



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

**La filiación derivada de las Técnicas de
Reproducción Asistida.**

Presentado por:

Marta Gómez López

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 29 de junio de 2021.

ÍNDICE:

1.- Introducción.....	3
2.- La filiación: Concepto.....	4
2.1.- Evolución legal.....	5
2.2.- Principios constitucionales referidos a la filiación.....	6
2.3.- La regulación legal.....	7
3.- Clases de filiación: filiación por naturaleza y filiación adoptiva.....	10
4.- Determinación de la filiación.....	11
5.- El reconocimiento de la filiación.....	14
6.- Efectos de la filiación.....	16
7.- Acreditación de la filiación.....	17
7.1.- La posesión de estado.....	18
7.1.1.- SAP de Málaga de 24 de junio de 2020.....	20
8.- Las técnicas de reproducción asistida.....	22
8.1.- Concepto, evolución y regulación legal.....	22
8.2.- Tipos de técnicas de reproducción asistida.....	24
9.- La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.....	25
9.1.- Régimen legal.....	25
9.2.- ¿Cómo se determina la filiación del hijo derivado de las técnicas de reproducción asistida?	32
9.2.1.- Inseminación artificial homóloga.....	32
9.2.2.- Inseminación artificial heteróloga.....	34
9.2.2.1. El anonimato del donante.....	35

9.2.3.- Las técnicas de reproducción asistida: supuesto de inexistencia pareja.....	36
9.2.3.1.- ¿Podría un hombre recurrir a la utilización de las técnicas de reproducción asistida?	38
9.2.4.- La fecundación post mortem.....	39
9.2.5.- La gestación subrogada.....	44
10.- Conclusiones.....	61
11.- Bibliografía.....	64

1.- Introducción.

Definir el vínculo paterno-filial es una cuestión que reviste de cierta relevancia, debido a que, del mismo surge un compendio de deberes y derechos para las partes unidas a través de esa relación, que han de ser fielmente cumplidos para preservar una serie de instituciones jurídicas como, el interés superior del menor o la protección integral de la familia.

Aunque, históricamente se dotó a la filiación de efectos dispares, en función de si el menor respecto del que se iba a determinar la misma, era fruto de una unión matrimonial, actualmente, tal diferenciación no es aplicable por evidentes razones discriminatorias, siendo la eficacia de la filiación idéntica cualquiera que sea el supuesto.

La importancia de la filiación, como consecuencia del contenido de la misma, de todos los aspectos implicados en ella, conlleva a que se habilite la posibilidad de definirla en una gran variedad de supuestos, no solo cuando concurra un vínculo matrimonial, sino en los supuestos de parejas de hecho inscritas o, cuando, simplemente, la pareja esté unida por una análoga relación de afectividad, incluso, para casos de personas solteras.

No solo es al acto de la procreación el que permite a uno o varios individuos acceder a la maternidad y a la paternidad y, así, determinar la filiación, hay un abanico de opciones entre las que se encuentra la adopción, o bien, los procedimientos de técnicas de reproducción humana asistida. Estos últimos supuestos alteran esa posible concepción tradicional de que, el progenitor jurídico y el progenitor biológico han de coincidir, ya que, aquel o aquella que haya aportado su material reproductor, no tiene que ser quien a su favor se establezca la filiación.

Las técnicas de reproducción asistida constituyen una gran oportunidad para alcanzar la maternidad o paternidad a aquellas personas que, por motivos determinados - ya sea por esterilidad, o por garantizar que el bebé que se va a concebir esté sano, aunque nada impide que la mujer usuaria tenga preferencia para concebir por estas técnicas, sin que concurra ninguna anomalía, pero son los casos más frecuentes -, no pueden acceder por sí mismos. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, se encarga de regular el establecimiento de la filiación respecto a los nacidos a través de estos procedimientos, teniendo en cuenta la peculiaridad ante la que nos podemos encontrar en estos procesos: la utilización de material reproductor de un donante, y es que, gracias a ello, las mujeres solteras pueden llegar a ser madres, siendo

esta la única en cuyo favor se determinaría la filiación del menor; aunque no son solo estas las que recurren al material reproductor de un donante, también, las mujeres casadas tienen esta posibilidad, no solo pueden utilizar el material reproductor de su cónyuge. En estos casos la filiación se determinaría como matrimonial, aun siendo el progenitor biológico distinto al jurídico, y aun habiéndose producido estas circunstancias en una unión matrimonial.

Además, el sometimiento de las mujeres sin pareja a estas técnicas, no es igual al de los hombres solteros, estos no pueden acceder a las mismas para alcanzar la paternidad por evidentes motivos científicos, al no gozar de la capacidad para gestar porque la función de sus órganos reproductores no se corresponde con ese proceso, sólo podrían recurrir a estas prácticas a través de la gestación por sustitución, la cual, es nula de pleno derecho según nuestro ordenamiento.

Todas las singularidades que se derivan de estos supuestos en materia de filiación, procederemos a analizarlas a lo largo de este trabajo, así como la regulación que ofrece el ordenamiento jurídico español y a la que se han de ajustar estas prácticas.

2.- La filiación: Concepto.

La filiación es la vinculación existente entre un padre o una madre respecto a su hijo, es un estado civil del que podemos diferenciar dos dimensiones¹: la primera, una dimensión biológica, relacionada con el acto natural que la filiación misma supone: la procreación; y la segunda, una dimensión jurídica, la filiación es una relación jurídica entre un padre o madre y su hijo, de la que nacen derechos y obligaciones para las partes. Ambas dimensiones guardan una correlación entre sí, pero no es absoluta.

Este vínculo puede haber surgido a consecuencia del, como hemos señalado anteriormente, acto natural de la procreación pero, también, de supuestos como la adopción, donde la dimensión biológica no se ha producido, ya que el padre o la madre no son los progenitores biológicos del adoptado, únicamente concurre una relación

¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Capítulo 13. La filiación.», *Derecho de Familia*, Edisofer, S.L., Madrid, 2016, p. 321.

jurídica; o, en casos en los que se recurre a técnicas de reproducción asistida, por las cuales, los progenitores no biológicos son considerados como los progenitores naturales.

2.1.- Evolución legal.

El Código Civil de 1889 establecía una distinción entre filiación legítima y filiación ilegítima, además de prohibir la investigación de la paternidad.

La filiación legítima era aquella que se producía cuando los hijos habían nacido dentro de los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio, y en el caso de disolución del matrimonio, con anterioridad a los 300 días siguientes contados a partir del día en el que se hubiera producido aquella; por tanto, había una presunción que, si se cumplía, se otorgaba al descendiente todos los derechos, ostentando una posición dentro de la familia de aquellos que le habían concebido.

Respecto a la filiación ilegítima, se distinguía entre la filiación natural, considerando como hijos ilegítimos naturales a “los nacidos del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella”, es decir, aquellos que en el momento de la concepción, podían haber contraído matrimonio si así lo hubieran convenido; y entre la filiación ilegítima en sentido estricto, denominando a los nacidos como hijos ilegítimos no naturales, distinguiendo hijos adulterinos, aquellos concebidos en una relación en la que las partes, o una de las partes, hubiera contraído matrimonio anteriormente; hijos incestuosos, aquellos nacidos en una relación en la que las partes estaban vinculadas por parentesco; e hijos sacrílegos, aquellos nacidos de una relación en la que las partes estuvieran vinculadas por votos religiosos².

En contraposición a lo que sucedía con los hijos legítimos, los hijos ilegítimos naturales tenían derecho a los apellidos de sus progenitores cuyo vínculo biológico hubiera sido determinado, a recibir alimentos, a heredar y gozaban de un *status filii*, mientras que los hijos ilegítimos no naturales, solo ostentaban derecho a los auxilios necesarios para subsistir³. Tales concepciones fueron sometidas a fuertes críticas.

² LASARTE, C., «Capítulo 18. Las relaciones parentales y paterno-filiales.», *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV.*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 265.

³ PÉREZ MONGE, M., «Capítulo I. Determinación de la paternidad.», *Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de estudios Registrales, Madrid, 2002, p. 32.

La modificación de dicha regulación se produjo con la Constitución de 1931. El artículo 43 establecía la equiparación de deberes de los padres, tanto para los hijos matrimoniales, como para los hijos extramatrimoniales, además de la prohibición de consignación de la condición de hijo legítimo o ilegítimo en el acta de nacimiento del Registro Civil⁴. El desarrollo de estos cambios legislativos no se llegó a producir a causa del estallido de la Guerra Civil (1936-1939), por ello, únicamente sirvieron como instrumentos interpretativos.

La Ley de Registro Civil de 1957, concretamente, en su precepto 52, establecía: *“fuera de la familia no podrá hacerse distinción de españoles por la clase de filiación”*, a lo cual, sumadas las interpretaciones que realizaba la Dirección de Registros y del Notariado, los hijos ilegítimos comenzaron a ostentar una posición más favorable en lo que respecta al derecho a los apellidos de sus progenitores, y en la determinación de la filiación⁵.

2.2.- Principios constitucionales referidos a la filiación.

La ruptura del principio de jerarquía de filiaciones se produce con el artículo 14 de la Constitución Española de 1978, el cual, consagra el principio de igualdad de los españoles ante la ley: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*, es decir, si tal principio continuara vigente, se estaría produciendo una vulneración del Derecho Fundamental que contiene este precepto.

El artículo 39 de la Constitución hace referencias específicas sobre la filiación en su apartado 2 y 3. El artículo 39.2 establece: *“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”*. La filiación no será un factor por el que se pueda discriminar a los hijos respecto a la protección que pudieran recibir de los poderes públicos y, además, ampara la investigación de la paternidad, entendiendo implícita, a pesar del concepto utilizado, la investigación de la maternidad. El artículo 39.3, que dice:

⁴ PÉREZ MONGE, M., «Capítulo I. Determinación de...», p.33.

⁵ PÉREZ MONGE, M., «Capítulo I. Determinación de...», cit., p.33.

“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”, trata de asegurar el cumplimiento de la asistencia que han de prestar los progenitores a sus descendientes, ya sean matrimoniales o extramatrimoniales, no pudiendo constituir la filiación un elemento discriminatorio entre hijos.

2.3.- La regulación legal.

La filiación se encuentra regulada en el Código Civil, concretamente, en el Capítulo I “De la filiación y sus efectos”, en el Capítulo II “De la determinación y prueba de la filiación” y en el Capítulo III “De las acciones de filiación”, del Título V “De la paternidad y filiación”, del Libro I. La redacción de los artículos desde el 108 al 141 proviene, en cierta medida, de la Ley de 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Dicha ley estuvo dirigida a cumplir con dos fines en lo relativo a la filiación:

- 1) Pretendía conciliar los principios constitucionales con el contenido del Código Civil, al existir contradicciones entre unos y otro.
- 2) Había aspectos de la filiación que carecían de regulación más precisa y técnica, por ello, se incorporaron reformas al Código.

A través de la Ley 11/1981 se produjeron las reformas inminentes en materia de filiación tras la Constitución de 1978 y la adhesión de España a Convenios internacionales sobre dicha materia. Estas reformas consistieron en:

- la supresión de los términos “filiación legítima” y “filiación ilegítima”, utilizando en su lugar “filiación matrimonial” y “filiación no matrimonial”, de tal forma que desapareciese el sentido despectivo de tales conceptos;
- equiparar los efectos que producen todas las clases de filiación, al instaurar el principio de igualdad de filiaciones, existiendo una única diferencia en lo relativo a la determinación de la filiación, dependiendo si es matrimonial o no matrimonial.
- Otro de los principios que inspiran estas reformas, es el principio de protección del hijo, lo cual, se reflejó en los artículos 110, relativo a aquellos progenitores que, aunque no ostenten la patria potestad, deberán de guardar y proteger a sus hijos, así como prestarles alimentos; y en el 111, referido a los dos supuestos en

los que los progenitores quedan excluidos de la patria potestad y de los derechos que pudieran corresponderles sobre sus descendientes.

- “Se permite, en principio, la libre investigación de la paternidad, y se aspira a fundamentar la filiación en la verdad biológica”⁶.

Fruto de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil del 2000, la cual, regula los aspectos procesales de la filiación, se derogaron alguno de los preceptos del Código civil en materia de filiación: los artículos 127, 128, 129, 130 y 135⁷.

Los artículos 133, 136, 137, 138 y 140 del CC fueron reformados por el artículo 2 de la Ley 26/2015, de 28 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. El artículo 120 CC también fue modificado mediante la disposición adicional 2ª de la Ley 19/2015, de 13 de Julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. La disposición final 5ª de esta última, reformó los artículos 7.3, 8.2 y 9.3 de la LTRHA, la cual, contiene parte del régimen legal de la filiación, junto a la legislación del Registro Civil y, como hemos señalado, el Código Civil⁸.

Es la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la que realiza la última reforma del CC, comenzando su vigencia el próximo 3 de septiembre de 2021. En cuanto a la materia que nos concierne, dicha norma modifica preceptos que afectan de forma directa a la filiación: el art. 112, 121, 123, 124, 125, 133, 135 y 137, aunque son modificaciones menores.

Pero, no solo es el CC el que se ve modificado por la Ley 8/2021, también la LEC, viéndose afectados, concretamente, el art. 749, 751.2.1º, 753 y el 755.

La reforma operada por la Ley 8/2021 viene impuesta por la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. De este tratado internacional resulta esencial su artículo 12, en el que se proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás, en

⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Capítulo 13. La filiación...», p. 327.

⁷ RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Capítulo 16. La filiación» en Sánchez Calero, F.J. (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 292.

⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Tema XIII. La filiación», *Derecho de Familia*, Bercal, S.A., Madrid, 2018. P. 216-217.

todos los aspectos de la vida. Ello ha obligado obliga a España, como a los demás Estados partes, a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso a los apoyos que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Convención impone un cambio radical en el sistema hasta ahora vigente en España, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad. Necesariamente debemos pasar a otro sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona. Es la persona la que, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones⁹. La reforma se basa en el respeto a la dignidad de la persona, en la protección de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad. Para ello el nuevo sistema gira en torno a los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con los demás. Es además necesario destacar que el nuevo concepto de «capacidad jurídica» abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos. Con ello desaparece la vieja distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar¹⁰.

Se ha producido recientemente, el 30 de abril de 2021, la esperada entrada en vigor de la LRC de 2010, con las modificaciones de la Ley 67/2021, de 28 de abril, siendo fundamental la Disposición Transitoria 4ª que incorpora la Ley 6/2021:

«Hasta que el Ministerio de Justicia apruebe, mediante resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, la entrada en servicio efectiva de las aplicaciones informáticas que permitan el funcionamiento del Registro Civil de forma íntegramente electrónica conforme a las previsiones contenidas en esta Ley, los Encargados de las Oficinas del Registro Civil practicarán en los libros y secciones correspondientes regulados por la Ley de 8 de junio de 1957 los asientos relativos a nacimientos, matrimonios, defunciones, tutelas y representaciones legales. No resultará de aplicación, en tales casos, lo previsto en esta Ley respecto del código personal.

⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del art. 234 de la Convención de Nueva York), Madrid, Reus, 2019, pp. 17 y ss.; GARCÍA RUBIO, M.P., «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», Anales de la Academia Matritense del Notariado, nº 58, 2018, pp. 143 y ss.

¹⁰ La cuestión se desarrolla en la Observación General nº 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad, que desarrolla el art. 12 de la Convención.

A dichos fines, mantendrán sus tareas y funciones de registro civil según lo previsto en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con los artículos 10 a 22 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, los que hasta el momento de la completa entrada en vigor de esta Ley hubiesen venido ejerciendo en los Registros Civiles como encargados, encargados por delegación, letrados de la Administración de Justicia y personal funcionario de los Cuerpos Generales de la Administración de Justicia y continuará aplicándose el artículo 27 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial».

En definitiva, aunque se aplica el contenido de la LRC de 2010, las inscripciones se van a seguir realizando en los mismos libros que preveía la LRC de 1957.

3.- Clases de filiación: filiación por naturaleza y filiación adoptiva.

El artículo 108 CC establece las clases de filiación según el hecho de procreación, pudiendo *“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”, es decir, las clases principales son la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. Tanto una, como otra, pueden ser matrimonial y no matrimonial: la primera se produce cuando los padres han contraído matrimonio, y la segunda, cuando los padres no hayan contraído matrimonio, y durante todo el tiempo en el que no hayan estado casados, si posteriormente contrajeran matrimonio.

Para que la filiación sea matrimonial, no se requiere que los progenitores hubieran contraído matrimonio en un momento anterior a la concepción, tampoco cuando hubiera nacido el hijo (filiación matrimonial originaria), sería suficiente con que el matrimonio se produjera después del nacimiento (filiación matrimonial sobrevenida). Debemos de concretar, de acuerdo con lo establecido en el precepto 119 CC, si el hijo naciere con anterioridad a la celebración del matrimonio, una vez que se determine la filiación matrimonial, esta surtirá efectos, no desde la fecha en la que se produjo el nacimiento, sino desde la fecha en la que se celebró el matrimonio de los progenitores¹¹.

¹¹ RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Capítulo 16. La filiación...», cit., p. 292.

Además, la matrimonial siempre es y será matrimonial, al contrario que la no matrimonial, podrá ser siempre no matrimonial o, si se contrajera matrimonio, se convertirá en matrimonial¹².

La distinción entre la filiación por naturaleza y la filiación por adopción se confunde por la utilización de las técnicas de reproducción asistida, debido a que, aunque se encuentran al margen de las clases de filiación, en algunos supuestos encaja con alguna de las categorías. Esto sucede cuando el hijo ha sido concebido utilizando material reproductor de aquellos que van a constar como sus progenitores desde el punto de vista jurídico, tal supuesto se encauza hacia la filiación por naturaleza¹³. Otro caso, que es más confuso, es el de la inseminación heteróloga, en el que se utiliza material reproductor de un donante, un hombre distinto al cónyuge, siempre con el consentimiento de este último que es quien será considerado como progenitor. El cónyuge será el progenitor desde el punto de vista jurídico, siendo difícil inclinarse por una única clase de filiación, aunque si hubiera que hacerlo, el supuesto encajaría mejor en la filiación adoptiva¹⁴.

Como regla general, la maternidad y la paternidad biológicas constan jurídicamente, pero hay excepciones en las que esto no sucede, por ejemplo, cuando una mujer soltera se somete a técnicas de reproducción asistida, el donante del material reproductor es anónimo, de tal forma que, el hijo que nacerá, jurídicamente solo tendrá “determinada la maternidad por naturaleza¹⁵”.

4.- Determinación de la filiación:

En el caso de la mujer casada, la filiación materna y paterna se determinarán legalmente por “(...) *la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres o por sentencia firme*”, de acuerdo con el art. 115 CC. Aunque, debemos de tener en cuenta, que, en el caso del matrimonio, rigen una serie de presunciones para determinar la filiación¹⁶ que preponderan sobre lo establecido en el precepto citado.

¹² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Capítulo 13. La filiación...», cit., p. 329.

¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Capítulo 13. La filiación...», cit., p. 329.

¹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Capítulo 13. La filiación...», cit., p. 329.

¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Tema XIII. La filiación...», cit., p. 216.

¹⁶ LASARTE, C., «Capítulo 19. La determinación de la filiación.», *Derecho de...*, cit., p. 275.

Para la determinación de la filiación materna, acudimos al aforismo “*mater semper certa est*”, esto es, “la madre es siempre conocida” por el hecho del parto, lo cual, elimina cualquier duda sobre la filiación materna de la mujer que ha dado a luz al nacido.

Respecto a la determinación de la filiación paterna, el supuesto no se resuelve con la misma claridad que el anterior, el aforismo que rige para estos supuestos es “*pater semper incertus*”, es decir, “el padre siempre es desconocido”. Para solucionar este aspecto, debemos de tener en cuenta lo establecido en el CC, concretamente, en el precepto 116, donde se consagra la presunción de que, si los nacidos de la mujer casada, hubieran nacido en un momento posterior a la celebración del matrimonio, y en un momento anterior a los 300 días ulteriores a la disolución del mismo o a la separación de los esposos, serán considerados hijos del cónyuge varón.

Aunque, en conformidad con el art. 117 CC, si el hijo naciera dentro del periodo de tiempo de 180 días posteriores a la celebración del matrimonio, el cónyuge varón podrá destruir extrajudicialmente la presunción anterior, mediante declaración auténtica en contrario, formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. No les será de aplicación lo anterior a los supuestos en los que se hubiera realizado un reconocimiento expreso o tácito de la paternidad, o cuando hubiera tenido constancia, en un momento anterior a la celebración del matrimonio, del embarazo; respecto al último, si la declaración auténtica se hubiera formalizado concurriendo la voluntad de los dos cónyuges, ya sea en un momento anterior o posterior al matrimonio, pero dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo, el marido sí que podrá destruir la presunción de paternidad.

La filiación matrimonial se puede acordar, no solo cuando la pareja esté casada, también, cuando los cónyuges se encuentren separados legalmente o separados de hecho, siempre que ambos hubieran prestado su consentimiento al respecto, como indica el art. 118 CC. Por tanto, la filiación materna se establecería como siempre, mientras que, para la filiación paterna, se requiere la manifestación de voluntad favorable a la determinación de la filiación, en favor del varón, de la madre del nacido para que sea eficaz¹⁷.

En el caso de la mujer no casada, la determinación legal de la filiación materna se producirá cuando se deje constancia de la misma en la inscripción de nacimiento *ex art.*

¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Tema XIII. La filiación...», cit., p. 221.

120.5° CC, y en lo relativo al padre, deberemos estar a los medios de determinación de la filiación extramatrimonial, dispuestos en el art. 120 CC: “*La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:*

1.º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.

2.º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

3.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

4.º Por sentencia firme. (...)”.

LASARTE indica que para llegar a comprender en qué consiste el expediente al que se hace referencia en el número tercero del precepto 120 CC, debemos atender a lo establecido en el precepto 49 de la LRC de 1957, concretamente, a su segundo párrafo: “*Podrá inscribirse la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:*

- 1) Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.*
- 2) Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.*
- 3) Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.*

Formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo puede obtenerse por el procedimiento ordinario.”, por tanto, sólo será eficaz en aquellos casos en los que no concurra oposición o desacuerdo entre las partes¹⁸.

En relación con la determinación a través de una sentencia firme, esta sería el resultado de un procedimiento judicial iniciado por el ejercicio de una acción de filiación,

¹⁸ LASARTE, C., «Capítulo 19. La determinación de la filiación.», *Derecho de...*, cit., p. 285.

bien donde la pretensión consista en la determinación, reclamación o impugnación de la misma¹⁹.

Entre todos estos métodos, debemos de señalar, que, el segundo, el del reconocimiento, es el más relevante, dedicándole su regulación el CC, del precepto 121 al 126.

5.- El reconocimiento de la filiación:

El reconocimiento de la filiación, lo podríamos definir como una manifestación de voluntad, por la que, el otorgante admite la existencia de vínculos biológicos paternos o maternos, entre él mismo y aquel al que dirige ese reconocimiento.

Apreciamos la concurrencia de dos sujetos: el reconocedor, que es aquel que se define como padre o madre de otro²⁰, y el reconocido, es aquel que el reconocedor, considera como hijo. Hemos de indicar, que este reconocimiento no despliega la eficacia jurídica que, el otorgante, pueda pretender que tenga, ya que, no tiene facultad para determinar la extensión de esa manifestación de voluntad, será la propia ley la que los indique²¹.

Esta declaración de voluntad será un título por el que se determina extrajudicialmente la filiación²², si “*En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil*” (art. 120.1º CC) o “*Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público*” (art. 120.2º CC). En cuanto a lo establecido en el art. 120.2º CC, si dicho reconocimiento se realizara ante un encargado de un Registro Civil de un Estado extranjero, equivaldría a un reconocimiento efectuado en documento público²³.

La determinación legal de la filiación mediante el reconocimiento en documento público, no cabe en cualquier documento público, sino en los señalados en el primer párrafo del art. 186 RRC: “*(...) la escritura pública, el acta civil de la celebración del*

¹⁹LASARTE, C., «Capítulo 19. La determinación de la filiación.», *Derecho de...*, cit., p. 285.

²⁰LASARTE, C., «Capítulo 19. La determinación de la filiación.», *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV.*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 279.

²¹LASARTE, C., «Capítulo 19. La determinación de la filiación.», *Derecho de...*, cit., p. 279.

²²BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Tema XIII. La filiación», *Derecho de...*, cit., p. 224.

²³BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Tema XIII. La filiación», *Derecho de...*, cit., p. 225.

matrimonio de los padres, el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación”. Lo mismo sucede con el reconocimiento en testamento, sólo servirán para determinar la filiación aquellos que revistan valor de documento público, los cuales, son: el testamento notarial abierto, siéndolo a partir del momento en el que es otorgado; el testamento notarial cerrado y el testamento ológrafo, serán documentos públicos si, una vez que haya fallecido el causante, se procede a su protocolización²⁴.

El método habitual por el que se determina extrajudicialmente la filiación no matrimonial, es el reconocimiento formal, el cual, ha de tener los siguientes caracteres²⁵:

- a) Es voluntario, es una declaración de voluntad que el otorgante ha emitido de forma potestativa y libre.
- b) Es un acto irrevocable, así, en el caso de que el reconocimiento se hubiera producido a través de testamento, el art. 741 CC señala que *“El reconocimiento de un hijo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo o éste no contenga otras disposiciones, o sean nulas las demás que contuviere”*.
- c) Es un acto formal, ya que, ha de reunir alguna de las formas a las que nos hemos referido en párrafos anteriores. Aunque, sino fuera así, cabe la posibilidad de que el reconocimiento revista valor probatorio para la determinación de la filiación judicialmente.
- d) Es un acto personalísimo. La única persona que puede emitir este reconocimiento, es el reconocedor, no cabe que un tercero realice esta manifestación de voluntad en representación del anterior. Pero, si el representante tuviera dentro de sus facultades la de otorgar esta voluntad, su papel equivaldría al de un simple emisor²⁶.
- e) Ha de ser un acto expreso, únicamente ha de versar sobre el reconocimiento, y no cabe que este sujeto a condición alguna o a término²⁷.

Los progenitores serán los sujetos activos del reconocimiento, debiendo de reunir la plena capacidad de obrar²⁸ que, aunque no se haga una referencia expresa al respecto en

²⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Tema XIII. La filiación», *Derecho de...*, cit., p. 225.

²⁵ LASARTE, C., «Capítulo 19. La determinación de la filiación», *Derecho de...*, cit., p. 279.

²⁶ LASARTE, C., «Capítulo 19. La determinación de la filiación», *Derecho de...*, cit., p. 280.

²⁷ LASARTE, C., «Capítulo 19. La determinación de la filiación», *Derecho de...*, cit., p. 280.

²⁸ LASARTE, C., «Capítulo 19. La determinación de la filiación», *Derecho de...*, cit., p. 280.

el CC, por la interpretación que realizamos en sentido contrario de lo expuesto en el art. 121 del mismo, extraemos que la capacidad requerida será esa, además, de las evidentes facultades reproductoras que, al tiempo de la fecundación, deberán de tener. El art. 121 CC dice: *“El reconocimiento otorgado por menores no emancipados necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.*

Para la validez del reconocimiento otorgado por personas mayores de edad respecto de las que hayan establecido medidas de apoyo se estará a lo que resulte de la resolución judicial o escritura pública que las haya establecido. Si nada se hubiese dispuesto y no hubiera medidas voluntarias de apoyo, se instruirá la correspondiente revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin.”.

6.- Efectos de la filiación.

La filiación, sea de una clase u otra, surtirá los mismos efectos sobre los hijos, así, el artículo 108 establece que *“La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”*, siendo una clara consecuencia del artículo 14 CE, ya que, si esto no fuera así, se vulneraría el principio de igualdad entre las filiaciones. Aunque, esta igualdad que se predica entre las filiaciones es relativa, al estar delimitada por el principio de protección del hijo²⁹.

Los efectos de la filiación son:

- *“Adquisición de la patria potestad, regulada en el artículo 154 CC³⁰”.*
- *“Adquisición de la nacionalidad según los artículos 17 a 20 CC³¹”.*
- *“Determinación de la vecindad civil conforme al artículo 14.2 del CC³²”.*
- La atribución de los apellidos de los progenitores al hijo. El artículo 119 CC establece que mediante la filiación se produce la determinación de los apellidos conforme a la ley. La redacción actual de este precepto fue resultado de las modificaciones introducidas por la Ley 49/1999, de 5 de noviembre, sobre los apellidos y orden de los mismos, y de la Ley 20/2011 de 21 de julio de LRC, concretamente sus preceptos 49 a 57, los cuales suprimen el orden prioritario que

²⁹ PÉREZ MONGE, M., «Capítulo I. Determinación de..., cit., p.46.

³⁰ PÉREZ MONGE, M., «Capítulo I. Determinación de..., cit., p.46.

³¹ PÉREZ MONGE, M., «Capítulo I. Determinación de..., cit., p.46.

³² PÉREZ MONGE, M., «Capítulo I. Determinación de..., cit., p.46.

había establecido en relación con el apellido paterno respecto al materno. El orden lo decidirán los padres de mutuo acuerdo, sino lo hicieran en el plazo de 3 días, será el Encargado del Registro Civil el que establezca el orden de los apellidos³³. Según el artículo 109 CC: “*El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimientos posteriores de sus hermanos del mismo vínculo*”.

- Los hijos menores tendrán derecho de alimentos y a ser cuidados por sus progenitores, de acuerdo con el artículo 110 CC.
- En lo que respecta a los derechos sucesorios que pueda ostentar el hijo, estos tendrán plena eficacia atendiendo al principio de no discriminación por origen familiar³⁴.

El momento en el que tales efectos comienzan a producirse, es aquel en el que la filiación tiene lugar, bien por nacimiento, o bien, por adopción, teniendo los efectos carácter retroactivo, siempre que dicha retroactividad sea conciliable con la esencia de los mismos, y siempre que la ley no dispusiere lo contrario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 112 CC.

7.- Acreditación de la filiación.

Sobre la acreditación de la filiación, hace referencia el CC en su art. 113, que dice: “*La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.*”

No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.”. Respecto al último inciso que realiza el precepto, apreciamos como consagra el “principio de incompatibilidad de filiaciones”, esto es, por ejemplo, cuando se ha determinado legalmente la filiación no matrimonial mediante reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, pero se acredita una filiación distinta a la anterior, por posesión de estado. ¿Qué sucede en estos casos de contradicción? Bien, primeramente, antes de realizar una reclamación de filiación, habrá que ejercitar las correspondientes

³³ RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Capítulo 16. La filiación...», cit., p. 293.

³⁴ RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Capítulo 16. La filiación...», cit., p. 294.

pretensiones contra la filiación acreditada, y, si posteriormente esta fuera desvirtuada jurídicamente, la filiación determinada será ineficaz, ya que, la disparidad entre filiaciones no supone la invalidez de las mismas, sino la ineficacia³⁵.

El CC ofrece una serie de instrumentos para acreditar la filiación, primeramente, mediante la propia inscripción de la misma en el Registro Civil, o por el documento o resolución judicial por la que se determine legalmente, como, por ejemplo, para los supuestos de determinación legal de la filiación, se debía llevar a cabo, entre otros instrumentos, mediante documento público, pero no cualquier documento, sino los establecidos en el 186 RRC, por tanto, la escritura pública sería válida a efectos de acreditar la filiación. En segundo lugar, hace referencia a la presunción de paternidad, debiendo de atender a las reglas que indicamos en el apartado 4.- *Determinación de la filiación*; y, en defecto de los anteriores, supletoriamente, la filiación se acreditará por la posesión de estado.

7.1.- La posesión de estado.

El diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española, define la posesión de estado como “*actuación ininterrumpida reveladora de la libre voluntad del progenitor consistente en prestar asistencia, cuidado y compañía a través de actos continuados y públicos de carácter personal*”. Se trata de una circunstancia de hecho, que se aprecia por elementos externos que se muestran de forma constante y estática, de los que se puede derivar la existencia de una relación de filiación, en la que, no necesariamente han de concurrir vínculos biológicos entre las partes de la misma.

Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han determinado los presupuestos que ha de reunir un supuesto para que pueda ser calificado como posesión de estado. El CC no se ha detenido a ofrecer una definición o unas directrices al respecto, únicamente se limita a mencionarla en determinadas disposiciones, como es el caso del precepto 113 que anteriormente hemos indicado, o en el art. 131 que dice: “*Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.*”, los siguientes a este, el 132 y 133, el art. 137 en su apartado 4: “*Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la*

³⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Comentario al art. 113 del CC», en VV. AA., *Comentario al Código Civil*, I, 2ª ed., Ministerio de Justicia, centro de publicaciones, Madrid, p. 445.

demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos.”, y en el art. 140.

La posesión de estado se ha de comprender teniendo en consideración los siguientes términos latinos³⁶:

- El *nomen*: los apellidos de los poseedores de estado, esto es, de los progenitores, que como hemos indicado, no tienen por qué ser biológicos, han de haber sido usados por aquel en cuyo favor se procederá a determinar la filiación.
- El *tractatus*: es la relación o vínculo que mantienen, de forma mutua, dos personas, consistente en un trato o cuidado.
- La *reputatio* o la *fama*: es la reputación o imagen que ha de tener una persona en su contexto social, como hijo de determinada o determinadas personas, a quienes se les considera como padres o progenitores.

Son tres las funciones que podemos atribuir a esta institución fáctica³⁷:

- 1) Sirve como título para acreditar la filiación, así lo establece el art. 113 CC, colocándolo en último lugar entre los medios hábiles para ello.
- 2) En los procedimientos en los que no hay prueba directa, se permite determinar la filiación mediante la posesión de estado, según lo establecido en el art. 767.3 LEC: *“Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.”*
- 3) Funciona como criterio para delimitar quién está legitimado activamente para intervenir en el proceso mediante el ejercicio de una acción de filiación, así lo establece el art. 113 CC: *“Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.”*

El elemento biológico de la filiación se ha desgajado de la misma al intervenir otros aspectos de mayor peso en su definición, ya que, no siempre el que presta el cuidado o atención, o aquel hacia el que el menor muestra afecto, o el que socialmente es reconocido como progenitor, se corresponde con el progenitor biológico.

³⁶ RODRÍGUEZ MARÍN, C., <Capítulo 16. La filiación..., cit., p. 311.

³⁷ RODRÍGUEZ MARÍN, C., <Capítulo 16. La filiación..., cit., p. 311.

MIZRAHI señala que la correspondencia entre el elemento biológico y la filiación determinada legalmente, no siempre es operativa, ya que, la filiación tiene más implicaciones a parte de la biológica; hace referencia a una “identidad filiatoria”, esto es, que haya una correlación entre la filiación establecida y los vínculos paterno-filiales que han tenido que ser asumidos y aceptados de forma mutua entre aquel sobre el que se va a determinar la filiación, y aquel en cuyo favor se va a establecer³⁸.

7.1.1.- SAP de Málaga de 24 de junio de 2020.

Dicha sentencia se dictó como resultado del recurso de apelación que interpuso Doña Celestina, contra la sentencia de 4 de febrero de 2019, que dictó el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Málaga, la cual, resolvía la demanda interpuesta por Doña Benita, por la que, ejercía la acción de filiación extramatrimonial en virtud de posesión de estado contra Celestina, con la finalidad de lograr la determinación de la maternidad no matrimonial respecto al menor, León, nacido como resultado de las técnicas de reproducción asistida, concretamente, a la inseminación artificial, a la que se sometió Celestina. La resolución judicial apelada falló indicando, entre otros puntos, que: *“Que Doña Benita, es la madre extramatrimonial, por posesión de estado, del menor Leon, y conforme a dicha declaración, el menor pase a llamarse Millán. En consecuencia, debo acordar y acuerdo la inscripción de tal filiación en el Registro Civil donde el menor esté inscrito, así como la inscripción de los apellidos conforme a la filiación aquí declarada, llamándose Millán.”*

Aunque la apelante alegó, entre otros motivos, la vulneración del art. 24 CE y del art. 752 LEC, nos centraremos en los que nos ayudarán a determinar la cuestión a cerca de la posesión de estado: Doña Celestina exponía su parecer, claramente contradictorio al que manifestó Benita, respecto a la relación de esta con el menor, afirmando que no ha habido por parte de aquella, ocupación o entrega alguna hacia este, o algún reflejo procedimental por el que hubiera mostrado su intención de establecer un régimen de visitas, o, ni siquiera, que registralmente hubiera constancia de dicha filiación aun cuando ambas, todavía, eran cónyuges; y no solo desde el punto de vista del cuidado materno,

³⁸ MIZRAHI, M. L., “La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica”, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, en Sevilla de 18 al 22 de octubre de 2004, p. 4.

sino también desde el punto de vista económico, no habiendo realizado aportación económica en favor del mismo, ni tampoco, para el desarrollo del proceso de inseminación artificial del que Celestina fue usuaria y por el que nació León.

La pretensión que ejercitó Benita, es la del art. 131 CC, el cual, dice: “*Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado (...)*”, al considerar la posesión de estado respecto al menor, León.

En el fundamento de derecho quinto de la resolución citada, el órgano apelado, la Audiencia Provincial de Málaga, expuso lo que la jurisprudencia entendía como posesión de estado, siendo esta “*una actuación ininterrumpida y reveladora de la libre voluntad, en el caso de la demandante, de prestar asistencia, cuidado y compañía al hijo a través de actos continuados, públicos y de carácter personal, concurriendo los requisitos de nomen, tractus, fama o reputatio, es decir una situación en la que pese a no contar con una filiación reconocida formalmente, se tiene en concepto público de hijo, formado por actos directos de quien pretende la filiación o de la familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo (...)*”.

Por tanto, nos encontramos ante una situación absolutamente fáctica, que se deduce de probar una serie de elementos de hecho, y, una vez que estos hayan sido probados, podremos conformar la posesión de estado del caso concreto, con independencia de que la filiación derivada de este reconocimiento de hecho, no tuviera un reconocimiento de derecho desde un primer momento, así, podemos observar como se habilita la posibilidad de determinar la filiación de un menor en favor de aquella persona que ha sido presumida como su progenitor por una serie de actos o comportamientos reveladores de la misma.

La Audiencia desvirtuó los motivos alegados por la apelante, considerando que el hecho de que Benita no hubiera sufragado una parte del proceso de inseminación artificial - respecto al cual, ambas mujeres realizaron una declaración de voluntad a favor del mismo, prestando su consentimiento - no puede constituir un motivo al saber de forma generalizada que, en una pareja o en un matrimonio, desde una perspectiva económica, cada parte interviene en unos gastos, y en los que no haya intervenido esta, serán asumidos por la otra. Tampoco es suficiente razón que no hubiera constancia registral alguna sobre la filiación aun cuando ambas convivían juntas o cuando eran cónyuges, ya que, Celestina y Benita convivían juntas habiendo nacido el menor, siendo una evidencia la relación

entre este último y Benita. Aunque la apelante considere que el hecho de que el padre de su exmujer introdujera al menor en un seguro médico carece de valor, esto no es así, es una muestra más de la posesión de estado que alega Benita, al igual que la ausencia de personación por parte de esta en el proceso de divorcio, reviste de un valor, pero no el que le otorga Celestina, como signo de la indiferencia que afirma que Benita tiene hacia el menor, sino, simplemente, por no asociar que un procedimiento de divorcio pudiera tener incidencia en los aspectos de la filiación del menor, al tratarse de dos circunstancias dispares.

Así, el órgano apelado falló en favor de Doña Benita al desestimar el recurso de apelación, al considerar como probados los hechos alegados por la parte, constitutivos de la posesión de estado que afirma que concurre en el supuesto concreto.

8.- Las técnicas de reproducción asistida.

8.1.- Concepto, evolución y regulación legal:

Las técnicas de reproducción asistida son procedimientos de manipulación genética que se realizan en una mujer para alcanzar el estado de gestación. Inicialmente, estas técnicas estaban dirigidas a mujeres o parejas estériles, pero, en la actualidad, no todo el que se somete a ellas es una persona estéril, como el caso de una mujer fértil que no tiene pareja y pretende lograr un embarazo.

Como establece la Exposición de Motivos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, sobre la cual hablaremos a continuación, fue en la década de 1970 cuando se produjo el surgimiento de las técnicas de reproducción asistida y, concretamente, en 1978, cuando nació la primera bebé gestada por una de estas técnicas, la fecundación in vitro, en Inglaterra. Unos años más tarde, en 1984, nació en España, en Barcelona, el primer bebé mediante la misma técnica de reproducción asistida al caso anterior. El desarrollo y evolución de estos tratamientos en algunos Estados, se tradujo en la obligación de ofrecer una regulación en nuestro país de tales supuestos.

La primera ley española que reguló esta materia fue la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, de 22 de noviembre de 1988. Dicha Ley, fue complementada por la Ley 42/1988, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos humanos, o de sus células, tejidos y órganos, de 28 de diciembre de 1988, la cual ha sido derogada por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica.

La Ley 35/1988 se reformó por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, con el fin de adaptarla a los avances que se habían producido en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida. Estas leyes fueron derogadas por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y, es esta última la que regula actualmente la materia.

La finalidad principal de la Ley 14/2006 era la derogación de la Ley 45/2003, la cual establecía una restricción respecto al número de ovocitos que por ciclo reproductivo se podían crear: tres³⁹; pero también hay otras como, por ejemplo, acotar el término “preembrión”, o el contenido de los preceptos 11, sobre crioconservación de gametos y preembriones, y 12, sobre el diagnóstico preimplantacional, de la misma⁴⁰. En conclusión, la función de esta ley era actualizar las propuestas de la Ley anterior en cuanto al desarrollo y evolución de las técnicas del panorama médico y biológico.

En cuanto al tratamiento que ofrece la ley sobre la filiación, podríamos decir que es una repetición del contenido de la Ley de 1988.

En 2007, con la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, concretamente, con su Disposición Adicional primera, y la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, se reformó el precepto 7 de la Ley 14/2006⁴¹, siendo el resultado final la adición de un tercer apartado, que es el 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*”.

Otras reformas que se han llevado a cabo en otros preceptos de la Ley 14/2006, en favor de una mayor protección para las personas con discapacidad, se han producido a través de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: en el artículo 5.4, que dice “*El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y*

³⁹ LASARTE, C., «Capítulo 21. La reproducción asistida.», *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV.*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 309.

⁴⁰ LASARTE, C., «Capítulo 21. La reproducción asistida...», cit., p. 309.

⁴¹ LASARTE, C., «Capítulo 21. La reproducción asistida...», cit., p. 310.

consecuencias del acto. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad"; en el artículo 6, se adiciona un nuevo apartado 4 *"La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad"*, y el que anteriormente era el apartado 4, se convierte en el apartado 5; en el artículo 11 se produce la misma operación que en el artículo 6, hay un nuevo apartado 7, el cual establece un contenido idéntico al del artículo 5.4 y al del artículo 6.4, y el que anteriormente era el apartado 7, se convirtió en el 8; y en el artículo 15.1. a) se añade al final, el mismo inciso al que nos hemos referido en los preceptos inmediatamente anteriores.

8.2.- Tipos de técnicas de reproducción asistida:

La Ley 35/1988 establecía en su artículo 1.1 las técnicas de reproducción asistida sobre las que versaba la ley: *"La presente Ley regula las técnicas de Reproducción Asistida Humana: la Inseminación Artificial (IA), la Fecundación In Vitro (FIV), con Transferencia de Embriones (TE), y la Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG), cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por Equipos especializados"*.

Debemos distinguir la inseminación artificial y la fecundación in vitro, en función del momento de la fecundación. La primera consiste en la introducción de material genético masculino en la vagina de la mujer, por tanto, es en el útero donde se produce la fecundación; mientras que, en la segunda, la fecundación no se produce en el interior de la gestante, sino, en el exterior, ya que, los gametos masculinos se ponen en contacto el óvulo en el laboratorio y, posteriormente, se introduce el óvulo en el útero de la mujer.

Actualmente, las técnicas de reproducción asistida no son solo las dos anteriores, hay una gran variedad, entre las que destacamos las siguientes: la microinyección espermática, es idéntica a la fecundación in vitro, con la única diferencia de que el espermatozoide se introduce en el óvulo; el diagnóstico genético preimplantacional, se

trata de un método por el que se selecciona el embrión que va a ser transferido, así, se procura que se transfiera un embrión carente de anomalías, garantizando la gestación de un bebé sano⁴²; la extracción de espermática, “es un procedimiento destinado a obtener espermatozoides a partir del tejido testicular, del epidídimo o de otro segmento de la vía seminal (conjunto de conductos que comunican el testículo con el exterior del organismo), con el fin de utilizarlos para la realización de técnicas de reproducción asistida⁴³”; donación de ovocitos, se produce en aquellos supuestos en los que la mujer bien, no puede lograr su embarazo mediante sus propios ovocitos, o bien, porque los ovocitos se han terminado, o bien, porque sufra una alteración genética, así, se acude a los ovocitos obtenidos de una mujer que se somete a un procedimiento de donación de ovocitos, siendo estos lo suficientemente sanos como para lograr el embarazo en la mujer que se somete a la transferencia⁴⁴; y la preservación de la fertilidad, son tratamientos cuya finalidad es la consecución de un embarazo, pero no de forma inmediata, sino una vez transcurrido un periodo de tiempo, es decir, a largo plazo, las personas que optan por esta opción son aquellas que, por ejemplo, padecen un cáncer⁴⁵.

9.- La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.

9.1.- Régimen legal.

Como ya señalamos al referirnos a las clases de filiación, la distinción entre la filiación por naturaleza y la filiación por adopción se confunde por la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Es una realidad evidente que estas técnicas tienen un carácter biológico, pero no el suficiente para poder asimilarlas absolutamente a la filiación por naturaleza, ya que, es el acto de procrear lo que da sentido a la misma. Las disposiciones que versan sobre este tipo de filiación, tienen un dudoso acople en las técnicas de reproducción asistida, al concurrir en las mismas un elemento volitivo⁴⁶,

⁴² SOLEDAD SEPÚLVEDA, J. P., *Diagnóstico genético preimplantacional: alcances y límites*, Revista peruana de ginecología y obstetricia, vol. 58 n° 3, Lima, 2012.

⁴³ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, *Saber más sobre FERTILIDAD y REPRODUCCIÓN ASISTIDA*, Ministerio de sanidad, política social e igualdad, Madrid, 2012, p. 52.

⁴⁴ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, *Saber más sobre FERTILIDAD y REPRODUCCIÓN ASISTIDA*, Ministerio de sanidad, política social e igualdad, Madrid, 2012, p. 56.

⁴⁵ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, *Saber más sobre FERTILIDAD y REPRODUCCIÓN ASISTIDA*, Ministerio de sanidad, política social e igualdad, Madrid, 2012, p. 58.

⁴⁶ MUÑOZ BENITO, L., «La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida», REDUR 14, diciembre 2016, p. 230. ISSN 1695-078X.

dependiendo de que nos encontremos ante un supuesto u otro, serán dos o una las personas que consientan que la filiación se establezca a su favor, no teniendo que coincidir los progenitores jurídicos, con los progenitores biológicos.

Las normas sobre la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, se encuentran en la LTRHA, que, como hemos señalado en el subapartado 7.1. “Concepto, evolución y regulación legal”, prácticamente sólo se limita a reproducir lo que la Ley 35/1988 ya establecía sobre dicha materia. Son los artículos 7, 8, 9 y 10 los que regulan la filiación de aquellos que han nacido mediante la utilización de estas técnicas⁴⁷.

Respecto al artículo 7, en su apartado 1 establece: “*La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos*”, bien, si son de aplicación las disposiciones civiles, si una mujer que ha contraído matrimonio, se somete a alguno de estos procedimientos, el hijo o la hija que llegara a nacer, será considerado descendiente del cónyuge⁴⁸ a consecuencia de la presunción de paternidad que consagra el artículo 116 CC, al haber nacido el bebé después de la celebración del matrimonio, aunque nos encontráramos ante un supuesto de inseminación artificial heteróloga. Aun así, el cónyuge podrá ejercitar una acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año, bien, desde que se hubiera inscrito la filiación en el Registro Civil, o bien, desde que conociera el hecho de la falta de paternidad biológica.

El apartado 2 dice lo siguiente: “*En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación*”, es decir, sino se hubiera recurrido a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, no hubiera tenido lugar la generación⁴⁹, y son las mismas las que confieren el carácter de la generación si se hubiera recurrido a ellas.

Ahora bien, la operatividad de esta disposición en algunos supuestos es nula, simplemente con el hecho de que la persona que vaya a prestar declaración, no realice indicación acerca de si el nacimiento ha resultado de alguna de las técnicas de

⁴⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Capítulo 14. Acciones de filiación. La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida.», *Derecho de Familia*, Edisofer, S.L., Madrid, 2016, p. 371.

⁴⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Capítulo 14. Acciones de filiación. La filiación derivada de...», cit., p. 372.

⁴⁹ VERDERA SERVER, R., «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida», Cobacho Gómez, J. A. (dir.) *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Aranzadi S.A., Navarra, 2007, p. 237.

reproducción asistida, el Registro Civil no será concededor de ello⁵⁰. Al no existir un instrumento que sirva para determinar la filiación derivada de estas técnicas, no es fácil que encontremos alguna referencia de las mismas en el Registro, ya que, la determinación se lleva a cabo de acuerdo con las disposiciones sobre la determinación de la filiación que se deriva del acto natural de la procreación⁵¹.

Con la Ley 3/2007 y la Ley 19/2015 se añadió el apartado 3 del artículo 7: “*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*”, es decir, dos mujeres que hubieran contraído matrimonio, podrán figurar como progenitoras de un hijo, una de ellas por haber gestado al bebé y, la otra mujer, por haber consentido que se determinara la filiación en su favor. Además, tal filiación será matrimonial.

Se han planteado algunas cuestiones respecto a este último apartado. El precepto expresa que, sólo con la manifestación del consentimiento de la cónyuge de la mujer que ha dado a luz, para que se determine la filiación de ese hijo o hija en su favor, se producirá este hecho. Ahora bien, no se exige algún otro requisito, únicamente, la expresión de dicha voluntad, lo cual, según MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, puede resultar poco garantista al no ser examinado ese consentimiento, si la voluntad es verdaderamente la que se manifiesta⁵².

Esta ausencia de control, por las carencias que comporta este apartado, podrían constituir una vulneración del artículo 39 de la CE, el cual, consagra la protección integral de los hijos, al prestar consentimiento alguien que verdaderamente no tiene la voluntad o el interés que esa declaración se presume que comporta, el deseo de cuidar, atender, alimentar o educar, entre otras, a aquellos sobre los que se determina la filiación.

MUÑOZ BENITO pone de manifiesto cómo podemos estar ante una posible vulneración del principio de igualdad. Es cierto, que el apartado solo se refiere a un matrimonio de mujeres homosexuales, pero no de hombres homosexuales, no les sería

⁵⁰ VERDERA SERVER, R., «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas...», cit. , p. 237.

⁵¹ VERDERA SERVER, R., «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas...», cit. , p. 238.

⁵² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Capítulo 14. Acciones de filiación. La filiación derivada de...», cit., p. 373-374.

aplicable, ya que, para este último supuesto, tendrían que acudir la gestación subrogada para acceder a la paternidad a través de las técnicas de reproducción asistida, y esa práctica no está legalizada en nuestro ordenamiento jurídico, siendo esta la única posibilidad que tendrían, por el evidente hecho biológico de que los hombres no puede gestar un bebé, al no tener los correspondientes órganos reproductores para ello, por tanto, quizás no deberíamos considerar que nos encontramos ante una posible vulneración del principio de igualdad, por dos razones: las de la propia naturaleza, y las que la ley ofrece al definir como ilegal la gestación por sustitución.

Aunque, como hemos indicado, no se examina el consentimiento de la cónyuge que no ha dado a luz, sí que ha de reunir dos requisitos para que dicha manifestación de voluntad sea válida, son los siguientes:

- 1) La cónyuge ha de consentir que se determine la filiación en su favor bien, en un momento previo a que se produzca el nacimiento, o bien, en un momento ulterior al mismo, el consentimiento no se vería afectado se preste en un tiempo u otro; pero, lo que sí que es imprescindible, es que se preste una vez contraído matrimonio, sino, no será válido, porque el precepto sólo será de aplicación para los casos de mujeres homosexuales casadas⁵³.
- 2) El consentimiento se ha de manifestar a través de la debida declaración en el Registro, en conformidad con lo establecido en Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, considerándose como filiación matrimonial, de acuerdo con el artículo 44.5 de dicha Ley⁵⁴.

Por último, en cuanto a lo que respecta a este precepto, debemos de señalar que es uno de los supuestos en los que la operatividad del artículo 7.2 desaparece⁵⁵.

El siguiente precepto que regula la filiación en esta materia es el 8 de la LTRHA, el cual, hace referencia a la determinación legal de la filiación.

El apartado 1 establece: *“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”*, es decir, si ambos cónyuges consienten

⁵³ MUÑOZ BENITO, L., «La filiación derivada de técnicas de...», cit., p. 244.

⁵⁴ MUÑOZ BENITO, L., «La filiación derivada de técnicas de...», cit., p. 244.

⁵⁵ VERDERA SERVER, R., «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas...», cit., p. 237.

antes de la fecundación con material genético de un donante, el hijo nacido será considerado como hijo de ambos legalmente, en virtud del artículo 116 del CC, que consagra la presunción de paternidad; además, la denegación que refleja el precepto en cuanto a la impugnación, por parte de los progenitores, de la filiación derivada de ese supuesto, no se extiende al hijo, que sí que podrá impugnarla⁵⁶. Aunque, no se impide el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad matrimonial que se regula en el artículo 131 y el artículo 132 CC⁵⁷.

“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”, de acuerdo con el apartado 2 del precepto. Primeramente, debemos de advertir el error de redacción que presenta el artículo: no es el apartado 8 del artículo 44, sino, el apartado 7 del mismo, así lo señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ. Hace referencia al consentimiento que emite un hombre, que no está unido a la mujer que ha dado a luz a través de un vínculo matrimonial, sino, por una relación de afectividad y convivencia o, ni si quiera eso. Si atendemos al artículo 44.7 de la Ley 20/2011, nos interesa detenernos en la primera de las circunstancias, de las tres que establece, para poder inscribir la filiación no matrimonial a través del expediente aprobado mediante el Encargado del Registro Civil; el hombre que consiente en un momento anterior a la fecundación con utilización de los gametos de un donante, supondrá la determinación de la filiación del hijo, no matrimonial, a su favor⁵⁸. MONTES PENADÉS afirma que, no es la presunción de paternidad del artículo 116 CC, ni un vínculo biológico lo que fundamenta la paternidad que ostenta desde que emite su consentimiento, ya que, se utiliza el material genético de un donante, sino, simplemente, su manifestación de voluntad⁵⁹.

⁵⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Capítulo 14. Acciones de filiación. La filiación derivada de...», cit., p. 372.

⁵⁷ VERDERA SERVER, R., «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas...», cit. , p. 268.

⁵⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Capítulo 14. Acciones de filiación. La filiación derivada de...», cit., p. 373.

⁵⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Capítulo 14. Acciones de filiación. La filiación derivada de...», cit., p. 373.

El artículo 8.3 dice que, si se llegara a conocer la identificación del donante del material genético, en conformidad con los casos del artículo 5.5 de la Ley, nunca se consideraría la filiación determinada legalmente.

El artículo 9 contiene disposiciones relativas a la premoriencia del marido. El primer apartado de dicho precepto establece la regla general, negando la posibilidad de que, para el supuesto en el que una mujer, cuyo marido ha fallecido, se pueda determinar la filiación de su hijo en favor de este último, sino se llegaron a introducir los gametos en el útero de esta, en un momento anterior al fallecimiento del cónyuge. En base a este apartado, se niega la fecundación post mortem.

Ahora bien, el segundo apartado constituye una excepción del anterior, al establecer: *“...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...”*, es decir, ha de constar de forma fehaciente, y la manifestación de voluntad ha de ser libre, consciente y formal, *“...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...”*, el plazo máximo que se concede para la utilización de los gametos del cónyuge viudo es de 12 meses. La Ley 35/1988 establecía un plazo de seis meses, que comenzaría a computar a partir del día en el que se produjera el fallecimiento. *“...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.”*, seguidamente se establece en el párrafo siguiente qué circunstancias se han de dar para que el consentimiento se presuma otorgado *“(...) cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”*, el marido fallecido sólo podrá prestar su consentimiento si se hubiera sometido a técnicas de reproducción asistida con el fin de utilizar su material reproductor, en un momento anterior a su muerte, por ello, es esencial que se hubieran producido estas circunstancias, sino, su manifestación de voluntad carecería de sentido, porque no existiría aquello sobre lo que ha de consentir su utilización.

El último apartado del artículo 9, el tercero, dice que *“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". El supuesto anterior no solo se limita a los varones unidos a una mujer a través del matrimonio, es extensible a aquellos supuestos en los que concurre una análoga relación de afectividad o de convivencia. Reiteramos, al igual que en el artículo 8.2 de la LTRHA, que la referencia al apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/201, es errónea, debiendo de atender al apartado 7 del mismo.

El último precepto sobre la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida de la LTRHA, es el 10, acerca de la gestación por sustitución.

El artículo 10.1 consagra la nulidad de pleno derecho de todos aquellos contratos a título oneroso o lucrativo por los *"que se convenga la gestación, (...), a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero"*. El mismo precepto establece cuál es el efecto que surge en caso de incumplimiento de la norma: la nulidad de pleno derecho, consagrada en el art. 6.3 CC: *"Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho (...)"*.

El apartado 2 establece que el hecho que determina la filiación de los hijos, dados a luz por gestación subrogada, es el parto. En cuanto a la reclamación de la paternidad o maternidad, el artículo 10 resuelve los posibles conflictos, ya que, la maternidad la ostenta aquella mujer que ha gestado, y no la mujer que ha aportado sus gametos, el hecho decisivo para atribuir la filiación es: *¿quién dio a luz?*⁶⁰.

Su último apartado, el tercero, establece que no se verá afectada la facultad de ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad por el progenitor biológico, conforme al régimen legal.

En definitiva, debemos atender al art. 10 LTRHA como una norma prohibitiva de orden público⁶¹.

Varios sectores han mostrado la necesidad que existe de ofrecer un tratamiento legal a la gestación por sustitución en el Estado español, debiendo de destacar la actuación de la Asociación por la Gestación Subrogada en España al impulsar la Proposición de Ley de gestación subrogada (PLGS)⁶², o la Proposición de Ley reguladora del derecho a la

⁶⁰ VERDERA SERVER, R., «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas..., cit. , p. 264.

⁶¹ VAQUERO PINTO, M^a. J., «Capítulo V ¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?», *Retos actuales de la filiación*, Tecnos (Grupo Anaya S.A.), Madrid, 2018, p. 236.

⁶² VAQUERO PINTO, M^a. J., «Capítulo V ¿Debe admitirse y regularse...cit., p. 251.

gestación por subrogación, presentada por Ciudadanos, el 27 de abril de 2017, en el Congreso de los Diputados, cuya tramitación fue aceptada el 8 de septiembre del mismo año⁶³, dando paso a su publicación en el BOE, así, podemos observar cómo en su artículo 1, establece cuál es el objeto de la misma: “*La presente Ley tiene por objeto regular el derecho de las personas a la gestación por subrogación, entendiendo por tal, el que les asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes, todo ello en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales*”. En 2019, Ciudadanos presentó otra proposición de ley, al haber realizado una serie de modificaciones y de mejoras técnicas, que fue publicada en el BOE el 16 de julio de 2019. Ninguna de dichas proposiciones de ley tuvo los apoyos suficientes entre el resto de partidos políticos.

9.2.- ¿Cómo se determina la filiación del hijo derivado de las técnicas de reproducción asistida?

9.2.1.- Inseminación artificial homóloga.

Como ya indicamos en el apartado “7.2. *Tipos de técnicas de reproducción asistida*”, la inseminación artificial consiste en la introducción de material genético masculino en la vagina de la mujer, por tanto, es en el útero donde se produce la fecundación. Ahora bien, la inseminación artificial, puede ser homóloga o heteróloga, siendo la primera la que trataremos en este subapartado y, la segunda, en el que viene inmediatamente después.

La inseminación artificial homóloga se produce cuando el material genético masculino que se utiliza, es el del cónyuge varón, debiendo de haber manifestado su consentimiento en un momento anterior a su utilización, en conformidad con lo establecido en el artículo 6.3 LTRHA. Por ello, en este supuesto, ambos progenitores, lo serán tanto desde la perspectiva biológica, como desde la perspectiva jurídica, produciéndose una auténtica equiparación entre el nacimiento de un hijo que ha sido

⁶³ SALMERÓN MANZANO., E., «III. La maternidad subrogada en España: posible regulación legal de un contrato nulo». *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Editorial Comares S.L., Granada, 2018, p. 39.

concebido a través del acto de la procreación, y el nacimiento de un hijo que ha sido concebido mediante la inseminación artificial⁶⁴.

La determinación de la filiación se llevará a cabo según las disposiciones del Código Civil sobre la materia, según el precepto 7.1 de la LTRHA; el régimen que vendrá en aplicación será el de la Sección 2ª “*De la determinación de la filiación matrimonial*”, del Capítulo II “*De la determinación y prueba de la filiación*”, del Título V “*De la paternidad y filiación*”, es decir, del artículo 115 al artículo 119. En cuanto a la filiación materna, no hay lugar dudas respecto a la misma por el hecho natural de la gestación, de ahí el aforismo “*mater semper certa est*⁶⁵”; no existe la misma certeza en cuanto a la filiación paterna (“*pater semper incertus*⁶⁶”), aunque al concurrir un vínculo matrimonial, entra en juego la presunción de paternidad del artículo 116 del CC: “*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*”. Si estuviéramos ante la ausencia de la presunción de paternidad del cónyuge varón debido a la separación legal o de hecho de los mismos, atendiendo al artículo 118 del CC, cabrá la determinación de la filiación matrimonial, si los dos cónyuges manifestaran su consentimiento al respecto.

El consentimiento al que hace referencia el artículo 6.3 LTRHA, no es el mismo consentimiento del artículo 118 CC sobre el que venimos haciendo referencia: el primer precepto se refiere al consentimiento que emite el cónyuge en cuanto al sometimiento de su mujer a técnicas de reproducción asistida, mientras que, el segundo, versa sobre la inscripción de la filiación matrimonial⁶⁷. Podría suceder que el cónyuge prestara el primero de los consentimientos (artículo 6.3 LTRHA), pero no manifestara el segundo (artículo 118 CC), esto es, puede haber manifestado su voluntad en los términos de la utilización de su material reproductor en técnicas de reproducción asistida a las que se va a someter su esposa, pero puede no manifestar su consentimiento en cuanto a que se proceda a inscribir la filiación del nacido como matrimonial, debiendo de, si se pretende determinar la filiación, ejercitar la acción de reclamación ante los órganos judiciales⁶⁸.

⁶⁴ MUÑOZ BENITO, L., «La filiación derivada de técnicas de...», cit., p. 238.

⁶⁵ RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Capítulo 16. La filiación...», cit., p. 295.

⁶⁶ RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Capítulo 16. La filiación...», cit., p. 295.

⁶⁷ MUÑOZ BENITO, L., «La filiación derivada de técnicas de...», cit., p. 238.

⁶⁸ MUÑOZ BENITO, L., «La filiación derivada de técnicas de...», cit., p. 238.

Si la mujer usuaria de las técnicas y el hombre del que se utilizara su material reproductor, estuvieran unidos por una relación de convivencia more uxorio, se atenderá al régimen de la Sección 3ª “*De la determinación de la filiación no matrimonial*”, del Capítulo II “*De la determinación y prueba de la filiación*”, del Título V “*De la paternidad y filiación*”, es decir, del artículo 120 al artículo 126. La maternidad se determinaría por el hecho del parto, y la paternidad se determina, no solo por el consentimiento que manifestó respecto a la utilización de su material reproductor, siendo la filiación extramatrimonial⁶⁹, sino que deberá utilizar uno de los modos de determinación de la filiación no matrimonial del artículo 120 CC⁷⁰.

9.2.2.- Inseminación artificial heteróloga.

Como ya indicamos en el apartado anterior, la inseminación artificial puede ser homóloga y heteróloga, habiendo explicado la primera, nos centraremos en la segunda.

La inseminación artificial heteróloga consiste en introducir material reproductor masculino de un donante, en el útero de una mujer casada, por tanto, aunque no coincida el progenitor jurídicamente (cónyuge) y biológicamente (donante), la filiación será matrimonial.

El artículo 8.1 LTRHA establece que “*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*”.

Si la mujer usuaria de las técnicas, estuviera casada 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*”, dicha manifestación podrá realizarse indistintamente antes o después del nacimiento, de acuerdo con el artículo 7.3 LTRHA⁷¹.

En el caso de convivencia more uxorio, la pareja de la mujer usuaria expresará su consentimiento a la utilización de tal técnica de reproducción asistida, con material reproductor de un donante, previamente a la propia utilización, mediante un “*escrito*”

⁶⁹ LASARTE, C., <Capítulo 21. La reproducción asistida..., cit., p. 312.

⁷⁰ MUÑOZ BENITO, L., «La filiación derivada de técnicas de...», cit., p. 245.

⁷¹ RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Capítulo 16. La filiación..., cit., p. 308.

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”, según el artículo 8.2 LTRHA. Esta manifestación de voluntad constituirá, sino se prestara reconocimiento de la filiación no matrimonial, el escrito indubitado al que hace referencia el artículo 8.2 LTRHA, en el sentido de determinar legalmente la filiación a través de la vía del expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil del artículo 44.7 LRC⁷².

9.2.2.1. El anonimato del donante:

La consideración de la donación como anónima, es uno de los presupuestos fundamentales de la LTRHA⁷³. Principalmente, es el artículo 5 LTRHA el que consagra tal concepción, así, en su apartado 5 establece *“La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan”*.

Los propios caracteres del contrato ya indican el anonimato del donante, *“La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado”*, según el artículo 5.1 LTRHA.

El segundo párrafo del apartado 5 del art. 5 LTRHA, establece en interés del menor y para preservar la consciencia de los orígenes biológicos⁷⁴, que *“Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad”*. La identidad del donante podrá ser revelada, en conformidad con el apartado 5 del precepto 5, por la concurrencia de situaciones excepcionales, y siempre y cuando supongan *“un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto”*. Pero, tal revelación, nunca supondrá la determinación de la filiación en su favor, ya que, la donación del material reproductor

⁷² RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Capítulo 16. La filiación...», cit., p. 308.

⁷³ LASARTE, C., «Capítulo 21. La reproducción asistida...», cit., p. 312.

⁷⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos*, LA LEY Derecho de familia nº 9, Wolters Kluwer, 2016, p. 12.

de un tercero, no implica que se le atribuya, desde el punto de vista jurídico, la paternidad del nacido⁷⁵.

El artículo 8.3 LTRHA dice que *“La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”*, VERDERA SERVER afirma que tener constancia de quién proviene el material reproductor utilizado, no constituye la determinación de la filiación, no habilita a ejercitar las acciones de filiación encauzadas a ese fin.

La garantía de la “inmunidad jurídico-familiar del donante” son el artículo 5.5 y el artículo 8.3 de la LTRHA⁷⁶, la función del primero es impedir que se ejerciten las oportunas acciones de reclamación de la paternidad contra estos terceros que donaron sus gametos y preembriones para que fueran utilizados en técnicas de reproducción asistida, pero, si ese impedimento no llegara a ser efectivo, la segunda barrera, el 8.3, supone un obstáculo absoluto al establecer que *“La revelación de la identidad del donante (...) no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”*⁷⁷.

Podemos entender, que, sin esta doble barrera de garantía del anonimato, quizás, no habría donantes de material reproductor, y, por tanto, muchas mujeres no podrían acceder a las técnicas de reproducción asistida. ¿Quién estaría dispuesto a asumir los efectos derivados de la filiación de un bebé gestado por una mujer con la que no mantiene ningún tipo de relación?: la respuesta es obvia, y más, si tenemos en cuenta que los concebidos mediante estos métodos pueden ser varios, pudiendo llegar, incluso, a nacer 6 bebés -ya que, este es el máximo legal establecido en el art. 5.7 de la LTRHA- de los que el donante debería responder, habiendo establecidas hasta seis filiaciones en su favor. En definitiva, esta barrera de confidencialidad constituye un incentivo, y, porque no decirlo, la clave de la existencia de la donación de material reproductor.

9.2.3.- Las técnicas de reproducción asistida: supuesto de inexistencia de pareja.

Aunque en los dos supuestos que hemos explicado, las mujeres usuarias bien, están casadas, o bien, conviven more uxorio, no implica que no exista la posibilidad de

⁷⁵ LASARTE, C., «Capítulo 21. La reproducción asistida...», cit., p. 312.

⁷⁶ VERDERA SERVER, R., «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas...», cit., p. 253.

⁷⁷ VERDERA SERVER, R., «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas...», cit., p. 254.

que una mujer soltera no pueda someterse a estas técnicas utilizando gametos de un donante. La LTRHA no lo establece de forma expresa, pero sí que podría entenderse que acoge tal posibilidad ex art. 6.1, que dice: *“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. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”*.

Los requisitos que ha de reunir la mujer usuaria son los siguientes:

- I. Ser mayor de edad y gozar de plena capacidad de obrar.
- II. Manifestar por escrito el consentimiento relativo al sometimiento a dichas técnicas.

Además, es determinante la referencia al “estado civil”⁷⁸, no se requiere ni que haya contraído matrimonio, ni que esté unida a otra persona por una relación de análoga afectividad al matrimonio, la usuaria puede ser una mujer carente de pareja, por lo tanto, solo se determinará legalmente la filiación de la madre⁷⁹.

Otra referencia a la mujer que se somete a estas técnicas en solitario, la encontramos en el artículo 13.2 LTRHA, cuando hace referencia en su apartado 2. a) a “la mujer sola”⁸⁰.

Uno de los elementos más criticados de la LTRHA es este, que se permita determinar únicamente la maternidad, al recurrir a medios que no posibilitan el establecimiento de la paternidad⁸¹. La Ley muestra una clara orientación hacia la posibilidad de que una mujer carente de pareja, pueda constituir una familia, sin un padre en ella, por contar con derechos que la legitiman, mediante la utilización de las técnicas de reproducción asistida⁸². Este aspecto nos conduce a la formulación de la siguiente cuestión, si una mujer puede formar una familia acudiendo a la estos procedimientos, ¿podría un hombre formar

⁷⁸ VERDERA SERVER, R., «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas...», cit. , p. 263.

⁷⁹ MUÑOZ BENITO, L., «La filiación derivada de técnicas de...», cit., p. 247.

⁸⁰ VERDERA SERVER, R., «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas...», cit. , p. 263.

⁸¹ VERDERA SERVER, R., «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas...», cit. , p. 263.

⁸² LASARTE, C., «Capítulo 21. La reproducción asistida...», cit., p. 314.

su familia mediante el empleo de las técnicas de reproducción asistida?, a dicha pregunta procederemos a contestar en el apartado siguiente.

9.2.3.1.- ¿Podría un hombre recurrir a la utilización de las técnicas de reproducción asistida?

Tanto el hombre, como la mujer, tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad⁸³ ex artículo 10 CE, a ser padres y, por tanto, cumplir con todos los deberes y obligaciones que ello implica, equiparando en su totalidad, la posición de madre sola y la posición de padre solo.

Constituiría una vulneración del Derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 14 CE, el cual establece que *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de (...) sexo, (...) o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”*, de los padres carentes de pareja, si estos no tuvieran las mismas oportunidades en el acceso a la paternidad que las madres solas, lo cual, es lo que sucede, pero, ello, es consecuencia de evidentes presupuestos biológicos.

Anteriormente, hemos indicado como una mujer en solitario, puede someterse a técnicas de reproducción asistida con el material genético de un tercero y, así, acceder a la maternidad y conquistar la posibilidad de crear su propia familia sin padre; lo mismo no ocurre con el varón soltero, aunque él nunca podría ser usuario de dichas técnicas por evidentes razones biológicas, sí podría utilizar sus gametos para que una mujer gestara a su hijo y diera a luz, el problema, como hemos indicado en el apartado *“8.1. Régimen legal”*, la gestación por sustitución es nula de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, la única posibilidad que tendría un hombre carente de pareja desde la perspectiva de las técnicas de reproducción asistida, se desvanece al no poder recurrir a una *“madre sustituta”* para lograr la paternidad, por constituir el supuesto un acto ilegal. Además, en el caso de que fuesen válidos los contratos de maternidad subrogada, quedarían determinadas, tanto la paternidad, como la maternidad, ya que, esta última, se determina por el hecho del parto, determinándose legalmente la filiación en favor de la mujer gestante; a diferencia de lo que sucede en el caso de la mujer sola, la única filiación que se determinará será la materna, y no la paterna, al utilizar material reproductor de un

⁸³ LASARTE, C., «Capítulo 21. La reproducción asistida...», cit., p. 315.

donante, constituyendo este aspecto otra de las disparidades entre la mujer y el varón carente de pareja.

En definitiva, como indica LASARTE, “se puede ser madre sola pero no padre solo⁸⁴”.

9.2.4.- La fecundación post mortem.

Se trata de un supuesto de técnicas de reproducción asistida que se caracteriza por el momento en el que la fecundación, con el material reproductor del varón al que, la mujer que se va a someter a las técnicas, estaba unida por un vínculo matrimonial o por un vínculo no matrimonial, se produce posteriormente al fallecimiento de aquel.

La regulación se encuentra en el artículo 9 de la LTRHA, enunciado como “Premoriencia del marido”. El apartado 1 de dicho precepto consagra la regla general⁸⁵, por la cual, si el material genético del hombre, no se hallare, previamente al fallecimiento, en el cuerpo de su cónyuge o pareja, una vez que se hubiera sometido a las técnicas de reproducción asistida, *“no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido (...) y el marido fallecido”*. No podemos concebir lo establecido en el anterior apartado como una regla absoluta que impide en la legislación española el supuesto de la fecundación post mortem, por ello, debemos de atender al apartado 2 del mismo artículo que dice: *“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”*, esto es, está abriendo la puerta a la fecundación post mortem, siempre que se cumplan los requisitos que extraemos del precepto, que son los siguientes:

El primero es el consentimiento del marido, es decir, la manifestación de la voluntad del marido consintiendo la utilización de su material reproductor para dicho supuesto. Aunque el artículo se refiera al “consentimiento”, algunos autores abogan por la utilización del término “autorización”, es el caso de FERNÁNDEZ CAMPOS, al ser más adecuado autorizar, que consentir, la utilización del material reproductor, lo cual, no

⁸⁴ LASARTE, C., «Capítulo 21. La reproducción asistida...», cit., p. 315.

⁸⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Capítulo 14. Acciones de filiación. La filiación derivada de...», cit., p. 374.

es un negocio jurídico⁸⁶; aunque, no podemos olvidar que, en el caso de que se cumplieran los presupuestos de esta práctica, la mujer unida al varón antes del fallecimiento de este, debe de consentir someterse a tales técnicas, de modo que, se podría decir que existe un acuerdo de voluntades: la del varón fallecido y la de la mujer usuaria.

El consentimiento ha de ser personalísimo, por tanto, no puede ser emitido por un tercero mediante representación legal⁸⁷ y, en el mismo, ha de figurar la identificación de la mujer a la que el varón ofrece la posibilidad de utilizar su material reproductor⁸⁸. Este aspecto constituye una obviedad que no tiene un reflejo legal, esta práctica está dirigida a una mujer concreta, aquella con la que el varón tenía un vínculo matrimonial y para lo que se ha diseñado este supuesto, ya que, sino se designara a aquella, no nos encontraríamos ante un caso de fecundación postmortem, sino ante un contrato de donación del artículo 5.1 LTRHA.

El inciso final del apartado 2 indica que “*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*”, establece una presunción del consentimiento del varón que trata el párrafo inmediatamente anterior. Al respecto, surge la cuestión de si el varón, por haberse sometido en un momento anterior a su muerte a la transferencia de preembriones, consentía que se produjera posteriormente a aquella⁸⁹. Según mi criterio, sustraer del acto de emisión del consentimiento del varón, al que se refiere el artículo 9.2, una presunción de consentimiento por la que se entiende que se permite la continuación de esas prácticas, es bastante dudoso, debido a que las circunstancias en las que se desarrollarían aquellas, serían distintas porque, nada más y nada menos, la persona que manifestó su voluntad habría fallecido. Puede ser que el hombre que se sometió a esas técnicas, estuviera interesado en hacerlo en vida, exclusivamente, negándose a que la transferencia se produjera ulteriormente a su muerte o, si no figurara o no se tuviera conocimiento de su oposición, tampoco la ausencia de pronunciamiento debería constituir una presunción de consentimiento, ya que, el hecho

⁸⁶ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Premoriencia del marido.», Cobacho Gómez, J. A. (dir.) *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Aranzadi S.A., Navarra, 2007, p. 327.

⁸⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Premoriencia del marido...», cit., p. 327.

⁸⁸ PÉREZ MONGE, M., «Capítulo III. La filiación derivada de procreación post mortem.», *Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de estudios Registrales, Madrid, 2002, p. 276.

⁸⁹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Premoriencia del marido...», cit., p. 331.

de no negarse, no conforma una aceptación tácita. Si el varón y la mujer estaban unidos por un vínculo matrimonial, o no matrimonial (sobre lo cual, nos detendremos seguidamente), no habría motivo para pensar que el varón fallecido no querría que la parte superviviente no pudiera utilizar el material reproductor, aun así, tampoco se trata de un argumento suficiente como para presumir esa voluntad, por tanto, si se requiere el consentimiento expreso para la fecundación intervivos, ¿por qué no deberíamos requerir ese consentimiento expreso para la fecundación postmortem?, ¿acaso ambas son distintas?

La extensión del consentimiento no solo se presume para la fecundación heteróloga, sino también para la homóloga⁹⁰, lo que es todavía más cuestionable.

FERNÁNDEZ CAMPOS señala que para prescindir de las presunciones “el impreso o formulario para recoger su consentimiento debiera contener una pregunta directa a prohibir el uso post mortem del semen conservado, a la cual el varón hubiera contestado negativamente⁹¹”.

Por último, debemos de señalar que nos encontramos ante un consentimiento revocable “(...) *El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas*”, esto se debe a que el consentimiento del precepto conlleva la determinación de la filiación –al contrario que en el caso del donante, donde no se asumen obligaciones procedentes de la filiación, no pudiendo producirse la revocación - y, por tratarse de una manifestación de voluntad que desplegará su eficacia una vez producida la muerte del otorgante. En cuanto al tiempo y la forma de la revocación señalaremos lo siguiente: respecto al primero, el varón puede revocar su consentimiento en cualquier momento que lo considere, así lo establece el precepto; respecto a la segunda, para consentir la fecundación post mortem se requiere “*en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas*”, de acuerdo con el artículo 9.2 LTRHA, pero para revocarlo, no se indica ninguna formalidad. La doctrina estaba dividida, parte de ella mantenía la utilización del mismo documento que se utilizó para prestar el consentimiento, mientras que la otra parte, la de la mayoría, abogaba por un documento privado⁹². A pesar de ello, lo más adecuado sería acudir a la misma forma que se utilizó para prestar el

⁹⁰ RODRÍGUEZ MARÍN, C., «Capítulo 16. La filiación...», cit., p. 309.

⁹¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Premoriencia del marido...», cit., p. 331.

⁹² FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Premoriencia del marido...», cit., p. 332-333.

consentimiento y que en el documento en el que se expresó el anterior para el desarrollo de la práctica, figurase una nota de revocación⁹³. Además, como mantiene PÉREZ MONGE “se evitaría que la mujer pueda presentar documento público de prestación de consentimiento que no responda a la voluntad del difunto, si éste había revocado en otro documento”.

El segundo requisito, es la forma en la que se ha de prestar el consentimiento. Como ya hemos anunciado al hablar de la revocación, el consentimiento se presta “*en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas*”, según el artículo 9.2 LTRHA. La LTRHA suma dos opciones a las que la LTRA ofrecía en el apartado 2 del artículo 9: “(…) *el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento (...)*”, el documento al que hace referencia el artículo 6.3 para los supuestos en los que la mujer usuaria de las técnicas está unida a otra persona por un vínculo matrimonial, el cónyuge deberá expresar su consentimiento al respecto en ese documento clínico⁹⁴, y el documento de instrucciones previas⁹⁵. Respecto al último, debemos de distinguir entre los documentos notariales y los no notariales, los primeros avalan que la manifestación de voluntad del cónyuge fue emitida, habiéndole advertido de efectos jurídicos en materia de filiación y sucesiones⁹⁶; los segundos, no ofrecen tal garantía en cuanto a la información que se ha puesto a disposición del cónyuge para emitir el consentimiento⁹⁷ “*libre, consciente y formal*”.

El tercer requisito versa sobre el plazo en el que el cónyuge superviviente puede acceder a la posibilidad de utilizar el material reproductor del cónyuge fallecido. El plazo se indica en el apartado 2 del artículo 9: “(…) *para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer (...)*”.

El plazo que establecía la LTRA era de 6 meses siguientes al fallecimiento, lo cual, suponía un periodo de tiempo escaso como para tomar una decisión de tal trascendencia. Aun así, la doctrina no ha mostrado su absoluta conformidad con este

⁹³ PÉREZ MONGE, M., «Capítulo III. La filiación derivada de procreación...», cit., p. 278.

⁹⁴ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Premoriencia del marido...», cit., p. 342.

⁹⁵ EL NOTARIO DEL S. XXI (2010): “Las Instrucciones Previas es un documento por el cual una persona manifiesta anticipadamente su voluntad sobre el cuidado y el tratamiento de su salud o, llegado el momento del fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-31?id=1174:el-documento-de-instrucciones-previas-0-0628093425769446> [consulta: 8 de mayo de 2021].

⁹⁶ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Premoriencia del marido...», cit., p. 342.

⁹⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Premoriencia del marido...», cit., p. 342.

nuevo plazo, ya que, si se hubiera ampliado más, se garantizaría que la cónyuge superviviente ha razonado adecuadamente la posibilidad de la fecundación post mortem, y el elemento temporal no constituiría un posible impedimento para desarrollar la práctica, debido a la rapidez a la que se condicionaría para no agotar el periodo de 12 meses⁹⁸. En 1986, en un Informe de la DGRN, ya se abogaba por el establecimiento de un plazo del “año de luto y 300 días y más, en su caso, el plazo de prórroga judicial”⁹⁹. FERNÁNDEZ CAMPOS considera que lo más adecuado sería establecer dos plazos para dos momentos distintos, pero sucesivos: para la decisión que ha de tomar la cónyuge superviviente sobre si se quiere someter a tal práctica y, en el supuesto en el que la mujer aceptara, para la realización de las técnicas de reproducción asistida; unos 6 meses para el primero, y unos 12 para el último.

En definitiva, una vez que concurran los 3 requisitos, nos encontraremos ante un supuesto de fecundación post mortem, la viuda se someterá a las técnicas de reproducción asistida, recurriendo al material reproductor del cónyuge fallecido, para gestar a su hijo y dar a luz, determinándose la filiación materna en favor de la madre, por el hecho natural del parto - *mater semper certa est* -, y la filiación paterna en favor del cónyuge fallecido por la aportación del material reproductor. La filiación determinada será matrimonial, así lo establece el art. 9.2 LTRHA “(...) *Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial (...)*”. Si los cónyuges no están separados de hecho, o si no se habían iniciado trámites de divorcio, no hay motivo para decantarnos por la filiación no matrimonial, el fallecido aportó su material reproductor durante el matrimonio, debiendo ser considerado el nacido como un hijo matrimonial, aunque el matrimonio se hubiera disuelto por concurrir una de las causas de disolución del artículo 85 CC: la muerte. Asunto distinto sería si los cónyuges hubieran iniciado los trámites de separación o de divorcio, y no se hubiera producido una posterior reconciliación, debido a que la voluntad del fallecido para proceder a la fecundación post mortem, podría no ser la misma que cuando otorgó el consentimiento requerido.

Por último, el apartado 3 del artículo 9 habilita a un hombre unido a una mujer por un vínculo no matrimonial, a aportar su material reproductor para su utilización en la fecundación post mortem, siempre y cuando se cumplan los tres presupuestos a los que

⁹⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Premoriencia del marido...», cit., p. 337.

⁹⁹ PÉREZ MONGE, M., «Capítulo III. La filiación derivada de procreación...», cit., p. 288.

nos hemos referido anteriormente, de forma que, le será de aplicación lo establecido en el apartado 2 del mismo precepto.

Esta posibilidad se acogió con motivo del Informe del Congreso de los Diputados sobre la introducción en la legislación española de dicha práctica, la cual, extiende su alcance tanto para los supuestos en los que la mujer usuaria, estuviera unida al varón fallecido por un vínculo matrimonial, como para aquellos en los que la mujer solicitante estuviera unida al varón por un vínculo no matrimonial¹⁰⁰.

El consentimiento que otorgue el varón no casado “(...) *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*”, - es el apartado 7 al que se debería de referir el precepto -, han de concurrir una de las tres circunstancias que establece para poder inscribir la filiación no matrimonial a través del expediente aprobado mediante el Encargado del Registro Civil, como ya indicamos en el apartado 8.- *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, concretamente, en el 8.1.- *Régimen legal*.

9.2.5.- La gestación subrogada.

No hay una definición de la misma en el Diccionario de la Real Academia Española, pero sí, de ambas palabras por separado: la gestación es “acción y efecto de gestar o gestarse” o, “embarazo, preñez”, y la acción de subrogar, la define como “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”. Podríamos entender la maternidad subrogada como un proceso de gestación, por el cual, la mujer protagonista en ese proceso, tiene como finalidad sustituir el proceso de gestación de otra mujer, produciéndose la entrega posterior del bebé resultante del embarazo a la mujer sustituida por mediar acuerdo previo; aunque, debemos de indicar, que en ocasiones, no es una mujer la que acude a estos recursos - ya esté soltera, o unida a un hombre u otra mujer, bien por vínculo matrimonial, bien por vínculo no matrimonial -, también, puede ser un hombre, o pareja de hombres, los que acceden a la gestación por sustitución, no pudiendo hablar en este supuesto, de un proceso de gestación sustituido, ya que, los hombres no están capacitados para gestar porque no ostentan los órganos reproductores necesarios

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., «Artículo 9. Premoriencia del marido...», cit., p. 347.

para ello, siendo esto un claro hecho objetivo de la propia madre naturaleza, sobre el que no cabe discusión, no siendo la mujer gestante la sustituta del hombre, porque no puede ser sustituido, no podemos hablar de una sustitución en sentido estricto.

Cuando hacemos referencia a la sustitución, no debemos entenderlo como el proceso de gestación con el material reproductor de la mujer gestante, esta no siempre sustituye a la mujer que ha acudido a este procedimiento en el embarazo y en el material citado, a veces, solamente en el primer aspecto, pudiendo someterse la mujer gestante a la fecundación in vitro, para que, además de utilizar el material reproductor del varón, se utilice el femenino.

PEREZ MONGE define la gestación por sustitución como “aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)¹⁰¹”.

Por tanto, ¿en qué supuestos nos podemos encontrar ante un caso de gestación por sustitución?:

- 1) Cuando se haya iniciado un proceso de fecundación in vitro, y el óvulo fecundado - ya sea con material reproductor de un donante o de un varón con el que mantiene un vínculo matrimonial o no matrimonial - no se vaya a introducir en el útero de la mujer a la que pertenece aquel, sino a otra mujer, que será la gestante. Las razones por las que se puede producir esta circunstancia, son: porque la mujer de la que proviene el óvulo no está capacitada para gestar adecuadamente, o porque, simplemente, decide no continuar con el proceso, siendo otra mujer la que le sustituya aportando su útero, debiendo de referirnos a esta última como madre genética¹⁰².
- 2) Anteriormente nos encontrábamos ante una mujer gestante que aporta su útero, bien, se puede dar el caso en el que, además del útero, ceda su óvulo, teniendo la consideración de madre genética, y de madre biológica¹⁰³. El material reproductor masculino lo puede aportar un hombre, casado o con pareja de hecho, o soltero con la

¹⁰¹ PÉREZ MONGE, M., «Capítulo IV. Determinación de la maternidad.», *Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de estudios Registrales, Madrid, 2002, p. 329.

¹⁰² LASARTE, C., «Capítulo 21. La reproducción asistida...», cit., p. 310.

¹⁰³ LASARTE, C., «Capítulo 21. La reproducción asistida...», cit., p. 310.

finalidad de conformar una familia, asumiendo todos los derechos y deberes oportunos; aunque, para explicar un poco más este aspecto, nos remitiremos a lo establecido en el subapartado 8.2.3.1.- *¿Podría un hombre recurrir a la utilización de las técnicas de reproducción asistida?*

A pesar de que, con lo ya explicado podemos deducir a qué supuestos se extiende la maternidad subrogada, vamos a indicarlos: generalmente, siempre fueron las uniones matrimoniales o no matrimoniales heterosexuales las que acudían a la misma, pero, debido a la aspiración de alcanzar la paternidad de muchos varones, se amplió a casos de hombre solteros o divorciados, lo cual, por aplicación analógica, también, para mujeres solteras o divorciadas en cuanto a su maternidad. Pero, no fueron solo las parejas heterosexuales, o las personas que no se encontraban unidas por un vínculo a otras, las que accedieron a este tipo de gestación, también, se sumaron las parejas homosexuales, aunque hay más afluencia entre las parejas de hombres, que entre las de mujeres como consecuencia del artículo 7.3 de la LTRHA¹⁰⁴, para cuya explicación, nos remitimos al apartado 8.1.- *Régimen legal de las técnicas de reproducción asistida.*

El contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho por lo establecido en el artículo 10.1 LTRHA: “*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*”, es decir, en el Estado español la proscripción de estos contratos alcanza, tanto a los que medie precio, como a los que no¹⁰⁵. La renuncia a la que se refiere el precepto, constituye la ruptura del aforismo *mater semper certa est*, es decir, que la determinación de la filiación materna se produce en favor de aquella que haya dado a luz, lo cual, no ocurriría con este tipo de gestaciones. Aunque, el presupuesto fundamental para la determinación de la filiación materna no es el hecho del parto, así, por ejemplo, en el caso de la adopción, no hay una identidad entre la madre legal y la madre biológica, y la maternidad le es otorgada a aquella mujer que no ha dado a luz, la diferencia entre la maternidad subrogada y este supuesto, es que en la adopción no ha concurrido ningún tipo de consenso entre los adoptantes y la mujer que va a gestar, para que esta última entregue al nacido, mientras que, en el primer supuesto, sí¹⁰⁶.

¹⁰⁴ MUÑOZ BENITO, L., «La filiación derivada de técnicas de...», cit., p. 248.

¹⁰⁵ SALMERÓN MANZANO, E., «III. La maternidad subrogada en España... cit., p. 32.

¹⁰⁶ VAQUERO PINTO, M^a. J., «Capítulo V ¿Debe admitirse y regularse...cit., p. 243.

Nos encontramos ante un supuesto en el que, además de la manifestación de voluntad que se requiere en otros casos¹⁰⁷ - como, por ejemplo, en el art. 7.3 LTRH, el consentimiento que debe de emitir la cónyuge de la mujer que se hubiera sometido a técnicas de reproducción asistida, para determinar la filiación del nacido a su favor, o, el artículo 8, que establece la determinación legal de la filiación, cuando hace referencia al consentimiento que ha de prestar, tanto la mujer usuaria, como su cónyuge, respecto a la utilización de material reproductor de un donante -, se necesita que la mujer que hubiera gestado al nacido, niegue su propia maternidad legal¹⁰⁸.

El apartado 2 de dicho precepto es el que nos indica cómo se determina la filiación en los supuestos de maternidad subrogada, así *“La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*, esto es, el hecho natural del parto es el que define la filiación del nacido; aunque, el varón que hubiera aportado su material reproductor, puede reclamar la paternidad respecto al nacido o nacidos mediante la acción correspondiente, según lo establecido en el tercer apartado.

En definitiva, atendiendo a lo expuesto en el precepto 10, la maternidad subrogada es ilegal en el Derecho español, ya no solo por lo establecido en la ley 14/2006, sino, también, por la *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, y por el Código Penal en su precepto 221, tipificando en el apartado 1 la siguiente conducta: *“Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación (...)”*, extendiendo el carácter delictivo, no solo a la actuación de la persona que hubiera que hubiera realizado la puesta a disposición efectiva del bebé a otra, también, a la de aquel o aquella que reciba el bebé y, a los que hubieran intervenido en el supuesto como mediadores *ex* artículo 221.2 CP. La consideración de la conducta como hecho delictivo, no cesará por haberse producido en un Estado extranjero.

A pesar de ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado emitió una Instrucción, de 5 de octubre de 2010, por la que se permitía la inscripción de los hijos nacidos a través de la gestación por sustitución, a raíz de los siguientes sucesos.

¹⁰⁷ VAQUERO PINTO, M^a. J., «Capítulo V ¿Debe admitirse y regularse...cit., p. 230.

¹⁰⁸ VAQUERO PINTO, M^a. J., «Capítulo V ¿Debe admitirse y regularse...cit., p. 230.

Dos hombres de nacionalidad española, que habían contraído matrimonio, celebraron en Estados Unidos un contrato de maternidad subrogada por el que nacieron dos bebés. El matrimonio procedió a solicitar la inscripción de los menores en el consulado español como hijos del mismo, ante el encargado del Registro Civil, el cual, rehusó realizar la inscripción mediante el auto de 10 de noviembre de 2008, como consecuencia del control de legalidad correspondiente que consagra el apartado 2 del artículo 30: “*El Encargado de la Oficina del Registro Civil ante el que se solicita la inscripción deberá controlar la legalidad de las formas extrínsecas del documento, la validez de los actos y la realidad de los hechos contenidos en éste.*”, al percibir la ilegalidad del acto por tratarse de un supuesto de gestación por sustitución, la cual, está prohibida por el ordenamiento jurídico español ex artículo 10 LTRHA, los progenitores jurídicos de los menores, no serían los dos varones, sino la mujer gestante de aquellos, como biológica, y como jurídica.

Este acto fue recurrido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, estimó el recurso y lo resolvió, a través de la resolución de 18 de febrero de 2009, permitiendo que se llevara a cabo dicha inscripción, incurriendo, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “en un claro fraude de Ley (artículo 6.4 del CC)¹⁰⁹”. El artículo 6.4 del CC establece: “*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*”, celebrar un contrato de gestación por sustitución (teniendo en cuenta su prohibición en la legislación española), en un Estado extranjero cuyo ordenamiento jurídico lo considere legal, cumple con el supuesto de hecho de la norma, al ser un acto fundamentado en una norma extranjera, que legaliza una práctica que es ilegal en el Estado español, es decir, es nula de pleno derecho atendiendo a la LTRHA, debiendo ser considerado como un acto ejecutado en fraude de ley.

Posteriormente, el Ministerio Fiscal impugnó la resolución que dictó la DGRN ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, el cual, acordó anular la inscripción mediante la sentencia 193/10, de 15 septiembre de 2010, estableciendo en el fallo: “*Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el ministerio fiscal contra la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009 debo dejar sin efecto la*

¹⁰⁹ Martínez De Aguirre Aldaz, C., «Capítulo 14. Acciones de filiación. La filiación derivada de...», cit., p. 375.

inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Angeles de los menores Luis y Fernando con las menciones de filiación de la que resulta que son hijos de Luis y Fernando y en su consecuencia debe procederse a la cancelación de la inscripción". La sentencia desmontaba uno a uno los argumentos que ofrecía la DGRN en la instrucción en el fundamento de derecho cuarto:

Primero, la DGRN afirmaba que, si eran admisibles los supuestos de adopción de menores por una pareja de hombres, también lo serían los supuestos de hijos naturales en los que los progenitores fueran dos varones, por ello, no consideraba que se estuviera produciendo una vulneración del orden público español. La sentencia establece que no cabe hablar de hijos naturales – ya que estos son resultado del acto de la procreación – de una pareja de varones al no estar capacitados para concebir un hijo por evidentes razones biológicas, que son de objetiva apreciación.

Segundo, la DGRN indicaba que no se procedía a inscribir a los menores porque los que lo solicitaban, y quienes figurarían como progenitores, serían dos hombres; al respecto, se rechaza esta argumento al no ser admisible, en los tiempos actuales, ese tipo de actuaciones discriminatorias, alegando que la denegación de la inscripción no se produce porque se trate de dos hombres homosexuales - ya que, si en el supuesto hubieran concurrido dos mujeres homosexuales o, incluso, un hombre o mujer sin pareja, o una pareja heterosexual, se hubiera denegado igual - sino porque los menores son resultado de una maternidad subrogada, la cual, es nula de pleno derecho en España, aplicando estos efectos a todos los sujetos, independientemente del sexo y de la orientación sexual, que hayan acudido a este tipo de contrato para acceder a la maternidad o paternidad y soliciten la inscripción de la filiación de aquellos en el Registro Civil.

El tercer argumento que sostenía la DGRN era que, para preservar el interés superior del menor, se debía proceder a inscribir la filiación de los menores, si no, no gozarían de una identidad. La sentencia no muestra discrepancias hacia este argumento porque lo considera oportuno y adecuado, pero, ello no excluye la ilegalidad de la práctica en el Estado español por la que estos menores han nacido, y si finalmente se inscribiera a los mismos para preservar ese interés superior, se estaría haciendo efectivo ese fraude de ley, y se estaría admitiendo el resultado de un contrato cuya celebración está prohibida, atribuyendo una falsa legalidad a la práctica, equiparándola a otros medios legales a los que pueden acudir para ser padres e inscribir a los menores como sus hijos, como por ejemplo, la adopción.

Además, la DGRN afirmó que no nos encontrábamos ante un caso de fórum shopping fraudulento, a lo cual, la sentencia se opuso.

Si bien sabemos que el fórum shopping se trata de un fenómeno de Derecho Internacional privado en el que las partes plantean la situación privada internacional ante autoridades de un determinado Estado, porque persiguen con ello la aplicación de una ley sustantiva o procesal, que resulta favorable a la pretensión suscitada, podemos ver una clara identidad del supuesto presente con la definición general: la pareja de varones se trasladó a un Estado extranjero para celebrar un contrato de maternidad subrogada, el cual, es ilegal por el ordenamiento jurídico español, y así, poder acceder a la inscripción en el Registro del país extranjero, de los nacidos a consecuencia de esa gestación subrogada. La pareja tenía conocimiento de la prohibición consagrada en el artículo 10 de la LTRHA, sobre los contratos de gestación por sustitución, por ello, si en otros países tal práctica era legal, como en Estados Unidos, se desplazaron hasta allí para proceder a la inscripción de los menores en el Registro civil de California, donde nacieron, como sus hijos naturales, siendo dicha legalidad la circunstancia favorable a su pretensión. Y, una vez obtenidos los certificados de nacimiento en California, procedieron a solicitar la inscripción en el Registro Civil español, a sabiendas que, si tal acto es ilegal, lo más probable es que no se llegara a producir, y, aun así, llevan a cabo tal práctica, es un claro ejemplo de fórum shopping. Mientras que, si los varones hubieran acudido a los procedimientos legales en España para acceder a la paternidad, se hubiera procedido a realizar la correspondiente inscripción de la filiación de los menores en el Registro en su favor.

Dicha resolución judicial, fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia por la pareja que lo tramitó con el rollo nº 949/2011, resultando la sentencia nº 826/2011, de 3 de noviembre de 2011, por la que se desestimaba el recurso de apelación y se confirmaba la resolución judicial impugnada.

En los fundamentos de derecho de la resolución, se reitera que, de acuerdo con la legislación español, el encargado del Registro Civil se encuentra impedimentos para inscribir la filiación de los menores en el Registro Civil, como consecuencia del control de legalidad que ha de llevar a cabo, por incurrir el supuesto en la nulidad de pleno derecho que consagra el artículo 10 de la LTRHA y por lo establecido en el precepto 85 del Reglamento del Registro Civil: *“Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de*

modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no puedan obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer, en cuanto a ellos autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad (...)". Además, considera que la certificación estadounidense vulnera el orden público español al provenir de una práctica considerada ilegal en España por entrar en conflicto con principios constitucionales como la dignidad de la persona, consagrado en el artículo 10 de la CE, o la integridad moral, en el artículo 15 de la misma, incluso, con preceptos del mismo CC como el 1.271 "*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres (...)*", las personas son una *res extra commercium*.

La Audiencia reitera el aspecto del traslado a un Estado extranjero para la celebración de un contrato de gestación por sustitución para obtener un resultado que, mediante la legislación española, no habrían podido obtener: el reconocimiento de los menores como hijos naturales; al igual que lo relativo a la discriminación que alegaban los recurrentes, la respuesta es la misma que la del Juzgado de Primera Instancia, se deniega la inscripción de la filiación porque los nacidos provienen de un contrato de maternidad prohibido por nuestro ordenamiento, y al igual que la posible vulneración del interés superior del menor al no permitir que se les provea de una identidad, el tribunal alega que este interés no se puede cumplir mediante la infracción de la legislación española, ya que, si se procediera a inscribir a los menores, podríamos entender que se está concediendo un "pase de legalidad" a la maternidad subrogada.

A pesar de ello, la DGRN emitió una Instrucción, sobre la que nos hemos referido al inicio, de 5 de octubre de 2010, en la que establecía una serie de directrices que, si se cumplen, se procedería a la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos en un Estado extranjero mediante maternidad subrogada.

La Instrucción indica que la intención principal es "dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor¹¹⁰", entre otros intereses. La primera directriz establece que se inscribirá al hijo en el Registro Civil si la solicitud de la misma está acompañada de una resolución judicial, dictada por el órgano jurisdiccional que ostente la competencia,

¹¹⁰ "Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución." BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, páginas 84803 a 84805.

“en la que se determine la filiación del nacido¹¹¹”. Los otros presupuestos de la primera directriz versan sobre el reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras, dependiendo de si el procedimiento es análogo o no a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, se requerirá un título declarativo de la ejecución o, simplemente, el encargado desplegará un control sobre el reconocimiento de la decisión judicial en el Estado español, verificando que reúna los siguientes elementos:

- La resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional extranjero, o cualquier otro documento, debe de ser auténtico y reunir todos los presupuestos formales¹¹².
- Dicho órgano judicial extranjero, debe de haberse declarado competente en función de disposiciones similares a las establecidas en el ordenamiento jurídico español¹¹³.
- Se deben de haber garantizado los derechos procesales de los sujetos intervinientes, en especial, los de la mujer gestante¹¹⁴.
- No se puede haber producido una transgresión de los derechos de la mujer gestante y del principio del interés superior del menor.
- La resolución judicial debe de ser firme, es decir, no susceptible de recursos, además, que las manifestaciones de voluntad prestadas por las partes sean incuestionables, y, si existiera un periodo de tiempo en el que los consentimientos hubieran podido ser rescindidos por aquellos que los emitieron, que ya hubiera transcurrido¹¹⁵.

La segunda directriz rechaza que “*una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante*¹¹⁶” puedan constituir un documento adecuado y suficiente para proceder a la inscripción del nacimiento y filiación.

A través de esta instrucción se han realizado inscripciones en el Registro civil de nacidos en Estados extranjeros como resultado de contratos de gestación por sustitución,

¹¹¹ “Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros ...”, cit., BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, páginas 84803 a 84805.

¹¹² SALMERÓN MANZANO., E., «III. La maternidad subrogada en España...» cit., p. 34.

¹¹³ SALMERÓN MANZANO., E., «III. La maternidad subrogada en España...» cit., p. 34.

¹¹⁴ SALMERÓN MANZANO., E., «III. La maternidad subrogada en España...» cit., p. 34.

¹¹⁵ SALMERÓN MANZANO., E., «III. La maternidad subrogada en España...» cit., p. 35.

¹¹⁶ “Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros ...”, cit., BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010, páginas 84803 a 84805.

tratando de conceder validez a supuestos que continúan conformando fraudes de ley ex artículo 10 LTRHA, y por las resoluciones judiciales anteriores.

Siguiendo con el proceso iniciado en el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, la resolución dictada por la Audiencia Provincial de Valencia en el rollo de apelación, fue impugnada ante el Tribunal Supremo a través de un recurso de casación interpuesto por los dos varones, fundamentándose en un solo motivo que la STS reprodujo en su antecedente de hecho séptimo y en el fundamento de derecho segundo: *“Infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989”*.

Las circunstancias que manifiestan para refutar tal motivo son las siguientes:

- 1) La denegación de la solicitud de inscripción de la filiación por naturaleza de los menores nacidos en un Estado extranjero en el Registro Civil español, en la que figurarían los dos hombres como progenitores, y, por ello, no proceden a la inscripción, constituyendo una actuación discriminatoria.
- 2) El hecho de no inscribir a los nacidos en el Registro Civil español supone una vulneración del interés superior del menor.
- 3) Consideran que el acceso de los menores al Registro Civil a través de la inscripción de la filiación, no supone una transgresión del orden público internacional español, ya que, es la maternidad subrogada la que vulnera aquel, no el aspecto registral derivado del contrato.

El Tribunal Supremo dictó la sentencia de 6 de febrero de 2004, realizando los siguientes pronunciamientos sobre cada uno de los anteriores argumentos:

- 1) No concurre ningún tipo de discriminación en el caso por ser ambos varones, cualquier persona, indistintamente del sexo, que acudiera a este tipo de técnicas, obtendría el mismo resultado: la denegación de la inscripción por una clara vulneración del orden público internacional español.

Tampoco hay una discriminación desde la perspectiva del precepto 7.3 de la LTRHA, la posibilidad que ofrece a una pareja de mujeres - cuando una se somete a técnicas de reproducción asistida, la otra puede solicitar la inscripción de la filiación del nacido en su favor - versa sobre un supuesto totalmente distinto al presente, ningún hombre puede someterse a técnicas de reproducción asistida con el fin de gestar a un hijo,

porque por evidentes factores biológicos y científicos, no son capaces para ello, y si esta opción no está a su alcance, tampoco tendría sentido establecer la solicitud de la inscripción de la filiación del nacido en favor del otro varón.

- 2) El Tribunal Supremo clasifica el interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado, es el legislador el encargado de acotar el alcance del mismo. Alegando este argumento, las partes transmiten que, si finalmente se cumple con lo establecido en el art. 10 LTRHA, y se terminara declarando nulo de pleno derecho el contrato, y determinando la filiación en favor de la madre gestante, se estaría transgrediendo el interés superior del menor. Lo que tiene claro el TS, es que, no se puede utilizar este principio para quebrantar otros como, por ejemplo, la dignidad de la mujer gestante, se ha de concebir el mismo en función de lo que sea más oportuno y adecuado para el caso, o, la propia dignidad de los nacidos, si se acepta la solicitud de inscripción de su filiación en favor de los dos varones que celebraron un contrato de gestación por sustitución, se estaría cosificando a los menores. “El interés superior del menor debe ser considerado como un elemento primordial...Ahora bien, este principio no puede ser invocado sistemáticamente para prescindir de normas claras y precisas del derecho interno¹¹⁷”. En definitiva, se ha de buscar un equilibrio en el que, en ocasiones, este principio deberá de ceder ante otros.

Tampoco considera el TS que se hubiera transgredido el derecho a la identidad única de los menores, ya se había procedido a inscribir la filiación de los menores a su favor en Estados Unidos, sabiendo que, en el Estado español, no se iba a proceder a tal inscripción, e indica que “se trata de un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución”. Dicha denegación no supone una vulneración del derecho al respeto de la vida privada y familiar, consagrado en el precepto 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, el TS afirma que en el caso se reúnen los dos presupuestos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció en la sentencia de 28 de junio de 2007:

- a) *“está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y*

¹¹⁷ FULCHIRON, H., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014)*, Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil nº 3/2015, Aranzadi, 2015, p. 17.

- b) *es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”.*

Otro de los pronunciamientos del TEDH en esa misma resolución, señalaba el cumplimiento de una serie de deberes por parte de los países al actuar en consonancia con el artículo 8 del CEDH, por ello, el TS encomienda, en el punto 12 de este fundamento de derecho quinto, al Ministerio Fiscal ejercitar, en conformidad con la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, *“las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar "de facto"”.*

- 3) La denegación de la inscripción se ha producido porque el encargado del Registro Civil ha procedido según las disposiciones establecidas en la Ley del Registro Civil y en el Reglamento del mismo, así, al examinar no solo los aspectos externos de la solicitud, ha procedido a examinar el contenido de la misma. Como consecuencia del aumento de los supuestos de tráfico jurídico externo y de la variedad de ordenamientos jurídicos estatales existentes, las partes de una relación privada pueden optar por una legislación estatal u otra para regir aquella, lo cual, puede generar controversias debido a la disparidad entre los propios ordenamientos, aunque, no por ello se busca una coincidencia absoluta entre la regulación que un Estado puede ofrecer a un supuesto, y la regulación del Estado de aquellos que seleccionan la primera, como sería este caso, dos españoles optan por celebrar un contrato de gestación por sustitución que se encuentra legalizado en la legislación estadounidense, mientras que, en la española no. El límite a todas estas diferencias lo marca el TS en el orden público, definiéndolo en el fundamento de derecho tercero como: *“El sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”*¹¹⁸. El orden público lo

¹¹⁸ FULCHIRON, H., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia... cit.*, p. 11.

conforman los derechos contenidos en el Título I de la CE, por tanto, cuando el caso suponga una vulneración de alguna de estas disposiciones, como, por ejemplo, la dignidad de las personas, la integridad moral, o la protección integral de los hijos, se ha de restringir el acceso al Registro de estos actos provenientes de los particulares desarrollados en un Estado extranjero. En el caso concreto, se produjo una vulneración de la dignidad y la integridad moral de la madre gestante, y de los menores que han sido engendrados como resultado del negocio jurídico que se celebró, ya que, se cosificó a la mujer al utilizar su cuerpo como medio para obtener el resultado del contrato: hijos, y una vez que les dio a luz, fueron entregados a la otra parte contratante, comerciando de esta forma con dos nacidos, dos personas. Además, cuestiona los motivos por los que accedió la mujer gestante al contrato, que, normalmente, suele ser la ausencia de recursos económicos, lo cual, pone en duda la voluntad que prestó la mujer para celebrar el contrato, si su verdadera intención era someterse a esa práctica o, si lo hizo porque se encontraba en una situación de necesidad. Lo establecido en el artículo 10 de la LTRH protege la esencia de estos principios mencionados, siendo un límite del orden público español, así, la certificación registral de California no se puede conciliar con el ordenamiento jurídico español al ser una consecuencia directa e inseparable del contrato de maternidad subrogada.

El TS falló a través de la sentencia de 6 de febrero de 2004 (RJ 2014, 833), desestimando el recurso de casación presentado por la pareja contra la sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en el recurso de apelación núm. 949/2011, derivado del procedimiento ordinario nº 188/2010 iniciado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia.

Posteriormente a esta resolución, la pareja instó un incidente de nulidad de actuaciones respecto de la resolución del TS anteriormente citada, alegando como motivos para su fundamentación la transgresión a los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la igualdad y a la intimidad familiar¹¹⁹, y que, finalmente, fue resuelto a través del auto del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015 (JUR 2015, 47648).

Lo relevante de esta resolución, fue que, durante su tramitación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó dos sentencias, el 26 de junio de 2014, sobre dos casos de

¹¹⁹ MUÑOZ BENITO, L., «La filiación derivada de técnicas de...», cit., p. 250.

parejas francesas heterosexuales (el caso “Labasse c. Francia” JUR 2014/176905 y el caso “Mennesson c. Francia” JUR 2014/176908), que habían acudido a Estados Unidos para la celebración de un contrato de maternidad subrogada, sobre las que versaba idéntica controversia: la denegación por las autoridades francesas de la solicitud de inscripción de la filiación de las nacidas, en favor de los solicitantes.

Los demandantes motivaron su pretensión fundamentándose en el quebrantamiento del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra el “Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, y dice:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

El TEDH afirmó que los países podían regular los aspectos de la maternidad subrogada como consideraran, al haber una ausencia de aquiescencia entre los mismos, la legislación ofrecida no se tenía que atener a unas pautas o directrices, pero, el tratamiento de esta materia, no se puede equiparar al de la filiación, la cual, considera el Tribunal como una materia en la que se ven afectados elementos tan delicados, como la identidad de las personas¹²⁰.

El TEDH no consideró que se hubiera producido una transgresión del derecho al respeto de su vida privada y familiar por Francia, ya que, las parejas continúan conviviendo con las menores; pero, sí apreció una vulneración de uno de los elementos que conforman este derecho del artículo 8 CEDH: la identidad de las nacidas; esto se debe a la negativa por parte de la legislación francesa, de admitir el acceso de la inscripción de la filiación de aquellas en favor de las parejas, no solo por adopción, sino, tampoco, por la verificación de la filiación biológica paterna¹²¹. El Tribunal señaló que los Estados han de garantizar un equilibrio entre sus propios intereses, y los intereses de los ciudadanos

¹²⁰ VAQUERO PINTO, M^a. J., «Capítulo V ¿Debe admitirse y regularse... cit., p. 243.

¹²¹ VAQUERO PINTO, M^a. J., «Capítulo V ¿Debe admitirse y regularse... cit., p. 243.

concernidos por la decisión que haya tomado, teniendo en especial consideración al interés superior del menor¹²². Aunque el derecho a la vida familiar, no lo consideró vulnerado por el hecho de la denegación de la filiación de los menores en el Registro francés, al firmar que habían podido disfrutar de ese derecho¹²³. Pero, el hecho de no poder adquirir la nacionalidad de sus progenitores, y, por tanto, no poder precisar la identidad de las nacidas y lo relativo a los derechos sucesorios, el TEDH señaló que se trataba de una vulneración del derecho que tienen los hijos a que su vida privada sea respetada, no siendo reconocidos en la sociedad francesa¹²⁴.

La pareja española que instó el incidente de nulidad de actuaciones, se sirvió de los argumentos que emitió el TEDH en dichas sentencias, los cuales, rebatió el TS alegando, en el auto de 2015, que no nos encontrábamos ante un supuesto equiparable al que les concernía, al denegar las autoridades francesas la inscripción, tanto por vía adoptiva, como por vía judicial, lo cual, no era lo que estaba sucediendo, ya que, nuestro Tribunal, sí que valoraba la posibilidad de determinar la filiación de los nacidos en favor del varón que hubiera aportado su material reproductor, es decir, del padre biológico¹²⁵.

Además, las partes declararon que se había producido una discriminación por razón de la filiación, la cual, negó el Tribunal al considerar que el legislador podía regular la cuestión de asignar la condición de paterno-filiales a las relaciones de paternidad o maternidad biológica, con cierta libertad¹²⁶; lo mismo sucedió con la discriminación por razón de la orientación sexual que alegaban, ya resuelta en las resoluciones judiciales que hemos venido relatando; y, respecto a la transgresión que alegaron que se había producido en su intimidad familiar, el TS afirmó en el fundamento de derecho quinto: *“Como todos los derechos, el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico, siempre, naturalmente, que esta falta de reconocimiento no sea contraria a las exigencias constitucionales ni, en general, al orden público internacional español, y*

¹²² FULCHIRON, H., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de... cit.*, p. 8.

¹²³ FULCHIRON, H., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de... cit.*, p. 8.

¹²⁴ FULCHIRON, H., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de... cit.*, p. 8.

¹²⁵ MUÑOZ BENITO, L., «La filiación derivada de técnicas de...», cit., p. 251.

¹²⁶ VAQUERO PINTO, M^a. J., «Capítulo V ¿Debe admitirse y regularse...cit.», p. 244.

respete las exigencias del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales”.

En definitiva, no hay un criterio uniforme para la determinación de la filiación en los supuestos de nacidos mediante gestación por sustitución, ni entre los Estados, ni entre las autoridades españolas. Así, hemos podido apreciar como el Tribunal Supremo deniega las inscripciones de los menores nacidos mediante estas prácticas, considerándolo, así, por la vulneración de los principios y derechos afectados en el propio caso, y la ponderación realizada entre los mismos; por otro lado, nos encontramos la posición adoptada por la DGRN que, mediante su Instrucción de 5 de octubre de 2010, habilita el acceso de la inscripción de la filiación de estos nacidos en el Registro Civil, siempre que se reúnan en el supuesto los requisitos exigidos, a los que nos hemos referido durante el desarrollo de la cuestión, por tanto, a pesar de lo establecido por las autoridades judiciales, a través de esta Instrucción, en España sí que cabe inscribir a los menores nacidos como resultado de un contrato de gestación subrogada, así, la DGRN, en respuesta a la STS de 6 de febrero de 2014, emitió otra Circular, el 11 de julio de 2014, por la que aclaraba que: *“En el estado legislativo y jurisprudencial actual, la instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución está plenamente vigente, por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 constituya un obstáculo legal para ello”.*

Quizás, sería adecuado replantearse la cuestión de la inscripción de los menores nacidos mediante estos procesos, y adoptar una unidad de criterio por parte de los tribunales y de la DGRN, siendo esta última, la que concede ese “pase de legalidad” a la gestación subrogada, contradiciendo el criterio jurisprudencial y el ordenamiento jurídico español mediante el cumplimiento de una serie de presupuestos que, aunque sean legales, tratan de disfrazar de acto legal, un acto nulo de pleno derecho.

A pesar de la ausencia de regulación para estos supuestos controvertidos en la legislación española, llama la atención que, en España, los menores resultantes de un contrato de gestación por sustitución, superen en número a los menores adoptados, constituyendo dicho dato una evidente ruptura entre el ordenamiento jurídico español y

la realidad social que está aconteciendo¹²⁷. Por todo ello, podríamos concluir que, si aun prohibiendo legalmente tales conductas, estas persisten mediante su desviación a otros Estados, debiendo posteriormente resolver las consecuencias de las mismas en nuestro país, quizás, habría que ofrecer una solución desde el punto de vista jurídico.

MATÍA PORTILLA establece una serie de presupuestos de necesaria consideración para ofrecer un tratamiento legal a la gestación por sustitución¹²⁸:

- I. Uno de los aspectos por los que la maternidad subrogada es muy controvertida, es la retribución que reciben a cambio las madres gestantes, por ello, ¿debería ser una práctica onerosa? o, ¿una actuación desinteresada, realizada a título gratuito? Si abogáramos por una gestación retribuida, proseguiríamos con la cosificación de la mujer que alquila su útero, convirtiendo al nacido en una *res in commercio*; aunque, tampoco sería posible constituirlo como una práctica gratuita, debido a que, la mujer gestante incurre en unos gastos necesarios que deberían de ser resarcidos por la pareja contratante, como, por ejemplo, los gastos ocasionados por el transporte al hospital para las oportunas revisiones. Lo más conveniente sería lograr un equilibrio entre una gestación retribuida, pero solo en aquellos aspectos que sean indispensables, y una gestación desinteresada.
- II. En cuanto al acceso a la gestación subrogada, no todo aquel que lo conviniera deliberadamente podría acceder a ella, solo en aquellos supuestos en los que concurren circunstancias determinadas como, por ejemplo, la infertilidad de una mujer.
- III. El consentimiento ha de ser prestado por las partes de forma libre, sin que concurra error, violencia, intimidación o dolo. Para garantizar este aspecto, deberían ofrecer una serie de medidas, bien, que la madre gestante tenga una edad determinada, o bien, que la situación económica en la que se encuentre no sea la causa de su decisión, entre otras.
- IV. Los derechos de las partes contratantes: la madre gestante y los padres de intención, han de estar preservados en todo momento. En el caso de la primera parte, podríamos referirnos al derecho de la madre a renunciar a la entrega del nacido a los padres de intención, o, en el caso de que sufriera una pérdida del

¹²⁷ MATIA PORTILLA, F. J., *¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?*, Revista de Derecho Político nº 105, mayo-agosto 2019, UNED, p. 84.

¹²⁸ MATIA PORTILLA, F. J., *¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro... cit.*, p. 116.

mismo, aquellos no podrían imponerle un nuevo embarazo. Respecto a la segunda parte contratante, cualquier persona o pareja de personas, tendría derecho a acceder a esta posibilidad, siempre que concurrieran los motivos concretos establecidos para el acceso a la misma.

- V. En todo contrato de gestación por sustitución, tendrá que preponderar la garantía del interés superior del menor, asegurando, a través de condicionantes a los padres de intención, el correcto ejercicio de la patria potestad, así como, la prohibición de rechazar al nacido, en todo caso.
- VI. Todo el procedimiento deberá ser supervisado por autoridades públicas, no privadas (suponiendo la eliminación de las agencias), constituyendo este aspecto otra garantía para los derechos de los intervinientes en el proceso, y del menor nacido.

Aunque la gestación subrogada sea una materia muy controvertida, sobre todo, por concepciones morales, nos encontramos ante un problema social, al que el Derecho ha de dar respuesta, no se trata de homogeneizar todas las cuestiones éticas que puedan aflorar a través de una regulación de este fenómeno, sino, de ofrecer una respuesta jurídica a una realidad que está aconteciendo.

10.- Conclusiones.

La determinación de la filiación es esencial para preservar y proteger derechos que, en ausencia de aquella, se encontrarían en una situación de desamparo, ya sea desde la perspectiva de la actuación que han de llevar a cabo los poderes públicos para lograr la protección de los hijos y de sus progenitoras, o desde la perspectiva del deber de asistencia que han de cumplir los padres respecto a sus hijos, todo dentro del ejercicio de la patria potestad que ostentan una vez se haya establecido la filiación en su favor.

Aunque la distinción histórica que se hacía entre filiaciones, no era más que una distinción fundamentada en un motivo discriminatorio, actualmente, las dos clases de filiación establecidas en el CC: filiación por naturaleza y filiación por adopción - sin perjuicio de que cada una de ellas puede ser matrimonial y no matrimonial -, como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, se encuentran en un estado de confusión, debiendo atender al caso concreto, a las circunstancias en las que el nacido ha

sido concebido, qué material reproductor ha sido utilizado, o, qué clase de vínculo unía a los progenitores.

Las técnicas de reproducción asistida han supuesto un avance científico que ha favorecido y habilitado la posibilidad de acceder a la maternidad y paternidad a muchas parejas o madres solteras que, por circunstancias concretas, no podían acceder a aquellas mediante el acto de la procreación.

La determinación de la filiación de los nacidos como resultado de la utilización de dichas técnicas, es una materia rodeada de singularidades, en la que el progenitor jurídico no tiene por qué coincidir con el progenitor biológico, al haber sido utilizado el material reproductor de, por ejemplo, una persona distinta al cónyuge, de un donante, siendo, aun así, la filiación determinada una filiación matrimonial, al prestar el cónyuge el correspondiente consentimiento, figurando como padre del nacido.

La figura del donante es una pieza esencial en la utilización de las técnicas de reproducción asistida, que ha permitido ampliar el acceso a la maternidad o paternidad, en aquellos casos en los que, quizás no sea la mujer la que sufra problemas de infertilidad, sino el varón, paliando dicha circunstancia a través de esta posibilidad, o en el caso de mujeres solteras, pudiendo conformar su propia familia sin la figura de un padre, ya que, la identidad del donante nunca será revelada, y aun concurriendo una de las circunstancias excepcionales por las que puede serlo, la filiación del nacido concebido con su material reproductor, no se determinará en su favor, siendo este aspecto fundamental para las técnicas de reproducción asistida.

Solo las mujeres solteras pueden recurrir a la donación de gametos y preembriones, incluso una pareja de mujeres homosexuales, lo que no sucede cuando estamos en presencia de un varón soltero, o de una pareja de varones homosexuales, ya que, no gozan de dicha posibilidad al tener que recurrir a la figura de la gestación por sustitución, al requerir, por evidentes motivos científicos y de naturaleza humana, a una mujer que geste al bebé. La controversia generada con esta institución, como se puede desprender del trabajo, es enorme, y ya no solo por los derechos controvertidos, tanto de la madre, como del nacido mediante gestación subrogada, sino por la posterior inscripción que pretenden realizar los padres de intención para determinar la filiación de esos menores, en países, como el nuestro, donde la práctica de la maternidad subrogada es nula de pleno derecho. La disparidad de criterios entre la DGRN y los órganos judiciales, solo hace que crear mayor confusión al respecto e inseguridad jurídica, debiendo de ofrecer

una solución legal sobre la materia, en la que exista la mayor conciliación posible entre los derechos de las partes y la finalidad que se quiere alcanzar mediante estas prácticas.

No podemos olvidar que, aunque las cuestiones éticas y morales afectadas por la cuestión revisten de especial sensibilidad, el Derecho ha de actuar ante fenómenos sociales que solicitan de forma, más que notoria, una respuesta jurídica que los ordene.

11.- Bibliografía:

- BARBER CÁRCAMO, R., QUICIOS MOLINA, S., VERDERA SERVER, R., (coord.) *Retos actuales de la filiación*. Tecnos (Grupo Anaya S.A.), Madrid, 2018.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Derecho de Familia*, Bercal, S.A., Madrid, 2018.
- COBACHO GÓMEZ, J. A. (dir.) *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Aranzadi S.A., Navarra, 2007.
- FARNÓS AMORÓS, E., *La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología*, Estudios monográficos, ADC, tomo LXVIII, 2015, fasc. I.
- FULCHIRON, H., GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014)*, Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil nº 3/2015, Aranzadi, 2015, p. 67-108.
- GARCÍA RUBIO, M.P., «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 58, 2018, pp. 143-192.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del art. 234 de la Convención de Nueva York)*, Madrid, Reus, 2019.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *Notas sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos*, LA LEY Derecho de familia nº 9, Wolters Kluwer, 2016.
- LAMN, E., *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, *Rev. Bioética y Derecho* 24, Barcelona, enero 2012.
- LASARTE, C., *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV.*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coord.), *Derecho de Familia*, Edisofer, S.L., Madrid, 2016.
- MARTOS CALABRÚS, M^a. A. (dir.) *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Editorial Comares S.L., Granada, 2018.
- MATIA PORTILLA, F. J., *¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?*, *Revista de Derecho Político* nº 105, mayo-agosto 2019, UNED, p. 81-125.

- MIZRAHI, M. L., “La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica”, XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, en Sevilla de 18 al 22 de octubre de 2004.
- MUÑOZ BENITO, L., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, REDUR 14, diciembre 2016, págs. 219- 256.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Díez-Picazo Ponce de León, L., Bercovitz R., Salvador Coderch, P. (dir.), *Comentario al Código Civil*, I, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- PÉREZ MONGE, M., *Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de estudios Registrales, Madrid, 2002.
- ROCA I TRIAS, E., *Libertad y familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J. (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- Sociedad Española de Fertilidad, *Saber más sobre FERTILIDAD y REPRODUCCIÓN ASISTIDA*, Ministerio de sanidad, política social e igualdad, Madrid, 2012.
- SOLEDAD SEPÚLVEDA, J. P., *Diagnóstico genético preimplantacional: alcances y límites*, *Revista peruana de ginecología y obstetricia*, vol. 58 nº 3, Lima, 2012.
- EL NOTARIO DEL S. XXI (2010): “Las Instrucciones Previas es un documento por el cual una persona manifiesta anticipadamente su voluntad sobre el cuidado y el tratamiento de su salud o, llegado el momento del fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-31?id=1174:el-documento-de-instrucciones-previas-0-0628093425769446> [consulta: 8 de mayo de 2021].

LEGISLACIÓN:

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- 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.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Constitución Española.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

RESOLUCIONES:

- STEDH de 26 de junio de 2014.
- STS 835/2013, de 6 de Febrero de 2014.
- ATS 335/2015, de 2 de febrero de 2015.
- SAP Valencia 826/2011, de 23 de Noviembre de 2011.
- SAP MA 1889/2020, de 24 de junio de 2020.
- Sentencia 193/2010 del Juzgado de Primera Instancia de Valencia nº 15, de 15 septiembre de 2010.
- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.