

[www.ridrom.uclm.es](http://www.ridrom.uclm.es)

ISSN 1989-1970

[ridrom@uclm.es](mailto:ridrom@uclm.es)

**RIDROM**

Derecho Romano,  
Tradición Romanística y  
Ciencias  
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

---

**EL PRESENTE DEL PASADO: EL PRINCIPIO *MATER SEMPER CERTA EST* Y SU REFLEJO EN LA ACTUAL LEGISLACIÓN SOBRE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

**THE PRESENT OF THE PAST: THE PRINCIPLE *MATER SEMPER CERTA EST* AND ITS REFLECTION IN THE CURRENT LEGISLATION ON HUMAN ASSISTED REPRODUCTION**

**Teresa Duplá**  
Catedrática de Derecho Romano  
Universidad Ramón Llull, ESADE (Barcelona)

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

1. Maternidad y Paternidad en Roma: el principio *mater semper certa est* y la presunción de paternidad<sup>1</sup>.

La historia de la filiación en Roma, de la maternidad y de la paternidad, ha estado siempre ligada al contenido del célebre y breve texto del jurista Paulo<sup>2</sup>, en el título dedicado por los compiladores a la *in ius vocatio*. Del contexto del fragmento en el Digesto, y de su enlace con el final del fragmento anterior de Ulpiano<sup>3</sup> -...*sed et si vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit*- podemos afirmar que, a primera vista, la idea previa que se pretende trasladar es la de la imposibilidad, sin autorización del pretor, de que un hijo cite a juicio a su madre.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo tiene su origen en uno precedente publicado en la obra colectiva *Fundamenta Iuris*, coordinada por el prof. RESINA en el año 2012. El mismo ha sido ahora objeto de una revisión global y actualización a la vista de las novedades y conflictos generados en los últimos años en materia de filiación y, por ende, de la relevancia del tema en estudio.

<sup>2</sup> También dedicado a la *in ius vocatio*. Vid. LENEL en *Palingenesia Iuris Civilis*, I, 3<sup>a</sup> ed., Darmstadt, 2000, 974.

<sup>3</sup> (D. 4,4,3 lib. V ad ed.) recogiendo la opinión de los juristas Labeón y Severo.

Pero eso no es todo ya que, sin duda alguna, la fuerza del mensaje de Paulo está en que traslada de forma sucinta y breve dos reglas, principios o sentencias fundamentales en el ámbito e historia de la filiación jurídica. La primera de ellas, relativa a la madre: *quia semper certa est*, la segunda, al padre: *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*<sup>4</sup>. Certeza e incerteza, seguridad e inseguridad<sup>5</sup>, no se puede decir tanto con tan pocas palabras, y la influencia de ambas formulaciones en épocas posteriores está fuera de cualquier discusión doctrinal. Sin embargo, cada una de ellas ha emprendido su propio camino, consecuencia de los relevantes cambios acaecidos y que voy a intentar resumir en las líneas siguientes. Dicho camino nos transporta hasta la época actual, en la que me cuestiono, de la publicación de recientes leyes y de la evolución de la sociedad, hasta qué punto podemos seguir afirmando aquella célebre frase del jurista Paulo *mater semper certa est*.

---

<sup>4</sup> Siendo indiferente, a los solos efectos de la determinación de la paternidad, que no de los *status*, la condición o no de *cives* de los padres. Vid. al respecto, POLO ARÉVALO, *Igualdad y filiación. Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento*, Pamplona, 2011, pp.32-46.

<sup>5</sup> Ya que, como acertadamente apunta POLO ARÉVALO en *Igualdad y filiación...*, cit., p. 27, las *iustae nuptiae* llevaban consigo la atribución de paternidad al marido situando al hijo bajo su patria potestad y reconociendo jurídicamente esa relación.









Por lo que respecta al hijo cabe recordar que, *filium eum definimus*, según Ulpiano, *qui ex viro et uxore eius nascitur*<sup>17</sup>, produciéndose un elenco de situaciones, como por ejemplo la larga ausencia del padre, la enfermedad u otra causa, en las que ya el propio jurista afirma que debe entenderse que el hijo no es del padre, *licet vivinis scientibus*<sup>18</sup>. Escasos son, en Roma, los problemas en torno a la prueba y verificación de la identidad del recién nacido.

Una segunda consideración, consecuencia de lo anterior. Parece lógico pensar que los problemas prácticos y probatorios<sup>19</sup> en

---

<sup>17</sup> *Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia, hunc non esse mariti filium. Non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere, quasi non suum. Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vivinis scientibus, filium non esse. (D.1,6,6, Ulp. lib. IX ad Sab)*

<sup>18</sup> Vid. también SOLAZZI, *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, IURA, 7, 1956, p. 136.

<sup>19</sup> Y todo ello a pesar de que, como apunta LANFRANCHI en *Ricerche sulle azioni...*, Bologna, 1964, pp. 39-47, DONATUTI puso ya de manifiesto que la teoría de la prueba debe reconducirse a los maestros de la retórica antigua –de Aristóteles a Cicerón, a Quintiliano- y hasta los maestros









autores. Así mientras SCHULZ<sup>27</sup> apuntó en su día que se trataba de un texto sibilino y no original, KASER<sup>28</sup>, negó que la misma admitiese la prueba en contra, opinión criticada más tarde por SOLAZZI<sup>29</sup> quien, tras tachar la frase *mater semper certa est* de banal o de error, incluso llega a cuestionarse si el jurista, con esta afirmación, se refiere a los supuestos de suposición o de sustitución en el parto. Dicho autor, que postula que el texto no trata *ex profeso* de la presunción de paternidad, apunta además la existencia de una contradicción en los textos en los que se mezclan los conceptos de inexistencia y de incerteza de la paternidad, contradicción que no existe para LANFRANCHI<sup>30</sup>, quien considera que es original, si bien demasiado corto, y afirma que el padre no existe<sup>31</sup>, es incierto, no porque no se conozca, ya que según el caso puede ser incluso conocidísimo, sino porque jurídicamente no se acepta como tal<sup>32</sup>. Aunque, como señalan ambos autores, por lo mismo hay que tener presente que no siempre era padre el marido casado en *iustum matrimonium*, cuestión esta a tener en cuenta también hoy.

---

<sup>27</sup> *Classical roman Law*, Oxford, 1951, p. 143.

<sup>28</sup> *Das römische Privatrecht*, München, 1955, p. 291.

<sup>29</sup> *Pater is est...*, cit., p. 132.

<sup>30</sup> *Ricerche sulle azioni...*, cit., pp. 49-52.

<sup>31</sup> Vid al respecto *Gai Inst.* 1,64.

<sup>32</sup> En el mismo sentido hay que interpretar la afirmación de Ulpiano, *Qui matre quidem certa, patre autem incerto nati sunt, spurii appellantur.* (Ep. Ulp. V,7)

LANFRANCHI<sup>33</sup>, a su vez, recogiendo la interpretación de DONATUTI de que Paulo si introduce una regla de derecho material, matiza acertadamente lo siguiente:

1) que se trata de una regla con una triple base presuntiva: la de la cohabitación, la de la fidelidad y la del tiempo legítimo de la gestación;

2) que la presunción de paternidad se inspiró en el mismo motivo que la presunción Muciana, es decir, con el fin de evitar que extraños lanzasen sospechas contra la mujer, e invadieran el matrimonio y las relaciones matrimoniales;

3) que el juez en un procedimiento de filiación debía controlar, más allá de la certeza del nacimiento dentro del matrimonio, si el periodo de concepción, este incierto, entraba dentro del periodo del matrimonio;

4) que la regla "*Pater is est...*" admite prueba en contra. Todo lo cual le lleva a afirmar que la misma y, por consecuencia, la legitimidad de los hijos concebidos durante el matrimonio debió constituir para los juristas romanos un punto de referencia y axioma jurídico en un principio, sobre todo, en el entorno de una sociedad patriarcal en la que el matrimonio se concibe como una unión con el fin de continuidad de la familia.

Todo ello no obsta para que, como tercera consideración podamos añadir que, aun admitiendo el principio de la

---

<sup>33</sup> *Ricerche sulle azioni...*, cit., pp. 56-57.

paternidad por matrimonio, la preocupación jurídica estuviese centrada principalmente, en época romana, en los supuestos dudosos de reconocimiento de la paternidad. Pero también, aunque de manera más puntual, y a pesar de la regla *mater semper certa est* y la certeza de la maternidad, en algunos casos concretos sobre ésta, como lo demuestra: 1º) por un lado, y respecto de la paternidad, la publicación en el s. II dC. del llamado senadoconsulto de reconocimiento de los hijos, *SC Plancianum de partu adgnosendo*<sup>34</sup>, con el fin de proteger a los hijos y a las mujeres en las situaciones de embarazo anterior al divorcio<sup>35</sup> o incluso durante el matrimonio, a los efectos de la consecución de la declaración de la paternidad, de los alimentos y de los derechos sucesorios correspondientes, estableciendo un curioso y meticuloso procedimiento para ello<sup>36</sup>. Y 2º) por otro, y respecto de la maternidad, el título del Digesto dedicado en exclusiva a la inspección del vientre y la custodia del parto -*De inspiciendo ventre custodiendoque partu-*, D. 25.4, en el que Ulpiano detalla, paso a paso, el procedimiento solicitado por el supuesto padre al pretor, de inspección del vientre de la madre,

---

<sup>34</sup> Como apunta, entre otros, TORRENT en *Diccionario de Derecho Romano*, cit., p. 1163, debió el tema ser tratado en dos distintos SSCC., uno de la época de Vespasiano y otro de Adriano.

<sup>35</sup> En relación a la crianza y alimentos de los hijos en caso de separación y divorcio ver interesante trabajo de CORBO, *Genitori e figli: l'affidamento e le sue origini nell'esperienza giuridica romana*, SDHI, 77, 2011, pp. 55-104.

<sup>36</sup> Perfectamente descrito en D. 25.3 *De agnoscendis et alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis* y C. 5, 24, 25.

y al que debía someterse la mujer en caso de divorcio y negativa de reconocimiento del embarazo. Procedimiento que debía realizarse por tres parteras probadas, tanto por sus conocimientos, como por su integridad *-tres obstetrices probatae et artis-*, y elegidas por el supuesto padre<sup>37</sup>. Y también, el interesante procedimiento establecido por el pretor, descrito por Ulpiano, en los supuestos de fallecimiento del padre, para verificar en su caso el nacimiento, previendo la posibilidad de que tres hombres libres y tres mujeres libres con tres acompañantes hagan guardia en la puerta de la habitación de la mujer, con registros específicos de las habitaciones, baño y visitas<sup>38</sup>.

## 2. Proyección en el derecho actual (s. XIX y XX): del proyecto de CC. de 1851 hasta la primera ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 1988.

En términos generales podemos afirmar que, si bien existe una continuidad en cuanto a los principios sobre la maternidad, la preocupación y el acento van a fijarse, durante muchos siglos, en la concreción de la paternidad y legitimidad de los hijos por

---

<sup>37</sup> En concreto, en D. 25, 4, 1 *pr.* (*Ulp. lib. XXIV ad Ed.*).

<sup>38</sup> En concreto, en D. 25, 4, 1, 10 (*Ulp. lib. XXIV ad Ed.*). Curioso proceso que parece haber sido el precedente más remoto del contenido actual del capítulo V, del título III, del libro III del Cc., sección primera (arts. 959-967)







repercusiones negativas de la misma, se autoriza por Decreto de 22 de enero de 1875 que estos hijos fuesen inscritos en el Registro civil como legítimos, concediendo, por Decreto posterior de 9 de febrero de 1875, efectos civiles al matrimonio canónico. Dicho esto, el anteproyecto de Código civil recoge la misma regulación de la materia en estudio que el de 1851<sup>43</sup>.

No obstante esto, toda esta tendencia respecto de la filiación se rompe por primera vez con la publicación y entrada en vigor de la Constitución republicana de 1931<sup>44</sup> que consagra la equiparación de los hijos independientemente de su origen matrimonial o no. Sin embargo, tendremos que esperar a la promulgación de la Constitución de 1978<sup>45</sup> (en adelante C.) para alcanzar la gran reforma en nuestro país, por la aplicación del art. 14 C.<sup>46</sup> que recoge el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento, así como el art. 39C.<sup>47</sup>, en el que se proclama la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación y se abre la puerta a la posibilidad

---

<sup>43</sup> Art. 87 y 89.

<sup>44</sup> [http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931\\_cd.pdf](http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/1931_cd.pdf)

<sup>45</sup> BOE n° 311, de 19.12.1978.  
[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229)

<sup>46</sup><http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=14&tipo=2>

<sup>47</sup><http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=39&tipo=2>

de la investigación de la paternidad. Todo este proceso de cambio culminará con la publicación de *la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*<sup>48</sup>.

La presunción de paternidad sigue existiendo hoy y se encuentra recogida en el art. 116Cc. que considera hijos a los nacidos tras el matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges. Se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contra, tal y como se deduce del contenido del art. 117Cc.<sup>49</sup>. Por último, no se aplica la presunción de paternidad a la filiación no matrimonial que se determina a través de lo dispuesto en el art. 120 Cc., es decir:

---

<sup>48</sup> BOE n° 119, de 19.5.1981.  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-11198>

<sup>49</sup> "Nacido el hijo dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los 6 meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiese reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración autentica se hubiese formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los 6 meses siguientes al nacimiento del hijo." Sobre impugnación de la filiación vid. por todos, RIVERO HERNÁNDEZ, *¿Mater Semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español*, Anuario de D° civil, 1997, I, pp. 5 y ss.

- 1) por reconocimiento del interesado ante el encargado del Registro civil, en testamento o documento público;
- 2) por resolución recaída en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro civil;
- y 3) por sentencia firme.

Y todo ello debe necesariamente completarse con el ámbito jurídico médico. En este sentido cabe comenzar señalando que en 1988 se aprueba en nuestro país la *Ley, 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción humana asistida* ( en adelante LTRHA)<sup>50</sup>, una de las primeras en el entorno europeo,

---

<sup>50</sup> BOE nº 282, de 24.11.1988, modificada por *Ley 45/2003, de 21 de noviembre* (BOE nº 280, de 22.11.2003. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21341>), y a la que siguen, a nivel estatal, la *Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos*; el *RD 412/1996, de 1 de marzo, que establece los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y regula la creación y organización del Registro Nacional de donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana*, el *RD 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnico funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida* y la *Orden de 25 de marzo de 1996 sobre normas de funcionamiento del registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones*, los tres vigentes en la actualidad; el *RD 120/2003, de 31 de enero, que regula los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con técnicas de reproducción humana*

en la que, tal y como especifica su Preámbulo, gracias a los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, en especial en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología, va a ser posible el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, conocidas como Técnicas de Reproducción Asistida o Artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco<sup>51</sup>.

---

*asistida; RD 1720/2004, de 23 de julio, que establece las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida; el RD 2132/2004, de 29 de octubre, que establece los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes; la Orden SCO/393/2006, de 8 de febrero, que establece la organización y funcionamiento del Banco Nacional de Líneas Celulares. Y en el ámbito de la sanidad no podemos dejar de nombrar la publicación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE nº274, de 15.11.2002) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188&p=20181206&tn=6>. Vid. al respecto, LLEDÓ, *La Filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Madrid, 2004.*

<sup>51</sup> La Inseminación Artificial (IA) con semen del marido o del varón de la pareja (IAC, homóloga) o con semen de donante (IAD, heteróloga), que se venía realizando ya desde hacía años en España, donde el primer Banco de semen data de 1978; la Fecundación In Vitro (FIV) con Transferencia de Embriones (TE), de mayor complejidad técnica y que se dio a conocer universalmente en 1978 con el nacimiento de Louise Brown, primera niña probeta, en el Reino Unido, mientras que aquí el primero nacido por esta

Con ello, el legislador del momento se hace eco de los efectos jurídicos de dicha nueva normativa advirtiéndolo, desde el inicio, que con la misma se van a poner en entredicho cuestiones de máximo interés relacionadas con el Derecho de Familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión. A lo que añade que va a ser necesario establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos.

Nada más lejos de la realidad de ese momento, realidad de cambios sociales y jurídicos en el seno de la familia, y que hacen que en la ley se den, como veremos, ciertas importantes incongruencias y vacíos legales respecto de la determinación de la filiación de los hijos nacidos al amparo de dichas técnicas<sup>52</sup>.

---

técnica tuvo lugar en 1984; y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG) que comenzaba a realizarse en esa época.

<sup>52</sup>A todo ello hay que añadir que, desde una perspectiva biológica, la maternidad va a poder ser plena o no plena: 1) plena, cuando la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; 2) y la no plena o parcial, cuando la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su óvulo/s (maternidad genética), pero no los dos a la vez. Por su parte, la paternidad sólo puede ser genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón. Además, la maternidad y la paternidad biológicas pueden serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, como continua la ley y advierte ya el legislador, va a ser fundamental valorar cuál es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues







cuando proceda por aplicación de las leyes procesales penales, en cuyo caso podrá con arreglo a la ley revelar la identidad del donante con carácter privado y restringido y con el único fin de evitar el peligro o conseguir el fin legal propuesto, no el de determinar la filiación<sup>56</sup>. También recogía la ley, en el artículo relativo a las usuarias de las técnicas, la necesidad, en caso de matrimonio, del consentimiento -revocable en cualquier momento- del marido a los efectos del uso de dichas técnicas, salvo en el caso de que ambos estuviesen separados por sentencia firme de divorcio o separación o de hecho o de mutuo acuerdo que conste fehacientemente<sup>57</sup>. En este sentido, en caso de fecundación con contribución de donante o donantes no podrán el marido y la mujer, una vez prestado el consentimiento, impugnar la filiación del hijo nacido<sup>58</sup>.

La ley contemplaba también el posible supuesto de fallecimiento del padre entendiendo que, en estos casos, había que atender como regla general a comprobar si el marido estaba o no vivo al tiempo de la concepción. A lo que se añadió, párrafo no exento de polémica doctrinal, que el marido o el conviviente, ahora sí, podían consentir en testamento o

---

<sup>56</sup> Art. 5 LTRHA.

<sup>57</sup> Art. 6 LTRHA.

<sup>58</sup> Art. 8 LTRHA. En el que se contempló también, sólo para el caso de inseminación artificial heteróloga, es decir con material de un donante, la validez del consentimiento de varón no casado, se entiende a los efectos de la determinación de la filiación (no matrimonial).

escritura pública el uso de su material reproductor en los seis meses siguientes a su fallecimiento, con el fin de fecundar a su mujer o pareja, y con el efecto ordinario de la filiación matrimonial o extramatrimonial<sup>59</sup>. Esto es, se posibilitó por primera vez la denominada *fecundación post mortem* de la mujer o de la conviviente.

### 3.- Novedades y finalidad de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de Reproducción Humana Asistida<sup>60</sup>.

Tal y como se especifica en el Preámbulo de la Ley, los avances científicos, entre otras causas, motivaron en su día la revisión de la ley de 1988 y la publicación de esta nueva norma que introduce importantes novedades<sup>61</sup>. En lo particular, y respecto

---

<sup>59</sup> Como apunta el art. 9.3 LTRHA *in fine*: sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil (RCL 1957\777; NDL 25893), sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

<sup>60</sup> BOE n° 126 de 27.05.2006.  
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&p=20150714&tn=6>.

<sup>61</sup> Entre las que destacan, en lo general, que se opta por la presentación de una lista abierta de técnicas de reproducción humana asistida, decisión muy acertada si se tiene en cuenta que se trata de un tema abierto y en constante evolución como lo demuestra, por ejemplo, la reciente noticia aparecida en prensa sobre la creación en EEUU de óvulos humanos a partir de células madre de los ovarios como nueva vía de tratamiento de la infertilidad. Vid. por todos, HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *Incidencia jurídica de*



orientación sexual<sup>63</sup>, insistiendo en la necesidad de consentimiento para el caso de matrimonio<sup>64</sup>. Es decir, como apunta LASARTE<sup>65</sup>, parece que la ley contempla los supuestos de maternidad en soledad y no la paternidad en solitario, o lo que él califica de “*derecho del hombre a ser padre solo*”, puesto que no caben los denominados “vientres de alquiler”<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> Art. 6.1 LTRHA 2006 *in fine*.

<sup>64</sup> Respecto de cuyo texto me permito una observación y es que el legislador parece cometer un error cuando afirma al principio del art. 6.3 lo siguiente, “*si la mujer estuviese casada, se precisa, además, el consentimiento de su marido*”, donde quizás debiera haber dicho “*consentimiento de su cónyuge*” con el fin de poder incluir aquí los supuestos de mujeres casadas con otras mujeres; en el mismo sentido se manifiesta LASARTE en , *La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria*, Diario La Ley, nº 7777, 2012. Todo ello teniendo en cuenta que es el propio legislador el que más adelante, en el mismo precepto, rectifica y usa el término cónyuge: “*El consentimiento del cónyuge prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal*”.

<sup>65</sup> *La reproducción asistida...*, cit.

<sup>66</sup> Tema, como hemos apuntado, no exento de polémica en el que no entramos por exceder de los objetivos del presente trabajo. Vid. por todos interesante trabajo de QUIÑONES ESCÁMEZ, *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada*, InDret, 3/2009, pp. 1-42; VELA SÁNCHEZ, *Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico*, Revista de derecho de familia, 53, 2011, pp. 67-86, a raíz de la publicación de la polémica Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 (BOE 7/10/10) sobre régimen registral de la filiación de los nacidos

En cuanto a la filiación<sup>67</sup>, se incorpora un importantísimo tercer párrafo al art. 7 LTRHA<sup>68</sup>, en el cual se hace una referencia expresa al supuesto de mujer casada con otra mujer, cubriendo, de este modo, un claro vacío legal, al indicar lo siguiente: *“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar 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”*<sup>69</sup>.

---

mediante gestación por sustitución que permite la inscripción en el Registro civil de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada en los países cuya normativa la recoja siempre que al menos uno de los progenitores sea español, haciendo una propuesta de regulación de convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento.

<sup>67</sup> Artículo que ha sufrido también un cambio importante en su denominación anterior *–Los padres y los hijos–*, pasándose en este momento a denominar *Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida* y, por tanto, poniendo el acento directo en el tema nuclear: la filiación.

<sup>68</sup> A través de la Disposición Adicional 1ª de *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la mención registral de la mención relativa al sexo de las personas*. (BOE n° 65, de 16.03.2007).

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-5585>

<sup>69</sup> Hay que tener en cuenta que, desde el punto de vista de la práctica, el contenido del mismo va a suponer un gran cambio en la realidad social ya que desde este momento, antes no salvo por adopción del menor, se va a poder inscribir al hijo nacido como de ambas mujeres *–supuestos de doble*









gestación, y presumiendo un periodo máximo de gestación de 300 días que admite prueba en contra<sup>76</sup>.

Pero, no obstante esto, el mencionado libro, haciéndose eco de las novedades introducidas en su día en el libro IV relativo a las sucesiones<sup>77</sup>, y por lo que respecta a la filiación por naturaleza incorpora, en cuanto a los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida, la posibilidad de una doble filiación materna a través del establecimiento de la maternidad respecto la mujer que está casada o que convive en pareja estable<sup>78</sup>, con la mujer que consiente la aplicación de dichas técnicas. La regulación se establece en el art. 235-13 Ccc.<sup>79</sup> y la maternidad derivada del consentimiento prestado por la mujer o conviviente en pareja estable, como advierte el Preámbulo de la propia ley, no supone una novedad puesto que esto ya existía en el ámbito de la paternidad, ni debe entenderse como una

---

<sup>76</sup> Teniendo siempre presente que la investigación de la paternidad es una de las tradiciones jurídicas catalanas más arraigadas desde la Edad media. Art. 235-4 Ccc.

<sup>77</sup> Arts. 442-3 y 4 Ccc. que equiparan al conviviente en pareja estable, heterosexual u homosexual al cónyuge supérstite a efectos de derechos sucesorios en la herencia del otro cónyuge o pareja.

<sup>78</sup> Excluyendo, por tanto, dicha posibilidad en las llamadas relaciones convivenciales de ayuda mutua.

<sup>79</sup> Vid. al respecto STSJC 20.07.2017 (RJ 6252). Hablamos en estos casos siempre de fecundación en vida y el consentimiento debe ser expreso, formal, y previo o simultaneo a la aplicación de las técnicas.

maternidad biológica, por naturaleza, sino como una relación jurídica puramente legal.

No se ha pretendido, pues, la creación de una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación, como apunta el propio legislador, sino que se ha considerado más conveniente asimilarla en cuanto a tratamiento legal a la que ya existía respecto del padre. Ello ha traído como consecuencia, por un lado, la incorporación, en la lista de los títulos de atribución de la filiación, del consentimiento para la procreación asistida, y por otro, la extensión del régimen de impugnación del reconocimiento<sup>80</sup>. Queda, eso sí, sin resolver el delicado tema de los límites de la revocabilidad<sup>81</sup>.

#### 5) El presente del pasado: a modo de conclusiones.

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

---

<sup>80</sup> No entramos, por exceder de los objetivos del presente trabajo, en el análisis de las implicaciones prácticas que, en el ámbito de la filiación por adopción y la nueva normativa sobre el derecho de los adoptados a conocer información sobre su origen y la obligación de los adoptantes de informar al hijo sobre la adopción a partir de una determinada edad del menor, pudiera tener la *regla mater semper certa est* de Paulo.

<sup>81</sup> Que, como acertadamente apunta RIVERO HERNÁNDEZ en *Panorama general de la reforma...*, cit., p. 41, ha tomado relevancia últimamente por el famoso “caso Evans” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



HERNÁNDEZ<sup>82</sup>, sin duda la incertidumbre y dificultad de la prueba de la paternidad se ha trasladado a la determinación de la maternidad.

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

---

<sup>82</sup> *¿Mater semper certa est?...cit., p.7.*

