

LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN, COMO HIJO
MATRIMONIAL, A FAVOR DE LA CÓNYUGE DE LA MADRE
BIOLÓGICA Y EL REQUISITO DE LA JUSTIFICACIÓN DEL
USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

*THE REGISTRATION OF THE FILIATION, AS A MARRIAGE CHILD,
IN FAVOR OF THE SPOUSE OF THE BIOLOGICAL MOTHER AND
THE REQUIREMENT OF JUSTIFICATION OF THE USE OF ASSISTED
REPRODUCTION TECHNIQUES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 3342-3369



Carolina
del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de septiembre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 22 de marzo de 2022

RESUMEN: Se plantea si en virtud del nuevo tenor del artículo 44.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en su redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, es inscribible la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica de un niño, sin que sea preciso justificar el uso de técnicas de reproducción asistida en la gestación. La autora considera que una interpretación sistemática del precepto, y su valoración contextual desde la perspectiva ineludible del principio del “favor minoris” lo impide.

PALABRAS CLAVE: Determinación de la filiación; inscripción de la filiación; principio del interés del menor; doble maternidad; técnicas de reproducción asistida.

ABSTRACT: *It is considered whether, under the new wording of article 44.5 of Law 20/2011, of July 21, of the Civil Registry, in its wording given by Law 19/2015, of July 13, filiation, as a matrimonial child, in favor of the spouse of the biological mother of a child, without the need to justify the use of assisted reproductive techniques in gestation. The author considers that a systematic interpretation of the precept, and its contextual valuation from the unavoidable perspective of the principle of “favor minoris” prevents it.*

KEY WORDS: Determination of filiation inscription of filiation; principle of the interest of the minor; double maternity; techniques of assisted reproduction.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIÓN GENERAL.- II. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 8 DE FEBRERO DE 2017. SUPUESTO DE HECHO.- III. LA UNIÓN MATRIMONIAL ENTRE DOS MUJERES Y LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL DEL HIJO BIOLÓGICO DE UNA DE ELLAS A FAVOR DE LA OTRA. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL: REFERENCIA A LAS LEYES 13/2005, 3/2007 Y 19/2015.- IV. EL PRINCIPIO DE LA EQUIPARACIÓN DE EFECTOS ENTRE EL MATRIMONIO HETEROSEXUAL Y EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN.- V. REQUISITOS LEGALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL EN EL SENO DE UNA UNIÓN MATRIMONIAL. LA NECESIDAD DE ACREDITACIÓN DE QUE LA GESTACIÓN ES CONSECUENCIA DEL EMPLEO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO REQUISITO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL Y LA OMISIÓN DE DICHA JUSTIFICACIÓN EN EL ARTÍCULO 44.5 DE LA LEY 20/2011, DEL REGISTRO CIVIL, COMO REQUISITO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL.- VI. EL PRINCIPIO DEL FAVOR FILII Y LA EXIGENCIA DE LA ACREDITACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL COMO INSTRUMENTO QUE GARANTIZA LA SEGURIDAD JURÍDICA.- VI.. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIÓN GENERAL.

El natural sentir a través de la voz de la sabiduría popular inveteradamente nos ha enseñado que madre no hay más que una, no obstante lo cual tal aseveración, tradicionalmente asimilada en nuestro refranero, ya no resulta una verdad cumplida en nuestro entorno ni desde la perspectiva biológica ni tampoco desde el punto de vista legal.

Ciertamente, y por cuanto se refiere al aspecto biológico, en España desde 1988 y con la primera Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es posible la concurrencia de dos madres biológicas, la que aporta el óvulo (genética) y la que porta el embrión-feto (gestante), habida cuenta de que la fecundación in vitro con transferencia de embrión así lo posibilita. E incluso cabe la posibilidad de que existan dos madres genéticas¹.

Desde la perspectiva de nuestro Derecho se admite la doble maternidad legal, que en todo caso excluirá la posibilidad de la determinación legal del varón que

1 En efecto, en octubre de 2016 y desde Newcastle (Inglaterra) se conoció el supuesto del primer niño con ADN de proveniente tres personas. Y es que la madre, ante la posibilidad de transmitir una enfermedad genética a su descendencia, interesó que se fertilizara con espermatozoides de su esposo dos óvulos, uno de ella misma y el otro de una donante sana. Los científicos retiraron el núcleo de los dos embriones resultantes y el de la madre se introdujo en el embrión de la donante, ubicándose el embrión resultante en el útero de la esposa. Según se expuso entonces, esta misma técnica podía realizarse a escala de óvulo antes de la fertilización, con la ventaja evidente de evitar la objeción moral –toda vez que no se elimina embrión alguno-, y así fue como procedió la mujer del caso, jordana para más señas, conducida por sus creencias religiosas.

• **Carolina del Carmen Castillo Martínez**

Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia nº 4 de Castellón, Profesora Titular de Derecho Civil (excedente).
Correo electrónico: carolina.castillo@uv.es

aportó los gametos masculinos como progenitor, de tal manera que dos mujeres que formen una pareja pueden convertirse en co-madres (que no comadres) legales por el procedimiento de adoptar al hijo simultánea o sucesivamente, o de adoptarse por una al hijo de la otra. Ello es posible para las parejas unidas por el vínculo matrimonial desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, y para las unidas por análoga relación de afectividad desde la Ley 26/2015, de 28 de julio (cfr. art. 175.2.4 CC). Por su parte, la Ley 3/2007, introdujo el art. 7.3 en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana (actualmente, Ley 14/2006, de 26 de mayo), estableciendo que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta 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”. Ciertamente, la adopción judicial del hijo del cónyuge –o pareja “more uxorio”- ya entonces se encontraba muy simplificada por la disposición del art. 176.2 del Código Civil, que para iniciar el expediente exime de la propuesta previa de la Comunidad Autónoma a favor del adoptante y de la declaración administrativa de que el mismo sea idóneo para el ejercicio de la patria potestad. Por la entrada en vigor del art. 7.3 antes mencionado, el automatismo resulta más acentuado, toda vez que el consentimiento de la esposa de la gestante determina una especie de adopción por la consorte que, empero, no requiere siquiera de la resolución judicial (cfr. art. 176.1 CC) que siempre ha de ponderar el interés del adoptando. En definitiva, con el antedicho art. 7.3 se presumen *iuris et de iure* tanto la idoneidad de la esposa como el interés del hijo, si bien, así como en la adopción judicial por el consorte, se ha de contar al menos con el asentimiento del progenitor del adoptando no emancipado (art. 177.2. 2º CC), parece que en el caso del art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana la madre gestante-también debe asentir a que su esposa asuma la condición de madre legal².

Conviene significar que nuestro TS ha interpretado expansivamente la norma del art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana, en sus sentencias de 5 de diciembre de 2013 y, muy significativamente, en la de 15 de enero de 2014. Así, en la primera de las mencionadas, el consentimiento fue prestado expresamente en la clínica antes de la entrada en vigor de la norma y de contraer matrimonio las dos mujeres que lo contrajeron durante la gestación. En la segunda de las resoluciones mencionadas, las mujeres no llegaron a casarse y los hechos sucedieron antes de la entrada en vigor de la Ley, sin que nunca llegara a darse el consentimiento expreso de la consorte ni ante el Encargado del Registro Civil ni tampoco en la clínica, pese a lo cual el TS considera que no cabe entender

2 Así se considera en el voto particular de la STS, Sala 1ª, de 15 de enero de 2014, de manera que la gestante no puede imponer la maternidad a su esposa ni ésta a la primera, aunque lo único constatable es que el tenor del precepto únicamente se refiere a la manifestación de la consorte, de manera que, interpretado en su literalidad, prescinde incluso del asentimiento de la gestante que no puede imponer la condición de madre a su esposa, aunque ésta sí pueda hacerlo.

que en una pareja una mujer se practique una técnica de reproducción asistida y su pareja no comparta la circunstancia, considerando de interés para el menor que ambas mujeres, a pesar de estar separadas y enfrentadas gravemente, devinieran en madres del hijo respecto del que, además hubo posesión de estado de madre durante dos años por parte de la que pretendía serlo –la no gestante–.

La Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, modifica el art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana, que actualmente resulta del tenor siguiente: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”³. Más adelante volveré sobre esta norma, si bien ahora resulta de interés anticipar que, como es de observar, la reforma modifica el tiempo, que se prolonga más allá de la gestación, con la inseguridad consiguiente al no establecimiento de al menos un plazo a contar desde el nacimiento en que la esposa puede asumir la maternidad legal⁴. En todo caso, la Ley 19/2015 deja abierto indefinidamente el plazo para el ejercicio del derecho a consentir la asunción de la maternidad legal por parte de la esposa de la gestante. Por otra parte, la Ley 19/2015 incorpora una modificación formal al no exigir expresamente que la manifestación del consentimiento se realice ante el Encargado del Registro Civil pues parece que es posible realizarlo en la clínica.

Además, y a lo que ahora nos interesa, la Ley 19/2015 otorga nueva redacción al art. 44.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, que viene a disponer que “también constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y ésta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. Resulta de relevancia significar que se trata de una norma adjetiva, y no sustantiva, pues no se trata de un precepto del Código Civil, ni tampoco de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana sino de una norma integrada en la Ley del Registro Civil, por lo que su interpretación, -también en aplicación del sistemático criterio hermenéutico (art. 3.I CC) que

3 Resulta de interés anticipar que, según la Resolución de 8 de febrero de 2017, que sirve de base a este comentario, lo modificado es “la forma en la que debe prestarse el consentimiento de manera que ya no es necesario manifestarlo antes del nacimiento”.

4 De conformidad con la información que contiene la web del Ministerio de Justicia, “el plazo para remitir la comunicación del nacimiento desde el Centro Sanitario es de setenta y dos horas desde el nacimiento. Cuando por cualquier causa no se haya remitido el documento en el plazo, los obligados a promover la inscripción dispondrán de un plazo de diez días para declarar el nacimiento ante la Oficina del Registro Civil. No obstante, este plazo podría llegar a los treinta días cuando se acredite justa causa. Pasado dicho plazo, es necesario tramitar expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo ante el Encargado del Registro Civil correspondiente”. Ciertamente estos plazos derivan de los arts. 46 (el de 72 horas) y 47 (el de 10 días), de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, resultando que el de 30 días se toma del art. 166 del Reglamento de 14 de noviembre de 1958 de la Ley de Registro Civil de 1957, único reglamento en vigor hasta el momento.

inevitablemente nos conduce a considerar algún otro de sus apartados, como más adelante se verá-, necesariamente debe vincularse al supuesto contenido en el art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana, precepto que sí tiene naturaleza sustantiva. De lo que se infiere que nos encontramos únicamente ante el reflejo registral del consentimiento de la esposa de la progenitora que ha alumbrado un hijo mediante la aplicación de una técnica de reproducción asistida humana.

II. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 8 DE FEBRERO DE 2017. SUPUESTO DE HECHO.

En el contexto anteriormente descrito se produce el supuesto de hecho que seguidamente consideramos.

Mediante comparecencia en el Juzgado de Paz de Benidoleig (Alicante) el 4 de agosto de 2016, Dña. M.J.T.O, mayor de edad, española y con domicilio en la misma localidad, solicitaba la inscripción como hijo matrimonial del nacido de su cónyuge, Dña. B.K, de nacionalidad irlandesa, el 30 de julio anterior. Previa comunicación telefónica con el Registro Civil principal del que depende el de Benidoleig, se trasladó a la promotora la necesidad de comparecer ante aquél, en Denia, para solicitar la inscripción acreditando que el nacimiento se había producido como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida. El 5 de agosto de 2016, la promotora comparece ante el Registro Civil de Denia solicitando nuevamente la inscripción de nacimiento del hijo biológico de su cónyuge y la determinación a su favor de la filiación del nacido, sin necesidad de aportar justificación de haber seguido un procedimiento de reproducción asistida, en virtud de lo establecido en el art. 44.5 de la Ley de Registro Civil de 2011, reformado por la Ley 19/2015, de 13 de julio, alegando que la pareja se había casado el 14 de agosto de 2007 y que ya son madres de otros dos hijos inscritos con la doble filiación. Consta en el expediente la siguiente documentación: inscripciones de nacimiento en el Registro Civil de Atzeneta del Maestrat (Castellón) de N. Y F.K.T, nacidos el 20 de marzo de 2009, hijos de Dña. B.K, de nacionalidad irlandesa y de Dña. M.J.T.O, de nacionalidad española, inscripción practicada en virtud de resolución de consulta planteada por el registro del lugar del domicilio a la encargada del Registro Civil de Castellón; autorización de 15 de abril de 2009 por parte del encargado del Registro Civil de Castellón para proceder a la inscripción de los dos anteriores como hijos matrimoniales de Dña. B.K y de Dña. M.J.T.O, y libro de familia.

El encargado del Registro Civil de Denia, mediante Auto de 22 de agosto de 2016, denegó la inscripción de la filiación del nacido respecto de Dña. M.J.T.O por considerar que para ello es necesario acreditar que la gestación se ha producido como consecuencia del uso de técnicas de reproducción asistida, entendiendo

que el art. 44.5 de la nueva Ley del Registro Civil -que prácticamente reproduce el apartado tercero del art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida- no se puede interpretar desconectado del apartado cuarto, según el cual la filiación, a efectos de la inscripción de nacimiento, se determinará conforme a las leyes civiles -que siguen respondiendo al principio de unidad de la maternidad -y a la Ley 14/2006, que incorpora una ficción legal no basada en la realidad biológica pero únicamente cuando la gestación es consecuencia de técnicas de reproducción asistida, no siendo tampoco aplicables las presunciones del Código Civil en tanto que responden a un esquema normativo distinto. Al mismo tiempo, se requiere a Dña. B.K. para que manifestara si deseaba consignar un nombre de progenitor a efectos de identificación.

En comparecencia de 29 de agosto de 2016, Dña. B.K declaró que, a pesar de no estar conforme con la resolución registral, para no dejar desprotegido a su hijo, optaba por la inscripción sólo con su filiación biológica, pero dejando constancia de que ello supone una situación de desigualdad en relación con los hermanos mayores del nacido, que sí están inscritos como hijos matrimoniales de la pareja.

Notificada la resolución dictada por el encargado del Registro Civil, se presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que las recurrentes alegaban que los dos hijos mayores de la pareja fueron inscritos en 2009 como matrimoniales y sin que en aquel momento se les exigiera presentar certificado acreditativo del uso de las técnicas de reproducción asistida; que el art. 44.5 de la Ley del Registro Civil de 2011, en vigor desde 2015, prevé la inscripción de la filiación matrimonial cuando la madre está casada con otra mujer y ésta última consienta en que se determine a su favor la filiación, independientemente de que hayan hecho uso o no de las técnicas de reproducción asistida, dado que la noma no introduce esa limitación; que la intención del legislador tiene que ser que el art. 44.5 resulte aplicable con carácter general para determinar la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres porque únicamente así tiene sentido que dicho artículo, introducido en 2015 al mismo tiempo que se reformaba el art. 7.3 de la Ley 14/2006, reproduzca el contenido de éste último; que la interpretación restrictiva del Auto impugnado, introduciendo una limitación que la norma no menciona, atenta contra el interés superior del menor y lo coloca en una situación de desprotección en relación con sus hermanos mayores, que tienen nacionalidad española y doble vínculo materno, mientras que L. únicamente tiene reconocida la nacionalidad irlandesa y figura en un libro de familia distinto del que sólo es titular Dña. B.K, de manera que quien ejerce de hecho como su madre no lo es a efectos legales, lo que perjudica a la estabilidad de la familia; que aunque es cierto que nuestro ordenamiento jurídico parte del principio de veracidad biológica en materia de filiación, dicho principio no tiene carácter absoluto y ha evolucionado hacia un concepto más

social y afectivo, debiendo prevalecer siempre el interés del menor, como han dejado establecido en diversos pronunciamientos el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y, finalmente, que la interpretación de las normas debe realizarse, según el art. 3 del Código Civil, atendiendo, entre otras cosas, al contexto y a la realidad social en que han de ser aplicadas y, en ese sentido, debe tenerse en cuenta la sucesión de normas aprobadas desde que en 2005 se modificó el Código Civil para dar cabida a los matrimonios entre personas del mismo sexo, la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que introdujo el apartado tercero en el art. 7 de la anteriormente mencionada, permitiendo la determinación de la filiación matrimonial para las parejas formada por mujeres, la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, que declara la ausencia de toda discriminación también en las cuestiones derivadas de la maternidad, las obligaciones familiares y el estado civil y, por último, la Ley 19/2015, que eliminó la necesidad de que el consentimiento de la cónyuge de la madre gestante para que se determine a su favor la filiación se manifestara antes del nacimiento y que introdujo el art. 44 en la Ley del Registro Civil de 2011.

Del recurso de apelación planteado se le dio traslado al Ministerio Fiscal, que interesó su desestimación.

El encargado del Registro Civil se ratificó en su decisión y remitió el expediente a la DGRN para la resolución del recurso.

Por Resolución de 8 de febrero de 2017 la Dirección General de los Registros y del Notariado acordó, con estimación del recurso de apelación planteado contra el Auto de 22 de agosto de 2016, dictado por el encargado del Registro Civil, revocar el referido Auto, autorizando la inscripción de la filiación, como hijo matrimonial, a favor de la cónyuge de la madre biológica, sin necesidad de justificar el uso de técnicas de reproducción asistida.

III. LA UNIÓN MATRIMONIAL ENTRE DOS MUJERES Y LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL DEL HIJO BIOLÓGICO DE UNA DE ELLAS A FAVOR DE LA OTRA. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN LEGAL: REFERENCIA A LAS LEYES 13/2005, 3/2007 Y 19/2015.

En España, la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo resultó incorporada a nuestra legislación por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, adicionando este supuesto en el segundo párrafo del art. 44 que desde entonces declara lo siguiente: "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio

conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. La apuntada reforma resultó viable de manera esencial por el fundamento que suponían los nuevos principios instaurados por la CE 1978, entre los que merecen ser destacados los arts. 1, 10, y especialmente 14 y 9.

Sin perjuicio de defender la ineludible significación de la heterosexualidad como elemento intrínseco del vínculo conyugal —aunque no necesariamente de otras fórmulas de convivencia al margen de la derivada de la unión matrimonial— contra la ya consolidada previsión normativa⁵, y siempre con pleno respeto a las diversas situaciones personales que pueden atenderse en este ámbito, ciertamente, en nuestro país, la apuntada discriminación jurídica padecida por las personas homosexuales se mantuvo prácticamente hasta la publicación de la CE en 1978, emergiendo sustancialmente en el ámbito del Derecho Civil, y muy significativamente en el contexto del Derecho de Familia, toda vez que la homosexualidad venía siendo considerada como una conducta socialmente peligrosa y ciertas manifestaciones de la misma delito de escándalo público, lo que determinaba que quienes con tal disposición sexual se manifestaban quedaran excluidos de determinadas relaciones familiares básicas, como la relación conyugal o la adopción⁶.

5 Ciertamente, los autores de la Ley 13/2005, de 1 de julio, parecen considerar que la reforma operada por la referida Ley mantiene incólume en su proyección objetiva la institución matrimonial. Y así lo corrobora el pasaje de la Exposición de Motivos de la reforma en el que se declara que “los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad, respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes” (E. de M., apart. II, párr. 4.º). No obstante, la consideración de que el matrimonio se puede contraer entre personas de igual sexo sin alterar la configuración objetiva de la institución no se sostiene de aceptarse que con la nueva regulación que instaura la Ley 13/2005 no se está alterando el “contenido esencial” del derecho reconocido en el art. 32 de la CE, a cuyo tenor, “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” (el subrayado es mío). En este sentido, cfr. el ATC 222/1994, de 11 de julio, en el que se declara que “se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código Civil”. Y, de conformidad con tal consideración, se contraponen “el matrimonio entre hombre y mujer” y “la unión entre personas del mismo sexo biológico”, señalándose que “al igual que la convivencia fáctica entre una pareja heterosexual, la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer, que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)”. Planteada en estos términos la comparación entre unión homosexual y matrimonio (con expresa mención al art. 32.1 CE), el TC parece entender que el art. 32 de la Constitución se refiere de manera exclusiva y excluyente al matrimonio entre personas de diferente sexo. Por ello, es posible concluir que el derecho a contraer matrimonio que “el hombre y la mujer” tienen garantizado constitucionalmente en el art. 32.1 CE, no puede ser atribuido por ley ordinaria (art. 32.2 CE) a personas del mismo sexo sin alterar “el contenido esencial” del derecho constitucionalmente protegido (art. 53.1 CE). Sin abundar más en esta disquisición, por no ser ésta la sede idónea para ello, conviene no dejar de reparar en la frontera natural que necesariamente emerge al aplicar la regulación de la institución matrimonial y algunos de sus aspectos consecuentes —específicamente la determinación de la filiación que de la misma se deriva— en los supuestos de matrimonio contraído entre personas del mismo sexo. La reflexión no resulta irrelevante en la cuestión objeto del presente comentario, toda vez que, por razones obvias, no podemos descuidar que la presunción prevista en el art. 116 del Código Civil no resulta aplicable a la unión matrimonial entre mujeres, toda vez que el supuesto de hecho al que la misma se refiere únicamente puede verificarse en el caso de matrimonio heterosexual. Y de ahí que el legislador haya tenido que recurrir a sucesivas reformas que, no obstante, no han dejado resuelta la dificultad aplicativa.

6 Cfr., por todos, ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008

En todo caso, la reivindicación del acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio no resulta especialmente cercana en el tiempo, remontándose al año 1988 la primera solicitud de celebración de matrimonio por pareja homosexual, que resultó rechazada por la DGRN, cuya decisión fue confirmada por el ATC 222/1994, de 11 de julio⁷. Y habida cuenta de que durante toda esta etapa no concurría expediente jurídico alguno que permitiera la cobertura de las uniones extramatrimoniales, fueran del sexo que fueran, los conflictos planteados en este ámbito necesariamente generaban controversia judicial, suscitándose las pretensiones más usuales en relación bien con el mismo reconocimiento de la pareja, o bien respecto de la resolución de enfrentamientos surgidos en su propio seno, de índole personal o económica, y también con precisa referencia a la obtención de concretas prestaciones sociales. Además, durante todo este período la doctrina jurisprudencial sobre los distintos aspectos suscitados por las parejas no matrimoniales del mismo sexo no se presentaba homogénea⁸.

Fue precisamente a partir de la década de los años noventa del pasado siglo cuando arrancó en nuestro país un proceso reivindicativo a favor de la regularización jurídica de las parejas de hecho, siendo precisamente en el ámbito legislativo de las Comunidades Autónomas cuando, a partir del año 1998, se comenzó a legislar sobre las uniones de hecho, dotándolas de un régimen jurídico específico, si bien desigual, y en modo alguno homogéneo en todos los ámbitos autonómicos. Por lo que, persistente la reivindicación, el proceso culminó con la Ley 13/2005 en la que se admitió la posibilidad de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, la cual resultó impugnada ante el TC por considerarse inconstitucional, resolviéndose el recurso planteado por la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que declaró la plena constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, concluyendo básicamente que la misma, en el ámbito del amplio margen permitido por el art. 32 CE, desarrolla la institución matrimonial de conformidad con nuestra cultura jurídica, en donde se constata una amplia aceptación de esta posibilidad matrimonial, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española. En todo caso, una somera revisión de la Ley 13/2005 permite concluir que su contenido alcanzó al régimen jurídico relativo a la relación conyugal, en sus aspectos personales y patrimoniales, a las relaciones paterno-filiales y a la relación de filiación -aunque muy sucintamente en este caso-, resultando que los diversos preceptos modificados por la Ley 13/2005 presentan una proyección muy diversa, toda vez que mientras que la modificación de determinadas normas implicó un cambio sustancial en la regulación de ciertas instituciones, otros cambios no implicaron más que superficiales modificaciones

7 Al respecto, *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius conubii (A propósito del ATC 222/1994)", *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 720 y ss.

8 *Cfr.* PÉREZ CÁNOVAS, N.: "La crisis del estado heterosexual: del derecho a la vida privada al derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, año 2001), pp. 4, y 73-77.

en la terminología aplicada, permaneciendo intacto el fondo de su regulación, si bien ampliando su ámbito aplicativo a otros sujetos diferentes de los destinatarios originarios de las normas. En tal contexto, sin duda, la modificación más relevante es la –ya apuntada– operada en el mencionado art. 44 del Código Civil, al que se adicionó el párrafo segundo, permitiendo la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. El resto de preceptos reformados, y que se refieren tanto a los efectos personales (*cf.* arts. 66 y 67 CC) como a los efectos patrimoniales (*cf.* arts. 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1404 y 1458 CC) del matrimonio, son meras adaptaciones terminológicas que en modo alguno alteran el contenido de su regulación, sustituyéndose únicamente las expresiones “marido y mujer” por el término genérico de “cónyuges” o “consortes” a los efectos de no diferenciar el sexo de las personas integrantes del matrimonio, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 44 párrafo 2º, del Código Civil. De esta manera se enfatiza la circunstancia de que el régimen jurídico derivado de la relación conyugal, tanto en sus efectos personales como patrimoniales, debe adaptarse a la reforma de fondo dispuesta por la norma, resultando de aplicación a cualquier cónyuge, con independencia de su condición sexual. Por tal razón, la Disposición Adicional Primera de la Ley 13/2005 dispuso lo que sigue: “Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”. Se trata de una fórmula general para consolidar en cualquier ámbito jurídico la equiparación del matrimonio de personas del mismo sexo al matrimonio entre personas de distinto sexo con el claro propósito de que les sean aplicables los mismos efectos jurídicos. Y, específicamente, en el ámbito de las relaciones paterno-filiales, la Ley 13/2005

modificó tres preceptos, a saber, los arts. 154⁹, 160¹⁰ y 164, párrafo segundo, 2^o¹¹, del Código Civil. No obstante, la apuntada modificación no alteró el contenido de los mismos, pues tan solo consistió en una mera variación terminológica por la que se reemplaza las expresiones “padres” o “padre y madre” –en todo caso, concepto jurídico- por la más genérica de “progenitores” – que es un concepto biológico-, a los efectos de acomodar, en su caso, el régimen normativo de la patria potestad –cuyo contenido, no obstante, no se altera- a las parejas de igual sexo.

En el descrito contexto, resulta que si bien la Ley 13/2005 vino a legitimar la unión matrimonial entre dos mujeres, al no resultar de posible aplicación la presunción del art. 116 del Código Civil –toda vez que, como ya se ha anticipado, el supuesto fáctico del precepto únicamente concurre en el caso de matrimonio heterosexual, tal y como se apunta en la propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2005-, resulta que la imposibilidad natural de que dos mujeres pudieran tener descendencia biológica limitaba la posibilidad de la determinación de una doble maternidad –o maternidad compartida- a la concurrencia de un reconocimiento de complacencia o al expediente de la adopción¹², ya fuera de ambas respecto de un hijo biológico de una tercera, ya fuera de una de ellas respecto del hijo biológico de la otra –como sucede en el supuesto comentado-.

9 El art. 154 del Código Civil dispone lo siguiente: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

10 Establece el art. 160 del Código Civil que: “1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el art. 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo, la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el art. 178.4.

2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

11 El art. 164, párrafo segundo, 2º, del Código Civil, en su mención relativa a los bienes exceptuados de la administración paterna, resulta del tenor siguiente: “2.º Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado”.

12 Vid., por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida. El juez civil ante la investigación biomédica”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, X-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 283.

La indicada limitación resultó eliminada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Esta reforma introdujo un tercer apartado en el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que, bajo la rúbrica “Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida” dispuso un precepto del tenor siguiente: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta 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”¹³. Posteriormente la referida norma resultó modificada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la administración de Justicia y del Registro Civil, quedando redactada en los términos siguientes, que constituían la redacción aplicable del precepto al tiempo del enjuiciamiento de los hechos objeto del presente comentario: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge”. Obsérvese que la esencia de la reforma se localiza en permitir que el consentimiento de la cónyuge de la madre gestante -necesario para poder determinar a su favor la filiación- se pueda manifestar después de haberse producido el nacimiento del hijo, y no necesariamente antes, tal y como constaba en la regulación vigente hasta el momento de la modificación operada por la Ley 19/2015¹⁴. No obstante

- 13 Efectivamente, en la Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, Disposición Adicional primera, se adicionó un apartado 3 al art. 7 de la Ley 14/2006, en la que se establece que: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. En atención a lo expuesto, a juicio de señalada doctrina este precepto permite la atribución de la filiación del hijo nacido de una mujer por aplicación de dichas técnicas a su cónyuge, también mujer (vid. DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2007 21, pp. 75-129). La apuntada posibilidad determinó posturas encontradas en la doctrina científica, pues mientras unos consideran que se trata de un precepto que aporta una solución a los problemas que planteaba la filiación derivada de la aplicación de las TRHA en el ámbito de las parejas de mujeres casadas, otros consideran que resulta vulnerado el principio de verdad biológica (Cfr., DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el matrimonio de parejas homosexuales femeninas”, en AA.VV.: *Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Cizur Menor, 2008, Civitas, pp. 471 ss.; NANCLARES VALLE, J.: “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *Actualidad Civil*, 2008. 7-8, pp. 15 ss.; y GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, 2013, Dykinson, pp. 295, para quien este precepto está tachado de inconstitucionalidad por contravenir los arts. 9.3, 10.1, 14 y 39 CE, habida cuenta de que afecta al principio de la verdad biológica, la dignidad del que va a nacer y discrimina al hijo al atribuirle una filiación imposible en términos biológicos; al mismo tiempo pone de relieve las muchas cuestiones no resueltas que se derivan de la redacción del precepto (pp. 298-305).
- 14 Como es de apreciar, en el caso de matrimonio entre dos mujeres se exige el consentimiento de la mujer no gestante ante el Encargado del Registro Civil, pero no se hace ninguna referencia al consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción asistida (aunque señala la doctrina que en la práctica registral sí se requiere que la madre no gestante haya prestado su consentimiento en el centro médico donde se vaya a realizar tal práctica; en este sentido, cfr., TOMÁS MARTÍNEZ, G.: “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, *Actualidad Civil*, 2010, pp. 748 ss., indicando, además, que el consentimiento ante el Encargado del Registro civil plantea diversas cuestiones no resueltas, tales como la competencia del Juez, domicilio del Registro, valor del consentimiento ante el centro médico, consentimiento prestado con posterioridad al nacimiento, entre otras; diversamente,

lo cual, el primero de los apartados del referido art. 7 de la Ley 14/2006, persiste en declarar que: “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 artículos¹⁵” (la cursiva es mía).

IV. EL PRINCIPIO DE LA EQUIPARACIÓN DE EFECTOS ENTRE EL MATRIMONIO HETEROSEXUAL Y EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN.

En el supuesto de hecho considerado las interesadas, que contrajeron matrimonio el 14 de agosto de 2007 y ya eran previamente madres de dos hijos nacidos el 20 de marzo de 2009, pretenden que en la inscripción de nacimiento de otro hijo biológico de una de ellas, nacido el 30 de julio de 2016, se haga constar asimismo su filiación respecto de la cónyuge no gestante, y que a ello se acceda sin necesidad de aportar justificación de que el nacimiento se produjo como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida, alegando que el apartado 5 del art. 44 de la Ley de Registro Civil de 2011, en vigor desde octubre de 2015, no lo exige¹⁶. Y esta previsión aisladamente considerada podría ser entendida en el sentido de que para inscribir la filiación matrimonial del hijo respecto de la cónyuge de la gestante tan sólo es preciso que concurra el consentimiento de ésta última. No obstante, el encargado del Registro Civil rechazó la pretensión

GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, cit., 301, considera que tal consentimiento carece de importancia puesto que al no existir la preceptiva declaración ante el Encargado del Registro Civil no se determina la filiación). Es de destacar que en caso de matrimonio heterosexual únicamente se exige el consentimiento para la utilización de dichas técnicas, y ningún otro requisito formal. Por lo que parece que existe una mayor exigencia formal para las parejas formadas por dos mujeres que para las parejas heterosexuales. Al respecto, considera la doctrina que el motivo de tal diferenciación se localiza en que el consentimiento que presta el marido cumple la función de evitar la aplicación de las presunciones de paternidad, impidiendo que pueda impugnarse a posteriori dicha paternidad (cfr. CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La llamada doble maternidad por ‘naturaleza’: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, *Diario La Ley*, 2014, n° 8240, p. 3; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida”, cit., p. 81, quien estima que actualmente quizá habría de revisarse el alcance de la presunción de paternidad del art. 116 del Código Civil; y TOMÁS MARTÍNEZ, G.: “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, cit., p. 753).

- 15 Los arts. 8, 9 y 10 de la Ley 14/2006 no resultan de aplicación al supuesto ahora considerado, toda vez que se refieren, respectivamente, a la determinación legal de la filiación en supuesto de inseminación heteróloga consentida por la progenitora y su esposo (art. 8), a la determinación legal de la filiación en el caso de premoriencia del marido presupuesta la inseminación homóloga (art. 9) y a la determinación de la filiación en el supuesto de gestación por sustitución, cuyo convenio se dispone que será en todo caso nulo de pleno derecho, declarándose, en consecuencia, a salvo “la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”—importante precisión, también a los efectos de este comentario, toda vez que supone la confirmación legislativa de la prevalencia de la verdad biológica que, a su vez, debe presuponerse en interés del menor y no exclusivamente del progenitor reclamante- (art. 10).
- 16 Conviene tener presente a tal efecto que el art. 44.5 de la Ley 2072011, de Registro Civil, según redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, Ley declara que: “También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

por entender —a mi juicio atinadamente— que sí es imprescindible probar que la gestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida y que no es aplicable la presunción de filiación matrimonial del art. 116 del Código Civil porque el supuesto de hecho en este caso es diverso.

Como se ha indicado, la posibilidad de reconocimiento de una doble maternidad, inicialmente limitada a la vía de la adopción, fue introducida por la Ley 3/2007, que reformó el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida reconociendo, mediante una ficción legal, que en el caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres, podría determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a favor de la cónyuge no gestante siempre que ésta hubiera manifestado previamente su consentimiento al respecto ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal.

En definitiva, el art. 7.3 de la Ley 14/2006 parece haber incorporado en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial, diverso de la presunción del art. 116 del Código Civil, si bien condicionado al cumplimiento de determinados requisitos. Y posteriormente la reforma operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, introdujo también una modificación en el apartado tercero del art. 7 de la Ley 14/2006 en relación con la forma en que debe prestarse este consentimiento, de manera que ya no es preciso expresarlo antes del nacimiento. Pero no cabe descuidar que el art. 7 de la Ley 14/2006, mantiene subsistente en el ámbito de "...la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida..." que la misma "... se regulará por las leyes civiles...", y que precisamente son esas mismas leyes civiles las que posibilitan la averiguación de la realidad biológica —a través de las acciones de reclamación e impugnación de la paternidad— a fin de hacerla coincidente con la legal.

Desde la anterior perspectiva, de no acreditarse que la gestación ha tenido lugar mediante el uso de técnicas de reproducción asistida (con lo que se mantiene el principio del anonimato del donante —art. 5 de la Ley 14/2007—, sin que en ningún caso su identificación implique la determinación legal de la filiación —art. 8.3 de la Ley 14/2006¹⁷), siempre va a quedar a salvo la posibilidad de que un tercero

17 La investigación de la paternidad, recogida inmediatamente después de la obligación de protección integral de los hijos, y al servicio del principio de no discriminación por razón del nacimiento se consagra en el art. 39.2 CE y se declara asimismo en el art. 767.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Ciertamente, la recepción constitucional de la obligación legislativa de "posibilitar" la investigación de la paternidad supuso la supresión de una tradicional consideración histórica en defensa del varón frente a la obligación de asumir la propia responsabilidad que le incumbe como progenitor, que constaba jurídicada por los Códigos civiles decimonónicos que habían asumido el principio del Code de Napoleón como prohibición de dicha investigación. En sentido contrario, favorable a la investigación de la paternidad, se mostraba el Derecho histórico castellano, de cuya tradición se apartó el Proyecto de 1851 para asumir el planteamiento contrario por influencia del Code, pero nuestro Derecho recuperó en este punto su tradición histórica, a último consagrada constitucionalmente, aunque con dos excepciones. La primera de ellas afectaba a la adopción y resultó eliminada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional en su art. 12 (bajo la rúbrica "*Derecho a conocer los orígenes biológicos*") que la hizo extensiva a la nacional al adicionar su D.F. Cuatro un nuevo número al art. 180 del Código Civil, del tenor siguiente:

pueda interesar de los tribunales el reconocimiento de su paternidad biológica con las consecuencias que de ello pudieran derivarse, singularmente incidentes en la situación del menor -y su propia estabilidad- cuyo interés es, en todo caso, principio de consideración prevalente¹⁸.

Por otra parte, se manifiesta en el recurso que esta diferencia de tratamiento en relación con el matrimonio heterosexual -esto es, la no aplicación de la presunción de filiación matrimonial del art. 116 del Código Civil- parece contravenir lo dispuesto en su art. 44 que, en su apartado segundo tantas veces mencionado, declara que "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

Conviene reparar en que, no obstante lo indicado, según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional¹⁹, la existencia de diferentes regímenes jurídicos no es

"5.º Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas españolas de protección de menores, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen los solicitantes para hacer efectivo este derecho". La segunda, subsistente en la actualidad, es la que establece la norma reguladora de las técnicas de reproducción asistida humana, que preserva el anonimato del donante (art. 5 de la Ley 14/2006, cuya revelación en ningún caso podrá suponer determinación legal de la filiación -art- 8.3 de la misma Ley-).

- 18 Se plantea en este punto la cuestión de quién va a poder impugnar, a lo que debe señalarse que, en principio, el propio varón que aportó su material genético, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad, toda vez que, de conformidad con la previsión contenida en el art. 134 CC, podrá impugnar en todo caso una filiación contradictoria. Sin que pueda hacerlo la esposa de la gestante que va asumir la maternidad legal ex art. 44.5 de la Ley 20/2011, si bien esta es una cuestión que la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2017, aunque instauradora de una nueva fórmula de determinación de la maternidad con fundamento en el art. 44.5 de la Ley del Registro Civil, deja sin resolver. Ni tampoco la propia gestante, toda vez que con tal actuación iría contra sus propios actos, ni siquiera en el supuesto de enfrentamiento derivado contra su pareja (por causa de una separación o de un divorcio posterior), del mismo modo que en la adopción ya constituida la madre biológica no puede revocar el consentimiento prestado, a no ser que no hubiera asentido en la maternidad legal de su consorte en cuyo caso debería entenderse que la gestante tiene expedida la impugnación a no ser que la misma implique abuso de derecho o mala fe (art. 7 CC).
- 19 Cfr. SSTC de 20 de mayo de 2002 y 27 de octubre de 2005. Así, con precisa referencia al supuesto que la misma enjuicia la STC 123/2002, de 20 de mayo (BOE n.º 146, de 19 de junio de 2002) declara lo siguiente: "Tampoco pueden prosperar las pretensiones de vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14.1 CE) en relación con la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), realizada por los órganos judiciales con fundamento en las cuales se cuestiona la interpretación y aplicación del delito de estafa en lo relativo al elemento del perjuicio económico. (...) La pretensión de vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, por apartamiento inmotivado de la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ha de desestimarse, pues es doctrina reiterada de este Tribunal que el presupuesto de la vulneración aducida exige que exista identidad del órgano judicial que emite las resoluciones cuyo apartamiento jurisprudencial inmotivado se alega (SSTC 168/1989, de 16 de octubre, FJ 3;134/1991, de 17 de junio, FFJJ 2, 3, 4;104/1996, de 11 de junio, FJ 2; y122/2001, de 4 de junio, FJ 4). Pues bien, no se da dicha identidad ya que las Sentencias impugnadas se dictaron por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Córdoba y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de la misma ciudad respectivamente, alegándose para el contraste la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo" (F.Jco 8º). Y en la STC 273/2005, de 27 de octubre (BOE n.º 285, de 29 de noviembre de 2005) se manifiesta: "... El art. 14 CE, al proclamar el principio general de que "los españoles son iguales ante la ley", establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, e impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual, al mismo tiempo que limita al poder legislativo y a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas (STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2). Ahora bien, como tenemos declarado desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato

contraria al derecho fundamental a la igualdad cuando los supuestos de hecho a los que se aplican son diferentes, estando objetivamente justificada la diferencia de trato jurídico.

Para que consolide la pretendida injusticia de la desigualdad de trato –de ambos tipos de matrimonio, el de dos mujeres y el heterosexual)- es preciso que nos

contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, careciendo de una justificación objetiva y razonable para ello. Por tanto, como regla general, lo que exige el principio de igualdad es que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por consiguiente, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. De este modo, lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Por lo demás, también es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad desde una óptica constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida [por todas, SSTC 152/2003, de 17 de julio, FJ 5 c); 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 4; y 10/2005, de 20 de enero, FJ 5]. Así pues, el presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 CE es que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, equiparables (STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 3), y ello entraña la necesidad de que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (STC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6). Dicho de otro modo, el juicio de igualdad ha de constatarse siempre mediante un criterio de carácter relacional que, cuando se proyecta sobre el legislador, requiere la comprobación de que la norma de que se trate atribuye consecuencias jurídicas diversificadoras a grupos o categorías de personas creadas o determinadas por él mismo (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10), y de que las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente homogéneas o equiparables (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5). Sólo entonces puede decirse que la acción selectiva del autor de la norma resulta susceptible de control constitucional dirigido a fiscalizar si la introducción de “factores diferenciales” (STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 5) o de “elementos de diferenciación” (STC 162/1985, de 29 de noviembre, FJ 2) resulta o no debidamente fundamentada” (F.Jco 3º), lo que conduce a expresar que “aplicando la doctrina expuesta al supuesto sometido a nuestro examen, podemos concluir que los términos de comparación ofrecidos por el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad no resultan adecuados, ya que las situaciones que éste considera iguales no guardan la imprescindible homogeneidad ni son, por tanto, susceptibles de ser comparadas jurídicamente a los efectos constitucionales aquí relevantes, de modo que la diferenciación normativa establecida por el Código civil en este punto presenta una justificación que puede ser considerada suficiente, objetiva y razonable, que radica en los distintos regímenes de determinación de la filiación. En efecto, como acertadamente afirma el Abogado del Estado, el art. 133 CC no contempla un régimen sustantivo que establezca un diferente trato para la filiación no matrimonial respecto de la matrimonial, que es lo que, en definitiva, proscribió la Constitución al disponer en su art. 39 que los poderes públicos aseguran “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” (apartado 2) y que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio” (apartado 3), previsiones que, como se dijo en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2, obedecen, precisamente, y entre otros motivos, al hecho de que su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de circunstancias ajenas a los mismos. Esto es, lo que hace el Código civil es establecer un sistema para la determinación, prueba, reclamación e impugnación de la filiación que se articula en función del carácter matrimonial o no matrimonial de la filiación y que, en el supuesto concreto que se nos plantea, se traduce en un diferente régimen para la reclamación de la filiación, cuando falte la posesión de estado, según sea aquélla matrimonial o no matrimonial, pues aunque esta diferencia no puede tener consecuencias sobre sus efectos, por determinación constitucional, sí cabe otorgarle relevancia en relación con la forma de determinar la filiación, que es un aspecto previo, y que puede regirse por criterios distintos. Las diferentes circunstancias concurrentes en los dos supuestos ya se ponían de relieve en la exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (que cristalizó en la Ley 11/1981, de 13 de mayo), en la que, en relación con la cuestión que nos ocupa, se exponía que “para determinar la filiación no puede ignorarse que el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad, y que esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación. Continúa, pues, teniendo el matrimonio importancia primordial en el terreno de la creación del vínculo, con lo que persiste su significado de fundamento de la familia, institución ésta a la que los poderes públicos deben protección jurídica” (F.Jco 4º).

hallemos ante situaciones iguales. Y es que el art. 116 del Código Civil no constituye por sí una fuente de la filiación, sino que regula un medio de determinación legal de la filiación matrimonial habida por medio de un origen concreto que es el natural. Ciertamente, en el supuesto de las parejas "more uxorio" de diverso sexo para que la analogía (art. 4.1 CC) resulta más que palmaria, toda vez que concurre la misma razón e Derecho para que se extienda la referida presunción de paternidad marital –incluso con cierto detrimento de la seguridad jurídica– a los hijos de la pareja del varón incluso aunque ambos no se encuentren unidos por vínculo matrimonial, si al menos concurre acreditación documental del "dies a quo" de la constitución de la pareja (mediante, por ejemplo, un documento público o la inscripción en el registro de parejas de hecho) y no se pruebe la conclusión de la relación con su correlativo cese de la convivencia, pues la presunción quedaría fundada en la cohabitabilidad de ambos durante el tiempo de la concepción del hijo. En el supuesto de parejas de hombres, vinculadas matrimonialmente o no, resulta obvio la inexistencia de analogía alguna con las parejas de distinto sexo, pues la generación natural no es posible por lo que nunca se podrán presumir hijos por naturaleza del marido los que genere un varón, de manera que el art. 116 del Código Civil no tiene aplicación extensiva a los matrimonios o parejas formados por dos varones. Sin duda, la situación que plantean las parejas de mujeres, casadas o no, resulta más complicada pues, como ya se apuntó al principio de este trabajo, es posible la aportación del óvulo por la pareja, el semen de un donante y la gestación por la esposa de la gestante. Pero no es de recibo presumir que el hijo de una mujer casada con otra procede de un óvulo de ésta y de espermatozoides anónimos, ya que lo único presumible es que procede o de una relación natural de la gestante con un varón o de la mediación de técnicas de reproducción asistida en la que se usa un óvulo de la gestante, pues de afirmarse que el óvulo es aportado por una donante o por la esposa dicho extremo necesariamente deberá ser acreditado. En definitiva, el hijo de una mujer no puede proceder de su esposa –por lo que tampoco puede presumirse tal circunstancia–, a menos que se pruebe la técnica de reproducción asistida utilizada, para lo cual bastaría la aportación de una prueba genética o bien del informe de la clínica que haya aplicado la concreta técnica de reproducción asistida. Esto es, en suma, lo que se interesó por el Encargado del Registro Civil de Denia que fuera acreditado. Pero es que, además, en nuestro Derecho el legislador ha optado por que la genética por sí misma no determine derecho alguno a favor de la mujer que aporta el óvulo siendo esposa o compañera de la gestante en el supuesto de que se haya aplicado una técnica de reproducción asistida para atribuirle la condición de madre legal, y ello a pesar del dato biológico que actúa su favor²⁰ y que no es tenido en cuenta por

20 Por que, en efecto, el art. 108 CC dispone que la filiación tiene lugar por naturaleza, consideración desde la cual es posible afirmar que tan *natural* es la intervención de la madre genética como la de la gestante.

el legislador²¹. De manera que no siendo el factor genético, sino el de la gestación, el criterio atributivo de la maternidad en nuestro Derecho, la pretendiente a ser madre necesariamente deberá acudir al consentimiento previsto en el art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana o al del art. 44.5 de la Ley 20/2011, del Registro Civil –en todo caso, impugnabile- o, en defecto de ambos, al expediente de la adopción, o a la posesión de estado en vinculación con el principio del interés superior del menor, a los efectos de alcanzar su objetivo. Y ello incluso en el supuesto de que sólo se encuentre legalmente determinada la filiación respecto de la gestante y no concorra varón alguno determinado como progenitor ni siquiera como donante anónimo respecto del cual la revelación de su identidad en ningún caso implicaría la determinación legal de su paternidad (art. 8.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo).

Resulta evidente que al supuesto ahora considerado no le es aplicable la presunción de filiación matrimonial del art. 116 del Código Civil, toda vez que el supuesto de hecho en este caso es diverso por partir la presunción de matrimonialidad de la premisa de una gestación natural –biológicamente- entre un hombre y una mujer, de ahí que en la dinámica de aplicación de la presunción entren en juego determinados plazos que el legislador ha considerado en el ámbito de una gestación natural, circunstancia imposible en el supuesto de matrimonio entre dos mujeres por lo que en éste último caso sí es imprescindible probar –y, por consiguiente, resulta justificado exigir por parte del encargado del Registro Civil- que la gestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida a los efectos de excluir una eventual reclamación/impugnación de la filiación determinada por parte de un varón que defienda ser progenitor del nacido.

Por consiguiente, contrariamente a lo manifestado en el recurso de apelación contra el Auto del encargado del Registro Civil, no cabe concluir que en el caso ahora comentado exista discriminación alguna de tratamiento.

V. REQUISITOS LEGALES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL EN EL SENO DE UNA UNIÓN MATRIMONIAL. LA NECESIDAD DE ACREDITACIÓN DE QUE LA GESTACIÓN ES CONSECUENCIA DEL EMPLEO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA COMO REQUISITO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL Y LA OMISIÓN DE DICHA JUSTIFICACIÓN EN EL ART. 44.5 DE LA LEY 20/2011, DEL REGISTRO CIVIL, COMO REQUISITO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL.

21 A este respecto resulta curioso, por lo paradójico de la situación, que las dos mujeres del supuesto comentado, reivindicquen por una parte el reconocimiento de la doble maternidad legal de ambas al considerar aplicable el art. 116 CC por analogía y, por otra parte, opten por eludir la acreditación de la técnica de reproducción asistida que incluiría la posible aportación de óvulo por la consorte, pues en estos datos sí que podría fundarse la pretensión de una interpretación analógica.

Como se ha indicado el art. 7 apartado 3 de la Ley 14/2006 introdujo en nuestro Derecho un nuevo título de determinación de la filiación matrimonial, diverso de la presunción de paternidad del art. 116 del Código Civil y de la sentencia por la que se concluye un proceso en materia de filiación, posibilitando legalmente mediante una ficción la *generación* en el seno de los matrimonios entre personas del mismo sexo que lo sean mujeres mediante el empleo de las técnicas de reproducción asistida pero, obviamente, sin implantar una nueva categoría de filiación fuera de las ya existentes al margen de las cuales no es posible suponer diversa tipología²². En consecuencia, siendo este precepto el único que desde la reforma operada por la Ley 3/2007 permite una doble maternidad legal²³, para que la filiación resulte determinada deberá acreditarse que concurren los presupuestos del mismo, en definitiva, y como es deducible, que la gestación es consecuencia del empleo de técnicas de reproducción asistida. Llegados a este punto, ciertamente, sería posible plantear diversas soluciones *de lege ferenda*, incluso se podría afirmar que sería deseable o conveniente, pero lo cierto es que la norma vigente impide una interpretación distinta.

Y lo precedentemente expuesto conecta con el argumento legal que de manera esencial se contiene en el recurso, atinente a que el art. 44.5 de la Ley 20/2011, de Registro Civil, permite la inscripción de la filiación matrimonial del hijo con independencia de que se haya hecho uso o no de las técnicas de reproducción asistida, toda vez que la norma no plantea esta restricción.

A pesar de lo manifestado por la apelante, este fundamento contenido en el recurso no resulta de recibo, toda vez que supone interpretar aisladamente el precepto antedicho que, por otra parte, y de conformidad con la propia naturaleza –no sustantiva- de la Ley de Registro Civil, regula la *inscripción* del nacimiento y de la filiación y no la *determinación* de la filiación. El art. 44.5 de la Ley 20/2011 demanda una interpretación sistemática (*cf.* art. 3.1 CC). Es por lo que no cabe obviar el contenido de la previsión establecida en el arábigo previo del mismo precepto, art. 44.4, a cuyo tenor: “La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”.

La *inscripción* de nacimiento no es más que un efecto legal –registral- de la previa *determinación* de la filiación que deberá verificarse de conformidad con

22 Conviene significar que en el ámbito de las categorías de filiación que menciona el art. 108 del Código Civil al declarar que “la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción”, el supuesto generado por el uso de técnicas de reproducción asistida es un caso de filiación por naturaleza y, obviamente, no una tercera categoría de filiación que, además, no resulta expresada por el precepto.

23 Y de manera exclusiva y excluyente para el supuesto de unión matrimonial entre dos mujeres, pues el supuesto de que la gestación se verifique e el seno de una unión de hecho no resulta previsto por la norma.

las previsiones –ya conocidas- de nuestro Código Civil, además de la previsión posterior que adiciona la Ley 14/2006 que, tal y como quedó apuntado, dispone el establecimiento en su ámbito, como principio general, del anonimato del donante –art- 5- sin que su identificación implique en ningún caso determinación legal de la filiación –art. 8.3- filiación que, únicamente por este procedimiento –es decir, como la que se ha conseguido mediante el uso de técnicas de reproducción asistida- acreditada posibilitará que la misma pueda determinarse a favor de la cónyuge de la gestante.

En definitiva, cabe concluir que la Ley del Registro Civil no regula la *determinación* de la filiación²⁴ sino que en este aspecto se remite a lo ya establecido en el Código Civil y en la Ley 14/2006, siendo precisamente ésta última la que resulta de aplicación toda vez que es la única norma que prevé la doble maternidad con fundamento en una gestación mediante el empleo de las técnicas reguladas precisamente en la misma. De tal manera que el art. 44.5 de la Ley 20/2011, no hace sino regular el reflejo registral de la filiación, su *inscripción*, que resulta determinada de conformidad con lo previsto en el art. 7.3 de la Ley 14/2006 –preceptos ambos que, como ya se apuntó, deben su redacción actual a la Ley 19/2015-. Si se acogiera la interpretación que pretende la recurrente se estaría dejando absolutamente sin contenido el segundo de los preceptos mencionados que devendría por tal circunstancia en una norma de suyo innecesaria, al atribuirse preferencia a una norma adjetiva sobre la sustantiva y distorsionando, además, el ámbito natural propio de cada una de ellas.

VI. EL PRINCIPIO DEL FAVOR FILII Y LA EXIGENCIA DE LA ACREDITACIÓN DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LA DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD LEGAL COMO INSTRUMENTO QUE GARANTIZA LA SEGURIDAD JURÍDICA.

Todavía concurre un argumento más, de singular relevancia, que no es posible descuidar en la consideración del supuesto cuyo comentario nos ocupa. Me refiero al “favor filii”, que se erige en uno de los principios rectores de la filiación (cfr. art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), que supone la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo imponiendo el establecimiento de un marco que le asegure seguridad jurídica²⁵.

Ciertamente, el *interés del menor* aparece hoy arraigado como criterio rector del Derecho de Familia. Se desprende con meridiana claridad del art. 39.4 de la Constitución y diversos preceptos del Código Civil, acordes con el texto

²⁴ Por lo que no cabe admitir la interpretación de su art. 44 en el sentido que pretende la recurrente.

²⁵ Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, Madrid, 2010, 2ª ed., La Ley, grupo Wolters Kluwer, pp. 25 y ss.

constitucional, lo mencionan (cfr. arts. 92, párr. 2º, 156, párr. 5º, 159, 161, 170, párr. 2º y 216, entre otros)²⁶. También se declara el “interés superior del niño” en numerosos textos internacionales, como la Declaración de los Derechos del Niño de 1995 (principios 2 y 7.2º), la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (arts. 3.1 y 9.3), o la Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por dicho Órgano en Resolución A 3-0172/1992, de 8 de julio (punto 8.14). La conclusión inmediata que se deriva de cuanto antecede es que, en todo caso, la decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad -y, por extensión, todo conflicto o situación en que intervengan menores o de un modo u otro les afecte- debe valorar el beneficio del menor como interés prevalente. Desde tal consideración los Tribunales han venido subrayando, con matices diversos, el esencial principio del “favor filii” como imprescindible criterio inspirador en la adopción de cualquier medida referente a los derechos de los hijos sometidos a la potestad paterna.

Constatado el principio general del “favor minoris”, cabría preguntarse por el fundamento de la creciente relevancia conferida a la persona del menor, motivadora de la insistente búsqueda de su interés preferente por parte del legislador. Sin duda, como apunté, la actual revalorización de la infancia emerge como reflejo de la general potenciación de los valores individuales de la persona, entendida como trasunto del reconocimiento de su propia dignidad que, respecto de los menores, presenta una peculiaridad determinada por el hecho de integrar la personalidad individual en una de las fases más esenciales de su desarrollo. En esta línea de principio se manifiesta la L.O 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al declarar en su Exposición de Motivos lo siguiente: “El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una *concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social*; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que *no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro*. Este es el punto crítico de todos

26 Conviene anticipar que el núcleo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se localiza en “el *interés superior* de los menores”. Desde tal perspectiva, “además de establecerse como principio general ..., toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta el *interés del menor*” (E. de M.). Tal criterio aparece plasmado en el art. 2.1 de dicha Ley, a cuyo tenor: “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”; y se reitera como directriz en la actuación de los poderes públicos (art. 11.2.a) de la LO 1/1996 y art. 172.4 CC, según nueva redacción de la D.F 5º).

los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la *concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección*" (la cursiva es mía).

Efecto inmediato de que el básico principio informador de la patria potestad -como de todas aquellas situaciones afectantes a un menor- no es otro que el beneficio de los hijos es la peculiar naturaleza de orden público que, con esencial fundamento en el art. 53.2 y 3 de la CE, revisten las normas sobre esta materia, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados dirigidos a modificarlas, con la consiguiente imposibilidad para los padres de renuncia a la misma, aspecto éste de *ius cogens* que aparece destacado por la doctrina y también por los Tribunales en numerosas resoluciones.

Esta naturaleza de orden público se predica, en general, del conjunto de normas reguladoras de los derechos e instituciones afectantes a los menores y que, con mayor o menor relieve, configuran el "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional"²⁷. Sin duda, la trascendencia práctica de la calificación es evidente, "porque esa naturaleza de normas de orden público, de *ius cogens*, justificará la interpretación (una interpretación determinada) de algunas normas concretas, la resolución de ciertos conflictos de intereses (del menor con otros), los límites legítimos de algunos derechos y libertades públicas de otras personas que deben ceder ante los del menor y su interés, y los límites también en el ejercicio de potestades y funciones normales (tal, la patria potestad, como más significativa), que sólo se comprende hoy, al cabo de largos siglos de existencia, desde la óptica recién aludida"²⁸.

Precisamente al fin de protección de la seguridad jurídica del menor contribuye el art. 7.3 de la Ley 14/2006 en los términos que se recogen en la resolución recurrida, toda vez que a último pretende evitar un eventual conflicto entre filiaciones que no se podría eludir de optarse -como opta la DGRN- por la interpretación que se defiende en el recurso. Sin participar en modo alguno del planteamiento expuesto por las recurrentes, por otra parte defendible, fundado en la pretensión de equiparar, a efectos de determinación de la filiación, el matrimonio heterosexual con el contraído entre personas del mismo sexo, esta

27 Según declaración de la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo (B.O.E de 30 de junio de 2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás S. Vives Antón), con precisa referencia a la L.O 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica de Menor. En el mismo Fundamento Jurídico 5, y en el ámbito de la específica cuestión sometida al amparo del TC, esta significativa Sentencia añade que "el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores".

28 RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Madrid, 2000, pp. 31-32.

argumentación encuentra en la actualidad un ineludible escollo jurídico localizado en que no existe en nuestro ordenamiento norma alguna de cobertura a no ser que se realice una interpretación sesgada y forzada (además de contraria a los criterios interpretativos de las normas que se disponen en el Título Preliminar del Código Civil –cuya rúbrica es “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, de aplicación general y directa en toda España- *cf.* art. 3 CC) de los diversos preceptos implicados en la solución del supuesto que, por lo expuesto, no es la adecuada.

Además, en el recurso y en apoyo de sus argumentos, se hace mención a la STS, Sala 1ª, de 5 de diciembre de 2013²⁹, con mención expresa de las conclusiones a las

29 En este caso, el TS considera que no se debe subordinar la determinación de la filiación derivada de la fecundación asistida en el caso de matrimonio de mujeres a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante el centro médico, en el que se prestó el consentimiento para la realización de la técnica de reproducción asistida, y a la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo, lo que legitima el ejercicio de la acción de reclamación, reconociendo la posesión de estado en base a dicho consentimiento y a dicha voluntad, conjuntamente con otras pruebas, y teniendo en cuenta el interés de las menores y el criterio de la unidad y la estabilidad familiar de las mismas. Señala el TS que el recurso plantea un problema de aplicación del art. 131 CC, referente a la figura de la posesión de estado para declarar la filiación, en relación con el art. 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y jurisprudencia sobre dicho artículo; de la doctrina de los actos propios; de los arts. 3 y 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de los arts. 7.3, 8.1 y 8.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. El TS especifica que en el recurso se denuncian principalmente tres cosas: 1º) el fraude que se produce al reconducir la posesión de estado a la aplicación de la normativa sobre reproducción asistida y de igualdad efectiva entre hombres y mujeres; 2º) la concurrencia de los requisitos exigidos para tal figura y que pueda ser de aplicación la doctrina de los actos propios (matrimonio y rectificación registral); y 3º) la interpretación inadecuada de la Ley de Reproducción Asistida puesto que en el momento de la inseminación no estaban casadas. El supuesto de hecho era el siguiente: Doña CSC y Doña CPH tienen una hija en común. Dicha hija fue concebida por fecundación in vitro por CSP, naciendo el 4 de marzo de 2005 y siendo inscrita en el Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife como hija de doña CSC, madre soltera. El 16 de marzo de 2007 ambas partes firman el consentimiento informado para la fecundación in vitro de doña CSC. Con fecha 3 de agosto de 2007 ambas mujeres contrajeron matrimonio. Y el día 14 de diciembre de 2007 nacen las menores M y V, siendo inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que ésta las ostenta (CSC). Ante dicha inscripción, la madre biológica CSC inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores practicadas, a efectos de que se rectifique el error que según refiere existe en dichas inscripciones en cuanto al estado civil de la madre biológica que no es de soltera, sino de casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores. Dicho expediente de rectificación de error se resolvió por auto de 5 de marzo de 2008 en el que se acuerda la rectificación parcial, únicamente respecto del estado civil de la madre, no accediendo al resto de las solicitudes interesadas. Por lo que CSC interpuso contra dicho auto recurso de apelación que fue resuelto por la DGRN de 26 de noviembre de 2008, desestimándolo íntegramente. En junio de 2009, el matrimonio puso fin a su relación definitivamente yéndose la demandada de la vivienda en la que convivían, formulando doña Concepción demanda de divorcio (aunque este dato proporcionado en la sentencia es un poco confuso), sin haberse resuelto la filiación de las hijas nacidas de la fecundación in vitro. CPH interpuso demanda de juicio declarativo de reclamación de filiación contra CSC ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife suplicando al Juzgado que se dictara sentencia declarando que las menores M y V son también hijas de CPH y que se rectifique la inscripción del nacimiento de dichas menores en el sentido de que aparezcan como apellidos de las mismas los de MSP y VSP, con la oportuna inscripción en el Registro Civil. CSC contestó a la demanda oponiéndose a la misma. El Juzgado dictó sentencia con fecha 11 de abril de 2011, estimando la demanda interpuesta, declarando que M y V son también hijas matrimoniales de CPH, debiendo efectuarse las rectificaciones necesarias en las actas de inscripción de nacimiento del Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife, a efectos de hacer constar que las inscritas son hijas de CPH, siendo en lo sucesivo el orden de los apellidos de las hijas el primero S y el segundo P. Recurrida la sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, ésta dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2011 desestimando el recurso y confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial entendió que había prueba suficiente de la posesión de estado “de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente”. Dicha prueba se fundamentaba en: 1) La que resultaba de los hechos sucesivos consistentes en la voluntad concorde de las litigantes de que la demandada, CSC, se sometiera de nuevo

que la misma alcanza por cuanto se refiere a la protección del interés del menor. En todo caso y al respecto de esta relevante resolución, resultando incuestionable que se trata de una manifestación jurisprudencial esencial en materia de filiación, no debe desatenderse la circunstancia de que, en punto a la legitimación para el ejercicio de la acción prevista en el art. 131 del Código Civil³⁰, cuando se trata de parejas del mismo sexo, la Sala otorga una relevancia esencial al consentimiento expresamente prestado al uso de las técnicas de reproducción asistida por parte de la cónyuge o pareja de la gestante³¹.

al procedimiento de reproducción asistida, de que ambas prestaron consentimiento para la práctica de dicha prueba, y de que contrajeron matrimonio. 2) La que resultaba de otras pruebas: testificales, documentales, incluso gráficas, aportadas y practicadas en el procedimiento, que eximían incluso del juego de la presunción judicial, cual era la prestación del consentimiento para la práctica de la técnica de reproducción asistida, de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como éste dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige. 3) La de que la propia demandada iba contra sus propios actos puesto que instó por su propia voluntad ante el Registro expediente de rectificación de error relativo a su estado civil y a filiación de las hijas, solicitando se reconociera su estado de casada y la identificación de su cónyuge como progenitora de las mismas. A ello hay que añadir que cuando rompieron su relación, en las medidas provisionales se fijó régimen de visitas para CPH, que ésta se comportó como madre mientras duró la relación matrimonial y que se instó procedimiento de adopción de las mismas a su favor, con anuencia de la madre biológica. Ante este pronunciamiento, CSC interpuso recurso de casación apoyándose en los siguientes motivos: 1) Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento, citándose el art. 131 CC en lo referente a la aplicación de la figura de la posesión de estado para declarar la filiación, y vulneración de la doctrina jurisprudencial de los actos propios (SSTS 10 noviembre 2003, 28 mayo 1997 y 14 noviembre 1982. 2) Infracción de jurisprudencia reiterada del TS (SS 4 junio 2004 y 30 octubre 1995). Contra dicho recurso, CPH presentó escrito de impugnación al mismo. Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó también escrito interesando la desestimación de dicho recurso considerando que legalmente las niñas nacidas son hijas de ambas mujeres. El TS desestimó íntegramente el recurso de casación planteado.

30 En el mismo sentido *cfr.* la STS, Sala 1ª, de 15 de enero de 2014.

31 A este respecto, el El TS declara que la determinación de la filiación en supuestos de fecundación *in vitro* de mujer casada con otra exige su consentimiento *antes* –de conformidad con la normativa anterior– de que nazca el hijo, “con lo que se garantiza la igualdad entre matrimonios heterosexuales y homosexuales para cuya efectividad se exige que la manifestación se haga antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, pues nada se dice ni se infiere del precepto, y es, además, la interpretación más acorde no solo con el hecho de que la inseminación no determina necesariamente el posterior embarazo y nacimiento del hijo de uno de los cónyuges, sino con el art. 39 CE, que reconoce la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación”. Aunque el TS considere que con esta fórmula se establezca la igualdad entre matrimonios heterosexuales y homosexuales, quedó apuntado cómo la doctrina puso de manifiesto que el establecimiento de requisitos diferentes para la atribución de la filiación de hijos nacidos por aplicación de técnicas de reproducción asistida en parejas del mismo y distinto sexo introduce una desigualdad entre ellas, que vulnera la efectiva igualdad perseguida por la Ley 13/2005. A continuación, sin embargo, el TS afirma que la determinación de la filiación derivada de la fecundación asistida en el caso de matrimonio de mujeres “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” (F.Jco 3.2). Señala que el art. 7 LTRHA posibilita el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, al amparo del art. 131 CC sobre la base de la posesión de estado “que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras”, hasta el punto, dice la sentencia recurrida, que “dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige’ (...)” (F.Jco 3.5). Refiriéndose, además, al art. 8.2 LTRHA, relativo a la determinación de la filiación no matrimonial en caso de fecundación heteróloga en una pareja de hecho heterosexual, que dispone que “se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”, que reforzaría la voluntad de ser madre de la cónyuge no gestante, que da su consentimiento en el centro médico antes de contraer matrimonio (F.Jco 3.5). En

VII. CONCLUSIONES.

Con manifiesta parquedad de fundamento -rayana en la ausencia, por la carencia absoluta de aportación en su argumentación jurídica-, la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras exponer con señalada amplitud el *iter* fáctico del supuesto y la normativa aplicable, concluye el último de los Fundamentos de Derecho (F.D. IV) de su resolución de 8 de febrero de 2017 declarando que “cabe colegir que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida. Todo ello sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación que pudieran tener lugar en caso de que la gestación no lo hubiera sido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida contempladas en la LTRHA pues la filiación establecida en ese caso no quedaría amparada por la condición de inimpugnable que contempla el art. 8 de la citada Ley”; acordándose seguidamente “estimar el recurso y revocar la resolución apelada”.

La Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2017 confunde fuente material con título formal de determinación de la filiación, involucrando en su argumentación las dos fuentes originarias de generación de la filiación, esto es, la filiación por naturaleza y la filiación por adopción (art. 108 CC). Debe significarse que el art. 116 del Código Civil no es fuente de generación de la filiación sino título de determinación de una filiación cuyo origen siempre es biológico o por naturaleza ya que se encuentra fijada por la genética materializada en la aportación seminal del esposo que, de concurrir, convierte la filiación así determinada en atacable, mediante la destrucción de la presunción que el referido precepto alberga. Diversamente, los consentimientos a que se refieren tanto el art. 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana como el art. 44.5 de la Ley 20/2011, del Registro Civil, no son únicamente títulos, sino que son fuentes en sí mismos, como lo es la adopción, por lo que no cabe admitir la impugnabilidad del contenido en el art. 44.5 de la Ley 20/2011 cuando no se encuentre vinculado al art. 7.3 de la Ley 14/2006, según concluye el Centro Directivo. Pues la adopción, salvo precisada excepción (*cf.* art. 180.2 CC), resulta firme e inatacable en todo caso, sin que quepa ser admitida su impugnación por la evidente inexistencia de nexo biológico entre el adoptante y el adoptado, y del mismo modo cabe entender que es irrevocable cualquier consentimiento otorgado con valor de

cuanto al valor del consentimiento ante el centro médico que otorga la cónyuge no gestante, estimo que el TS no tiene la intención de sustituir dicho consentimiento por la manifestación que debe realizar dicha cónyuge ante el Encargado del Registro Civil que exige el art. 7.3. Sin embargo, el TS considera dicho consentimiento como una prueba más, pero especialmente cualificada, en la atribución de la filiación por reclamación de la misma por posesión de estado, que valora junto a las demás pruebas aportadas. En este sentido señala dicho tribunal que “la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad” (F.Jco 3.5).

fuentes de determinación de la filiación a semejanza de la filiación biológica (arts. 7.3 de la Ley 14/2006 y 44.5 de la Ley 20/2011), toda vez que la filiación deriva no del hecho biológico sino de la voluntad personal que ya manifestada no cabe desvincular, salvo excepción jurídicamente fundada (vgr., por concurrencia de vicio en el consentimiento; *cfr.* arts. 1265 y ss. CC).

No contiene la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado comentada ni un atisbo de razonamiento que justifique jurídicamente la posición de las recurrentes, ni tampoco argumentación alguna indiciaria de un mínimo esfuerzo por rebatir la que se alberga en la resolución dictada por el encargado del Registro Civil. Tal circunstancia podría hacernos considerar que el motivo de fondo que ha determinado la decisión del Centro Directivo se localiza extramuros del ámbito jurídico, único territorio no vetado a quienes afianzamos nuestro compromiso de sometimiento a las leyes y el acatamiento de las mismas. Como ya indiqué en páginas anteriores, ante la controversia analizada nada impide plantear diversas soluciones *de lege ferenda*, que incluso pueden ponderarse como justificadamente convenientes, pero la regulación vigente actualmente no permite interpretación diversa que la que se acoge en la resolución que resultó recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado con el insatisfactorio resultado que el órgano resolutorio del recurso ofrece.

Queda, pues, ya a juicio del lector, la valoración de la solución consolidada. Y, por supuesto, su inevitable crítica.

BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el Derecho español*. Madrid, 2008. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: "La llamada doble maternidad por 'naturaleza': la prevalencia de la voluntad de ser progenitora", *Diario La Ley*, 2014, núm.8240.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C.: *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, Madrid, 2010, 2ª ed., La Ley, grupo Wolters Kluwer.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Principio de libre desarrollo de la personalidad y ius connubii (A propósito del ATC 222/1994)", *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 720 y ss.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: "Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el matrimonio de parejas homosexuales femeninas", en AA.VV.: *Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Cizur Menor, 2008, Civitas, pp. 471 ss.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2007, 21, pp. 75-129.

GONZALES PÉREZ DE CASTRO, M.: *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, 2013, Dykinson, pp. 295.

PÉREZ CÁNOVAS, N.: "La crisis del estado heterosexual: del derecho a la vida privada al derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, año 2001), pp. 4, y 73-77.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida. El juez civil ante la investigación biomédica", *Cuadernos de Derecho Judicial*, X-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 283.

NANCLARES VALLE, J.: "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Actualidad Civil*, 2008. 7-8, pp. 15 ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Madrid, 2000.

TOMÁS MARTÍNEZ, G.: "El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil", *Actualidad Civil*, 2010. pp. 748 ss.