

Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas

Towards a new model of filiation based on the will in the contemporary societies

Silvia Tamayo Haya
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cantabria

Resumen: Cuando la familia estaba organizada con referencia a la familia nuclear y legítima, una familia fundada en el matrimonio con una fuerte división de los roles del hombre y de la mujer, las nociones de padre y madre, parecían ser suficientes. Se creó así una imagen de la familia “natural” como aquella en la que la pareja conyugal, la progenitora y la parental eran una misma realidad, dando origen a un modelo de parentesco centrado en la sexualidad/procreación y a un tipo de familia, nuclear, monógama y heterosexual. Sin embargo, los cambios en el estatuto de las mujeres, la potenciación de la voluntad individual o la evolución de la legislación y de las tecnologías, traen como consecuencia una desestabilización del modelo genealógico tradicional, lo cual nos lleva a constatar un diverso comportamiento de las personas respecto de la maternidad y paternidad cada vez más ligadas a una decisión voluntaria de asumir tal responsabilidad. La consecuencia es un derecho de filiación autónomo, que ha consagrado un nuevo campo a favor de la autonomía de la voluntad sobre la base de la estructuración del compromiso parental y no sobre la estructuración del modelo familiar.

Abstract: When the family was organized with reference to the nuclear and legitimate family, a family based on marriage with a strong division of the roles between men and women, notions of father and mother seemed to be enough. It was created then an image of the "natural" family as the one in which the married couple, the progenitor and the parental couple, were the same reality; and as a result, there was a model of kinship based on sexuality/procreation, and focused on a unique kind of family: nuclear, monogamous and heterosexual. However, the changes in the status of women, the incentive of individual will or the legislative and technological developments, have made the traditional genealogical model be destabilized, and it can be noticed that there is a different behavior around maternity and paternity, because now decisions are more related to the will of taking on this responsibility. The result is an independent right of filiation, which is built on the autonomous of the will and the parental commitment, and not on the structure of a model of family.

Palabras clave: FILIACIÓN, PATERNIDAD/MATERNIDAD, REPRODUCCIÓN ASISTIDA, MATERNIDAD SUBROGADA, ADOPCIÓN, FAMILIAS RECONSTITUIDAS

Key words: FILIATION, PATERNITY/MATERNITY, ASSISTED REPRODUCTION, SURROGACY, ADOPTION, STEPFAMILIES

Recepción original: 18/04/2013

Aceptación original: 22/04/2013

SUMARIO

I. Introducción

II. La maternidad y la paternidad relacionadas con el hecho volitivo de tener un hijo

II.1. En relación con la paternidad biológica: la libertad de la mujer para decidir su maternidad

II.2. La determinación de la filiación por el uso de las técnicas de reproducción asistida: vuelta a una realidad social

II.3. La maternidad subrogada: primacía de la voluntad en fraude de ley

II.4. La supresión de la verdad biológica: la adopción

II.5. Hacia un nuevo modelo de paternidad social en las familias reconstituidas

III. Consideraciones finales a modo de colofón

I. Introducción.- Cuando la familia estaba organizada con referencia a la familia nuclear y legítima, una familia fundada en el matrimonio con una fuerte división de los roles respectivos del hombre y de la mujer, las nociones de parentesco, de paternidad y de maternidad, de padre y madre, parecían ser suficientes. Se creó así una imagen y representación de la familia "natural" como aquella en la que la pareja conyugal, la progenitora y la parental eran una misma realidad. De acuerdo a este modelo los significados de los términos de parentesco no presentan duda: el padre es el progenitor y el que está casado con la madre; la madre es la progenitora y la que está casada con el padre. Creación cultural, ficción jurídica y legitimación social se aúnan dando origen a un modelo de parentesco centrado en la sexualidad/procreación y a un tipo de familia, nuclear, monógama, heterosexual y, por lo tanto, "natural". Sin embargo, los cambios que han sufrido las estructuras familiares hacen que esta familia biparental sea cuestionada; los cambios en el estatuto de las mujeres, la reivindicación creciente de la voluntad individual o la evolución de la legislación y de las tecnologías,

traen como consecuencia una desestabilización del modelo genealógico tradicional. La identificación entre pareja progenitora, pareja conyugal y parental es contestada por otras realidades como las familias homoparentales, monoparentales por elección y las reconstituidas, resultado entre otros factores, de disociar sexualidad/reproducción, indisolubilidad del matrimonio/divorcio.

Al mismo tiempo, cambian los presupuestos sobre los que tradicionalmente se había apoyado la filiación. Cuestiones como la seguridad de la filiación materna determinada por el parto o la relativa incertidumbre sobre la paternidad que se atribuía jurídicamente a través de mecanismos indiciarios y formales se han visto afectados por los recientes avances en los conocimientos médicos y biológicos, así como por las posibilidades de actuación sobre la reproducción humana.

Sobre esta base, el Derecho va a imponer ciertas distorsiones en la realidad biológica: la causalidad biológica de la procreación no es siempre una razón suficiente para establecer entre ellos un vínculo jurídico de filiación; por lo demás, tal causalidad no es tampoco un elemento necesario para la constitución de una relación de derecho porque aquella es posible que proceda de un acto de voluntad (reconocimiento de complacencia, adopción,...).

Ello no significa que con anterioridad el Derecho se haya fundado exclusivamente sobre verdades biológicas, no porque éstas eran inaccesibles, sino porque ha considerado siempre que filiación y engendramiento son nociones diferentes. Mientras la procreación es un dato puramente “natural”, la filiación y el parentesco son instituciones jurídicas. La voluntad, en consecuencia, no ha estado ausente de la filiación (es claro el ejemplo de la posesión de estado) pero su sentido y función ha evolucionado al punto de modificar el propio concepto de filiación, encaminado hacia la protección de una filiación vivida y jurídicamente instituida frente a la búsqueda de una realidad biológica que la contradice.

Se conforma así la generación como fruto de una elección. Observamos un comportamiento distinto de las personas respecto de la maternidad y paternidad cada vez más ligado a una decisión voluntaria de asumir tal responsabilidad; un planteamiento muy alejado del fatalismo acto biológico (de la unión sexual y posterior procreación). Esto es, la paternidad o maternidad relacionada no ya con la biología sino con el hecho volitivo de tener un hijo; se ha dejado al papel, sino de la voluntad en sentido de acto jurídico, al menos a las iniciativas o comportamientos que tienden a crear o a destruir de hecho un vínculo de parentesco.

Lo cual va a tener su reflejo en el concepto mismo de filiación; en otro momento concebido como el elemento central del estado de las personas y a tal título indisponible, deviene cada vez más dependiente de las intenciones y de las voluntades. Aparece así la idea de una responsabilidad asumida por una elección, voluntaria y no solamente por un imperativo legal.

Al mismo tiempo, la filiación se separa claramente de los valores que antes pretendía garantizar. Durante mucho tiempo, su reglamentación tenía como finalidad la protección de las relaciones sociales: el sistema de parentesco se construía para asegurar la protección de la familia nacida del matrimonio, llamada legítima, en la medida en que ésta, a los ojos del legislador, era garante de orden y de paz. Se preocupaba entonces poco de la verdad biológica o de la verdad afectiva, o incluso de la coincidencia entre las dos, no solo porque la primera era poco controlada, sino porque el objetivo del derecho de la filiación se orientaba hacia la defensa del matrimonio, que constituía la línea de separación de la clasificación de las filiaciones en función del criterio de legitimidad. El interés del niño era nacer y quedar legítimo, y la filiación se construía así pues en función y a favor del matrimonio. Cuando esta concepción cede ante el pluralismo de las parejas y el resultado de las reivindicaciones de la autonomía y ante la necesaria no discriminación de los niños, el derecho de filiación deviene cada vez más autónomo y orientado sobre la voluntad humana.

Es la evolución de las costumbres y los progresos de las ciencias médicas quienes han hecho posible este parentesco voluntario: hombres y mujeres –más allá de su orientación sexual- tienen la posibilidad de elegir su modo de vida y de incluir el deseo de tener un niño en sus aspiraciones individuales o de pareja. De un vínculo institucional exigido por el interés general de la sociedad, se ha pasado a una concepción individual centrada sobre los derechos e intereses particulares de las personas implicadas en las relaciones de filiación. El niño ya no es impuesto, sino deseado, elegido, programado y su nacimiento puede –gracias a la contracepción, al aborto o a las técnicas de reproducción asistida- ser un acto de voluntad.

Todo ello aboca a una reflexión sobre el papel de la ley en relación al papel reconocido a la voluntad individual; algo en principio sorprendente si tenemos en cuenta que esta materia siempre ha estado dominada por el principio de orden público. La pregunta que se plantea es si el tradicional principio de indisponibilidad aún subsiste, teniendo en cuenta el gran número de excepciones de las que es objeto, consecuencia de las crecientes reivindicaciones de la autonomía de la voluntad, tanto en la filiación por

la sangre como en las filiaciones afectivas, como vamos a intentar demostrar a continuación.

Ciertamente, esta evolución que el derecho no puede obviar, no lleva a negar su papel sino que más bien le transforma: el hecho de que la filiación no se trate únicamente de un vínculo individual entre el niño y cada uno de sus autores sino al mismo tiempo un vínculo que inscribe al niño en una familia y en un cierto orden social, exige que el derecho acompañe a la voluntad, con el fin de otorgarla la posibilidad de que se estructure como un vínculo jurídicamente reconocido, produciendo los efectos vinculados al parentesco y asegurando la estabilidad y seguridad de las relaciones.

II. La maternidad y la paternidad relacionadas con el hecho volitivo de tener un hijo

II.1. En relación con la paternidad biológica: la libertad de la mujer para decidir su maternidad.- La trascendencia de la voluntad se manifiesta en primer lugar en relación con la paternidad biológica, resultado normalmente de una decisión previa acerca del número de hijos que se quiere tener y su frecuencia. En este cambio de comportamiento han influido muchos factores, cuya raíz última es la libertad personal, favorecidos por la extensión de los anticonceptivos y la legalización del aborto que han hecho posible la separación entre sexualidad y procreación. La generación ya no es la consecuencia natural del encuentro físico entre un hombre y una mujer. Es más bien el fruto de una elección consciente. La procreación responsable constituye el modo en que las parejas generalmente programan el crecimiento del núcleo familiar.

De esta forma, el control de la procreación, la posibilidad de decidir si y cuando tener hijos, se convirtió en un factor decisivo de transformación de la familia y del papel de la mujer. Si tradicionalmente ésta era definida por la maternidad¹, a partir de los años

¹ La llamada vocación o instinto maternal, que parte de razones biológicas, se entendió como una necesidad y más aún como una norma. De la maternidad como vocación al matrimonio como deber había un paso muy estrecho. La maternidad ha sido algo más que una cuestión biológica. Configurada como un deber social, toda la vida de la mujer había estado condicionada por la eventualidad de ser madre, una vez casada (SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a O., "Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿la familia en crisis?", *Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, 2010, pág. 54).

Es a mediados del siglo pasado cuando la mujer comienza a tomar parte en la esfera pública, tradicionalmente reservada al mundo de los hombres, sin dejar su tradicional rol de ama de casa y criadora de los hijos, con lo cual, se produce una confrontación entre la función de madre y de trabajadora asalariada; la primera comienza a verse como un peligro para la segunda; pero, al mismo tiempo, comienza a exigirse su protección como un verdadero derecho de las mujeres.

Será entonces cuando el movimiento feminista de los años 60-70 se plantee como objetivo conseguir la igualdad y el más alto grado de autonomía personal. Consideran que uno de los grandes obstáculos para alcanzar dicha autonomía es, sin duda, la maternidad. Tenían claro que si la mujer había de liberarse y conseguir la igualdad con los hombres, tenía necesariamente que cortar las ataduras que suponía la maternidad, para cortar también así la

sesenta la libertad impulsa interpretaciones nuevas de los derechos y obligaciones de los cónyuges; y así ocurre tanto en lo concerniente a la libertad sexual como al derecho a decidir sobre su propio cuerpo que se convierten en uno de los baluartes del movimiento feminista (fundamentalmente por lo que se refiere a la legalización del uso de los anticonceptivos o a la decisión de abortar²: los nuevos derechos reproductivos y sexuales tienen por objeto que la mujer controle por completo la fertilidad y tienen como núcleo central el acceso al aborto sin restricciones de ningún tipo, como algo imprescindible para que la mujer pueda ser auténticamente libre).

Pero si es verdad que los anticonceptivos exaltan el factor voluntarístico en la procreación, también lo es que la mujer tiene un preeminente poder de elección, puesto que ponen en sus manos el control de la fecundidad. El mismo aborto puede también ser practicado sin el consentimiento del cónyuge. A esto se añaden los cambios sufridos por la pareja a favor de la igualdad y la autonomía, y con ellos la “caída del *ius in corpus* y del *debitum coniugale*”. La procreación no constituye por tanto el éxito normal o natural de la relación de pareja y del mismo matrimonio, pudiendo ser relegada o excluida. La decisión de tener hijos, que naturalmente entra dentro de aquellas decisiones confiadas al acuerdo de los cónyuges, puede bloquearse por el veto unilateral de uno de los dos. Y es la mujer la que tiene en la mano más instrumentos de decisión³.

vinculación que la unía a la esfera doméstica (Gráficamente los términos “maternidad” y “procreación” se sustituyen en los textos internacionales por el de “trabajo reproductivo” –término acuñado por Carolyn Hannan-, lo cual denota la concepción que se tiene de la maternidad como una carga que la sociedad ha impuesto a la mujer para someterla y recluirla en el ámbito privado y para que no pueda progresar profesionalmente).

No obstante, la definición de los roles de género y familiares continúa haciéndose en función de la naturaleza y el destino biológico de la reproducción de la mujer (MARRADES PUIG, *Luces y sombras del derecho a la maternidad*, Universidad de Valencia, 2002, págs. 36 y ss.). Y en este sentido la legislación franquista supuso un claro retroceso. Ésta se hizo eco del Código Civil de 1889, cuyos principios fundamentales acerca de la familia se sustentaban en la autoridad del varón. La función social de la mujer era, por antonomasia, la maternidad, por eso las aspiraciones al trabajo fuera del ámbito doméstico eran consideradas una seria amenaza para su función biológica (SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O.M^a., *La mujer en José Castán Tobeñas*, 2002, pág. 77). El control de la natalidad constituía, pues, una de las peores pesadillas del régimen. Urgía poner en funcionamiento una campaña pro natalista. Los primeros pasos fueron la penalización del aborto y del uso o publicidad de contraceptivos. Pero tras la muerte del general Franco emerge en España el movimiento feminista que reivindica en contrapartida este derecho de la mujer a controlar su propio cuerpo, a hacer uso de los anticonceptivos y a la posibilidad de abortar.

² VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Reflexiones sobre el Derecho de Familia”, *TEORDER*, nº 2, pág. 83; “La ciudadanía de las mujeres. Una conquista femenina”, pág. 55 (*Género y Derecho*. Luces y sombras en el ordenamiento jurídico español, -coord. M^a S. de la Fuente Núñez de Castro, A. Liñán García-. Centro de ediciones de la Diputación de Málaga, 2008).

³ GILDA FERRANDO, *La filiazione*, en *Il nuovo diritto di famiglia*, v. 3^o, Filiazione e adozione, Zanichelli editore, 2007, pág. 35 y ss.

LAMM, E., “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Civil. Octubre de 2008, pág. 199, justifica este poder de disposición o decisión en manos de la mujer en que en este caso está en juego su integridad física.

Es preciso, por tanto, poner el acento en el reconocimiento de la maternidad como opción personal, superando de forma casi definitiva la idea de la maternidad como función obligada portadora de identidad femenina⁴.

Aún con todo, la CE de 1978 no contempla un derecho expreso a la maternidad/paternidad; únicamente protege a las madres. Lo que no obsta para que algunos autores entiendan que este derecho a tener hijos (entendido como posibilidad de hacer uso de las vías ofrecidas por el legislador), pueda invocarse con base en lo previsto en los textos internacionales⁵ (cuya incorporación a nuestro ordenamiento interno es consecuencia de los arts. 10.2 y 96 de la CE), bien en otros derechos incluidos en el texto constitucional como la libertad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad⁶.

La elección de ser madre implica una proyección del derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad. Se reconoce la total autodisponibilidad de la mujer para ser madre o no serlo, escogiendo a tal efecto las vías admitidas por la ley (vía natural, fecundación artificial, adopción).

Ello supondrá, además, que es un derecho de todas las mujeres (protección integral que la Constitución en su art. 39.2 otorga a todas las madres), independientemente de su estado civil (exista o no el vínculo del matrimonio). Con lo cual, necesariamente hemos de conectar este apartado también con el principio de igualdad: cualquier mujer, sea cual sea su estado civil, que opte por ser madre por cualquier vía legítima que elija, habrá de recibir idéntica protección por parte de los poderes públicos⁷.

En definitiva, pese a que son muchos los intereses que confluyen en el tratamiento de la maternidad, la decisión de ser madre corresponde exclusivamente a la mujer, que ha de tomarla en libertad, y que incumbe al hombre en la medida que es padre. De este modo, el paso del tiempo no ha hecho sino reforzar su posición, cada vez más independiente y más autónoma⁸.

⁴ ALBERDI, ESCARIO y HAIMOVICH, "Actitudes de las mujeres hacia el cambio familiar", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 27, Madrid, 1984, pág. 59.

⁵ Así, el art. 12 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos garantiza el derecho de todo hombre y de toda mujer a fundar una familia (que comprendería el derecho a ser padre o madre).

⁶ MARRADES PUIG, *Luces y sombras del derecho a la maternidad*, Universidad de Valencia, 2002, págs. 21, 72.

⁷ MARRADES PUIG, *Luces y sombras del derecho a la maternidad*, ob. cit., pág. 92.

⁸ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., "Reflexiones sobre el Derecho de Familia", ob. cit., pág. 91.

II.2. La determinación de la filiación por el uso de las técnicas de reproducción asistida: vuelta a una realidad social.- Si la cualidad que durante mucho tiempo calificaba a la mujer era la maternidad, resultaba lógico que todo control de la natalidad se estimara como una desnaturalización del matrimonio y que la ausencia de contacto sexual a la hora de engendrar convirtiera a la inseminación artificial en una desviación del orden natural⁹. De ahí la ilicitud de tal práctica.

Más, en la evolución de la posición jurídica de la mujer en el ámbito del Derecho de familia, supuso un avance fundamental la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida (posteriormente modificada por la L. 45/2003 de 21 de noviembre, así como por la Ley 14/2006 de 26 de mayo –LTRHA-), al admitir en la propia Exposición de Motivos que su aplicación haría posible la gestación en la mujer sola, defendiendo, con fundamento en el derecho a la igualdad, su derecho a fundar una familia procreando con ayuda de estas técnicas¹⁰.

Un sector doctrinal entendió que de este modo se daba prevalencia al derecho a la maternidad o a la procreación, frente al derecho del hijo a integrarse en una relación familiar completa con una figura paterna al lado de la materna, que respondía al modelo más tradicional y, presumiblemente, más favorable para el desarrollo de su personalidad; al tiempo que vedaba al hijo el derecho a investigar su paternidad¹¹. Base sobre la cual se defendía que el uso de estas técnicas debería dirigirse a solucionar

⁹ Son afirmaciones de Castán, Los problemas civiles de la llamada inseminación artificial en los seres humanos, págs. 396-411, que pone de manifiesto SÁNCHEZ MARTÍNEZ, O.Mª., *La mujer en Castán Tobeñas*, ob. cit., pág. 97.

¹⁰ El apartado III del Preámbulo de la Ley señalaba que, “desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”. El derecho de la reproducción humana “tiene su fundamento... en el reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y de la dignidad de la persona como expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes y del libre desarrollo de su personalidad... fundamentos del orden político y la paz social y piezas esenciales del sistema constitucional democrático”.

¹¹ En este sentido DE VERDA y BEAMONTE, “Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)”, *Diario La Ley*, nº 6161, Sección Doctrina, 4 enero 2005, Año XXVI, La Ley 2708/2004, pág. 2: El interés de una mujer a ser madre mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida debe ceder ante el interés superior del hijo a tener un padre y una madre. No se opone a ello el principio constitucional de igualdad, ya que existe una justificación, objetiva y razonable, para negar el acceso a las referidas técnicas a las mujeres que no formen parte de una pareja, matrimonial o extramatrimonial, esto es, favorecer el desarrollo de la personalidad del hijo, que, a su juicio, siempre será más pleno en el seno de una familia con dos progenitores de sexo diverso. No cree que este razonamiento pueda ser desvirtuado mediante el argumento de que a las mujeres solas se les permite adoptar, porque, en el caso de la adopción, se pretende que un niño, ya nacido, tenga, al menos, un progenitor, mientras que, en el caso de las técnicas de reproducción asistida, se trata de crear ad hoc una nueva vida para satisfacer el deseo de maternidad de una mujer no casada o no unida de hecho a un varón: no se trata, pues de buscar una madre para un hijo, sino de buscar un hijo para una madre, lo que justifica que se extremen las precauciones para que el niño que nazca lo haga en una familia lo más adecuada posible, la cual, en mi opinión, no es la monoparental. Además, los hijos concebidos por mujeres solas nacerán, por ley, huérfanos de padre, ya que no podrán conocer la identidad de sus padres biológicos.

problemas de esterilidad en las parejas y no como un medio alternativo a la fecundación¹².

La fecundación de la mujer sola, sin embargo, encontraba argumentos en la propia Exposición de Motivos de la Ley, así como en el informe de la Comisión sobre Inseminación Artificial Humana, el llamado “Informe Palacios”, que precedió a la Ley de 1988 y que lo justificaba en el derecho de la mujer a tener hijos y al amparo de diversos preceptos constitucionales¹³. Además, la puerta a esta posibilidad ya había quedado abierta con la reforma de la ley en materia de adopción por L. 21/1987, de 11 de noviembre, desde el mismo momento en que se concibió ésta como obra de un solo adoptante (art. 175.4)¹⁴.

Ante la evolución continua de la familia no parecía tener sentido que una Ley de este tipo se anclase en exigir problemas de fertilidad en una pareja heterosexual. El propio Tribunal Constitucional llega a afirmar (S. 116/1999 de 17 de junio, -RTC 1999, 116-, FJ 13), tras defender la amplitud de perfiles del concepto constitucional de familia, que la finalidad primera y justificativa de la LTRHA, es precisamente, la de posibilitar la fecundación y, por ende, la *creación o el crecimiento* de la familia como unidad básica y esencial de convivencia. Dado que la existencia de una pareja ya constituye familia, pues, obviamente, lo son, como resalta el propio Tribunal Constitucional, las relaciones sin descendencia, y a ellas se aplica la expresión “crecimiento de la familia”, la “creación” de una a través de la reproducción asistida no puede referirse más que a las mujeres sin pareja que deciden tener un hijo por medio de estas técnicas¹⁵.

¹² VERDERA IZQUIERDO, B., “Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida”, *Actualidad Civil*, nº 10, Quincena el 16 al 31 de mayo 2007, págs.. 4-5 de la edición electrónica.

¹³ Art. 9, 10.1, 18, 39.1,...

Entre quienes se manifestaron más abiertos a la admisibilidad de la procreación asistida de la mujer sola, MONTÉS PENADÉS, El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana, en *La filiación a finales del s. XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Trivium, 1988, págs. 180 y 181; y CÁRCABA FERNÁNDEZ, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona, Bosch, 1995, págs. 131-136). En contra, sin embargo, se mostraron VILA CORO, “La reproducción asistida en la mujer sola”, *RGD*, mayo 1992, págs. 3901-3934, LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, págs. 94 y ss; MORO ALMARAZ, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in Vitro*, Barcelona, Bosch, 1988, págs. 193 y 194: Vid. cita bibliográfica en SALÁS DARROCHA, “Derecho a la reproducción humana”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 7, 2002 (BIB 2002/811).

¹⁴ Sobre estos argumentos vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., “La reproducción asistida en mujeres solas y en pareja homosexual”, 2006, Id. vLex: VLEX-376291, págs. 12 y ss., 21 y ss.

¹⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Dykinson, 2007, págs. 34-35.

Del propio articulado de la Ley así se desprende¹⁶; todo lo cual lleva a afirmar que, en la actualidad, la medicina de la reproducción ha hecho posible tener un hijo cuando la generación es negada por la naturaleza (esterilidad, infertilidad), o por las condiciones personales (mujer sola, pareja lésbica u homosexual, límites de edad,...). Pueden utilizarse estas técnicas con finalidad procreativa tanto por parejas heterosexuales, casadas o no, con problemas para ser padre y madre por vía natural (parejas estériles), como por mujeres sin pareja y sin problemas de fertilidad (sin necesidad de mantener relaciones sexuales con ningún varón) y por parejas, casadas o no, compuestas por dos mujeres que desean hacer realidad su deseo de maternidad. Y ello sin mencionar el hecho de permitir el nacimiento de niños destinados a proporcionar cura a un hermano mayor, o a un tercero, aquejado de determinadas enfermedades, como para proporcionar embriones destinados directamente a la experimentación y la investigación.

En estos casos, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la adopción, la relación paterno-filial no se concibe como una medida de protección de la infancia sino como la realización de la aspiración de ser madre y padre, manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁷. Apartándose de la legislación francesa o italiana¹⁸,

¹⁶ En relación a la utilización de estas técnicas por mujer sola se pronuncia el art. 6: *Toda mujer* (con lo cual podemos entender que no restringe el acceso a estas técnicas a las mujeres casadas o a las que conviven *more uxorio*) podrá ser receptora de las técnicas reguladas en la ley. A mayor abundamiento reitera que podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley “*con independencia de su estado civil y orientación sexual*”. Y finalmente añade que “*Si la mujer estuviere casada*” se precisará además consentimiento de su marido siempre que no esté separada por sentencia firme o sólo de hecho y así conste fehacientemente. Son además diversas las referencias que se efectúan en el texto legal a decisiones adoptadas por mujeres solas (art. 11.5 y 6, en relación con el consentimiento sobre la utilización de los preembriones criopreservados, o art. 13, con la autorización para aplicar técnicas terapéuticas en el preembrión).

¹⁷ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Reflexiones sobre el Derecho de Familia”, ob. cit., pág. 91.

¹⁸ Viceversa, la idea de protección del hijo está presente en el derecho italiano y parcialmente en el francés: Vid. ZURRIARÁIN, R.G., “Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado”, *Cuadernos de Bioética*, v. XXII, nº 75, mayo-agosto 2011 (disponible en <http://www.redalyc.org>), págs. 201 y ss.: La ley italiana 40/2004 manifiesta explícitamente que la procreación médicamente asistida no es un método procreativo alternativo al natural, sino que es el último recurso terapéutico contra la esterilidad. En este sentido, permite únicamente el uso de gametos de la pareja, excluyendo donantes. Limita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a parejas de distinto sexo, estables, casadas o uniones de hecho, mayores de edad y en edad “potencialmente fértil”. Ambos miembros de la pareja deben estar vivos (art. 5). Además, la paternidad legal se corresponde con la biológica, en cuanto no autoriza la reproducción artificial heteróloga (art. 4.3) por lo que la mujer sólo podrá ser fecundada con gametos de su marido, debiendo ambos cónyuges prestar su consentimiento. Ello ha llevado a algún autor a tildar la ley italiana de inconstitucional (Vid. CORTI, I., La procreazione assistita, en *Il nuovo diritto di famiglia*, v. 3º, Filiazione e adozione, Zanichelli editore, 2007, pág. 504, en cuanto choca con derechos fundamentales como el derecho a la procreación (art. 2 Const.), el derecho a la libertad personal (art. 13 Const.) o el derecho a la salud (art. 32 Const.). Y es propiamente este último perfil el que merece posterior consideración. La ley consintiendo el recurso a las técnicas procreativas al solo fin de favorecer la solución de problemas derivados de la esterilidad o de la infertilidad opera en el ámbito del derecho a la salud. Éste se configura como un derecho fundamental que el ordenamiento reconoce a toda persona independientemente de pertenecer a determinadas categorías jurídicas o sociales, como el estar o no casado, vivir solo o en pareja, ser o no heterosexual: prohibir a la mujer sola y estéril el acceso a algunos métodos terapéuticos sobre la base de sus condiciones personales refuerza aquella duda de inconstitucionalidad). El 12-13 de junio de 2005 se celebró un referéndum en Italia como consulta sobre la posibilidad de la abrogación de esta Ley, pero no se consiguieron los

la idea de protección al hijo concebido artificialmente se sustituye totalmente por una visión exclusivamente individualista, en la que se configura un verdadero “derecho a la maternidad”¹⁹. La ley española ha dejado de ser un remedio para la esterilidad para convertirse en expresión de la defensa de los intereses de la madre hasta el punto de configurar un nuevo derecho subjetivo: el derecho de la mujer a la reproducción (sola, casada, homóloga, heteróloga, post-mortem, homosexual, de una madre casada con otra de la que recibe los óvulos, la inseminación de las dos mujeres con semen del mismo donante), para algunos, en detrimento de la protección del hijo concebido artificialmente²⁰.

votos necesarios para que el resultado fuera vinculante. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 151/2009, de 8 de mayo, declaró inconstitucional una parte de dicho precepto y anuló la obligación de una única transferencia, así como la prohibición de producir un máximo de tres embriones por ciclo. Sentencia que no afectó a la prohibición de la fecundación heteróloga. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha cuestionado la prohibición de la fecundación heteróloga, el 1 de abril de 2010, al resolver S.H. y otros c. Austria. El Tribunal condena a Austria por la prohibición de la fecundación heteróloga (La Corte concluyó que no existe consenso suficiente entre los Estados miembros para concluir que la donación de óvulos y esperma para los procedimientos in-vitro deba estar permitida y que en ambos casos la intervención es conforme con la Convención. Sin embargo, llamó la atención del legislador de Austria para que revise su legislación acorde con los avances científicos y sociales en esta materia). Esta Sentencia del TEDH puede ser un precedente ante una posible demanda contra Italia.

Por su parte, en Francia, este tipo de técnicas tiene por objeto remediar la infertilidad cuyo carácter patológico haya sido médicamente diagnosticado, o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja una enfermedad de particular gravedad (art. 2141-2 C. de Salud Pública en redacción dada por la L. 2004-800, de 6 de agosto, relativa a la Bioética). Al igual que en la legislación italiana, también se prohíbe la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida por una mujer sola. Se exige el consentimiento de ambos convivientes. Se permite la fecundación asistida sólo a las parejas casadas o que convivan establemente. No se permite la fecundación post-mortem, ni la gestación por sustitución o maternidad subrogada (art. 16-7 CC). Sin embargo, a diferencia de la legislación italiana se autoriza la fecundación heteróloga (art. 2141-3) pero no podrá establecerse ninguna relación de filiación entre el niño nacido por este tipo de fecundación y el demandante de los gametos (art. 311-19 CC).

Ahondando en las restricciones al empleo de estas técnicas, en Suecia, el art. 2 de la Ley 1140:1984 exige la estabilidad de la pareja, aunque se incluyen desde 2005 las parejas de lesbianas. En Austria el & 2.1 de la Ley federal que regula la fecundación médicamente asistida de 4 de junio de 1992, sólo permite su aplicación en matrimonios y parejas de hecho de distinto sexo. Y en Noruega sólo se admite su práctica en mujer casada o que conviva con un hombre en una relación estable equiparable al matrimonio (art. 2.2 de la Ley nº 56, de 5 de agosto de 1994, sobre las aplicaciones biotecnológicas en medicina).

Por el contrario, la existencia de pareja no es exigida por la Human Fertilisation&Embryology Act 1990 inglesa: ésta permite acceder a las técnicas de reproducción asistida a toda mujer, casada, en concubinato, de orientación homosexual o soltera. No obstante, la denegación de reconocimiento de los vínculos genéticos entre un niño y su padre no es absoluto sino que una reforma reciente ha suprimido el anonimato del donante de esperma por lo que se refiere a las donaciones efectuadas a partir de abril de 2005.

En la práctica también en Bélgica y Holanda se admite el uso de las técnicas de reproducción asistida por parte de mujeres solas. Y, como antes decíamos, desde el 1 de julio de 2005 en Suecia, las parejas lésbicas tienen acceso a la reproducción asistida.

¹⁹ Este derecho no sólo se consagra en el marco de las técnicas de reproducción asistida sino que parece igualmente haberse consagrado con carácter general en cuanto a la mujer en la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo art. 3.2 declara que “se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida”.

²⁰ Ello lleva a una parte de la doctrina a afirmar que es indispensable un nuevo marco jurídico en materia de reproducción asistida que sea plasmación de esa sensibilidad por el débil que debe caracterizar al Derecho y en el que al hijo se le otorgue el papel rector que como sujeto principal digno de protección, le corresponde (ZURRIARÁIN, G., “Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado”, ob. cit., pág. 213; BARBER CÁRCAMO, Reproducción asistida y determinación de la filiación, ob. cit., pág. 37). Son precisamente los intereses de los hijos los que, en muchos casos, justifican la negativa a la práctica de la reproducción asistida (Así la STEDH 18 abril 2006 -Dickson contra Reino Unido- -TEDH 2006/31- considerado inexistente la vulneración del derecho a la vida familiar por negar el acceso a técnicas de reproducción asistida a un condenado por asesinato, con fundamento en la confianza en el sistema penitenciario y el bienestar del hijo, que carecería de recursos materiales y de figura paterna en un período prolongado de su infancia).

Satisface incluso la aspiración de la viuda o conviviente superviviente de ser madre, utilizando los gametos de su marido o compañero premuerto (fecundación *post mortem*), cuestión muy discutida en el ámbito del Derecho Comparado²¹, en la medida en que provoca el nacimiento de niños huérfanos de padre. El problema que se ha planteado en este punto es el de la determinación de la filiación materna si el marido fallece durante el ciclo de fecundación: el momento para dicha fijación será el de la inseminación²², de tal modo que, si el marido fallece antes de que su material reproductor se halle en el útero de la mujer, si aun así se continuara con la utilización de las técnicas de reproducción asistida no podrá atribuírsele la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica entre el fallecido y el hijo.

No obstante, puede otorgar su consentimiento para fecundar a la mujer en los 12 meses siguientes a su fallecimiento, produciéndose entonces los efectos legales de la filiación matrimonial²³. Esta posibilidad también podrá utilizarse por el miembro masculino de una pareja de hecho. El consentimiento será revocable en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. La LTRHA establece como novedad la presunción de ese consentimiento en caso de que 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. En cambio, en los supuestos de parejas *more uxorio* tal presunción habrá de considerarse inexistente. En estos casos la doctrina discute acerca del carácter matrimonial del nacido. Si bien

²¹ Niegan esta posibilidad la Ley sueca 1984:1140 (art. 2), la Ley italiana de 19 de febrero de 2004, n° 40 (art. 5), Code Civil francés (art. 311-20),...

También parte de nuestra doctrina se muestra contraria: vid. sobre el tema JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, ed. Reus, 2012, pág. 94.

²² FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Mujer y Derecho civil. *El tratamiento del género en el ordenamiento español*, coord. A. Palomar, 2005, pág. 307.

²³ La ausencia del consentimiento de varón a la fecundación *post mortem* no puede ser suplido por la vía de la autorización judicial para satisfacer las aspiraciones de la mujer de tener un hijo de su marido o conviviente premuerto. El Auto de la AP de la Coruña de 3 de noviembre de 2001 revocó el auto recurrido, que había permitido la inseminación de una mujer viuda con gametos de su marido, el cual no había prestado el consentimiento a la fecundación *post mortem*, con el argumento, contrario al claro tenor de la Ley, de que dicho consentimiento no se requería para la utilización de los gametos del marido, sino exclusivamente, para la determinación de la filiación matrimonial del hijo que naciera. Frente a ello, con buen criterio, la Audiencia sostiene que del tenor literal del art. 9 de la L. 35/1988, de 22 noviembre, no se deduce tal interpretación, sino que precisamente exige el consentimiento exteriorizado para que tal material orgánico pueda ser utilizado, y es entonces y sólo entonces, además, cuando la filiación queda determinada como consecuencia del mismo.

En tal caso, para salvaguardar los intereses de terceros y la situación de pendencia de su expectativa hereditaria durante doce meses, a la espera de si la viuda se decide o no a someterse a la fecundación *post mortem*, se podrían aplicar las medidas precautorias previstas para el caso de que la viuda se quede en cinta establecidas en los arts. 959-967 CC dada la similitud de los dos supuestos: procreación natural y fecundación *post mortem* (Vid. sobre el tema GÁMIZ SANFELIU, "Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida", *Actualidad Civil*, n° 10, Quincena del 16 al 31 de mayo 2009, pág. 18 de la versión electrónica; PÉREZ MONGE, Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida, en *Los 25 temas mas frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Dykinson, 2011, pág. 65).

parece lo más oportuno considerar que será matrimonial en cuanto que es hijo del marido y se consintió, lo que permite hablar de un proyecto parental constante el matrimonio.

Con todo, podemos decir que existe un derecho a procrear. Toda mujer puede acceder a la maternidad en solitario, a través de las técnicas de reproducción asistida, con el propósito de formar una familia monoparental; lo cual ha favorecido la aparición de niños sin padre legal y privados del derecho constitucional a la investigación de la paternidad, bien porque son hijos de mujer soltera o de dos mujeres (se abre así la puerta a la filiación homosexual y la doble maternidad). En estos supuestos, únicamente quedará determinada la filiación materna, dada la falta de toda relación jurídica del hijo con el donante²⁴.

En cualquier caso, se mantiene el principio clásico de determinación de la filiación materna a través del parto. En este sentido, como a continuación veremos, el art. 10 prohíbe la nueva figura de la maternidad subrogada, al imputar a la mujer gestante la maternidad del hijo. Por tanto, esa mujer a la que se atribuye el derecho a procrear necesariamente ha de haber gestado y alumbrado por sí misma al hijo; es decir, ha de tener la condición de madre biológica (gestante), incluso cuando, debido a su eventual esterilidad, pueda haber intervenido en el proceso una tercera mujer que haya aportado el óvulo y ocupe el papel de madre genética de la criatura.

Verdad genética y afectiva se disocian y a la hora de constatar como se cohesionan biología y voluntad en la determinación legal de la maternidad/paternidad, resultará esencial el consentimiento informado que han de prestar todos los que intervengan, particularmente las mujeres que se someten a estas técnicas y los terceros donantes²⁵. En el campo de la reproducción humana las condiciones del consentimiento y el nivel de información a suministrar son extraordinariamente rigurosos.

Respecto a la mujer se ha de proceder previa aceptación libre, consciente y expresa de ésta, una vez haya sido informada de sus posibilidades de éxito y de las condiciones de dicha aplicación (arts. 3 y 6). Pero igualmente, si estuviere casada, necesitará el consentimiento -con idénticos requisitos- del marido, a menos que

²⁴ El niño legalmente no tiene padre porque, según la ley, el donante no es un padre sino “el lugar” donde se ha producido el material genético. “No es que su padre no lo quiera reconocer, es que, legalmente, no tiene padre, y no se le permite buscarlo, ni conocerlo, ni relacionarse con él en manera alguna” (Lacalle).

²⁵ LAMM, “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, ob. cit., pág. 28, sitúa el principal fundamento de este consentimiento en la libertad reproductiva, entendida como una manifestación más o como uno de los aspectos del libre desarrollo de la personalidad y de la libertad general del art. 1.1 CE.

estuvieran separados legalmente o de hecho (art. 6.3). La filiación paterna viene, por tanto, determinada por el otorgamiento de consentimiento en la utilización de gametos de un donante. De otorgar el marido consentimiento, se entienden como padres, éste y la mujer gestante, con ruptura de todo vínculo filiativo entre el hijo y el donante. En cambio, si el marido no hubiera consentido a la fecundación artificial heteróloga (con semen de donante), claramente no tendrá vínculo alguno con el hijo que nazca, al no aparecer ninguno de los elementos –genético o volitivo- que permiten hablar de paternidad, y por tanto el hijo será extramatrimonial y vinculado únicamente a la madre.

Ahora bien, dicho consentimiento no atribuye la paternidad: ésta se determina por los cauces habituales, esto es, por los establecidos en el Código Civil, en atención a la condición de casada o soltera de la madre²⁶:

Si es casada, la presunción de paternidad del marido le determina como padre; el consentimiento del varón exclusivamente tiene como sentido la presunción de paternidad fundada en el matrimonio y no en la existencia de un vínculo afectivo estable con la receptora²⁷. Presunción que no se aplica a las parejas homosexuales casadas, por lo que sería conveniente prever directamente el consentimiento como el título que determina la filiación y regularlo de manera uniforme para todos los casos²⁸.

Si no está casada, el medio habitual de atribución de la paternidad es el reconocimiento del padre, que obviamente podrá realizar libremente.

²⁶ Sobre estas cuestiones PÉREZ MONGE, Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida, ob. cit., pág. 586 y ss.; BERROCAL LANZAROT, “Análisis de la nueva ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Una primera aproximación a su contenido”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, enero 2007, págs. 53-4; LAMM, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, enero 2012, pág. 82; ZURRIARÁIN, R.G., “Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado”, ob. cit., pág. 210.

²⁷ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *Mujer y Derecho civil*, ob. cit., pág. 306.

²⁸ Si esto es así y el consentimiento del consorte cumple la función básica de aceptar el futuro hijo como suyo y como nacido dentro del matrimonio, con las consecuencias personales y patrimoniales que lleva consigo y con la voluntad de ambos cónyuges, lo lógico hubiera sido que la ley hubiera ampliado expresamente a todo cónyuge (el de la mujer), la necesidad de tal consentimiento (TOMÁS MARTÍNEZ, G., “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, *Actualidad Civil*, nº 7, Quincena del 1 al 15 abr. 2010, pág. 748, t. 1, Editorial La Ley 1796/2010, pág. 4 (edición electrónica).

Esto es lo que sucedió en Cataluña. El CCCat consolida la posibilidad de consentir las TRA por parte del hombre o la mujer, casado o no con la madre. El preámbulo de la ley 25/2010, que reforma el libro segundo del CCCat, relativo a la persona y la familia explica que “Como la posibilidad de que la maternidad de la esposa o compañera que consiente la fecundación asistida de la que será la madre biológica se determine directamente afecta a los medios de determinación de la filiación, ha sido preciso añadir el consentimiento para la procreación asistida a la lista de títulos de atribución de la filiación”. De esta manera, el nuevo art. 235-3 relativo a la “Determinación” establece: “La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre”. Además, el CCCat. en los arts. 235-8 y 235-13 confiere el mismo tratamiento y demanda los mismos requisitos para todo hombre o mujer, con independencia de su estado civil. No distingue entre parejas casadas o no, ni entre heterosexuales u homosexuales. Todos pueden consentir en documento sanitario o en documento público.

¿Qué añade entonces el expuesto consentimiento previo a la práctica de las TRHA?.

En el primer caso –filiación matrimonial-, la imposibilidad de impugnar una filiación que no es conforme con la verdad biológica (art. 8.1). El consentimiento no es un título de atribución de la paternidad, pero sí determinante para la filiación del hijo puesto que añade la imposibilidad de impugnar (tanto la mujer como el marido) una filiación que no es conforme a la verdad biológica. Es propiamente la referencia al principio de responsabilidad lo que ha permitido considerar inadmisibles la acción de desconocimiento propuesta por el padre que había dado su propio consentimiento a la inseminación de la mujer con semen de donante. Quien, con su consentimiento, ha asumido la responsabilidad de hacer nacer un hijo no puede después volver sobre las propias decisiones, sosteniendo no ser genéticamente el padre²⁹. Imposibilidad, por tanto, para el hombre que ha dado su consentimiento a la inseminación heteróloga, de desconocer al hijo nacido tras dicha práctica. El consentimiento blindará la posibilidad de impugnar (art. 8.1)³⁰.

En el segundo, al no existir presunción legal de paternidad, la posibilidad de que, a falta de reconocimiento, sirva como escrito indubitado a efectos de determinar la filiación por la vía del expediente gubernativo (art. 8.2) y si éste deviene contencioso, a través de una acción de reclamación. Que, lógicamente, no será la contemplada en el Código dirigida a poner de manifiesto la verdad biológica, sino otra distinta, cuya pretensión vendrá basada en dicho consentimiento³¹.

²⁹ GILDA FERRANDO, La filiazione, ob. cit., pág. 37. Y en igual sentido MANTOVANI, M., I fondamenti della filiazione, La filiazione legittima, en *Trattato di Diritto di Famiglia* (Zatti, dir.), vol. II, Milano, 2002, Giuffrè, pág. 239: El interés del menor lleva a la irrevocabilidad del consentimiento del marido y la consiguiente inadmisibilidad de la acción de negación de la paternidad que privaría al nacido del estatus de hijo legítimo.

³⁰ ZURRIARÁIN, R.G., “Técnicas de reproducción humana asistida”, ob. cit., pág. 210; LAMM, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, ob. cit., pág. 87.

³¹ BARBER CÁRCAMO, Reproducción asistida y determinación de la filiación, ob. cit., pág. 31; ZURRIARÁIN, R.G., Técnicas de reproducción humana asistida, ob. cit., pág. 210.

Tampoco en estos casos el consentimiento para someterse a las TRA constituye un título nuevo de determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial (FARNÓS AMORÓS, Tesis doctoral *Ruptura del projecte parental i disposició dels preembrións* –<http://www.tesisenred.net/TESISUPF/AVAILABLE/TDX-0902110-085844/tef.pdf>). Actualmente, en la práctica, generalmente se recurre al reconocimiento (art. 120.1 CC). No obstante, como decíamos, en Cataluña no es necesario el reconocimiento, debido a que se añadió el consentimiento para la procreación asistida a la lista de títulos de atribución de la filiación.

En Inglaterra se ha recurrido al instrumento de la presunción absoluta en la hipótesis en que el hombre, que ha dado el consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida, no sea el marido de la madre. En Francia, en su lugar, la coherente aplicación del sistema de reconocimiento ha llevado a situar el nacimiento de la relación de filiación en el acto unilateral de reconocimiento por parte del compañero que ha consentido a la inseminación: su eventual rechazo, sin embargo, no está privado de consecuencias jurídicas, en cuanto comporta, en primer lugar, la obligación de resarcimiento de los daños que eventualmente se derivan para la madre y el niño y el comienzo del

En suma, nos encontramos con dos supuestos en los que la biología cede terreno ante el papel determinante que se concede a la voluntad: 1) Cuando las técnicas se emplean en mujer casada usando semen de donante, con consentimiento de su marido (8.1, 8.3): Si media consentimiento del marido, el nacido es considerado legalmente hijo suyo aunque la fecundación haya tenido lugar con semen de donante; esto es así por la combinación de la presunción legal de paternidad y la prohibición de impugnar la paternidad. La filiación paterna se funda no en la biología sino exclusivamente en el consentimiento prestado por el marido. 2) Cuando las técnicas se emplean en mujer no casada usando semen de donante, con consentimiento del varón que va a asumir la paternidad, aunque sin necesidad de que entre la mujer fecundada y el varón haya relación de afectividad. El consentimiento prestado por el varón no casado a la fecundación, antes de la realización de las técnicas permite solicitar la inscripción del nacido a consecuencia de dichas técnicas como hijo (no matrimonial) a través del expediente gubernativo regulado en el art. 49 LRC. En este caso el único fundamento de esa paternidad es la voluntad del varón que consiente.

La LTRHA resuelve la cuestión de la paternidad volviendo al criterio de atribución de la paternidad formal, ensalzando la importancia de la relación socio-afectiva, reforzada dicha situación familiar por la posesión de estado constante de padre; es una paternidad derivada de haber aceptado previamente la realización de tales técnicas. Prevalece, por tanto, el criterio formal (consentimiento) sobre el material (genético)³². Hasta el punto de que las mismas leyes prevén la posibilidad de revocarlo hasta el momento de la implantación. Esto significa que aunque inicialmente haya estado presente esa voluntad, ésta puede revocarse hasta tanto no se implante el embrión, y si así sucede, entonces hay que tener en cuenta esta falta de voluntad, no pudiendo imponerse la paternidad³³.

procedimiento para la declaración judicial de su paternidad (art. 311-20.3º y 4º Code Civil): DIURNI, La filiazione nel quadro europeo, ob. cit., pág. 65.

³² La importancia de la voluntad en las técnicas de reproducción asistida es analizada por RIVERO HERNÁNDEZ, La investigación de la mera relación biológica..., págs. 158-159, 170; ROCA TRÍAS, E., Filiación asistida y protección de Derechos Fundamentales, pág. 3 (El principio realista cede ante el voluntarista. El resultado buscado no es sino la estabilización de la familia sobre la base de la voluntad expresamente manifestada).

En cualquier caso, como matiza BARBER CÁRCAMO, Reproducción asistida y determinación de la filiación, ob. cit., pág. 29, esta introducción de la voluntad como criterio determinante para la atribución de la filiación es excepcional en nuestro sistema, y no cabe su aplicación analógica cuando entre los progenitores media relación sexual. Por ello afirma que el consentimiento a la práctica de técnicas de reproducción asistida se equipara al dato biológico: mediando relación sexual, la existencia o no de consentimiento para la fecundación es irrelevante. Vid. en este sentido la SAP Palencia 20 enero 2008 (JUR 2008/318329), que desestima la oposición del varón a la acción de reclamación de la filiación con semejante fundamento.

³³ Así, en el caso Evans c. Reino Unido el TEDH dio preponderancia a esa falta de voluntad y se basó en las condiciones del consentimiento previamente prestado y en la posibilidad de revocarlo hasta el momento de la

No obstante, a estos dos supuestos deberíamos añadir un tercero en el que, nuevamente, se excluye totalmente la base biológica en materia de filiación. Nos referimos a los matrimonios lésbicos que acuden a la reproducción humana asistida por medio de donantes anónimos. Se cuestionó entonces si era posible determinar la filiación matrimonial de ambas madres por naturaleza o si por el contrario la mujer consorte de la que había usado las técnicas de reproducción asistida debía acudir a la adopción para que procediera inscribir, por lo que a ella se refiere, la filiación matrimonial.

Las dudas interpretativas a que daba lugar el vacío normativo obligaron al legislador a dar una respuesta al tema. En este sentido dio un paso adelante la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas que en su Disposición Adicional Primera añadió un apartado 3 al art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que queda redactado de la siguiente manera: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. Por tanto, en España, el reconocimiento de la igualdad del matrimonio homosexual con el heterosexual se ha traducido en el establecimiento del mismo régimen de filiación para el cónyuge-varón que para el cónyuge-mujer en los casos en que el contrayente haya tenido un hijo/a por el método de reproducción asistida.

Para que se determine esta filiación a favor de la mujer cónyuge de la futura madre, será necesario que aquella manifieste ante el Encargado del Registro Civil³⁴ del domicilio conyugal que consiente se determine a su favor la filiación del hijo que nazca fruto de la reproducción asistida. Sin este trámite parecería que el nacido sólo ostentaría la filiación materna de la madre biológica pero no la de la consorte de ésta, que estaría entonces avocada a la adopción para que se considerase que el hijo fuera legalmente suyo.

implantación; y consideró que el interés de no reproducirse es preferente, aun en el caso de que la parte que reclama los embriones carezca de otros medios para convertirse en padre y/o madre genético: Vid. sobre el tema LAMM, “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, ob. cit., pág. 203.

³⁴ Nada dice respecto de la inscripción de los nacidos mediante TRA la Ley 20/2011, del Registro Civil (BOE nº 175, de 22 de julio), ni tan siquiera hace referencia a la posibilidad de inscripción de la doble filiación materna al que se refiere este art. 7.3 LTRHA. Aunque el nuevo art. 49, al regular el orden de los apellidos, emplea los términos neutros “progenitores” y “padres”.

Este precepto permite, como si se tratase de una condición, la filiación natural del hijo a favor de dos mujeres casadas –cónyuge-mujer y madre biológica-. Así lo ha reconocido expresamente la DGRN en la R. de 18 de febrero de 2009 (La Ley 15366/2009). Se admite por esta vía una doble maternidad legal³⁵ reconociéndose efectos jurídicos a ese consentimiento en materia de filiación, a la vez que se rompe con la clásica regla de la determinación de la maternidad por el parto, consagrada en la expresión latina *mater semper certaest*. Ciertamente, una vez admitida una doble maternidad a través de la adopción por la pareja del hijo que la otra mujer ha alumbrado tras la utilización de las técnicas de reproducción asistida y reconocido el matrimonio entre personas del mismo sexo, parece lógico admitir esta doble maternidad sin necesidad de recurrir a la adopción³⁶. Resulta por tanto loable el cambio legal introducido en materia de filiación por esta Ley dando así forma a esta doble maternidad por naturaleza nacida de la reproducción asistida, ámbito donde, al igual que en materia de adopción, la filiación es más un concepto jurídico que natural³⁷.

³⁵ Se dan presunciones de comaternidad en el derecho de Québec. En este Derecho se permite el establecimiento de un vínculo de filiación entre un niño y dos personas del mismo sexo, precisando el art. 115 Code Civil que “la declaración de nacimiento enuncia (...) el apellido del padre y madre (...); cuando los padres son del mismo sexo, se designan como los padres o madres del niño según el caso. En la hipótesis de una reproducción médicamente asistida en el seno de una pareja casada o en una unión civil, el art. 538-3 enuncia que el niño tiene como otro padre al cónyuge de la mujer que le ha dado el nacimiento, mientras que el art. 539.1 precisa que cuando los padres son los dos de sexo femenino, los derechos y obligaciones que la ley atribuye al padre (allá donde estos se distinguen de estos de la madre) se atribuyen a aquella de las dos madres que no ha dado nacimiento al niño. La ley de Québec de 24 junio 2002 crea así una comaternidad de origen, inspirada en la presunción de paternidad aplicable en el matrimonio o en la unión civil de personas de sexo diferentes (Vid. GALLUS, N., *Le droit de la filiation*, ob. cit., pág. 408).

La determinación de la filiación de la segunda mujer sobre la base del consentimiento previamente prestado ha sido igualmente adoptada en el Reino Unido (art. 43 y 44 de la HFEA), Bélgica (*Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*); Suecia (ley SFS 2005:434); Noruega (Ley sobre el uso médico de la biotecnología); Islandia (*Acton Artificial Fertilisation and us of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research*); Australia (AUST J. FAM. LAW 160 (2009));... (LAMM, “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, ob. cit., pág. 84, nota 37, pág. 167).

Por su parte, en Holanda, aunque el legislador no ha establecido la filiación por naturaleza en los matrimonios lésbicos, sí que ha acercado la situación de la cónyuge-mujer a la del cónyuge-hombre a través de flexibilizar las condiciones para la adopción. Además en la práctica de los tribunales holandeses, los procesos de adopción se resuelven a favor de las cónyuges-mujer en un período relativamente corto –a veces dentro de unas semanas- sin que éstas necesiten personarse ante el juez en la gran mayoría de los casos.

³⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, ob. cit., pág. 35.

Esta medida también se alienaría con la posibilidad de determinar la doble filiación a favor de las parejas homosexuales, admitida desde la entrada en vigor de la L. 13/2005, del matrimonio homosexual, con el reconocimiento de la adopción conjunta por los cónyuges homosexuales y, en especial, desde la opción que ofrecen CCAA como Cataluña, País Vasco y Navarra a los convivientes homosexuales, a fin de determinar la doble filiación por la vía de la adopción conjunta: FARNÓS AMORÓS, E., “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos”. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, mayo 2011, págs. 153-181.

³⁷ La R. de 14 de octubre de 2009 afirma que el art. 7.3 no altera el principio de unidad de la maternidad que consagra el ordenamiento.

Algún autor, sin embargo, ha negado que pueda existir una doble maternidad por naturaleza con base en que la doble maternidad legal parte de un imposible biológico que impide hablar de filiación natural (NANCLARES VALLE, “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *Aranzadi Civil*, 2008, v. I, págs. 2265-2270). Y

Sorprende, no obstante, que a pesar de que el art. 44.2 CC reconoce al matrimonio homosexual los mismos requisitos y efectos que al que se celebra entre personas de distinto sexo, bajo la premisa de la equiparación de uno y otro, lo cierto es que a través de esta manifestación se impone un trato diferente al cónyuge de sexo femenino respecto al de sexo masculino con referencia a los hijos nacidos de la misma manera, es decir, por técnicas de reproducción asistida utilizando material genético ajeno al matrimonio (fecundación heteróloga). El legislador establece trabas a la filiación por naturaleza al exigirle a la cónyuge-mujer un consentimiento ante el Registro Civil que no es exigido al cónyuge-varón. Al marido, sin perjuicio de que la filiación quedará inicialmente determinada por el juego de la presunción de paternidad, se le exige que consienta con carácter previo a la aplicación de la técnica de reproducción asistida sobre su esposa en el mismo documento sanitario (art. 6.3), mientras que si el cónyuge es de sexo femenino no se exige que consienta antes, sino que manifieste el consentimiento después y en sede judicial, ante el Encargado del Registro Civil (art. 7.3). En la misma situación fáctica, la ley está exigiendo una carga adicional dado que si desea que el hijo sea considerado suyo por naturaleza y nacido dentro del matrimonio, necesitará acudir personalmente al Registro Civil y prestar consentimiento ante el Encargado del mismo y antes del nacimiento. Declaración de voluntad que parece funcionar como *conditio iuris*. Si la mujer-cónyuge no cumple con tal requisito, la filiación por naturaleza no es posible, y el cónyuge-mujer tiene que tomar la vía de la adopción. Esto lleva a entender a una parte de la doctrina que podría incluso ser calificado de discriminatorio por razón de sexo (art. 14 CE), salvo que hubiera una causa lógica y razonable en la que descansa su razón de ser, que no se ve en este caso³⁸.

en igual sentido IGLESIA MONJE, M^a I., *Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas*, en Homenaje al prof. Manuel Cuadrado Iglesias, Thomson Civitas, 2008, t. 1, pág. 482: El cambio legislativo no amplía la unicidad de la maternidad... La compañera o cónyuge de la madre gestante será madre, a su vez, no por naturaleza donde obviamente la maternidad es única, sino por la obtención a posteriori de dicha determinación de la filiación a su favor por el encargado del Registro Civil y también por la adopción. Desde una perspectiva biológica sólo existe una paternidad genética (independientemente de que el semen sea del exmarido, excompañero, continúe vivo o haya sido la fecundación post mortem), pero la maternidad puede dissociarse, pues existe una maternidad biológica plena, cuando la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo, frente a otra en que son distintas las personas que aportan los óvulos (maternidad genética) o la gestación (maternidad de gestación), independiente de que exista además otra madre que sería la compañera o mujer de la gestante. pág. 484: Se introduce una ficción legal: una segunda maternidad añadida (no sustitutiva).

³⁸ Pone de manifiesto esta disintonía IGLESIAS MONJE, M^a I., *Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el supuesto de matrimonio de parejas homosexuales femeninas*, ob. cit., págs. 482, 485; TOMÁS MARTÍNEZ, G., "El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial...", ob. cit., pág. 4 (edición electrónica).

Adviértase por lo demás que limita el ámbito de aplicación a la mujer casada quedando, por consiguiente, excluidas las parejas de hecho integradas por mujeres. Con ello se establece una distinción no justificada entre las parejas de hecho y el matrimonio ya que en ambos casos estaríamos ante un medio de determinación de origen puramente legal y basado en la voluntad de quien aspira a ser madre. Ello en cierto sentido discrimina frente al compañero estable de la mujer que ha dado su consentimiento a la inseminación artificial con su semen o el de un tercero. Con lo cual su constitucionalidad se hace dudosa y resulta previsible que se aplique analógicamente al supuesto de mujeres que convivan “*more uxorio*”³⁹. Si en las parejas heterosexuales no casadas el consentimiento vale como reconocimiento sobre la base del principio de buena fe y de no contravenir los propios actos, parece lógico que de igual forma suceda en el supuesto de una pareja compuesta por dos mujeres.

Es por lo que se propone de *lege ferenda* que pueda admitirse no sólo a favor de la cónyuge no gestante, sino también, a favor de la conviviente *more uxorio*, por estimar que se trata, simplemente de una cuestión de interpretación extensiva. Ello se fundamenta en el interés superior del menor y en la voluntad de la mujer de asumir una maternidad que, con toda probabilidad, ya esté ejerciendo y de la que exista un reconocimiento fáctico (así en la SAP Toledo 22 abril 2008 reconociendo a la pareja *more uxorio* un amplio derecho de visitas tras su ruptura).

Por el momento, sin embargo, el mecanismo de la adopción quedará en todo caso subsistente para los supuestos de parejas de hecho homosexuales, ya que los términos concretos de la ley sólo se refieren al cónyuge⁴⁰.

³⁹ Así se especifica en el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia: capítulo V: La maternidad derivada del mero consentimiento para la procreación asistida de su esposa o compañera no es una maternidad biológica, por naturaleza, sino una relación jurídica puramente legal. Sin embargo, eso no es ninguna novedad en el ordenamiento jurídico catalán. Se da en la paternidad del hombre, casado o no que presta el consentimiento para la procreación asistida de su esposa o pareja estable. Por este motivo, se ha creído oportuno no incorporar una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación y se ha optado por *asimilarla, en cuanto al tratamiento legal*, a la paternidad del hombre que consiente la fecundación asistida, dado que en ambas el título de atribución es el consentimiento, y no la relación biológica. Como la posibilidad de que la maternidad de la esposa o compañera que consiente la fecundación asistida de la que será la madre biológica se determine directamente afecta a los medios de determinación de la filiación, ha sido preciso añadir el consentimiento para la procreación asistida a la lista de títulos de atribución de la filiación. A partir de aquí, se ha considerado conveniente extender el régimen de impugnación del reconocimiento, lo que ahorra una aplicación analógica de la legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Es en concreto el art. 235-13 el que expresamente permite la determinación de la maternidad de la mujer que consiente la aplicación de TRA de su compañera sobre la base del consentimiento previamente prestado.

⁴⁰ La mayoría de la doctrina se apega a las palabras de la ley, para defender tal exclusión (Ferrer Vanrell, Nanclares Valle, Díaz Martínez, Radial Albas....), frente a una minoría que plantean una solución afirmativa con base en la analogía, aunque todos proponen, para mayor seguridad, otra reforma legal (Ledó Benito, De la Iglesia Monje...): Vid. sobre el tema CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, La “comaternidad”: matrimonio entre mujeres y filiación, pág. 446, en *El Levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, 2011.

Finalmente, es muy llamativa por contraste la ausencia de cualquier tipo de control o contrapeso a la voluntad de la esposa declarante: el establecimiento de la filiación depende exclusivamente de su voluntad, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos. En esta línea, llama la atención que no se tome en consideración a ningún efecto la voluntad de la madre biológica (la esposa que da a luz) –la cual, por otro lado, ha podido someterse a estas técnicas sin necesitar el consentimiento previo de su esposa-. En la medida en que tales controles están puestos en beneficio del hijo, la absoluta falta de filtros en el establecimiento de esta filiación derivada exclusivamente de la voluntad podría colisionar con el principio constitucional de protección integral de los hijos (art. 39 CE)⁴¹. En definitiva, resulta probablemente excesiva la relevancia concedida a la voluntad, sin tener en cuenta, ningún tipo de control sobre la misma⁴².

Con todo, podemos decir que la filiación derivada del uso de estas técnicas es un vínculo jurídico creado por la ley que se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado⁴³, incidiendo de este modo en el origen voluntario de la maternidad y paternidad. Se va a asentar en un proyecto parental que se convierte en el fundamento único de un vínculo jurídico deliberadamente no genético que prohíbe todo vínculo de derecho entre el niño así concebido y sus autores genéticos. La ley ignora en este caso los vínculos de sangre en provecho de los vínculos sociales generados por el modo de procreación de la pareja, con la consecuencia de que el criterio de la verdad biológica o real, parece ser reemplazado por el de verdad formal o “consentida”, manifestada por la atribución del rol de padre, voluntariamente asumido.

⁴¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, *Curso de Derecho Civil IV*, pág. 344 y La filiación, entre biología y derecho, ob. cit., pág. 844. Choca así con otros supuestos en los que la voluntad juega un papel decisivo en el establecimiento de la filiación, como puede ser el reconocimiento (que conforme al art. 124 requiere consentimiento expreso del representante legal del reconocido, o aprobación judicial), la adopción (que precisa declaración de idoneidad, propuesta de la entidad administrativa y resolución judicial: art. 176 CC) o el caso del art. 8.2 LTRHA (en el que la atribución de paternidad se hace a través del expediente gubernativo del art. 49 LRC, con sus correspondientes cautelas: falta de oposición del Ministerio fiscal o de la parte interesada notificada personalmente, de manera que si hay oposición será precisa decisión judicial en el procedimiento ordinario).

⁴² PÉREZ MONGE, *Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida*, ob. cit., pág. 615.

⁴³ En concordancia con la idea según la cual, la relación de filiación debe ser consecuencia más que de una relación biológica de una relación social y cultural, deberá entenderse que la mera aportación del material genético no es determinante en ningún caso para atribuir una paternidad y/o maternidad que hunde su razón de ser más en su componente socializante de aceptación e integración del hijo en el seno de la familia en el que “naturalmente” encontrará su desarrollo y potenciará su personalidad: LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial y derecho*. Tecnos. Madrid. 1988, pág. 59.

El papel del consentimiento es aquí especialmente importante, siendo tanto requisito necesario y habilitante para la aplicación de estas técnicas como fundamento para la constitución de una relación de filiación entre el nacido y la pareja o mujer que recurre a estas técnicas, hasta el punto de que se ha llegado a decir que sustituye a la relación sexual como *causa iuris* (JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, ob. cit., pág. 47).

No existe, pues, control administrativo ni judicial previo como ocurre por ejemplo con la adopción. Por ello la determinación de la filiación será distinta de la regulada por el Código Civil basado en el principio de veracidad biológica⁴⁴.

La relevancia del elemento volitivo lo que va a suponer es que, cuando en una misma persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Prevalece la paternidad consentida y querida, sobre la genética. Se está ante nuevas realidades que importan una “desbiologización y/o desgenetización de la filiación”, y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de “parentalidad voluntaria” o “voluntad procreacional”⁴⁵.

Acorde con este principio de verdad formal, el rol jurídicamente relevante es, por tanto, el de padre y no el de progenitor. Lo que provocó que terminológicamente se comenzaran a diferenciar los conceptos de padre o madre y paternidad (a los que se atribuye un específico contenido jurídico, sociológico y cultural) y los de progenitor y

⁴⁴ PÉREZ MONGE, Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida, ob. cit., pág. 583.

Esta circunstancia ha llevado a poner de manifiesto la difícil conciliación de estas cuestiones con lo establecido en el Código Civil: Para determinar la filiación, la LTRHA se remite a la aplicación directa del Código Civil, cuyo sistema está basado desde 1981 en la verdad biológica, a salvo las especificaciones que aquella contempla. El punto de partida no puede ser más sorprendente, dado que la LTRHA española admite la fecundación con semen de donante anónimo, la donación igualmente anónima de óvulos e incluso de pre-embiones... Por consiguiente, el lugar que para el Código ocupa la verdad biológica, y la tendencia a que sea padre legal el genético, en la LTRHA lo sustituye la voluntad de quien desea ser progenitor, con independencia del origen genético del material reproductor empleado. A priori, ambas regulaciones parecen difícilmente conciliables, aunque el TC, en la STC 116/1999, de 17 de junio, al declarar constitucional dicho anonimato, encontró una vía para su conciliación, fundada en las reglas especiales de los arts. 8 a 10 LTRHA (BARBER CÁRCAMO, Reproducción asistida y determinación de la filiación, ob. cit., pág. 28).

Aún con todo, ya desde los años 80 la doctrina manifiesta que estas técnicas de reproducción generan una nueva realidad no contemplada en el Código Civil al hacer posible la generación sin relación sexual, premisa sobre la que se basaba desde tiempos romanos la idea de filiación (Así se pronunciaba hace ya más de veinte años RIVERO HERNÁNDEZ, La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial, en *Congreso de Filiación: La filiación a finales del s. XX*, Vitoria-Gasteiz, 1988, págs. 153-177). Algunas voces postulaban por entonces una configuración de la filiación en un plano estrictamente jurídico, formal, sin conexión con lo biológico y propugnaban incluso la creación de una categoría diferente de filiación, que podría calificarse de “filiación civil o formal” (DELGADO ECHEVARRÍA, Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida: En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde, en *Congreso de Filiación*, pág. 138 y MONTÉS PENADÉS, El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana, en *Congreso de Filiación*, pág. 212, en el sentido de que la filiación es una relación fundamentalmente jurídica y proponía una reforma del Código Civil en esta materia). El tiempo ha ido pasando pero no ha tenido lugar esa reforma aún pendiente (Sobre la necesaria reforma del Código Civil en materia de filiación y las reformas recientes en países de nuestro entorno: BARBER CÁRCAMO, R., “Nuevos retos ante el derecho español de filiación”, *RDP*, julio-agosto 2009, págs. 3-47, así como en “Nuevas coordenadas para el derecho de filiación en Europa”, ob. cit.); TOMÁS MARTÍNEZ, “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial...”, ob. cit., pág. 3 (edición electrónica). En esta línea LAMM, La importancia de la voluntad, ob. cit., pág. 86, incide en la necesidad de añadir al Código Civil un tercer tipo de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida que se suman a la filiación por naturaleza y a la filiación por adopción (art. 108 CC), a semejanza de lo contemplado por el CC de Québec, en cuanto demanda soluciones propias.

⁴⁵ LAMM, “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, ob. cit., págs. 13, 25, 31; “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, ob. cit., págs. 81, 87.

progenitura (referidos exclusivamente a la procedencia biológica): se trataba así de distinguir entre la procedencia biológica (que correspondería a quien aportó los gametos) y el vínculo legal de filiación (que es el que concentraría esos contenidos jurídicos, volitivos, sociológicos y culturales). El primero desea la inseminación y quiere porque así lo ha consentido, es decir, así resulta de su voluntad, asumir esa paternidad, y por ello se convierte en “padre”; mientras que la intervención del segundo, si bien es necesaria para la existencia del nuevo ser, no tiene, en principio, consecuencias jurídicas; su intervención se agota en ello (en la donación). Sólo el padre, por tanto, tiene importancia desde una perspectiva jurídica y social⁴⁶.

Este polémico desarrollo doctrinal se ha visto afectado en su raíz por la L. 13/2005, que admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, la cual ha provocado un brusco cambio de sentido en esta diferenciación: dicha ley, que permite que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio civil, posibilita también que los cónyuges del mismo sexo puedan adoptar conjuntamente, en cuyo caso se crearía un vínculo de filiación adoptiva entre dos padres y el menor adoptado o dos madres y el menor adoptado. Tal situación planteaba problemas de adecuación terminológica con los preceptos del Código Civil. La solución a la que se ha recurrido ha sido sustituir los términos padre/madre o padres por progenitor/es, con lo que se están utilizando en un sentido contrario a como lo hacían los autores anteriores⁴⁷.

II.3. La maternidad subrogada: primacía de la voluntad en fraude de ley.-

Completa el análisis de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, la situación relativa a la maternidad subrogada, donde nuevamente nos encontramos con una filiación ficticia, completamente dissociada de los vínculos genéticos.

⁴⁶ LAMM, “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, ob. cit., págs. 67-68.

Siguiendo este criterio, LACRUZ BERDEJO separa los conceptos de “padre” y “progenitor”: aquél, contiene una carga de sentido sociocultural y jurídico de la que carece este otro término. La progenitura, dice, constituye la circunstancia de la procedencia genética -en su caso, biológica-, será para la Ley, en muchos supuestos, determinante de la paternidad, pero en unión con otras circunstancias: no por sí sola. La paternidad supone que a una persona se le imponen los deberes de padre, con el correlativo conjunto de posibilidades, poderes y funciones, y este fenómeno se determina por causas diversas, entre las cuales entra siempre la responsabilidad por la cohabitación fecunda (no, como único elemento de imputación, la procedencia del gameto), al par que el matrimonio (presuntivamente) y la voluntad de devenir padre formalmente manifestada en la adopción y que constituye en ella el factor más relevante.

En este sentido, los conceptos de padre (y madre) e hijo no son conceptos naturales sino culturales. El concepto natural es el de progenitor y el de procreado: el concepto jurídico cultural, en cambio, es el de padre y madre, y el de hijo (BLASCO GASCÓ, *Derecho de familia*, Coord. Montés y Roca, Valencia. Tirant lo Blanch. 1991. pág. 968).

⁴⁷ PÉREZ MONGE, Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida, ob. cit., pág. 59 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, *Curso de Derecho Civil (IV)*, Colex, Madrid, 2007, pág. 300.

Resulta curioso como en la década de los años 70 el dilema era ¿"cómo tener sexo sin hijos"?, mientras que en la década de los años 90 y del recién estrenado siglo XXI el dilema es ¿"cómo tener hijos sin sexo"?

La heterogeneidad de modelos familiares de las primeras décadas del siglo XXI era inconcebible en el momento en el que se redacta nuestra actual Constitución Española de 1978, y mucho más impensable cuando se aprueba el Código Civil español de 1889. En esos años, no se contemplaba otra forma de concebir hijos que no fuera la cópula entre marido y mujer. Pero al concepto tradicional de tener descendencia se le añaden nuevas fórmulas. Y el debate sobre la oportunidad de conservar normas que consienten a la mujer dar a luz sin estar obligada a establecer una relación jurídica con el nacido se mantiene vivo en toda Europa.

En este sentido, una de las prácticas de la que cada vez es más consciente la sociedad, es la de recurrir a las llamadas "madres de alquiler", también llamada "gestación por sustitución", "maternidad portadora" o "maternidad subrogada", términos con los que se hace referencia al acuerdo por el que una mujer, la madre subrogada, madre de alquiler o madre portadora, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados "padres intencionales", a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer⁴⁸.

Se ha utilizado tradicionalmente por parejas heterosexuales en las que las mujeres tienen problemas. Pero en la actualidad, cada vez es más habitual que recurran a la maternidad subrogada parejas gays e, incluso, hombres solos. Y se presenta como una alternativa a la adopción, si bien, frente a ésta, supone la posibilidad de ser padre de un bebé sanitariamente controlado, al que se tiene acceso desde el primer momento y que, en la mayoría de los casos, porta material genético propio⁴⁹.

Posibilita el embarazo sin necesidad de que para ello exista cópula y nuevamente nos obliga a disociar la maternidad en dos o tres componentes: gestacional, intencional y genética. La certidumbre y la unidad de la maternidad expresadas por el adagio *mater semper certa est*, que ha fundado siempre nuestro derecho de la filiación, deben ser reconsiderados. Los lazos de filiación maternos dejan de depender del hecho de

⁴⁸ FARNÓS AMORÓS, "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California", *InDret* 1/2010, pág. 4.

⁴⁹ CERDÁ SUBIRACHS, J., "La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN". *Abogados de Familia*, nº 60, sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011, Editorial La Ley 4893/2011.

alumbrar. De tal modo que la mujer que ha proveído el óvulo, madre genética, puede no ser la misma que da a luz al niño producto de la fecundación de aquel óvulo, madre biológica ni la misma que quiere y anhela al niño (madre de deseo).

Lógicamente la ineficacia de estos acuerdos trivializa de algún modo el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas que hasta el momento hemos analizado y, al mismo tiempo, contribuye a reforzar el estereotipo relativo a la inevitabilidad del destino biológico de la mujer, exaltando las experiencias de la gestación y el parto por encima de la formación de decisiones y expectativas emocionales. No debe, además, enjuiciarse como algo diabólico y perverso, ni como la sistemática comercialización del embarazo, ya que también hay casos en que su puesta en práctica se asienta en actos de altruismo o solidaridad familiar o amical, pudiendo ser la madre gestante una persona cercana a la madre genética, quien no puede tener descendencia. En todo caso, la esterilidad es una situación que debe remediarse si resulta posible y así lo desean los interesados, libre y conscientemente. No olvidemos que, en la actualidad, las mujeres retrasan la edad para tener hijos, por razones profesionales o personales, lo cual puede acarrear mayores problemas a la hora de quedarse embarazadas. O puede haber hombres que quieran tener un hijo. O, incluso, da la posibilidad de tener hijos genéticamente propios a personas que, de otra forma, no lo conseguirían.

No obstante, a los argumentos anteriores se opone la imposibilidad de que la madre gestante tome una decisión plenamente libre y consciente, teniendo en cuenta los vínculos que se crean con el niño durante la gestación y el parto⁵⁰. Se resalta, de otro lado, que se trata de una práctica moralmente inaceptable por la fuerte carga utilitarista que implica, así como su potencial para explotar a las mujeres de razas y clases sociales más desfavorecidas. Sería como un “camuflaje” a la compra-venta de bebés o a su tráfico comercial⁵¹ que se convierte en una instrumentalización de los más débiles a favor de los económicamente poderosos; de esta forma, el niño nacido in vitro puede terminar convirtiéndose en un objeto dentro del comercio, contrario a la dignidad humana⁵². Se trata, pues, de evitar las situaciones provocadas por un estado de

⁵⁰ ZANNONI, La genética actual y el Derecho de Familia, Comunicación presentada al *Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia*, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, Tapia, diciembre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, nº II, pág. 54).

⁵¹ PATEMAN C., *The Sexual Contract*, PolityPress/Basil BLAKWELL, Cambridge/Oxford (trad. Cast. El Contrato sexual, Editorial Anthropos, Barcelona, 1995).

⁵² SOUTO GALVÁN, B., *Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución*, Universidad de Alicante, pág. 190.

necesidad de la gestante⁵³ y de garantizar que se trate en todo caso de una decisión libre y comprometida. Todo ello sin olvidar que estamos ante un pacto de contenido inmoral, contrario a las buenas costumbres y a la ley⁵⁴ (art. 1271 CC: las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato), y, como no, al orden público: contraviene el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad⁵⁵.

Con todo, como podemos observar, lo que se aprecia es un choque entre la dignidad, como valor superior del ordenamiento jurídico y el derecho a procrear⁵⁶. Y en esta tesitura ¿cuál de ellos ha de primar?; ¿de qué forma se cohonestan biología y voluntad en la determinación legal de la paternidad/maternidad en nuestro ordenamiento jurídico?, ¿quién debe considerarse legalmente el padre y quién la madre?, ¿el donante de semen o la donante de óvulo, la mujer que lleva acabo la gestación, la pareja comitente...?.

Sobre la cuestión, el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, se decanta por la tesis de la gestación al declarar “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”. En consecuencia, la maternidad subrogada está expresamente prohibida en nuestro ordenamiento y si, pese a ello, llegaran a emplearse las técnicas de reproducción asistida, la filiación será la que determine el parto. De este modo el legislador se decanta por determinar la filiación materna en función del nacimiento, con la consecuencia de que quien alberga en su vientre y alumbró al neonato se convierte desde un punto de vista legal en la madre del mismo. La norma opta por consolidar en el plano jurídico el principio romano “*mater semper certa est*”, con independencia de la voluntad de las

⁵³ Bajo esta premisa, RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. IV-2º, 1989, págs. 164-165 descalifica la maternidad subrogada si existe retribución económica y la tolera en caso contrario.

⁵⁴ GARCÍA PÉREZ, C., en COBACHO GÓMEZ, J.A. (dir.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Aranzadi, Cizur menor, 2007, pág. 380.

⁵⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, “Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)”, ob. cit., pág. 8.

⁵⁶ Ya dijimos que a falta de un reconocimiento expreso de este derecho, puede entenderse integrado en el valor libertad, en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad y protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente. Asimismo, encuentra una manifestación de rango legal en el reconocimiento del derecho a fundar una familia recogido en los textos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico (MARÍN GÁMEZ, J. A., *Aborto y Constitución*, Jaén, Universidad de Jaén, 1996), o incluso en el derecho a la vida (ROCA i TRIAS, E., *Derechos de reproducción y eugenesia*, en *Biología y Derecho. Perspectivas en Derecho Comparado*, Bilbao-Granada, Comares, 1998, pág. 127). La libertad en este contexto se refiere al “derecho a decidir sobre todo aquello que afecta a la vida privada y al propio cuerpo” (CASADO, M., *Los derechos humanos como marco para el Bioderecho y la Bioética*, en C.M. Romeo Casabona (coord.): *Derecho biomédico y bioética*, Granada, Comares, 1998, pág. 130).

partes, e incluso al margen de que el material genético femenino pueda pertenecer a la mujer que ha contratado los servicios de la gestante. La ley privilegia, por tanto, el parto en detrimento del capital genético dado por otra mujer, lo cual puede faltar a la verdad biológica (si los óvulos son de la madre comitente), a la verdad social (¿con quién está el niño?), e incluso a la verdad jurídica (si una resolución judicial establece la filiación a favor de los comitentes). La única posibilidad legal de filiación en el supuesto de que el hijo sea descendiente genético del varón comitente es la reclamación de la paternidad siguiendo las reglas generales, esto es, los arts. 764 y ss. de la Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, que permite exigir a los Tribunales la determinación legal de la filiación⁵⁷.

No obstante, aunque no existiera este precepto, este tipo de contratos seguirían siendo nulos por ilicitud de la causa y del objeto (art. 1271 CC), pues la capacidad de gestar es “indisponible, intransferible y personalísima, luego es evidente que constituye una *res extra commercium*⁵⁸”. Se opone igualmente al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo⁵⁹, materias imperativas en las que no cabe autonomía de la voluntad. Y, a mayor abundamiento, el art. 1275 CC declara sin efectos a los contratos sin causa o con causa ilícita, siendo ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral. La ilicitud de la causa y del objeto supone que no existe contrato y la madre gestante no está obligada a entregar el hijo tras el parto, pero tampoco cabría indemnización por incumplimiento, porque el art. 1305 CC imposibilita la reclamación entre las partes si la causa es ilícita.

Pese a todo, la regulación actual solo advierte de la nulidad del contrato –con o sin precio–, lo que supone la inexigibilidad de las obligaciones contraídas, pero no establece ningún tipo de sanción a los sujetos que intervienen en él. De esta manera, la opción de política legislativa no pasa tanto por la prohibición o punición de este tipo de actividades, como por privar al contrato de efectos jurídicos y establecer la relación de

⁵⁷ Art. 10.3 LTRHA: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

⁵⁸ LLEDÓ-YAGÜE, F., “Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana”. *Diario La Ley*, 1985, pág. 1011, tomo 2 Editorial La Ley. La Ley 5115/2001; RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., “Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana”, *Revista General de Derecho*, 1987, Núm 519, págs. 6564.

⁵⁹ DE VERDA Y BAHAMONTE, “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”. *Diario La Ley*, Nº 7501, Sección Tribuna, 3 Nov. 2010, Año XXXI, Ref. D-334, Editorial LA LEY 13417/2010.

filiación con respecto a la madre gestante, con independencia de que el óvulo o embrión del que procede el hijo sea biológicamente suyo o no⁶⁰.

La única sanción, jurídico-penal, que se puede imponer a quienes participan en esta práctica se encuentra en los arts. 220 y 221 CP (LO 10/1995, de 23 de noviembre), que regulan los supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad. Y de otro lado, si de modo fraudulento se consiguiera la inscripción de la maternidad a favor de la comitente, podría considerarse que la alteración de la filiación se produce en el momento de inscribir en el Registro⁶¹, en concurso con un delito de falsedad en documento público⁶².

No obstante, conviene indicar que en la práctica y dentro de la evidente rareza del supuesto, existen algunas vías en el Derecho español vigente para superar tal prohibición, de forma que la pareja estéril consiga atribuirse la filiación del nacido in vitro: por ejemplo, si el varón casado presta su consentimiento para la fecundación de una mujer distinta a su cónyuge con sus gametos y consigue que la madre gestante preste su asentimiento para la adopción una vez transcurridos treinta días desde el parto (art. 177.2.3), podría iniciarse el procedimiento de adopción por parte de la esposa del padre genético, convirtiéndose ésta en madre adoptiva o, si se permite la expresión, en madre legal (art. 176.2.2.2º, como supuesto en que no se requiere propuesta de la entidad pública para la adopción). De esta forma, la pareja del padre genético podrá ser madre o padre adoptivo (art. 176.2.2 CC), sin necesidad de que medie declaración de idoneidad. Es lo que se conoce como adopción express⁶³.

⁶⁰ En este sentido, aun en el caso de que se produjesen este tipo de contratos, existen dos mecanismos para impedir que se cumplan los objetivos buscados por quienes los formalizan. En primer lugar, el contrato es jurídicamente nulo y como tal no puede ser alegado ante los tribunales. En caso de incumplimiento por parte de una madre gestante de sustitución que se negase a entregar al hijo, el contrato no tendría ningún valor y la otra parte contratante no podría exigirle la entrega. Pero incluso en el caso de un cumplimiento voluntario, la filiación materna quedaría determinada por el parto, lo que quiere decir que aun en caso de que las pruebas biológicas pudiesen demostrar una relación genética con la mujer que hubiese aportado los óvulos, eso no tendría significado jurídico: LAMM, “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, ob. cit., pág. 129.

⁶¹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Indret*, Barcelona, Julio 2009.

⁶² MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*. 17ª Edición. Valencia 2009, pág. 283.

⁶³ CERDÁ SUBIRACHS, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España”, ob. cit.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, La “comaternidad”, ob. cit., pág. 439; VELA SÁNCHEZ, A., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada”; LLEDÓ YAGÜE, F., *La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, págs. 1256 y 1257; LAMM, “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, ob. cit., pág. 141.

En Francia la jurisprudencia niega la adopción en casos de maternidad subrogada, cuando la madre biológica da a luz de forma anónima, el padre genético reconoció a su hijo y su pareja ha solicitado la adopción como conclusión del programa contractual de alquiler de útero de la pareja con la madre biológica de la pareja. RUBELLIN-DEVICHI, *Droit de la famille*, Paris, 2001, n. 620 s. ha subrayado que el art. 339.2 CC fr., introducido con la Ley n. 96-604 de 5 de julio de 1996, legitima al ministerio público a la contestación judicial del acto de reconocimiento de maternidad o paternidad “cuando el reconocimiento se efectúa en fraude de las reglas que rigen la

De la legislación referida se deduce que las parejas que en España deciden acudir a este procedimiento para tener un hijo, lo hacen totalmente al margen de la ley. De ahí que acudan a otros países en los que dicha práctica sí es legal (es el caso de India, California, o Inglaterra, entre otros; y con ciertas limitaciones, en Francia, Bélgica, Grecia, Israel o Canadá).

Bajo estos parámetros, una pareja española que alquila un vientre en otro país donde sí está permitido, a su regreso a España con el nacido, ¿qué trabas puede encontrarse?. La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) y, por lo tanto, los distintos Consulados de España en aquellos países en que sí está permitida la maternidad subrogada, no permiten a la pareja la inscripción del bebé como su hijo, argumentando que la maternidad subrogada es una práctica prohibida en España y que la criatura tiene una madre biológica que es la que lo ha dado a luz mediante el parto, basándose en el ya citado art. 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Al respecto una novedad importante ha representado la Resolución de 18 de febrero de 2009 DGRN⁶⁴, que ha permitido a un matrimonio homosexual conformado por una pareja de gays, inscribir como hijos suyos a dos bebés gemelos concebidos en California mediante la gestación por sustitución, en la que llegaron a un acuerdo con una mujer californiana que les “alquiló” su útero y fue inseminada con el semen de los dos hombres españoles y con óvulos donados por otra mujer.

A este caso se le ha dado una solución “audaz y vanguardista⁶⁵” para unos, mientras que para otros ha supuesto una “insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada⁶⁶”.

La Resolución invoca el “interés superior” de los menores y su derecho a una “identidad única” que se traduce en “una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres

adopción”. Ver actualmente el art. 336 CC fr., que ha ocupado el puesto del abrogado art. 339 con el texto sustancialmente invariado en la versión de julio de 2006.

⁶⁴ Sobre esta Resolución vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret* 3/2009; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil*, 3/2009; FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, ob. cit., págs. 4 a 10; DÍAZ ROMERO, M^a R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, n^o 7527, 14 diciembre 2010, año XXXI, Ref. D-378, Editorial La Ley (13778/2010).

⁶⁵ CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2009, Vol. 1, No 2, pág. 295.

⁶⁶ CERDÁ SUBIRACHS, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España”, ob. cit.

sean distintos cada vez que cruzan una frontera”. Se afirma, además, que en este caso la certificación registral californiana constituye una “auténtica decisión” que “no vulnera el orden público internacional ni lesiona principios jurídicos básicos del derecho español, ya que en el derecho español se admite la filiación entre dos varones o entre dos mujeres en caso de adopción; asimismo permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres del mismo sexo. Lo contrario, por consiguiente, supondría una discriminación por razón de sexo contraria al art. 14 CE⁶⁷.

A pesar de que los contratos de gestación por sustitución están prohibidos expresamente por las leyes españolas, la Resolución alude a que dicha prohibición no es “aplicable a este caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera pueda acceder al Registro Civil español con los mismos efectos”. Afirma que “estos menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española, porque según el art. 17.1 del Código Civil español, son españoles de origen los “nacidos” de español o española señalando que “el citado precepto se refiere a los nacidos de padre o madre españoles y no a los *hijos* de padre o madre españoles”. Y concluye que “en consecuencia, al tratarse en el presente caso de la inscripción del

⁶⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO niega las afirmaciones incluidas en esta Resolución: “No es cierto que el art. 14 de la Constitución determine la igualdad entre hijos adoptados e hijos naturales, puesto que las diferencias legales que puedan establecerse entre unos y otros no derivan de discriminación por razón de nacimiento. De hecho la continuada vigencia de la disposición transitoria segunda de la Ley 21/1987 en materia de adopción, constituye un ejemplo indiscutible de lo que acabo de decir. Es más, aunque en términos generales nuestra regulación de la adopción atribuya los mismos derechos a los hijos por naturaleza que a los hijos por adopción, existen claras diferencias entre el régimen jurídico de unos y otros, como resulta del art. 179 y 180.2 de nuestro CC. No es cierto que el art. 14 de la Constitución sea contrario a que el art. 7.3 de la Ley 14/2006 no pueda aplicarse a los matrimonios homosexuales integrados por mujeres, por la sencilla razón de que se trata de situaciones distintas. (En igual sentido FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, ob. cit., pág. 15: Que la prohibición de la maternidad subrogada puede discriminar a las parejas de dos hombres es verdaderamente discutible. La equiparación con las parejas de dos mujeres para considerar discriminatorio que una pareja de dos hombres que recurre a la maternidad subrogada no pueda ver declarada su doble filiación paterna respecto del niño o niños que puedan nacer es, como mínimo controvertida, ya que por razones biológicas las parejas de dos mujeres no necesitan recurrir a otra mujer que lleve a cabo la gestación. Al tener la diferencia una base biológica, en principio estaría justificado el trato desigual que comporta la prohibición del art. 10.1 LTRHA para las parejas de dos hombres. Pero es más, afirmar que la nulidad de los acuerdos de maternidad subrogada en España discrimina las parejas de dos hombres implica asumir que el art. 10 LTRHA es inconstitucional y no lo es).

Y sigue argumentando BERCOVITZ: No es cierto que el interés superior del niño necesite de una solución como la propiciada por la Resolución. Exige ciertamente que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, pero para eso precisamente está prevista la adopción.

No es cierto que la Resolución no propicie un fraude de ley. A partir de estos momentos todos los matrimonios que deseen tener hijos naturales a través de una gestación por sustitución, tanto si se trata de matrimonios heterosexuales como si se trata de matrimonios homosexuales, saben el camino. Basta trasladarse a California (o a otro país cuya legislación autorice dicha gestación por sustitución) para conseguirlo. La puerta está abierta para defraudar la prohibición del art. 10 de la ley 14/23006.

No es cierto que la inscripción en nuestro Registro Civil de hijos naturales por gestación de sustitución no sea contraria a nuestro orden público internacional. Es manifiestamente contrario a la dignidad que nuestra Constitución y nuestra sociedad reconocen a la mujer. Es contraria a los principios básicos de nuestro Derecho”: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, ob. cit., pág. 2 de la edición electrónica.

nacimiento y filiación de sujetos españoles, al ser nacidos de progenitor español, procede su acceso al Registro Civil español”.

En definitiva, esta Resolución de la DGRN abría las puertas a otras parejas españolas, tanto heterosexuales como homosexuales, incluso a mujeres u hombres españoles sin pareja, que querían inscribir como hijos suyos a los bebés obtenidos en el extranjero mediante la maternidad subrogada. No obstante, tras el recurso presentado por la Fiscalía, la SJPI nº 15 de Valencia de 15 de septiembre 2010 estima el recurso presentado y anula la inscripción de la doble paternidad en el Registro Civil.

El último instrumento con el que contamos se encuentra en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución dictada, “paradójicamente”, con la finalidad de “establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al RC español de los nacidos en el extranjero mediante estas técnicas de reproducción asistida”.

Esta Instrucción permite la inscripción registral y el reconocimiento de la filiación determinada conforme a legislación extranjera que permite el uso de la maternidad subrogada y reconoce efectos legales a la renuncia de filiación de la madre gestante. Y está siendo criticada por su posible incursión en fraude de ley.

Su planteamiento es que con la inscripción de los menores nacidos por maternidad subrogada (en el extranjero) no se está determinando su filiación sino, simplemente, trasladando al RC español una filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera que ofrece todas las garantías.

Pretende garantizar la seguridad jurídica de los menores, porque esos hijos de españoles tendrán que poder ser inscritos en España, tras constatar previamente el debido consentimiento de la madre gestante (la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres) y la inexistencia de tráfico ilegal de menores (controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato), además de evitarse la vulneración del derecho del menor a conocer su origen biológico.

Por tanto, tienen acceso al RC español los nacidos en el extranjero mediante la misma, siempre y cuando al menos uno de los progenitores sea de nacionalidad española y se cumplan los requisitos establecidos en dicha Instrucción⁶⁸. Los

⁶⁸ Como requisito previo es necesaria la presentación ante el Registro Civil de una resolución judicial que haya dictado un Tribunal competente del país de origen, para asegurar que el contrato de maternidad subrogada es legal en el Estado donde se ha celebrado y constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la

planteamientos de orden público decaen ante el interés superior del menor. Si bien, junto a los del menor han de valorarse otros intereses, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres.

Con todo, con esta Instrucción se sigue discriminando a quienes no pueden costearse un proceso de maternidad subrogada en el extranjero⁶⁹ y se mantiene el fraude de ley que se da, aunque la Resolución DGRN 18 Febrero 2009 y algunos autores⁷⁰ mantengan lo contrario, al emplear las certificaciones registrales como cobertura para introducir en España unos hijos concebidos por maternidad subrogada, prohibida en nuestro Estado.

Sobre esta base y pese a la existencia de la Instrucción citada, la S. 826/11 de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 denegó la inscripción de una certificación californiana⁷¹. Con lo cual, la inseguridad jurídica, ya está servida.

En cualquier caso, legalmente, la maternidad subrogada sigue estando prohibida taxativamente en España. Por lo que hay que advertir que, después de pactarse la maternidad de sustitución, es posible que la gestante decida no cumplir el contrato y se quede con su hijo. En este supuesto, la madre comitente habrá entregado una cierta suma de dinero, que no es seguro pueda recuperar, ni que llegue a determinarse legalmente su maternidad. A ello ha de añadirse la complejidad y coste de los correspondientes trámites judiciales dirigidos a conseguir el cumplimiento del contrato (según la legislación del país extranjero en que se haya realizado, ya que en España, como es sabido es un contrato nulo, con las conocidas consecuencias). Probablemente estos riesgos disuadan a quienes pretendan utilizar estas técnicas y opten por la

eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción”. También dice que quedará “verificado que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico ilegal de menores, así como la eventual previsión y posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento u otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen” y procedimiento de exequatur.

⁶⁹ CERDÁ SUBIRACHS, “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España”, ob. cit., pág. 3.

⁷⁰ CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado”, ob. cit., pág. 316.

⁷¹ Se alude, entre otros argumentos, a que no consta la previa decisión judicial en que se basaría la misma, ni tampoco la identidad de la madre gestante. Entiende que a través de esta vía se ha querido huir la ley imperativa española, la cual, en ningún caso supone una discriminación por razón de sexo respecto a la posible comaternidad, pues las parejas de dos mujeres no necesitan acudir a otra mujer a la que encomendar la gestación, mientras que si acudieran a la gestación por sustitución también les sería aplicable la prohibición. Además, aun cuando el interés del menor ha de guiar toda resolución que los afecte, no puede obtenerse su satisfacción infringiendo la ley. Finalmente, arguye, tampoco se atenta contra el derecho a la identidad única de los menores, pues éstos tienen la que resulta de la certificación californiana que será la que publique el Registro Civil español si acceden a él de acuerdo con la ley.

adopción, institución inspirada en el interés del menor⁷²; la gestación por sustitución, por el contrario, busca el beneficio de la pareja comitente, lo cual justifica la diferencia de tratamiento⁷³.

Debido a su rechazo legal y moral, tampoco es un fenómeno generalizado. Pero se presentan casos en la vida real y parece ser que la demanda es cada vez más creciente. De ahí que a situaciones y problemas reales haya que dar soluciones jurídicas. Lo cierto es que, nos parezca inmoral o no nos lo parezca, quizás debamos asumir estos cambios sociales y generacionales tan profundos que se están dando en el panorama jurídico de este siglo; y al derecho no le queda más remedio que acompañar los movimientos de una sociedad que genera permanentemente nuevas formas de familia y de parentesco.

Llevar hasta sus últimas consecuencias la potenciación de la autonomía de la voluntad en la determinación de la filiación, al hilo de lo hasta aquí examinado, abocaría a reconocer la maternidad/paternidad de aquellos que han querido y buscado ese hijo. Ante un contrato válidamente celebrado, el respeto del acuerdo de voluntades, hace madre a la comitente, aquella que quiere y desea el hijo. Partiendo de esta base los esfuerzos deberían centrarse bajo mi punto de vista en lograr que este tipo de prácticas se llevaran a cabo de un modo legal, transparente y sumamente reglado que impidiera cualquier tipo de abuso o explotación, ya que estas dos cuestiones son, en realidad, el verdadero peligro de la maternidad subrogada⁷⁴.

II.4. La supresión de la verdad biológica: la adopción.- En la redacción del Código Civil de 1889 apenas se valoraba la adopción en consonancia con la tradición multiseccular del Derecho común: abundaban las familias numerosas –pese a la elevada mortalidad infantil- y no era menester introducir en el hogar nuevas bocas que alimentar. Eran muy fuertes los lazos de sangre en la concepción de la familia patriarcal y burguesa, y no se necesitaba aumentar su número con personas extrañas. Las que se acogían a la casa o se prohijaban eran tratadas como hijos pero no se acudía a las rigurosas formalidades judiciales, notariales y registrales, exigidas por el viejo art. 179

⁷² PÉREZ MONGE, Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida, ob. cit., pág. 611.

⁷³ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, ob. cit., pág. 108.

⁷⁴ De esta opinión es TORRALDA ERRUZ, El contrato de gestación por sustitución, en *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Dykinson, pág. 619.

CC, siempre engorrosas y concebidas para clases sociales acomodadas, que eran las menos⁷⁵.

En este sentido, momento de especial relieve fue la reforma de la adopción por Ley 7/1970 de 4 de julio que supuso una modernización de la filiación adoptiva. Sobre todo, revitalizó una figura hasta entonces de escasa relevancia jurídica, no obstante su arraiga social cada día más patente.

Con el paso del tiempo, al igual que ocurría con el uso de las técnicas de reproducción asistida, la libertad de decidir sobre la maternidad o paternidad resplandece en la adopción donde fluye de nuevo con fuerza la voluntad como impulsora de la idea de ser padres. Adopción y técnicas de reproducción asistida se asemejan porque en ambos supuestos el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque esa voluntad que debe ser manifestada a través de los consentimientos requeridos legalmente, debe prestarse con carácter previo al nacimiento. Consecuentemente, mientras en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida el elemento volitivo está presente desde el mismo origen de la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad; en la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño, puesto que el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo⁷⁶.

De otro lado, la adopción se concibe desde la perspectiva de protección de los niños y niñas, aunque no se puede negar que con la misma se realiza el deseo de ser padres o madres, no requiriéndose que éstos sean infértiles; basta con la existencia de un menor que necesite de este tipo de protección, la decisión por parte de personas mayores de edad de adoptar y la idoneidad para ello.

Es claro que el Derecho no puede crear unos inexistentes lazos biológicos; lo que sí puede hacer es crear vínculos jurídicos similares a los que existen entre padres e hijos como consecuencia de la relación biológica de filiación⁷⁷. Precisamente si la iglesia prohibió la adopción, en oposición al derecho romano y durante toda la Edad Media, fue porque para ella sólo la realidad biológica podía fundar la filiación. En ella falta el elemento natural o biológico: los vínculos entre adoptante y adoptado son sólo jurídicos y encuentran su origen no en la naturaleza (biología), sino exclusivamente en

⁷⁵ ALONSO PÉREZ, "La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del derecho civil", ob. cit., pág. 13 y ss.

⁷⁶ LAMM, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", ob. cit., pág. 88.

⁷⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, "La filiación, entre biología y derecho", ob. cit., pág. 846.

el Derecho. Se trata de un parentesco que se funda sobre una “ficción jurídica”⁷⁸ que ignora la realidad científica: no son los padres biológicos pero la ley los convierte en los padres del niño; esto es, la filiación biológica es borrada por el efecto de la ley.

El interés del menor a recibir los cuidados y el afecto indispensable para su crecimiento prevalece sobre el interés de los progenitores de origen a mantener intactas las relaciones con el hijo y justifica la creación de una relación de filiación nueva. De este modo se coloca al lado del principio de veracidad otro principio que alcanza a la responsabilidad por una elección libremente asumida. Lo que cuenta es el hecho de “querer” ser padres y de asumir ante el juez tal empeño⁷⁹. De ahí la exigencia a la sociedad de controlar las relaciones de filiación creadas por ella para asegurar la obtención de las finalidades perseguidas mediante la instauración de tales relaciones⁸⁰; es lo que justifica que, frente al juego atribuido a la voluntad en la filiación mediante técnicas de reproducción asistida, la adopción dejará de ser desde la reforma de 1987 un asunto privado para convertirse en un sector fuertemente intervenido (Parra Lucán).

Destaca en este punto el avance que supuso la posibilidad de adopción por mujer sola. Históricamente se rechazó en el derecho romano dado que creaba patria potestad y no era posible la patria potestad materna, por lo que hubo de esperar al Code francés de 1804 que en su art. 343 permitió la adopción a las personas de uno u otro sexo mayores de 50 años.

Por lo que a nuestro país respecta⁸¹ nos tenemos que remontar a la Ley de 24 de abril de 1958 en la que se permite la adopción a las personas en estado de viudedad. Este marco se amplía por la Ley 7/1970, de 4 de julio, haciéndolo extensivo además de a los cónyuges que vivan juntos, al cónyuge declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación legal y a las personas en estado de viudedad y soltería. Y ya con la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se permite adoptar además de a los cónyuges, al separado legalmente y a las personas en estado de viudedad, soltería o divorcio (art. 178), y se

⁷⁸ NEIRINCK, “Maternité et filiation”, ob. cit.: El vínculo adoptivo pone de manifiesto otra técnica jurídica, la ficción, la cual permite contradecir la verdad. Pero lo esencial en este planteamiento reside en la certidumbre compartida de que lo que se afirma no es verdad, lo que no impide al derecho funcionar como si fuera verdad.

⁷⁹ GILDA FERRANDO, La filiazione, ob. cit., pág. 35.

⁸⁰ GALLUS, N., Le droit de la filiation, ob. cit., pág. 229, pone de manifiesto la diferencia de la adopción de los otros ejemplos. En la adopción la voluntad tiene un lugar preponderante, pero no exclusiva, porque ella debe ser pronunciada por el tribunal competente que controla el respeto de las condiciones legales y de los justos motivos, así como, tratándose de un niño, el respeto de su interés superior y sus derechos fundamentales.

⁸¹ Vid. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, “Mujer y Derecho civil”, ob. cit., pág. 309.

hace posible adoptar plenamente al hijo del consorte o adoptar sola con el consentimiento de su consorte (art. 172.3).

Más adelante volverán a incidir en materia de adopción las Leyes 21/1987 de 11 de noviembre de Adopción y Acogimiento Familiar y la LO 1/1996, de 15 de enero, permaneciendo la posibilidad de la adopción por persona sola. Resulta destacable como la primera de ellas permite la adopción no sólo por ambos cónyuges sino también por el hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal (Disposición Adicional 3ª) y, además, que una mujer o un hombre accedan a la adopción (art. 175.1) o al acogimiento familiar (art. 172.3 y 173.1) sin estar casados ni acreditar la existencia de pareja estable.

Un cambio importante se produce con la Ley 13/2005 que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo. En este sentido, dado que cabe la adopción hecha por dos personas con tal de que estén unidas en matrimonio, esas dos personas podrán ser del mismo sexo, ya que ese supuesto no ha sido excluido de forma expresa. Así, el modificado art. 175.4 posibilita la adopción simultánea (conjunta) por ambos cónyuges (con independencia del sexo) y la adopción por uno sólo de los cónyuges (igualmente con independencia de su sexo) del hijo de su consorte, tras contraer matrimonio con éste. Esta posibilidad de adopción conjunta que se reconoce a los matrimonios formados por personas del mismo sexo es un nuevo ejemplo en el que se pone de manifiesto una progresiva erosión de la relación legal no solo entre filiación y matrimonio, sino entre filiación y heterosexualidad⁸². Se admite un hijo que legalmente lo sea de dos padres o de dos madres; se crean vínculos de filiación adoptiva entre dos padres y un hijo, o entre dos madres y un hijo, vínculos que no existen en la filiación biológica. De esta manera, lo que queda desbordado son los propios límites de tolerancia de la filiación determinados por la biología, al igual que ocurría en el caso de que una de las dos esposas reconociera como hijo suyo al niño que la otra había dado a luz como consecuencia de haberse sometido a técnicas de reproducción asistida⁸³.

⁸² Buena parte de la historia de la evolución del matrimonio en los últimos decenios es la historia de la desvinculación entre matrimonio y procreación; como el matrimonio tiene cada vez menos que ver con la filiación y la filiación con el matrimonio.

Nada impide en la actualidad un matrimonio no procreativo tras la desaparición del impedimento de impotencia en 1981. Además la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo supone la desvinculación estructural entre matrimonio y procreación porque los matrimonios civiles homosexuales son matrimonios estructuralmente no procreativos: MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., "La filiación, entre biología y derecho", ob. cit., pág. 821, 852.

⁸³ Ello lleva a una parte de la doctrina a objetar que se ha invertido la composición legal de intereses en la adopción, que se ha convertido en un medio empleado para proporcionar hijos a los cónyuges homosexuales que los desean. ¿A quién favorece?. Habría que responder que no a los menores, sino a quienes quieren recurrir al mecanismo

De otro lado, si bien la adopción individual nunca ha quedado limitada en el Código Civil a los adoptantes heterosexuales ya que ello habría resultado inconstitucional por discriminatorio por razón de orientación sexual, sin embargo, antes de la aprobación de la Ley 13/2005 no era posible adoptar de forma individual el hijo de la pareja de hecho homosexual. Como consecuencia de esta Ley se modifica el art. 178.2 CC, posibilitando la adopción, por parte de un miembro de una pareja de hecho, del hijo del otro, progenitor del mismo (adopción sucesiva), no sólo cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante (sea el matrimonio heterosexual u homosexual y por tanto referido al supuesto de adopción existiendo matrimonio entre progenitor y adoptante), sino también (parr. 2º) cuando “solo uno de los progenitores haya sido determinado...”, suprimiéndose la referencia a la necesidad de que el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor. Se introduce por tanto la posibilidad de que, existiendo una pareja de hecho homosexual, uno de los miembros de la citada unión, adopte al hijo del progenitor cuya filiación está determinada, conservando en tales casos igualmente la filiación respecto del progenitor determinado (filiación por naturaleza en un caso y por adopción en el otro)⁸⁴.

No obstante, respecto de la adopción simultánea por parejas de hecho del mismo sexo, no se modificó la DA 3ª de la Ley de adopción de 1987 que, refiriéndose exclusivamente a la adopción simultánea equiparó sólo las parejas de hecho “heterosexuales” al matrimonio, al objeto de atribuirles capacidad como adoptantes. Tal situación resulta cuanto menos curiosa cuando ya, a nivel autonómico, se había legislado sobre esta materia equiparando en algunas de ellas a las parejas de hecho del mismo sexo con las parejas heterosexuales (Navarra, País Vasco, Cantabria, Cataluña,

adopcional para completar mediante estos hijos adoptivos lo que la estructura homosexual de su relación, la naturaleza y su propia (y legítima) opción de vida les niegan. Pero entonces debe quedar claro que no ha sido el interés del menor, sino los deseos de los adoptantes, los que han guiado la reforma. La composición de intereses en la adopción, tal y como diseña el art. 176 CC se ha alterado radicalmente, de forma que hemos vuelto a una situación que creíamos felizmente superada: de buscar unos padres idóneos para un niño que los necesita –que es lo que dispone el art. 176 CC- hemos pasado a proporcionar hijos a padres (o madres) que los desean y reclaman. (MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., “La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto -pero querido- de una reforma matrimonial”, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2007, pág. 20).

Para VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Reflexiones sobre el Derecho de Familia”, ob. cit., pág. 92, sin embargo, es cierto que la adopción se concibe como un medio de protección de los menores, en la que debe prevalecer el interés de aquéllos. Dicho esto, no se puede entender que su defensa solo es viable mediante un tipo de relación paterno filial, pues esta interpretación tiende a proyectar sobre los adoptandos unas determinadas convicciones que solo responden a una visión parcial de una realidad mucho más diversa y compleja, en la que está la unión homosexual de indudable vigencia social; unas convicciones, por otro lado, que no tienen que coincidir con las necesidades concretas del adoptando.

⁸⁴ Sobre las adopciones conjunta y sucesiva, vid. HUALDE SÁNCHEZ, págs. 149 y ss., en *Comentarios a las reformas del CC*, BERCOVITZ (coord.), Madrid, Tecnos, 1992; MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, “La adopción conjunta por matrimonios homosexuales”, ob. cit., pág. 12.

Aragón). No parece apreciarse, sin embargo, razón alguna para que la pareja unida de hecho haya de ser de distinto sexo y la unión matrimonial no⁸⁵. Resultaría por tanto oportuna la extensión del derecho a la pareja cualquiera que fuera el sexo de sus componentes.

En definitiva, hoy por hoy, el parentesco adoptivo puede aprovechar a una persona sola y es sexualmente neutro.

II.5. Hacia un nuevo modelo de paternidad social en las familias reconstituidas.- Al lado de esta evolución del concepto de filiación, cada vez más orientado sobre el proyecto parental, constatamos en paralelo un cambio radical del concepto de parentesco que se separa poco a poco de la filiación para dar lugar a una nueva noción de parentalidad que pone igualmente el acento sobre la voluntad bajo la forma de una toma en consideración de la responsabilidad voluntariamente asumida en el ejercicio de la función parental.

Son transformaciones ligadas a la multiplicidad de los modelos parentales que acaban con la disociación de la filiación y del parentesco y con el surgimiento de nuevas ideas de parentalidad, es decir, de funciones parentales totalmente desvinculadas no solo de lo biológico, sino también de la filiación misma. Consiguientemente, ni el lazo biológico, ni su plasmación jurídica son suficientes para agotar el vínculo de filiación: intervienen en él, junto a los factores biológicos y jurídicos, otros volitivos, afectivos, sociales y culturales, que han llevado a afirmar que padre es, verdaderamente, quien se comporta como tal y no quien simplemente está unido por lazos biológicos o jurídicos (Martínez de Aguirre)⁸⁶. Ello conlleva que, cada vez con mayor frecuencia, las

⁸⁵ GARCÍA RUBIO, M^a P., “La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *La Ley* 2005-5, pág. 1125, estima que este resultado supone una flagrante violación del principio de igualdad; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “El matrimonio de los homosexuales”, *AC*, 2004, pág. 2271 ss.; SOLÉ RESINA, Adopción y parejas homosexuales, en *Matrimonio homosexual y adopción. Perspectiva nacional e internacional*, Dir. Navas Navarro, Madrid, 2006, pág. 219; ROCA i TRÍAS, “Familias homosexuales: matrimoni, adopció i acolliment di minors”, *RJC*, 2006, págs. 23 y 27;...

Para CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, La “comaternidad”, ob. cit., pág. 431, el uso de la interpretación sociológica, exige una interpretación correctora, extensiva, de la DA 3^a Ley-1987 so pena de permitir por vía de una interpretación anacrónica y estrechamente literal de una injustificada distinción de trato. No la hay en realidad; hoy toda pareja, casada o no, homo o hetero, técnicamente ha de tener la misma posibilidad legal de instar la adopción conjunta.

⁸⁶ Por todos: RIVERO HERNÁNDEZ, en RAMS ALBESA, (coord.) *Comentarios al CC*, II, 2^o Barcelona, 2000, Bosch, pág. 1077; MALAURIE-H. FULCHIRON, *Droit civil. La famille*, Paris 2004, Defrénois, págs. 317 y ss.; MANTOVANI, I fondamenti della filiazione, ob. cit., págs. 8 y ss.

En palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “La filiación, entre biología y derecho”, ob. cit., págs. 825 y ss., el mero hecho de tratar a otra persona como un hijo, cuando la relación de filiación no está establecida jurídicamente, no constituye por sí solo un mecanismo de determinación de la filiación; a lo más a lo que conduce es a afirmar la posesión del estado de hijo y en su caso, a través de ella, a facilitar la atribución formal de la filiación. Del mismo modo, al menos en nuestro Derecho positivo, esa circunstancia tampoco sirve para blindar la filiación

relaciones familiares no se limiten a las personas que mantienen vínculos de consanguinidad o afinidad por el matrimonio, sino que se amplíe el tipo de relaciones entre adultos y menores sin ningún vínculo previo; aparecen así nuevos actores en el escenario familiar que se sitúan al lado de aquellos familiares que tradicionalmente se han hecho cargo de los menores.

Se constata consiguientemente una nueva forma de disociación entre la filiación y uno de sus efectos, la patria potestad para pasar a reconocer que la función parental podría independizarse total o parcialmente de la filiación y delegarse a un padre social, es decir, un padre de hecho y no de derecho.

Con todo, la entrada en escena de estos nuevos sujetos nos lleva a plantear la posibilidad de una paternidad múltiple o quasi-paternidad. Habitualmente, la hostilidad o aversión social y jurídica a esta circunstancia ha llevado a su no reconocimiento. Es por ello que se deba calibrar el posible reconocimiento de más o menos derechos a un padre “no legal” a partir de la relación especial que éste mantiene con el menor y con el padre legal.

Estos nuevos conjuntos aparecen caracterizados por el grupo formado por un progenitor, su cónyuge o pareja, los hijos por lo menos de uno de ellos y, si los hay, los hijos comunes⁸⁷. En todas estas hipótesis, uno de los dos adultos presente en el hogar, no es el padre biológico de uno de los niños del otro.

No se trata ni de un padre ni de un amigo⁸⁸, si bien se inserta hoy en el seno de las nuevas parentalidades que designan las relaciones en que un adulto se hace cargo de un niño que no es su padre sino que ejerce de hecho una función parental. Y así, “la evolución de las composiciones familiares ha mostrado la coexistencia al lado de la paternidad/maternidad comprendida como el ligamen padre-hijo, una función parental más o menos permanente fundada, no en una regulación o un lugar jurídico, sino sobre

legal cuando esta no coincide con la biológica, ya que es posible ejercitar las acciones de reclamación e impugnación de la filiación: la posibilidad de ejercitar estas acciones supone dar preferencia a la filiación biológica frente a la legal. Y, en sentido inverso, para constituir una relación de filiación artificial, desligada por completo de los lazos biológicos (la filiación adoptiva) no se exige que previamente medie una relación afectiva.

⁸⁷La viudez estuvo durante mucho tiempo en el origen de este tipo de familias; no obstante, con el paso del tiempo, la introducción y sucesiva liberalización del divorcio, además de la difusión de la convivencia *more uxorio* y de las familias monoparentales, ha contribuido a un ensanchamiento de los hechos que pueden comportar su creación y a constituir un campo propicio para la formación de estas nuevas familias. En la actualidad podemos decir que el mayor número de supuestos proceden de situaciones de crisis matrimonial y de maternidad extramatrimonial y ya, en menor medida, de viudez. Y todo ello sin olvidar aquel sector de parejas homosexuales que conviven con hijos de uno de sus miembros, ya sean fruto de una precedente unión heterosexual, concebidos a través de técnicas de reproducción asistida o adoptados por uno de ellos (homoparentalidad).

⁸⁸Se trataría de una relación que obviamente no hace parientes a los que no lo son, pero convierte en familiares a los que no lo eran: DÍAZ ALABART, “El pseudo “estatus familiae” en el Código Civil. Una nueva relación familiar”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LVIII, fascículo II, abril-junio, 2005, pág. 856.

una "competencia"⁸⁹. Resulta de este modo que en la constitución de la familia, el elemento carnal o biológico, ha perdido su importancia en provecho del elemento psicológico o afectivo.

En este tipo de familias reconstituidas, la pareja progenitora, conyugal y parental no coincide: el padre ha dejado de ser el esposo de la madre, y la madre, la esposa del padre⁹⁰. Refleja el conflicto entre las representaciones sociales dominantes de los actores en torno al parentesco, impregnadas todavía por la "fuerza de la sangre" como símbolo del lazo familiar, y su experiencia cotidiana, en la que "la sangre" cada vez tiene menos presencia real. Conflictos que se expresan a través de la dificultad de "nombrar" y asignar roles y estatus a todos los actores implicados en la compleja red de relaciones que surgen en las fronteras del parentesco y otros ámbitos como la amistad, en donde la elección y la voluntad sustituyen a "la evidencia de la biología".

Nos vamos a encontrar con casos, por tanto, en los que ser el progenitor no implica necesariamente ser el padre real, entendiendo aquí como padre real aquel que ejerce sus funciones como padre, que en este caso podría ser la figura del denominado padre social. Igualmente, el padre no tiene porqué ser necesariamente uno, sino que varios pueden cumplir las funciones paternas. Quizá, nuestra cultura se haya empeñado demasiado en llamar padre, de acuerdo a la imagen de progenitor, al que engendra y hoy nos codeamos con situaciones en las que salen a la luz: progenitor, padre social, y copaternidad, aunque, en ocasiones adheridos estos roles a la idea tradicional de un padre real progenitor. Se tiene la creencia de que el cariño está asegurado con el vínculo biológico y la creencia de que a la sangre le sigue el respeto⁹¹.

El peso que hoy se le otorga a lo relacional, permite que el padre social sea una figura menos difusa, más clara, con más sentido. A la vez, el progenitor deja de definirse por atributos consanguíneos, de respeto debido, de amor naturalizado, y se habla más de una conquista de la paternidad. Es la idea de disociar lo consanguíneo con las funciones paternas, de la disociación entre lo biológico y lo social.

⁸⁹ VERSINI, in "Rapport annuel 2006 de la Defenseure des enfants", *Doc. Fr.*, 2006, pág. 11.

Como escribía CARBONNIER "en la constitución de la familia, el elemento carnal, biológico ha perdido su importancia en provecho del elemento psicológico, afectivo... La familia ya no es el indivisible sistema tejido *jure sanguinis*, es un medio educativo que solo existe a condición de ser diariamente vivido (REBOURG, "Les familles recomposées: la prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune", *Actualite juridique famille*, 2007, pág. 290).

⁹⁰ MONCÓ REBOLLO y RIVAS RIVAS, "La importancia de "nombrar". El uso de la terminología de parentesco en las familias reconstituidas", *Gazeta de Antropología*, nº 23, 2007, <http://www.ugr.es/>.

⁹¹ JIMÉNEZ GODOY, "La paternidad en entredicho", *Gazeta de Antropología*, nº 20, 2004, Texto 20-19, <http://www.ugr.es>.

A este respecto resultan interesantes las siguientes reflexiones de Murat⁹² esbozando una distinción de conceptos que sirvan de base a construcciones jurídicas concretas o a la recomposición de instituciones ya existentes. Contrapone el autor francés los términos “*parenté*” y “*parentalité*”: La pertenencia a una *parenté* es un estado que inscribe al individuo en una genealogía; une a una familia utilizando la filiación como vector y resulta fundamental el papel de los sexos. Por el contrario, la *parentalité* es una función: aquella que cumplen algunos adultos aportando al niño medios materiales, educativos y afectivos; ésta no pasa por la filiación y no viene, por tanto, marcada por la diferencia de sexos. En las familias recompuestas, donde los padrastros, que son jurídicamente extraños en relación al niño, ocupan funciones de *parentalité*, ambos términos aparecen disociados.

De este modo la familia evoluciona hacia una toma en consideración del ligamen no jurídico: de la *parenté*, que implica un vínculo de filiación, a la *parentalité*, que implica la participación en la educación del niño. Del padre biológico o padre legal, al padre social, que no está ligado al niño por un vínculo de filiación ni por ningún ligamen jurídico. Se trata de un padre que se comporta como tal pero que no es un padre legal.

El problema deviene de la ausencia de un estatuto jurídico que regule su situación lo cual trae consecuencias importantes: no es titular de la patria potestad; no tiene ningún derecho sobre el niño en sus cuidados cotidianos ni en caso de separación o muerte. Está sometido sin más, a la buena voluntad del padre legal.

Y es precisamente la ausencia actual de reglas apropiadas la que pone de manifiesto la inconsistencia en derecho de esta noción. El término “parentalidad” de uso frecuente en los últimos años, es un término relativamente indefinido que le otorga una gran flexibilidad admitiendo dentro del mismo usos variados (se habla de monoparentalidad, pluriparentalidad, parentalidad adoptiva, homoparentalidad...) y siempre para indicar que el lugar del padre puede ser diversamente ocupado por uno solo de los padres, por un padre homosexual o por una pluralidad que hace la función de padres.

El futuro jurídico de la noción podría promoverse precisamente por la cuestión del lugar que ocupan los niños en la pareja homosexual, hecho de importancia capital ya

⁹² MURAT, Couple, filiation, parenté, pág. 66, en Rubellin-Devichi, *Des concubinages, Droit interne, droit international, droit comparé*. En igual sentido GALLUS, N., “Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités”, ob. cit., pág. 146.

que supone admitir nuevamente que un niño puede tener dos padres o dos madres (los niños pueden ser criados en el seno de una pareja homosexual de la cual uno de los miembros es su progenitor).

En este sentido, la expresión “*parentalité*” tiene de entrada la característica de “neutralizar”, en el sentido de hacer neutro desde el punto de vista de género, el lugar de padre. Hablar de parentalidad podría tener entonces esta primera función: enmascarar la diferencia entre maternidad y paternidad y así dar a pensar que uno u otro de los padres ocupan cada vez más frecuentemente una posición equivalente⁹³.

Se profundiza en la idea de “devenir –pasar a ser- padres”, más allá del estado de padres, de “ser” padres definido por el engendramiento. Más allá de la necesaria distinción de la posición sexual de la madre y del padre, quienes por una práctica de la sexualidad han generado un niño, se encuentra una posición parental neutra desde el punto de vista del sexo. Lo que hace que todo niño pueda ser criado por su madre, pero también por su padre, o por cualquier otra persona que cumple el papel de educador sin necesidad de distinción de sexo. Los padres en tanto que soportes de una función parental no tienen sexo; el sexo es secundario en relación a la parentalidad.

Asistimos, pues, a la construcción de una nueva paternidad en las sociedades contemporáneas desde una perspectiva neutra: ser padre es un estado que trasciende la diferencia de sexos⁹⁴ reconociendo un espacio común de responsabilidad parental indiferenciado. Es ésta una noción que permite dar cuenta de aquellos que juegan un papel parental, y cuya legitimidad no está fundada en un estatuto o en un lugar jurídico sino en una función o competencia.

Es un término que revela una exigencia, una necesidad, la de consagrar una competencia parental. La competencia remite a una aptitud de hecho, en tanto que el parentesco remite a un lugar jurídico (Claude Martin). Se pone en el lugar del padre, no a un ascendiente, sino a aquel que desempeña correctamente un papel de padre⁹⁵.

Con todo, se constata nuevamente en este caso la tensión entre la sangre y la voluntad: Es aquí donde es posible apreciar un comportamiento distinto de las personas

⁹³ En esta dirección en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia ya no se habla de padres y madres sino que, como hecho novedoso, se utiliza el concepto de progenitores, de forma genérica y sin especificar el sexo de cada uno de ellos.

⁹⁴ Vid. NEYRAND, G., *Mutations sociales et renversement des perspectives sur la parentalité*, en LE GALL, BETTAHAR (dirs.), *La pluriparentalité*, Paris, PUF, 2001.

⁹⁵ NEYRICK, *Del parentesco a la parentalidad*, Cruel et al., 2001: citado por CLAUDE MARTIN, “La parentalidad: controversias en torno a un problema público”. *Revista de estudios de género. La ventana*, núm. 022. Universidad de Guadalajara, México (págs. 7-34).

respecto de la maternidad y paternidad cada vez más ligadas a una decisión voluntaria de asumir tal responsabilidad, desvinculándolo del hecho biológico. En nuestro actual Derecho de familia no resulta descabellado que algunos de los deberes y derechos semejantes a los que crea la filiación se den entre personas carentes de vínculo de sangre. Así hemos visto que ocurre en el caso de la adopción o de la utilización de técnicas de reproducción asistida. En ambos casos, la base de la filiación que así se crea es un acto de voluntad. Por lo mismo, en este caso bien podría ser que el legislador haya entendido que un acto de voluntad es el del cónyuge no progenitor al admitir la convivencia en el hogar familiar del hijo o hijos de su consorte. Esta nueva disociación –esta vez no entre los elementos constitutivos de la filiación, sino entre la filiación y uno de sus efectos principales- encuentra igualmente su origen en el hecho de reconocer y de proteger, en interés del niño, el compromiso voluntariamente asumido por el padre social.

Todas estas manifestaciones del papel de la voluntad, de la verdad socioafectiva, son doblemente significativas, de una parte, de la transformación del concepto de filiación y, por otra, del papel del interés del niño que excluye toda construcción puramente biológica de los vínculos.

Bajo esta configuración no se hace sino subrayar que es perfectamente posible en derecho distinguir la construcción del vínculo de filiación como elemento de la identidad y el ejercicio de la parentalidad bajo una forma múltiple como elemento de compromiso y no de identificación⁹⁶.

La cuestión así planteada afecta al estatuto legal que debería reconocerse a favor de este “no padre” con el fin, por una parte, de autorizarlo a realizar válidamente actos vinculados a la vida cotidiana del niño y, de otra parte, asegurar la estabilidad del vínculo afectivo entre el niño y el padre social al tiempo que se armoniza la posición de este último con aquella del padre no custodio que corre el riesgo, en tal contexto, de ser posteriormente marginado del cuadro familiar.

En cualquier caso, y debido precisamente a que se funda sobre la voluntad, la pluriparentalidad no puede ser la regla general impuesta a todas las familias

⁹⁶ Estas parentalidades encuentran su origen en un acto de compromiso: es la voluntad de involucrarse en la educación del niño que no es el suyo y el deseo de ser reconocido en esta función y en su duración lo que conduce a la reivindicación de un estatuto jurídico susceptible de proteger la inversión educativa y asegurar, en interés del niño, su perdurabilidad independientemente de las afecciones de la vida de la pareja en la cual se ha integrado el niño.

Es ante todo una responsabilidad asumida en interés del niño; pero, la responsabilidad solo es posible por el compromiso, es decir la manifestación de voluntad (GALLUS, *Le droit de la filiation*, ob. cit., págs. 433 y ss.)

recompuestas u homoparentales sino que debe ser el resultado, bajo forma de reconocimiento jurídico, de un compromiso construido sobre la base de una relación afectiva que cumpla determinados condicionantes. Todo lo cual no es óbice para exigir una normativa básica que afirme el compromiso de quienes viven con los niños, sean o no sus padres; que impulse la responsabilidad, cooperación y solidaridad de quienes conviven con los niños. Ello permitirá reducir la ambigüedad de roles, afirmar el principio de responsabilidad familiar y permitir a los integrantes de estas familias tener expectativas claras acerca de sus derechos y deberes, lo que contribuirá a reducir el nivel de conflictos⁹⁷. Sin perjuicio, como decimos, del respeto a la autonomía privada, a la libertad de los integrantes de la familia para definir su propia organización.

En la actualidad es clara la tendencia en el derecho comparado a otorgar relevancia a este tipo de relaciones. Y siempre con un denominador común y es que si bien cada Estado adopta su propia respuesta respecto al lugar a ocupar por el padrastro, todos los sistemas jurídicos encuentran dificultades a la hora de organizar jurídicamente sobre la base de sus fundamentos tradicionales, las nuevas relaciones que estas segundas familias originan.

Tal carencia normativa ha llevado a admitir con carácter general el recurso a la adopción cuyo régimen ha sido objeto de modificaciones con el fin de tutelar la posición del padre no custodio. No parece, sin embargo, una solución idónea.

Ningún país otorga a los padrastros patria potestad automática al casarse con el progenitor del niño. La mayoría no reconocen a los padrastros fuera de la adopción legal; es el caso de Bélgica, Italia o España⁹⁸ que no otorgan ningún lugar al padrastro

⁹⁷ GROSAN, Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el Mercosur y países asociados, págs. 85 y ss., en *Hacia una armonización del Derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Lexis Nexis Argentina, 2007, págs. 116-117-119.

⁹⁸ Tan sólo encontramos algunos avances en los derechos autonómicos. En esta tarea, el Derecho aragonés ha sido pionero. La L. 13/2006 de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón, en su art. 72: permite al padrastro participar en la autoridad familiar, si bien la norma lo restringe a los supuestos en que existe un único titular de la autoridad familiar y para los casos de matrimonio entre el titular y el tercero conviviente. Y, de otro lado, en el caso de fallecimiento del único titular de la autoridad familiar le otorga una posición privilegiada respecto de los demás familiares que pueden asumir tal autoridad.

Y un nuevo avance lo ha supuesto la Ley 15/2010, de 29 de julio del libro segundo del Código Civil de Cataluña (en vigor a partir del 1 de enero de 2011). Admite que, durante la convivencia el padrastro realice actos de la vida ordinaria en interés del hijo (relaciones con los educadores, atención a las necesidades ordinarias...). Y una vez muerto el progenitor que tenía la guarda de forma exclusiva, si el otro progenitor no la recupera, la autoridad judicial atribuirá excepcionalmente al viudo o al conviviente superviviente la guarda y demás responsabilidades parentales, siempre y cuando sea favorable al interés del menor y se garantice que todos sean oídos.

A nivel estatal, la única vinculación jurídica entre los hijos de uno solo de los esposos y el consorte de su progenitor es un parentesco de afinidad. A esta situación de los hijos de uno sólo de los cónyuges que conviven con ambos en el hogar familiar, hacen referencia los artículos del Código Civil, 1362.1, in fine, estableciendo ciertas cargas en relación a ellos para el cónyuge no progenitor; y el art. 236, respecto del consorte del tío que puede ser nombrado tutor.

ni existe ningún dispositivo que le permita participar en el ejercicio de la patria potestad sobre el niño de su cónyuge o de su compañero sino que es considerado como un tercero. A lo máximo que se suele llegar es a reconocer la actitud participativa de los padrastros compensándoles con cierto grado de custodia: así en países como Alemania, Dinamarca y Países Bajos sólo autorizan la participación del padrastro en el ejercicio de la patria potestad cuando aquella únicamente es ejercida por uno solo de los padres. Y sólo con carácter excepcional se ha llegado a reconocer al padrastro-no custodio; véase lo acontecido en Inglaterra que permite al padrastro compartir la patria potestad con los padres cualquiera que sea el estatuto jurídico y la orientación sexual de la pareja recompuesta o Suecia donde si bien no se permite al padre participar en el ejercicio de la patria potestad en caso de recomposición familiar, sí reconocen al padrastro en el caso de niños nacidos en el seno de parejas homosexuales. En definitiva, incluso entre los países en los que el reconocimiento de los terceros es efectivo, se hace en diferentes grados y en diversas condiciones⁹⁹.

III. Consideraciones finales a modo de colofón.- El derecho de filiación se construye siempre sobre dos ejes diferentes y en algunas ocasiones contradictorios que son, la verdad biológica y la verdad afectiva. Partiendo de este doble fundamento, hemos puesto de manifiesto el papel creciente de la voluntad en un ámbito del cual debería estar excluida en virtud del principio de indisponibilidad que rige en esta materia. La evolución legislativa tiende a integrar al niño en la familia que le ha deseado y que ha manifestado un compromiso parental, independientemente de las circunstancias de su concepción.

Los efectos de esta voluntad y del reconocimiento por el derecho de la importancia de una filiación vivida –importancia que llega a la exclusión de la verdad genética- ponen de manifiesto un cambio radical de la filiación en el sentido jurídico del término.

La filiación no es, en tanto que institución, sinónimo de engendramiento; es un modo de estructuración del parentesco y, a este título, presenta un carácter pluridimensional cuyo objetivo final es asegurar la protección del interés del niño.

En efecto. La biología es el fundamento de la filiación natural; quien es jurídicamente padre o madre lo es porque biológicamente es progenitor. Ello se traduce

⁹⁹ Vid. sobre el tema TAMAYO HAYA, S., *El estatuto jurídico del padrastro*, ed. Reus, 2009.

en el principio de veracidad biológica, lo que quiere decir que, como norma, la filiación biológica determina la jurídica: por eso se posibilita la investigación de la paternidad y se establecen mecanismos jurídicos dirigidos a propiciar la adecuación entre la filiación jurídica y la biológica, como son las acciones de impugnación y reclamación de la filiación. Pero, en tanto en cuanto la filiación es un concepto jurídico y no biológico, o en todo caso no exclusivamente biológico, el principio de veracidad biológica no es el único que debe ser tomado en consideración, sino que en ocasiones debe ceder ante otros, que representan valores igualmente protegibles: el principio de interés superior del menor y el de seguridad de las relaciones de filiación.

Gérard Cornu ha resumido perfectamente esta multiplicidad de factores: “El derecho de la filiación no es solamente un derecho de la verdad. Es también, en parte, un derecho de la vida, del interés del niño, de la paz de las familias, de las afecciones, de los sentimientos morales, del orden establecido...”. En otros términos, el derecho de filiación no es el derecho de la filiación biológica, es también el de la filiación querida y vivida¹⁰⁰.

En este sentido, el derecho familiar se ha ampliado progresivamente para englobar una dimensión psico-socio-afectiva, como elemento creador de la filiación, que proteja a los niños. Lo cual no significa que verdad biológica y socio-afectiva se excluyan. Si el papel de la voluntad es creciente y determinante, como hemos intentado demostrar, resulta inoportuno oponer la verdad biológica y la verdad socio-afectiva, es decir la voluntad, pretendiendo excluir la una en provecho de la otra en la definición del fundamento de la filiación. La coexistencia es útil y legítima. El principio de la filiación biológica no instituye en primer lugar un derecho sino un deber moral y legal, el de ser padre y madre del niño del cual soy el padre; el de la filiación voluntaria instituye un derecho: el de devenir, si quiero, el padre o la madre de un ser que no he engendrado. Puede y debe completar al primero pero no sustituirle completamente.

Razonar en términos de simple alternativa sería un error en la medida en que la noción de filiación es compleja y se construye sobre datos diversos representativos de la concepción que la sociedad se hace del parentesco. Esta concepción es el resultado de un equilibrio –evolutivo– entre dimensiones sociológicas, culturales, biológicas, estructurales, afectivas... y es precisamente este equilibrio el que asegura la coherencia del vínculo. El papel del derecho es encuadrar este modelo a fin de evitar o, al menos,

¹⁰⁰ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Paris, éd. Montchrestien, 1984, n° 201.

regular los conflictos entre los intereses a veces contradictorios que están en juego velando por dar prioridad al interés del niño¹⁰¹.

Pues bien, en tanto en cuanto “jurídicamente” la biología no es el único factor determinante en la paternidad/maternidad, hay determinados aspectos de la filiación que merecen una revisión en nuestro Derecho a la vista de las nuevas necesidades sociales¹⁰².

De esta evolución se pueden destacar al menos dos causas principales¹⁰³:

- Curiosamente, mientras los progresos médicos permiten alcanzar la verdad genética, la filiación deviene cada vez más incierta en la medida en que ha perdido su unidad natural. La maternidad genética, gestacional e intencional, es decir afectiva, puede disociarse.

La consecuencia va a ser el refuerzo de lo afectivo y un cierto retroceso de la biología en la definición misma del fundamento de la filiación. El reflejo de estas consideraciones se manifiesta sobre todo en la utilización de otras vías para ser padre o madre en las que la base de la filiación que así se crea es un acto de voluntad y que ponen de manifiesto el desbordamiento de los límites biológicos por parte del Derecho a través de la creación de vínculos puramente jurídicos¹⁰⁴. Voluntad que se manifiesta en

¹⁰¹ GALLUS, Le droit de la filiation, ob. cit., pág. 445.

¹⁰² La creciente importancia que tienen en estos nuevos vínculos de filiación la voluntad, los deseos y los intereses de los padres, abre la puerta a un modelo de régimen de la filiación –que BARBER CÁRCAMO ha denominado gráficamente como de tercera generación-, centrada en el interés de los progenitores, antes que en el de los hijos. En tal caso el interés del hijo, afirmado formalmente por las leyes, no pasa de ser una coartada hipócrita tras la que se oculta el interés de las partes (La afirmación procede de MALAURIE y FULCHIRON -*La famille*, pág. 317-, en relación con la exaltación de la voluntad en el Derecho de la filiación): MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, “La filiación entre biología y derecho”, ob. cit., pág. 848. En cualquier caso, afirma este último autor, de nuevo es la biología (la naturaleza), de la que las reformas legales han querido prescindir, la que está en la base de este resultado que es el que actualmente se produce en nuestro Derecho civil.

¹⁰³ Sobre estas consideraciones vid. GALLUS, N., “Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge”, ob. cit., págs. 33 y ss., 147 y ss.

¹⁰⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., “La filiación, entre biología y derecho”, ob. cit., págs. 824 y ss.: El que el derecho haya establecido mecanismos indirectos para determinar jurídicamente la filiación ha permitido que, en un porcentaje muy alto, la filiación que consta jurídicamente se identifique con la biológica: es lo que sucede, por ejemplo, cuando mediante la presunción de paternidad del marido se atribuyen al marido los hijos de su esposa.

Hay otros casos en los que la paternidad, o más difícilmente la maternidad es atribuida jurídicamente a quien no es biológicamente progenitor: es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la presunción de paternidad atribuye jurídicamente al marido el hijo que en realidad es fruto biológico de las relaciones sexuales adulterinas habidas entre la esposa madre y un tercero. Se produce entonces una disociación, normalmente involuntaria, entre la filiación biológica y la jurídica.

Finalmente junto a ellos hay otros supuestos en los que el Derecho positivo opta por crear entre dos personas un vínculo de filiación puramente jurídico, que carece de base biológica, siendo el Derecho consciente de que las cosas son así: estamos ante filiaciones puramente jurídicas como ocurre con la adopción o las técnicas de reproducción asistida.

Al hilo de estas filiaciones intencionalmente no biológicas, legalmente posibles, MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ introduce una distinción: se refiere a la diferencia entre aquellos casos en los que la filiación creada por el Derecho sería biológicamente posible y aquellos casos en los que la filiación creada por el Derecho no sería biológicamente posible (los padres son dos varones o dos mujeres en los casos de adopción conjunta por un matrimonio homosexual, o de empleo de técnicas de reproducción asistida en una mujer casada con otra. Es lo denomina el autor “principio de *verosimilitud*” de estas filiaciones puramente jurídicas, que deben ser verosímiles

la procreación natural pero con mayor fuerza en las técnicas de reproducción asistida o en la adopción.

Sobre esta base, el derecho de filiación se ha convertido hoy en autónomo, es decir, independiente de las estructuras de vida elegidas por los progenitores; los principios de interés superior del niño, de igualdad y no discriminación implican que, tanto el establecimiento de los vínculos de filiación del niño como sus efectos, deben ser organizados sin distinción según el modo de vida de los padres.

Ha dejado de ser un accesorio del matrimonio y ha consagrado un nuevo campo a favor de la autonomía de la voluntad bajo la forma de un compromiso o proyecto parental; hoy el proyecto parental resulta de una voluntad y se convierte no sólo en el criterio que justifica la determinación de una filiación basada en la verdad afectiva sino que, a veces, incluso, deviene el fundamento único del vínculo con exclusión de toda referencia a la verdad genética. De este modo, al lado del principio de “veracidad” se sitúa otro principio que expresa valores de “responsabilidad” (en la procreación) a través de una elección libremente asumida. Resulta cuanto menos curioso como, mientras los progresos científicos nos permiten alcanzar certezas respecto a los orígenes genéticos de un niño, la biología se aleja en cuanto la filiación se construye sobre nociones nuevas de compromiso.

El principio de verdad ha de ceder de cara a situaciones en las que la fijación del status “no sea expresión del valor de responsabilidad para la procreación”. Es el interés del menor el que contribuye a rediseñar el delicado equilibrio entre *favor veritatis* y *favor legitimatis* dado que se presenta dudoso que éste haya de coincidir siempre con el interés a la verdad. En ocasiones, el interés del menor junto con la importancia otorgada a los valores socio-afectivos, puede llevar a eliminar el conflicto de una paternidad biológicamente dudosa, dejando subsistente un status no verdadero. En fin, el principio de verdad sucumbe ante los valores afectivos y sociales de responsabilidad. Dentro de este nuevo contexto el tradicional *favor legitimatis* abandona la originaria ratio de tutela del decoro y de la integridad de la familia, para afirmarse como expresión del preeminente interés del hijo en aras a la certeza y estabilidad del propio status¹⁰⁵.

como filiaciones. La distinción le parece importante, y desconocerla (como ocurre en España) estima tiene consecuencias relevantes para el propio concepto de filiación, que se ve, en el sentido más literal de la expresión “desnaturalizado”.

¹⁰⁵ MANTOVANI, M., I fondamenti della filiazione, ob. cit., pàgs. 234-238-239.

Aparece el interés del niño no ya como un concepto representativo de un ideal abstracto sino como la expresión de un derecho a la certeza y estabilidad del propio status y, en consecuencia, de una identidad conforme a lo vivido: GILDA FERRANDO, La filiazione, ob. cit., pág. 37.

Todo ello provoca un cambio total en los conceptos que dejan de ser únicos para dar lugar a pluriparentalidades, bajo forma de proyecto y responsabilidades parentales, y donde el derecho deja de ser la única norma vinculante generadora del vínculo, para convertirse más bien en la norma acompañante de una voluntad preexistente realmente creadora. La voluntad en sí misma no es suficiente sino que la ley debe asegurar el acceso a la misma. Es decir, la intervención de la ley siempre será necesaria para asegurar el establecimiento y la estructuración del vínculo. Se trate de las familias que recurran a las técnicas de reproducción asistida, de las familias adoptivas o de familias recompuestas, en nuestras sociedades, es el derecho, favoreciendo la lógica sustitutiva a la lógica adicional, el que dice “quiénes son los padres”, en cuanto existen situaciones de pluriparentalidad¹⁰⁶. El derecho conserva por tanto toda su importancia lo que ocurre es que su papel ha cambiado en razón del desplazamiento de la frontera entre la autonomía de la voluntad y la indisponibilidad de orden público del estado civil¹⁰⁷.

Con todo, estas nuevas vías que se ofrecen para acceder a la maternidad/paternidad, han propiciado la posibilidad de concebir un hijo, jurídicamente hablando, en solitario, ya sea por una mujer recurriendo a las técnicas de reproducción asistida o la adopción, o también por un hombre en este último supuesto, opciones todas que encuentran en la libertad personal su justificación. Encontramos pues que se constituyen ab initio familias monoparentales. Este tipo de familias ya no es el resultado de una serie de circunstancias que en el curso de la relación han quebrado el modelo hasta hace poco imperante, es decir, de contar con un padre y una madre, como pueden ser la muerte de uno de los progenitores o la crisis familiar que ha llevado a que la convivencia se realice con uno solo de ellos, sino que responde a una concepción muy diferente de las familias, resultado de la libertad personal¹⁰⁸.

Pero quizás el cambio más sobresaliente que se ha dado en estas relaciones tiene que ver con el reconocimiento a las parejas homosexuales de la posibilidad de adoptar, pues en este caso los progenitores son del mismo sexo. Con ello se ha trastocado definitivamente un tipo de familia todavía muy presente que descansa en un padre y una madre y cuyo origen radica en la consideración de la paternidad y maternidad exclusivamente como un rol social; como una función que no tiene sexo.

¹⁰⁶ DIDIER LE GALL, “La evolución de la familia. De la aparición del pluralismo familiar a la cuestión de la pluriparentalidad”. *Espacio Abierto*, v. 17, n° 4 (octubre-diciembre, 2008), pág. 649.

¹⁰⁷ GALLUS, N., *Le droit de la filiation*, ob. cit., pág. 435.

¹⁰⁸ VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., “Reflexiones sobre el Derecho de Familia”, ob. cit., pág. 92.

En efecto, la homoparentalidad rompe con el orden implícito de lo masculino relacionado con la producción y lo femenino con la reproducción. La paternidad y la maternidad no son más que funciones intercambiables ejercidas por individuos. La desigualdad entre hombre y mujer en la procreación se encuentra de alguna suerte “compensada” por una igualación de los papeles y funciones; las funciones paternas y maternas no son ya percibidas como funciones sexuadas (datos “naturales”), sino como construcciones sociales de una función parental sexuada¹⁰⁹.

De este modo, si el movimiento feminista permitió la disociación entre sexualidad y reproducción, el movimiento homosexual radicaliza la ruptura entre reproducción y filiación. Para que haya reproducción biológica es preciso el encuentro de un espermatozoide y un óvulo, pero no para que exista filiación. Así, ya no es la capacidad reproductiva lo que funda la filiación jurídica sino la voluntad individual y/o compartida en el marco de un proyecto parental. Con lo cual, las uniones del mismo sexo nos abocan nuevamente a asumir un sistema de filiación fundado exclusivamente en la voluntad¹¹⁰.

Los principios de igualdad y de no discriminación exigen que todos los niños vean protegidas las relaciones de derecho y de hecho que concurren en la construcción de su identidad; y prohíben otorgar al derecho una función de control del acceso al niño que sería ejercitado de una forma diferente según las elecciones de sexualidad. Si la facultad de engendrar no es ni requisito del matrimonio, ni de la familia constituida por una pareja no casada, mal puede constituirse en factor diferenciador de efectos jurídicos¹¹¹.

- A estos cambios que perturban en gran medida las reglas de la filiación, se añaden además transformaciones ligadas a la multiplicidad de los modelos parentales – necesariamente iguales bajo pena de discriminación-, que acaban con la disociación de la filiación y del parentesco y con el surgimiento de nuevas ideas de parentalidad, es decir, de funciones parentales totalmente desvinculadas no solo de lo biológico, sino también de la filiación misma.

En este sentido, en segundo lugar, es importante poner de relieve como un factor relevante de esta evolución la disociación entre parentesco y unión conyugal. Proyecto

¹⁰⁹ GALLUS, N., *Le droit de la filiation*, ob. cit., pág. 448.

¹¹⁰ BORRILLO, “Modernidad y matrimonios del mismo sexo”, <http://www.jornada.unam.mx/2010/01/07/ls-opinion.html>; LAMM, “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, ob. cit., pág. 167.

¹¹¹ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a O., *Igualdad sexual y diversidad familiar*, ob. cit., pág. 102.

parental y proyecto conyugal devienen autónomos tanto en su origen –devenir padre es una elección personal independiente de la unión conyugal- como en su duración – aunque la pareja se separe, el vínculo parental permanece-. Asistimos, por tanto, a una pérdida de importancia del matrimonio en el definir la condición jurídica de los hijos, lo que se acompaña de la mayor fragilidad del matrimonio mismo y del emerger de múltiples modelos de familia diversos del tradicional.

Las recomposiciones familiares se multiplican y aparece entonces una noción de “parentalidad”, separada de la biología y en algunas ocasiones incluso de toda filiación jurídica establecida, que contempla la situación en la que la responsabilidad parental es asumida por un padre y su pareja, es decir, por una persona que no tiene un vínculo de filiación con el niño. No existe entre ellos parentesco en sentido estricto, sino que participa cotidianamente en sus cuidados.

La pareja progenitora, conyugal y parental no coincide: el padre ha dejado de ser el esposo de la madre, y la madre, la esposa del padre. Ser el progenitor no implica por tanto ser el padre real ni el padre tiene porqué ser necesariamente uno sino que se plantea la posibilidad de una paternidad múltiple o quasi-paternidad. De esta forma, la familia da un paso más evolucionando hacia una toma en consideración del ligamen no jurídico: es la idea de disociar lo consanguíneo con las funciones paternas, de la disociación entre lo biológico y lo social.

Estas parentalidades adicionales encuentran nuevamente su origen en un acto de compromiso: es la voluntad de asumir la educación de un niño que no es el suyo y el deseo de que se reconozca dicha función, con independencia de los vínculos de sangre o de derecho, lo que lleva a la reivindicación de un estatuto jurídico capaz de proteger esta relación afectiva en interés del niño.

De ahí la afirmación de que no es ya la familia –y más precisamente la familia legítima constituida en el matrimonio- quien hace al niño, sino que es el niño quien hace a la familia, bajo formas múltiples: monoparental, biológica, homosexual, adoptiva, recompuesta...¹¹².

Ello conlleva que, cada vez con mayor frecuencia, las relaciones familiares no se limiten a las personas que mantienen vínculos de consanguinidad o afinidad por el matrimonio, sino que se amplíe el tipo de relaciones entre adultos y menores sin ningún vínculo previo. Los términos matrimonio-reproducción-filiación se disocian, con lo cual

¹¹² GALLUS, N., *Le droit de la filiation*, ob. cit., pág. 25, 411.

las categorías madre-padre, femenino-masculino y el reparto tradicional de papeles se ponen en tela de juicio.

Consiguientemente, ni el lazo biológico, ni su plasmación jurídica son suficientes para agotar el vínculo de filiación: intervienen en él, junto a los factores biológicos y jurídicos, otros volitivos, afectivos, sociales y culturales, que han llevado a afirmar que padre es, verdaderamente, quien se comporta como tal y no quien simplemente está unido por lazos biológicos o jurídicos¹¹³.

Estos hechos conducen al mismo tiempo a otros cambios respecto de los conceptos tradicionales. Así, si hasta ahora el ejercicio de la patria potestad se había considerado como una consecuencia del vínculo jurídico de filiación, ahora aparece una nueva noción de parentesco social o parentalidad, término que designa el compromiso en la educación y mantenimiento de un niño a cargo de la persona que asume esta función pero sin tener un vínculo jurídico de paternidad o maternidad con el niño en aras a la estabilidad afectiva del vínculo y la paz de las familias.

Con todo, la noción de parentalidad no es sino el resultado de las transformaciones en curso de la familia contemporánea. Cuando la familia estaba organizada con referencia a la familia nuclear y legítima -una familia fundada en el matrimonio, instituyendo los papeles, los deberes y las obligaciones de los padres; una familia estable, fecunda, con una fuerte división de los roles respectivos del hombre y de la mujer-, las nociones de parentesco, de paternidad y de maternidad, de padre y madre, parecían ser suficientes. Los cambios en el estatuto de las mujeres, la potenciación de la voluntad individual o la evolución de la legislación y de las tecnologías hacen surgir en las familias monoparentales, recompuestas, homoparentales,... otras figuras que desestabilizan el modelo genealógico tradicional. Pero con las transformaciones que han sufrido las estructuras familiares esta sencilla

¹¹³ Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE y ALDAZ, C., "La filiación, entre biología y derecho", ob. cit., págs. 825 y ss., el factor biológico es el punto de partida, pero pierde progresivamente importancia frente a los factores sociológicos y afectivos a medida que pasa el tiempo: Cuando nace un niño, el dato fundamental en su filiación es el biológico: quiénes son biológicamente su padre y su madre, que son quienes están obligados a prestarle la atención y protección que necesita; cuando ha pasado el tiempo, y una o dos personas (que no son sus padres biológicos) han cumplido esos cometidos como si fueran sus padres -y presentándose como tales-, aunque biológicamente no lo sean, entonces sí estamos en presencia de una filiación socio-afectiva que compite, por así decir, con la biológica (Digo, presentándose como padres, porque no se trata sólo de que hayan cuidado del niño como si fueran sus padres, sino también de que se hayan instaurado vínculos afectivos semejantes a los paterno filiales, que es lo que permite hablar de un conflicto entre la paternidad biológica, y la socio-afectiva. Si quien ha prestado esos cuidados lo ha hecho sin presentarse como padre (un familiar que ha acogido al niño, y lo ha cuidado, sin pretender ser otra cosa que su tío), no existe un problema de conflicto de las filiaciones). Por eso el elemento cronológico es importante: se puede decir que mientras la filiación biológica es un dato inalterable, que no cambia con el transcurso del tiempo, la filiación socio-afectiva va creciendo y consolidándose con el paso del tiempo.

familia biparental es cuestionada y nuevos actores toman lugar en el escenario familiar, mientras que otros, antes legítimos ven por el contrario debilitarse su papel. Las funciones parentales no son necesariamente asumidas por una pareja casada ni por las mismas personas a lo largo de la educación del niño. Corresponderá, pues, a la complejidad de las trayectorias familiares una complejización de los lugares y los papeles a representar¹¹⁴.

Todo ello da como resultado un diverso comportamiento de las madres y padres que tendrán, sin duda, reflejo en las relaciones familiares. Y si algo se pone de relieve precisamente con estas consideraciones es el hecho de incidir en el papel creciente de la voluntad individual en la creación del parentesco y también sobre la evolución del estatuto de las mujeres¹¹⁵. Y es que la igualdad está muy ligada a la libertad, dado que el principal obstáculo para que las mujeres pudieran actuar con autonomía estaba en el sometimiento a la autoridad del marido; conseguida la igualdad se alcanzaba también la libertad¹¹⁶.

Actualmente, cada uno está convencido, en efecto, de que la formación o la ruptura de la pareja y la constitución de su descendencia son un asunto personal: escogemos el número de nuestros hijos, el momento para tenerlos, podemos convertirnos en padres con un nuevo cónyuge, sin cónyuge, convertirnos en padres aun siendo estériles u homosexuales... Y, aunque persisten en cierta medida los modelos tradicionales, hay numerosas expresiones de una nueva parentalidad, tendencias esperanzadoras hacia una distribución más simétrica de las tareas de crianza y una creciente democratización de los vínculos familiares.

Es por lo que nos encontramos ahora ante mujeres más independientes, con mayor autonomía para decidir su futuro, para actuar en las relaciones de pareja y respecto de la maternidad. No obstante, pese a que la parentalidad concebida como un sistema relacional de prácticas y de modos subjetivos a través del cual hombres y mujeres crían a sus hijos está en un claro proceso de transformación, la realidad práctica nos demuestra que hemos de ser cautelosos a la hora de evaluar la dimensión profunda de estos cambios, dado que, la transformación subjetiva de la feminidad y la masculinidad, aún no corre pareja con los nuevos roles; esto es, por seductora que sea

¹¹⁴ CLAUDE MARTIN, "La parentalidad: controversias en torno a un problema público", ob. cit.

¹¹⁵ FINE, *Pluriparentalité et système de filiation dans les sociétés occidentales*, en LE GALL y BETTHAR (eds.). *La pluriparentalité*, PUF, París, 2001, pág. 69.

¹¹⁶ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M., "Reflexiones sobre el Derecho de Familia", ob. cit., pág. 83.

semejante hipótesis, ésta es aún muy discutible, en tanto que las funciones maternas y paternas están, todavía, muy determinadas por una fuerte división de roles de los sexos.

Resumiendo, el análisis realizado nos aboca a constatar un cambio radical de la filiación y la acentuación del papel de la voluntad, consecuencia de las disociaciones entre filiación y conyugalidad, entre filiación y sexualidad, entre filiación y procreación. Lo cual deriva en un derecho de filiación autónomo, es decir, independiente de las estructuras de vida personal elegidas por los progenitores del niño, que ha dejado de ser un “accesorio” del matrimonio y que ha consagrado un nuevo campo a favor de la autonomía de la voluntad sobre la base de la estructuración del compromiso parental y no sobre la estructuración del modelo familiar; así, el principio de verdad deberá ceder ante situaciones en las que la fijación del *status* no sea expresión del valor de responsabilidad para la procreación.

En cualquier caso, cualquiera que sea el papel otorgado a la voluntad, si bien necesario no va a ser suficiente dado que la ley ha de asegurar el acceso a la investidura social y jurídica. El derecho conserva por consiguiente toda su importancia, pero su papel ha cambiado como consecuencia del desplazamiento de la frontera entre obligación y libertad, entre la autonomía de la voluntad y la indisponibilidad de orden público del Estado. La conciliación de la autonomía y del necesario papel de la ley ha de articularse en adelante de forma diferente. No se trata de razonar en términos de exclusión, sino más bien de realizar un juicio centrado sobre los principios generales del derecho como son la dignidad del hombre, la responsabilidad y la primacía del interés del niño¹¹⁷.

El interés del niño percibido, no como un concepto representativo de un ideal que revela una utopía, sino como la expresión de su derecho a la certeza y estabilidad del propio *status* y por tanto a una identidad conforme a lo vivido, ha de constituir el hilo conductor de toda reflexión en materia de parentesco o parentalidad sin ningún atisbo de discriminación. Será éste el elemento que contribuya a rediseñar el delicado equilibrio entre verdad formal y verdad biológica; y así en ocasiones ocurrirá que el principio de verdad haya de sucumbir ante los valores afectivos y sociales de responsabilidad.

¹¹⁷ GALLUS, N., *Le droit de la filiation*, ob. cit., pág. 21.

No obstante, en esta nueva perspectiva, si todo es posible, no todo ha de ser necesariamente permitido dado que el derecho tiene una función de ordenación cuyo objetivo se centra en estructurar la filiación para asegurar el establecimiento y la protección en la igualdad y en el respeto de la dignidad y de la libertad de cada uno.

Lo cual nos lleva a terminar preguntándonos hasta dónde nuestra sociedad aceptará en el futuro utilizar ficciones jurídicas para fundar la filiación sobre la voluntad. Sólo el tiempo nos dará una respuesta.