú de quién eres? ...», cit., pp. 22-24.

⁸⁵ *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Reconocimiento de la filiación...», cit., pp. 82 y 83.

⁸⁶ *Vid.*, entre otros, los casos *Re L (A Minor)* [2011] 1 FLR 1423 y *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2009] 1 FLR 733. Según LAMM, esta jurisprudencia ha abierto la puerta a la GS comercial o lucrativa en Reino Unido: *Gestión por sustitución...*, cit., pp. 141-142.

⁸⁷ DE TORRES PEREA, J. M., «Aplicación de cláusulas generales en el derecho de familia ¿una nueva vía para la creación jurisprudencial del Derecho?», en Díez-PICAZO, L. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. II, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 3555-3576.

⁸⁸ ROCA I TRIAS, E., «El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado» (contestación al discurso de ingreso de la Dra. Alegría Borràs a la *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*), *RJC*, 4/1994, pp. 969-990, en p. 975.

social como normativa del interés del menor, a un abuso del término y del concepto⁸⁹.

La sentencia objeto de comentario pone especialmente de manifiesto las consecuencias negativas de recurrir a conceptos jurídicos indeterminados tales como el «orden público internacional», el «principio del favor filii» o el propio interés del menor para otorgar validez o no a situaciones nacidas en otros países en donde dichas situaciones son perfectamente legales⁹⁰. Así, las divergencias alrededor del concepto «interés superior del menor» pueden observarse, sin ir más lejos, entre esta sentencia y la Resolución de la DGRN de la que trae causa; entre los distintos autores que la han analizado⁹¹; entre esta sentencia y las dictadas por el TEDH respecto de los dos casos franceses en los que declara por unanimidad la eficacia, en materia de filiación, de sendos acuerdos de GS celebrados en EE. UU.⁹²; como también entre la propia sentencia y las otras dos del mismo órgano sobre doble maternidad derivada del recurso a TRA, que ya han sido objeto de análisis. En relación con este último punto, el recurso al interés del menor que lleva a cabo la mayoría de la Sala 1.^a del TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014 adolece de cierta incoherencia si se confronta con el resultado que alcanza la mayoría en la sentencia de 15 de enero de 2014 y, muy en especial, en la de 5 de diciembre de 2013, según la cual «(...) la protección integral de los hijos ante la Ley (...) no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encar-

⁸⁹ DE LA VÁLGOMA, M., *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*, Ariel, Barcelona, 2013, pp. 137-161.

⁹⁰ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ; CARRIZO AGUADO, «Tratamiento legal...», cit., p. 65.

⁹¹ A favor de la tesis de la mayoría del TS porque «ha expuesto con fundadas razones el valor que puede tener el interés superior del menor en un caso de determinación de la filiación especialmente delicado», *vid.* QUICIOS MOLINA, «¿Cómo puede determinarse...», cit., pp. 628-629. En sentido similar, también a favor de esta línea jurisprudencial, *vid.* FULCHIRON, H.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «L'Ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant: non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille», *Rev. crit. DIP*, 103 (3), 2014, pp. 531-558; y GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15-16 (nota 7). En la misma línea, aunque más basado en razones ideológicas, *vid.* MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F., «La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 18/2014 (*Las fronteras del Derecho biosanitario*), pp. 289-329. En contra, *vid.* HEREDIA CERVANTES, «El Tribunal Supremo...», cit., e «Inscripción de relación de filiación...», cit., pp. 212-213; DURÁN AYAGO; BLANCO-MORALES LIMONES, «Los vientres de alquiler», cit., p. 2; y MARÍN PEDREÑO, C.; MARFIL, J. A., «Surrogacy in Spain: reality v legality», *International Family Law*, June 2014, pp. 100-102.

⁹² Al respecto, *vid.*, el punto 4 del presente apartado.

gado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó (...)» (FD 3.2). El análisis conjunto de las tres sentencias permite constatar que el interés del menor es, en realidad, un recurso ambivalente.

Puesto que en el caso no había constancia de cuál de los dos recurrentes era el padre biológico de los menores, si es que alguno lo era, el TS insta al ministerio fiscal a ejercitar las acciones pertinentes para determinar, en la medida de lo posible, su correcta filiación, tomando en cuenta su efectiva integración en un núcleo familiar *de facto* y la ruptura de todo vínculo con la gestante. Con ello, el TS hace una remisión a la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, en los términos del artículo 10.3 LTRHA, y a la adopción respecto del otro recurrente. Este criterio, además de ignorar la realidad social⁹³, acaba conduciendo, por una vía más gravosa, a la misma solución que demandaban los recurrentes, por lo que resulta insatisfactoria para los ciudadanos españoles que acceden en la actualidad a la GS y, lo más importante, para los menores implicados. Si la opción que ofrece a los recurrentes la mayoría de la Sala pretende, en último término, garantizar el interés superior de aquéllos, ¿por qué la mayoría no tiene en cuenta este mismo interés cuando se trata de reconocer efectos en España al acuerdo de GS celebrado en el extranjero? Puesto que el interés del menor parte de su proyección hacia futuro⁹⁴, resulta especialmente sorprendente que en el caso que nos ocupa el TS articule una vía alternativa y más gravosa para alcanzar su protección y no proteja su interés de forma inmediata en el caso concreto. Ésta es precisamente la solución que ha alcanzado el TEDH en los casos franceses que son objeto de análisis en el punto 4 de este apartado, en los que ha vinculado el reconocimiento de la filiación de las menores respecto de sus padres comitentes con el derecho a la identidad de las niñas. Esta solución plasma, con buen criterio, que el interés del menor, percibido como el derecho a una identidad conforme a lo vivido, ha de constituir el hilo conductor de toda reflexión en materia de filiación⁹⁵.

⁹³ Como ya advertía en 2010 BLANCO-MORALES LIMONES («¿Y tú de quién eres?...», cit., p. 22), «(...) la prohibición, acompañada o no de sanciones, no impide ni impedirá el nacimiento de niños mediante úteros de alquiler. La solución legal vigente en España, *madre es la que pare*, no resuelve los conflictos. Es más, puede dar lugar a situaciones insólitas, al considerarse en España madre a la mujer que gestó y parió al niño en un país donde la maternidad subrogada está permitida y al amparo de cuyo Derecho no tiene ningún vínculo con el niño que alumbró.»

⁹⁴ ROCA I TRIAS, «El «interés del menor»...», cit., p. 976.

⁹⁵ TAMAYO HAYA, «Hacia un nuevo modelo de filiación...», cit., p. 315.

3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014

Al pronunciarse la sentencia analizada solo sobre el reconocimiento de una certificación registral extranjera, puede pensarse que las inscripciones de la filiación derivada del recurso a la GS que tengan su base en una resolución judicial, como exigía la Instrucción de la DGRN, a la que el TS ni tan siquiera alude, no tienen por qué verse amenazadas⁹⁶. Sin embargo, a mi modo de ver el concepto restrictivo de OP que maneja el TS también resulta incompatible con la Instrucción, por lo que *de facto* su eficacia igualmente podría verse afectada por la sentencia⁹⁷. En cualquier caso, y como medida preventiva, al menos tras la sentencia los consulados paralizaron las inscripciones de filiación de los nacidos mediante GS en el extranjero⁹⁸.

En su versión de 2011, que es la que se mantiene mientras no se introduzcan modificaciones antes de su entrada en vigor definitiva en julio de 2015, la NLRC guarda silencio sobre la realidad de la GS, por lo que el reconocimiento de resoluciones extranjeras podrá seguir haciéndose depender de la valoración de OP que todavía se exige para el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras [art. 96.2.2.º, letra *d*)] o de certificados de asientos registrales extranjeros [art. 98.1, letra *d*]]. En este contexto, nada impide que los operadores jurídicos sigan la misma línea restrictiva del TS al aludir al OP.

Ahora bien, visto el silencio que la NLRC guarda sobre la cuestión y la creciente demanda social de una respuesta⁹⁹, el 13 de junio de 2014 se remitió a las Cortes Generales el ya citado Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Entre otras medidas, el Proyecto introduce un apartado séptimo al artículo 44

⁹⁶ HEREDIA CERVANTES: «El Tribunal Supremo...», cit., e «Inscripción de relación de filiación...», cit., pp. 213-214.

⁹⁷ DE TORRES PEREA, J. M., «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor», *La Ley*, n.º 8281, 28.3.2014, pp. 1-17, en p. 9.

⁹⁸ «Justicia busca una solución legal para los bebés de “vientre de alquiler”», *El País*, 3.7.2014.

⁹⁹ Destaca, en esta línea, la actividad de «Son Nuestros Hijos», una asociación de familias en su mayoría homoparentales que ha impulsado una petición para permitir la inscripción en España de los nacidos en el extranjero mediante GS: «Más de 71.000 personas piden a Gallardón que permita registrar a los nacidos de “vientre de alquiler”», *La Ley*, n.º 8346, 3.7.2014 (LA LEY 157671/2014). Por su parte, la «Asociación por la Gestación Subrogada en España» ha apoyado una Iniciativa Legislativa Popular para su regulación: www.gestacionsubrogadaenespaña.es/4.htm.

NLRC, dirigido a otorgar efectos en España a la GS realizada en el extranjero¹⁰⁰. Si bien su redacción sigue sin referirse a la filiación derivada del recurso a la GS, la misma da a entender que será posible el reconocimiento de la celebrada en el extranjero si se aporta una resolución *judicial*, en la línea exigida por la citada Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, y el reconocimiento en España se lleva a cabo vía *exequátur*, procedimiento que la Instrucción consideraba residual frente a la posibilidad generalizada de reconocimiento incidental¹⁰¹. Además de la exigencia de *exequátur*, sorprende que se exija resolución judicial cuando la propia NLRC, con carácter general, no solo prevé la posibilidad de reconocer resoluciones judiciales extranjeras [art. 96.2.2.º, letra *d*)], sino también de certificados de asientos registrales extranjeros [art. 98.1, letra *d*)]. De mantenerse, dicha limitación entraría en conflicto con la doctrina reciente del TEDH en relación con los casos franceses que se exponen en el apartado siguiente y en los que la inscripción de la filiación tenía su base en certificaciones de nacimiento estadounidenses. Esta objeción podría salvarse si se tuviera en cuenta la relación de causa-efecto, que en estos casos hace a la sentencia inseparable de los documentos administrativos¹⁰². Ello justificaría que el artículo 98.2 NLRC prevea, para «el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa», que «será ésta el título que tenga acceso al Registro» y remita, a tal fin, al reconocimiento de resoluciones judiciales previsto en el artículo 96.

La fuerte oposición mostrada por las familias afectadas a la propuesta de modificación de la NLRC, en especial por lo que respecta a la exigencia de *exequátur* y de inscripción del nombre de la

¹⁰⁰ «En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. *En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur.*». El último inciso del precepto, que resalto en cursiva, parece referirse a los supuestos de GS realizada en el extranjero. Más ininteligible resulta su primer inciso, que parece dar a entender que los ciudadanos extranjeros que llegan a España y pretenden reconocer aquí la filiación derivada de una GS que puede ser legal en su país de origen no obtendrán el reconocimiento. Si en realidad la norma limitara su aplicación a estos casos, lo que no parece derivarse del inciso siguiente («En cualquier otro caso»), la aplicación práctica del precepto sería mínima. La inclusión de dicha modificación fuera del título de la Ley relativo a las normas de derecho internacional privado también ha sido objeto de críticas: *vid.* HEREDIA CERVANTES, «Inscripción de relación de filiación...», cit., p. 214.

¹⁰¹ Esta solución ya ha sido objeto de crítica por las familias, que exigen un procedimiento administrativo, no judicial: «Justicia busca una solución legal...», cit. en nota 98.

¹⁰² QUIÑONES ESCÁMEZ, «Doble filiación paterna...», cit., p. 13.

gestante, así como la repercusión de las dos SSTEDH que condenan a Francia y que son objeto de comentario en el siguiente apartado, motivaron que el 11 de julio de 2014 la DGRN emitiera un informe declarando la plena vigencia de la Instrucción de este mismo órgano de 5 de octubre de 2010, «sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello», y «con independencia de las modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que puedan tramitarse en la materia a fin de dotarla de mayor seguridad jurídica»¹⁰³. Precisamente para evitar en todo caso el recurso al procedimiento de exequátur, el proyectado artículo 44.7 NLRC ya cuenta con una enmienda de modificación que únicamente lo exige cuando la resolución judicial extranjera no tenga su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria¹⁰⁴.

¹⁰³ El Informe de la DGRN puede consultarse, extractado, en la web del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de León. El Gobierno español está estudiando fórmulas legales para aplicar la reciente doctrina del TEDH en esta materia: «Justicia busca una solución legal...», cit. en nota 98; «Los nacidos por maternidad subrogada serán inscritos en el Registro Civil», *La Ley*, n.º 8354, 15.7.2014 (LA LEY 166443/2014); y «Catalá anuncia la inscripción de los nacimientos por vientre de alquiler en el Registro Civil», *La Ley*, n.º 8441, 15.12.2014 (LA LEY 287799/2014).

¹⁰⁴ *En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur.*

No obstante, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el Encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la mujer gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la mujer gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

En cualquier otro caso, se consignará la filiación materna correspondiente a la mujer gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la mujer gestante sobre dicha filiación; si la mujer gestante estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación.

En todo caso, respecto de las adopciones internacionales se aplicará lo dispuesto en el apartado anterior.

Con carácter general, el artículo 12 del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria (BOCG n.º 112-1, de 5.9.2014) regula los efectos en España de los expedientes y actos de

No deja indiferente que una ley de nuevo cuño como la NLRC, que ya prevé mecanismos para reconocer cualquier decisión extranjera si cumple los requisitos de los citados artículos 96 y 98, articule un mecanismo específico de reconocimiento de los acuerdos de GS que una norma interna (art. 10 LTRHA), que no ha sido objeto de reforma alguna, todavía considera nulos de pleno derecho.

4. ¿Y DESPUÉS DE MENNESSON Y LABASSE C. FRANCIA?

La determinación de la maternidad por el hecho del parto, a partir de la regla del artículo 10.2 LTRHA, no es coherente con su superación como único criterio de determinación de la filiación materna. No lo es cuando nuestras legislaciones ya contemplan criterios de determinación de la filiación derivada de las TRA basados en la voluntad, como sucede respecto del acceso de dos mujeres a las TRA (arts. 7.3 LTRHA y 235-8 y 235-13 CCCat)¹⁰⁵, ni tampoco cuando la gestante renuncia libremente a la filiación jurídica, a favor de una persona o pareja comitente.

Cada vez son más los países que permiten la celebración de acuerdos de GS en sus territorios, dentro de ciertos límites que divergen en función de cada ordenamiento¹⁰⁶. Conscientes de ello, y del auge cada vez mayor del mal llamado «turismo reproductivo», tanto el Parlamento Europeo¹⁰⁷ como la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado¹⁰⁸ están trabajando en la elaboración de pautas comunes que permitan a los menores gestados de esta forma disponer de unos padres legales y de un estatus

jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras, a través del reconocimiento incidental. A estos efectos se exige que la autoridad extranjera sea competente, que se respeten los derechos de defensa de los implicados y, en lo que aquí interesa (art. 12.3, letra c), que el reconocimiento no produzca «efectos manifiestamente contrarios al orden público español.» Este último inciso entra en conflicto con el artículo 44.7 NLRC en la redacción transcrita en el párrafo anterior, que nada prevé al respecto.

¹⁰⁵ Vid. también VERDERA SERVER, «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., pp. 261-262. En sentido similar, C. L. GARCÍA PÉREZ lamenta que no se valore en esta sede, aunque sí en otros ámbitos de la misma LTRHA, la «maternidad o paternidad social o de deseo»: «Comentario al artículo 10», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., pp. 353-394, en pp. 382-384.

¹⁰⁶ Dan buena cuenta de ello TRIMMINGS; BEAUMONT, *International Surrogacy...*, cit., y LAMM, *Gestación por sustitución...*, cit.

¹⁰⁷ Vid. *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*, 2013, pp. 1-17 (disponible on-line).

¹⁰⁸ Desde 2010 está trabajando en el proyecto *Problemas de derecho internacional privado sobre el estatus de los menores, incluidas las cuestiones derivadas de acuerdos internacionales de gestación por sustitución*, que ha dado lugar a varios informes preliminares disponibles en la página de la Conferencia (HCCH). Tras reunirse en 2014, la Conferencia decidió posponer hasta 2015 la constitución de un grupo de expertos.

civil claramente definidos, por la vía del reconocimiento de decisiones a nivel internacional¹⁰⁹.

Cuando afecta a países de la Unión, el no reconocimiento puede resultar contrario al derecho a la libre circulación (en este caso, del nacido) reconocido en el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la UE (antiguo art. 18 TCE)¹¹⁰. Al margen de este argumento, el TEDH ha instado al reconocimiento interno de la filiación derivada del recurso a la GS en el extranjero a partir de otra tesis acaso más relevante: la protección de los derechos de los menores implicados. Los casos *Menesson* (asunto n.º 65192/11) y *Labassee c. Francia* (asunto n.º 65941/11)¹¹¹, ambos resueltos el 26 de junio de 2014 y declarados firmes el 26 de septiembre del mismo año, tenían por objeto el estatus de dos gemelas gestadas por una mujer californiana y de una tercera menor gestada por otra mujer en el estado de Minnesota, respectivamente. En ambos casos los padres comitentes formaban parejas heterosexuales integradas por nacionales franceses residentes en Francia. En ellos, la sec. 5.ª del TEDH declaró por unanimidad que la negativa del Estado francés a reconocer el vínculo de filiación entre las menores y las parejas comi-

¹⁰⁹ Se muestra escéptico sobre esta posibilidad ENGEL, «Cross-Border Surrogacy...», cit., en DETHLOFF *et al.* (Eds.), *Family Law...*, cit., pp. 15-16.

¹¹⁰ En España, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, cit., T-V, p. 495. También apunta a ello, basado en la mayoría de los trabajos que en los últimos tiempos analizan el método del reconocimiento en la UE, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Reconocimiento de la filiación...», cit., p. 88.

¹¹¹ Accesibles en varios idiomas, pero no en castellano, desde la base de datos del TEDH (HUDOC) (última consulta: 9.2.2015).

La sec. 2.ª del TEDH resolvió el pasado 27 de enero de 2015 un caso similar, aunque con unas connotaciones muy especiales que explican su distinta suerte: *Paradiso y Campanelli c. Italia* (asunto n.º 25358/12). Se trata de un caso más complejo que afecta a una pareja italiana que celebró un acuerdo de GS con una agencia rusa, por el cual una mujer de aquel país llevó a cabo la gestación de un bebé concebido a partir de gametos donados. En el certificado de nacimiento expedido en Rusia constaba que el menor era hijo de la pareja italiana. Sin embargo, una vez en Italia la Administración se negó a transcribir dicho certificado. Puesto que la pareja en cuestión no solo infringió la entonces vigente prohibición de recurrir a la fecundación heteróloga (art. 4.3 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*), declarada después inconstitucional por STC de 9 de abril de 2014, sino también la normativa en materia de adopción, un tribunal de menores declaró el abandono del menor y su adoptabilidad, en tanto que sus padres biológicos eran desconocidos y la pareja comitente no podía ser considerada como tal de acuerdo con la legislación italiana. Las sucesivas instancias judiciales italianas denegaron el acogimiento del menor por parte de la pareja comitente y con casi ocho meses aquél fue entregado a los servicios sociales y declarado en situación de acogimiento, impidiéndose todo contacto entre el niño y la pareja comitente. Más de un año después, el menor fue acogido por una familia, a la espera de ser adoptado. El TEDH considera que existió una vulneración en la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y juzga desproporcionada la solución adoptada por las autoridades italianas. En este punto es especialmente relevante la afirmación del Tribunal, según la cual: «(...) la referencia al orden público no puede convertirse en una carta blanca que justifique cualquier medida, puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al Estado, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo (...)» (FD 80). (Trad. de la autora, de la versión oficial en francés.) El TEDH acabó condenando al estado italiano al pago de 20.000 euros a la pareja recurrente, por el daño moral causado.

tentes es contraria al derecho de las primeras al respeto por su vida privada, protegida por el artículo 8 CEDH y vinculada con la identidad¹¹².

El Estado francés, primero en sede administrativa y luego judicial, impidió que los acuerdos de GS fueran ejecutados en Francia y, por tanto, que la filiación de las menores fuera reconocida, apelando al OP internacional francés y a la contrariedad al principio de indisponibilidad del cuerpo humano de estos acuerdos. El TEDH consideró que la afectación en la identidad de las menores por parte del Estado francés, que se traduce en extremos aparentemente tan remotos como la imposibilidad de heredar si quienes actúan como sus padres no lo prevén en testamento, era contraria al interés de las menores al exceder del amplio margen de apreciación de que gozan los estados en materias tan sensibles y faltas de consenso como ésta, por lo que Francia fue condenada al pago de una indemnización de 5.000 euros por el daño moral causado a cada una de las tres menores implicadas¹¹³.

La principal diferencia que se observa entre los fallos del TEDH y el del TS en la sentencia ya analizada de 6 de febrero del mismo año es el valor que otorgan al interés superior del menor: mientras que el TEDH lo sitúa por encima del OP internacional francés, el TS español otorga prevalencia al OP internacional español y por ello impide que el acuerdo de GS despliegue sus efectos en España. El mensaje del Tribunal europeo, reiterado en *Paradiso y Campanelli c. Italia*¹¹⁴, es claro: el interés superior del menor es un elemento prioritario en la definición del orden público.

¹¹² Las menores *Menesson* tenían catorce años y la menor *Labassee* trece cuando el TEDH dictó las sentencias. Desde poco después de su nacimiento en EE. UU. habían residido en Francia con sus padres comitentes. Las SSTEDH han sido comentadas y aplaudidas por HERRERA, M.; LAMM, E., «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar», *La Ley* (Buenos Aires-Argentina), n.º 122, 2.7.2014, pp. 1-8, en pp. 1 y 6-8.

¹¹³ Los recurrentes no lograron probar que la afectación en su vida familiar, causada por la falta de reconocimiento en Francia de su filiación respecto de las menores, fuera insuperable, ni que se les había impedido gozar de la misma en Francia. Por el contrario, y a diferencia de lo sucedido en *Paradiso y Campanelli c. Italia*, las dos familias habían podido regresar a Francia poco después de los nacimientos, convivían en circunstancias comparables a las de otras familias y nada sugería que las niñas corrieran el riesgo de ser separadas de los recurrentes por las autoridades francesas.

¹¹⁴ Accesibles en varios idiomas, pero no en castellano, desde la base de datos del TEDH (HUDOC) (última consulta: 9.2.2015).

La sec. 2.ª del TEDH resolvió el pasado 27 de enero de 2015 un caso similar, aunque con unas connotaciones muy especiales que explican su distinta suerte: *Paradiso y Campanelli c. Italia* (asunto n.º 25358/12). Se trata de un caso más complejo que afecta a una pareja italiana que celebró un acuerdo de GS con una agencia rusa, por el cual una mujer de aquel país llevó a cabo la gestación de un bebé concebido a partir de gametos donados. En el certificado de nacimiento expedido en Rusia constaba que el menor era hijo de la pareja italiana. Sin embargo, una vez en Italia la Administración se negó a transcribir dicho certificado. Puesto que la pareja en cuestión no solo infringió la entonces vigente prohibi-

¿Cuál podría ser la suerte del caso español en Estrasburgo? Si bien podría argumentarse que la remisión a la reclamación de la paternidad y a la adopción por parte de las autoridades españolas marca la diferencia con el caso francés y previene de una eventual condena al Estado español, no debe olvidarse, como ya he puesto de manifiesto en el apartado 2.2.4. del presente trabajo, que ésta constituye una solución «de segunda». El no reconocimiento de eficacia inmediata a estos acuerdos y el recurso, en su lugar, a una acción de paternidad seguida de la adopción comporta que durante un tiempo los menores sigan sin una filiación determinada, con todos los riesgos que ello implica.

En ambos fallos, el TEDH parece subrayar el vínculo biológico existente entre el padre comitente y las menores, lo que le permite vincular paternidad biológica con identidad y, por ende, con vida privada¹¹⁵. Ello plantea si el TEDH seguirá exigiendo este vínculo entre los menores concebidos de esta forma y al menos uno de los padres comitentes, aunque a juzgar por el FD 80 de *Paradise y Campanelli c. Italia*¹¹⁶, no parece que vaya a ser así. Se desconoce

ción de recurrir a la fecundación heteróloga (art. 4.3 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*), declarada después inconstitucional por STC de 9 de abril de 2014, sino también la normativa en materia de adopción, un tribunal de menores declaró el abandono del menor y su adoptabilidad, en tanto que sus padres biológicos eran desconocidos y la pareja comitente no podía ser considerada como tal de acuerdo con la legislación italiana. Las sucesivas instancias judiciales italianas denegaron el acogimiento del menor por parte de la pareja comitente y con casi ocho meses aquél fue entregado a los servicios sociales y declarado en situación de acogimiento, impidiéndose todo contacto entre el niño y la pareja comitente. Más de un año después, el menor fue acogido por una familia, a la espera de ser adoptado. El TEDH considera que existió una vulneración en la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y juzga desproporcionada la solución adoptada por las autoridades italianas. En este punto es especialmente relevante la afirmación del Tribunal, según la cual: «(...) la referencia al orden público no puede convertirse en una carta blanca que justifique cualquier medida, puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al Estado, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo (...)» (FD 80). (Trad. de la autora, de la versión oficial en francés.) El TEDH acabó condenando al estado italiano al pago de 20.000 euros a la pareja recurrente, por el daño moral causado.

¹¹⁵ En ambos casos, dados los problemas de fertilidad de la mujer comitente, los embriones creados con óvulos de donante y esperma del integrante masculino de la pareja fueron gestados por una mujer norteamericana con fines comerciales

¹¹⁶ Accesibles en varios idiomas, pero no en castellano, desde la base de datos del TEDH (HUDOC) (última consulta: 9.2.2015).

La sec. 2.ª del TEDH resolvió el pasado 27 de enero de 2015 un caso similar, aunque con unas connotaciones muy especiales que explican su distinta suerte: *Paradiso y Campanelli c. Italia* (asunto n.º 25358/12). Se trata de un caso más complejo que afecta a una pareja italiana que celebró un acuerdo de GS con una agencia rusa, por el cual una mujer de aquel país llevó a cabo la gestación de un bebé concebido a partir de gametos donados. En el certificado de nacimiento expedido en Rusia constaba que el menor era hijo de la pareja italiana. Sin embargo, una vez en Italia la Administración se negó a transcribir dicho certificado. Puesto que la pareja en cuestión no solo infringió la entonces vigente prohibición de recurrir a la fecundación heteróloga (art. 4.3 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*), declarada después inconstitucional por STC de 9 de abril de 2014, sino también la normativa en materia de adopción, un tribunal de menores declaró el abandono del menor y su adoptabilidad, en tanto que sus padres biológicos eran desconocidos y la pareja comitente no podía ser considerada como tal de acuerdo con la legislación italiana. Las sucesivas instancias

si dicho vínculo existía en el caso resuelto por el TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014, aunque tras *Paradise* parece que ello deviene irrelevante. Asimismo, aunque en el caso español los recurrentes formaran una pareja del mismo sexo, no afectada por infertilidad en sentido médico, sino estructural¹¹⁷, ello tampoco debería ser motivo de distanciamiento respecto de la jurisprudencia del TEDH. Para las parejas gais la única posibilidad de tener un hijo en el marco de un proyecto parental común que tenga un vínculo biológico con uno de sus integrantes es la GS. Una vez las parejas heterosexuales pueden acceder a esta práctica, aunque sea en el extranjero, no se observa razón para impedirlo a las del mismo sexo. A juzgar por las reacciones en España tras las sentencias *Mennesson* y *Labassee*, parece que la realidad se acabará imponiendo¹¹⁸. Pese a ello, el TS, en su auto de 2 de febrero de 2015 que desestima el incidente de nulidad promovido por los recurrentes respecto a la STS de 6 de febrero de 2014, se desmarca conscientemente de los casos franceses, alegando que en ellos el estado francés no otorgó a las partes la posibilidad de determinar la filiación de los menores por la vía de la adopción y de la reclamación judicial, a diferencia del caso español. Tal vez claudicar y afrontar el reconocimiento en España de una práctica que es legal en el extranjero evita otra tarea sin duda más ardua como es abordar una regulación de la GS a nivel interno¹¹⁹. A favor del reconocimiento total de las situaciones válidamente constituidas en el extranjero existen

judiciales italianas denegaron el acogimiento del menor por parte de la pareja comitente y con casi ocho meses aquél fue entregado a los servicios sociales y declarado en situación de acogimiento, impidiéndose todo contacto entre el niño y la pareja comitente. Más de un año después, el menor fue acogido por una familia, a la espera de ser adoptado. El TEDH considera que existió una vulneración en la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y juzga desproporcionada la solución adoptada por las autoridades italianas. En este punto es especialmente relevante la afirmación del Tribunal, según la cual: «(...) la referencia al orden público no puede convertirse en una carta blanca que justifique cualquier medida, puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al Estado, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo (...)» (FD 80). (Trad. de la autora, de la versión oficial en francés.) El TEDH acabó condenando al estado italiano al pago de 20.000 euros a la pareja recurrente, por el daño moral causado.

¹¹⁷ Al respecto, *vid.* CAHN, N. R., *Test Tube Families (Why the Fertility Market Needs Legal Regulation)*, NYUP, New York-London, 2009, pp. 134-135.

¹¹⁸ Así ha ocurrido en Alemania, cuyo TS, en sentencia de 10 de diciembre de 2014 (XII 713 463/13), considera que no vulnera el orden público alemán reconocer una relación de filiación constituida en California mediante GS si al menos uno de los comitentes aportó su material genético y la gestante no lo hizo. En el caso, la pareja también era, como en el caso español, una pareja de dos hombres.

¹¹⁹ Se evita así tener que afrontar cuestiones tan sensibles como, por ejemplo, la planteada recientemente en Tailandia, respecto de un niño concebido por GS y nacido con síndrome de Down que fue abandonado por una pareja comitente australiana que, sin embargo, sí se quedó con la hermana gemela del menor: «Calls for international surrogacy rules after Thai Down's case», *Family Law Week*, 4.8.2014.

también propuestas influyentes en países con aproximaciones similares a la española en esta materia, como es el caso de Francia¹²⁰.

IV. REFLEXIONES FINALES

1. NECESIDAD DE UNA REFORMA EN PROFUNDIDAD

Las cuestiones que suscita la filiación derivada del recurso a las TRA exigen un replanteamiento del sistema de filiación del Código civil, en relación con la LTRHA. Además del alcance excesivamente restrictivo de los artículos 7.3 y 10 LTRHA, las tres sentencias de la Sala 1.^a del TS analizadas en este trabajo dan cuenta, en general, de la obsolescencia de un sistema pensado para la filiación por naturaleza, lo que se pone especialmente de manifiesto cuando quienes recurren a las TRA integran una pareja del mismo sexo. Estas sentencias, junto con las reformas puntuales que se suceden a base de legislar mediante instrucciones administrativas o de modificar textos legislativos con los que las medidas que se pretenden introducir apenas tienen conexión, generan inseguridad jurídica, a menudo en perjuicio de los menores cuya filiación se discute¹²¹. En este contexto, las tesis que abogan por una reforma legal que permita coordinar las reglas de filiación del Código civil y de la ley sobre TRA siguen estando de plena actualidad¹²². Sin embargo, ni el Antepro-

¹²⁰ Vid. el citado informe *Filiation, origines, parentalité* (2014), que parte del interés del menor concebido mediante GS en el extranjero a tener su filiación determinada en consideración a sus dos padres comitentes. El informe recomienda, además, que Francia participe en un instrumento internacional dirigido a garantizar que las gestantes no han sido explotadas: *vid.* pp. 185 y ss.

¹²¹ Como ya se había denunciado con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, sigue resultando preocupante que muchas de las soluciones adoptadas o que se pretenden adoptar a corto plazo respondan más bien a una suerte de legislación *ad hoc* para el caso concreto que a una forma de legislar pausada y meditada: *vid.* BENAVENTE MOREDA, «La filiación...», *cit.*, pp. 122-123.

¹²² Vigente la LTRA de 1988, *vid.* MONTÉS PENADÉS, V., «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», en AA. VV., *La filiación...*, *cit.*, pp. 171-200, en p. 197. Con especial atención a la situación en la que quedan los artículos 108 y 115 CC tras la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, *vid.* TOMÁS MARTÍNEZ, «El consentimiento...», *cit.*, p. 2. *Vid.* también LAMM, E., «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, 24/2012, pp. 76-91, en pp. 89-90; INIESTA DELGADO, «La filiación...», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, *cit.*, T-V, pp. 748-750; GARCÍA VICENTE, J. R., «La filiación», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, *cit.*, T-V, pp. 39-134, en p. 41; y VERDERA SERVER, «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, *cit.*, p. 252. Este último propone, además, que el artículo 113 CC incluya los consentimientos a la aplicación de las TRA entre las diferentes formas de acreditar la filiación. Esta es la opción seguida por el legislador catalán al aprobar el Libro segundo del Código civil, cuyo artículo 235-3 establece que la

yecto de Ley de protección a la infancia, aprobado por el Gobierno el 25 de abril de 2014, ni el citado Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, abordan esta cuestión.

De los artículos 7 y 8 LTRHA se desprende que el aspecto esencial para la atribución definitiva de la filiación derivada del acceso a TRA es la voluntad de las partes del proyecto parental, formalizada a través de los consentimientos exigidos legalmente¹²³. Con ello, el origen del material genético se sitúa en un segundo plano, con la única excepción de la fecundación *post mortem*, en que el elemento volitivo siempre debe ir acompañado del genético, como se desprende del artículo 9 LTRHA¹²⁴.

La primacía de la voluntad, que se formaliza a través del consentimiento y encuentra su máxima expresión en el proyecto parental común, permite distinguir esta forma de filiación de la adoptiva, en que si bien la voluntad de los adoptantes también es decisiva, no abarca la decisión de crear un ser, por lo que el consentimiento a la

filiación por naturaleza, con relación al padre y a la madre puede establecerse, entre otros mecanismos, *por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer*. El Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, justifica dicha opción en los términos siguientes: «(...) 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 (...)». El artículo 562 del recientemente aprobado Código civil y Comercial de la Nación argentino (*vid.* nota 3) también incorpora la voluntad procreacional, manifestada mediante el consentimiento a las TRA inscrito en el RC, como título de determinación de la filiación.

¹²³ En relación con el artículo 92 del derogado Código de familia catalán, que hoy encuentra continuidad en el artículo 235-8.1 CCCat, E. ROCA ya afirmaba que en la filiación asistida, el principio para atribuir la paternidad deja de ser la biología y pasa a ser la voluntad: ROCA I TRIAS, «Comentari a l'article 92 CF», en EGEA I FERNÁNDEZ, J.; FERRER I RIBA, J. (Dirs.); LAMARCA I MARQUÈS, A.; RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (Coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 438-443, en p. 439.

¹²⁴ Pese a la terminología no neutra que desde el punto de vista de género utiliza el precepto para referirse a la persona que puede consentir a que su material reproductor sea utilizado *post mortem* («marido» y «varón no unido por vínculo matrimonial»), con eficacia en materia de filiación, desde la entrada en vigor del artículo 7.3 LTRHA una mujer casada con otra mujer debería poder prever la utilización de sus óvulos con carácter póstumo, por parte de su pareja. En estos casos, no existe el obstáculo legal al que se enfrenta el hombre superviviente en una relación heterosexual, que solo puede recurrir a la GS (art. 10 LTRHA). Sin embargo, ni el legislador estatal ni el catalán han tenido en cuenta este supuesto: pese a la posibilidad de determinar la filiación derivada del recurso a TRA a favor de dos mujeres, casadas o no, los artículos 235-8.2 y 235-13.2 CCCat siguen haciendo referencia a la muerte del «marido» o del «hombre que convive con la madre». Una autora justifica esta limitación en que la regulación vigente de la fecundación *post mortem* solo se prevé para el caso en que el material reproductor proceda de ambos cónyuges o convivientes, fallecido y superviviente, sin que en ningún caso se permita aquella en que intervenga esperma de un donante: RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., *Reproducción artificial "post mortem". Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 16-18.

adopción se presta con posterioridad al nacimiento¹²⁵. En la filiación derivada del acceso a TRA, la posibilidad de expresar la voluntad con carácter previo al nacimiento aleja esta modalidad de la filiación adoptiva y de otras formas de determinación de la filiación más propias de la filiación por naturaleza, tales como el reconocimiento, y la convierte en una categoría autónoma¹²⁶.

Ninguna reforma en este ámbito puede obviar la trascendencia que tiene la voluntad previa al nacimiento en la determinación de la filiación derivada del recurso a TRA. En este contexto, la expresión, en documento sanitario, del consentimiento a la técnica que debe llevarse a cabo es más coherente con la idea de proyecto parental que debe presidir esta clase de filiación. El consentimiento se convierte así en la vía de canalización de la voluntad, título autónomo de determinación de la filiación y único elemento configurador de la misma cuando no existe vínculo biológico entre el concebido mediante el recurso a TRA y la persona que consiente a su filiación. La expresión de la voluntad a través de un consentimiento formal incorpora mayores garantías de seguridad jurídica, puesto que facilita la prueba.

En último término, esta propuesta se alinea con las tesis que consideran que la filiación derivada del recurso a TRA es, por sus peculiaridades, una clase autónoma de filiación que, como tal, funciona con sus propios criterios y se rige por sus propias reglas. La propuesta también guarda coherencia con el peso cada vez mayor que los tribunales españoles y extranjeros otorgan a la voluntad y, con ella, al interés superior del menor para determinar la filiación derivada del recurso a TRA.

2. LA FILIACIÓN DERIVADA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: VOLUNTAD Y BIOLOGÍA (EN ESTE ORDEN)

El consentimiento en el contexto de la reproducción asistida desempeña un papel doblemente relevante, puesto que es requisito para la aplicación de la técnica y fundamento para la constitución

¹²⁵ Además, en la adopción la filiación se establece por resolución judicial y está sometida al principio del interés del adoptado: *vid.* BARBER CÁRCAMO, *La filiación...*, cit., p. 135.

¹²⁶ De «tertium genus» la calificó en su día RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La investigación...», en AA. VV., *La filiación...*, cit., p. 227. En el mismo sentido, en la misma obra, *vid.* también MONTÉS PENADÉS, «El consentimiento...». Más recientemente, *vid.* LAMM, E.: *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Universitat de Barcelona, 2008, pp. 19-20, y «La importancia de la voluntad procreacional...», cit., pp. 86-90; y RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La filiación en el Derecho Civil de Cataluña», en YZQUIERDO; CUENA (Dir.), *Tratado...*, T-VII, cit., pp. 335-477.

de la relación de filiación que pueda resultar. Una de las cuestiones más complejas que deben abordarse en relación con esta última consecuencia es la de si la filiación resultante del acceso a las TRA, practicadas sin el consentimiento legalmente requerido o conteniendo éste defectos formales o vicios, puede ser impugnada o reclamada cuando, pese a la falta de consentimiento o a la existencia de defectos en el mismo, hay correspondencia biológica entre el nacido y la persona cuya paternidad o maternidad se discute. En hipótesis el legislador puede diseñar un sistema de atribución de la filiación derivada del recurso a las TRA poniendo el acento exclusivamente en el elemento volitivo, en el elemento genético o incluso requiriendo la necesaria presencia de ambos¹²⁷.

A mi juicio, el fundamento de la filiación derivada del recurso a TRA es la voluntad de quien asume dicha filiación, de modo que si la misma no consta en forma expresa pero puede probarse que existió aportación de material genético por parte de quien no puede ser calificado como un mero donante de acuerdo con la legislación española (arts. 5 y 8.3 LTRHA), en la mayoría de casos podrá deducirse que existió, al menos, un consentimiento tácito a la posible filiación resultante. Tanto en las parejas formadas por un hombre y una mujer, como en las formadas por dos mujeres, la aportación voluntaria y no anónima del propio material genético en el marco de un proyecto parental no necesariamente formalizado a través del matrimonio o, lo que es lo mismo, el acceso conjunto a un tratamiento, debería ser un criterio concluyente para los tribunales habida cuenta de la facilidad de acreditación del acceso a las TRA en un centro de reproducción asistida, en especial mediante la firma de los consentimientos que estos centros facilitan¹²⁸. Ahora bien, es competencia exclusiva del legislador (y no de los tribunales) delimitar cuáles deben ser los criterios para la determinación extrajudicial de la filiación en estas circunstancias y, en su caso, abrir la puerta a las acciones judiciales, inicialmente pensadas para la filiación por naturaleza, en la que tienen verdadera razón de ser dada la relevancia del elemento genético para su determinación. Esta necesidad de autorización legislativa no es extraña en el contexto de la filiación derivada del recurso a TRA: el artículo 8.2 LTRHA, una vez explicitada la

¹²⁷ VERDERA SERVER, «Comentario a los artículos 7 y 8», en COBACHO (Dir.); INIESTA (Coord.), *Comentarios a la ley 14/2006...*, cit., p. 223.

¹²⁸ El TS de California ya adoptó un criterio similar hace una década, al decidir tres conflictos surgidos tras la ruptura entre dos mujeres. Con independencia del sexo de los progenitores y del origen del material genético, afirmó el Tribunal, el hecho de compartir el proyecto de engendrar hijos y de tratarlos como propios en el marco de la relación de pareja, conlleva la atribución de la maternidad legal, lo que protege el interés superior del menor: FARNÓS AMORÓS, E.; GARRIGA GORINA, M., «¿Madres? Pueden ser más de una. Tres casos recientes de la *Supreme Court* de California», *InDret*, 4/2005, pp. 1-7.

forma extrajudicial de determinación de la paternidad respecto del hombre no casado con la madre, afirma que «Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad». Mientras el legislador no dé este paso en relación con el supuesto que prevé el artículo 7.3 LTRHA, las acciones de reclamación e impugnación de la filiación han de considerarse ajenas al mismo.

La posibilidad de inferir un consentimiento tácito a la filiación derivada del recurso a TRA con gametos de la pareja no solo impediría su impugnación en el marco de una pareja heterosexual, sino también en el marco de una pareja de dos mujeres que recurrió a la técnica ROPA. La cuestión no es trivial, puesto que los problemas jurídicos asociados a la doble maternidad derivada del recurso a TRA no solo se han planteado ante los tribunales españoles, como ya se ha advertido, en forma de acciones de reclamación ejercitadas por la mujer no gestante una vez rota la relación con la madre, sino también en forma de acciones de impugnación ejercitadas por esta última para que su ex pareja dejara de ostentar el rol legal de madre respecto del hijo o hijos comunes¹²⁹.

Los únicos supuestos dudosos, en realidad «casos límite», serían los de falta absoluta de consentimiento y presencia de vínculo genético, en los que se pueda demostrar que los gametos fueron transferidos a la receptora de forma totalmente incontestada por su «titular»¹³⁰.

¹²⁹ Vid. las SSAP, 4.ª, de Islas Baleares de 5.12.2012 (AC 2013/76) y 31.3.2014 (AC 654), la primera de ellas comentada por PANIZA FULLANA, A., «Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 4/2013, pp. 1-5 (BIB 2013/1475). En el primer caso se planteaba la impugnación de la filiación de un menor concebido a partir del recurso a inseminación artificial y determinada a favor de la ex esposa mediante declaración ante el Encargado del RC efectuada con posterioridad al nacimiento, el mismo día en que éste se inscribió y en el que ambas mujeres contrajeron matrimonio. La AP considera que el consentimiento no reúne los requisitos necesarios para su eficacia y admite la impugnación de la filiación. Esta sentencia pone de manifiesto las nefastas consecuencias a las que puede conducir una regla tan rígida como la del vigente artículo 7.3 LTRHA, que planteará todavía más dudas en aquellos casos en los que, para poder participar del proyecto parental, la mujer no gestante aporta sus óvulos para la fecundación. Para una crítica de la sentencia, a mi parecer acertada, desde el punto de vista de los actos propios, *vid.* BARBER CÁRCAMO, «Doble maternidad legal...», *cit.*, pp. 122-123. Contrariamente, en el segundo de los casos citados la AP impide que prospere la acción de impugnación porque la mujer no gestante sí había cumplido con los requisitos del artículo 7.3 LTRHA. La AP descarta la existencia de vicios del consentimiento, como pretendía la actora y recurrente y, por el contrario, considera «un dato revelador de la voluntad de ambas de formar una familia y de que los hijos que tuvieran cada una de ellas tuvieran vínculos de parentesco, la reserva de semen del mismo donante, puesto que así tendrían hijos del mismo padre» (FD 3).

¹³⁰ Se trataría de casos de gametos «robados» como los que describo en mis trabajos *Consentimiento a la reproducción asistida...*, *cit.*, pp. 95 y 98-99, y «Comentari a l'art. 235-28», en EGEA; FERRER (Dir.); FARNÓS (Coord.), *Comentari al llibre segon...*, *cit.*, pp. 668-674, en pp. 672-673. En estos casos, si la acción de reclamación se ejercitara temporaneamente una posibilidad sería que se determinara la filiación, aunque con eficacia limitada si así se solicita (art. 235-14 CCCat), sin perjuicio de las posibles sanciones por la omisión de los consentimientos legales y de las posibles acciones de reparación del daño

A modo de cierre del sistema, en aquellos casos en que el consentimiento a las TRA se expresó en los términos legales y se recurrió a la fecundación heteróloga o sin base biológica, la filiación resultante tan solo debería poder ser impugnada si se llegara a demostrar que el nacimiento no resulta del acceso a TRA sino, por ejemplo, de las relaciones sexuales de la receptora con persona diferente de la que consintió a la TRA. De la misma manera, procedería la impugnación cuando se otorgó consentimiento a la filiación derivada de TRA homólogas, incluido el recurso a la técnica ROPA en una pareja de dos mujeres, y con posterioridad se demuestra que el nacido fue concebido a partir de las relaciones sexuales con un tercero o con material genético de donante, ya sea en un centro de reproducción asistida, ya a partir de inseminación doméstica. Se trata, en puridad, de casos de consentimiento viciado, otorgado para un acto distinto, respecto de los cuales ya contamos con las acciones previstas en los artículos 138 y 141 CC y, en caso de ser de aplicación el derecho civil catalán, con la acción específica del artículo 235-27.3 CCCat. A estas acciones me he referido el apartado II.2.4 del presente trabajo.

En un contexto híbrido en el que la voluntad desempeña un papel esencial pero en el que la biología todavía ocupa un lugar, la legislación en materia de filiación debe ser capaz de acomodar estas distintas esferas¹³¹.

causado contra el otro progenitor y, en su caso, contra el centro que llevó a cabo la TRA en estas circunstancias. En esta misma línea *vid.* PANTALEÓN PRIETO, A. F., «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la democracia* (Estudios), 5/1988, pp. 19-36, en pp. 23-24; y DÍAZ ROMERO, M. R., «Técnicas de reproducción asistida y filiación», en DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (Coord.), *Derecho de familia*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2012, pp. 1665-1714, en p. 1679.

¹³¹ *Vid.*, al respecto, SCHWENZER, I., «Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage», en SCHWENZER, I. (Ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 1-26, en p. 11; SINGER, A., «Between genetic and social parenthood-A legal dilemma: Establishment of legal parenthood in Sweden», en VON SPICKHOFF, A. *et al.* (hrsg.), *Streit um die Abstammung: ein europäischer Vergleich*, Bielefeld, Giesecking, 2007, pp. 139-148, en p. 148; y FERRER RIBA, «Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad», *RJC*, 3/2006, pp. 109-136, en p. 136. En el contexto europeo, el reciente informe francés *Filiation, origines, parentalité...*, *cit.*, incide en la distinción entre «filiación» y «órigenes» respecto de los concebidos a partir del recurso a TRA heterólogas. En la jurisprudencia, el caso *Anayo c. Alemania*, resuelto por la sec. 5.ª del TEDH el 21.12.2010 (JUR 410022), reconoció la respectiva relevancia a la parentalidad legal y a la biológica al garantizar al padre biológico, alejado de unos gemelos nada más nacer, el establecimiento de relaciones personales con los mismos, a pesar de que su filiación ya se había determinado, de modo irrevocable, a favor del marido de la madre. Sin inferir en el margen de apreciación del Estado alemán en materia de filiación, el TEDH tuvo muy en cuenta los esfuerzos llevados a cabo por el recurrente antes y después del nacimiento para establecer contacto con los menores, así como el interés superior de éstos (FFDD 67-71). En España, la Sala 1.ª del TS, en sentencia de 20.11.2013 (RJ 7824), dadas las circunstancias especialmente graves del caso, acabó concediendo la guarda y custodia de una menor a quien fue considerado su padre hasta que el mismo impugnó con éxito su paternidad. Según la propia Sala, «(...) El interés superior real, y no simplemente abstrac-

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALES URÍA ACEVEDO, M. M.: *El derecho a la identidad en la filiación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Comentario a la SAP, sec. 10.^a, Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (AC 2011/1561)», *REDI*, 2012-2013-Pr., pp. 213-216.
- «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», en FORNER DELAYGUA, J.; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.; VIÑAS FARRÉ, R. (Coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, pp. 77-90.
- «Filiación natural y filiación adoptiva. Aspectos internacionales», en GETE-ALONSO y CALERA, M. del C. (Dir.); SOLÉ RESINA, J. (Coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, T-I, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2013, pp. 413-468.
- «3.2. Filiación», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVI, 2/2014, pp. 273-277.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.; CARRIZO AGUADO, D.: «Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?», *La Notaria*, 2/2014, pp. 59-75.
- ARECHEDERRA, L.: «Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la ley. La doble vertiente del principio constitucional de libre investigación de la paternidad», en Díez-PICAZO, L. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. I, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 371-386.
- ATIENZA, M.: «De nuevo sobre las madres de alquiler», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 27, 13.10.2009 (*disponible on-line*).
- BARBER CÁRCAMO, R.: «Nuevos retos ante el derecho español de filiación», *RDP*, julio-agosto 2009, pp. 3-47.
- «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR*, 8/2010, pp. 25-37.
- *La filiación en España. Una visión crítica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *DPC*, 28/2014, pp. 93-136.
- BENAVENTE MOREDA, P.: «La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual», *ADC*, tomo LXIV, 2011, fasc. I, pp. 75-124.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): «Paradojas de la vida», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 3/2014, pp. 1-4 (BIB 2014/1533).
- *Comentarios al Código Civil*, 4.^a ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P.: «¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia», *Lección inaugural curso académico 2010/2011*, Universidad de Extremadura, 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (*ponencia inédita*).
- CAHN, N. R.: *Test Tube Families (Why the Fertility Market Needs Legal Regulation)*, NYUP, New York-London, 2009.

to de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés (...) Y es lo cierto que tal menor ha permanecido con el recurrente largo tiempo, (...)» (FD 3).

- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «La filiación en el derecho internacional privado», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, T-V, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 487-505.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «La “comaternidad”: matrimonio entre mujeres y filiación», en LÓPEZ DE LA CRUZ, L.; OTERO CRESPO, M. (Coords.); GARCÍA RUBIO, M. P.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 423-450.
- «Copaternalidad y matrimonio entre hombres y derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada por razones de igualdad», *RDP*, julio-agosto 2014, pp. 3-27.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. (Dir.); INIESTA DELGADO, J. J. (Coord.): *Comentarios a la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- CURRY-SUMMER, I.; VONK, M.: «Dutch co-motherhood in 2014», en ATKIN, B. (General Ed.), *The International Survey of Family Law. 2014 Edition*, Jordan Publishing Ltd., Bristol, 2014, pp. 361-376.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida», *DPC*, 21/2007, pp. 75-129.
- «Comentario a la sentencia de la Sala 1.ª del TS de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011/3280)», *CCJC*, 88/2012, pp. 425-449.
- «Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 10/2014, pp. 1-9 (BIB 2014/244).
- DÍAZ ROMERO, M. R., «Técnicas de reproducción asistida y filiación», en Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. (Coord.), *Derecho de familia*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2012, pp. 1665-1714.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.): *Comentarios al Código Civil*, Lex nova, Valladolid, 2010.
- DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil, Vol. IV (Tomo I), Derecho de familia*, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012 (reimpr. 2013).
- DURÁN AYAGO, A.: «El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución», *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 265-308.
- DURÁN AYAGO, A.; BLANCO-MORALES LIMONES, P.: «Los vientres de alquiler» (La cara y la cruz), *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 881, 20.3.2014, p. 2.
- EGEA I FERNÁNDEZ, J.; FERRER I RIBA, J. (Dirs.); LAMARCA I MARQUÈS, A.; RUI-SÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (Coords.): *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Tecnos, Madrid, 2000.
- EGEA FERNÁNDEZ, J.; FERRER RIBA, J. (Dirs.); FARNÓS AMORÓS, E. (Coord.): *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, 2014.
- ENGEL, M.: «Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?», en DETHLOFF, N. et al. (Eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Intersentia, Antwerp, 2014, pp. 1-22 (disponible on-line).
- FÁBREGA RUIZ, C. F.: *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1999.
- FARNÓS AMORÓS, E.: «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 1/2010, pp. 1-25.

- *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011.
- «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos», *Derecho de Familia*, 49/2011, pp. 153-181.
- «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain», *International Family Law*, 1/2013, pp. 68-72.
- FARNÓS AMORÓS, E.; GARRIGA GORINA, M.: «¿Madres? Pueden ser más de una. Tres casos recientes de la *Supreme Court* de California», *InDret*, 4/2005, pp. 1-7.
- FERRER RIBA, J.: «Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad», *RJC*, 3/2006, pp. 109-136.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S.: «Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de la SSTS de 5.12.2013 y 15.1.2014», *InDret*, 1/2015, pp. 1-35.
- FULCHIRON, H.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant: non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille», *Rev. crit. DIP*, 103(3) juillet-septembre 2014, pp. 532-558.
- GARCÍA VICENTE, J. R.: «La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil: en particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su *dies a quo* de ejercicio», *DPC*, 15/2001, pp. 107-142.
- «La filiación», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, T-V, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 39-134.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B.: «La determinación de la filiación», en DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (Coord.), *Derecho de familia*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2012, pp. 1631-1664.
- HEREDIA CERVANTES, I.: «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», *ADC*, tomo LXVI, 2013, fasc. II, pp. 688-715.
- «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 54, 9.4.2014 (*disponible on-line*).
- «Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero», *CCJC*, 96/2014, pp. 177-214.
- HERRERA, M.; LAMM, E.: «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar», *La Ley* (Buenos Aires-Argentina), n.º 122, 2.7.2014, pp. 1-8.
- INIESTA DELGADO, J. J.: «La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, T-V, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 735-860.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V.: «Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo», *Actualidad Civil*, 7-8/2014, pp. 1-26.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LAMM, E.: «Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual», *La Ley* (Buenos Aires-Argentina), n.º 1383, 20.9.2010, pp. 1-22.
- LAMM, E.: *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Universitat de Barcelona, 2008, pp. 1-223 (*disponible on-line*).
- «La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida», *Revista de Bioética y Derecho*, 24/2012, pp. 76-91 (*disponible on-line*).

- *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.
- LLOVERAS FERRER, M.: «Una ley civil para la transexualidad», *InDret*, 1/2008, pp. 1-16.
- MALHOTRA, A.; MALHOTRA, R.: «India. Surrogacy for single and unmarried foreign persons: a challenge under Indian Law», en ATKIN, B. (General Ed.), *The International Survey of Family Law. 2014 Edition*, Jordan Publishing Ltd., Bristol, 2014, pp. 165-179.
- MARÍN PEDREÑO, C.; MARFIL, J. A.: «Surrogacy in Spain: reality v legality», *International Family Law*, June 2014, pp. 100-102.
- MONTÉS PENADÉS, V.: «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana», en AA. VV., *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso Mundial Vasco)*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 171-200.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F.: «La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 18/2014 (*Las fronteras del Derecho biosanitario*), pp. 289-329.
- NANCLARES VALLE, J.: «Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 7/2008 (BIB 2008/578), pp. 1-22.
- NIETO ALONSO, A.: «El poder de autodeterminación de la mujer desde la perspectiva de los derechos de la salud sexual y reproductiva (anticoncepción de urgencia, interrupción voluntaria del embarazo [IVE] y reproducción humana asistida)», en LÓPEZ DE LA CRUZ, L.; OTERO CRESPO, M. (Coords.); GARCÍA RUBIO, M. P.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 637-679.
- PANIZA FULLANA, A.: «Impugnación de la filiación extramatrimonial por la madre biológica contra la madre no gestante», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 4/2013, pp. 1-5 (BIB 2013/1475).
- PANTALEÓN PRIETO, Á. F.: «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», *Jueces para la democracia* (Estudios), 5/1988, pp. 19-36 (*disponible on-line*).
- PARRÓN CAMBERO, M. J.: «Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*», *La Ley*, n.º 8269, 12.3.2014, pp. 1-5.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; SALVADOR CODERCH, P.: *Comentario del Código Civil*, T-I, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993.
- PENNINGS, G.: «Legal harmonization and reproductive tourism in Europe», *Human Reproduction*, Vol. 19(12), 2689-2694.
- QUICIOS MOLINA, S.: *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, J. M. Bosch, Barcelona, 1997.
- «¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz a un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida?», *CCJC*, 95/2014, pp. 609-630.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, pp. 1-42.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial», en AA. VV., *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en*

- materia de reproducció humana (II Congreso Mundial Vasco)*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 141-170.
- «Defecte formal del consentiment del convivent no casat per a la fecundació assistida i acció d'impugnació de paternitat (Comentari a la STSJC 44/2008, de 22 de desembre)», *Revista Catalana de Dret Privat*, 11-2010, pp. 225-243.
- «La filiación en el Derecho Civil de Cataluña», en YZQUIERDO TOLSADA, M.; CUENA CASAS, M. (Dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, T-VII, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 335-477.
- ROCA I TRIAS, E.: «El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado» (contestación al discurso de ingreso de la Dra. Alegria Borràs a la *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*), *RJC*, 4/1994, pp. 969-990.
- *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.: *Reproducción artificial "post mortem". Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ROMEO CASABONA, C. M.; PASLACK, R.; SIMON, J. W.: «Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European countries», *Rev Der Gen H*, 38/2013, pp. 15-42.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á.: «La feminización del derecho privado y las técnicas de reproducción asistida», en LÓPEZ DE LA CRUZ, L.; OTERO CRESPO, M. (Coords.); GARCÍA RUBIO, M. P.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (Dirs.), *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 681-693.
- SCHWENZER, I., «Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage», en SCHWENZER, I. (Ed.), *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 1-26.
- SHENFIELD, F. *et al.*: «Cross border reproductive care in six European countries» (2010) 25(6) *Human Reproduction* 1361.
- SINGER, A., «Between genetic and social parenthood-A legal dilemma: Establishment of legal parenthood in Sweden», en VON SPICKHOFF, A. *et al.* (hrsg.), *Streit um die Abstammung: ein europäischer Vergleich*, Bielefeld, Gieseking, 2007, pp. 139-148.
- TAMAYO HAYA, S.: «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas», *Revista Digital Facultad de Derecho UNED*, 6/2013, pp. 261-316 (*disponible on-line*).
- THÉRY, I.; LEROYER, A-M.: *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Ministère des affaires sociales et de la santé - Ministère délégué chargé de la famille, Paris, 2014, pp. 1-547 (*informe de grupo de trabajo, disponible on-line*).
- TOMÁS MARTÍNEZ, G.: «El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil», *Actualidad Civil*, 7/2010 (LA LEY 1796/2010), pp. 1-27.
- DE TORRES PEREA, J. M.: «Aplicación de cláusulas generales en el derecho de familia ¿una nueva vía para la creación jurisprudencial del Derecho?», en DÍEZ-PICAZO, L. (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Vol. II, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 3555-3576.
- «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor», *La Ley*, n.º 8281, 28.3.2014, pp. 1-17.

- TRIMMINGS, K.; BEAUMONT, P. (Eds.): *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart, Oxford-Portland-Oregon, 2013.
- DE LA VÁLGOMA, M., *Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia*, Ariel, Barcelona, 2013.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- VEIGA, A.: *El milagro de la vida. De la fecundación «in vitro» a las células madre*, RBA, Barcelona, 2011.
- VERDERA SERVER, R.: «La filiación en el dret català: de la Compilació al Codi Civil», *RJC*, 4/2010, pp. 103-125.
- ZURITA MARTÍN, I.: «Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres», *La Ley*, n.º 6427, 22.2.2006, pp. 1-6.