Grado en: Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2016/2017

Convocatoria: Junio

FILIACIÓN Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

FILIATION AND ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES

Realizado por el alumno **D. Daniel Corredera Delgado**

Tutorizado por la Profesora **Dña. María Elena Sánchez Jordán**

Departamento: **Disciplinas Jurídicas Básicas**

Área de conocimiento: **Derecho Civil**

ABSTRACT

The development of assisted reproduction techniques has revolutionized human procreation in all senses. The filiation of children born using these techniques is determined according to the specific rules contained in the specific Act ruling this subject, which gives priority to the will of the parents; However, for all the aspects that it does not contemplate, it refers to the general rules of the Civil Code, which seek the adequacy of filiation to the principle of biological truth. The difference between the principles that inspire one and another regulation, coupled with the many existing legal gaps and disparate jurisprudential pronouncements, raise complex problems of legal application and interpretation. In the following lines I will try to expose the diverse assumptions to which the application of assisted reproductive techniques can give way, analyzing how the filiation is determined in each case and, specially, trying to find the most adequate solution to the problems posed.

RESUMEN

El desarrollo de las técnicas de reproducción asistida ha revolucionado la procreación humana en todos los sentidos. La filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas se determina conforme a las reglas específicas contenidas en la Ley sobre la materia, que dan prioridad a la voluntad del progenitor; sin embargo, para los todos los aspectos que ésta no contempla, se remite a las normas generales del Código Civil, que buscan la adecuación de la filiación al principio de verdad biológica. La diferencia entre los principios que inspiran una y otra regulación, unida a los numerosos vacíos legales existentes y los dispares pronunciamientos jurisprudenciales, plantea complejos problemas de aplicación e interpretación jurídica. En las siguientes líneas se pretende exponer los diversos supuestos a los que puede dar lugar la aplicación de técnicas de reproducción asistida, analizando cómo se determina la filiación en cada caso y, sobre todo, tratando de buscar la solución más adecuada a los problemas planteados.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 5

2. LA FILIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 6

2.1. Filiación biológica y filiación jurídica. 6

2.2. Principios rectores en materia de filiación. 7

A) Interés superior del menor 7

B) Veracidad biológica 8

C) Investigación de la paternidad 9

D) Igualdad de filiaciones 10

3. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. 11

3.1. Aspectos básicos y marco legislativo. 11

3.2. Técnicas de reproducción asistida. 13

A) Inseminación artificial 13

B) Fecundación in vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides con gametos propios o de donante, y con transferencia de preembriones. 14

C) Transferencia intratubárica de gametos 14

3.3. Sujetos intervinientes en las TRA. 15

A) Mujer usuaria 15

B) Varón 16

C) Donante 17

3.4. Principios informadores en la aplicación de las TRA. 18

A) Viabilidad de las técnicas 18

B) Reserva en las actuaciones 18

C) Información dirigida a usuarios y donantes. Consentimiento informado 19

D) Revocabilidad del consentimiento 19

3.5. Prácticas prohibidas en TRA. 20

4. SISTEMA DE DETERMINACIÓN LEGAL DE LAS FILICIONES DERIVADAS DE TRA. 21

4.1. Filiación biológica derivada de la aplicación de TRA homólogas 22

A) Filiación biológica matrimonial (TRA homóloga) 22

B) Filiación biológica no matrimonial (TRA homóloga) 24

4.2. Filiación no biológica derivada de la aplicación de TRA heterólogas. 26
A) Filiación no biológica matrimonial (TRA heteróloga) 26
B) Filiación no biológica no matrimonial (TRA heteróloga)..... 29
4.3. Filiación derivada de la aplicación de TRA en supuestos de inexistencia de pareja..... 32
A) Mujer sola 32
B) Hombre solo 33
5. OTROS SUPUESTOS DE FECUNDACIÓN MEDIANTE EL USO DE TRA. 34
5.1. Fecundación post mortem. 34
A) Admisibilidad y requisitos legales 34
B) Determinación de la filiación 41
5.2. Doble maternidad por naturaleza. 42
6. CONCLUSIONES. 47
BIBLIOGRAFÍA..... 50

1. INTRODUCCIÓN.

Desde la publicación de la primera regulación en materia de técnicas de reproducción asistida, a finales de la década de los ochenta, la filiación ha venido experimentando en nuestro país una gran transformación, dado que aquellas hacen posible la procreación humana de forma artificial, sin necesidad de mantener relaciones sexuales y sin que determinadas condiciones biológicas o fisiológicas puedan suponer un impedimento o dificultad. Con ellas se permite el acceso a la maternidad o paternidad a parejas del mismo sexo, a mujeres solas, a hombres y mujeres con problemas de esterilidad, e incluso a mujeres de avanzada edad.

Consecuentemente, las técnicas de reproducción asistida han traído consigo la aparición de nuevos modelos familiares que, por sus características, se alejan del modelo tradicional contemplado por nuestro sistema jurídico y por nuestro sistema social, y que años atrás eran absolutamente inconcebibles. Así, el modelo tradicional de familia basado en el matrimonio heterosexual convive hoy con la familia monoparental (compuesta por una madre o por un padre) y con la familia homoparental (compuesta por dos madres o dos padres).

La ampliación de las posibilidades de reproducción humana y de las estructuras sociales han alterado notablemente los conceptos originales de maternidad, paternidad, filiación e incluso del embarazo, lo que ha tenido una incidencia directa en el derecho de familia. La utilización de estos novedosos métodos de reproducción genera no solo cuestionamientos éticos, sino también nuevos conflictos jurídicos. No obstante, de todas las cuestiones que plantea la utilización de técnicas de reproducción asistida, la determinación de la filiación es indudablemente la más importante, pues afecta de forma directa al menor que nace como consecuencia de ellas, sujeto cuya figura está firmemente protegida por nuestro ordenamiento jurídico.

La filiación derivada de estas técnicas se encuentra regulada de manera específica pero deficiente en la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, que remite a las reglas del Código Civil para los aspectos no previstos en ella, completándose los vacíos legales con los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia. Por tanto, en el presente trabajo se tratará de analizar la determinación de la filiación en cada uno de los supuestos de reproducción asistida, con el objetivo de elaborar un esquema general que aporte cierto orden a esta nueva categoría de filiación.

2. LA FILIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

2.1. Filiación biológica y filiación jurídica.

La filiación se puede definir, siguiendo a OLIVA BLÁZQUEZ y PIZARRO MORENO, como la "relación jurídica que vincula de forma directa e inmediata a los progenitores biológicos con los hijos que han engendrado"[1]. Este vínculo posee una dimensión biológica que deriva del hecho de la generación, y que determina la necesaria relación natural entre generantes y generado, esto es, un vínculo de sangre; por otro lado, posee una dimensión jurídica cuya consecuencia es el lazo legal que une al hijo con su madre y padre. Desde el punto de vista jurídico, la filiación se conforma como un estado civil que trae consigo una serie de derechos y obligaciones (derecho de apellidos, de alimentos o sucesorios)[2]. Como norma general, la filiación biológica determinará la filiación jurídica.

Sin embargo, pese a que ambos elementos confluyen bajo el término de "filiación", no se da una necesaria correspondencia entre la realidad biológica y el hecho jurídico. Así, puede ocurrir que la filiación biológica sea desconocida, no pudiéndose determinar la filiación jurídica; o que por error ésta sea atribuida a quien biológicamente no es progenitor; o que el progenitor no ejercite las acciones para determinar en su favor la filiación; o incluso, que se constituya un vínculo jurídico con quien biológicamente no es progenitor (adopción y técnicas de reproducción asistida, en adelante, TRA, entre otros casos)[3].

Partiendo de esta distinción, en el artículo 108.1 CC[4] y 235-1 CCCat[5] se comprueba cómo se contemplan dos tipos o clases de filiación: por naturaleza (filiación biológica) o por adopción (filiación jurídica). No obstante, solo nos centraremos en la primera.

---

[1] OLIVA BLÁZQUEZ, F. y PIZARRO MORENO, E.. En HORNERO MÉNDEZ, C. et al. 2017. *Derecho de Familia 2ª (Edición 2017)*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2017, p. 171

[2] ALES URÍA ACEVEDO, M. M. 2012. *El derecho a la identidad en la filiación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 40

[3] JARUFE CONTRERAS, D. 2013. *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Dykinson, 2013, p. 28

[4] Código Civil, artículo 108: "*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código."*

[5] Código Civil Catalán, artículo 235-1: *"La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción."*

La filiación por naturaleza está fundada en la existencia de relación biológica entre progenitores e hijos, derivada de la fecundación de la madre. Se clasifica a su vez en filiación matrimonial o no matrimonial, según los progenitores estén casados o no. Cabe destacar en este punto que la filiación derivada de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, objeto de estudio de este trabajo, no constituye una tercera categoría de filiación, sino que la misma se encuadra dentro de la filiación por naturaleza, ya que solo varía la forma de llevarse a cabo la fecundación (no hay relación sexual), si bien el uso de estas técnicas puede dar lugar a una filiación no biológica (en caso de donación de material genético), supuesto que se abordará más adelante.

2.2. Principios rectores en materia de filiación.

A) Interés superior del menor

El interés superior del menor se encuentra protegido por la normativa interna e internacional en diferentes disposiciones y textos legislativos[6]. Destaca, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que en su artículo 24.1 dispone que *"Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".* Si bien, tal y como afirma JARUFE CONTRERAS, se trata de un concepto indeterminado, y por tanto de muy compleja definición, pues tal normativa no establece un concepto claro de este principio[7]. De su calificativo se infiere que el mismo primará siempre en caso de conflicto con otros intereses.

Este principio se encuentra relacionado, en materia de filiación, con la protección del hijo que consagra el artículo 39 CE, que señala: ***"****Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos…", "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos",* o *"Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".*

[6] Código Civil, arts. 20.2, 90, 92.2, 94, 154, 176.1, 172.4; Ley Orgánica de Protección del Menor de 1996, art. 2.1; Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 25.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, art. 24.1; Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, art. 4.

[7] JARUFE CONTRERAS, D. *Op. cit*., p. 35

B) Veracidad biológica

Hasta la llegada de las reformas legislativas en materia de filiación en 1981, el sistema de determinación de la paternidad en España se caracterizó por ser excesivamente rígido, primando la filiación legamente atribuida al marido de la madre del nacido sobre la filiación biológica real del menor[8]. Con las reformas, se introduce un nuevo criterio, que ya venía siendo sostenido por la doctrina, el principio de veracidad biológica. Conforme al mismo, se atribuye jurídicamente la paternidad, con las funciones y atribuciones que le son propias, a quien biológicamente es el progenitor. Y la determinación de esta filiación biológica puede llevarse a cabo, tal y como se prevé en el artículo 767.2 LEC, "*mediante toda tipo de pruebas, incluidas las biológicas"*[9].

Cabe añadir aquí que hablamos tan solo de paternidad y no de maternidad, puesto que en el sistema de filiación español rige el principio tradicional de *"mater semper certa est",* según el cual la maternidad queda determinada por el hecho del parto. Este principio se encuentra recogido en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, cuyo artículo 10.2 dispone que "*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto"*[10].

Así pues, las diversas formas de concebir esta institución filial han dado lugar a la formación de dos principales corrientes jurídicas o doctrinales acerca de la determinación de la filiación: la corriente realista y la corriente formalista[11]. La primera se inclina por la verdad biológica, intentando hacer coincidir la filiación biológica con la jurídica en la medida de lo posible, y mostrándose partidaria de la facilitación de los medios jurídicos para demostrarla (acciones de reclamación e impugnación)[12]. En cambio, la corriente formalista desvaloriza la verdad biológica y apuesta por un sistema de determinación de la filiación basado en la voluntad unilateral o en presunciones de paternidad (reconocimiento de maternidad extramatrimonial o presunción de paternidad matrimonial)[13].

[8] Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
[9] PÉREZ MONGE, M. 2002. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002, p.20
[10] Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA)
[11] JARUFE CONTRERAS, D. *Op. cit*., p.39
[12] Código Civil, arts. 131 y 136
[13] Código Civil, arts. 118 y ss.

De este modo, manifiesta JARUFE CONTRERAS que "es así como se separa la idea de filiación jurídica de la procreación biológica y se distinguen institucionalmente los conceptos de *padre* y *progenitor* que hoy, no necesariamente van a coincidir"[14]. El quebrantamiento de la verdad biológica se pondría de manifiesto, por un lado, en la adopción, que el artículo 108 CC equipara en efectos a la filiación biológica o por naturaleza, y por otro lado en la filiación derivada de TRA con donante de material genético, cuyo resultado será una filiación no biológica.

C) Investigación de la paternidad

El artículo 39.2 CE dispone que *"la ley posibilitará la investigación de la paternidad"*. Afirma PÉREZ MONGE que "la doctrina denomina como *investigación de la paternidad* al procedimiento de reconocimiento forzoso o judicial de la filiación, como oposición a su reconocimiento[15].

En los supuestos en los que la paternidad o maternidad son atribuidas legalmente a quienes no son padres biológicos, se produce una ficción legal y se rompe con el principio de veracidad biológica. Las posibilidades que otorga el ordenamiento jurídico para investigar la "verdadera" paternidad y con ello determinar la filiación biológica se concretan en dos acciones: la de impugnación, cuyo objetivo es demostrar que la filiación jurídica no coincide con la biológica; y la de reclamación, que pretende atribuirle efectos jurídicos a un vínculo biológico existente, pero que por alguna razón no ha sido declarado.

LASARTE ÁLVAREZ se refiere a estas acciones como aquellas que buscan "establecer o privar de efecto, mediante sentencia firme, la relación paterno filial entre personas que afirman o niegan ser progenitores de otra y, de otro lado, desde la perspectiva filial, quienes afirman o niegan ser hijos de aquellos que admiten o reniegan la paternidad o maternidad que se les imputa"[16].

La afirmación o negación de la filiación, para que despliegue sus efectos jurídicos, debe probarse en el juicio, pudiendo utilizarse para ello cualquier medio de prueba, como señala el artículo 767.2 LEC, si bien en la práctica el medio más utilizado

[14] JARUFE CONTRERAS, D. *Op. cit*., p.40
[15] PÉREZ MONGE, M. *Op. cit*., p. 52
[16] LASARTE ÁLVAREZ, C. 2007. *Principios de Derecho civil IV. Derecho de familia* (sexta edición). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 316

es la prueba biológica, por su alto grado de efectividad y certeza (99'9%). La importancia de este medio de prueba queda patente en el apartado cuarto del mismo artículo al disponer que *"la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios"*[17].

Sin embargo, debido a la seriedad del objeto de este procedimiento civil, y con el fin de proteger el derecho al honor, a la intimidad y la imagen de la persona contra la que se dirige, la Ley de Enjuiciamiento Civil introduce un requisito de admisibilidad de la demanda, exigiendo al actor que presente un principio de prueba que permita deducir la posible existencia de relación paterno-filial[18]. Se trata por tanto, de un límite al derecho a la investigación de la paternidad.

D) Igualdad de filiaciones

Se trata de un principio internacionalmente reconocido. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se refiere al mismo, en su artículo 25.2, en los siguientes términos: *"…Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social"*; también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 dispone en su artículo 10.3 que "*Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición*"[19].

En el ordenamiento jurídico español, sin embargo, se tardó más de treinta años en incorporar el principio de igualdad filiaciones. Es con la Constitución de 1978 cuando se le atribuye, por un lado, carácter de derecho fundamental, al establecerse que "*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna*

[17] Véase: STC 177/2007, de 23 de julio, FJ 4, párrafo segundo: *"el vigente art. 767.4 LECiv , haciéndose eco de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 7/1994, de 17 de enero , reiterada por la STC 95/1999, de 29 de junio , determina que la "negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios";* En concordancia con la doctrina sentada por el TC, los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo en: STS 110/2017, de 17 de enero, STS 888/2017, de 8 de marzo.

[18] Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 767.1: "*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."*

[19] Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 25.; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, art. 10.3

por razón de nacimiento…"; "*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación…"*[20]. Hasta entonces, el sistema de filiación en España fue manifiestamente discriminatorio. El Código Civil[21], tal y como afirma BARBER CÁRCAMO, partía de una triple clasificación de los hijos en legítimos (concebidos y nacidos constante matrimonio de los progenitores), legitimados (nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción pudieran casarse entre sí) e ilegítimos, distinguiéndose en estos últimos entre naturales y no naturales (sacrílegos, adulterinos, bastardos, etc.), con la consiguiente estigmatización que suponía[22].

El principio de igualdad de filiaciones finalmente se consagra con la modificación del Código Civil por la ya citada Ley 11/1981 de 13 de mayo, que suprime tal distinción, estableciendo en el inciso segundo del artículo 108 que "*La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos…"*.

No obstante, cabe señalar que la equiparación de las consecuencias jurídicas de estas filiaciones no significa que no puedan existir diferencias entre ellas. En esta línea, manifiesta MARTÍNEZ DE AGUIRRE que "la igualdad entre la filiación matrimonial y la no matrimonial se refiere, básicamente, al contenido y efectos de la relación paterno-filial, compatible con la existencia de reglas diversas para ellas, en orden a la determinación de la existencia de un vínculo de filiación o al régimen de acciones para su determinación"[23]. En este sentido puede mencionarse, por ejemplo, la presunción de paternidad, que sólo es aplicable respecto de los hijos nacidos de una pareja casada[24].

3. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

3.1. Aspectos básicos y marco legislativo.

En palabras de JARUFE CONTRERAS, la reproducción asistida se define, desde el punto de vista médico, como "aquel proceso que permite la fertilización,

[20] Constitución Española de 1978, arts. 14 y 39.2
[21] Código Civil de 1889 en su redacción originaria
[22] BARBER CÁRCAMO, R. 2013. *La filiación en España: Una visión crítica*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2013, pp. 24-31
[23] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. 2008. *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia (segunda edición)*. Madrid: Editorial Cólex, 2008, p. 301
[24] JARUFE CONTRERAS, D. *Op. cit*., p. 47

mediante técnicas que incluyen la manipulación de los gametos de uno o ambos sexos"[25]. Por su parte, BUSTOS PUECHE se refiere a la reproducción asistida como el "conjunto de técnicas que permiten la reproducción o procreación humana artificial; esto es, fuera del cauce natural, que consiste en la fecundación del óvulo en el seno de la mujer, con subsiguiente desarrollo ininterrumpido en su propio organismo"[26].

Las técnicas de reproducción asistida se regularon por primera vez en España en 1988, en un momento en el que se producía un gran avance de la ciencia en el campo del tratamiento y la manipulación del ADN. La Ley 35/1988 de22 de noviembre fue una de las primeras legislaciones sobre técnicas de reproducción asistida en el marco europeo; fue complementada poco después con la Ley 42/1988 de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos.

Dicha Ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por parlamentarios del Partido Popular con base en la infracción de la reserva de Ley Orgánica del artículo 81 CE y su afectación al derecho a la vida, la integridad física y la vulneración de la protección integral de los hijos[27]. Además, también se consideró su afectación al modelo familiar amparado por la Constitución (familia matrimonial heterosexual), puesto que la Ley estableció un sistema de acceso "libre" a las TRA (parejas no casadas, mujeres solas). Sin embargo, después de once años de tramitación del recurso, éste fue desestimado por el Tribunal en la STC 116/1999 de 17 de junio.

Posteriormente, la Ley 45/2003 de 21 de noviembre introduce varias modificaciones. Destacan entre otras la autorización para la utilización, con fines de investigación, de los preembriones crioconservados con anterioridad a su entrada en vigor, o la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo[28].

Finalmente, en 2006 entra en vigor la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA), que introdujo importantes novedades. Así, entre otras cosas, se define de forma clara el concepto legal de

[25] JARUFE CONTRERAS, D. *Op. cit*., p. 79
[26] BUSTOS PUECHE, J. 1996. *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*. Madrid: Editorial Dykinson, 1996, p.21
[27] Constitución Española, arts. 10, 15, 39 y 81
[28] JARUFE CONTRERAS, D., *Op. cit*. p.85

preembrión, se prohíbe la clonación de seres humanos con fines reproductivos y se elimina el límite de producción de ovocitos en cada ciclo reproductivo[29]. Esta ley es la que se encuentra vigente en estos días.

3.2. Técnicas de reproducción asistida.

Las técnicas de reproducción asistida previstas y autorizadas por la Ley 14/2006, por reunir las condiciones de acreditación científica y clínica son las relacionadas en el Anexo de la misma, según se dispone en el artículo 2.1. Éstas son tres: inseminación artificial; fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; y transferencia intratubárica de gametos.

Pese a que el Anexo establece una lista cerrada de técnicas, el legislador tuvo en cuenta, al momento de la redacción de la ley, la rapidez con la que avanza la ciencia en este campo; por ello dejó abierta la posibilidad de poner en práctica nuevas técnicas experimentales de forma provisional, con autorización de la autoridad sanitaria que corresponda y previo informe favorable de la Comisión Nacional de la Reproducción Asistida (Art. 2.2). Además, también cabe la ampliación de la lista del Anexo con las técnicas experimentales que demuestren, por experiencia, que reúnen las condiciones precisas para su aplicación generalizada. Se evita de esta forma, tal y como se dispone en la Exposición de motivos, la *"petrificación normativa"*[30].

A) Inseminación artificial

Es una técnica sencilla que consiste en trasladar el semen recogido previamente de un varón al interior del útero o vagina de la mujer, sin necesidad de realizar el coito. La fecundación se produce dentro del útero, lo que la diferencia del resto de técnicas.

La inseminación artificial se puede clasificar según la procedencia del semen en: homóloga, cuando se utiliza el semen del marido o pareja de hecho de la usuaria; y heteróloga, cuando se utiliza el semen de un donante[31].

[29] LTRHA, art. 26.
[30] LTRHA: Anexo; Exposición de motivos, párrafo II; arts. 1 y 2.
[31] JARUFE CONTRERAS, D. *Op. cit.*, p.87

B) Fecundación in vitro e inyección intracitoplasmática de espermatozoides con gametos propios o de donante, y con transferencia de preembriones

La fecundación in vitro consiste en la extracción de los gametos tanto femeninos como masculinos del cuerpo para realizar la fecundación en el laboratorio, mediante técnicas químicas. Una vez que se produce la fecundación se transfiere el preembrión al útero de la mujer para que continúe su gestación de forma natural. Se suele recurrir a esta técnica cuando se ha intentado previamente y en varias ocasiones la inseminación artificial[32].

La inyección intracitoplasmática, por su parte, es una variante de la fecundación in vitro. Coincide con aquella en que la fecundación se produce también fuera del seno materno y en la transferencia del preembrión al útero. Difiere, sin embargo, en la forma de realizar la fecundación, puesto que aquí se inyectan los espermatozoides en el citoplasma de los ovocitos mediante una micro pipeta. Se utiliza esta técnica en los casos en que concurre un factor de esterilidad masculino[33].

La fecundación in vitro puede ser homóloga (óvulo y semen de la pareja) o heteróloga (óvulo propio y semen de donante, óvulo de donante y semen propio, o bien, óvulo y semen de donantes)[34].

C) Transferencia intratubárica de gametos

La transferencia intratubárica de gametos es una técnica similar a la fecundación in vitro, solo que, una vez producida la estimulación ovárica y extraídos los ovocitos y los espermatozoides, se vuelven a transferir los gametos en las trompas de falopio donde se lleva a cabo la fecundación[35].

[32] FLORES ANARTE, L. 2016. *Las Técnicas de Reproducción Asistida en España: ¿Mercantilización de la Maternidad o Empoderamiento Femenino?*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p.87
[33] JARUFE CONTRERAS, D. *Op. cit*. p. 89
[34] FLORES ANARTE, L. Op. cit. p. 88
[35] FLORES ANARTE, L. Op. cit. p. 88

3.3. Sujetos intervinientes en las TRA.

A) Mujer usuaria

El artículo 6.1 LTRHA en su párrafo segundo dispone que *"Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa".* Así pues, son dos los requisitos principales que se exigen legalmente.

Por lo que se refiere a la edad, el legislador fija la edad mínima para acceder a las técnicas en los 18 años pero, curiosamente, no establece un límite máximo para poder someterse a ellas. Esto significa que pueden aplicarse las mismas a mujeres de avanzada edad, fuera de la franja biológica o natural para ser madres, lo que puede dar lugar a situaciones verdaderamente chocantes desde el punto de vista ético y social[36].

Si bien la LTRHA no establece ningún límite máximo, hay que tener en cuenta que el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre sí contempla el límite de 40 años para la aplicación de TRA a través del Sistema Nacional de Salud[37]. De esta forma, las mujeres mayores de 40 años sólo podrán acceder a las TRA en clínicas privadas.

El segundo requisito legal es la plena capacidad de obrar de la mujer usuaria, pues el consentimiento que ésta ha de prestar para someterse a las TRA debe ser jurídicamente válido.

---

[36] Recuérdese el caso de aquella gaditana de 67 años que dio a luz a dos gemelas concebidas por fecundación in vitro, y que ostenta, hasta ahora, el récord nacional de madre de más edad (murió de cáncer en 2009): http://www.elmundo.es/elmundo/2009/07/15/obituarios/1247650225.html (Última visita 5 de mayo de 2017). Más recientemente, el también controvertido caso de la burgalesa que con 64 años dio a luz a dos mellizos, convirtiéndose en la segunda mujer de más edad que es madre en nuestro país: http://politica.elpais.com/politica/2017/03/13/actualidad/1489432658_991583.html (Última visita el 5 de mayo de 2017).

[37] La Orden Ministerial 2065/2014, de 31 de octubre modificó el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Así, el Anexo III, apartado 5.3.8.2. dispone*: "Los tratamientos de reproducción humana asistida se aplicarán en el ámbito del Sistema Nacional de Salud a las personas que cumplan los siguientes criterios o situaciones de inclusión: **1.º** Las mujeres serán mayores de 18 años y menores de 40 años y los hombres mayores de 18 años y menores de 55 años en el momento del inicio del estudio de esterilidad."*

Por otra parte, el artículo 6.1 LTRHA dispone en su párrafo segundo que podrá ser usuaria toda mujer *"con independencia de su estado civil y orientación sexual"*. Con ello se abre la puerta al desarrollo de nuevos modelos familiares para los supuestos de mujer sola, parejas de hecho heterosexuales, o matrimonios heterosexuales y homosexuales (éstos últimos sólo cuando se componen de dos mujeres).

Finalmente, es de destacar que la LTRHA no establece como requisito para poder acceder a las TRA que la mujer usuaria padezca algún tipo de esterilidad que le impida reproducirse de forma natural. Pero este requisito sí es exigido para la aplicación de TRA en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, pues así lo dispone el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre (Anexo III, apartado 5.3.8.1)[38]. Por tanto, la aplicación de TRA por voluntad propia y no justificada por razones fisiológicas, tan solo podrá llevarse a cabo en centros privados.

B) Varón

La intervención del varón en la aplicación de TRA tiene lugar principalmente a través de su consentimiento y de su eventual aportación de material genético. Aquí se ha de distinguir entre el consentimiento prestado por varón casado y por varón no casado (unión de hecho).

En el supuesto de varón casado, su consentimiento, que también ha de ser escrito, libre, consciente y expreso, se configura como requisito inexcusable para que la mujer usuaria pueda someterse a la aplicación de TRA (art. 6.3 LTRHA)[39]. Éste deberá consentir la inseminación o fecundación de su mujer con material genético propio (homóloga) o de tercero (heteróloga), y consecuentemente, asumir la paternidad del nacido.

[38] Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, Anexo III, apartado 5.3.8.1: *"Los tratamientos de reproducción humana asistida tendrán la finalidad de ayudar a lograr la gestación en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural, no susceptibles a tratamientos exclusivamente farmacológicos, o tras el fracaso de los mismos. También se podrá recurrir a estos procedimientos a fin de evitar enfermedades o trastornos genéticos graves en la descendencia y cuando se precise de un embrión con características inmunológicas idénticas a las de un hermano afecto de un proceso patológico grave, que no sea susceptible de otro recurso terapéutico. Para su realización en el ámbito del Sistema Nacional de Salud deberán cumplir los criterios generales de acceso a los tratamientos de RHA que se recogen en el apartado 5.3.8.2 y en su caso, los criterios específicos de cada técnica."*

[39] LTRHA, art. 6.3: "*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*."

Para el supuesto del varón no casado la LTRHA no exige expresamente la necesidad de su consentimiento para que la mujer usuaria acceda a las técnicas. Tan solo se hace referencia al mismo en el artículo 8.2 LTRHA, para regular la determinación legal de la filiación no matrimonial, si bien sólo en aquellos supuestos de utilización de material genético de donante varón[40]. Así, en principio, no sería obligatorio el consentimiento del varón no casado para la aplicación de las TRA.

C) Donante

El donante de material genético puede ser tanto un hombre (donante de semen) como una mujer (donante de óvulos o incluso preembriones). La aportación de éste se lleva a cabo a través de un contrato de donación "*gratuito, formal, y confidencial, concertado entre el donante y el centro autorizado*" (art. 5.1 LTRHA).

El donante, en todo caso, deberá ser mayor de 18 años, con buen estado de salud psicofísica y tener plena capacidad de obrar. Además, continúa el artículo 5.6 LTRHA, *"Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar…que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia".*

Uno de los aspectos más destacados y también discutidos de la donación de material genético es el anonimato del donante. El artículo 5.5 LTRHA impone a los Bancos de gametos, así como a los Registros de donantes, el deber de garantizar la confidencialidad de los datos de identidad de sus donantes. Aunque se reconoce tanto a los hijos nacidos mediante TRA como a las receptoras de gametos o preembriones el derecho a acceder a información general de los donantes, en ésta nunca podrán incluirse datos relativos a la identidad.

Tan solo se contempla una única excepción, en el último párrafo del mismo artículo, y es cuando concurran *"circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes*

[40] LTRHA, art. 8.2: S*e 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 refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.*

procesales penales…siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto". Esta revelación será de carácter restringido y no se le dará publicidad alguna. En cualquier caso, tal y como se señala en el artículo 8.3 LTRH, dicha revelación no implicará la determinación legal de la filiación.

3.4. Principios informadores en la aplicación de las TRA.

A) Viabilidad de las técnicas

El artículo 3.1 LTRHA permite la aplicación de las técnicas autorizadas sólo en aquellos supuestos en que se acredite que existen posibilidades razonables de éxito, y siempre y cuando no comporten un riesgo grave para la salud física y psíquica de la mujer receptora o de su posible descendencia. Para JARUFE CONTRERAS, se trata de un intento del legislador de recoger el principio constitucional de la salud de los ciudadanos (se pretende la tutela de la salud e integridad física de la madre y del menor)[41].

B) Reserva en las actuaciones

Se establece en el artículo 3.6 LTRHA que "*Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos*".

El legislador impone así un mandato de confidencialidad a los centros legalmente autorizados para la práctica de las técnicas, protegiendo la información de todos los sujetos intervinientes. Además, el artículo 26.2 b) LTRHA dispone que se considerará como infracción grave cualquier vulneración de dicho mandato, lo que podrá dar lugar a la imposición de sanciones pecuniarias o incluso la retirada de la autorización a los centros de reproducción asistida (art. 27.1 LTRHA)[42].

---

[41] JARUFE CONTRERAS, D., *Op. cit*., p. 90

[42] LTRHA, art. 27.1: "*Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 1.000 euros; las graves, con multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta un millón de euros."; "En el caso de la infracción grave tipificada en el artículo 26.b) 5.ª, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar en la resolución que imponga la sanción la revocación de la autorización concedida al centro o servicio de reproducción asistida."*

C) Información dirigida a usuarios y donantes. Consentimiento informado

La aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo puede llevarse a cabo, tal y como dispone el artículo 3.1 LTRHA, *"...previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación."*

Esta aceptación "libre y consciente" ha de venir precedida por el exhaustivo asesoramiento del equipo médico a la mujer usuaria, a su marido si ésta estuviera casada, y también al eventual donante de material genético (art. 6.3 LTRHA). La obligación de información deberá extenderse a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos, y a las condiciones económicas del tratamiento (art. 3.3 LTRHA)[43].

La aceptación de la aplicación de las técnicas por parte de la mujer usuaria, y de su marido si está casada, se plasmará en un formulario de consentimiento informado en el que se expresarán todas las condiciones del tratamiento (art. 3.4 LTRHA).

Respecto a los donantes rigen también las mismas obligaciones de información y asesoramiento, destacando sobre todo los efectos jurídicos de la donación (jamás será considerado padre legal del nacido)[44].

D) Revocabilidad del consentimiento

Se prevé en el artículo 3.5 LTRHA que la mujer receptora de las técnicas, tras haber prestado su consentimiento, pueda solicitar la suspensión del tratamiento por decisión propia y siempre en un momento anterior a su culminación, lo que la ley denomina como "*transferencia embrionaria*"[45]. Esta petición deberá ser atendida de inmediato por el equipo médico, tal y como dispone el citado artículo[46].

---

[43] En este sentido, el Real Decreto 412/1996, en su artículo 7.2 precisa que "*El centro vendrá obligado a informar suficientemente a las usuarias y usuarios por personal debidamente capacitado sobre estos aspectos, y, en concreto, deberá proporcionar información completa sobre las diversas opciones técnicas de reproducción asistida, posibilidades y servicios a su alcance, beneficios y efectos secundarios, posibles estadísticas disponibles y resultados de investigaciones, así como cualquier otro dato que pueda existir al objeto de tomar una decisión adecuadamente informada y responsable."*

[44] JARUFE CONTRERAS, D., *Op. cit.*, p. 94

[45] Aunque la Ley señala expresamente "transferencia embrionaria", ha de entenderse que no se refiere únicamente a la Fecundación in Vitro, sino a las TRA en términos generales.

[46] Cabe destacar que dicha norma fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por entender los recurrentes que con la suspensión se produce la muerte del fruto de la concepción realizada in vitro, equiparándose con el aborto. Sin embargo, el TC desestimó el recurso en la STC 116/1999, por en

Por el contrario, la LTRHA no contempla la posibilidad genérica de que el marido o conviviente de la mujer usuaria pueda revocar el consentimiento prestado. Aunque sí hace referencia a la revocación cuando regula los supuestos de premoriencia del marido en el artículo 9.2 LTRHA[47]. De esta forma, el consentimiento recogido en documento válido, y que podrá ser utilizado en un plazo de 12 meses a partir del fallecimiento, podrá ser revocado por el varón en cualquier momento.

Por último, en cuanto al consentimiento otorgado por el donante, la regla general será la irrevocabilidad del mismo. Sólo cabrá la revocación, según señala el artículo 5.2 LTRHA, "*cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles".*

3.5. Prácticas prohibidas en TRA.

La LTRHA trata de prevenir la utilización de las TRA para fines ilícitos estableciendo la prohibición de determinadas actuaciones. Así por ejemplo, se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos (art. 1.3 LTRHA)[48], la realización continuada de estimulación ovárica que llegue a ser lesiva para la mujer usuaria o la generación de un número de preembriones superior al necesario en cada ciclo reproductivo (art. 26 LTRHA).

Pero la prohibición más destacada, por la repercusión jurídica y social que viene teniendo en los últimos años, es el contrato de gestación subrogada, que la ley castiga con la nulidad de pleno derecho. El artículo 10.1 LTRHA señala expresamente que *"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"*. Además, continúa diciendo que *"La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto…Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales"*.

[47] LTRHA, art. 9.2: *"No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas".*

[48] HOMERO MÉNDEZ, C. et al. 2016. *Derecho Civil I Parte General y Derecho de la Persona (2ª Edición).* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 95

Sin embargo, este breve pronunciamiento legal sobre la gestación subrogada no impide que quienes desean ser padres mediante esta técnica finalmente lo consigan, pues estas prácticas pueden llevarse a cabo en otros países en los que sí están permitidas, para luego traer al menor a España. Este fenómeno, que podría denominarse como turismo reproductivo[49], se da cada vez con más frecuencia en nuestro país, lo que ha dado lugar a una práctica registral en principio contraria al ordenamiento jurídico, pero justificada por el principio del interés superior del menor[50].

A pesar de la importancia de esta técnica y de su incidencia en el sistema legal de determinación de la filiación, no será objeto de análisis en el presente trabajo.

4. SISTEMA DE DETERMINACIÓN LEGAL DE LAS FILIACIONES DERIVADAS DE TRA.

La aplicación de las TRA da lugar a múltiples problemas jurídicos en lo relativo a la determinación legal de la filiación. Éstas dificultan en muchas ocasiones la compatibilización de la filiación biológica con la jurídica, especialmente cuando intervienen terceros donantes en la fecundación. El principio de veracidad biológica pierde su tradicional importancia, pues el elemento biológico se ve cada vez más desplazado por el elemento volitivo.

La maternidad de la mujer usuaria de la TRA, como hemos dicho, queda siempre determinada por el hecho cierto del parto (*mater semper certa est*), independientemente de que se utilicen óvulos procedentes de una tercera donante. Por tanto, será la determinación de la paternidad (y segunda maternidad en el supuesto de doble maternidad legal) el eje principal de nuestro estudio.

La regla general para determinar la paternidad se contiene en el artículo 7.1 LTRHA, según el cual *"La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción*

[49]Viene siendo frecuente desde hace algunos años la celebración de ferias o congresos sobre gestación subrogada: Una de las más conocidas es "Surrofair": http://www.elconfidencial.com/espana/2017-05-06/surrofair-2017-gestacion-subrogada-feria-vientres-alquiler_1378228/ (Última visita 9 de mayo de 2017)

[50]Destaca la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, por considerarse el detonante de la "oleada" de solicitudes de inscripción de la filiación de niños nacidos mediante gestación subrogada en otros países. La DGRN se vio obligada a dictar tal resolución tras el controvertido caso de un matrimonio homosexual formado por hombres que solicitó la inscripción de la filiación de dos gemelos habidos mediante gestación subrogada en San Diego (California).En ella se establecen los criterios que se deben seguir para poder acceder a la inscripción de la filiación en estos supuestos.

asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos". Dichas especificaciones son las referidas a la determinación de la filiación en supuestos de matrimonio entre mujeres (art. 7.3 LTRHA), en supuestos de intervención de un tercer donante (art.8 LTRHA), de premoriencia del marido en la aplicación de TRA (art. 9 LTRHA) y de gestación subrogada (art. 10 LTRHA)[51].

Para analizar el sistema legal de determinación de las filiaciones derivadas de TRA distinguiremos entre aquellas de origen biológico (TRA homólogas) y aquellas de origen no biológico (TRA heterólogas), y dentro de cada una de ellas, a su vez, entre matrimoniales y no matrimoniales, abordando también el supuesto de la doble maternidad. El análisis y comparación entre unas y otras partirá de la presencia o ausencia del consentimiento de la pareja (hombre o mujer) casada o no casada con la mujer usuaria, y de su valor en cada caso.

4.1. Filiación biológica derivada de la aplicación de TRA homólogas.

A) Filiación biológica matrimonial (TRA homóloga)

a. Con consentimiento del marido

Se trata de aquel supuesto en que el marido aporta su semen y presta su consentimiento para que con él se insemine a su mujer. Es el supuesto menos problemático desde el punto de vista jurídico.

El artículo 7.1 LTRHA remite a las normas del CC fuera de los supuestos específicos previstos en la misma, por lo que se ha de acudir a los artículos 108 y 115 y siguientes del CC. El resultado, por tanto, será el nacimiento de un hijo matrimonial[52]. La determinación de la filiación paterna no presentará ninguna dificultad porque coinciden tanto el elemento biológico (material genético del marido) como el elemento volitivo (consentimiento del marido), si bien, tal y como afirma PÉREZ MONGE, la determinación de esta filiación no deriva directamente del consentimiento del marido

[51] JARUFE CONTRERAS, D., *Op. cit.*, p. 189

[52] Código Civil, art. 108: "*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí."*

sino de la presunción de paternidad recogida en el artículo 116 CC[53]. La filiación quedará determinada entonces con la inscripción del nacimiento junto a la del matrimonio de los padres (art. 115.1º CC).

Contra esta filiación podría ejercitarse la acción de impugnación de acuerdo con el artículo 136 CC; sin embargo, parece claro que ésta no prosperaría puesto que una eventual prueba de ADN confirmaría que el menor es el hijo biológico del marido. Según JARUFE CONTRERAS, se trata de un vínculo de filiación más firme y más fácil de probar que el de una filiación biológica natural, pues podría respaldarse la presunción de paternidad con el historial clínico de la inseminación realizada a la mujer con el semen de su marido, no siendo necesaria la prueba biológica[54]. No obstante, la aparición de casos aislados en los que por equivocación se aplica una TRA a la mujer usuaria con semen que no pertenece a su marido o conviviente, nos hace creer que sí debiera ser necesaria la prueba biológica a efectos de desestimar una acción de impugnación de la paternidad[55].

Por lo que se refiere a la inscripción en el Registro Civil, dispone el artículo 7.2 LTRHA que *"En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación".* Interpreta aquí PÉREZ MONGE que se trata de un intento del legislador de crear la apariencia de una procreación natural[56].

b. Sin consentimiento del marido

[53] Código Civil, art. 116: "*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges."*

[54] JARUFE CONTRERAS, D., *Op. cit*., p. 192

[55] Recordemos el caso de aquella mujer de Las Palmas de Gran Canaria que en 2007 se sometió a un tratamiento de reproducción asistida para ser inseminada con el semen de su marido, y que por error de la clínica fue inseminada con el semen de otro hombre, dando a luz a dos gemelos. Este grave error fue descubierto cuando dos años después del nacimiento, y tras la ruptura del matrimonio, la mujer solicitó ante el Juzgado de Primera Instancia el establecimiento de una pensión de alimentos en favor de sus hijos, momento en el que su exmarido aportó una prueba de ADN que demostraba que él no era el padre biológico de los niños. La impugnación de la paternidad prosperó y los niños quedaron sin filiación paterna. La mujer, por su parte, demandó a la clínica por responsabilidad contractual; la SJPI nº11 de Las Palmas, de 27 de marzo de 2013 condenaba a la clínica a indemnizar a la demandante, pero ésta fue recurrida por la parte actora en relación a la cuantía. La SAP de Las Palmas (sección 5ª), de 16 de mayo de 2016 resolvía el recurso interpuesto por la mujer perjudicada, revocando en parte la sentencia recurrida y ampliando la cuantía de la indemnización. La clínica recurrió en casación la resolución de la Audiencia, pero el recurso fue inadmitido por el Supremo.

[56] PÉREZ MONGE, M., *Op. cit*., p. 84

En este caso el marido aporta su material genético pero no llega a prestar su consentimiento para que su mujer sea inseminada con él. Se trata de un supuesto muy poco frecuente pero que también ha de tener respuesta legal[57].

Al igual que en el supuesto anterior, la filiación se determinará conforme a las reglas generales contenidas en el CC, y por tanto, el hijo será matrimonial. En este sentido, señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ que el carácter matrimonial del nacido sería innegable, pues genéticamente es hijo del marido y, además, opera la presunción de paternidad del art. 116 CC[58]. Primaría así la relación biológica sobre la ausencia del consentimiento exigido por la ley.

Tampoco prosperaría una eventual acción de impugnación de la paternidad ejercitada por el marido porque, aparte de que el nacido es su hijo biológico, ha sido éste quien ha aportado el semen para la inseminación de su mujer, aún cuando no hubiera consentido su utilización. Creemos por tanto que el interés superior del menor, que se traduce aquí en el derecho a tener un padre legalmente determinado, debe prevalecer sobre la voluntad del marido en este supuesto específico.

Para la inscripción en el Registro se aplicarán las reglas generales de la filiación biológica natural, al igual que en caso anterior.

B) Filiación biológica no matrimonial (TRA homóloga)

a. Con consentimiento del varón

Se trata de aquel supuesto en que se aplica una TRA a una mujer no casada, con aportación de semen por parte de un varón, su pareja estable (pues no necesariamente ha de ser pareja de hecho), que consiente en su utilización[59]. Coincide aquí el elemento biológico (semen del varón) con el volitivo (consentimiento del varón).

[57] *Ibídem,* p. 108: Los principales supuestos serían: -el marido no consiente pero su mujer se auto insemina; -el marido presta su consentimiento pero luego lo revoca; -el marido tan solo consiente la realización de una prueba médica en la que se le extrae el material genético, pero éste se utiliza posteriormente para inseminar a su mujer.

[58] MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Op. cit*., p.341

[59] Es preciso destacar que la LTRHA no exige como requisito que la mujer usuaria de la TRA y el varón que aporta su semen sean formalmente pareja de hecho. Bastará con que el varón sea su conviviente o pareja estable.

Al no contemplarse tampoco este modelo en la LTRHA, para la determinación de la filiación se aplicarán las reglas generales recogidas en los arts. 108 y 120 y ss. del CC. La filiación del menor será, por tanto, no matrimonial.

En este caso no rige la presunción de paternidad del art. 116 CC, predicable sólo respecto de los hijos habidos constante matrimonio. La paternidad se determinará entonces conforme al artículo 120.1 CC, es decir, el varón que ha aportado su semen y ha consentido la inseminación de la mujer, habrá de reconocer al menor nacido e inscribirlo como su hijo en el Registro Civil, de conformidad con el art. 44.4 LRC[60].

Si el varón no reconoce al menor cabe contra él una acción de reclamación de filiación, en virtud de los arts. 131 y ss. CC. Esta acción prosperará, en todo caso, pues la prueba de ADN demostrará que el menor es hijo del varón, pudiendo aportarse también como prueba el formulario de consentimiento informado. La sentencia firme será entonces el título de atribución de la paternidad (art.120.4º CC)[61].

Hay que tener en cuenta que, en principio, no es posible aplicar aquí el artículo 8.2 LTRHA, que atribuye al consentimiento del varón el valor de escrito indubitado, pues aquél se contempla sólo para aquellos casos de inseminación heteróloga, es decir, con semen de donante, si bien creemos que podría aplicarse por analogía.

A propósito de esto último, creemos aquí, y en ello coincidimos con PÉREZ MONGE, que lo lógico sería que la LTRHA atribuyera los mismos efectos al consentimiento para la aplicación de TRA con aportación de semen propio, para así facilitar la determinación de la filiación[62], ya que resulta más —o, al menos, igual de trascendente—, autorizar y asumir la paternidad respecto de un hijo biológico.

b. Sin consentimiento del varón

Es el supuesto de inseminación de una mujer no casada con aportación de semen del varón, que no ha prestado su consentimiento para su utilización. Al contrario que en caso anterior, el elemento biológico no coincidirá con el volitivo.

---

[60] Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, art. 44.4 b): "…*La filiación paterna en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar: b) Cuando el padre manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia."*

[61] HERRERA CAMPOS, R., et al. 2015. *Curso de Derecho Civil I bis Derecho de Familia (3.ª Edición)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 52

[62] PÉREZ MONGE, M., *Op. cit*., p. 172

Se trata de un supuesto que en la práctica normalmente no se dará, pues las clínicas de reproducción asistida se aseguran de que el varón ha prestado su consentimiento libre y consciente, con carácter previo a su aplicación en la mujer usuaria. Además, el hecho de que el varón aporte su semen en el curso de un tratamiento de este tipo, invita a deducir su deseo de ser padre.

De producirse, se aplicará entonces la legislación general civil sobre determinación de la filiación no matrimonial (arts. 108 y 120 y ss. CC).

El varón puede reconocer al menor nacido ante el encargado del Registro Civil, a pesar de no haber prestado su consentimiento. Por el contrario, si no lo reconoce, podrá entablarse contra él una acción de reclamación de la filiación, que evidentemente prosperará, pues la prueba biológica resultará positiva[63].

Para PÉREZ MONGE, el hecho de que el varón no haya prestado su consentimiento y que el nacimiento se haya producido, por ejemplo, por la conducta realizada por la mujer, no debe justificar la ausencia de filiación paterna en el nacido. La relación biológica y el principio "favor filii" son motivos suficientes para que haya de declararse la paternidad.

Por otra parte, en el caso de ejercitarse una eventual acción de impugnación de la paternidad, cabe afirmar que tampoco prosperaría por la misma razón expuesta: el menor es genéticamente hijo del varón[64].

Consideramos que deberá prevalecer en este supuesto el derecho del nacido a tener un padre legalmente determinado, sobre la voluntad del varón que aporta su semen.

4.2. Filiación no biológica derivada de la aplicación de TRA heterólogas.

A) Filiación no biológica matrimonial (TRA heteróloga)

a. Con consentimiento del marido

Es el supuesto de aplicación de TRA a una mujer casada con aportación de semen de un tercer donante, con el consentimiento previo de su marido (art.6.3 LTRHA). La determinación de la paternidad en este caso adquiere una mayor dificultad

[63] *Ibídem*, p. 175
[64] JARUFE CONTRERAS, D., *Op. cit*., p. 197

puesto que concurren dos elementos que proceden de dos sujetos distintos (semen de donante y consentimiento del marido).

Al tratarse de un matrimonio, opera aquí la presunción de paternidad del artículo 116 CC, por lo que el nacido podrá ser inscrito en el Registro como hijo matrimonial (art. 115.1º CC).

Para evitar los problemas que puede generar esta ficción legal, el legislador introduce en el artículo 8.1 LTRHA, y específicamente para este supuesto, la prohibición de impugnar la filiación resultante. Dispone éste: *"Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación."*

Se trata, como afirma JARUFE CONTRERAS, de una de las pocas manifestaciones de la LTRHA a través de las cuales se pretende resguardar el interés superior del menor de forma implícita[65].

Queda clara entonces la imposibilidad de los progenitores de impugnar la filiación producto de la TRA heteróloga; Pero, ¿puede el hijo impugnar dicha filiación? La LTRHA sólo contempla esta prohibición respecto a los intervinientes en la TRA y nada establece en relación al hijo, por lo que en principio, aquél estaría legitimado para ejercitar la acción de impugnación conforme al artículo 137 CC[66]. Como éste no es genéticamente su hijo, la acción podría ser acogida quedando entonces sin paternidad legalmente determinada[67].

No obstante, aunque el vacío legal permitiese esta posibilidad, consideramos que no debería ser estimada en ningún caso por los tribunales, pues no encontramos ninguna razón objetiva que justifique dicha acción, sobre todo teniendo en cuenta que el hijo nunca tendrá posibilidad alguna de reclamar su filiación respecto de su "padre" biológico (art. 8.3 LTRHA). Creemos que debería prohibirse expresamente la impugnación de la paternidad en estos supuestos, puesto que de acogerse la acción, el hijo quedaría con un solo progenitor, lo que claramente va contra el interés del menor.

[65] *Ibídem*, p.201
[66] Recuérdese que el artículo 7.1 LTRHA remite a las reglas generales del CC.
[67] No se podrá ejercitar en ningún caso acción de reclamación contra el donante anónimo del material genético, pues recordemos que los artículos 5.5 y 8.3 LTRHA lo prohíben expresamente.

b. Sin consentimiento del marido

Se trata de un supuesto más complejo, si cabe, que el anterior. Aquí el marido no aporta ni el elemento biológico, que procede de un tercer donante, ni tampoco el elemento volitivo. Además, la LTRHA no prevé este supuesto.

Tal y como señalan OLIVA BLÁZQUEZ y PIZARRO MORENO, una parte de la doctrina considera que se trataría de un hijo no matrimonial y vinculado legalmente sólo a la madre, constituyendo un supuesto de filiación de mujer sola[68]. Pero lo cierto es que, al tratarse de un hijo habido constante matrimonio, se aplica la presunción paternidad del artículo 116 CC, siendo el menor un hijo matrimonial.

Frente a esta atribución legal de la paternidad, el marido podría responder de dos formas[69]:

Puede impugnar la paternidad (art. 136 CC), demostrando que el menor es fruto de una TRA con aportación de donante, a la que no ha prestado su consentimiento (preceptivo, según el art. 6.3 LTRHA); pues recordemos que no resulta aplicable la prohibición de impugnar la filiación del art. 8.1 LTRHA, prevista solo para aquel supuesto en que concurra el consentimiento del marido. Esta acción en principio prosperará, ya que la prueba de ADN evidenciará que no es su hijo biológico, y además tampoco concurre el elemento volitivo. El menor quedará sin filiación paterna.

O bien, el marido puede inscribir al nacido como su hijo, aun sabiendo que biológicamente no lo es (sería un reconocimiento de complacencia). En relación a este supuesto, JARUFE CONTRERAS sostiene que podrían surgir problemas con un eventual y posterior divorcio o separación de los cónyuges, pues el marido podría ejercitar acción de impugnación de la filiación matrimonial[70]. Aunque tal y como señala, esto parece poco probable debido a que la acción prescribe en el plazo de un año desde que el marido conoce que el menor no es biológicamente hijo suyo[71].

Creemos que se trata de un supuesto muy poco frecuente, ya que las clínicas que ofrecen estos tratamientos suelen verificar el estado civil de la mujer usuaria con

[68] OLIVA BLÁZQUEZ, F. y PIZARRO MORENO, E., *Op. cit*., p. 185
[69] PÉREZ MONGE, M., *Op. cit*., p. 156 y ss.
[70] JARUFE CONTRERAS, D., *Op. cit*., p. 205
[71] Código Civil, art. 136.2: *"Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento"*

carácter previo a su aplicación. Pero podría darse, por ejemplo, si la mujer usuaria contrae matrimonio con posterioridad al inicio del tratamiento, ocultando tal circunstancia a su marido. En este caso creemos que no habría interés superior del menor, pues realmente no resultará relevante que se le atribuya la filiación respecto de un hombre que nunca quiso ser su padre (ya que no consintió la TRA y no quiso reconocerlo)

B) Filiación no biológica no matrimonial (TRA heteróloga)

a. Con consentimiento del varón

Es el supuesto en el que una mujer no casada se somete a una TRA con semen de donante, con el consentimiento previo y expreso de su pareja estable (varón). Sólo concurre, pues, el elemento volitivo.

En este caso resulta de aplicación una de las especificaciones a las que se refiere el artículo 7.1 LTRHA, concretamente la del artículo 8.2 LTRHA, que dispone lo siguiente: **"***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 refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad".*

Es preciso destacar que la referencia que hace el citado artículo al "*…apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011…"* es en realidad errónea, pues el expediente registral para la inscripción del nacido se encuentra regulado realmente en el apartado inmediatamente anterior, es decir, en el artículo 44.7 LRC[72]

De esta forma, el documento privado donde se recoge el consentimiento del varón será el elemento fundamental que permita determinar su paternidad y la consecuente filiación no matrimonial del nacido, mediante la tramitación del expediente registral del artículo 44.7 LRC.

[72]Este error se repite también en el artículo 9.3 LTRHA que regula el supuesto de la fecundación post mortem, pues hace referencia al mismo expediente registral, que se encuentra recogido en el artículo 44.7 LRC.

Según dispone este artículo, la inscripción de la filiación mediante expediente registral procederá *"...siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente"*. Por tanto, si por ejemplo la mujer usuaria se opone a la inscripción de la filiación a favor del varón, éste deberá intentar su declaración judicial mediante el ejercicio de una acción de reclamación de paternidad, en virtud del artículo 8.2 LTRA *in fine.*

Por otra parte, una vez inscrita la filiación del nacido, creemos que no debiera prosperar su impugnación por el padre, aplicándose por analogía el artículo 8.1 LTRHA, aunque esté previsto para el supuesto de filiación matrimonial. Si el varón consintió en la TRA, debe prevalecer el derecho del menor.

Pero si el padre no reconoce e inscribe al menor como hijo suyo, entonces se podrá ejercitar una acción de reclamación de la filiación por parte del hijo o de su madre (art. 133 CC). Esta acción podría no ser acogida, ya que el nacido no es hijo biológico del varón. Sin embargo, entendemos que normalmente ésta será estimada siempre y cuando se pruebe que el varón había consentido.

b. Sin consentimiento del varón

Es el supuesto de aplicación de una TRA a mujer no casada, con contribución de material genético de donante anónimo, y sin contar con el consentimiento de su conviviente.

De producirse el nacimiento, no habrá ningún elemento que permita relacionar jurídicamente al varón con el recién nacido: no concurre ni su voluntad, ni el dato biológico; no podría aplicarse la presunción de paternidad del artículo 116 CC, pues no se trata de un matrimonio; tampoco contiene la LTRHA ninguna regulación específica para este supuesto.

Por tanto, la única posibilidad de determinar la paternidad legal del varón pasa por que aquél efectúe un reconocimiento de complacencia del nacido, inscribiéndolo como hijo suyo en el Registro. Este reconocimiento, a pesar de que se realiza en manifiesto fraude de ley (pues se reconoce a un hijo que, además de no ser biológico, no ha sido consentido), no podrá encontrar ningún impedimento en cuanto a su inscripción

registral[73], si bien nada impedirá tampoco que el padre ejercite posteriormente una acción de impugnación de la paternidad[74].

Por otra parte, creemos que esta filiación también podrá ser impugnada por el hijo con base en la ausencia de relación biológica con quien legalmente es su padre. De realizarse la prueba biológica, se evidenciará que no es su hijo genético y la acción será acogida por los tribunales, quedando sin paternidad legal determinada.

En el caso de que el varón, conviviente de la mujer usuaria, decida no ser el padre del recién nacido, no efectuando dicho reconocimiento, aquél quedará sin paternidad legalmente determinada y se tratará entonces como un supuesto de filiación de mujer sola. Aunque la mujer usuaria ejercite acción de reclamación de paternidad en favor de su hijo, ésta no prosperará porque la prueba de ADN arrojará un resultado negativo, y además no se podrá demostrar tampoco el consentimiento del varón.

Es conveniente señalar que el presente supuesto tendría una solución distinta si se diera en el ámbito del Derecho catalán, pues el artículo 235-10.1.a) del CCCat establece una presunción legal de paternidad no matrimonial: *"Se presume que es padre del hijo no matrimonial: a) El hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de la concepción."*[75]. Así, se aplicaría de forma automática la presunción y el recién nacido sería considerado hijo del conviviente de la mujer usuaria, lo que podría favorecer (en realidad presionar o incluso coaccionar) el reconocimiento del menor por parte del varón. Sin embargo, como señala JARUFE CONTRERAS, no se trata tampoco de una filiación "segura", pues cabe que el menor o incluso el varón ejerciten

[73] La Sentencia TS (Sala Primera) de 15 julio 2016, Rec. 1290/2015, fija la siguiente doctrina: «*El reconocimiento de complacencia de la paternidad no es nulo por ser de complacencia. No cabe negar, por esa razón, la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga en las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se ajusta a la verdad biológica*».

[74] La Sentencia TS (Sala Primera) de 15 julio 2016, Rec. 1290/2015, fija la siguiente doctrina: . F.J. 4.º: «*Cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. ...La acción procedente será la regulada en el artículo 136 CC si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción; y será la que regula el artículo 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción*»

[75]El artículo 235-10 CCCat establece, en general y para los supuestos de filiación no matrimonial, las siguientes presunciones: *"**1.** Se presume que es padre del hijo no matrimonial: **a)** El hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de la concepción. **b)** El hombre con el que la madre ha mantenido relaciones sexuales en el período de la concepción. **c)** El hombre que ha reconocido la paternidad tácitamente o de modo diferente al establecido por el artículo 235-9. **2.** Las presunciones a que se refiere el apartado 1 pueden destruirse con toda clase de pruebas en el correspondiente juicio."*

la acción de impugnación, que será acogida por la falta de relación genética, destruyendo así la paternidad legalmente determinada[76].

4.3. Filiación derivada de la aplicación de TRA en supuestos de inexistencia de pareja.

A) Mujer sola

Con la entrada en vigor de la primera Ley reguladora de las técnicas de reproducción asistida, la Ley 35/1988, se consolida en España el acceso libre a un "nuevo" modelo familiar a través la aplicación de TRA, la denominada familia monoparental, y en concreto aquella en la que aparece tan solo la figura materna. Es el supuesto de filiación de mujer sola. Esta posibilidad se mantuvo y se reforzó con la nueva regulación de las TRA, la vigente Ley 14/2006.

La LTRHA habilita este supuesto en el párrafo segundo del artículo 6.1, que dice lo siguiente: *"La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual".* Esto permite que cualquier mujer mayor de edad y con plena capacidad de obrar pueda someterse a una TRA para cumplir su deseo de ser madre gestante, independientemente de si está soltera, divorciada o viuda, y sin necesidad de mantener relaciones sexuales o de intentar forzosamente una adopción. Recordemos también que la mujer usuaria no deberá acreditar ningún problema de esterilidad para poder acceder a un tratamiento de reproducción asistida. Estamos por tanto ante el derecho a ser madre en su máxima expresión.

La aplicación de la TRA a la mujer usuaria requerirá en todo caso de la utilización de semen de donante, y eventualmente, también óvulos de donante (por ejemplo, cuando los óvulos propios no son válidos para la fecundación). Ello quiere decir que la filiación materna podrá ser bien biológica, en caso de fecundación de óvulo propio con semen de donante, o bien no biológica, si tanto óvulos como semen proceden de donantes (se practicará necesariamente una fecundación in vitro). A pesar de lo dicho, es cierto que cabría plantearse si la procedencia del material genético (de donantes) es un hecho suficientemente trascendente como para privar de carácter biológico a esta relación filial, desvalorando el largo proceso de gestación.

[76] JARUFE CONTRERAS, D., *Op. cit*., p.211

Al igual que en todos los supuestos de filiación, ya sea natural o a través de TRA, la maternidad será determinada por el hecho cierto del parto, en aplicación del principio *"mater semper certa est"*. La filiación del nacido será inscrita en el Registro sólo en relación a la madre y sin referencia alguna a su origen biológico paterno. Además, reiteramos, el menor nunca podrá reclamar su filiación respecto de su "padre biológico" (art. 8.3 LTRHA).

Por último, hemos de advertir que la filiación derivada de la gestación subrogada nunca deberá encajarse ni ser asociada con el supuesto de la filiación derivada de TRA en mujer sola, pues se trata de dos casos totalmente distintos[77]

B) Hombre solo

Como vemos, la LTRHA permite el acceso a la maternidad a mujeres solas, sin necesidad de tener pareja o de acreditar impedimento alguno para la procreación natural. Pero, ¿existe la posibilidad de acceder a una paternidad en solitario a través de TRA?

Desde el punto de vista fisiológico, es evidente que resulta imposible, pues a pesar de los avances de la ciencia en materia de reproducción, hoy por hoy el género masculino no puede desarrollar un proceso de gestación. Así pues, el hombre que desea ser padre en solitario y que no quiere recurrir a la adopción[78], tan sólo tiene la "opción" de contratar una gestación subrogada. Sin embargo, como ya hemos comentado anteriormente, se trata de una práctica rotundamente prohibida por la LTRHA (art. 10.1 LTRHA)

En este sentido, el artículo 10.3 LTRHA dispone que *"Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales";* por lo que si el hombre ha aportado su semen, podrá reclamar la paternidad del nacido. Pero el apartado inmediatamente anterior del mismo artículo señala que *"La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto";* es decir, que siempre será determinada legal y automáticamente la maternidad del nacido.

[77] Nos referimos aquí, por ejemplo, a aquel supuesto en que una mujer sola encarga una gestación subrogada a otra mujer, pretendiendo que posteriormente se determine en su favor la filiación del nacido. Como hemos dicho, es un supuesto expresamente prohibido por la LTRHA.

[78] Pues hay que tener en cuenta que en España la legislación en materia de adopción sí que contempla la posibilidad de paternidad en solitario

Esto último es justamente lo que excluye en todo caso la posibilidad de paternidad en solitario.

5. OTROS SUPUESTOS DE FECUNDACIÓN MEDIANTE EL USO DE TRA.

La LTRHA contempla dos supuestos de aplicación de técnicas de reproducción asistida que por su singularidad y por sus caracteres especiales merecen un análisis independiente de todos los supuestos hasta ahora vistos. Estos son dos: la fecundación post mortem, regulada de forma específica en el artículo 9 LTRHA, y la doble maternidad por naturaleza, prevista en el artículo 7.3 LTRHA.

5.1. Fecundación post mortem.

A) Admisibilidad y requisitos legales

La LTRHA recoge un supuesto especial de aplicación de TRA, la denominada como fecundación "post mortem", que es sin duda uno de los más polémicos y problemáticos en esta materia. No estamos ante una novedad introducida por la LTRHA, pues su antecesora, la Ley 35/1988, ya contemplaba esta posibilidad aunque con algunas diferencias.

Bajo el título de "Premoriencia del marido", el artículo 9 LTRHA regula la filiación del menor nacido mediante la aplicación de TRA con material genético del varón ya fallecido. De la lectura del artículo se desprende, por un lado, que la fecundación post mortem es aplicable tanto en supuestos de matrimonios (art. 9.1 y 2) como de parejas estables (art. 9.3), y, por otro lado, que en la práctica la fecundación puede producirse de dos formas distintas: mediante la inseminación artificial de la mujer con el semen crioconservado del varón o mediante la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento de aquél a través de la fecundación in vitro[79].

En el apartado primero del artículo 9 LTRHA se contiene la regla general que rige la premoriencia del marido, y que dispone: *"No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte*

[79] PÉREZ MONGE, M., *Op. cit*., p.249

del varón.". Este apartado puede hacer pensar, en su primera lectura, que la LTRHA rechaza en todo caso la aplicación de TRA post mortem; sin embargo, como toda regla general, ésta viene acompañada de excepciones, que son las del apartado segundo y tercero.

Así pues, se señala en las primeras líneas del apartado segundo que *"No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas."*. El apartado tercero no es más que una autorización para la aplicación de la fecundación post mortem a los supuestos de pareja no casada, para los cuales se aplicarán también las reglas anteriores, salvo en materia de determinación de la filiación[80]. De esta forma, se puede apreciar la exigencia de hasta cuatro requisitos concretos: que se trate de un matrimonio o pareja estable heterosexual, que el material genético provenga del marido o conviviente, que aquél preste consentimiento formal para su utilización y que el semen aportado se utilice en el plazo legal de un año.

a. Matrimonio o pareja estable heterosexual

En cuanto al primer requisito, la LTRHA es clara al respecto, pues en todo momento hace alusión al "marido" o al "varón no unido por vínculo matrimonial", salvo en la mención del párrafo 2.2 al "cónyuge supérstite", que carece de sentido alguno ya que éste solo puede ser la mujer (casada o no). Cabe añadir que a pesar de que la Disposición Adicional 1ª de la Ley 13/2005 de 1 de julio establece que las referencias legales al matrimonio se entienden aplicables con independencia del sexo de sus integrantes, no cabe oponerla en este supuesto porque la propia Ley excluye expresamente su aplicación en lo relativo a la filiación matrimonial[81].

[80] LTRHA, art. 9.3: "*El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad."*

[81] Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio; Introducción, apartado II *in fine*: *"Subsiste no obstante la referencia al binomio formado por*

b. Material genético del marido o conviviente

Por lo que se refiere al segundo requisito, parece clara que la intención del legislador es autorizar la fecundación post mortem sólo cuando el material genético provenga del marido o conviviente. Sin embargo, podríamos encontrar una excepción en el párrafo segundo del artículo 9.2 LTRHA, que recoge una presunción de otorgamiento del consentimiento por el varón, y que dice lo siguiente: "*Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge supérstite hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido".* Interpreta BARBER CÁRCAMO que la constitución de preembriones previamente al fallecimiento no necesariamente ha de producirse con el semen del varón sino que aquel también puede proceder de un donante[82]. Esto permitiría la aplicación de una fecundación in vitro heteróloga post mortem, cuyo resultado sería el nacimiento de un hijo que tendría su filiación paterna determinada (ya sea matrimonial o no matrimonial).

c. Consentimiento personal, libre, consciente y expreso

El tercer requisito es la concurrencia del consentimiento personal, libre, consciente y expreso del varón para la utilización de su semen con posterioridad a su muerte, el cual ha de venir recogido formalmente en el documento del artículo 6.3 LTRHA (formulario de consentimiento informado), en testamento, en escritura pública o en documento de instrucciones previas. Este requisito es el que suscita más controversia, pudiendo plantearse tres principales problemas prácticos: ausencia total de consentimiento escrito y de material genético conservado; existencia de material genético conservado pero no de consentimiento expreso dirigido a su utilización tras su fallecimiento, y existencia de consentimiento expreso pero no recogido en documento formal.

En el primer caso tenemos claro que no existe, en principio, ninguna posibilidad de llevar a cabo la aplicación de TRA con semen del varón si aquél previamente no lo ha depositado en un banco o centro especializado para su conservación y tampoco ha prestado su consentimiento. Planteamos este peculiar supuesto porque se han dado

---

el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales."

[82] BARBER CÁRCAMO, R., *Op. cit.*, p.163

algunos casos en nuestro país. Así por ejemplo cabe recordar el singular caso de aquella mujer que pidió a un Juzgado de Primera Instancia de Sevilla que se extrajera el semen de su marido muerto en un accidente de tráfico para ser fecundada con él en un futuro. El juzgado autorizó en un primer momento la operación de extracción de espermatozoides testiculares del hombre y ordenó su conservación en un lugar especializado y congelado en nitrógeno, a la espera de que pudieran utilizarse. Finalmente, el Juzgado de Primera instancia desestimó la petición por entender que no existía el consentimiento libre, expreso, consciente y formal de su marido para que pudiera utilizarse el material genético tras su muerte. La mujer recurrió la decisión ante la Audiencia Provincial, pero ésta confirmó el pronunciamiento del Juzgado[83]. La inexistencia del consentimiento en este tipo de supuestos es incuestionable.

Imaginemos ahora que un varón casado deposita su material genético en un centro autorizado para su crioconservación, sin especificar nada sobre el concreto destino o utilización del mismo y sin hacérselo constar a su mujer; repentinamente cae enfermo y muere, enterándose aquella de la existencia del semen de su marido. ¿Podría la mujer acceder a una inseminación artificial con el semen de su marido? ¿Puede presumirse que existe consentimiento del marido por el simple hecho de haber depositado su semen? Consideramos, al igual que en el supuesto anterior, que no existe consentimiento y que no habrá posibilidad alguna de presunción.

Un supuesto distinto es el de la presunción del consentimiento del marido en caso de haberse constituido preembriones con anterioridad a su fallecimiento (art.9.2 párrafo segundo LTRHA). Creemos que esta previsión del legislador es adecuada, pues parece razonable entender que si una pareja ha iniciado un tratamiento de reproducción asistida, concurriendo el consentimiento de ambos intervinientes, la muerte sobrevenida del varón no debe suponer la falta de validez o ineficacia en un futuro del consentimiento que prestó en vida.

Por el contrario, sí generan un amplio debate, además de serios problemas jurídicos, aquellos casos en que el varón ha aportado su semen y ha prestado consentimiento expreso para su utilización, pero éste no ha quedado recogido en los

[83] Véase la noticia en: http://www.pressreader.com/spain/la-vanguardia/20160908/281973197101169 (última visita el 18 de mayo de 2017); http://sevilla.abc.es/sevilla/sevi-juzgado-sevillano-desestima-usar-esperma-muerto-para-inseminacion-artificial-viuda-201511131419_noticia.html (última visita el 18 de mayo de 2017).

documentos autorizados por el artículo 9.2 LTRHA. Aunque se trata de un supuesto que se ha dado muy pocas veces en nuestro país, podemos encontrar pronunciamientos jurisprudenciales en ambos sentidos (si bien la mayoría son contrarios a su permisión).

Cabe destacar el auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª) de 2 de junio de 2010, que denegó la autorización judicial para que una viuda se inseminara con el material reproductor de su marido fallecido, depositado en la unidad de reproducción asistida del Hospital Clínico de Canarias, y cuya utilización había sido consentida por aquél mediante una carta mecanografiada y firmada por él mismo. La Audiencia aclaró en el Fundamento Jurídico segundo que la autorización del marido para la utilización de su semen tras su muerte *"es personalísima, sin que pueda ser suplida por nadie, menos aun cuando ya se ha extinguido la personalidad civil por la muerte de la persona, y formal, sin que quepa ser suplida por otras pruebas documentales o testificales"*[84].

En sentido opuesto se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª) en su auto de 12 de julio de 2011, que estima el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado de Primera Instancia de Rubí (Barcelona)[85] por parte de una mujer que había solicitado autorización judicial para inseminarse con el semen de su pareja fallecida y cuya petición fue desestimada. El Juzgado había denegado la inseminación porque el consentimiento del varón no constaba en escritura pública, testamento o instrucciones previas; sin embargo, la Audiencia consideró que la existencia de un documento sanitario, unido a las declaraciones de testigos, era suficiente para acreditar el consentimiento del fallecido[86].

En nuestra opinión, la exigencia por parte del legislador de hacer constar necesariamente el consentimiento del varón en el formulario de consentimiento informado, escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas para poder llevar a cabo la fecundación post mortem es totalmente acertada. Creemos que las situaciones injustas que pudieran derivar de su exigencia (por el hecho sobrevenido de un fallecimiento) pueden evitarse de manera sencilla al momento de completar el

[84] En el mismo sentido: Auto del JPI de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007 (AC 2011/553); SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2011 (AC 2011\1256); Auto de la AP de A Coruña de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001\183).

[85] Auto JPI nº2 de Rubí, de 15 de septiembre de 2009 (JUR 2012\44346)

[86] La AP siguió el criterio mantenido por el TSJ de Cataluña en su Sentencia 28/2007, de 27 de septiembre: supuesto muy similar al que ahora tratamos, y en el que el TSJ consideró la aplicación de la "doctrina de la buena fe y de los actos propios"

formulario de consentimiento informado, cuando el marido deposita su semen, haciendo constar su autorización o su negativa para que éste se utilice tras su muerte. La admisibilidad de un consentimiento tácito o presunto (fuera del supuesto de transferencia de preembriones), puede dar lugar a fraudes de ley.

Una última consideración acerca del consentimiento del varón es la posibilidad de su revocación. Como ya adelantamos en el epígrafe "revocabilidad del consentimiento", el artículo 9.2 LTRHA, al final de su primer párrafo, señala de manera clara que *"El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas"*. Así, el varón que haya consentido la utilización de su semen tras su muerte, podrá revocar dicho consentimiento. Aunque esta previsión legal no aclara la forma en que habrá de revocarse el consentimiento, lo lógico será que el varón lo haga en el mismo tipo de documento formal en que se otorgó inicialmente.

d. Plazo legal de 12 meses

Una vez ha quedado acreditada la concurrencia de consentimiento personal, libre, consciente y expreso del varón para la utilización post mortem de su semen crioconservado, o cuando aquel se presuma por haberse constituido preembriones con anterioridad a su fallecimiento, la aplicación de TRA deberá llevarse a cabo en un plazo máximo de 12 meses a contar desde el deceso, tal y como señala el artículo 9.2 LTRHA. En Cataluña, no obstante, este plazo será de 270 días (9 meses) con posibilidad de prórroga de 90 días (3 meses) con autorización judicial. Éste plazo se aplica sólo para iniciar el tratamiento y no para concebir[87].

Esta limitación temporal, que ya se encontraba prevista en la Ley 35/1988 y que fue ampliada por la vigente Ley 14/2006 (se amplió de 6 a 12 meses), tiene su justificación en la necesidad de proteger los derechos sucesorios de los herederos y otorgarles seguridad jurídica, tal y como afirma RODRÍGUEZ GUITIÁN[88]. La existencia de un plazo demasiado extenso supondría la imposibilidad de partir y

[87] El distinto tratamiento del plazo que hace la legislación estatal y la autonómica puede dar lugar a ciertos problemas jurídicos. Véase la reciente noticia de una mujer catalana que vio paralizado su proceso de fecundación post mortem por las diferencias entre ambas normas: http://www.elmundo.es/cataluna/2017/03/22/58d25561468aeb7f478b463a.html (última visita el 22 de mayo de 2017).

[88] RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., 2013. *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp.76 y ss.

adjudicar la herencia, pues ésta quedaría a expensas de un posible nacimiento. No obstante su ampliación, este plazo no deja de ser un periodo de tiempo muy breve y que puede dar lugar a problemas éticos y prácticos (médicos).

Desde el punto de vista ético, puede resultar injusto que se "obligue" a la mujer a tomar la decisión de ser madre en los doce meses siguientes al fallecimiento de su marido o conviviente, pues normalmente aquella se encontrará en un estado emocional muy difícil, sobre todo si tenemos en cuenta que muchas veces los supuestos de fecundación post mortem vienen asociados a largas y penosas enfermedades oncológicas. Por otra parte, este plazo puede resultar insuficiente para que la TRA se lleve a cabo con éxito y la mujer acabe desarrollando el proceso de gestación, ya que esto depende de factores fisiológicos (periodos de fertilidad o anomalías en los órganos reproductores, entre otros), que incluso podrían verse condicionados por el estado emocional.

Una posible solución a estos problemas pasaría por permitir la prórroga de este plazo mediante autorización judicial, tal y como prevé el Código Civil Catalán (Artículo 235-8. 2.c). O también, como propone FERNÁNDEZ CAMPOS, otorgar a la mujer un plazo de 6 meses tras el fallecimiento del varón para que pueda manifestar su intención futura de someterse a la fecundación post mortem, y que aquella se practicara en un plazo de un año desde su manifestación[89]. Sin duda, parece más prudente establecer un plazo total que pueda llegar a un año y seis meses; no se perjudicaría en exceso a los posibles herederos y se favorecería a la mujer.

Otras de las cuestiones que se plantean en relación con el plazo es el número de fecundaciones (con éxito, es decir, produciéndose el embarazo y el nacimiento del hijo) que se pueden llevar a cabo. Es cierto que en el plazo de 12 meses es poco probable que se puedan producir dos embarazos, ya que en teoría los nueve meses del primero sumados al tiempo de recuperación casi agotarían el tiempo permitido, pero fisiológicamente es posible. La LTRHA no establece ninguna previsión al respecto. En

[89] FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., et. ali. 2007. *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2007, pp. 305 y ss.

cambio, sí regula este aspecto el Código Civil Catalán, que permite un solo embarazo con éxito, incluyéndose en todo caso el embarazo múltiple (Artículo 235-8. 2.b)[90].

B) Determinación de la filiación

Cuando se trata de aplicación de TRA post mortem a una mujer viuda (es decir, que ha estado casada), habiéndose cumplido todos los requisitos legales, dispone el artículo 9.2 LTRHA que *"Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial"*. Es decir, el nacido por esta vía será considerado como hijo matrimonial y disfrutará de los derechos sucesorios de su padre. La filiación paterna se determinará mediante la inscripción del menor en el Registro con el documento donde conste el consentimiento del marido, o bien se determinará legalmente en los supuestos donde opere la presunción del consentimiento marital (transferencia de preembriones).

Esta filiación matrimonial, recordemos, podrá ser biológica (si el material genético procede del marido) o no biológica (si admitimos la posibilidad de constitución de preembriones con material genético de donante con carácter previo al fallecimiento), pero en ningún caso se reflejará tal circunstancia en la inscripción.

La ley no establece ninguna previsión acerca de la posibilidad de impugnación de la paternidad por parte del hijo. Sin embargo, creemos que de ejercitarse aquella no debería prosperar en ningún caso pues no existe, en principio, ninguna razón lógica u objetiva que lo justifique.

Por lo que se refiere a la fecundación post mortem en mujer no casada, si se cumplen los requisitos legales, regirá lo dispuesto para el caso anterior. Ésta desplegará los mismos efectos: el nacido será considerado hijo del fallecido y disfrutará de los derechos sucesorios. La única diferencia es que la filiación paterna se determinará con la tramitación del expediente registral del artículo 44.3 LRC. Además, si la madre del menor no tramita dicho expediente, el hijo podrá ejercitar acción de reclamación de la paternidad, tal y como dispone el artículo 9.3 LTRHA.

[90] Código Civil Catalán, art. 235-8.2.b): *2. En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones: b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple..*

5.2. Doble maternidad por naturaleza.

Hasta ahora hemos hablado tan solo de cómo se determina la filiación paterna en los distintos supuestos de aplicación de las TRA, pues respecto a la maternidad, partimos de que ésta queda siempre determinada por el hecho cierto del parto, siguiendo el principio romano de "mater semper cesta es". Sabemos que desde el año 2005 la legislación española en materia de adopción contempla la posibilidad de que se determine la filiación adoptiva respecto de un matrimonio formado por dos mujeres. Pero, ¿es posible determinar una filiación natural respecto de dos mujeres?

La LTRHA permite a las mujeres casadas el acceso, a través de las técnicas de reproducción asistida, a una nueva "categoría" de filiación, la denominada doble maternidad por naturaleza. Así, el artículo 7.3 LTRHA dispone lo siguiente: "*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge".* Este artículo 7.3 LTRHA conforma una de las especificaciones a las que hace referencia el apartado primero del mismo.

Es de destacar que la primera redacción de la LTRHA, que entró en vigor en 2006, no contemplaba esta posibilidad, sino que ésta fue introducida un año más tarde por la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Esta temprana modificación de la LTRHA vino promovida sobre todo por la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que admitió por primera vez en nuestro país el matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de que estos accedieran a la adopción conjunta y simultánea. Se sostenía entonces que cualquier diferencia legal entre el matrimonio homosexual y el heterosexual era discriminatoria, debiendo ser suprimida; y que también era discriminatorio que la filiación conjunta en los matrimonios homosexuales se recondujera necesariamente a la adopción. Precisamente por tales motivos se introdujo el artículo 7.3 LTRHA.

Esta institución filial ha sido duramente criticada por la doctrina por haber sido ubicada por el legislador en sede de filiación natural, aun cuando resulta contraria a su unidad natural (pues solo cabe que exista una madre) y a toda la regulación del Código

Civil sobre filiación[91]. El papel que juega el elemento volitivo en este "título de determinación de la filiación" lo aproxima más a la adopción que a la propia filiación natural; y a pesar de ello, tampoco se asemeja a la adopción ya que, entre otras cosas, la filiación no se establece por resolución judicial ni se somete al principio del interés del adoptando. Como el Código Civil no contempla otra categoría de filiación que no sea la natural o la adoptiva, nos encontramos con una filiación artificial que resulta muy difícil de encajar en nuestro sistema.

Partiendo de su permisibilidad, en la aplicación de TRA en una pareja compuesta por dos mujeres se distinguen dos posibilidades: que la mujer gestante se someta a una inseminación artificial con el semen de un tercero, o que se realice una fecundación in vitro con el óvulo de la otra mujer (no gestante) y el semen de un donante, implantándose el preembrión en el útero de la mujer usuaria. En ambos casos la maternidad legal se determinará automáticamente en favor de la mujer gestante, por el hecho cierto del parto; respecto a la otra mujer, aun siendo la "madre" genética (si aporta óvulo), no verá determinada su maternidad a menos que cumpla los requisitos del artículo 7.3 LTRHA[92]. Éstos son dos: que esté casada y no separada legalmente o de hecho con la mujer gestante, y que preste su consentimiento para que se determine a su favor la filiación del nacido.

En cuanto al primer requisito, la LTRHA no puede ser más clara: sólo se prevé la doble maternidad respecto del matrimonio. Se descarta pues esta posibilidad para las mujeres no casadas. Esta limitación ha sido considerada discriminatoria respecto de las parejas de hecho heterosexuales, que sí pueden acceder a una filiación conjunta mediante TRA heterólogas. Según BARBER CÁRCAMO, la diferencia objetiva y relevante viene dada por la posibilidad biológica de procreación que tienen las parejas de hecho heterosexuales, y de la que carecen las parejas de homosexuales, lo que justifica que el legislador reconduzca los títulos de determinación de la filiación a los habituales[93]. Por otra parte, también se ha considerado discriminatorio el distinto tratamiento dispensado al matrimonio y la unión de hecho entre mujeres, pues en el matrimonio entre mujeres no resulta relevante la obligación de fidelidad entre cónyuges ni la presunción de paternidad, que justifican el distinto tratamiento dispensado al

[91] BARBER CÁRCAMO, R., Op. cit., p. 134
[92] JARUFE CONTRERAS, D., Op. cit., p.216
[93] BARBER CÁRCAMO, R., Op.cit., p.138

matrimonio y la unión de hecho heterosexual[94]. Esta distinción podría justificarse por la estabilidad que se presume del matrimonio.

En relación a este punto cabe destacar que el Código Civil Catalán, contrariamente a la legislación común, sí que prevé el supuesto de la doble maternidad legal en parejas estables de mujeres (art. 235-13.1)[95]. No se aplica, por tanto, el artículo 7.3 LTRHA.

El segundo requisito es que la cónyuge de la mujer gestante preste su consentimiento ante el encargado del Registro Civil para que se determine a su favor la filiación del nacido. La redacción original del artículo 7.3 LTRHA exigía que este consentimiento se prestara estando vigente el matrimonio, con posterioridad a la aplicación de TRA, pero antes del nacimiento; sin embargo, tras la modificación realizada por la Ley 19/2015, de 13 julio, aquél podrá manifestarse antes o después del nacimiento, siempre que exista matrimonio. No dice el artículo 7.3 LTRHA cuál es el plazo máximo para que la mujer no gestante preste su consentimiento tras el nacimiento del menor, lo que podría llevar a pensar que aquella puede consentir mientras dure el matrimonio. No obstante, lo más sensato será la aplicación de los plazos del artículo 46 LRC (72 horas desde el nacimiento) y 47 LRC (10 días).

Una vez más, la legislación catalana recoge una regulación distinta y exige que el consentimiento se preste con carácter previo a la aplicación de la TRA a la mujer usuaria (art. 235-8.1). Este consentimiento habrá de recogerse en "documento extendido ante un centro autorizado" (formulario de consentimiento informado, entendemos) o en documento público, si bien este consentimiento previo a la TRA sólo es aplicable en el supuesto de matrimonio (es la única forma en que puede determinarse la filiación matrimonial).

[94] Véase la STS 997/2011 de 18 enero: Aquí se había ejercitado acción de determinación judicial de maternidad no matrimonial, junto con la pretensión de que se fijaran determinadas medidas personales y económicas en relación con la menor. La demanda se fundaba en el art. 7.3 LTRHA y se alegaba que la actora no había podido contraer matrimonio con su pareja, la madre biológica de la menor, cuando nació la niña, en 2003, siendo posible, tras 2007, la filiación conjunta sin necesidad de adopción, por lo que «permitir esta posibilidad a los hijos de filiación matrimonial y no permitirla para los hijos de relaciones de hecho, no matrimoniales, supondría una discriminación proscrita en nuestro ordenamiento jurídico».

[95] Código Civil Catalán, art. 235-13.1: *"Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público".*

Cumpliéndose estos requisitos, la cónyuge de la mujer gestante verá determinada la filiación del nacido en su favor. Esta filiación será inscrita como matrimonial en el Registro Civil, en virtud del artículo 44.5 LRC, que señala: "*También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.*

Resulta llamativo aquí que ni la LTRHA, ni el Código Civil ni la Ley de Registro Civil prevean la necesidad de que la mujer gestante se muestre también conforme con que se determine la filiación a favor de su cónyuge. Nos encontramos entonces con que la mujer gestante ni podrá imponer a su cónyuge que asuma la maternidad de su hijo, ni podrá evitar que aquella la asuma por su sola voluntad. Esto, sin duda, podría dar lugar a situaciones injustas, por lo que creemos que debería exigirse el consentimiento de ambas mujeres, al menos en el supuesto de inseminación con óvulo y semen de donante.

Finalmente, cabe destacar la ausencia absoluta de regulación sobre las acciones de filiación en el supuesto de la doble maternidad legal. La LTRHA no incluye ninguna referencia al respecto, y la especialidad de esta institución hace muy difícil encajarla en el sistema previsto por el Código Civil, donde las acciones de filiación están pensadas para supuestos de parejas heterosexuales.

Así pues, ¿cabría impugnar la maternidad legalmente determinada? Teniendo en cuenta que la legislación común ya no exige el consentimiento de ambas mujeres con carácter previo a la aplicación de TRA, ni tampoco prevé el consentimiento de la mujer gestante para la atribución de la segunda maternidad a su cónyuge, se pueden dar supuestos problemáticos.

Por lo que se refiere a la mujer gestante, si se somete a la TRA con el óvulo aportado por su cónyuge, creemos que no prosperaría una acción de impugnación de la segunda maternidad, pues el haber consentido la inseminación con el material genético de su cónyuge evidenciaría una voluntad común de tener un hijo matrimonial. Más discutible sería si aquella no utiliza el material genético de su cónyuge, pues no concurre ningún consentimiento a esa segunda maternidad. Parte de la doctrina se

inclina por reconocer esta posibilidad a la mujer gestante [96], sin embargo, la jurisprudencia se ha venido mostrando contraria a su admisión[97].

En cuanto a la mujer no gestante, si ésta ha consentido la asunción de la maternidad respecto del hijo nacido mediante TRA, parece lógico que no pueda impugnar su propia maternidad (menos aún si aportó su propio óvulo), pues se podría considerar abuso de derecho e iría contra el interés superior del menor.

En todo caso, creemos que ante la falta de una previsión legal específica, tal y como apunta FARNÓS AMORÓS, se podría aplicar por analogía el artículo 8.1 LTRHA, prohibiéndose la impugnación de la filiación que ambas mujeres han consentido[98].

Respecto al hijo, en caso de impugnar la segunda maternidad, creemos que esta acción no debiera prosperar, pues iría contra su propio interés, sobre todo si se tiene en cuenta que no podría reclamar la filiación respecto del donante de semen, ni respecto de la eventual donante de óvulos.

Por último, cabe plantearse si será posible ejercitar una acción de reclamación de la segunda maternidad, en caso de que la cónyuge de la gestante no haya prestado el consentimiento del artículo 7.3 LTRHA. En este supuesto, creemos que el nacimiento del hijo de la gestante, resultado de la aplicación de TRA y estando vigente el matrimonio, podría justificar el ejercicio de una acción de reclamación de la segunda maternidad (filiación matrimonial), no sólo por parte de la cónyuge de la gestante, sino también por la gestante y por su hijo (en virtud de los arts. 131 y 132 CC), y todo ello a pesar de no haberse prestado el consentimiento[99]. Se trataría, una vez más, de un supuesto en el que incide el interés superior del menor.

---

[96] JARUFE CONTRERAS, D., *Op. cit*., p. 219

[97] Así por ejemplo, la SAP de Islas Baleares (sección 4ª), de 31 de marzo de 2014: impidió que prosperara una demanda de impugnación de la filiación matrimonial ejercitada por la madre gestante contra quien había sido su esposa y había consentido a la filiación del menor en los términos del artículo 7.3 LTRHA. En el mismo sentido la SAP Madrid, de 12 de marzo de 2015.

[98] FARNÓS AMORÓS, E., 2015. La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología. *Anuario de Derecho Civil*, 68 (1), 5-61.

[99] Esta posibilidad ha sido avalada por la jurisprudencia en varias ocasiones. Véase la STS 740/2013, de 5 dicembre: Ésta confirmó el pronunciamiento de la AP de Santa Cruz de Tenerife y del JPI nº7 de Santa Cruz de Tenerife, que habían estimado la demanda de reclamación de la filiación matrimonial interpuesta por la ex cónyuge de la madre, y que se basaba en la existencia de posesión de estado. En este caso particular ambas mujeres habían consentido la aplicación de TRA, pero la menor había sido inscrita solo

6. CONCLUSIONES.

1º) En la procreación natural la filiación se determina con arreglo al principio de veracidad biológica, por lo que normalmente coincidirá la filiación biológica con la filiación jurídica. En cambio, en la reproducción asistida la coincidencia o no de la filiación biológica con la legal dependerá de si la TRA es homóloga o heteróloga, pues en el último caso, la filiación no será biológica respecto de la pareja de la mujer gestante (ya sea hombre o mujer).

2º) La LTRHA permite el acceso a las TRA a parejas heterosexuales casadas o no, a matrimonios formados por dos mujeres, e incluso a la mujer en solitario, no siendo preciso que acrediten padecer problemas de esterilidad que impidan o dificulten la procreación natural, salvo que deseen someterse a estos tratamientos a través del Sistema Nacional de Salud, en cuyo caso sí se exigirá tal requisito.

3º) No se permite el acceso a las TRA, en cambio, a los hombres solos ni a las parejas formadas por dos hombres, pues necesariamente habrían de recurrir a un contrato de gestación subrogada, contrato que la LTRHA ha prohibido expresamente, asegurándose de que la filiación resultante no pueda ser atribuida a personas distintas de los progenitores biológicos. Todo ello a pesar de la práctica registral en contrario que viene dándose en los últimos años.

4º) El consentimiento de la mujer, exceptuando el supuesto de la doble maternidad, no constituye nunca un vínculo de filiación. La determinación de la maternidad se deriva siempre del hecho natural del parto, con independencia de si el óvulo fecundado es de la propia mujer gestante o si procede de una donante. Por el contrario, el consentimiento del varón sí genera un vínculo de filiación (legal) en aquellos supuestos de TRA heteróloga, donde el origen "desconocido" del material genético excluye cualquier otra vinculación que no sea la derivada de la voluntad.

5º) En las TRA homólogas, el elemento biológico (material genético del varón) es determinante para la atribución de la paternidad, y normalmente prevalecerá sobre el elemento volitivo. Tratándose de un varón casado, aún no habiendo consentido la TRA, aquel será considerado el padre por aplicación de la presunción marital del artículo 116

---

como hija de la gestante; un supuesto similar y que tuvo igual solución lo encontramos en la STS 740/2013, de 5 de diciembre.

CC y una eventual acción de impugnación no prosperaría, ya que la prueba de ADN demostraría que es el padre biológico. De la misma forma, si el varón no casado se negara a reconocer al nacido, una acción de reclamación en su contra podría prosperar, pues también resultaría positiva la prueba biológica.

6º) La estimación de las acciones de filiación (impugnación y reclamación de la paternidad) en los supuestos de reproducción asistida generalmente se encuentra condicionada por la presencia del interés superior del menor, que dificulta en muchas ocasiones la posibilidad de que aquél pueda quedar sin un padre legalmente determinado (por ejemplo, con la prohibición del art. 8.1 LTRHA) y que favorece siempre la reclamación de paternidad, no sólo por parte de quien desea ser el padre sino también por el propio hijo o por su madre (así, en las TRA homólogas sin consentimiento del varón). Sin embargo, encontramos algunos pronunciamientos jurisprudenciales que, lejos de proteger el interés del menor, suponen una evidente vulneración. El ejemplo más significativo, quizás, la citada SJPI nº11 de Las Palmas, de 27 de marzo de 2013.

7º) La LTRHA autoriza la práctica de una TRA en un supuesto tan particular como es la fecundación post mortem, supeditándola al cumplimiento de varios requisitos, algunos más cuestionables que otros. Destaca la formalidad que ha de revestir el consentimiento, que si bien garantiza la seguridad jurídica, puede dar lugar a situaciones injustas; y es por ello que los Tribunales han decidido de forma diferente en torno a esta cuestión.

8º) Con la inclusión en la LTRHA del supuesto de la doble maternidad por naturaleza se quiebra el principio que inspira la determinación de la maternidad, el principio romano *"mater semper certa est"*. El equivocado encaje por el legislador de esta institución filial en sede de filiación natural la convierte en uno de los supuestos de aplicación de TRA más controvertidos, pues resulta casi imposible su adaptación al régimen de filiación previsto por el Código Civil. La falta de exigencia legal del consentimiento de la mujer gestante y la inexistencia de regulación específica en materia de acciones de filiación pueden desproteger al nacido mediante estas técnicas.

9º) El principal error cometido por el legislador es, quizás, el haber reconducido la filiación derivada del uso de TRA, basada en la exclusiva voluntad de procrear, a la filiación por naturaleza, en lugar de crear una tercera categoría de filiación para los

nacidos mediante aquellas, en una labor similar a la realizada con el Código Civil Catalán, que sí la reconoce como un título de filiación particular.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y revistas

ALES URÍA ACEVEDO, M. M. 2012. *El derecho a la identidad en la filiación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012

BARBER CÁRCAMO, R. 2013. *La filiación en España: Una visión crítica*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2013

BUSTOS PUECHE, J. 1996. *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*. Madrid: Editorial Dykinson, 1996

FARNÓS AMORÓS, E., 2015. La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología. *Anuario de Derecho Civil*, 68 (1), 5-61

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., et. ali. 2007. *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2007

FLORES ANARTE, L. 2016. *Las Técnicas de Reproducción Asistida en España: ¿Mercantilización de la Maternidad o Empoderamiento Femenino?*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016

HERRERA CAMPOS, R., et al. 2015. *Curso de Derecho Civil I bis Derecho de Familia (3.ª Edición)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015

HOMERO MÉNDEZ, C. et al. 2016. *Derecho Civil I Parte General y Derecho de la Persona (2ª Edición).* Valencia: Tirant lo Blanch

JARUFE CONTRERAS, D. 2013. *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Dykinson, 2013

LASARTE ÁLVAREZ, C. 2007. *Principios de Derecho civil IV. Derecho de familia* (sexta edición). Madrid: Marcial Pons, 2007

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. 2008. *Curso de Derecho civil IV. Derecho de familia (segunda edición)*. Madrid: Editorial Cólex, 2008

OLIVA BLÁZQUEZ, F. y PIZARRO MORENO, E.. En HORNERO MÉNDEZ, C. et al. 2017. *Derecho de Familia 2ª (Edición 2017)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

PÉREZ MONGE, M. 2002. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., 2013. *Reproducción artificial post mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013

Material legislativo

Código Civil

Código Civil Catalán

Constitución Española de 1978

Ley 1/2007, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil

Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida

Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos

Ley 45/2003 de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida

Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud incluidos los tratamientos de Reproducción Humana Asistida.

Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud incluidos los tratamientos de Reproducción Humana Asistida

Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana.

Jurisprudencia

Auto Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª), de 12 de julio de 2011

Auto Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), de 2 de junio de 2010

Auto AP de A Coruña de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001\183).

Auto JPI de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007 (AC 2011/553);

Auto JPI nº2 de Rubí, de 15 de septiembre de 2009 (JUR 2012\44346)

Instrucción DGRN, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2011 (AC 2011\1256);

SAP de Barcelona nº 28/2007, de 27 de septiembre

SAP de Islas Baleares (sección 4ª), de 31 de marzo de 2014

SAP de Las Palmas (sección 5ª), de 16 de mayo de 2016

SAP de Madrid, de 12 de marzo de 2015

SJPI nº11 de Las Palmas, de 27 de marzo de 2013

STC 116/1999 de 17 de junio

STC 177/2007, de 23 de julio

STC 7/1994, de 17 de enero

STC 95/1999, de 29 de junio

STS 110/2017, de 17 de enero

STS 740/2013, de 5 diciembre

STS 888/2017, de 8 de marzo

STS 997/2011 de 18 enero

STS de 15 julio 2016, Rec. 1290/2015

Páginas web

http://www.elmundo.es/elmundo/2009/07/15/obituarios/1247650225.html (Última visita 5 de mayo de 2017)

http://politica.elpais.com/politica/2017/03/13/actualidad/1489432658_991583.html(Última visita el 5 de mayo de 2017)

http://www.elconfidencial.com/espana/2017-05-06/surrofair-2017-gestacion-subrogada-feria-vientres-alquiler_1378228/ (Última visita 9 de mayo de 2017)

http://www.pressreader.com/spain/la-vanguardia/20160908/281973197101169 (última visita el 18 de mayo de 2017);

http://sevilla.abc.es/sevilla/sevi-juzgado-sevillano-desestima-usar-esperma-muerto-para-inseminacion-artificial-viuda-201511131419_noticia.html (última visita el 18 de mayo de 2017).

http://www.elmundo.es/cataluna/2017/03/22/58d25561468aeb7f478b463a.html (última visita el 22 de mayo de 2017)