EL PRINCIPIO *MATER SEMPER CERTA EST* ¿A DEBATE? LA NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SUS CONSECUENCIAS

Mª Teresa Duplá Marín
Universidades Ramon Llull y de Barcelona

quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit;
pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.
(D.2,4,5 *Paul.lib. IV ad ed)*

Resumen: El presente trabajo recoge un análisis sobre la determinación de la filiación en Roma y su evolución hasta nuestros días. Se centra en la evolución del principio *mater semper certa est* atribuido al jurista Paulo y su mantenimiento en la sociedad actual en la que se evidencian dos ámbitos de constante cambio como lo son el de la familia y el de la medicina. Los nuevos modelos familiares y las nuevas técnicas de reproducción asistida condicionan una nueva realidad social en la cual se plantean incluso supuestos de doble filiación por maternidad impensables en época romana y que producen el replanteamiento del principio de Paulo.
Palabras clave: *mater semper certa est*; Paulo; presunción de maternidad; presunción de paternidad; reproducción asistida; vientre de alquiler.

Abstract: This paper presents an analysis of the determination of parentage in Rome and its development until today. Specifically focuses on the evolution of *mater semper certa est* principle attributed to the jurist *Paulus* and maintenance in today's society in which revealed two areas of constantly changing as are the family and medicine. The new family models and new techniques of assisted reproduction condition a new social reality in which cases arise even double-descent maternity unthinkable in Roman times and produce a rethinking of the principle of *Paulus*.
Keywords: presumption of paternity; presumption of maternity; assisted reproductive technology (ART); gestational surrogacy, *Paulus*; *mater semper certa est.*

I. MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN ROMA: EL PRINCIPIO *MATER SEMPER CERTA EST* Y LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

La historia de la filiación en Roma, de la maternidad y de la paternidad, ha estado siempre ligada al contenido del célebre y breve texto del jurista Paulo[1], en el título dedicado por los compiladores a la *in ius vocatio*. Del contexto del fragmento en el Digesto, y de su enlace con el final del fragmento anterior de Ulpiano[2] -*...sed et si vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit*-, podemos afirmar que, a primera vista, la idea previa que se pretende trasladar es la de la imposibilidad, sin autorización del pretor, de que un hijo cite a juicio a su madre. Pero eso no es todo ya que, sin duda alguna, la fuerza del mensaje de Paulo está en que traslada de forma sucinta y breve dos reglas, principios o sentencias fundamentales en el ámbito e historia de la filiación jurídica. La primera de ellas, relativa a la madre: *quia semper certa est*, la se-

[1] También dedicado a la *in ius vocatio*. Vid. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, 3ª ed., Darmstadt 2000, p. 974.
[2] D.4,4,3 *lib. V ad ed.*, recogiendo el jurista la opinión de Labeón y de Severo.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0131

gunda, al padre: *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*[3]. Certeza e incerteza, seguridad e inseguridad[4], no se puede decir tanto con tan pocas palabras y la influencia de ambas formulaciones en épocas posteriores está fuera de cualquier discusión doctrinal. Sin embargo, cada una de ellas ha emprendido su propio camino, camino que voy a intentar resumir en las líneas siguientes y que llega hasta la época actual, en la que me cuestiono, de la publicación de recientes leyes y de la evolución de la sociedad actual, hasta qué punto podemos seguir afirmando aquella célebre frase de Paulo *mater semper certa est.*

Comenzamos por el término *mater,* que en las fuentes jurídicas romanas equivale a madre biológica[5], no importando que exista o no matrimonio, pero siendo fundamental, si no lo hay, para determinar el *status* jurídico del recién nacido[6], ya que se entiende que ésta *semper certa est*. Continuamos con el *pater*, quien por el contrario, solo es cierto, en principio, en el caso de que exista matrimonio; y esta idea, que parece extenderse y consolidarse en el pensamiento de la jurisprudencia romana, se recoge más adelante por los compiladores justinianeos. Así, y por vía de ejemplo[7], Celso, en un fragmento del Digesto del título relativo al estado de los hombres -*De statu hominum*- afirma, *quum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur*[8]; Gayo[9], por su parte, en el título sobre la significación de las palabras -*De verborum significatione*- dice, *qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur*[10]; Ulpiano, al hablar del *status libertatis*, afirma, *conubio interueniente liberi semper patrem sequuntur*[11], y Paulo, como hemos visto, en el título del Digesto sobre la *in ius vocatio,* señala *pater is est, quem nuptiae demonstrant*. Diferentes juristas, distintas épocas, pero la misma idea sobre la paterni-

---

[3] Siendo indiferente, a los solos efectos de la determinación de la paternidad, que no de los *status*, la condición o no de *cives* de los padres. Vid. al respecto, E.M. POLO ARÉVALO, *Igualdad y filiación. Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento,* Pamplona, Aranzadi, 2011, pp. 32 ss..

[4] Ya que, como acertadamente apunta POLO ARÉVALO, *ibidem*, p. 27, las *iustae nuptiae* llevaban consigo la atribución de paternidad al marido situando al hijo bajo su patria potestad y reconociendo jurídicamente esa relación.

[5] Distinto, por tanto, del de *mater familias.* Vid. al respecto, por todos, R. FIORI, "Materfamilias", *BIDR* 96-97 (1993-1994) p. 455 y S. DIXON, *The roman mother*, London-Sidney 1998.

[6] Vid. al respecto por todos, E.M. POLO ARÉVALO, *Igualdad y filiación..., cit.,* pp. 49 ss..

[7] Y en fragmentos de Livio y Cicerón. *Vid.* al respecto F. LAFRANCHI, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano II*, Bologna 1964, p. 60 n. 226 y 227; y recensiones a esta obra de M. KASER, en *ZSS* 82 (1965) 381 ss.; A. METRO, en *IURA* 16 (1965) 419 ss.; R. VILLERS, en *RHD* 43 (1965) 101 s.; C. CASTELLO, en *TR* 38 (1968) 154 ss..

[8] "*... vulgo quaesitus matrem sequitur*" (D.1,5,19 *lib. XXIX Dig.*).

[9] No siendo la única afirmación en este sentido del jurista ya que también afirma en sus Instituciones lo siguiente: al hablar de la patria potestad, "*Patriam potestatem haabent ciues Romani, si ciues Romanas uxores duxerint uel etiam Latinas peregrinasue cum quibus conubium habeant; cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, euenit, ut non solum ciues Romani fiant, sed etiam in potestate patris sint*" (*Gai Inst.* 1,56); al hablar de la ciudadanía, "*Eadem ratione ex contrario ex Latino et ciue Romana, siue ex lege Aelia Sentia siue aliter contractum fuerit matrimonium, ciuis Romanus nascitur. Fuerunt tamen qui putauerunt ex lege Aelia Sentia contracto matrimonio Latinum nasci, quia uidetur eo casu por legem Aeliam Sentiam et Iuniam conubium inter eos dari, et semper conubium efficit ut, qui nascitur patris condicioni accedat; aliter uero contracto matrimonio eum qui nascitur iure gentium matris condicione sequi et ob id esse ciuem Romanum...*"(*Gai Inst.* 1,80); y al hablar del tipo de parentesco, *"Sunt autem agnati per uirilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, ueluti frater eodem patr natus, fratris filius neposue ex eo, item patruus et patrui filius et nepos ex eo. At hi qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur non sunt aganti, sed alias naturali iure cognati; itaque inter auunculum et sororis filium non agantio est, sed cognatio; item amitae, materterae lilius non est mihi agnatus, sed cognatus, et inuicem scilicet ego illi eodem iure coniungor, quia qui nascuntur patris, non matris familiam secuntur" (Gai Inst.* 1,156).

[10] "*Feminarum liberos in familia earum non esse, palam est, quia qui nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur*" (D.50,16,196,1 *lib. XVI ad Ed. prov.*).

[11] "*Conubio interueniente liberi semper patrem sequuntur: non interueniente conubio matris condicioni accedunt, excepto eo qui ex peregrino et ciue Romana peregrinus nascitur, quoniam lex Minicia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis condicionem sequi iubet*" (*Ep. Ulp.* 5,8).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0131

dad vinculada, *a priori,* en relación causa-efecto con el matrimonio[12]; idea o principio transformado más adelante en presunción[13], y que se acoge por glosadores y canonistas[14].

Una primera consideración antes de continuar: en época romana la madre, y por tanto la filiación materna, está envestida, desde un punto de vista jurídico, como punto de partida, y sin duda alguna apoyada en su capacidad natural de gestar, de una certeza; el padre, por el contrario, presenta una posición de salida más débil, en el sentido antes expuesto de que puede ser, *a priori,* jurídicamente incierto[15].

Por lo que respecta al hijo cabe recordar que, *filium eum definimus*, según Ulpiano, *qui ex viro et uxore eius nascitur*[16], abriéndose un elenco de situaciones, eso sí, como por ejemplo la larga ausencia del padre, la enfermedad u otra causa, en las que ya el propio jurista afirma que debe entenderse que el hijo no es del padre, *licet vivinis scientibus*[17]. Escasos son, en Roma, los problemas en torno a la prueba y verificación de la identidad del recién nacido.

Una segunda consideración, consecuencia de lo anterior: parece lógico pensar que los problemas prácticos y probatorios[18] en torno a la filiación, fruto, sin duda, del momento incipiente

---

[12] Máxima sobre la paternidad que, como apunta POLO ARÉVALO, en *Igualdad y filiación ...*, *cit.*, p. 33 s., también hay que entender íntimamente ligada a la costumbre, de origen religioso, que prohibía a la viuda contraer matrimonio antes de que transcurrieran 10 meses desde la muerte del marido, con el fin de evitar la *turbatio sanguinis* y posibles confusiones en atención a la paternidad.

[13] Vid. por todos, P. TISSET, *Contribution à l'histoire de la présomption de paternité* (tesis), Montpellier 1921. Como se deduce, según opinión de Donatuti citado por F. LAFRANCHI, *op. cit.*, p. 52 s., de la colocación de D.22,3,29 pr., relativo a la prueba en la filiación, en el título del Digesto sobre las presunciones. Sin embargo, Lafranchi que comparte con Donatuti la afirmación de que la regla "*pater is est...*" es en una primera época una regla de derecho material y no una presunción propiamente dicha, se separa de dicho autor ya que entiende que el mencionado fragmento no recoge en ningún momento la regla en estudio. Y A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 8ª ed. revisada, Pamplona 1991, p. 281 n. 216.1, afirma que no se trata propiamente de una presunción judicial hasta época post-clásica.

[14] Así, como apunta A. LEFEVRE en su interesante y cuidado trabajo "*Pater is est quem nuptiae demonstrant*, jalons pour une histoire de la presomption de paternité", *RHD* 69 (1991) 331 ss., en el que analiza la transformación de dicha regla en presunción de paternidad, la primera referencia al texto de Paulo se encuentra en la *Summa* de Huguccio entre el 1178 y el 1188, que constituye un amplio comentario al Decreto de Graciano, en el cual, en la distinción entre esposa y concubina, glosando un fragmento subraya que los términos *filius* y *pater* se pueden entender en un sentido amplio o reducido: "*secundum largam acceptionem, omnis ille est pater qui habet filium et econtrario secundum strictam, ille solus est pater quem nuptiae demonstrant ut dicitur in lege...*", y acaba afirmando "*naci de concubinatu non sunt legittimi heredes nec ei succedunt*", lo que no ocurre, como apunta Lefevre, en el libro del Génesis en el que el término hijos, se refiere tanto a los de las esposas como a los de las concubinas. Dicho lo cual, según Lefevre, las cosas no tardaron en cambiar bajo la influencia de Azón, seguido por su discípulo Geoffroy de Trami, quien va a dar al texto la altura de principio general en respuesta a la cuestión de la prueba de la paternidad; es más, van a ser los canonistas los que consolidan la posición de la esta regla como expresión de una presunción que incluso va a ser calificada por Inocencio IV de notoria. En definitiva, el nacimiento de la presunción fue fruto, para ella, de la colaboración estrecha entre canonistas y civilistas, con su punto culminante en Francia, y la publicación del código civil.

[15] Vid. por todos A. TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid 2005, p. 691. Cuyos hijos, como indica Ulpiano en *Ep. Ulp.* 4.2, *spurii appellantur.*

[16] *Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia, hunc non ese mariti filium. Non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non posit, hunc, qui in domo natus est, licet vivinis scientibus, filium non esse* (D.1,6,6, Ulp. *lib. IX ad Sab*).

[17] Vid. también S. SOLAZZI, "*Pater is est quem nuptiae demonstrant*", *IURA* 7 (1956) p. 136.

[18] Y todo ello a pesar de que, como apunta F. LAFRANCHI, *Ricerche sulle azioni...*, *cit.*, pp. 39 ss., Donatuti puso ya de manifiesto que la teoría de la prueba debe reconducirse a los maestros de la retórica antigua -de Aristóteles a Cicerón, a Quintiliano- y hasta los maestros retóricos tardíos, antes que a la jurisprudencia, lo que dificulta a los romanistas cualquier estudio al respecto. Y que, continúa Lafranchi, el gran cuadro retórico de la prueba se articula, según Quintiliano y Aristóteles, en dos categorías, las pruebas *inartificiales* y las *artificiales,* y siguiendo a Donatuti, son estas últimas las creadas por la oratoria sobre la base de operaciones lógicas y en las que el autor enmarca las presunciones.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0131

en la evolución y desarrollo de la medicina[19], se van a centrar en la figura del padre antes que en la de la madre, en la paternidad, antes que en la maternidad. Y en este sentido, Escévola ya daba noticia, recogiendo un rescripto de los emperadores Antonino y Vero, en respuesta a una cuestión planteada por *Claudio Apollinari*, de que las pruebas que se dan respecto de los hijos no consisten solo en la testifical, sino que es válida la documental, poniendo de ejemplo las cartas que se enviaron a la madre, si se constata su autenticidad[20]. En síntesis, la paternidad por nacimiento[21], como apunta la doctrina[22], va a depender de determinadas circunstancias: 1) de la legitimidad del matrimonio, es decir, de la existencia de *iustae nuptiae* como hemos visto, y los hijos ilegítimos solo tienen madre y por eso son *sui iuris*, tomando habitualmente el *nomen* materno (hijos espurios = públicos); 2) del nacimiento *ex uxore* e *intra legitimum tempus*[23]*:* que se produzca el parto después de los 6 meses tras matrimonio y hasta dentro de los 10 tras la extinción del matrimonio por divorcio o fallecimiento[24]; 3) y de la aceptación del hijo por su padre o del reconocimiento judicial[25].

Expuestas todas estas premisas en torno a la maternidad, la paternidad y los hijos, nos centramos brevemente en el texto Paulo, D.2.4.5 *lib.IV ad ed.,* punto de mira y de reflexión de la doctrina, ya que sobre el sentido y la originalidad del mismo, y en concreto sobre la afirmación *mater semper certa est,* y la calificada de principio o presunción de paternidad en él incluida, se han pronunciado desde siempre a favor y en contra distintos autores. Así mientras Schulz[26] apunta que se trata de un texto sibilino y no original, Kaser[27], niega que la misma admitiese la prueba en contra, opinión criticada más tarde por Solazzi[28] quien, tras tachar la frase *mater semper certa est* de banal o de error, incluso llega a cuestionarse si el jurista, con esta afirmación, se refiere a los supuestos de suposición o de sustitución en el parto. Dicho autor, que postula que el texto no trata *ex profeso* de la presunción de paternidad, apunta además la existencia de una contradicción en los textos en los que se mezclan los conceptos de inexistencia y de incerteza de la paternidad, contradicción que no existe para Lafranchi[29], quien considera que es original, si bien demasiado corto, y afirma que el padre no existe[30], es

---

[19] En este sentido cabe apuntar que, según parece, el primer tratado de medicina se recoge en los Papiros de Lahun, hallados en 1889 por el egiptólogo Flinders Petrie, y datados en torno al 1800 a.C.. Restaurados y traducidos, aunque no en su totalidad, por F.L. Griffit, proporcionan observaciones y remedios médicos, empleados en el antiguo Egipto para el tratamiento de disfunciones ginecológicas y de obstetricia, de la vagina y del útero, así como para el diagnóstico del embarazo y predicción del sexo; también nos facilitan, curiosamente, una pócima con fines anticonceptivos.

[20] *Imperatores Antoninus et Verus Augusti Claudio Apollinari rescripserunt in haec verba:"Probationes, quae de filiis dantur, non in sola affirmatione testium consistere, sed et epistolas, quae uxoribus missae allegarentur, si de fide earum constiterit, nonnullam vicem instromentorum obtinere decretum est"* (D.22,3,29 *pr. Scaev. Lib. IX Dig.*).

[21] No entramos, por no ser objeto del presente estudio, en la filiación por adopción y su regulación. Vid. sobre la misma el reciente trabajo de A. TORRENT, "Exclusión de los hijos adoptivos del *ius adipiscendae civitatis romanae per magistratum vel honorem* en la *Lex Irnitana* cap. 21", *SDHI* 77 (2011) 105 ss..

[22] Vid por todos, LAFRANCHI, *Ricerche sulle azioni...*, *cit.*, p. 67, y A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, *cit.*, p. 216.

[23] Vid. interesante estudio de LAFRANCHI, en *Ricerche*, *cit.*, pp.71-79, y sobre la madurez del parto pp. 79 ss..

[24] Referencias concretas a las tesis de Hipócrates y Pitágoras en este tema pueden verse en D.38,16,3,11 *Iul. Lib. LIX Dig.*, en D.1,5,12 *Paul. Lib. XIX Resp.* y también en PS. 4,9,5. Vid. por todos, A. D'ORS, *"Sent. Pauli, 4,9,5"*, *AHDE* 16 (1945) 758 ss..

[25] No entramos, por no ser objetivo del presente análisis, en la debatida cuestión del significado del *"tollere liberos"* que, como apuntó en su día P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959, p. 280, en época histórica es el acto con el que el padre adquiere jurídicamente el poder sobre el *"filius"* y que era en origen el acto por el cual el padre afirmaba su relación con el niño. Sobre el significado del *"tollere liberos"* vid. por todos: F. LAFRANCHI, "Prospettive vecchie e nuove in tema di filiazione", *Studi Albertario* I (1951) 741 ss.; *Ricerche sulle azioni...*, *cit.*, pp. 5 ss..

[26] *Classical roman Law*, Oxford 1951, p. 143.

[27] *Das römische Privatrecht*, München 1955, p. 291.

[28] *Pater is est...*, *cit.*, p. 132.

[29] *Ricerche sulle azioni...*, *cit.*, pp. 49 ss..

[30] Vid al respecto *Gai Inst.* 1,64.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0131

incierto, no porque no se conozca, ya que según el caso puede ser incluso conocidísimo, sino porque jurídicamente no se acepta como tal[31]. Aunque, como señalan ambos autores, por lo mismo hay que tener presente que no siempre era padre el marido casado en *iustum matrimonium*, cuestión esta a tener en cuenta también hoy.

Lafranchi[32], a su vez, recogiendo la interpretación de Donatuti de que Paulo si introduce una regla de derecho material, matiza acertadamente lo siguiente: 1) que se trata de una regla con una triple base presuntiva: la de la cohabitación, la de la fidelidad y la del tiempo legítimo de la gestación; 2) que la presunción de paternidad se inspiró en el mismo motivo que la presunción Muciana, es decir, con el fin de evitar que extraños lanzasen sospechas contra la mujer e invadieran el matrimonio y las relaciones matrimoniales; 3) que el juez en un procedimiento de la filiación debía controlar, más allá de la certeza del nacimiento dentro del matrimonio, si el periodo de concepción, este incierto, entraba dentro del periodo del matrimonio; 4) que la regla "*Pater is est...*" admite prueba en contra. Todo lo cual le lleva a afirmar que la regla de Paulo y, por consecuencia, la legitimidad de los hijos concebidos durante el matrimonio, debió constituir para los juristas romanos un punto de referencia y axioma jurídico en un principio, sobre todo, en el entorno de una sociedad patriarcal en la que el matrimonio se concibe como una unión con el fin de continuidad de la familia.

Dicho lo cual, todo ello no obsta para que, como tercera consideración podamos añadir que, aun admitiendo el principio de la paternidad por matrimonio, la preocupación jurídica estuviese centrada principalmente, en época romana, en los supuestos dudosos de reconocimiento de la paternidad. Pero también, aunque de manera más puntual, y a pesar de la regla *mater semper certa est* y la certeza de la maternidad, en algunos casos concretos sobre ésta, como lo demuestra, por un lado, y respecto de la paternidad, la publicación en el s. II d.C. del llamado senadoconsulto de reconocimiento de los hijos, *SC Plancianum de partu adgnoscendo*[33], con el fin de proteger a los hijos y a las mujeres en las situaciones de embarazo anterior al divorcio[34] o incluso durante el matrimonio, a los efectos de la consecución de la declaración de la paternidad, de los alimentos y de los derechos sucesorios correspondientes, estableciendo un curioso y meticuloso procedimiento para ello[35]. Y por otro, y respecto de la maternidad, el título del Digesto dedicado en exclusiva a la inspección del vientre y la custodia del parto -*De inspiciendo ventre custodiendoque partu*-, D.25.4, en el que Ulpiano detalla paso a paso, el procedimiento solicitado por el supuesto padre al pretor, de inspección del vientre de la madre, al que debía someterse la mujer en caso de divorcio y negativa de reconocimiento del embarazo, y que debía realizarse por tres parteras probadas tanto por sus conocimientos como por su integridad -*tres obstetrices probatae et artis*- elegidas por el supuesto padre[36]. Y también, no menos importante, el interesante procedimiento establecido por el pretor, relatado por Ulpiano, en los supuestos de fallecimiento del padre para verificar en su caso el nacimiento, previendo la posibilidad de que tres hombres libres y tres mujeres libres con tres acompañantes hagan guardia en la puerta de la habitación de la mujer, con registros específicos de las habitaciones, baño y visitas (D.25,4,1, 10).

---

[31] En el mismo sentido hay que interpretar la afirmación de Ulpiano, *Qui matre quidem certa, patre autem incerto nati sunt, spurii appellantur (Ep. Ulp.* V,7).

[32] *Ricerche sulle azioni...*, *cit.*, p. 56 s..

[33] Como apunta, entre otros, A. TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano*, *cit.*, p. 1163, debió el tema ser tratado en dos distintos SSCC, uno de la época de Vespasiano y otro de Adriano.

[34] En relación a la crianza y alimentos de los hijos en caso de separación y divorcio ver el interesante trabajo de CH. CORBO, "Genitori e figli: l'affidamento e le sue origini nell'esperienza giuridica romana", *SDHI* 77 (2011) 55 ss..

[35] Descrito en D.25.3 *De agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis* y C.5,24,25.

[36] En concreto en D.25,4,1 *pr. Ulp. lib. XXIV ad Ed.*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0131

II. BREVE APUNTE SOBRE LA EVOLUCIÓN POSTERIOR DESDE EL PROYECTO DE CC DE 1851 HASTA LA PRIMERA LEY DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA DE 1988

En términos generales podemos afirmar que si bien existe una continuidad en cuanto a los principios sobre la maternidad, la preocupación y el acento van a fijarse, durante muchos siglos, en la concreción de la paternidad y legitimidad de los hijos por el matrimonio y la consecuente, en su caso, adquisición de derechos sucesorios y alimenticios[37].

Abierto el proceso de codificación, el Proyecto de Código Civil de 1851 va a seguir la tradición estableciendo la presunción de paternidad en el art. 101[38] y una posición de privilegio para los hijos legítimos que son los que tienen reconocida la paternidad con todas sus consecuencias. Por su parte, *la Ley del Matrimonio Civil de 1870* establece, a favor de los hijos legítimos, la presunción de paternidad del marido, no permitiendo que ésta se destruya por confesión de la madre o convicción del adulterio[39]. Destaca, como curiosidad de esta ley, la privación de la consideración de legítimos a los hijos nacidos en el seno de un matrimonio canónico, si bien, más adelante, y debido a la repercusiones negativas de la misma, se autoriza por Decreto de 22 de enero de 1875 que estos hijos fuesen inscritos en el Registro civil como legítimos, concediendo, por Decreto de 9 de febrero de 1875 efectos civiles al matrimonio canónico. El Anteproyecto de Código civil posterior recoge la misma regulación de la materia en estudio que el de 1851 (art. 87 y 89).

No obstante esto, toda esta tendencia respecto de la filiación se rompe por primera vez en la Constitución republicana de 1931 que consagra la equiparación de los hijos independientemente de su origen matrimonial o no (art. 43). Pero tendremos que esperar a la promulgación de la Constitución de 1978 para alcanzar la gran reforma en nuestro país, por la aplicación del art. 14 de la misma, que recoge el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento, así como el art. 39 CC, en el que proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación y se abre la puerta a la posibilidad de la investigación de la paternidad. Todo este proceso de cambio culminará con la publicación de *la Ley 11/1981, de 13*

---

[37] Vid. supra p. 4 n. 14, la evolución respecto de los glosadores y canonistas. Así, en el derecho visigodo, en la *Lex Romana Visigothorum* IV, 9 (*Gaius*): *Regula iuris hoc continet, ut, qui legitime concipiuntur, tempore conceptioinis statum sumant; qui vero non de legitimo matrimonio concipiuntur, statum sumunt eo tempore, quo nascuntur*, se alude a la distinción de los hijos según exista o no matrimonio, eso sí, sin el establecimiento de ningún plazo para presumir la paternidad. El Fuero Juzgo, Libro 3º, título 5º, leyes 1ª y 2ª, prosigue con la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, pero destaca el buen trato que se otorga a estos últimos a los que se les permite, en ausencia de legítimos, acceder a la sucesión con carácter preferente frente a otros parientes. El Fuero Real, por su parte, alude a los hijos naturales como una categoría privilegiada dentro de la general de los no legítimos. Las Partidas, fieles la tradición romana en este tema, determinan que los hijos legítimos son los *fechos segunt ley* y por tanto, los concebidos dentro del matrimonio legítimo y válido (P.IV,13, *proemio;* Ley 1ª, titulo 13, Libro 4º). Se incluyen, dentro de la categoría de los hijos legítimos, los engendrados en el matrimonio putativo, es decir, el celebrado por el rito canónico pero existiendo un impedimento dirimente ignorado por uno o ambos cónyuges, siempre que exista buena fe al tiempo de la concepción de los hijos. Las Leyes de Toro también establecen la presunción de paternidad ligada al matrimonio que admite prueba en contra y califican, eso sí, a los hijos ilegítimos de bastardos. Vid. al respecto el interesante trabajo de POLO ARÉVALO, *Igualdad y filiación...*, *cit.*, pp. 151 ss..

[38] "Se presumen legítimos los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio, y dentro de los 300 siguientes a su disolución. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su muger en los primeros 120 días de los 300 que ha precedido al nacimiento".

[39] Art. 56: "Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, y antes de los 300 siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges. Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubieran precedido al nacimiento del hijo. Art. 57: Se presumirá legítimo aunque la madre hubiera declarado contra su legitimidad o hubiere sido condenada como adúltera".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0131

de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. La presunción de paternidad sigue existiendo hoy recogida en el art. 116 CC considerando hijos a los nacidos tras el matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges. Se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contra, tal y como se deduce del contenido del art. 117 CC[40]. Por último, no se aplica la presunción de paternidad a la filiación no matrimonial que se determina a través de lo dispuesto en el art. 120 CC, es decir: 1) por reconocimiento del interesado ante el encargado del Registro civil, en testamento o documento público; 2) por resolución recaída en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro civil; 3) por sentencia firme.

En 1988 se aprueba en nuestro país la *Ley, 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción humana asistida* (LTRHA)[41], una de las primeras en el entorno europeo, en la que, tal y como especifica su Preámbulo, gracias a los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, en especial en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología, va a ser posible el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, conocidas como Técnicas de Reproducción Asistida o Artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco[42]. El legislador del momento se hace eco de los efectos jurídicos de dicha nueva normativa advirtiendo, desde el inicio, que con la misma se van a poner en entredicho cuestiones de máximo interés relacionadas con el Derecho de Familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión; a lo que añade, que va a ser necesario establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsa-

---

[40] "Nacido el hijo dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los 6 meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiese reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración autentica se hubiese formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los 6 meses siguientes al nacimiento del hijo". Sobre impugnación de la filiación vid. por todos, F. RIVERO HERNÁNDEZ, "*¿Mater Semper certa est*? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español", *Anuario de Dº civil* (1997) I, pp. 5 ss..

[41] Modificada por Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y a la que siguen, a nivel estatal, la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos; el RD 412/1996, de 1 de marzo, que establece los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y regula la creación y organización del Registro Nacional de donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana, el RD 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnico funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y la Orden de 25 de marzo de 1996 sobre normas de funcionamiento del registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones, los tres vigentes en la actualidad; el RD 120/2003, de 31 de enero, que regula los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con técnicas de reproducción humana asistida; RD 1720/2004, de 23 de julio, que establece las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida; el RD 2132/2004, de 29 de octubre, que establece los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes; Orden SCO/393/2006, de 8 de febrero, que establece la organización y funcionamiento del Banco Nacional de Líneas Celulares. Y en el ámbito de la sanidad no podemos dejar de nombrar la Ley 41/2001 de Autonomía del Paciente. Vid. al respecto, F. LLEDÓ, *La Filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Madrid 2004.

[42] La Inseminación Artificial (IA) con semen del marido o del varón de la pareja (IAC, homóloga) o con semen de donante (IAD, heteróloga), que se venía realizando ya desde hacía años en España, donde el primer Banco de semen data de 1978; la Fecundación In Vitro (FIV) con Transferencia de Embriones (TE), de mayor complejidad técnica y que se dio a conocer universalmente en 1978 con el nacimiento de Louise Brown, primera niña probeta, en el Reino Unido, mientras que aquí el primero nacido por esta técnica tuvo lugar en 1984; y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG) que comenzaba a realizarse en esa época.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0131

bilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos. Nada más lejos de la realidad de ese momento, realidad de cambios sociales y jurídicos en el seno de la familia, y que hacen que en la ley se den, como veremos, ciertas importantes incongruencias y vacíos legales respecto de la determinación de la filiación de los hijos nacidos al amparo de dichas técnicas[43].

En cualquier caso parece que en ese momento se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo. Y en este sentido destaca la normativa relativa a la gestación por sustitución, prohibida en nuestro país y respecto de la cual se apunta lo siguiente: "La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto".

El capítulo III de la ley está dedicado a los donantes[44] y en él se especifica el carácter gratuito y anónimo de la donación, así como expresamente el derecho de los hijos a obtener información general de los donantes a excepción de la relativa a su identidad[45]. No obstante esto, dicha regla general contiene dos excepciones importantes: 1ª) cuando concurran circunstancias de comprobado peligro para la vida del hijo o 2ª) cuando proceda por aplicación de las leyes procesales penales, en cuyo caso podrá con arreglo a la ley revelar la identidad del donante con carácter privado y restringido y con el único fin de evitar el peligro o conseguir el fin legal propuesto, no el de determinar la filiación (art. 5 LTRHA). También recoge la ley, en el artículo relativo a las usuarias de las técnicas, la necesidad, en caso de matrimonio, del consentimiento -revocable en cualquier momento- del marido a los efectos del uso de dichas técnicas, salvo en el caso de que ambos estuviesen separados por sentencia firme de divorcio o separación o de hecho o de mutuo acuerdo que conste fehacientemente[46]. En caso de fecundación con contribución de donante o donantes no podrán el marido y la mujer, una vez prestado el consentimiento, impugnar la filiación del hijo nacido[47]. La ley contempla también el posible supuesto de fallecimiento del padre entendiendo que, en estos casos, hay que atender como regla general a ver si el marido estaba o no vivo al tiempo de la concepción; a lo que se añade, párrafo no exento de polémica doctrinal, que el marido o el conviviente, ahora sí, puede con-

---

[43] A todo ello hay que añadir que, desde una perspectiva biológica, la maternidad va a poder ser plena o no plena: 1) plena, cuando la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; 2) y la no plena o parcial, cuando la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su óvulo/s (maternidad genética), pero no los dos a la vez. Por su parte, la paternidad sólo puede ser genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón. Además, la maternidad y la paternidad biológicas pueden serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, como continua la ley y advierte ya el legislador, va a ser fundamental valorar cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los Códigos deberán actualizarse sobre cuestiones determinadas que hoy no contemplan.

[44] Si bien la edad mínima legal establecida para donar y para recibir es la de 18 años, en la práctica se han sucedido problemas en torno a la edad máxima. Vid. por todos, GONZÁLEZ DÍAZ, "La edad del paciente como limite de la prestación sanitaria de tratamiento de fecundación in vitro", *Aranzadi Social* 54/2008, Pamplona, pp. 1 ss.. Temas de rendimiento laboral en estos supuestos también han llegado a los tribunales, vid. por todos M. TARABINI-CASTELLANI, "Despido y fecundación in vitro", *Aranzadi Social* 12/2011, Pamplona.

[45] Respecto del cual la doctrina se ha ido planteando la cuestión de si el derecho a la identidad genética ha de prevalecer o no frente al derecho a la intimidad. Vid. por todos, A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso "Odiéve C/France", *El Derecho de Familia en el s. XXI*, (Madrid, 2004) 511 ss.; M. GARRIGA, "El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero", *Derecho privado y constitución* 15 (2007) pp. 167 ss.; A.Mª. ROMERO COLOMA, La identidad genética y la intimidad: un conflicto de derechos", *Actualidad Jurídica Aranzadi* 789 (2009).

[46] Art. 6 LTRHA.

[47] Art. 8 LTRHA. En el que se contempla también, sólo para el caso de inseminación artificial heteróloga, es decir con material de un donante, la validez del consentimiento de varón no casado, se entiende a los efectos de la determinación de la filiación (no matrimonial).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0131

sentir en testamento o escritura pública el uso de su material reproductor en los seis meses siguientes a su fallecimiento, con el fin de fecundar a su mujer o pareja y con el efecto ordinario de la filiación matrimonial o extramatrimonial[48]. Esto es, se posibilita la *fecundación post mortem* de la mujer o de la conviviente, sin contemplarse, como hemos apuntado la posibilidad, a efectos de consentimiento y subsiguiente filiación, del conviviente en vida de éste.

III. NOVEDADES Y FINALIDAD DE LA LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Tal y como se especifica en el Preámbulo de esta ley los avances científicos, entre otras causas, motivaron en su día la revisión de la ley de 1988 y la publicación de esta nueva norma que introduce importantes novedades[49]. En lo particular, y respecto del tema que aquí nos ocupa, usuarios de las técnicas y filiación, también hay novedades y matices a destacar, aunque, como veremos, si bien contempla nuevos supuestos de aplicación, se trata de una legislación con la que no se resuelven todas las lagunas legales evidenciadas con la anterior y cuyo origen hay que vincularlo directamente a la ampliación del concepto de familia y los nuevos modelos familiares.

Así, la ley especifica, respecto de los usuarios de las técnicas, sin duda alguna en la línea de las importantes novedades acaecidas en el ámbito familiar en los últimos años, a destacar las introducidas por la *ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*[50], y de las normativas autonómicas en materia de parejas estables o uniones de hecho, que la mujer puede ser usuaria o receptora de las técnicas con independencia de su estado civil y orientación sexual[51], insistiendo en la necesidad de consentimiento para el caso de matrimonio[52]. Es decir, como recientemente apunta Lasarte, parece que la ley contempla los supuestos de maternidad en soledad y no la paternidad en solitario, o lo que él califica de "derecho del hombre a ser padre solo" [53], puesto que no caben los denominados "vientres de alquiler"[54].

---

[48] Como apunta el art. 9.3 LTRHA *in fine*: sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil (RCL 1957\777; NDL 25893), sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

[49] Entre las que destacan, en lo general, que se opta por la presentación de una lista abierta de técnicas de reproducción humana asistida, decisión muy acertada si se tiene en cuenta que se trata de un tema abierto y en constante evolución como lo demuestra, por ejemplo, la reciente noticia aparecida en prensa sobre la creación en EEUU de óvulos humanos a partir de células madre de los ovarios como nueva vía de tratamiento de la infertilidad. Vid. por todos, A. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, "Incidencia jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida en materia de filiación", *Revista general de legislación y jurisprudencia* 153 (4) (2006) 617 ss.; y trabajo de investigación todavía no publicado de E. LAMM, "*El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*", Barcelona 2008.

[50] Que, recordemos, añade un segundo párrafo al art. 44 CC: "El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

[51] Art. 6.1 LTRHA 2006 *in fine*.

[52] Respecto de cuyo texto me permito una observación y es que el legislador parece cometer un error cuando afirma al principio del art. 6.3 lo siguiente, "*si la mujer estuviese casada, se precisa, además, el consentimiento de su marido*", donde quizás debiera haber dicho "cónyuge" con el fin de poder incluir aquí los supuestos de mujeres casadas con otras mujeres; en el mismo sentido se manifiesta recientemente LASARTE, "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria", *Diario La Ley* 7777 (2012); dicho esto, es el propio legislador el que más adelante rectifica y usa el término cónyuge:"El consentimiento del cónyuge prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal".

[53] *La reproducción asistida...*, *cit.*.

[54] Tema no exento de polémica en el que no entramos por exceder de los objetivos del presente trabajo. Vid. por todos interesante trabajo de A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante

https://doi.org/10.55104/FRDC_0131

En cuanto a la filiación[55], se incorpora un importantísimo 3er párrafo al art. 7 por la disp.adi.1ª de *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la mención registral de la mención relativa al sexo de las personas*, en el cual se hace una referencia expresa al supuesto de mujer casada con otra mujer, cubriendo, de este modo, un claro vacío legal, al indicar lo siguiente: "Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido"[56]. Respecto del supuesto de premoriencia del marido se amplía el plazo de tiempo de 6 a 12 meses[57] en cuanto al posible uso de su material reproductor, presumiendo otorgado dicho consentimiento en el caso de que el cónyuge supérstite hubiese estado sometido a un proceso de reproducción asistida para la transferencia de preembriones constituidos antes del fallecimiento del marido[58].

IV. UN BREVE APUNTE FINAL: LA NUEVA LEGISLACIÓN CATALANA Y EL CONSENTIMIENTO[59]

El complejo y costoso camino emprendido por el legislador catalán en el año 2002[60] en aras a la redacción de un completo, moderno y novedoso Código civil catalán[61], parece que se

---

maternidad subrogada", *InDret* 3 (2009) 1 ss; A.J. VELA SÁNCHEZ, "Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico", *Revista de derecho de familia* 53 (2011) 67 ss., a raíz de la publicación de la polémica Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (BOE 7/10/10) sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución que permite la inscripción en el Registro civil de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada en los países cuya normativa la recoja siempre que al menos uno de los progenitores sea español, haciendo una propuesta de regulación de convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento.

[55] Artículo que ha sufrido también un cambio importante en su denominación anterior –*Los padres y los hijos*-, pasándose en este momento a denominar *Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida*, y por tanto, poniendo el acento directo en el tema nuclear: la filiación.

[56] Hay que tener en cuenta que, desde el punto de vista de la práctica, el contenido del mismo va a suponer un gran cambio en la realidad social ya que desde este momento, antes no salvo por adopción del menor, se va a poder inscribir al hijo nacido como de ambas mujeres -supuestos de doble filiación materna-. La razón aducida anteriormente en aras a la no inscripción se fundamentaba en el hecho de que la maternidad es única y se basa en el hecho del matrimonio, argumento nuevamente muy en la línea del principio *mater semper certa est* de Paulo. Vid. al respecto, interesante análisis de la evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado realizado por S. SALVADOR GUTIÉRREZ, "Doble filiación materna", *El Derecho* 68 (2007) 1 ss.; Mª. I. DE LA IGLESIA MONJE, "Novedades en torno a la filiación, al consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas", *Homenaje a M. Cuadrado Iglesias* 1 (Madrid 2008) 471 ss..

[57] LASARTE, *opc.cit.*, habla en este caso de ampliación de los plazos relativos a la presunción de paternidad.

[58] Art. 9 LTRHA 2006. Aquí volvemos a encontrarnos con un supuesto vacío legal ya que, en la línea de lo regulado en la ley de 1988 (también en el art. 9.3), el párrafo 3º contempla la posibilidad, para el caso de premoriencia, de que el varón no casado use de dicha posibilidad, lo cual quiere decir, por un lado, que el legislador ha tenido en cuenta en esta nueva legislación, a los efectos de determinación de la filiación, los supuestos de parejas estables solo en los casos de premoriencia del varón, y por otro, que no obstante esto, no se deduce directamente de la norma la filiación del varón respecto del hijo en caso de pareja estable viviendo ambos, sino que solo se contempla para el caso de matrimonio (art. 7.3 LTRHA 2006). En ambos casos, *vid.* al respecto, LASARTE, *La reproducción asistida...*, *cit.*, quien se inclina en estos supuestos, exista o no matrimonio, a la determinación de la filiación matrimonial o extramatrimonial por consentimiento. En contra, manteniendo la necesidad de adopción en estos casos se había manifestado anteriormente por IGLESIA MONJE, *Novedades en torno...*, *cit.*, p. 483.

[59] Vid. análisis sobre la legislación anterior realizado por F. BADOSA COLL, "Concepto y régimen jurídico de la filiación ilegítima no natural según la compilación de derecho civil catalán. Incapacidad sucesoria de la mujer e hijos adulterinos, comentario a la Sentencia 18 de marzo de 1970", *Revista Jurídica de Catalunya* (1971) (2) 331 ss.; M.C. GETE-ALONSO, "La capacidad para reconocer la filiación en el codi de familia de Catalunya (el art. 95)", *Estudios jurídicos en homenaje a L. Díez-Picazo* (Madrid, 2003) 4657 ss..

[60] Con la publicación de la Primera ley del Código civil catalán por Ley 29/2002 de 30 de diciembre.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0131

ha acelerado en los últimos años con la publicación, por un lado, del libro IV relativo a las sucesiones y aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio, y por otro, del libro II, relativo a la persona y la familia, aprobado por Ley 25/2010 de 29 de julio. Ambos libros contienen novedosas normas vinculadas directa o indirectamente con el tema que aquí nos ocupa, y de ellos pasamos a dar cuenta de forma sucinta.

El libro II dedica el capítulo 5° de su título 3° a la filiación y podemos decir que, *a priori,* deja entrever los dos principios o reglas que sobre la filiación nos dio hace ya unos siglos el jurista Paulo: por un lado, el principio *mater semper certa est*, que puede interpretarse del contenido del art. 235-3 cuando en él se indica que la filiación por naturaleza en relación a la madre resulta del nacimiento; y por otro, el de paternidad, *pater is est qui nuptiae demonstrant*, esta vez directamente, cuando más adelante se afirma que la filiación por naturaleza respecto del padre se puede determinar por matrimonio con la madre, entendiendo, en la línea de la doctrina anterior, que el periodo legal de concepción comprende los primeros 120 días del periodo de gestación, y presumiendo un periodo máximo de gestación de 300 días que admite prueba en contra[62].

Pero, no obstante esto, el libro II, haciéndose eco de las novedades introducidas en su día en el libro IV relativo a las sucesiones[63], y por lo que respecta a la filiación por naturaleza incorpora, en cuanto a los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida, la posibilidad de una doble filiación materna a través del establecimiento de la maternidad respecto la mujer que está casada o que convive en pareja estable[64] con la mujer que consiente la aplicación de dichas técnicas; maternidad derivada del consentimiento prestado por la mujer o conviviente en pareja estable que, como advierte el Preámbulo de la propia ley, no supone una novedad, ya que esto existía ya en el ámbito de la paternidad, ni debe entenderse como una maternidad biológica, por naturaleza, sino como una relación jurídica puramente legal. No se ha pretendido, pues, la creación de una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación, como apunta el propio legislador, sino que se ha considerado más conveniente asimilarla en cuanto a tratamiento legal a la que ya existía respecto del padre. Ello ha traído como consecuencia, por un lado, la incorporación, en la lista de los títulos de atribución de la filiación, del consentimiento para la procreación asistida, y por otro, la extensión del régimen de impugnación del reconocimiento[65]. Queda, eso sí, sin resolver el delicado tema de los límites de la revocabilidad[66].

V. A MODO DE CONCLUSIONES

Retornando al punto de partida de este análisis, es decir, a la permanencia o no del principio *mater semper certa est*, vuelvo a plantearme, y en este momento de manera más rotunda

---

[61] Vid. por todos, F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Panorama general de la reforma del derecho de familia en el libro II del Código civil de Cataluña*, en *La Familia del siglo XXI. Algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña (VVAA),* Barcelona 2011, pp. 15 ss..

[62] Teniendo siempre presente que la investigación de la paternidad es una de las tradiciones jurídicas catalanas más arraigadas desde la Edad media. Art. 235-4 CCC.

[63] Arts. 442-3 y 4 CCC. que equiparan al conviviente en pareja estable, heterosexual u homosexual al cónyuge supérstite a efectos de derechos sucesorios en la herencia del otro cónyuge o pareja.

[64] Excluyendo, por tanto, dicha posibilidad en las llamadas relaciones convivenciales de ayuda mutua.

[65] No entramos, por exceder de los objetivos del presente trabajo, en el análisis de las implicaciones prácticas que, en el ámbito de la filiación por adopción y la nueva normativa sobre el derecho de los adoptados a conocer información sobre su origen y la obligación de los adoptantes de informar al hijo sobre la adopción a partir de una determinada edad del menor, pudiera tener la *regla mater semper certa est* de Paulo.

[66] Que, como acertadamente apunta F. RIVERO HERNÁNDEZ en *Panorama general de la reforma..., cit.,* p. 41, ha tomado relevancia últimamente por el famoso "caso Evans" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0131

si, aceptada la nueva regulación sobre reproducción asistida y su repercusión en el ámbito familiar, también ampliado en los últimos años a modelos antes no contemplados, podemos seguir hablando de certeza de la maternidad y, más concretamente, de certeza en el sentido que parece darle la doctrina a las palabras de Paulo que, si recordamos, va ligada directamente a una certeza natural de la gestación y del parto. Y así, entre las distintas posibilidades que se abren con esta nueva normativa, destaca la novedosa del consentimiento para la maternidad de la pareja o mujer de la mujer gestante, ante la cual me pregunto si podemos, en estos casos, seguir confirmando la aplicación de la norma *mater semper certa est*, ya que, aunque tenga preferencia la madre gestante, también hablamos de maternidad no natural sino legal de la otra madre concurrente en la familia y que ha prestado su consentimiento para ello. Ante lo cual me cuestiono lo siguiente ¿quién debe entenderse realmente madre de ese hijo?, ¿la madre, en su caso, donante?, ¿la madre gestante? o ¿la madre que consiente? Y in fine, ¿realmente podemos seguir afirmando la certeza de la maternidad y afirmar, por tanto *mater semper certa est*? A mi juicio, y a la vista de la realidad actual, creo que ya no cabe dicha afirmación, al menos, en el sentido originario del fragmento de Paulo. Como en su día apuntó Rivero Hernández[67], sin duda la incertidumbre y dificultad de la prueba de la paternidad se ha trasladado a la determinación de la maternidad.

Por otro lado, y respecto de la paternidad, a mi juicio, el fenómeno ha sufrido un proceso inverso, a pesar del mantenimiento, como hemos visto de la presunción de paternidad. Es decir, y como hemos visto, en época romana y a lo largo de las posteriores, la paternidad, fruto de los escasos avances de la Biomedicina en este campo, está bañada de un carácter incierto, atemperado, desde un punto de vista legal, por la comentada presunción de paternidad por matrimonio. Hoy en día las cosas han cambiado, y los avances en las ciencias vinculados con las nuevas técnicas de investigación del ADN permiten otorgar, en los casos de duda, una certeza evidente a la paternidad, sin duda alguna más precisa y segura que la certeza derivada de la propia presunción de paternidad por matrimonio de Paulo. Dicho lo cual, ¿realmente es útil actualmente la presunción de paternidad anunciada en su día por Paulo? Y de nuevo debo manifestarme negativamente, ya que si bien es cierto que, desde un punto estrictamente legal o jurídico, ésta otorga un punto de partida estable y también necesario en el ámbito familiar, no menos cierto es que su mantenimiento nos ha llevado, en la práctica, a situaciones muy difíciles de gestionar con el paso del tiempo. Basta pensar, por vía de ejemplo, en los supuestos directos o indirectos de conocimiento por el marido de la no paternidad pasados 15 o 20 años del nacimiento del hijo, y en general, en los múltiples casos, ciertamente curiosos y tachados de una gran complejidad jurídica[68], que nos ofrece, en los últimos años, la jurisprudencia nacional y europea.

[67] *¿Mater semper certa est?...cit.*, p. 7.

[68] Por vía de ejemplo, Sª del TEDH de 8 de julio de 2004 en el caso VO contra Francia; Sª de 10 de abril de 2007 del TEDH en el caso Evans contra Reino Unido; y Sª de 1 de abril de 2010 del caso SH.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0131