

**Grado en: Derecho**  
**Facultad de Derecho**  
**Universidad de La Laguna**  
**Curso 2019/ 2020**  
**Convocatoria: Marzo**

**FILIACIÓN, NUEVOS MODELOS DE FAMILIA Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN  
HUMANA ASISTIDA.**

FILIATION, NEW FAMILY MODELS AND ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES

Realizado por la alumna Elena González Santana.

Tutorizado por el Profesor Don Luis Javier Capote Pérez.

Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho Civil.

C/ Padre Herrera s/n  
38207 la Laguna Santa Cruz de Tenerife.  
España  
T: 900 43 25 26 ull.es



#### ABSTRACT

The filiation is the relationship or bonds that unites a person with both of his or her parents or with just one parents. It is biological fact with legal significance, so that it can be said that the legal relationship of filiation will be established between those persons to whom the Law attributes the status of father or mother, and those to whom it attributes the status of child. The determination of the filiation derived from assisted human reproduction techniques es regulated in the LTRHA, regulation that responds to some specific rules that are based on different principles than those that inspire the regime of the Civil Code, leaving clear two tendencies,, while the LTRHA give greater relevance to the parent´s will, the Cc prioritizes the principle of biological truth. All this, without prejudice to the LTRHA refer to the Civil Code to respond to the possible legal gaps. The objective of this work is the analysis of the determination of the filiation derived from assisted reproduction techniques from both the extrajudicial and judicial point of view.

#### RESUMEN

La filiación es la relación o vínculo que une a una persona con sus dos progenitores o con uno solo. Es un hecho biológico con trascendencia jurídica, de tal manera que puede decirse que la relación jurídica de filiación se establecerá entre aquellas personas a las que el Derecho atribuya la condición de padre o madre, y a las que atribuya la condición de hijo. La determinación de la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida se regula en la LTRHA, regulación que responde a unas reglas específicas, que se basan en principios distintos que aquellos que inspiran el régimen del Código Civil, dejando clara dos tendencias, mientras la LTRHA da mayor relevancia a la voluntad del progenitor, el CC prioriza el principio de verdad biológica. Todo ello, sin perjuicio de que la LTRHA remita al Código Civil para dar respuestas a los posibles vacíos legales. El objetivo de este trabajo es el análisis de la determinación de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida tanto desde el punto de vista extrajudicial como judicial.

## ÍNDICE.

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>II. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DERECHO DE FILIACIÓN.....</b>	<b>6</b>
1. Concepto y efectos.....	6
2. El Derecho de filiación vigente en España.....	7
2.1.La regulación originaria del derecho de filiación en nuestro ordenamiento jurídico.....	7
2.2.El Derecho de filiación tras la Constitución de 1978.....	9
2.3.La legislación autonómica en materia de filiación y reproducción asistida.....	10
3. Principios básicos.....	10
3.1 Principio de igualdad entre los hijos con independencia de su nacimiento dentro o fuera de matrimonio.....	11
3.2. Principio de verdad biológica.....	12
3.3. Principio del <i>bonum filii</i> o interés preeminente del hijo.....	14
<b>III.REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....</b>	<b>15</b>
1. Planteamiento general.....	14
2. El hipotético derecho a la reproducción humana.....	18
3. El Derecho a conocer el propio origen.....	21
<b>IV.DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....</b>	<b>23</b>
1. Introducción.....	23
2. Determinación extrajudicial.....	25
2.1.Filiación matrimonial.....	25
2.1.1. Homóloga.....	25
2.1.1.1. <i>Inter vivos</i> .....	26
2.1.1.2. <i>Post mortem</i> .....	27
2.1.2. Heteróloga.....	29
2.1.2.1 Matrimonio heterosexual.....	30
2.1.2.2. Matrimonio homosexual.....	31
2.2.Filiación no matrimonial.....	33
2.2.1. Homóloga.....	34
2.2.1.1. <i>Inter vivos</i> .....	34
2.2.1.2. <i>Post mortem</i> .....	36
2.2.2. Heteróloga.....	36
2.2.2.1. Con consentimiento del varón no casado.....	37

2.2.2.3. Mujer en solitario.....	38
2.2.2.3. Situación del donante.....	39
3. Determinación judicial: acciones de filiación.....	41
3.1.En los casos de fecundación homóloga.....	43
3.2.En los casos de fecundación heteróloga.....	45
<b>V. CONCLUSIÓN.....</b>	<b>49</b>
<b>VI. FUENTES DE REFERENCIA.....</b>	<b>51</b>
<b>1. Jurisprudencia.....</b>	<b>51</b>
<b>2. Bibliografía.....</b>	<b>52</b>

## I. INTRODUCCIÓN.

Es conveniente iniciar este trabajo exponiendo la definición que la propia jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo atribuye al concepto de familia y que se ha instaurado como principio básico del actual Derecho de Familia. Con total claridad, la STS de 12 de mayo de 2011<sup>1</sup>, expone que: *“El sistema familiar actual es plural, es decir, que, desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos unidos que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales. Y añade: “La protección de la familia es objeto de un importante reconocimiento en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 noviembre 1950. El art 8 de este Convenio establece, en su párrafo primero, << toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (...)” Dicho artículo ha sido interpretado en el sentido de que aquí se mantiene en relación con el artículo 39 CE por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de septiembre 2007, en el caso Wagner y J.M.W.L. vs Luxemburgo”*<sup>2</sup>. En base a lo expuesto, ya no solo existe un modelo tradicional de familia que se basa en un matrimonio heterosexual cuyo objetivo es la procreación natural y en el cual la mujer que da a luz es a la que se le atribuye la maternidad, y al marido de esta se le atribuye la paternidad. En la actualidad, y sobre todo a raíz de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio por la cual se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo que las personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio entre sí, supuso una ruptura definitiva con el concepto tradicional de familia. Por eso hoy en día nos podemos encontrar con familias que estén formadas por matrimonios homosexuales, parejas de hecho o incluso familias monoparentales.

Estos nuevos modelos familiares son en parte también consecuencia directa de los avances científicos y biológicos que se han experimentado en los últimos años, sobre todo a partir de 1978 cuando nació la primera niña concebida *in vitro*, en materia de reproducción. La investigación científica ha permitido que no solo las parejas heterosexuales entre las cuales exista un vínculo matrimonial puedan acudir a dichas técnicas de reproducción asistida, que comprenden fundamentalmente, la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, sino también parejas homosexuales o incluso mujeres solas.

En España, aparecieron por primera vez reguladas las prácticas de dichas técnicas en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 22 de noviembre de 1988. Sin embargo, en la actualidad tal Ley fue derogado por la actualmente vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La transcendencia de esta Ley, y la cual justifica la atención que la doctrina jurídica ha brindado a dicha Ley, radica en el hecho de que la misma contiene numerosas cuestiones jurídicas, desde aspectos más íntimos y personales como podría ser la capacidad reproductiva, hasta aspectos más propios de un debate filosófico o moral como la hipotética existencia de un derecho a la reproducción.

---

<sup>1</sup> STS de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011/3280).

<sup>2</sup> PARDILLO HERNÁNDEZ, AGUSTÍN, *“El derecho de familia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, Valencia. Tirant Lo Blanch. 2017. Pág. 30.

El objetivo de este trabajo se centra en el análisis de la determinación de la filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, tanto desde el punto de vista de una determinación extrajudicial como judicial. Por ello, en primer lugar, resultará necesario hacer referencia a la evolución que en los últimos tiempos ha experimentado el Derecho de filiación, creando la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico para dar una respuesta clara a los avances científicos en materia de filiación. En segundo lugar, hacer alusión en términos generales sobre la reproducción humana asistida, así como se planteará el debate doctrinal acerca de la posible existencia de un derecho a la reproducción, así como el reconocimiento del derecho a conocer nuestro propio origen. Y por último, se analizará a determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, haciendo alusión a la identificación de las partes de la relación de filiación, con todos sus efectos jurídicos.

## II. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DERECHO DE FILIACIÓN.

### 1. Concepto y efectos.

La filiación es el vínculo que existe entre un padre y un hijo, o entre una madre y su hijo. Este vínculo es inicialmente biológico, consecuencia directa del hecho de la generación, y, ligado a este vínculo biológica nos encontramos con un vínculo jurídico, pues una vez determinada la filiación derivan de la misma una serie de consecuencias jurídicas. Sin embargo, y aunque la filiación biológica sea el fundamento de la relación jurídica de la filiación, no siempre coincidirán<sup>3</sup>.

Tal y como se dispone en los artículos 112 y ss. del Código Civil, desde la determinación del vínculo de la filiación, está producirá una serie de efectos que tendrán carácter retroactivo<sup>4</sup> siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no dispusiera lo contrario. Sin embargo. El artículo 112.2 indica que conservaran su validez los actos otorgados en nombre del hijo menor o incapaz por quien era su representante legal antes de que la filiación hubiera sido determinada.

---

<sup>3</sup>CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ: *“La relación jurídica de filiación tiene como fundamento la filiación biológica: ante el Derecho positivo son padres e hijos, primariamente, quienes lo son biológicamente. No hay, sin embargo, una correspondencia absoluta entre ambas relaciones. Puede ocurrir que la filiación biológica sea desconocida, y que por tanto no exista filiación jurídica (hijos de padres desconocidos); o bien que la filiación jurídica sea atribuida por error a quien biológicamente no es progenitor. También pueden crearse conscientemente una relación jurídica de filiación entre quienes se sabe que no están unidos por vínculos biológicos, como ocurre en la adopción.”*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS., *“Capítulo 13. La Filiación”*. Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, Valencia, Tirant Lo Blanch., 2019. Pág. 302.

<sup>4</sup> DE LA CÁMARA SERRANO GARCÍA: *“La doctrina ha señalado, por ejemplo, que la determinación de la filiación carece de efectos retroactivos en relación con los apellidos, la patria potestad o los alimentos”*, *“Capítulo 13. La Filiación”* en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS., *“Capítulo 13. La Filiación”*. Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia, Valencia, Tirant Lo Blanch., 2019. Pág. 131

El Código Civil recoge tales efectos en sus artículos 109 a 111, que constituirán su contenido más nuclear, sin que se lleguen a agotar el contenido de los efectos jurídicos del vínculo de filiación.

Los efectos básicos de la filiación son los siguientes:

1. Derecho a los apellidos (art 109 CC en relación con el artículo 198 RRC), entendiéndose por tal el derecho a que el origen familiar luzca en señas de identidad.
2. Derecho a los alimentos (art 110 CC), haciendo referencia a la obligación del padre o la madre, y aunque no ostenten la patria potestad, de velar por los hijos menores y prestar alimento.
3. De igual manera, la determinación de la filiación produce efectos en cuanto a los derechos sucesorios (art 807 CC, en cuanto a la condición de los hijos de herederos forzosos respecto de sus padres y de estos respecto de sus hijos o art 931, con relación a la sucesión *ab intestato*).
4. Atribución de la patria potestad (154 y ss. CC).
5. Adquisición de la nacionalidad (17 y ss. CC).

## 2. El Derecho de filiación vigente en España.

### 2.1. La regulación originaria del Derecho de filiación en nuestro ordenamiento jurídico.

La Ley 11/ 1981, de 13 de mayo, exigida por la promulgación de la Constitución española de 1978, acaba con la concepción tradicional de la filiación y supuso a su vez la primera y más trascendente reforma del Código Civil<sup>5</sup>. Con esta reforma, España se incorporaba a la tarea legislativa que durante la época de los sesenta habían ya comenzado a realizar los demás países europeos, partiendo del reconocimiento de los derechos humanos en sus respectivas Constituciones normativas, así como en diversos convenios de Derecho internacional.<sup>6</sup> A su vez, esta reforma resultó ser necesario como consecuencia directa de que en la Constitución de 1978 se consagraron principios constitucionales, a los que se hará alusión más adelante, que no se contemplaban en la regulación del Código Civil de 1889, padeciendo hasta la reforma de una inconstitucionalidad sobrevenida.

---

<sup>5</sup> RONCESVALES BARBER CÁRCAMO: “*Como es bien sabido, dicha Ley dio nueva redacción a la regulación codicial de la patria potestad, el régimen económico matrimonial y la filiación*”. BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES, “*La filiación en España: Una visión crítica*”, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013. Pág. 33.

<sup>6</sup> STEDH de 13 junio, 1979,(caso de Marks contra Bélgica). Aranzadi. En el famoso caso MARKS contra Bélgica, se condena a ésta, al quedar probado que su legislación civil en materia de filiación natural vulneraba los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que respectivamente contemplaba el derecho a una vida privada y familiar, y el principio de no discriminación, argumento que en la actualidad se ha convertido en tópico en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, y más concretamente en materia de filiación. Quedando con la misma constancia de la tarea legislativa realizada en los países europeos en torno al reconocimiento de los derechos humanos.

Hemos de partir de la base, de que las normas preconstitucionales partían de supuestos totalmente distintos a los actuales. En la redacción del Código Civil de 1889, se distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos<sup>7</sup>, y a su vez los hijos ilegítimos eran subdivididos entre naturales (aquellos nacidos dentro del matrimonio) y no naturales (nacidos fuera del matrimonio) ya bien fuera por adulterio o por incestuosos. Dicha distinción, a priori puede parecer una simple sanción al pecado de los padres en una sociedad donde el poder de la religión era indudablemente influyente en todos los aspectos que pudieran llegar a afectar a la sociedad, sin embargo, lo que en realidad se trataba de proteger era el tradicional núcleo familiar establecido sobre el matrimonio.

Por esta razón, los hijos legítimos (aquellos nacidos del matrimonio) gozaban de la plenitud de los derechos que les reconocía el artículo 114 del Código Civil, tales como el derecho a llevar el apellido de sus progenitores, a recibir alimentos de sus progenitores, ascendientes o hermanos, así como los demás derechos sucesorios.

Por lo que respecta a los hijos ilegítimos, y más en concreto a los hijos ilegítimos naturales<sup>8</sup>, podrían disfrutar de los mismos derechos que los hijos legítimos equiparándose a estos por matrimonio de sus padres<sup>9</sup> o por concesión real<sup>10</sup>, teniendo por ende derecho a llevar el apellido del padre o madre que solicitará la concesión, a recibir alimentos y a los derechos sucesorios correspondientes. En relación a los hijos ilegítimos no naturales, es decir, aquellos concebidos por personas que tenían prohibido contraer matrimonio quedando claramente delimitada la diferencia entre ilegítimos naturales y no naturales, eran subdivididos en adulterinos (cuando uno o ambos progenitores estaba ya casado) incestuosos (concebidos por personas que por razón de parentesco no podían contraer entre si matrimonio) y por último, sacrílegos (cuando uno, o ambos progenitores quebrantaba el voto de castidad). De conformidad con el artículo 139 del CC, en su redacción original previa a la reforma solo tenían derecho a exigir de sus padres alimentos conforme con el artículo 143, es decir, deberán prestar el auxilio necesario para la subsistencia y costear la educación elemental, así como la enseñanza de un profesión u oficio.

En base a lo expuesto en el párrafo anterior, se aprecia con claridad que el ordenamiento jurídico concedía una mayor preponderancia a la filiación legítima sobre la filiación ilegítima, reconociendo derechos a los hijos legítimos que eludía para los ilegítimos, condicionada tal

---

<sup>7</sup> Artículos, 108 a 141. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

<sup>8</sup> Artículo 119.2, “*Son hijos naturales los nacidos, fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella*” Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

<sup>9</sup> Artículo 121: “*Sólo se considerarán legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos que hayan sido reconocidos por los padres antes o después de celebrarlo*” Artículo 122: “*Los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos*”. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

<sup>10</sup> Artículo 127: “*La legitimación por concesión Real da derecho al legitimado: 1.º A llevar el apellido del padre o de la madre que la hubiese solicitado. 2.º A recibir alimentos de los mismos, en la forma que determina el artículo 143. 3.º A la porción hereditaria que se establece en este Código.*”. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que publica el Código Civil.

discriminación por el nacimiento dentro o fuera de la institución del matrimonio. BARBER CÁRCAMO considera que la finalidad de dicha regulación viene dada, “*por la protección de la familia legítima y la consiguiente negación de derechos patrimoniales y familiares a los hijos nacidos fuera del matrimonio, al amparo de una concepción social y patrimonial de la familia, de origen romano-canónico.*”<sup>11</sup>

Con carácter previo a la aprobación de la Constitución de 1978, ya se había dejado constancia de la necesidad de modificar el régimen recogido en la redacción originaria del Código Civil con relación a la filiación, y así poder adecuarlo a la normativa ya existente en el resto de los países europeos que en mayor o menor medida mejoraban la situación en la que se encontrarían los hijos ilegítimos no naturales. Dicha necesidad latente de reforma, quedó en clara evidencia en la práctica a partir de la aprobación de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, por la que se mejoraba la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, al facilitar la determinación de su filiación, lo que permitió que la doctrina de la Dirección General de los Registros y Notariados fuera favorable a una interpretación cada vez más restrictiva con respecto a los preceptos del Código Civil, doctrina que acabo siendo acogida a su vez por el Tribunal Supremo.<sup>12</sup>

Por último, cabría mencionar que dicha regulación contenida en la redacción original del Código Civil se basaba, en dos principios básicos: sólida protección de la filiación legítima basándose en la estabilidad social que procura la familia legítima y determinación de la filiación mediante un sistema formal, centrándose principalmente en las presunciones legales y dejando al margen la verdad biológica, como consecuencia de la gran dificultad que en aquél momento suponía su descubrimiento así como por un alejamiento voluntario de la misma en beneficio de la sociedad.

## 2.2. El Derecho de filiación tras la Constitución de 1978.

La promulgación de la Constitución en 1978 exigía una reforma del Código Civil con la finalidad de adecuar tal regulación al reconocimiento de los Derechos Humanos.

El régimen de filiación fue reformado tras la Ley 11/1981, de 13 de mayo, tras dicha reforma la regulación se desarrollaba igualmente entre los artículos 108 a 141 del CC., modificándose su estructura y contenido. El cambio relevante por lo que respecta al régimen de la filiación, viene dado por el hecho de que ya no se va a diferenciar entre hijos legítimos e ilegítimos, haciéndose una diferenciación por el contrario, entre hijos adoptivos e hijos naturales, y dentro de esta diferenciación se distingue entre filiación matrimonial (para el caso de que los padres estén casados) y filiación no matrimonial (para el caso de que en los progenitores no concurra la condición de matrimonio) diferenciando entre los modos de determinación entre ambas. Ahora bien, esta diferenciación no impide que el propio artículo 108 párrafo segundo del CC., reconozca que tanto la filiación matrimonial, como la no matrimonial, así como la filiación natural y adoptiva produzcan todas ellas los mismos efectos ante la ley. De igual modo, se reconoce la

---

<sup>11</sup> BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES., *op. cit.*, pág. 23.

<sup>12</sup> BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES., *op. cit.*, pág. 23.

libre investigación de la paternidad y maternidad tal y como quedaba recogido en el artículo 127 CC.<sup>13</sup>, como una de las posibles acciones de filiación.

Ahora bien, dicha regulación pese a ser la actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico, ha sufrido algunas reformas. La reforma principal fue producida por la LEC, en cuya disposición derogatoria única 2.1º se derogan los artículos 127 a 130 CC. y los artículos 134.2 y 135 CC, cuyo contenido pasa a estar recogido en la anteriormente citada LEC, así como en alguna adicción en similares términos.

La última reforma que ha sufrido la Ley 11/1981 tuvo lugar como consecuencia que el propio Tribunal Constitucional (TC) por STC 273/2005, de 27 de octubre y STC 138/2005, de 26 de mayo, declaró inconstitucional el artículo 133.1 CC. y el artículo 136.1 CC. Reforma que se produjo tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, por lo que se reformaba el sistema de protección de la infancia y de la adolescencia.

### 2.3. La legislación autonómica en materia de filiación y reproducción asistida.

La filiación no ha constituido un objeto de atención preferente por parte del legislador autonómico, por lo que no son frecuentes en los Derechos civiles autonómicos las reglas relativas a las técnicas de reproducción humana asistida. Es por ello por lo que la remisión que hace el art 7.1 a las leyes civiles, debe entenderse hecha a las reglas contempladas en el Código Civil, aunque si bien es cierto que de existir normativa autonómica debe aplicarse con carácter preferente.

De entre toda la normativa autonómica, quizás la que más relevante sea la catalana. Su regulación se contiene en la Ley catalana 9/1998, de 15 de julio, por la que se aprueba el Código de Familia. Dicha Ley dispone “*la inclusión dentro de la filiación por naturaleza, de la que deriva de las técnicas modernas de la fecundación asistida, comprendida la fecundación post mortem*”. De la inserción en el régimen de la filiación por naturaleza, se obtienen dos consecuencias: las reglas relativas a las técnicas de reproducción humana asistida no es objeto de una normativa especial, sino que aparece regulada en el propio Código de Familia, y queda claramente expuesto que la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida no podrá equipararse a la filiación por adopción<sup>14</sup>

### 3. Principios básicos.

La entrada en vigor de la Constitución tuvo una gran incidencia en nuestro régimen de filiación y dicha incidencia queda latente en el cambio de los principios en los que se basaba hasta ese

---

<sup>13</sup> Actualmente el reconocimiento a la libre investigación de la paternidad o maternidad aparece recogido en el art 767.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

<sup>14</sup> VERDERA SERVER, RAFAEL, “Comentario a los artículos 7 y 8”. “Comentario al artículo 9” en COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.) “Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi. Pág. 235.

momento el derecho de filiación y que hizo necesaria su reforma<sup>15</sup>.

### 3.1. Principio de igualdad entre los hijos con independencia de su nacimiento dentro o fuera de matrimonio.

En el artículo 14 de la CE, se reconoce “la igualdad de los españoles ante la ley sin que puede prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento”, reconociéndose en el artículo 39.2 de la CE “la igualdad de los hijos ante la Ley con independencia de su filiación”. Consecuencia de ello, queda plasmado en el artículo 108.2 CC., la igualdad entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales.

El TC en la STC 154/2006, de 22 mayo<sup>16</sup> reconoció tal principio de no discriminación basando su argumento en la propia redacción del artículo 14 de la CE, por lo cual “la condición extramatrimonial no podría aceptarse como causa de desigualdad de trato dado que sería expresión de una minusvaloración a la que la Constitución quiere ponerle barrera, pues es notoria la posición de desventaja y, en esencia, de desigualdad sustancial que históricamente a conllevado las relaciones extramatrimoniales frente a las matrimoniales, así como los efectos desfavorables para los hijos nacidos en aquellas.

Dicho principio se ubica en el régimen de efectos, y por ello en el sistema de protección que brinda el articulado con respecto a la filiación, es por ello que se predicen los mismos efectos tanto en la filiación matrimonial como no matrimonial. Ahora bien, la no discriminación no impide la existencia de reglas distintas en la determinación de una y otra filiación, así como en el régimen de las acciones, siendo considerada tal diferenciación de constitucional por el TC. Por STC 237/2005, de 27 de octubre<sup>17</sup> se resolvió esta cuestión de inconstitucionalidad, en relación con la posible contradicción con el artículo 14 CE, aludiendo que “*que lo que hace el Código Civil es establecer un sistema para la determinación, prueba, reclamación e impugnación de la filiación que se articuló 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 aquella matrimonial o no matrimonial, pues aunque esta diferencia no puede tener consecuencias sobre sus efectos, por determinación constitucional, si cabe otorgarle relevancia en relación con la forma de determinar la filiación, que es un aspecto previo, y que puede regirse por criterios distintos*” y concluye “*queda justificado el distinto trato que el legislador otorga en un supuesto y en otro, sin que, en razón a las consideraciones expuestas, esta diferencia de*

---

<sup>15</sup> RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO: “La Constitución obliga al Derecho Civil a salir de una especie de letargo dogmático e ideológico” para hacerlo así “realmente servidor de la realidad social en la que debe ser aplicado”, concluye incluyendo al Derecho de Familia como uno de los sectores del Derecho Civil, donde con mayor urgencia se necesitaba la reforma. BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES. “La Constitución y el Derecho Civil”, REDUR, núm. 2, 2004, pág. 41.

<sup>16</sup> STC de 22 de mayo de 2006 (RTC 154/2006).

<sup>17</sup> STC de 27 de octubre de 2005 (RTC 273/2005)

*trato normativa pueda ser tachada arbitraria, discriminatoria o carente de fundamento”.*<sup>18</sup>

El principio de igualdad entre los hijos implica a su vez el respeto al principio de igualdad de sexos, reconociendo la corresponsabilidad de ambos progenitores en la protección y educación de los hijos. Lo cual supone la superación del régimen legal que amparaba la irresponsabilidad del progenitor varón, bajo el pretexto de la protección a la familia legítima.

### 3.2. Principio de verdad biológica.

El art. 141 CC., actualmente derogado, recogía la prohibición de la libre investigación de la paternidad, salvo casos muy concretos, fruto de lo previsto en la Base 5º de la Ley de Bases de 11 de mayo por lo que se autorizaba al Gobierno a publicar un Código Civil en conformidad con lo dispuesto en dichas bases, en la que se disponía lo siguiente: *“No se admitirá la investigación de la paternidad sino en los casos de delito o cuando exista escrito del padre en el que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con ese fin, o cuando medie posesión de estado. Se permitirá la investigación de la maternidad, y se autorizará la legitimación bajo sus dos formas de subsiguiente matrimonio y concesión Real, limitando ésta a los casos en que medie imposibilidad absoluta de realizar la primera, y reservando a terceros perjudicados el derecho de impugnar, así los reconocimientos como las legitimaciones, cuando resulten realizados fuera de las condiciones de la ley. Se autorizará también la adopción por escritura pública, y con autorización judicial, fijándose las condiciones de edad, consentimiento y prohibiciones que se juzguen bastantes a prevenir los inconvenientes que el abuso de ese derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia”.* Por consiguiente, la regulación original del Código Civil estaba presidida por el principio de prohibición de la investigación de la paternidad<sup>19</sup>.

Sin embargo, tras la promulgación de la Constitución de 1978, se experimentó un cambio en la regulación anterior sobre la filiación reconociéndose en el artículo 39.2 de la CE que la propia Ley posibilitaría la investigación de la paternidad. Con ello y en palabras de BARBER CÁRCAMO *“En 1981, nuestro Código Civil se adscribe a los sistemas realistas de determinación de la filiación y tiende a establecer la relación jurídica sobre los datos biológicos, sobre la verdad, en vez de sobre presupuestos, presunciones y plazos legales, al modo del sistema formalista propio de los ordenamientos jurídicos del siglo XIX”.*

Con ello se instaura el principio de verdad biológica y sobre él se refiere la STS 117/2008, de 5 de diciembre<sup>20</sup> expresando que debe prevalecer *“la verdad real sobre la meramente formal o presunta, conforme a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, y por encima de ella, del*

---

<sup>18</sup> También STC 138/2005, de 26 mayo donde el TC considera no discriminatoria ni arbitraria la diferenciación normativa en cuanto a la acción de impugnación de la paternidad matrimonial del art 136 CC. y las acciones de impugnación contempladas en los art 138 y 141 CC. pues el legislador establece un *dies a quo* diferente para computo del plazo de la acción de impugnación de la paternidad atendiendo a las diferentes formas de la determinación de la filiación.

<sup>19</sup> BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES., *op. cit.*, pág. 23.

<sup>20</sup> STS de 5 de diciembre de 2008 (RJ 117/2008).

*artículo 39 de la Constitución, que asegura la protección integral de los hijos (... y que clama como señalan las Sentencias de 30 de enero de 1993, 23 de marzo de 2001 y 27 de mayo de 2004, contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor. Conforme a tales superiores principio, la filiación se entiende como una condición personal, definida de una parte por el hecho de ser veraz el hijo, y por otra, por el de ser verdadero progenitor; y solo desde esa concepción de la filiación y desde la potenciación de los medios jurídicos para determinarla y lograr el acomodo de la realidad formal a la biológica puede considerarse satisfecha la finalidad protectora del menor y, en suma, el interés también jurídicamente tutelado de la familia (...)*”.

Consecuencia de dicho principio, en la actualidad y tal y como queda recogido en el artículo 767.2 de la LEC, se admite la investigación de la paternidad y maternidad en los juicios sobre filiación admitiendo toda clase de pruebas, incluyéndose por lo tanto las biológicas. Tal y como dice BARBER CÁRCAMO “*en este cambio radical de filosofía, el avance científico que permite primero desechar la relación biológica, y más adelante determinarla con índices crecientes de exactitud constituye un factor decisivo*”

Ahora bien, aunque se viene acentuando paulatinamente el principio de que en los procesos de filiación rige la búsqueda de la verdad material, lo que entendemos por verdad biológica, BARBER CÁRCAMO también considera que dicho principio esta a su vez sujeto a una serie de limitaciones<sup>21</sup>, entre ellos el que viene dado por el interés preferente del hijo. Ahora bien, inicialmente el Tribunal Constitucional tal y como queda recogido en STC 7/1994 de 17 de enero<sup>22</sup>, entendía que la investigación de la paternidad debía estar al servicio de los hijos en defensa de sus propios interés debiendo primar el derecho del hijo sobre el de los progenitores a declarar su filiación biológica, sin embargo el propio Tribunal Constitucional a través de la STC 273/2005 de 27 de octubre<sup>23</sup> rectificó reconociendo que la investigación de la paternidad no puede reconocerse únicamente como un derecho del hijo, sino que también se le reconoce iniciativa a los propios progenitores teniendo estos de igual manera un interés en alcanzar el conocimiento de la verdad biológica.

La afirmación de la verdad biológica ha excluido a los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida. La investigación de la paternidad se ve extremadamente limitada por el propio artículo 5.5 LTRHA, en el que se proclama el anonimato del donante, salvo por aquellas circunstancias en las que su identidad debe ser revelado<sup>24</sup>. Sin embargo, dicha discriminación realizada por la regulación en el artículo anteriormente mencionado fue declarada

---

<sup>21</sup> BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES., *op. cit.*, pág. 23.

<sup>22</sup> STC de 17 de enero de 1994 (RTC 7/1994).

<sup>23</sup> STC de 27 de octubre de 2005 (RTC 273/2005).

<sup>24</sup> Artículo 5.5 LTRHA: “*Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.*”

constitucional por el propio Tribunal Constitucional<sup>25</sup> considerando que no era incompatible con la libre investigación de la paternidad, apoyando su argumento en la propia redacción del artículo 39.2 de la CE, al considerar que el propio artículo “*no recoge un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la investigación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, la identidad de su progenitor*”, así como considera que “*el anonimato de donantes no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad*” ya que se contempla en la propia legislación circunstancias de carácter excepcional por las que se podrá desvelar su identidad, así como se garantiza la posibilidad de obtener información general del donante sin llegar a desvelar su identidad.

Tras la modificación llevada a cabo por la Ley 14/2006 y por la Ley 3/2007, de 15 de marzo por la cual se incorporó al artículo 7 LRTHA un tercer párrafo por el cual 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*”, por consiguiente se pone de manifiesto el distanciamiento con respecto al principio de la verdad biológica en relación con los hijos nacidos a raíz de técnicas de reproducción asistida y por ello se adopta como principio para los casos en los que se utilicen técnicas de reproducción asistida heterólogas, es decir, aquellas en las que ha intervenido un donante, la imposibilidad de que el hijo conozca la identidad del progenitor biológico no pudiendo por ello cumplir con el principio de veracidad biológica en la filiación.

Por último, y por lo que respecta a la adopción, la propia Ley 24 de abril de 1958, que fue reformada por la Ley 2171981 de cuya reforma es fruto el vigente artículo 180.4 del CC., y cuya regulación aparece reforzada tras la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional, se reconoce la posibilidad de determinar la filiación natural sobrevenida, sin efectos sobre aquélla<sup>26</sup>.

### 3.3. Principio del *bonum filii* o interés preeminente del hijo.

Del artículo 39 de la CE se extrae este principio del que se desprende una clara opción por la protección preeminente del interés del hijo, con independencia de su situación o minoría.

Esté principio tiene una gran relevancia sobre todo en materia de filiación y al cual se suele acudir a la hora de justificar ciertas interpretaciones en relación con el deber de los progenitores de prestar asistencia de todo orden a sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, tal y como aparece recogido en el artículo 39.3 de la CE y plasmado en el artículo 110 del CC. La relevancia de dicho principio dentro del ámbito del Derecho de filiación viene dada por el hecho de que la filiación es una materia de proyección constitucional que afecta a los derechos esenciales del individuo, de forma que al existir un interés social y de orden público cuando entra en colisión

---

<sup>25</sup> STC de 17 de junio de 1999 (RTC 116/1999).

<sup>26</sup> BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES., *op. cit.*, pág. 39.

con otro derecho fundamental, deben ceder estos frente al Derecho de filiación.

Ahora bien, en la actualidad la coordinación de este principio con los de verdad biológica y con el principio de autonomía de la voluntad, inspirador de la legislación sobre las técnicas de reproducción humana asistida, puede resultar problemático. A esto, se le suma la dificultad para definir su consistencia, así como su constante evolución. Como resultado de ello, un sector de la doctrina ha intentado identificar el interés de los hijos con el de ver determinada su filiación por ambas partes, siendo conveniente separar la relación jurídica de filiación de la tuición del menor y ampliando el conjunto de circunstancias que pueden dar a lugar a la exclusión de los efectos persona y patrimoniales<sup>27</sup>.

Para concluir, en palabras de BARBER CÁRCAMO, *“el fortalecimiento de los contrapuestos principios de veracidad biológica, para la filiación por naturaleza codicial, y de autonomía de la voluntad, para la sometida a la LTRHA, se compadece mal con la afirmación del principio del interés del menor. Lo cual ha conducido a su traslado desde la determinación de la filiación al ámbito de sus efectos.*

### III. REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

#### 1. Planteamiento general.

Los descubrimientos y avances científicos y tecnológicos en los últimos años, especialmente en los campos de la Biomedicina y Biotecnología, han hecho posible la utilización de nuevas técnicas de reproducción asistida, alternativas a las naturales, con el fin de solucionar los problemas de infertilidad sufridos por algunas parejas<sup>28</sup>.

El punto de partida de la actual regulación acerca de las técnicas de reproducción asistida se sitúa en 1978, cuando en Inglaterra nace la primera niña concebida mediante fecundación *in vitro*, plantando desde ese momento números e importantes retos para el Derecho<sup>29</sup>. Sin embargo, en España no será hasta diez años más tarde cuando se promulgó la Ley 35/1988, de 22 noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida, siendo una ley pionera en el panorama internacional, pero desde un punto de vista técnico muy deficiente<sup>30</sup>. Junto a dicha Ley, el 28 de

---

<sup>27</sup> BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES., *op cit.*, pág. 43.

<sup>28</sup> MARCELO PALACIOS: *“No solo coadyuva a eso, que era su finalidad fundamental pero no exclusiva, por lo que las mujeres solas no estériles podían recurrir a estas técnicas”*. YAGÜE LLEDÓ, FRANCISCO. *“Comentarios científicos-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida”*, Madrid, Dykinson. 2007. Pág. 19.

<sup>29</sup> CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ: *“Los retos más importantes que las técnicas de reproducción asistida plantean a la sociedad y al Derecho tienen que ver con la admisión y límites de tales técnicas y están relacionados con cuestiones tan fundamentales como la propia consideración del ser humano como fin y no como medios para la satisfacción de fines perseguidos por otros seres humanos, o con la vida y la integridad de todo ser humano”*. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS., *op. cit.*, pág. 370.

<sup>30</sup> Dicha Ley fue duramente criticada por la doctrina, entre los cuales destaca las duras críticas realizadas sobre la misma por ÁNGEL FERNANDO PANTELÓN PRIETO: *“Por desgracia en el BOE de 24 de noviembre de 1988, se ha publicado la Ley 35/1988, de 22 de noviembre de 1988, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”*, *“aunque muy mala*

diciembre de ese mismo año, entra en vigor la Ley 42/1988 de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos, las cuales constituyeron hasta hace relativamente pocos años la regulación básica existente en nuestro ordenamiento jurídico sobre reproducción humana asistida.

La ley se promulgó cuatro años después<sup>31</sup> de que en Barcelona naciera el primer bebe concebido mediante fecundación *in vitro*, y para argumentar la utilización de estas técnicas de reproducción asistida se optó por una ética civil, que se apoya en el sentir de la mayoría de la sociedad, basándose en criterios de racionalidad y en el servicio al interés general<sup>32</sup>.

La redacción de los preceptos legales que constituyen la LTRA, son fruto de lo que se denominó “Informe Palacios”, realizado por la comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humana, la cual fue constituida por el Congreso de los Diputados, teniendo en la misma representación todos los Grupos Parlamentarios, y para la cual fueron convocados expertos (biólogos, ginecólogos, juristas, filósofos y moralistas) en las distintas áreas de conocimiento relacionadas con dichas técnicas.

El objetivo de la LTRA (art. 1 LTRA) era permitir el uso de las técnicas de reproducción humana asistida ante problemas de fertilidad o para la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, o bien hereditario. Ahora bien, éste no era el único objetivo que perseguía dicha regulación, pues el propio artículo 6 de la LTRA<sup>33</sup> permitía que las mujeres en solitario acudieran a dichas técnicas, pudiendo hacerlo incluso sin tener problemas de esterilidad, con fines médicos o para satisfacer su deseo de ser madre. De igual manera, y como mencionamos anteriormente en este trabajo, el propio artículo 5.5 de la LTRA<sup>34</sup>, amparaba el anonimato del donante y regulaba la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas a través de sus artículos 7 y ss.

Contra dicha ley, el Grupo Parlamentario Popular interpuso un recurso de inconstitucionalidad por el que solicitaban la declaración de inconstitucionalidad de la LTRA en su totalidad o, subsidiariamente de los preceptos específicos que señalaban en su recurso, en base a tres motivos. En primer lugar, alegaban que la LTRA era contraria a los principios constitucionales que delimitan los rasgos de la institución familiar, en segundo lugar, consideraban que vulneraba

---

*desde el punto de vista técnico jurídico, sea algo mejor que la auténtica obra maestra de torpeza e incompetencia que, desde tal perspectiva constituía la Proposición de Ley 122/62 (BOC de 9 de marzo de 1987) sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, “como jurista español me he sentido insultado por la Ley 35/1988”. PANTELEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO, “Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. Jueces para la democracia, núm. 5, 1988. Pág. 16 y 36.*

<sup>31</sup> Exposición de motivos LTRA: “Los avances científicos, por otra parte, cursan generalmente por delante del Derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquéllos. Este asincronismo entre la ciencia y el Derecho origina un vacío jurídico respecto de los problemas concretos, que debe solucionarse (...).”

<sup>32</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC. “Derecho de la persona”, Barcelona. BOSCH.2011. Pág. 90.

<sup>33</sup> Artículo 6 LTRA: “Toda mujer podría ser receptora o usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida”

<sup>34</sup> Artículo 5.5 LTRA: “La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.”

el art. 15 CE por no definir el *status* jurídico de los preembriones y así incumplir el deber que tienen los poderes públicos de establecer un sistema legal para la defensa de la vida y por último, alegaban que la ley infringía el art. 81.1 CE porque afectaba el desarrollo de los derechos fundamentales, pero sin embargo no tenía carácter orgánico. Diez años más tarde a interposición del recurso, recayó la STC 116/1999, de 17 de junio<sup>35</sup>, que afirmó la constitucionalidad del contenido de la LTRA, salvo en algunos aspectos secundarios.

La LTRA fue modificada por la Ley 45/2003 sin embargo, ambas fueron finalmente derogadas por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de reproducción humana Asistida<sup>36</sup> convirtiéndose en una de las más permisivas en relación con el Derecho comparado europeo. La nueva ley se inspira en los planteamientos permisivos a los que respondía la LTRA, pero aplicados en relación con los avances médicos y biológicos producidos desde 1988. En su exposición de motivos establece las novedades que introduce: define el concepto de preembrión, prohíbe la clonación de seres humanos con fines reproductivos, regula las nuevas técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse en base a una lista abierta, dejando atrás la lista cerrada contenida en la LTRA, se extiende el ámbito de actuación al diagnóstico genético preimplantacional que abre nuevas vías en la prevención de enfermedades genéticas, se refuerzan los registros y otros mecanismos de información para otorgar una mayor información a los usuarios que se someten a dichas técnicas, se eliminan las diferencias en relación al destino de los preembriones que se encontrasen criopreservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, y los que se pudieran generar con posterioridad, al igual que se eliminan los límites establecidos en la Ley 45/2003, en relación a la generación de ovocitos.

Por lo que respecta a la determinación de la filiación derivada de reproducción humana asistida, la LTRHA, dedica los artículos 7<sup>37</sup>,8,9 y 10 los cuales prácticamente no incorporan modificaciones en relación con lo contenido en los mismos artículos de la derogada LTRA, y sobre cuyo régimen volveremos más detenidamente con posterioridad.

Así mismo, la LTRHA, no modifica el régimen de filiación contenido ya, en nuestro Código Civil, así como tampoco se incluye en la referencia acerca de la filiación que deriva de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, el artículo 7 LTRHA establece que la filiación de los nacidos mediante dichas técnicas de reproducción se regulara a través de las Leyes civiles (es decir, se rigen por el contenido del Código Civil, o por las leyes autonómicas civiles que tendrán su propia regulación como es el caso de Navarra y Cataluña), teniendo en cuenta las

---

<sup>35</sup> STC de 17 de junio de 1999 (RTC 116/1999).

<sup>36</sup> Esta Ley se ve contemplada por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, por una diversa regulación de carácter administrativo que afecta directamente a los centros que se dedican a estas prácticas, así como por las sanciones penales sobre determinadas conductas que aparecen en el Código Penal.

<sup>37</sup> Fue modificada su redacción por la ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Por la cual, se añadió el apartado tercero, por el cual se permitió que la conyugue de la mujer usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación a su favor respecto del nacido, mostrando su consentimiento ante el Encargado del Registro Civil. Ahora bien, tras la entrada en vigor de la Ley 19/2015, de 13 de julio, dicho consentimiento necesariamente no ha de ser anterior al nacimiento. De igual manera, está Ley 19/2015, de 13 de julio, modifico los art 8.2 y 9.3 para adaptar su redacción original a la nueva regulación de la Ley del Registro Civil.

reglas específicas contenidas en los artículos 7.3, 8,9 y 10 de la LTRHA.

Por último, resulta conveniente subrayar, que la LTRHA, aunque no modifica el régimen contenido en el Código Civil en materia de filiación, lo altera completamente. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LTRHA, la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida se consideraba encajada en la filiación por naturaleza basándose en la verdad biológica, como consecuencia de que también la misma tiene una base biológica. Sin embargo, las normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza no encajaban en un sistema en el que la procreación no tenía un origen en la reproducción sexual. Por ello, en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, su régimen no se va a basar en la verdad biológica, sino en la voluntad de quien quiere ser padre, que en ocasiones no coincidirá con el padre biológico al no ser este quien aporte el material genético, existiendo por ello una clara diferencia entre el padre o madre biológica con el padre o madre jurídica (será quien consienta la aplicación de dichas técnicas en su conyugue o pareja, o quien consienta que se determine a favor de su conyugue o pareja la filiación de su hijo)<sup>38</sup>

## 2. El hipotético derecho a la reproducción humana.

La polémica en torno a la existencia de un derecho a la reproducción<sup>39</sup>, o derecho a procrear como lo denominan algunos autores, tiene su origen en los avances científicos y tecnológicos que dieron lugar a la utilización de técnicas que hicieron posible la reproducción humana asistida. La hipotética existencia de dicho derecho recibió atención por parte de la doctrina, aunque no nos encontramos con ninguna formulación similar en relación, a textos legales internacionales o europeos. Por ello, se trata de un derecho de reciente formulación, difícilmente mencionado por los ordenamientos de manera explícita.

La Constitución española, no reconoce de manera expresa, un derecho a reproducirse. Ante la ausencia de una regulación constitucional y ante la necesidad de argumentar la legitimidad de dichas técnicas, se deben analizar otros valores, principios y derechos constitucionales que permitan justificar la existencia de un derecho de reproducción amparándose su existencia como una manifestación de otros derechos ya formulados.

Son varios los argumentos que se utilizan en este sentido:

### 1) Algunos autores defienden que la existencia de dicho derecho deriva de la existencia de

---

<sup>38</sup>MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS., *op. cit.*, pág. 372.

<sup>39</sup> En la LTRA ya se hacía mención a la posible existencia del derecho a la reproducción y por ello en su preámbulo se manifestaba: *“En esta ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación: la gestación por sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidad que llevan a interrogar su existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de Reproducción Asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no solo en nuestra Nación como lo aprueban las informaciones foráneas”*.

un derecho a la protección de la salud. Esta argumentación se fundamenta en el hecho de que el propio artículo 1 de la LTRA, confirmaba que el uso de dichas técnicas de reproducción humana asistida, tenían como único objetivo paliar los problemas derivados de la esterilidad o como tratamiento contra enfermedades, por lo que defienden la existencia de un derecho a la reproducción humana derivado de la existencia de un derecho a la protección de la salud, siendo el mismo reconocido por la propia Constitución en su artículo 43.1 (“*se reconoce el derecho a la protección de la salud*”)<sup>40</sup>.

Sin embargo, dicho argumento supondría asumir que la esterilidad es una enfermedad y que las técnicas de reproducción humana asistida son el único medio desde el punto de vista médico para paliar dicha “enfermedad”. Sin embargo, y según los datos recogidos por la European Society Human Reproduction and Embriology de entre el 10%-20% de los casos de infertilidad se desconocen las causas, por lo que no en todos los casos podemos hablar de una enfermedad, y además de todos los casos de infertilidad solo 9% afectan a las mujeres, por lo que en numerosas ocasiones se utilizan dichas técnicas sobre las mujeres cuando realmente ellas no tienen dicho problema de esterilidad, desmontando por ello el argumento anteriormente expuesto<sup>41</sup>.

- 2) Otros autores encuadran el derecho a la reproducción dentro del derecho a fundar una familia<sup>42</sup>, reconocido en nuestra propia Constitución a través del artículo 10.2 por el cual las normas relativas a derechos fundamentales recogidos en nuestra CE deben ser interpretadas de conformidad a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Dicha Declaración sostiene en su art 16 que “*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*”. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico pueden admitirse familias sin que exista entre sus miembros un nexo biológico<sup>43</sup>, siendo pese a ello una familia estrictamente legal. Es por ello, que se critica este argumento al entender que el asociar el reproducirse con el hecho de fundar una familia, vacía el concepto actual de familia, siendo únicamente legítima aquella en las que entre sus miembros existe un nexo genético y no meramente afectivo<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> IGAREDA GONZÁLEZ, NOELIA. (2014). “*El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos*” Derechos y Libertades, núm. 31, Época II, págs. 257.

<sup>41</sup> IGAREDA GONZÁLEZ, NOELIA, *op. cit.*, pág. 275.

<sup>42</sup> En el preámbulo de la LTRA ya se daba vía libre para que se pudieran usar tales técnicas de reproducción asistida no solo para usos médicos ante la esterilidad o como tratamientos médicos, sino también como una forma de satisfacer el deseo de tener hijos.

<sup>43</sup> A título de ejemplo, podemos mencionar como familia en la cual entre sus miembros no existe nexo biológico, la formada por dos conyugues que conviven con un hijo adoptado, o un conyugue que convive con el hijo del otro conyugue, o dos conyugues que conviven con un hijo biológico y un hijo adoptado...etc.

<sup>44</sup> GOMEZ SANCHEZ, YOLANDA., “*El derecho a la reproducción humana*”. Madrid. Marcial Pons. 1994. Pág. 168.

- 3) Existe también el argumento que se basa en encuadrar el derecho a la reproducción dentro del derecho a la libertad reconocido en el artículo 17.1 de la CE<sup>45</sup> y el derecho a la intimidad personal y familiar recogido en el artículo 18 de la CE<sup>46</sup>. De esta manera se entiende que, si el artículo 17 de la CE reconoce la libertad personal, esta libertad también supone que tanto hombres como mujeres pueden libremente decidir sobre su propia reproducción (cuantos hijos tener, cuando tenerlos...etc.).

En apoyo a este argumento GÓMEZ SÁNCHEZ se refiere al mismo al indicar que *“el derecho a la reproducción humana encuentra cobijo en esta interpretación de la libertad como derecho-autonomía y muestra una vertiente positiva que permite al sujeto decidir libremente sobre su propia reproducción como una vertiente negativa, que protege igualmente su decisión de no reproducirse. De lo señalado cabe deducir que el derecho a la reproducción forma parte del contenido del derecho a la libertad, como una manifestación directa de a autonomía física de la persona, lo que permite al sujeto acceder tanto a la reproducción natural como valerse de las nuevas tecnologías reproductivas, pero, como el resto de los derechos de nuestro sistema constitucional, no es ilimitado”*<sup>47</sup>. Así mismo, GÓMEZ SÁNCHEZ afirma que el derecho a la reproducción es individual, pudiendo ser ejercitado por una única persona (mediante la donación de gametos) o por una única persona concurriendo la voluntad de otra a la que puede estar unida por vínculo matrimonial o no.

Por el contrario, algunos autores niegan la existencia de dicho derecho negando incluso la posibilidad de que el mismo pueda llegar a derivarse de cualquier otro derecho constitucional. Así pues, LASARTE ÁLVAREZ<sup>48</sup> critica que el legislador reconozca que *“la mujer cuenta con derechos que legitiman el nacimiento de una familia sin padre mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida, dejándose inseminar con material reproductor procedente de cualquier banco de órganos”*. En el mismo sentido se pronuncia DÍAZ SOTO<sup>49</sup> que expone lo siguiente, *“tal planteamiento, sustentado en un pretendido “derecho a lo procreación” carente de fundamento constitucional, resulta difícilmente conciliable con las exigencias*

---

<sup>45</sup> GOMEZ SANCHEZ: *“La libertad constitucionalizada en el artículo 17.1 CE no alcanza a cualquier decisión o actividad humana, aunque sí creo que protege las que derivan de la auto determinación física de los sujetos de tal modo que al excluirlas del contenido esencial de este derecho lo varían de contenido y lo desnaturalizarían.”*. GÓMEZ SANCHEZ, YOLANDA., *op. cit.*, pág. 168.

<sup>46</sup> GOMÉZ SANCHEZ, YOLANDA. *“No forma parte del contenido esencial de este derecho la decisión del sujeto acerca de su propia reproducción (ya que esta es un acto de libertad), sino que impide las intromisiones ilegítimas en la vida privada del sujeto y, por ello, alcanza a las decisiones y circunstancias que rodean a la reproducción humana, ya se produzca ésta por medios naturales, ya se haga por medios artificiales legalmente autorizados”*. GOMEZ SANCHEZ, YOLANDA., *op. cit.*, pág. 168.

<sup>47</sup> GOMEZ SANCHEZ, YOLANDA., *op. cit.*, pág. 169.

<sup>48</sup> LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS., *“Derechos de familia. Principios de Derecho Civil IV”*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pág. 326.

<sup>49</sup> LLEDÓ YAGÜE, FERNANDO. *“Comentarios científicos- jurídicos a la sobre técnicas de reproducción humana asistida”*, Madrid. Dykinson. Pág. 107.

*constitucionales*”

### 3. El derecho a conocer el propio origen.

La utilización de técnicas de reproducción humana asistida plantea numerosos problemas, siendo uno de ellos la polémica en torno a la existencia del derecho que se le debería reconocer al concebido a conocer sus verdaderos orígenes biológicos<sup>50</sup> sin ánimo de fijación de la filiación.

Nuestro Código Civil en su art. 180.6 dispone que *“Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos”*. Por consiguiente, nuestro ordenamiento jurídico ya reconoce la existencia de dicho derecho con relación a la adopción<sup>51</sup>. Sin embargo, existe una polémica con relación a la existencia de dicho derecho cuando se hace uso de técnicas de reproducción humana asistida, y especialmente tal polémica surge cuando el padre biológico no coincide a su vez con el padre jurídico.

La mayor parte de la doctrina aboga por la existencia de dicho derecho quedando fundamentado en la dignidad de las personas y en el derecho a la intimidad reconocidos en el art. 10 y 18 de la CE. Es defensor de tal argumento, RIVERO HERNANDEZ el cual a su vez indica que la existencia de dicho derecho ya fue reconocida por la jurisprudencia alemana, considerando al derecho a conocer al propio origen como un derecho fundamental<sup>52</sup>. Por otra parte, QUESADA GONZÁLEZ, afirmaba que *“el derecho a conocer el propio origen contribuye a lograr el desarrollo de la personalidad desde la perspectiva de la moralidad, pues una vez averiguada la filiación podrá ser determinada y los padres biológicos atender a las necesidades del hijo con el afecto del padre o, al menos, haciendo constancia de su identidad”*<sup>53</sup>, por lo tanto, QUESADA GONZÁLEZ reconoce la existencia de dicho derecho elevándolo a la categoría de derecho de la personalidad. Por último, VIDAL PRADO, considera que la existencia de dicho derecho se

---

<sup>50</sup> El reconocimiento legal del derecho a conocer los orígenes biológicos se ha producido a nivel internacional, en concreto, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en cuyo art. 7.3 se establece expresamente que el niño tendrá derecho desde que nace y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. El derecho a conocer la identidad genética en materia de reproducción asistida ha sido elaborado a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño y que como ya se ha manifestado no es más que una reivindicación amparada en la protección de la identidad familiar. Por ello, la identidad genética se configura como un bien o derecho subjetivo de la personalidad.

<sup>51</sup> SÁNCHEZ HERNANDEZ, CARMEN. *“Habitualmente se ha buscado el posible paralelismo existente entre los sujetos que han sido concebidos mediante fecundación humana asistida por la donación de material genético y los sujetos adoptados, respecto de los cuales el derecho a conocer sus orígenes biológicos se encuentra legalmente reconocido. Los dos supuestos tienen en común el posible ejercicio del derecho a conocer los orígenes biológicos sin intención de cuestionar la filiación ya determinada. No obstante, cabe estimar que son realidades diferentes, pues el nacimiento de un hijo a partir de material genético ajeno al menos de uno de los progenitores lo vincula genéticamente con él, cuestión que no se plantea en el hijo adoptado”*. Identidad genética y anonimato en la fertilización asistida. Actualidad Jurídica Iberoamericana, ISSN 2386-4567, IDIBE, núm. 8, feb. 2018. Pág. 139.

<sup>52</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO. *“¿Mater Semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”*. Anuario de derecho Civil, Vol. 50, núm. 1, 1997, págs. 22-27.

<sup>53</sup> QUESADA GONZÁLEZ, MARÍA CORONA *“El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico.”*. Anuario de derecho Civil, Vol. 47, núm. 2, 1994, págs. 245-255.

fundamenta en la libre investigación de la paternidad reconocida en el art. 39.2 CE<sup>54</sup>. El propio Tribunal Constitucional ha declarado que el art. 39.2 de la CE no recoge un derecho que tenga como fin averiguar la identidad del padre, sino un derecho que se le reconoce al hijo para que el mismo descubra quien tiene la obligación legal de prestarle alimento<sup>55</sup>.

El reconocimiento de la existencia de dicho derecho entra en conflicto con numerosos derechos fundamentales, y especialmente cuando se trata de fecundación heteróloga entra en colisión con el anonimato del donante reconocido en el propio art. 5.5 de la LTRHA. Sin embargo, tal conflicto parece ya hoy solucionado tras la STC de 166/1999, de 17 de junio, donde se resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a la primera ley sobre técnicas de reproducción humana asistida de 1988. El Tribunal Constitucional, reconoció que el anonimato del donante no impide la determinación de la identidad de los menores, reconociendo a los hijos el derecho a obtener una información general a través de la cual se garantiza el conocimiento de elementos genéticos de su progenitor biológico, todo esto siempre respetando el anonimato del donante.

Hasta este momento únicamente se ha hecho alusión a la existencia del derecho a conocer el propio origen con relación al conocimiento de la paternidad, sin embargo, también existe el debate de la existencia de dicho derecho cuando lo que se quiera conocer es la identidad de la madre. En este caso, fue de vital importancia y por ello mencionamos la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 2003<sup>56</sup>, en el que se discutía entre el derecho de los hijos a conocer sus propios orígenes y el derecho de su madre de conservar el anonimato. En este caso, el TEDH estimó que no había vulneración ni del art. 8 ni del art. 14 de la Convención y por lo tanto se les reconocía a los demandados su derecho a conocer sus orígenes biológicos. En España, la sentencia que supuso un cambio importante en nuestro ordenamiento jurídico en relación con la determinación de la maternidad y el derecho del concebido a conocer su propio origen fue la STS 776/1999<sup>57</sup>. En esta sentencia, el Tribunal Supremo considero derogado por inconstitucionalidad sobrevenida el art. 47.1 de la Ley del Registro Civil de 1957 y declaro la inaplicación de los arts. 167 y 182 del Reglamento por derogación de la cobertura legal<sup>58</sup>. El Tribunal Supremo consideró necesaria su derogación al entender que dichos artículos permitían que la identidad de la madre pudiera no figurar en el parte médico de nacimiento así como podría la madre negarse a que su identidad constatará en la inscripción registral, claramente esta posibilidad reconocida por estos artículos eran contrarios al principio de libre investigación de la paternidad que reconoce la CE en el art. 39, así como al art. 10 de la CE ya que se verían afectados el derecho a la dignidad tanto del madre como del hijo, el libre desarrollo de su personalidad, así como sus derechos inviolables e inherentes.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> VIDAL PRADO, CARLOS “*El derecho a conocer la filiación biológica*”. Revista Jurídica de Navarra, núm. 2, 1996, págs. 266-270.

<sup>55</sup> IGAREDA GONZÁLEZ, NOELIA., *op. cit.*, págs. 249-277.

<sup>56</sup> STEDH de 13 de febrero de 2003 (caso *Odièvre* contra Francia).

<sup>57</sup> STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 776/1999).

<sup>59</sup> En la actualidad, el art. 44.3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil dispone que “*La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrica-*

## VI. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

### 1. Introducción.

Inicialmente, se debe distinguir entre la concepción meramente biológica, que define a la filiación como la relación de procedencia que vincula a quienes generan un nuevo ser humano de la concepción jurídica, que considera que la filiación es el hecho natural de la generación. Por ello, la relación entre un padre y su hijo no genera efectos jurídicos hasta que la filiación, desde el punto de vista jurídico, no esté determinada. Dicha determinación, puede determinarse por vía judicial o extrajudicial.

La aparición de estas nuevas técnicas de reproducción humana<sup>60</sup>, asistida plantea importantes problemas a la hora de determinar la filiación de los hijos nacidos por medio de ellas.

Las técnicas de reproducción humana asistida fueron, como ya mencionamos anteriormente, reguladas inicialmente por la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, que posteriormente fue modificada por la Ley 14/2006 de 26 de mayo. A través de la cual, se pudo completar y definir un aspecto que no contemplaba el Título V del Libro I del Código Civil, cuando dichas técnicas ya eran una realidad.

Para la determinación de la filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas habrá que acudir a los artículos del 7 al 9 de la LTRHA, a las leyes civiles y a las leyes autonómicas encargadas de la regulación de dicha materia. Ahora bien, tales reglas especiales solo afectan a determinados aspectos de la filiación, para los demás aspectos, acudimos a la normativa general.

Ahora bien, en la determinación de la filiación derivada de dichas técnicas el problema se plantea por el hecho de que el Código civil considera que el padre biológico coincide a su vez con el jurídico. Sin embargo, la LTRHA, abandona el principio de verdad biológica, y se decanta por instituir como padre o madre jurídica a aquél que preste su consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. No solo bastará el consentimiento para determinar la filiación, sino que a su vez debemos tener en cuenta los diferentes títulos de determinación que en atención de si existe o no vínculo matrimonial entre los progenitores, recoge el Código Civil.<sup>61</sup>

---

*ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. Los progenitores realizarán su declaración mediante la cumplimentación del correspondiente formulario oficial, en el que se contendrán las oportunas advertencias sobre el valor de tal declaración conforme a las normas sobre determinación legal de la filiación. En defecto del parte facultativo, deberá aportarse la documentación acreditativa en los términos que reglamentariamente se determinen. El Encargado del Registro Civil, una vez recibida y examinada la documentación, practicará inmediatamente la inscripción de nacimiento. Tal inscripción determinará la apertura de un nuevo registro individual, al que se asignará un código personal en los términos previstos en el artículo 6 de la presente Ley".* Por todo lo expuesto, cada claro que en la actualidad la madre no podrá ocultar su identidad.

<sup>60</sup> ANTONIO ACEVEDO BERMEJO: "Estas técnicas han abierto un escenario absolutamente novedoso en materia de filiación, y esencialmente se refieren a la posibilidad de la inseminación o fecundación artificial y en la implantación in vitro de óvulos previamente fecundados". ACEVEDO BERMEJO, ANTONIO. "Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad". Madrid. Editorial Tecnos. 2013. Pág. 33.

<sup>61</sup> Como excepción a este procedimiento general de determinación de la filiación debemos mencionar la excepción recogida en el artículo 7.3 de la LTRHA, por la cual el simple consentimiento de la conyugue que se somete a dichas técnicas determinara a su favor la filiación del nacido. Según BARBER CÁRCAMO "no se puede entender como un

Previamente a analizar cada supuesto concreto de determinación de la filiación derivada de dichas técnicas, pondremos de manifiesto algunos aspectos de la regulación recogida en la LTRHA que nos servirán para entender mejor el régimen jurídico en materia de filiación contemplado en dicha ley.

- 1) El artículo 5.5 de la LTRHA reconoce que “*la donación será anónima garantizándose la confidencialidad de los datos de identidad del donante por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan*”

Con relación a dicho artículo, el artículo 8.3 con la finalidad de ayudar a aquellas personas que no pueden por sí mismas tener descendencia, pero al mismo tiempo proteger al donante, no se determinara la filiación a favor del donante cuando por algunas de las causas recogidas en el artículo 5.5, se desvele su identidad. Por ello, se deduce del artículo 8.3 que en aquellos supuestos en los que el niño nazca gracias a una donación de óvulo o esperma, o de ambos, ajenos a la pareja, el Derecho atribuirá la paternidad o maternidad, a los padres no biológicos, distintos del donante de gameto.

En conclusión, queda garantizado el anonimato, así como la imposibilidad de que se pueda atribuir la paternidad a los donantes, ni tampoco se podrá iniciar ninguna acción que tenga como finalidad la reclamación de la paternidad<sup>62</sup>.

- 2) La LTRHA, en su artículo 10, deja bastante claro que en nuestro país “*será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”. Pese a la nulidad de este convenio, una vez practicadas las técnicas de reproducción asistida, se debe determinar la filiación. Para ello, se sigue el criterio del parto como elemento determinante de la filiación materna.
- 3) En la LTRHA, se reconocen dos supuestos polémicos, por una parte, se reconoce la doble maternidad, así como la fecundación *post mortem*, sobre ambos supuestos hablaremos más detenidamente en el siguiente epígrafe.
- 4) Por último, reconocer la importancia que la LTRHA le da al consentimiento, el cual para que sea válido debe prestarse cumpliendo unos requisitos, que son mencionados en el artículo 6, tales como que la mujer que vaya a someterse a dichas técnicas deberá prestar su consentimiento por escrito y de manera libre, expresa y conscientemente. Así mismo, la pareja de quien que vaya a someterse a las técnicas de reproducción humana asistida, deberá a su vez prestar su consentimiento con carácter previo a la realización de estas, de manera libre, consciente y formal.

---

*nuevo título de determinación de la filiación, ligado a la voluntad, pero esencialmente distinto al reconocimiento.*” Reproducción Asistida y determinación de la Filiación, REDUR, núm. 8, diciembre 2010, pág. 29.

<sup>62</sup> LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO., *op. cit.*, pág. 93.

Así mismo, el consentimiento debe ser, en base al artículo 8, formal, previo y expreso.

La relevancia del consentimiento, y más la importancia de que el mismo reúna tales requisitos, tendrá su relevancia en el régimen de acciones, como veremos más adelante.

En el siguiente apartado, procederemos a analizar y estudiar como nuestro ordenamiento jurídico determina la filiación derivada de dichas técnicas, para lo cual y con carácter previo debemos manifestar que nuestro ordenamiento hace una distinción en esta materia en función de la existencia o no de matrimonio. Por lo cual la filiación puede tener su origen dentro del matrimonio, lo cual da lugar a la filiación matrimonial o por el contrario puede tener su origen en una situación legal no basada en la institución matrimonial, denominándose filiación extramatrimonial.<sup>63</sup>

Así mismo, nuestro ordenamiento jurídico, realiza una segunda distinción, entre fecundación homóloga y heteróloga. Hablaremos de filiación homóloga cuando se empleen gametos masculinos procedentes del cónyuge, o en su caso del varón que consiente la fecundación y asume así la paternidad. Hablamos de fecundación heteróloga, cuando se hace uso de gametos masculinos procedentes de un donante, que renuncia a la paternidad.

## 2. Determinación extrajudicial.

### 2.1. Filiación matrimonial.

#### 2.1.1. Homóloga.

La fecundación homóloga es aquella por la que se manipula los gametos de la mujer (óvulos) y los gametos de su conyugue (semen). Dicha manipulación permite sustituir la concepción natural en aquellos casos en los que exista alguna imposibilidad o deficiencia para engendrar por parte de uno o ambos conyugues.

De todos los supuestos a los que da lugar la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, nos encontramos ante el supuesto menos conflictivo. Y está menor conflictividad se debe al hecho de que se recurre a dichas técnicas en el seno de un matrimonio, lo que aporta una mayor seguridad jurídica y además la fecundación tiene lugar con los óvulos de la mujer y el semen de su marido, para lo cual deberá mediar previo consentimiento de este<sup>64</sup>. Es esta razón lo que explica que se trata de un supuesto menos conflictivo puesto que existirá una perfecta coincidencia entre la verdad biológica y la jurídica, es decir, coincidirá los padres biológicos, siendo estos los que aportan el material genético, así como los padres jurídicos, que constarán como progenitores del descendiente en el Registro Civil. De manera, que pese a aplicarse una técnica de reproducción humana asistida, la determinación de la

---

<sup>63</sup> ACEVEDO BERMEJO, ANTONIO. *op. cit.*, pág. 36.

<sup>64</sup> Artículo 6.3 LTRHA “Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal”

filiación se llevará a cabo de igual modo que si se tratará de una fecundación natural sin el empleo de dichas técnicas.

#### 2.1.1.1. *Inter vivos*.

Para los supuestos *Inter vivos*, y como consecuencia de que se trata de una fecundación homóloga, la LTRHA no establece ninguna particularidad en relación con la determinación de la filiación, y tal y como indica el artículo 7.1 de dicha mencionada Ley “*La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, salvo las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos*”.

Dicha remisión a la Leyes civiles supone que la filiación en estos casos se determine en base a los artículos 115 a 119 del Código Civil. Se trata por tanto, de una filiación matrimonial de acuerdo con los artículos 108, 115 y siguientes del Código Civil, que se determinara de forma sencilla: la maternidad vendrá determinada por el parto, como consecuencia de que la reproducción asistida se ha llevado a cabo por la gestante y con óvulo propio; Por lo que respecta a la paternidad, nos remitimos al artículo 116 del CC., por lo que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución o separación de los conyugues. Dicha presunción se basa en la proximidad de la situación con la familia natural, y no siempre se basa en quien es efectivamente el padre, sino en quien tiene más probabilidad de serlo. Se trata por tanto de una probabilidad que se basa en una constatación social, que no debe tener necesariamente una base biológica, aunque en estos supuestos tal base si exista al utilizarse los gametos del marido.<sup>65</sup>

Cuando se haga uso de los gametos del marido y concurra el consentimiento necesario del mismo, se determinará la paternidad a su favor, ya que en este supuesto coincide tanto la paternidad biológica o genética con la volitiva. Por ello, la paternidad se determina al igual que si se tratara de una inseminación natural.

Determinada la filiación se inscribirá como matrimonial, de acuerdo con los plazos<sup>66</sup> recogidos en los artículos 42 de LRC y 166 del RRC. La filiación matrimonial quedará determinada mediante la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los progenitores, conforme al artículo 115 del CC. 48 de LRC Y 181 del RRC.

Ahora bien, para que pueda tener lugar la inscripción de la filiación matrimonial, el artículo 118 del CC., exige el consentimiento de ambos conyugues. Esto supone que el consentimiento exigido por el artículo 6.3 de la LTRHA no equivale al consentimiento exigido por el artículo 118 del CC. Esto supone, que el marido puede consentir el uso de su material genético para realizar las técnicas de reproducción humana asistida en su mujer, sin embargo, no prestar su consentimiento para la inscripción del hijo como matrimonial. Para estos casos se deberá determinar judicialmente la

---

<sup>65</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER. “*Consentimiento a las técnicas y efectos*.”, Anuario de Derecho Civil, núm. LXVIII-I, enero 2015, pág. 36.

<sup>66</sup> Según redacción RD/1917/1986, de 29 de agosto; el plazo es de 24 horas y 8 días siguientes al parto, ampliándose hasta 20 días cuando se acredite causa justa, que habrá que constar en la inscripción.

filiación mediante una acción de reclamación.

### 2.1.1.2 *Post Mortem*.

El supuesto más conflictivo dentro de la fecundación homóloga, es el que aparece regulado en el artículo 9 de la LTRHA, bajo el enunciado “*Premoriencia del Marido*”.

Actualmente y gracias a los avances científicos y médicos, existe la posibilidad de mantener congelados durante un largo periodo de tiempo espermatozoides eyaculados y testiculares, embriones, y recientemente cabe la posibilidad incluso de congelar ovocitos y tejido ovárico. Esta posibilidad, junto con la de poder llegar a utilizar este material en técnicas de reproducción humana asistida (siendo incluso posible su utilización sin necesidad de que estén vivos los progenitores) pone de manifiesto tanto a nivel ético como a nivel jurídico un problema de interés, pudiendo verse afectados tanto los intereses del progenitor fallecido, de la mujer que desea hacer uso de ese material, así como los intereses del futuro recién nacido.<sup>67</sup>

De una forma sintética cabe afirmar que la regla general recogida en el apartado primero del artículo 9 de la LTRHA, supone la prohibición a tal hipótesis, por lo cual “*no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse a efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de estas técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón*”. Sin embargo, en el apartado segundo del artículo 9 de la LTRHA, así como en su apartado tercero, pero con respecto al varón no casado, nos encontramos con una excepción a dicha regla general por lo cual se permitirá su práctica, pero supeditada a una doble condición.

En primer lugar, para la utilización del material genético del marido fallecido, el mismo debe prestar su consentimiento. Dicho consentimiento para que sea válido deberá reunir una serie de características, por lo cual, y en primer lugar el consentimiento debe ser personalísimo, no pudiendo ser prestado por representante legal. En este sentido, debemos mencionar el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, 3 de Noviembre de 2000<sup>68</sup>, por el que se entiende que “*el consentimiento del fallecido a la fecundación de la mujer no puede ser suplido por el consentimiento de los parientes más próximos o una autorización judicial debido a la exigencia de la expresión de un consentimiento de naturaleza personalísima y sobre la cual debe ser informada el cónyuge premuerto al someterse a la extracción correspondiente para el depósito de su semen*”. Más recientemente, cabe mencionar Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de junio de 2010<sup>69</sup>, por el cual se deniega la autorización judicial que solicitaba la demandante para la utilización del material genético de su marido fallecido, al entender que “*la autorización requerida es personalísima, sin que pueda ser suplida por nadie y menos aun cuando ya se ha extinguido la personalidad civil por la muerte de la persona (artículo 32 CC.) y formal, sin que quepa ser suplida por otras pruebas documentales o*

---

<sup>67</sup>RODRIGUEZ GUITÍAN, ALMA .MARÍA, “*Reproducción Artificial Post Mortem*”. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2013. Pág. 75.

<sup>68</sup> AAP de A Coruña de 3 de noviembre de 2000 (AC 2010/1707).

<sup>69</sup> AAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2010 (AC 2010/1755).

*testificales*”. Así mismo, a la hora de prestar el consentimiento debe quedar debidamente identificada la mujer que tras la muerte del varón vaya a ser fecundada con su material genético<sup>70</sup>.

Dicho consentimiento debe ser un consentimiento expreso, no bastando con el hecho de que el marido haya consentido en vida que su mujer se someta a la práctica de técnicas de reproducción asistida, haciendo uso para las mismas su propio material genético. A tal efecto, cabe mencionar el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007<sup>71</sup>, por el que se recalca la importancia de que medie un consentimiento expreso del fallecido pues “*sin una voluntad expresa es extremadamente difícil saber si la persona ya fallecida hubiera querido que naciera un hijo suyo al que nunca podría criar o conocer*”

Por lo tanto, es necesario un consentimiento específico, si bien existe una excepción contemplada en el apartado segundo por la cual se presume el consentimiento del fallecido cuando la cónyuge sobreviviente ha estado sometida a un tratamiento de reproducción asistida y con anterioridad al fallecimiento ya se hubiera constituido el preembrión.

Así mismo, el consentimiento debe ser formal. Con la vigente LTRHA, se amplían las formas en las que el marido puede prestar su consentimiento, pues a diferencia de la LTRA que solo permitía que se prestará consentimiento mediante escritura pública o testamento, el artículo 9.2 de la LTRHA permite que el consentimiento se preste tanto en el documento al que se refiere el artículo 6.3 de dicha Ley, en escritura pública, en testamento o en un documento de instrucciones previas. La importancia de la formalidad del consentimiento, queda latente y de nuevo nos remitimos al Auto del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007, por el cual deniega la autorización solicitada por la mujer del fallecido para hacer uso de su material genético, ya que con anterioridad al fallecimiento el varón no prestó su consentimiento ni en escritura pública, ni en testamento, ni en el documento de instrucciones previas, y que el consentimiento prestado en el documento al que hace referencia el artículo 6.3 no determina *per se* el consentimiento para la utilización de su material genético después de su muerte, debiendo manifestarse el marido expresamente sobre este particular en el citado documento.

Por último y con relación al consentimiento, el artículo 9.2 establece que “*el consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas*” Este artículo, sin embargo, no hace mención a la obligatoriedad formal a la hora de hacer la revocación, lo que hace suponer la posibilidad de manifestar dicha revocación de manera distinta a aquella en la que se manifestó el consentimiento<sup>72</sup>

La segunda condición que permitirá la utilización del material genético del fallecido es el plazo temporal para la inseminación. Tanto en la Ley de 2006 como en la Ley 1988 el artículo 9 establece

---

<sup>70</sup> OCHOA MARIETA CARMEN, en LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO “*Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)* Madrid. Dykinson, S. L. Pág. 124.

<sup>71</sup> AJIP de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007 (AC 2011/553).

<sup>72</sup> RODRIGUEZ GUITÍAN, ALMA .MARÍA *op. cit.*, pág. 74.

un plazo de tiempo, que comienza a contar desde el fallecimiento del varón. La Ley de 2006 ha ampliado el plazo en relación con la Ley de 1988, de un plazo de 6 meses, actualmente nos encontramos con un plazo de 12 meses. Por lo cual, y como una excepción al artículo 11.1 de la LTRHA, por el que se exige que el semen crioconservado del varón solo pueda ser conservado durante la vida del mismo, la ley posibilita que durante los doce meses siguientes al fallecimiento del marido su semen sea crioconservado, en espera de que la mujer sea inseminada con él<sup>73</sup>.

Una vez que se cumplan ambas condiciones puede tener lugar la fecundación post mortem. La filiación materna del hijo nacido se determinará a favor de está y la filiación paterna a favor del padre fallecido que previamente habría prestado su consentimiento y conservado su material genético. Así mismo, y aunque inicialmente fuera debatido por la doctrina, la LTRHA establece que “la generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.”

### 2.1.2 Heteróloga.

La fecundación heteróloga se distingue por el hecho de que habrá una intervención de un tercero, es decir, la mujer será inseminada con material genético de un donante. Se hará uso de esta práctica cuando, por ejemplo, el esperma del conyugue no retenga la cantidad necesaria exigida para procrear, o bien cuando exista una alta probabilidad de que a través de este elemento se transmita al recién nacido alguna enfermedad o anomalía genética.

A su vez, podemos distinguir entre la fecundación heteróloga total, cuando los gametos no provengan de ninguno de los miembros de la pareja y por otro lado nos encontramos con la fecundación heteróloga parcial, en la cual participa uno de los elementos de la pareja teniendo por ello una contribución genética del 50%.

Este tipo de prácticas se pueden llevar a cabo tanto por parejas casadas como por parejas no casadas. En este apartado, analizaremos los supuestos de inseminación heteróloga realizadas en el seno de un matrimonio, lo cual dará lugar a la determinación de una filiación matrimonial. Y como consecuencia, de que desde el año 2007 está permitido en nuestro país el matrimonio homosexual, la LTRHA contempla la posibilidad de que se determine la filiación a favor de la conyugue de la mujer que ha accedido a dichas técnicas con material genético de donante.

#### 2.1.2.1 Matrimonio heterosexual.

La LTRHA, contempla este supuesto en su artículo 8.1: “*Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución del donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación*”. Dicha regla general, por la que se impide impugnar la filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida previamente consentidas es una clara manifestación de la doctrina de los actos propios, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> RODRIGUEZ GUITÍAN, ALMA MARÍA, *op. cit.*, pág. 76.

<sup>74</sup> FARNÓS AMORÓS, ESTHER. *op. cit.*, pág. 96.

Pese a que el propio artículo no se pronuncia explícitamente acerca de la determinación extrajudicial de la filiación, la propia ley impone una presunción “*iuris et de iure*”, siendo el consentimiento prestado por el marido un elemento determinante, junto con la imposibilidad de impugnar la filiación matrimonial, para que se determine la paternidad a su favor pese a la no coincidencia del elemento biológico y volitivo.

A tal efecto, la jurisprudencia ha sido clara y para ello cabe mencionar STSJ de Cataluña 28/2007, de 27 de septiembre<sup>75</sup> en la cual se “...establece que la maternidad se determina por el parto y la paternidad, si interviene donante y la mujer está casada, se atribuye al marido si ha consentido la procreación artificial. En este caso no puede impugnar la paternidad del niño sobre la base de la procreación artificial...” “...para inscribir como hijo matrimonial al nacido como consecuencia de estas técnicas, cuando se trata de mujer casada no separada, bastará el certificado del médico respecto del alumbramiento de la madre y la constancia del matrimonio respecto del padre por lo que no se exige para la inscripción que conste como documento indubitado el consentimiento del marido (a diferencia de lo que ocurre con el varón no casado...)” la sentencia analizada prosigue afirmando que “...desde el punto de vista administrativo y sanitario la Ley exige el consentimiento del marido cuando la técnica se aplica a la mujer casada es a los solos efectos de poder serle atribuida la paternidad que no coincide con la biológica. Entenderlo de otro modo sería tanto como admitir la necesidad de licencia marital, ya proscrita en nuestro derecho...” para terminar, confirma que “...el marido tuvo la voluntad procreacional por haberse constatado que era estéril y descartado por tanto la procreación por naturaleza, aceptó la donación de semen de donante anónimo, consintió el uso de la técnica que se implementó a su esposa en el momento en que tuvo lugar la concepción y por tanto debe asumir las consecuencias jurídicas de tal decisión. Lo contrario supone una deslealtad hacia la entonces esposa, un perjuicio para la menor y una injustificada mutación del estado civil que debe gozar de la máxima seguridad jurídica...” De igual manera, la opción de la LTRHA de reconocer la filiación derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida Heterólogas fue comentada por la STC 116/1999<sup>76</sup>, por la cual el TC declara que “no hay una correspondencia obligada entre las relaciones paterno- filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación, siendo perfectamente lícita, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre padre biológico y padre legal”.

Por consiguiente, si media consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación con contribución del donante, por parte del marido, el nacido es considerado legalmente hijo suyo pese a utilizar material genético de donante<sup>77</sup>, en virtud de las leyes civiles a las que deriva el artículo 7.1 de la LTRHA, junto con la prohibición de impugnar la paternidad de acuerdo con el mencionado artículo 8.1 de la LTRHA. De esta manera, se pone de manifiesto la prevalencia del elemento volitivo ya que pese a ser el donante quien aporta el material genético, en virtud de artículo 8.3 de la LTRHA, nunca

---

<sup>75</sup> STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2007 (RJ 2007/28).

<sup>76</sup> STC de 17 de junio de 1999 (RTC 116/1999).

<sup>77</sup> PÉREZ MONGA considera que “Si la fecundación se ha realizado con material genético del donante, la filiación paterna no se funda en la biológica, sino exclusivamente en el consentimiento prestado por el marido, lo que ha llevado a afirmar, que estamos ante un nuevo título de atribución de la paternidad”. PÉREZ MONGE, MARINA., “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”. Madrid, Colegio de Registradores, 2002. Pág. 116.

verá determinada la filiación a su favor.

Esto no quiere decir, que el consentimiento se convierta en título de determinación de la filiación, sino que, al remitirnos, el propio artículo 7.1 de la LTRHA a las reglas contenidas en el Código Civil operará la presunción contemplada en el artículo 116 del CC. La presunción de paternidad opera automáticamente, haya prestado o no consentimiento el cónyuge de la mujer que se somete a las técnicas de reproducción humana asistida. Ahora bien, y en virtud del artículo 117 del CC., el conyugue puede destruir tal presunción de paternidad mediante declaración auténtica en contrario que se podrá formalizar dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto, cuando el hijo hubiera nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

Pese a que el artículo 8.1 de la LTRHA hable de la impugnabilidad de la filiación, debemos entender que la presunción de la paternidad matrimonial si será impugnable cuando no exista consentimiento por parte del marido, existan vicios en el consentimiento o no cumplan el mismo con los requisitos formales. Pudiendo en tal caso, ejercitar una acción de filiación como veremos más adelante.

#### 2.1.2.1. Matrimonio homosexual: El paradigma de la doble maternidad por naturaleza.

El origen de dicha cuestión deriva del artículo 32 de la CE, al declarar que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. De esta manera, la Ley 13/2005, en su exposición de motivos, justificaba el matrimonio homosexual<sup>78</sup> al expresar que *“la relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y la política social”*. Ahora bien, ni la Ley 13/2005, ni la posterior redacción de la Ley 14/2006 respondían a las reivindicaciones que en materia de filiación realizaban los colectivos homosexuales. La Ley 13/2005, permitió modificar el Código Civil en el derecho a contraer matrimonio y con ello posibilitó la adopción conjunta por ambos miembros de la pareja, encontrándonos ante un supuesto de filiación adoptiva puesto que ambos conyugues adoptaran conjuntamente, así como concedió la posibilidad de que uno de los miembros de la pareja adoptara al hijo del otro miembro cuya filiación ya estaba determinada, por lo que nos encontraríamos ante una filiación por naturaleza en un caso, y por otro lado con una filiación adoptiva.

En el año 2007, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, fue modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. De dicha modificación resultó la incorporación del apartado 3º al artículo 7, a través de su DA 1º, por lo que se introdujo lo que en derecho se conoce como *“doble maternidad por naturaleza”*. Con dicha modificación, se permitió que la conyugue de la mujer gestante, y siempre que hubiera prestado su consentimiento para que su conyugue se sometiera a las técnicas de reproducción asistida, pudiera ver determinar a su favor la filiación por naturaleza, por lo

---

<sup>78</sup> Se trata de una realidad que no solo se refleja en la sociedad española, y por ello es necesario mencionar la resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, en la que se solicita de manera expresa a la Comisión Europea una propuesta de recomendación con la finalidad de eliminar de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros cualquier prohibición relativa al matrimonio homosexual, garantizando a las parejas homosexuales los mismos derechos y beneficios que alcanzan las parejas heterosexuales al contraer matrimonio.

que nos encontraríamos con una filiación por naturaleza doble.

En la actualidad y de conformidad con la legislación española, no existen dudas acerca de que en los supuestos de parejas de mujeres que han contraído matrimonio se podrá determinar a favor de ambas la filiación por naturaleza. En el caso de la mujer gestante, que se ha sometido a técnicas de reproducción humana asistida haciendo uso de material genético de un donante y de conformidad con la regla *mater siempre certa est*, la filiación vendrá determinada por el parto. Por lo que respecta a la cónyuge de la gestante, por aplicación del artículo 7.3 de la LTRHA, también se podrá determinar a su favor la filiación por naturaleza siempre y cuando preste su consentimiento, poniéndose nuevamente de manifiesto que la filiación deja de basarse en el elemento biológico para darle preponderancia a la existencia de una voluntad previa. Así mismo tal consentimiento debe cumplir con una serie de requisitos legales:

3. El artículo 7.3 de la LTRHA exige que el consentimiento debe ser prestado mediando matrimonio entre ambas mujeres sin hallarse los cónyuges separados legalmente o, de hecho, y antes del nacimiento del hijo<sup>79</sup>. Este último requisito, no sigue vigente tras la modificación que ha realizado la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, del tercer apartado del artículo 7 de la LTRHA, pudiendo prestarse el consentimiento con anterioridad o con posterioridad al nacimiento del mismo.
4. La reforma introducida por la Ley 19/2015 establece en su artículo 44.5 que “*también constara como filiación matrimonial cuando la madre estuviera 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 del hijo nacido de su cónyuge*”. De ello, se deduce que el consentimiento debe manifestarse mediante declaración registral.

Cumpléndose con tales requisitos, se le atribuye directamente la filiación del nacido, constando en el Registro Civil una doble filiación materna por naturaleza y rompiendo con la regla general de que la filiación materna se determina por el parto. BARBER CÁRCAMO manifiesta que nos encontramos ante un nuevo título de determinación de la filiación<sup>80</sup>, puesto que en estos supuestos es el consentimiento de la cónyuge lo que determina la filiación, sin necesidad alguna de acudir con posterioridad a los títulos de determinación de la filiación recogidos en el propio Código Civil. Es de vital importancia poner de manifiesto que el consentimiento manifestado por la cónyuge que sirve a su vez como título para la determinación de la filiación, nada tiene que ver con el consentimiento por

---

<sup>79</sup> Existe una doctrina de la Dirección General de los Registros, negando la maternidad de la cónyuge cuando se realiza la declaración sin que medie matrimonio entre las mujeres (RDGR (3º) de 12 de enero 2011. (JUR 2012,64031)). Así como en la RDGR (8º) de 26 de noviembre 2008 (RJ 2010/459) no se reconoce la maternidad de la conyugue de la mujer gestante al no poder excluirse el requisito de que llegue el consentimiento de la cónyuge de la madre al Registro antes del nacimiento del hijo. De igual forma, y tal y como se puede apreciar en la RDGR (12º) de 5 agosto 2013, no se reconocerá la maternidad de la cónyuge cuando la declaración se realice a su vez con posterioridad al nacimiento.

<sup>80</sup> BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES. “*Reproducción asistida y determinación de la filiación*”, REDUR, núm. 2, 2004. Págs. 29.

el cual se autoriza la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, así pues en palabras de RODRIGUEZ GUITIÁN: “Es muy importante caer en la cuenta de que el consentimiento al que se refiere el artículo 7.3 LTRHA es muy distinto al consentimiento para autorizar el uso de las técnicas de reproducción asistida, consentimiento este último al que en ningún momento se refiere el legislador cuando regula la doble maternidad. El consentimiento al que alude tal precepto se hace para la determinación de la filiación de nacido a favor de la cónyuge declarante no gestante”<sup>81</sup>.

El apartado 3º del artículo 7 de la LTRHA no exige que se preste consentimiento por parte de la conyugue gestante para que se determine a favor de su pareja la filiación del recién nacido. Por último, para el caso de que no medie consentimiento de la esposa, al igual que ocurría en los supuestos de matrimonios heterosexuales, no existiría elemento volitivo para determinar la maternidad de está. Por esta razón, no se le podrá relacionar jurídicamente con el recién nacido, sin perjuicio de que pueda tener lugar la determinación de la filiación mediante reconocimiento de complacencia.

## 2.2. Filiación no matrimonial.

Como ya se ha señalado con anterioridad, la filiación no matrimonial tendrá lugar cuando los progenitores no se encuentren casados entre sí, tal y como señala el propio artículo 108 del CC. La filiación no matrimonial va a englobar tanto los supuestos en los que los progenitores conviven entre sí, como los supuestos en los que no existe entre en el padre y la madre ni vínculo afectivo ni convivencia. La propia Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su propio artículo 8.2 habla de “varón no casado” o “varón no unido por vínculo matrimonial”, de ello se deduce que la no existencia de un vínculo matrimonial entre progenitores no supone ninguna aplicación de regla especial por lo que respecta a la determinación de la filiación.

### 2.2.1. Homóloga.

#### 2.2.1.1. *Inter Vivos*.

La LTRHA no contempla norma específica relativa al supuesto de pareja no casada, en la que medie consentimiento del varón y se proceda a las prácticas de las técnicas de reproducción asistida correspondiente, empleando para ello material genético del varón. Por ello, y de conformidad con el artículo 7.1 de la LTRHA habrá que aplicar las reglas previstas en los artículos 120 a 126 del CC. sobre filiación no matrimonial. Como consecuencia de que en la filiación no matrimonial no rige la presunción de paternidad, la paternidad no se imputa ni inicial, ni provisionalmente a ningún varón. Es por ello por lo que pese a coincidir el elemento biológico con el elemento volitivo, el padre para ver determinada su paternidad deberá acudir a los títulos de determinación recogidos en el artículo 120 del CC. De la amplia variedad de formas ofrecidas por el Código Civil para la determinación extrajudicial de la paternidad, las mismas quedan reducidas a dos fórmulas básicas, el reconocimiento de la paternidad ante el encargado del Registro Civil y la resolución derivada de expediente registral (120.2 CC.). A estas dos fórmulas básicas, se le une a raíz de la reforma de la Ley 19/2015, de 13 de

---

<sup>81</sup> RODRIGUEZ GUITIÁN, ALMA. MARÍA, “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad” en FARNÓS AMORÉS, E., Y BENAVENTE MOREDA, P. Amorós, E.,(coord.) “Treinta Años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual” Madrid, Ministerio de Justicia, 2015.

julio, de medidas de reformas administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, la declaración conforme realizada por el padre en el momento de la inscripción del nacimiento mediante formulario oficial (120.1 CC.).

A continuación, analizaremos la importancia que tendrá el consentimiento para la utilización de dichas técnicas, tanto en relación con el reconocimiento y el expediente registral.

Partimos del hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la filiación matrimonial, no resultara de aplicación la presunción recogida en el artículo 116 del CC. Por lo tanto, la paternidad del hijo no se atribuye a ningún varón pese a que coincida plenamente el elemento biológico y volitivo. Volvemos a mencionar que para que el padre vea determinada su paternidad acudirá a los mecanismos de determinación extrajudicial recogidos en el artículo 120 del CC.

De confirmad al artículo 120.1 CC. y para los casos de fecundación homologa y siempre y cuando el varón haya prestado su consentimiento para el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida haciendo uso para ello de su material genético, verá determinada su paternidad si reconoce al hijo. VERDERA SERVER dice respecto de tal consentimiento que pese a ser “formal, previo y expreso” (8.1 LTRHA) y cumplir con los requisitos “expresión libre, consciente y formal” (6.3 LTRHA) no podemos considerar que tal consentimiento reúna las exigencias formales que exige el propio artículo 120 LTRHA. Por ello, VERDERA SERVER considera que *“la expresión consentimiento a esas técnicas de reproducción asistida no excluye la necesidad de que quien pretende reconocer su paternidad vuelva a prestar su consentimiento para que se determine extrajudicialmente esa filiación”*.<sup>82</sup>

Como regla general, la determinación de la paternidad mediante reconocimiento exige a su vez la concurrencia del consentimiento del hijo mayor de edad (23 CC.) o para los casos en los que el hijo sea menor de edad o incapaz, valdrá con el consentimiento de su representante legal o la aprobación judicial en los términos recogidos en el propio artículo 124.1 del CC.

Para los casos en los que el varón no casado pretenda establecer extrajudicialmente su paternidad acudiendo para ello al expediente registral que menciona el artículo 120.2 del CC., las circunstancias en las que se podrá basar dicho expediente para establecer la paternidad aparecen recogidos en el propio artículo 44. 7 de la LRC, siendo las siguientes:

1. Existencia de un escrito indubitado del padre en que expresamente se reconozca la filiación.

---

<sup>82</sup> VERDERA SERVER, RAFAEL, “Comentario a los artículos 7 y 8”. “Comentario al artículo 9” en COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.) “Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi. Pág. 292.

2. La posesión continua del estado de su hijo del padre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

VERDERA SERVER considera que en relación con el escrito indubitado podría aplicarse analógicamente, el artículo 8.2 de LTRHA. Dicho artículo resulta ser aplicable en los supuestos de fecundación heteróloga entre parejas no casadas, siendo el propio artículo el dispone que se debe considerar como tal “a los efectos previstos en el apartado 8 de artículo 44 de la LRC”, al documento por el que se consiente la fecundación.<sup>83</sup>

Puede darse el supuesto de que el varón no casado, no desee establecer extrajudicialmente su paternidad, pese a la concurrencia del elemento biológico y volitivo. En este caso, el varón deberá limitarse a no reconocer <<ex>> art. 120.1 del CC. Tampoco el expediente registral de los artículos 120. 2 CC. y 44.7 LRC podrá servir para la imputación extrajudicial de la paternidad sin que medie su consentimiento

Por último, y en relación con este apartado, en los casos en los que la fecundación homóloga se produzca sin el consentimiento del conviviente, ni el Código Civil, ni la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida imputan inicialmente la paternidad a dicho conviviente. Si el conviviente desea ser considerado padre del nacido, podrá acudir a las fórmulas que ya hemos descrito, para el caso de que no desee establecer la paternidad respecto del hijo, se limitará a no reconocer su paternidad <<ex>> art 120.1 del CC. El expediente registral de los artículos 120.2 del CC. y 44.7 LRC en estos supuestos carecen de transcendencia, debiendo prestar el conviviente su oposición razonada<sup>84</sup>.

#### 2.2.1.2. *Post Mortem*

De igual modo que en la filiación matrimonial derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida, cabe también la filiación no matrimonial del hijo nacido por fecundación homóloga empleándose para ello el material genético del varón fallecido. En este apartado nos remitimos a lo ya explicado en el apartado 2.1.1.2, con relación a la fecundación *post mortem* existiendo entre ambos progenitores un vínculo matrimonial.

Al igual que ocurre en la filiación matrimonial, el varón deberá prestar su consentimiento de conformidad al artículo 9.3 de la LTRHA, que prevé los mismos plazos y la misma forma prevista en el artículo 9.2 de la LTRHA para los supuestos de pareja casada.

---

<sup>83</sup> La redacción del artículo 8.2 de la LTRHA resulta errónea ya que literalmente dispone “Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleja el consentimiento (...)” sin embargo, se refiere al apartado 7 del art 44 de la LRC, que es donde se encuentra regulado el expediente registral.

<sup>84</sup> COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO. “Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. Navarra. Editorial Aranzadi. S.L. 2009. Pág. 290.

El artículo 9.3 establece que el consentimiento del varón no casado es título que permite iniciar el expediente regulado en el artículo 44.7 de LRC, sin perjuicio de que a su vez se pueda ejercitar la acción de reclamación de la paternidad. Parte de la doctrina contempla la posibilidad de que, sin necesidad de acudir al expediente registral, sirva como título de determinación legal de la filiación no matrimonial el testamento o escritura pública donde conste el consentimiento del varón conviviente.<sup>85</sup>

### 2.2.2. Heteróloga.

En el ámbito de la filiación no matrimonial cabe la posibilidad igualmente de que la mujer que no haya contraído matrimonio pueda someterse a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida con contribución de donante. La LTRHA contempla dos supuestos en los que podrá tener lugar la fecundación heteróloga pese a no existir un vínculo matrimonial. La primera posibilidad contemplada por la ley tendrá lugar cuando medie consentimiento del varón conviviente, siendo este consentimiento lo que posibilita que se determine a su favor la paternidad del hijo que ha nacido a través de inseminación artificial haciendo uso de material genético de un donante; La segunda posibilidad contemplada por la ley, es que sea la propia mujer sola quien se someta a dichas técnicas de reproducción asistida con contribución de un donante, en este caso el hijo nacido solo verá determinada su filiación materna, no así la paterna puesto que como ya hemos mencionado en otras ocasiones, el donante nunca verá determinada la paternidad a su favor.

#### 2.2.2.1. Con consentimiento del varón no casado.

En este supuesto, una mujer será receptora de material genético de un donante previo consentimiento de un varón al que no está unida por vínculo matrimonial, ni en el momento de realización de las técnicas, ni en el nacimiento.

Las características de este supuesto son similares al supuesto ya analizado en el apartado 2.2.1.1. Si bien es cierto, que en el supuesto de fecundación homóloga entre pareja no casada con consentimiento del conviviente si existía una coincidencia entre el elemento biológico y volitivo, y en este caso solo coincide el elemento volitivo, la solución es prácticamente la misma, por la cual el varón verá determinada a su favor la filiación del nacido. Para ello, el varón no casado deberá haber prestado su consentimiento ante el centro o servicio autorizado previamente a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, tal y como reconoce el propio artículo 8.2 de la LTRHA. Ahora bien, el consentimiento al empleo de dichas técnicas no valdrá por sí mismo para la determinación de la filiación, por lo que se deberá acudir a los títulos de determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial contemplados en los arts. 120 y ss. del CC.<sup>86</sup> El papel que juega el consentimiento según el propio artículo 8.2 de la LTRHA, es que el mismo es considerado como un escrito indubitado a los

---

<sup>85</sup> COBACHO GÓMEZ, JOSÉ.ANTONIO., *op. cit.*, pág. 348.

<sup>86</sup> RAFAEL VERDERA SERVER: “*El legislador ha diseñado el art. 8.2 LTRHA justamente para dar una solución a este tipo de situaciones. Sin embargo, en la mayoría de las situaciones será más sencillo, si los interesados están de acuerdo, que el conviviente reconozca la paternidad con el consentimiento de la madre, al amparo de los arts. 120.1 y 124.1 CC.*” VERDERA SERVER, RAFAEL., “*Comentario a los artículos 7 y 8*” en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ., *op. cit.*, pág. 297.

efectos de tramitar el expediente registral (44.7 LRC).

Para los casos en los que el consentimiento no sea prestado por el varón no casado, no concurriría ni el elemento genético ni el volitivo, y como ya hemos mencionado en la filiación no matrimonial no existe imputación inicial de paternidad. Por ello en principio, no podrá atribuirse la paternidad ni prosperaría una acción de reclamación de paternidad frente a dicho conviviente <sup>71</sup>. Así lo expone la Audiencia Provincial de Barcelona al estimar el recurso de apelación de una mujer que solicitó la impugnación de la paternidad de su expareja por ausencia de consentimiento. De esta manera expresa que *“hemos de examinar si en el caso concurrió dicho consentimiento como acto eficaz sobre la base de su verdad intrínseca o sobre la base de una voluntad libre y conscientemente manifestada, y si tal consentimiento consta en documento público, pues el reconocimiento o consentimiento para la inseminación artificial por donante anónimo en el caso de parejas more uxorio, no tendrá mero valor confesorio o declarativo porque implicará la aceptación voluntaria del hijo como propio, más allá de la pura verdad biológica o genética, pues de otra suerte obtendríamos una paternidad provisional sometida a una mutación del ánimo del reconocedor o de la propia madre”*. Continúa la sentencia en los términos siguientes: *“aunque el demandado figura como padre del menor en el Registro Civil, lo cierto es que su consentimiento expreso para ser tenido como padre y la aceptación de las consecuencias que ello conlleva y que figuran en tales documentos, es decir, tenerlo como hijo legítimo en todos los aspectos, y heredero de sus propiedades como cualquier otro descendiente propio, no se produjo en la forma legalmente requerida”*<sup>87</sup>.

Pese a no haber prestado su consentimiento, el varón no casado puede desear que se le reconozca la paternidad del hijo nacido, y en este caso, la paternidad puede derivar del reconocimiento (art 120.1 CC.) o del expediente registral (art. 121.1 CC.). Para el caso de que el varón no casado pretenda que no se establezca extrajudicialmente su paternidad, será suficiente con que no lo reconozca y/o se oponga al expediente registral que podrá basarse en la posesión de estado tras el nacimiento.

#### 2.2.2.2. Mujer en solitario.

Por lo que respecta a este segundo supuesto, que consiste en que la mujer por si sola se someta a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida con contribución de donante, pero sin que esta mantenga una relación afectiva con un tercero, la LTRHA no contempla tal posibilidad expresamente. Sin embargo, resulta indudable que en el ámbito de dicha Ley se admite la maternidad de la mujer sola.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> SAP de Barcelona de 12 de diciembre de 2006 (AC 747/2006).

<sup>88</sup> RAFAEL VERDERA SERVER: *“Una explícita referencia a la <<mujer>> como contrapuesta a <<pareja>> puede verse en el art. 13.2 a) LTRHA al indicar quién ha de ser debidamente informado de la aplicación de técnicas terapéuticas en preembriones. De <<mujeres receptoras>>, como situación contrapuesta a la pareja receptora habla en la Exposición de Motivos de la Ley. Igualmente, en los art. 11.6, 11.5. a), 16 y 21.2 LTRHA se contraponen la mujer a la pareja progenitora”* VERDERA SERVER, RAFAEL, *“Comentario a los artículos 7 y 8”* en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ., *op. cit.*, . pág. 262.

Se trata de uno de los extremos más discutidos de la legislación española en materia de técnicas de reproducción humana asistida, debido a que se contradicen numerosos preceptos constitucionales, así como surge un debate moral por el hecho de que consagra la posibilidad de que nunca se vea determinada la paternidad. Los argumentos a favor de que la mujer por si sola pueda acceder al empleo de dichas técnicas se amparan en la existencia de un derecho a procrear, del que ya hemos hablado con anterioridad, así como la existencia del derecho que la mujer ostenta al libre desarrollo de su personalidad, a su libertad personal y sexual y a disponer de sus propias aptitudes genéticas. En sentido contrario, aquella parte de la doctrina que no considera que una mujer por si sola pueda someterse a dichas técnicas, basa su argumento en la existencia del derecho que se le reconoce al ser que va a nacer, a una familia completa y estable, y a un padre y una madre. Sin embargo, el derecho que se le reconoce al ser que va a nacer, no se basa en el número de progenitores, sino en unos mínimos vitales que nada ni nadie puede llegar a asegurarle, de igual manera el artículo 39 de la CE no garantiza a todo nacido el tener en todos los casos un progenitor varón. Por ello, no encontramos en nuestro ordenamiento una base legal suficiente para negar la posibilidad de que una mujer por si sola acceda a las técnicas de reproducción humana asistida.

El argumento aparentemente más contundente se encuentra en el párrafo segundo del artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, al establecer que “La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil<sup>89</sup> y “orientación sexual”.<sup>90</sup> Apoyamos este argumento a su vez, en el contenido del art. 6.3 LTRHA, al regular el matrimonio de la mujer receptora como simple posibilidad y no, así como requisito obligatorio para que la misma pueda acceder a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida.

Por todo lo expuesto entendemos que la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida permite sin ninguna duda que una mujer sola pueda acceder a las técnicas de reproducción humana asistida. Prestado el consentimiento de la mujer, una vez nacido el hijo solo se verá determinada legalmente la filiación materna. El art. 8.3 de la LTRHA impone esta conclusión entendiendo que ha sido la madre quien ha tomado la decisión de que nazca, siendo ella la única responsable jurídica y moral.

Por último, hay que decir que bajo estas circunstancias solo cabe la posibilidad de que se determine la paternidad mediante reconocimiento de complacencia, puesto que recordamos que la ley le niega al donante cualquier lazo o relación jurídica con el nacido.

### 2.2.2.3. La situación del donante.

---

<sup>89</sup> El TC manifiesto n el año 1999, con ocasión de su sentencia sobre la primera ley de reproducción asistida española de 1988, que “*la familia que protege nuestra CE no tiene por qué circunscribirse a la resultante del matrimonio entre un hombre y una mujer, validando así la familia monoparental, originada del acceso a la reproducción asistida por la mujer sola, tal y como había sido contemplado por la mencionada ley de reproducción*”.

<sup>90</sup> El párrafo segundo que se añadió al artículo 6.1 de la LTRHA por el cual se estableció quienes podían ser usuarias de la TRHA, se añadió como una cláusula de cierre que en el futuro no se pudiera vetar el acceso de las lesbianas a dichas técnicas. A título de ejemplo de la importancia de este segundo párrafo, cabe mencionar lo dicho por el Juzgado de lo Social (núm. 18) en su sentencia de octubre de 2015, por la que recuerda que el párrafo segundo del artículo 6.1 de la LTRHA, es jerárquicamente superior a la Orden del Ministerio de Salud de 31 de octubre de 2014 que veta el acceso de las lesbianas a las técnicas de reproducción humana asistida.

Se define como donante aquella persona que dispone de su material genético y lo dona a centros autorizados para que pueda ser utilizado por terceras personas cuando estas encuentren limitaciones a la hora de poder procrear de manera natural. Pueden ser donantes tanto los hombres que autoricen la utilización de su semen, así como las mujeres respecto a sus óvulos, y además podrán ser donantes de manera altruista o bien por haber sido usuario de las TRA. Los donantes deberán reunir las siguientes características:

1. Tener más de 18 años<sup>91</sup> y plena capacidad de obrar.
2. Tener buen estado de salud psicofísica.
3. Declarar en cada donación si han realizado otras previas y sus condiciones, momento y centro en el que lo realizaron<sup>92</sup>.

La regulación de la donación está contemplada en el art. 5 de la LTRHA. Y según el primer párrafo de dicho art., la donación de gametos y preembriones para las finalidades contempladas por esta misma ley se le atribuye la naturaleza jurídica de un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado, para evitar de esta manera toda relación jurídica entre el donante y el destinatario de los gametos o preembriones. A continuación, se analizarán las características de dicho contrato:

4. Contrato gratuito: La donación será gratuita y no tendrá carácter lucrativo. La gratitud de este contrato no se debe al hecho de que se trate de una donación<sup>93</sup> patrimonial, sino que la propia LTRHA lo establece como una de las características de este tipo contractual<sup>94</sup>.
5. Contrato formal: El contrato de donación deberá ser necesariamente realizado por escrito, así mismo se exige que el donante sea informado previamente a la celebración del contrato acerca de los fines y consecuencias directas del acto que va a realizar<sup>95</sup>. Un sector de la doctrina considera que pese al formalismo exigido

---

<sup>91</sup> El art. 2.1 del Real Decreto 412/1996, de 1 marzo, añade que las donantes de gametos femeninos no deberán tener más de treinta y cinco años ni más de cincuenta los donantes de gametos masculinos.

<sup>92</sup> Arts. 5.7 LTRHA Y 7.1 Y 12.1. a). 1º. RD 413/1996, de 1 de marzo, establecen que en España el límite máximo autorizado de hijos nacidos con gametos de un mismo donante es de seis.

<sup>93</sup> JUÁN JOSÉ INIESTA DELGADO: “Siendo la donación el paradigma de contrato esencialmente gratuito se ha convertido aquel término en una especie de nombre genérico para referirse a cualquier negocio gratuito con atribución patrimonial o sin ella” en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO. (Dir.) “Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi. Pág. 132.

<sup>94</sup> FRANCISCO JAVIER JIMENEZ MUÑOZ: “Podrá establecerse una compensación económica resarcitoria para compensar las molestias físicas y gastos de desplazamiento y laborales que puedan derivarse de la donación, sin que de modo alguno pueda constituir un incentivo económico; a tal fin, el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación”. JIMÉNEZ MUÑOZ. FRANCISCO JAVIER, “La reproducción asistida y su régimen jurídico” Madrid, REUS, 2012, pág. 30.

<sup>95</sup> FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ: “Para el caso de la donación de óvulos, el segundo párrafo del art. 32.2 de la Ley de Investigación biomédica establece que el consentimiento de las donantes hará referencia expresa a su

por el propio art. 5.3 de la LTRHA, no cumplir con tales requisitos de forma serían irregularidades que no afectarían a la validez del contrato, sino que serán sancionadas con una multa cuya cuantía será de 1.000 tal y como indica el art. 27.1 de la LTRHA para el caso de las infracciones leves.

6. Contrato confidencial: La Ley impone al contrato el carácter reservado de los datos que en él se contienen. No se trata de un requisito de validez del contrato, sino una consecuencia directa del mismo: esto quiere decir que el centro sanitario y los equipos médicos tienen la obligación de no revelar los datos relativos al donante por lo que el mismo será anónimo salvo en aquellas circunstancias expresamente previstas en la propia Ley. Ahora bien, los hijos nacidos, por sí mismos o a través de sus representantes legales tienen derecho a recibir una información general del donante, siempre y cuando no se desvele su identidad. Así mismo, no se trata de un anonimato absoluto, la propia ley permite en circunstancias extraordinarias en las que pueda existir un peligro para la vida o la salud del hijo o cuando así proceda en base a las leyes procesales penales, la posibilidad de que se revele la identidad del donante. De igual manera, no existirá anonimato cuando el donante sea uno de los miembros de la pareja, en cuyo caso hablaríamos de fecundación homóloga.

La confidencialidad del contrato fue considerada de inconstitucional, por entender que afectaría al principio de igualdad, así como vulneraría el derecho a la libre investigación de la paternidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional a través de la STC del 17 de junio de 1999<sup>96</sup>, declaró la inexistencia de inconstitucionalidad en dicho anonimato. El argumento de dicha declaración se basó, en que la propia Constitución no reconoce a los ciudadanos un derecho que tenga por objeto la averiguación de la identidad de su progenitor por lo que no cabría entender que existe una desprotección del hijo. Así mismo, entiende el Constitucional que se les reconoce a estos hijos el derecho a obtener información general de los donantes. Por último, concluye considerando que dicho anonimato respondería a la necesidad de que la obtención de gametos y embriones que a su vez posibilita el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, debe coexistir con el derecho a la intimidad de los donantes

Conforme a la nueva Ley, el donante podrá revocar<sup>97</sup> la donación. Sin embargo, tal revocación requiere de una justificación que ha de basarse en la utilidad propia del donante y siempre y cuando sea posible la restitución de los gametos por estar los mismos aún disponibles en el banco correspondiente. La LTRHA mantiene el criterio de restringir la libre revocabilidad, sin embargo, se

---

*autorización de la técnica o técnicas concretas que vayan a aplicarse a esos ovocitos, debiendo los profesionales sanitarios responsables de su obtención suministrar a las donantes la información oportuna por escrito y previamente al otorgamiento del consentimiento” JIMÉNEZ MUÑOZ FRANCISCO JAVIER, op. cit., pág. 30.*

<sup>96</sup> STC de 17 de junio de 1999 (RTC 116/1999).

<sup>97</sup> La revocación se trata de una declaración de voluntad del donante por el cual deja sin efecto la donación realizada, de tal manera que los gametos ya no se destinarán a las finalidades para las que habían sido donados.

trata de un criterio más suavizado que aquel que seguía la Ley 35/1988. Realmente, la revocación prevista en el art. 5.2 solo se refiere a la donación de gametos, al igual que la LTRA/1988, la doctrina consideraba que si concurría la misma causa que podía dar lugar a la revocación de gametos en la cesión de preembriones procedería la aplicación análoga del precepto. Ante esta laguna jurídica la LTRHA en su art. 11.6 por el cual dispone que *el consentimiento para dar a los preembriones o gametos criopreservados cualquiera de los destinos citados (entre ellos, su donación con fines reproductivos) podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación*". Lo relevante de este régimen es que no condiciona la modificación a la concurrencia de ninguna circunstancia pese a que sí exige disponibilidad.

Por último, hay que decir que la LIB de 2017 altera el régimen de la revocación de los gametos femeninos que tienen como objetivo la mera investigación, pudiendo revocarse la donación en cualquier momento sin que concurra ningún requisito adicional y eso sí, sin afectar a la investigación ya realizada tal y como indica el propio art. 32.1 de dicha Ley.

### 3. Determinación judicial: acciones de filiación.

La determinación de la filiación de una persona, como ya hemos podido comprobar, es un presupuesto necesario para la filiación produzca sus efectos en el ámbito jurídico. Una vez ya expuesta la determinación extrajudicial de la filiación, procedemos a analizar la determinación judicial de la filiación derivada del uso de técnicas de reproducción asistida. La determinación judicial, ofrece un marco de referencia para el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad/maternidad, por consiguiente, cuando hablamos de determinación judicial de la filiación, a lo que estamos haciendo referencia es a las acciones de filiación. A continuación, señalaremos algunos aspectos básicos sobre las mismas.

A través de las acciones de filiación se consigue que los órganos jurisdiccionales se pronuncien acerca de aquella filiación que no ha sido determinada o respecto de la cual existen dudas sobre su determinación. Dentro del Título dedicado a la filiación y a sus efectos, el Código Civil, dedica su Capítulo III a las acciones de filiación, dentro del cual podemos distinguir entre las acciones de reclamación de la filiación y las acciones de impugnación. Por lo que respecta a las acciones de reclamación (arts. 131 a 135 CC.), derogado éste último, así como el párrafo II del art. 134, por la LEC) las mismas tendrán como fin, determinar judicialmente la filiación teniendo para ello en cuenta si media o no posesión de estado que pueda legitimar la determinación de la filiación. Por otro lado, las acciones de impugnación (arts. 136 a 141 CC.) tienen como fin dejar sin efecto una filiación previamente determinada, y dentro de las cuales podemos a su vez distinguir, entre aquellas cuya pretensión es impugnar una filiación que no muestra conformidad con el principio de verdad biológica, y aquellas cuya pretensión es impugnar el reconocimiento de una filiación por existir vicios en el consentimiento.<sup>98</sup>

Se pueden señalar las siguientes características de las acciones de filiación: 1) Inherencia o personalidad; 2) indisponibilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad; 3) cercanía a la intimidad; 4) importancia del interés público.

---

<sup>98</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS., *op. cit.*, pág. 355.

De acuerdo, con el art. 767.1 LEC “*en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde*”. Con ello, se trata de evitar demandas infundadas, sin embargo, el TS ha hecho una interpretación flexible de dicho principio, llegando incluso a admitir que resultará suficiente que el escrito de demanda haga referencia concreta a los medios de prueba a practicar en el momento procesal oportuno, de modo que quepa llevar a cabo un control de razonabilidad de la demanda. Ahora bien, esto no quiere decir que se pueda dar pie a una investigación indiscriminada de la paternidad, tal y como se plasma en la STS de 1 de febrero de 2002<sup>99</sup>, por lo que entiende que no basta con la mera oferta de realizar pruebas biológicas, por ser genérica y utilizable por cualquier persona. MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ dispone que “*No es fácil determinar cuándo la oferta de realizar determinadas pruebas es suficiente a efectos del art. 767.1 LEC, y cuando no: en último extremo, parece depender de si se ha logrado convencer al Juez de la seriedad de la demanda, y de la existencia de razones fundadas que permiten pensar en la verosimilitud de la pretensión actuada a través de ella. En todo caso, es claro que en este momento procesal no es preciso presentar prueba plena de los hechos aducidos en la demanda*”. Por último, decir que en los juicios sobre filiación se admiten toda clase de prueba para la libre investigación de la paternidad o maternidad, llegando incluso a admitirse las pruebas biológicas<sup>100</sup>.

En la LTRHA no se regula un régimen específico de acciones de filiación. El art. 7.1 de la LTRHA remite al sistema de acciones contemplado en el Código Civil, sin perjuicio de que la propia LTRHA contemple determinadas reglas específicas con relación a la determinación judicial de la filiación. Bien es cierto que, en la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida prevalece la voluntad o el consentimiento brindado por las partes, mientras que en el régimen previsto en el Código Civil prevalecerá el principio de verdad biológica. Por esta razón, el sistema de acciones previstos en el Código Civil pretende que coincidan la filiación jurídica con la biológica, lo que no siempre ocurre cuando la filiación deriva de técnicas de reproducción humana asistida. En esta línea, BARBER CÁRCAMO dispone que, “*En la reproducción asistida se ha sustituido dato biológico por el consentimiento para la práctica de tales técnicas, pero el legislador no ha abordado la regulación de un sistema de acciones concorde con dicho planteamiento...*”.<sup>101</sup>.

En este apartado procederemos a analizar las acciones de impugnación y/o reclamación de la filiación a las que hace mención la propia LTRHA, así como a las que se refiere el Código Civil y entre las que hay una mayor controversia.

### 3.1. Acciones de filiación en los supuestos de fecundación homóloga.

En los supuestos de fecundación homóloga, exista o no vínculo matrimonial, la LTRHA no contempla ninguna regla específica al efecto, por lo cual resultará de aplicación el sistema de acciones previsto en el propio Código Civil.

---

<sup>99</sup> STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 62/2002).

<sup>100</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS., *op. cit.*, pág. 355.

<sup>101</sup> BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES, *op. cit.*, pág. 357.“

En estos casos, lo que prevalece es el consentimiento o no prestado por el varón a la reproducción asistida a la que se ha sometido la mujer. Al tratarse de una fecundación homóloga, el hijo nacido mediante las técnicas de reproducción humana asistida es fruto de la aportación del material genético tanto de la mujer como del varón, que recordamos que los mismos pueden estar unidos o no por vínculo matrimonial. Por ello, es que en estos supuestos opera la presunción de paternidad del art. 116 CC., por lo cual se determinará la paternidad a favor del varón que hubiera aportado el material genético tanto si media su consentimiento como si no. Si el varón no hubiera prestado su consentimiento para que la mujer pudiera someterse a la práctica de dichas técnicas, podrá ejercer una acción de impugnación de la paternidad, sin embargo, se encontrará con la problemática de que va a impugnar una paternidad en la que coincide la verdad jurídica con la biológica. El problema concreto se encuentra en la relevancia que para la LTRHA tiene el consentimiento, frente a la que le otorga el Código Civil, para el cual prevalece la verdad biológica. Por esta razón, la pretensión que se pretende quedará vacía de contenido debido a la finalidad de las acciones de impugnación recogidas en el propio Código Civil, mientras que para la LTRHA resultaría lógico la estimación de dicha acción ya que se fundamenta en la ausencia de consentimiento.

La doctrina se encuentra dividida en relación a dicha cuestión, por un lado nos encontramos con autores como VERDERA SERVER que considera que, *“La aplicación de las reglas del Código Civil sobre impugnación conduciría a la desestimación de la pretensión, pero entendemos que esas reglas se deben acomodar a las peculiares características de la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida, en la que se reviste un peso fundamental el consentimiento de los interesados. Por ello, consideramos que la impugnación basada en la falta de consentimiento del marido debe estimarse a pesar de que genéticamente ese hijo provenga del marido de la madre<sup>102</sup>”*. Como postura contraria, no encontramos con PEREZ MONGE, que entiende que *“el marido deberá ser calificado como padre del nacido a pesar de que en la LTRHA el consentimiento sea un elemento clave en la determinación de la filiación, esto debido a que, entre otras razones, al no prever la LTRHA el supuesto, la aplicación de las reglas del Código Civil ex art. 7.1. llevarían a considerar al marido que aporta el gameto como padre del nacido<sup>103</sup>”*

Para el caso de que el varón si hubiese prestado su consentimiento a las técnicas de reproducción humana asistida, por lo cual la paternidad se ha determinado a su favor por aplicación de la presunción contenida en el artículo 116 del CC., cabría la posibilidad de la aplicación por analogía del artículo 8.1 de la LTRHA. Dicho artículo, impide que se impugne la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de fecundación heteróloga si media el consentimiento del marido. De igual manera, y por aplicación de este artículo, si media el consentimiento del marido o varón no casado para que haciendo uso de su material genético la mujer pueda someterse a las técnicas de reproducción humana asistida, no habrá posibilidad de ejercitar ninguna acción de impugnación, aunque la doctrina no es unánime en este sentido<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> COBACHO GÓMEZ, JOSÉ.ANTONIO., *op. cit.*,pág. 277-278.

<sup>103</sup> PÉREZ MONGE MARINA., *op. cit.* pág. 587.

<sup>104</sup> COBACHO GÓMEZ, JOSÉ.ANTONIO., *op. cit.*, pág. 209.

Por lo que respecta a las acciones de reclamación, se pueden plantear, en los casos en que el marido ha ejercido eficazmente la facultad de desconocimiento que le concede el artículo 117 CC., o en el supuesto de que hayan transcurridos trescientos días desde la separación de los conyugues, habiendo el marido consentido que la mujer se sometería a las técnicas de reproducción humana asistida haciendo uso de su material genético, pero el mismo se niegue a prestar el consentimiento requerido por el art. 118 CC. para la inscripción del hijo como matrimonial. Cabe aquí apelar, a la aplicación análoga del criterio previsto en el artículo 8.2 LTRHA, por lo que se declarará la paternidad tras el ejercicio de la correspondiente acción de reclamación, atendiendo a los arts. 131 y 132, en función de si media o no posesión de estado<sup>105</sup>. En el supuesto de que el marido no prestará su consentimiento para la fecundación de su mujer, y luego no prestará el consentimiento exigido por el art. 118 CC., una vez ejercitada la correspondiente acción de reclamación no podrá declararse su paternidad.

Para los casos en los que no medie vínculo matrimonial entre ambos progenitores, el varón no casado, siempre y cuando hubiese prestado su consentimiento y para los casos en los que no se hubiese determinado extrajudicialmente su paternidad, estará legitimado para ejercitar una acción de reclamación<sup>106</sup>. De igual forma, se les reconoce legitimación activa para el ejercicio de la acción de reclamación a la madre en representación del hijo menor de edad, así como al propio hijo.<sup>107</sup>

Con relación a la procreación *post mortem*, el artículo 9.3 de la LTRHA considera que si existe entre ambos progenitores un vínculo matrimonial y concurre el consentimiento del marido para que la mujer se someta a las técnicas de reproducción humana asistida haciendo para ello uso de su material genético tras la muerte del mismo, no será posible ejercitar ninguna acción de reclamación puesto que en este caso se operaría de manera automática la presunción de paternidad. Ahora bien, si entre ambos no existe ningún vínculo matrimonial, el consentimiento prestado por el varón si servirá como título para iniciar el expediente del art. 44 de la LRC, pero sin embargo no será suficiente para la determinación de la filiación de manera automática, por lo que el art. 9.3 de la LTRHA si prevé la posibilidad de que, si la parte interesada o el Ministerio Fiscal se opusieran al expediente, el hijo podrá ejercer la acción de reclamación de la paternidad.

### 3.2. Acciones de filiación en los supuestos de fecundación heteróloga.

El artículo 8.1 de la LTRHA establece que “*ni la mujer progenitora ni el marido cuando haya prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación*” De manera que la Ley solo niega tal posibilidad de forma expresa a los progenitores, siendo ello una consecuencia directa de lo establecido en el artículo 8.3 de la LTRHA en virtud del cual “*la revelación de la identidad del donante, cuando proceda legalmente, no implica en ningún caso determinación legal de la filiación*”. Por lo que respecta a los hijos, tal precepto no hace mención a la imposibilidad de que los hijos puedan ejercitar la acción de impugnación, entendiéndose a su vez la doctrina que se les reconocerá legitimación por aplicación de las reglas generales de filiación (art.

<sup>105</sup> COBACHO GÓMEZ, JOSÉ.ANTONIO., *op. cit.*, pág. 274-275.

<sup>106</sup> SAP Barcelona (Sección 18ª). Sentencia núm. 792/2004 de 16 de noviembre.

<sup>107</sup> SAP Vizcaya (Sección 4ª) Sentencia núm. 415/2004 de 26 de mayo.

137 CC.) a las que remite el artículo 7.1 de la LTRHA<sup>108</sup>. Por otra parte, VERDERA SERVER considera que “*trasladando esta impugnación a los principios que subyacen en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, hemos de llegar a la misma solución que si la impugnación fuera ejercitada por el marido o por la madre progenitora: la impugnación ejercitada por el hijo no prospera si el marido ha prestado el consentimiento a la fecundación, y deberá estimarse si el marido no prestó el consentimiento*<sup>109</sup>”. Para este sector de la doctrina que apoya el criterio expuesto por VERDERA SERVER, solo cabría la acción de impugnación y se le reconocería legitimación al hijo para ejercerla, cuando el marido no hubiera prestado su consentimiento, siendo desde su punto de vista la solución más coherente.

Al hilo del art. 8.3 de la LTRGHA, queda claro que lo que no podrá hacer el hijo es ejercitar una acción de reclamación de paternidad contra su progenitor biológico, ya que queda protegido por el anonimato del donante.

En el caso de que el marido no hubiese consentido la fecundación de su mujer o hubiese prestado su consentimiento con vicios, efectuándose la misma con semen del donante, y habiéndosele imputado la paternidad como consecuencia de la presunción recogida en el art. 116 CC., entendemos que no habría razón para que se le atribuyera la paternidad puesto que no concurriría ni el elemento volitivo ni el genético, y por tanto debería prosperar la acción de impugnación.

En el caso de pareja no casada, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida no ofrece criterios específicos en relación con el régimen jurídico de las acciones. Únicamente se limita a reconocer en el art. 8.2 la posibilidad de reclamar judicialmente la paternidad, sin embargo, no deja claro quién puede ejercer dicha acción de reclamación. En base al art. 8.3 de la LTRHA no resultará lógico que se reconozca la legitimación activa al donante, y de ello se deduce que quienes ostentan dicha legitimación será la madre, el varón no casado que haya consentido la fecundación y el hijo fundamentándose tal legitimación en la no determinación extrajudicial o en el no reconocimiento del varón no casado. La finalidad de la acción, basándonos en los principios que inspiran la LTRHA y de acuerdo con el art. 8.3 de la LTRHA. consistirá en reclamar la paternidad de aquel que ha manifestado su consentimiento, y no buscar la verdad biológica.

En relación a la posibilidad de que el padre no casado que consiente pueda ejercitar una acción de impugnación, la LTRHA guarda silencio, por lo que se demanda la aplicación por analogía del art. 8.1, por lo que se imposibilita también que el varón no casado que consintió pueda ejercer una acción de impugnación de la paternidad<sup>110</sup>. En este caso, el consentimiento prestado por el varón no casado a la fecundación heteróloga no supone que de forma automática se determine la filiación a su favor, sino que como ya hemos señalado deberá acudir a los títulos de determinación de la filiación recogidos en el art. 120 CC. En el caso de que el varón no casado, y a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de pareja casada, no hubiera prestado su consentimiento a la fecundación no daría pie

---

<sup>108</sup> Apoya esta postura, CARLOS MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *op. cit.*, pág. 25.

<sup>109</sup> COBACHO GÓMEZ, JOSÉ.ANTONIO., *op. cit.*, pág 278

<sup>110</sup> BARBER CARCAMO, RONCESVALLES., *op. cit.*, pág. 32.

a que se abriera la vía de impugnación, puesto que la filiación no se determinaría si no vuelve a prestar su consentimiento para la determinación de la filiación que lógicamente daría lugar a una filiación no matrimonial.

Por último, analizaremos el ejercicio de las acciones de filiación en el supuesto de doble maternidad. La Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida no realiza ninguna previsión acerca de la incidencia de la posibilidad de la doble maternidad en las acciones de filiación. Por lo que respecta a las acciones de impugnación, parte de la doctrina entiende, que las mismas podrán ejercitarse tanto por la madre como por el hijo. En este sentido, BARBER CÁRCAMO reconoce la legitimación del hijo para impugnar la filiación y la de la madre, pero únicamente se le reconoce tal legitimación cuando concurre defectos del título o por vicios del consentimiento<sup>111</sup>. De igual forma, MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, afirma que podrá ser impugnada tanto por el hijo como por la madre biológica, siempre y cuando está actúe en interés de este y de conformidad a los términos previstos por el art. 137 del CC.<sup>112</sup>. Por otro lado, nos encontramos con aquel sector de la doctrina que considera que no deberá prosperar la impugnación de la maternidad, dado que entienden que se deberá aplicar por analogía el art.8.1 de la LTRHA por el cual se impide la impugnación a la mujer progenitora y al marido cuando han consentido determinada fecundación, aplicándose tal prohibición a la madre no progenitora<sup>113</sup>.

Por lo que respecta a la acción de reclamación, la doctrina entiende que no sería posible el ejercicio de dicha acción en el supuesto de doble maternidad<sup>114</sup>, salvo que la pretensión tenga por objeto poner de manifiesto la existencia de un título de determinación. Si bien es cierto, que VERDERA SERVER, admite lo contrario, y exponiendo que *“la acción de reclamación, la legitimación y los plazos de ejercicio deben deducirse de lo previsto en los art. 131 y 132 del CC.”* Así mismo expone que, *“sólo debe prosperar la acción de reclamación cuando la mujer hubiera consentido las técnicas de reproducción humana asistida y luego se niegue a consentir <<ex>> art. 7.3 LTRHA o a determinar extrajudicialmente la maternidad por otro medio”*. Para VERDERA SERVER, el hecho de que la mujer no progenitora ejercite la acción de reclamación equivaldría al consentimiento, y por tanto se le debería imputar esa maternidad, aunque en su momento no hubiera consentido la práctica de la técnica de reproducción humana asistida<sup>115</sup>.

El TS, por su parte, si reconoce la legitimación de la cónyuge de la madre biológica para el ejercicio de la acción de reclamación cuando no se ha determinado la filiación por la vía del art. 7.3 de la LTRHA, de conformidad al art. 131 CC. por mediar posesión de estado. Digamos que dicha legitimación que se le reconoce a la cónyuge de la madre biológica para el ejercicio de dicha acción, se justifica en el hecho de que la mujer no gestante ya manifestó su voluntad libre de ser progenitora, puesto que otorgo su consentimiento para que la mujer gestante pudiera someterse a las técnicas de

---

<sup>111</sup> BARBER CARCAMO, RONCESVALLES. *“Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”* Derecho Privado y Constitución, núm. 28, enero-diciembre 2014, pág. 122.

<sup>112</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS., *op. cit.*, pág. 374.

<sup>113</sup> COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO., *op. cit.*, pág. 290.

<sup>114</sup> RONCESVALLES BARBER CARCAMO, *op. cit.*, pág. 123.

<sup>115</sup> COBACHO GÓMEZ, JOSÉ.ANTONIO., *op. cit.*, pág. 290.

reproducción humana asistida, pudiendo valer este argumento por si solo para fundamentar dicha legitimación con independencia por lo tanto de que la posesión de estado hubiese sido escaso o no suficientemente acreditada, pero sin embargo dicha legitimación puede basarse en un segundo argumento, el propósito de ambas mujeres de acudir a las técnicas de reproducción humana asistida para así después formar una unión familiar entre ambas convivientes y el hijo de ellas<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> STS de 5 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7566)

## V. CONCLUSIÓN.

**PRIMERA:** La entrada en vigor de la Constitución española por la Ley 11/1981 de 13 de mayo dio lugar a que se reformara el régimen de filiación contenido en el Código Civil de 1889. Dicha reforma tuvo su razón de ser en el hecho de que con la entrada en vigor de nuestra Carta Magna se introducían en nuestro ordenamiento principios tales como el principio de igualdad de los hijos con independencia de la filiación y la libre investigación de la paternidad sobrevenida, los cuales pusieron de manifiesto la inconstitucionalidad del régimen de filiación regulado hasta el momento y por ende se evidenció la necesidad de reforma.

**SEGUNDO:** La filiación es la relación existente entre un padre y un hijo, la cual debe quedar debidamente determinada para que pueda producir efectos jurídicos. La determinación de la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida aparece regulada en la LTRHA, sin perjuicio de que en su art. 7.1 se establezca que para aquellos supuestos no regulados por la presente ley se remitirá al CC. o a las leyes autonómicas. Es por ello por lo que, en nuestro ordenamiento jurídico, conviven ambos regímenes, lo cual ha llevado a pensar que para evitar posibles confusiones o vacíos legales sea necesario una modificación del Código Civil que permita incorporar las reglas relativas a las técnicas de reproducción humana asistida.

**TERCERO:** La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida es considerada como si de una filiación por naturaleza se tratase. Sin embargo, la determinación de la filiación en uno y otro caso se fundamentan en hechos diferentes. En la filiación por naturaleza, entendemos que se determina la paternidad a favor de quien es padre biológico, sin embargo, en la determinación de la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida se determinara la paternidad o maternidad a favor de quien voluntariamente consienta, sin tener obligatoriamente que coincidir en la persona a cuyo favor se determine la paternidad, el elemento biológico. Por ello, y pese a que la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida sea considerada una filiación por naturaleza, realmente no se utilizan los mismos criterios a la hora de determinar la filiación, lo que puede conducir a que se apliquen reglas que no corresponden en uno y otro caso, creando confusión.

**CUARTO:** La LTRHA no solo permite el uso de dichas técnicas para solucionar posibles problemas de esterilidad, sino que también reconoce la posibilidad de que tanto las parejas homosexuales o heterosexuales sin problemas de esterilidad o incluso que la mujer en solitario pueda acceder al empleo y uso de dichas técnicas, decidiendo de esta manera cuando y como reproducirse. Esto supone que la doctrina se encuentre en la actualidad debatiendo sobre la posible existencia de un derecho a la reproducción que, si bien no aparece expresamente reconocido en nuestra CE, su existencia puede derivarse de otros derechos y libertades.

**QUINTO:** La LTRHA reconoce en su art. 5.5 el anonimato del donante del material genético, no permitiendo que se desvele su identidad salva casos muy específicos, así como y en consecuencia con este anonimato, no se podrá determinar la filiación del nacido a favor del donante tal y como indica el art. 8.3 de la LTRHA.

El anonimato del donante fue considerado constitucional por el propio TC, en la STC 166/1999, de 17 de junio, entendiendo el TC que tal anonimato no entraba en conflicto con el derecho del hijo a

conocer su propio origen, puesto que si bien es cierto que la Constitución ordena al legislador que en la medida de lo posible permita la investigación de la paternidad, esto no supone que a los ciudadanos se les reconozca un derecho incondicionado a averiguar sus orígenes. Sin embargo, recientemente el Comité de Bioética recomienda una modificación de este art. 5.5 de la LTRHA, reconociendo a sí la supremacía del derecho de las personas concebidas por técnicas de reproducción humana asistida a conocer su origen biológico.

**SEXTO:** Por lo que respecta a la determinación extrajudicial de la filiación hacemos una primera distinción en relación a si se trata de una fecundación homóloga, la cual no plantea inconveniente al coincidir tanto el elemento biológico como el volitivo, por lo cual se determinará la filiación de igual forma que si se tratara de una filiación por naturaleza, y por otro lado nos encontraríamos con la fecundación heteróloga en cuyo caso la determinación de la filiación se determinará por el elemento volitivo que sustituye al biológico, esto quiere decir, que no se determinara la filiación a favor de quien ha aportado su material genético sino a favor de quien presta su consentimiento.

**SEPTIMO:** La filiación se determinará por los títulos contenidos en el Código Civil y atendiendo a si se trata de una filiación matrimonial o no matrimonial, no por el mero consentimiento. Esta regla general, tendrá como excepción la doble maternidad, en cuyo caso la filiación se determinará desde el momento en el que la pareja de quien se haya sometido a las técnicas de reproducción humana asistida preste su consentimiento ante el Registro Civil de que la filiación se determine a su favor, por lo que el hijo así nacido tendrá dos madres.

**OCTAVO:** En cuanto a la determinación judicial de la filiación, resultará de aplicación el régimen general contenido en el Código Civil, ya que la LTRHA no prevé un régimen específico de acciones de filiación. Esto supone encontrarnos con problemas a la hora de ejercitar tales acciones, puesto que el propio Código Civil contiene un régimen de acciones dirigido a poner de manifiesto la verdad biológica, ya bien sea para determinar la filiación hasta entonces desconocida o destruir la ya determinada para los casos en los que la filiación no se corresponda con la verdad biológica descubierta; sin embargo, la impugnación o reclamación de una filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida tal y como lo entiende el legislador en la LTRHA no tendrá porque tener como objeto el adecuar la filiación a la realidad biológica porque como ocurre en la fecundación heteróloga, esto no podrá ocurrir.

Por ello, en el ámbito de la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida lo que concede la posibilidad de poder ejercer una acción de impugnación o reclamación de la filiación es la concurrencia o no del consentimiento. Por tanto, las acciones de filiación en estos supuestos tendrán como pretensión reclamar la paternidad de quien no lo es biológicamente, pero ha manifestado su consentimiento para que a su favor se determinara la filiación, o la impugnación de la paternidad de quien es padre biológico, pero no ha prestado su consentimiento.

Resultaría más lógico, que la propia LTRHA incluya un régimen específico de acciones de filiación, cuya aplicación se adecue a las especialidades de la determinación de la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida.



#### **IV. FUENTES DE REFERENCIA.**

##### **1. Jurisprudencia.**

STEDH de 13 junio de 1979 (caso de Marks contra Bélgica)  
STEDH de 13 de febrero de 2003 (caso *Odièvre* contra Francia)

STC de 17 de enero de 1994 (RTC 7/1994)  
STC de 17 de junio de 1999 (RTC 116/1999)  
STC de 27 de octubre de 2005 (RTC 273/2005)  
STC de 26 de mayo de 2005 (RTC 138/2005)  
STC de 22 de mayo de 2006 (RTC 154/2006)

STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 776/1999)  
STS de 1 de febrero de 2002 (RJ 62/2002)  
STS de 5 de diciembre de 2008 (RJ 117/2008)  
STS de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011/3280)  
STS de 13 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7640)  
STS de 5 de diciembre de 2013 (RJ 2013/7566)  
STS de 15 de enero de 2014 (RJ 2014/1265)  
STS de 15 de julio de 2016 (RJ 2016/3196)

STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2007 (RJ 2007/28)

SAP de Vizcaya de 26 de mayo de 2004 (AC 415/2004)  
SAP de Barcelona de 16 de noviembre de 2004 (AC 792/2004)  
SAP de Barcelona de 12 de diciembre de 2006 (AC 747/2006)  
SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 (AC 2011/1561)  
SAP de Baleares de 5 de diciembre de 2012 (AC 2013/76)  
SAP de Alicante de 23 de diciembre de 2014 (AC 2015/275)

AAP de A Coruña de 3 de noviembre de 2000 (AC 2010/1707)  
AAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2010 (AC 2010/1755)

AJIP de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007 (AC 2011/553)

## 2. Bibliografía.

ACEVEDO BERMEJO, ANTONIO. “*Guía práctica sobre filiación, paternidad y patria potestad*”. Madrid. Editorial Tecnos. 2013.

ARECHEDERRA ARANZADI, LUIS, “*Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación*”. Madrid. Dykinson. 2017.

BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES, “*La filiación en España: Una visión crítica*”, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.

- “*La Constitución y el Derecho Civil*”, *REDUR*, núm. 2, 2004,
- “*Reproducción asistida y determinación de la filiación*”, *REDUR*, núm. 2, 2004. Págs. 25-37.
- “*Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales*”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre 2014.
- “*La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acciones de filiación: análisis y prospectiva*”. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 20, Enero-Diciembre 2006. Págs. 105-151.

GÓMEZ BENGOCHEA, BLANCA, “*Derecho a la identidad y filiación*”. Madrid. Dykinson. 2007.

FARNÓS AMORÓS, ESTHER. “*Consentimiento a las técnicas y efectos.*”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. LXVIII-I, enero 2015, pág. 5-61.

- “*Consentimiento a la reproducción asistida: Crisis de pareja y disposición de embriones*”. Barcelona. Atelier: Libros Jurídicos. 2011.

FERNANDEZ CAMPOS, JOSÉ ANTONIO., “Comentario al artículo 9” en COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.) “*Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*”, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.

GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN y SOLÉ RESINA, JUDITH. “*Filiación y potestad parental*”. Valencia, Tirant Blanch, 2014.

GOMEZ SANCHEZ, YOLANDA, “*El derecho a la reproducción humana*”. Madrid. Marcial Pons. 1994.

- “*El derecho a la reproducción humana: fundamentos y nuevos problemas*” en LASARTE ÁLVAREZ, C., (Dir.), *Perspectivas del Derecho de familia en el siglo XXI*, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia. Sevilla y Huelva, del 18 al 22 de octubre de 2004, Sevilla. 2004

GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, MARICELA., “*La verdad biológica en la determinación de la filiación*”. Madrid. Dykinson. 2013.

IGAREDA GONZÁLEZ, NOELIA. “*El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos*” *Derechos y Libertades*, núm. 31, Época II, 2014, págs. 277-249.

JIMÉNEZ MUÑOZ. FRANCISCO JAVIER, “*La reproducción asistida y su régimen jurídico*”. Madrid, REUS, 2012.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS, “*Capítulo 13. La Filiación*” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Valencia, Tirant Lo Blanch., 2019.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS, “*Capítulo 14. Acciones de filiación. Filiación derivada de técnicas reproducción humana asistida*” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, CARLOS. (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Valencia, Tirant Lo Blanch., 2019.

PANIZA FULLANA, ANTONIA, “*Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*”. Pamplona. Thomson Reuters Aranzadi.2017.

PANTELEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO, “*Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*”. *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988.

PARDILLO HERNÁNDEZ, AGUSTÍN. “*El derecho de familia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*”, Valencia. Tirant Lo Blanch. 2017.

PÉREZ MONGE, MARINA, “*La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*”. Madrid, Colegio de Registradores, 2002.

QUESADA GONZÁLEZ, MARÍA CORONA. “*El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico.*”. Anuario de derecho Civil, Vol. 47, núm. 2, 1994, págs. 245-255.

RAVETLLAT BALLESTÉ, ISAAC. “*Derecho de la persona*”, Barcelona. BOSCH. 2011.

RIVERO HERNÁNDEZ, FERNANDO.” *¿Mater Semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español*”. Anuario de derecho Civil, Vol. 50, núm. 1, 1997.págs. 22-27.

- “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003), Actualidad Civil, núm. 2, 2003. Pág. 593-632.

RODRIGUEZ GUITIAN, ALMA MARÍA, “*Reproducción Artificial Post Mortem*”. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2013.

- RODRIGUEZ GUITIAN, ALMA MARÍA, “*Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción post-mortem y la doble maternidad*” en FARNÓS AMORÉS, ESTHER, Y BENAVENTE MOREDA, PILAR, “*Treinta Años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*” Madrid, Ministerio de Justicia, 2015

SÁNCHEZ-CARO, JAVIER y ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, FERNANDO.” *Ensayos clínicos en España: Aspectos científicos, bióticos y jurídicos*”. Granada. Editorial Comares. 2006.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, CARMEN. “*Identidad genética y anonimato en la fertilización asistida*”, núm. 8, 2018.

SÁNCHEZ MARTINEZ, MARÍA OLGA, “*Los orígenes biológicos y los derechos de hijos e hijas: filiación y derecho a saber*”. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, núm. 34, 2016, págs. 295-313.

VERDERA SERVER, RAFAEL, “*Comentario a los artículos 7 y 8*”. “Comentario al artículo 9” en COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO. (Dir.) “*Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*”, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.

VIDAL PRADO,CARLOS. “*El derecho a conocer la filiación biológica*”. Revista Jurídica de Navarra, núm. 2, 1996, págs. 266-270.

LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO. “*Comentarios científicos-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*”, Madrid, Dykinson. 2007.