



***MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA PROFESIÓN
DE ABOGADO POR LA UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
(EN COLABORACIÓN CON EL ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DE CANTABRIA)***

TRABAJO FIN DE MÁSTER

CURSO ACADÉMICO 2022-2023

**LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

**FILIATION DERIVED FROM ASSISTED REPRODUCTION
TECHNIQUES**

MARTA SÁNCHEZ SANTURDE

DIRECTOR/A: LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY

ÍNDICE

Resumen	3
1.-Introducción	4
2.- La filiación: concepto.....	6
2.1 Contenido básico de la filiación	9
2.2 Regulación legal de la filiación	14
3.- Clases de filiación y determinación	21
4.- Reconocimiento de la filiación.....	27
5.- Efectos de la filiación	32
6.-Acreditación de la filiación	33
6.1-Posesion de estado	34
7.- Técnicas de reproducción asistida.....	36
7.1.- Concepto y antecedentes legislativos en materia de reproducción asistida.....	36
7.3. Tipos de técnicas de reproducción asistida y sujetos intervinientes en las TRHA	42
8.- La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.....	51
8.1. Filiación biológica derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida homólogas.	52
8.2. Filiación no biológica derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida heterólogas.	55
8.3. Las técnicas de reproducción asistida: supuesto de inexistencia de pareja.....	59
8.4. Fecundación post mortem.	61
8.5. Doble maternidad por naturaleza	67
8.6. La gestación subrogada.	70
9.- Conclusiones	81
10.-Bibliografía	85

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. La aparición de estas técnicas ha hecho que en España el concepto de familia tradicional haya evolucionado hacía otros nuevos modelos de familia apoyando por distintas leyes, desde la primera LTRA de 1988 hasta la actual de 2006. Podemos definir la filiación como el vínculo existente entre un hijo y su padre o madre, relación de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones. La filiación podrá ser entendida matrimonial o no matrimonial, en función del vínculo de unión de los progenitores, también estudiaremos la existencia de la filiación de los hombres o mujeres solos, como también la filiación post mortem para los casos de la utilización del material genético del marido o pareja estable una vez que éste hubiese fallecido. De la misma manera se hará un análisis de la gestación subrogada, lo qué significa ese tipo de reproducción asistida, lo que implica y el por qué está prohibida legalmente en nuestro país y la jurisprudencia que se ha desarrollado gracias a esa técnica.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyse filiation derived from assisted reproduction techniques. The appearance of assisted human reproduction techniques has meant that in Spain the concept of the traditional family has evolved towards other new family models supported by different laws, from the first LTRA of 1988 to the current one of 2006. Filiation is the link between a child and his or her father or mother, a relationship from which a series of rights and obligations are derived. Filiation can be understood as matrimonial or non-matrimonial, depending on the union of the parents, we will also study the existence of filiation of single men or women, as well as post mortem filiation in cases of the use of the genetic material of the husband or stable partner once he or she has died. We will also analyse surrogacy, what this type of assisted reproduction means, what it implies and why it is legally prohibited in our country and the jurisprudence that has developed thanks to this technique.

1.-INTRODUCCIÓN

Establecer el vínculo paterno filial es una cuestión de gran relevancia por la cantidad de deberes y derechos que se derivan para las partes que quedan unidas a través de esa relación; relaciones que tienen como máximo fin el interés superior del menor, además de la protección integral de la familia.

La filiación no solo se va a entender como el acto de tener un hijo, si no que va a permitir el acceso a la paternidad y a la maternidad. Podemos observar que la filiación podrá ser matrimonial, también con parejas de hecho, parejas estables y hasta incluso con personas solteras, observando la gran evolución que ha tenido en España el concepto de familia. Históricamente la filiación tenía efectos muy distintos a los actuales, porque la filiación del menor quedaba determinada respecto a la unión en matrimonio de los progenitores, razones que no son válidas en la actualidad por motivos discriminatorios que serán explicados a lo largo del trabajo.

Se hará mención acerca del reconocimiento por parte del padre a la filiación del hijo fallecido. Estudiaremos esta figura explicando su desarrollo en como en España, a través de diferente normativa; además de apoyarnos en el derecho comparado viendo como se entiende esta figura en los códigos civiles de Francia, Italia y Portugal.

Gracias a al desarrollo de las técnicas de reproducción asistida se ha ofrecido una gran oportunidad para alcanzar la paternidad o maternidad en aquellas personas que presentan alguna dificultad para ser padres. La encargada de regular todas las TRA es la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, presta una importante atención a los supuestos en los que se utiliza material reproductor de un donante, aportación que beneficia a mujeres que quieren ser madres solteras, de la misma manera, también acudirán a este supuesto las mujeres de las cuales sus maridos tienen problemas de fertilidad. Indicaremos que antes de la introducción de esta Ley, en España tuvieron lugar otras normativas que regularon esta materia. La primera de ellas fue la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la cual ya permitía a las mujeres sin pareja acceder a la reproducción asistida; la segunda gran ley en materia fue Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley

35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida¹ reforma producida por grandes avances científicos que iban a impulsar a dar respuesta a los vacíos normativos que se habían generado, hasta llegar a la actual regulación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

Las técnicas de reproducción asistida se presentan como una gran oportunidad para poder alcanzar la paternidad y/o maternidad de aquellas personas que presentan motivos determinados, como, por ejemplo, problemas de esterilidad, evitar enfermedades genéticas, entre otros. Estudiaremos los supuestos de la filiación que se pueden derivar del uso de estas técnicas al estar unidos los progenitores en matrimonio, o no, la utilización del material genético de un donante. Veremos como una mujer soltera puede llegar a ser madre y que solo se determine la filiación del menor en favor de ella.

Explicaremos que el sometimiento de estas técnicas a mujeres sin pareja no es igual al de los hombres solteros, ya que estos no pueden alcanzar la paternidad por evidentes motivos científicos al no contar con la capacidad de ser gestante, y como por ello tienen que acceder a la maternidad subrogada; apoyándonos en distinta normativa como: el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el artículo 10 de la LTRHA, el artículo 175.4 del CC, el cual da la solución a la manera de determinarse la filiación en estos casos, siendo esta la adopción y a la Instrucción de 5 de octubre de 2010. Observaremos jurisprudencia de distintos países que servirá para ver cómo tratan a la gestación subrogada como: la Sentencia de 18 de mayo de 2021 del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: Asunto c. Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, demanda nº 71552/17, STEDH ECHR 267/2022, Asunto D. B. y otros c. Suiza, así como jurisprudencia derivada del TS español.

Todas las peculiaridades o aspectos que se derivan en materia de filiación, procederemos a estudiarlas a lo largo del presente trabajo y, como se tienen que ajustar estas prácticas al ordenamiento jurídico español.

¹ Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21341>

2.- LA FILIACIÓN: CONCEPTO

En primer lugar, antes de profundizar en la materia, tenemos que saber qué se entiende por el término filiación. Nos encontramos que la Real Academia Española (RAE) la define como: “*Procedencia de los hijos respecto a los padres*”². El término filiación desde el punto de vista jurídico puede ser la atribución a una persona por tener a otra u otras personas por progenitores suyos, como al vínculo o la relación que une a la persona con uno de sus progenitores o con los dos.

Autores como OLIVA BLÁZQUEZ y PIZARRO MORENO definen a la filiación como: “*la relación jurídica que vincula de forma directa e inmediata a los progenitores biológicos con los hijos que han engendrado*”³.

Por lo tanto, la filiación, es la vinculación existente entre un padre o una madre respecto a su hijo, establece un estado civil en que se pueden identificar dos dimensiones: por un lado, la dimensión biológica formada por el acto natural que la misma filiación supone, es decir, la procreación y; por otro lado, la relación jurídica entre un padre y una madre respecto de su hijo, del que se derivan obligaciones y derechos para ambas partes⁴.

Se pueden plantear diversos problemas jurídicos relativos al establecimiento o a la fijación de la filiación en los que hay que determinar en cada caso quién es el hijo, el padre o la madre; para la posterior asignación de un determinado contenido jurídico de derechos y obligaciones a la relación en cuestión.

Tradicionalmente en materia de filiación existía una radical distinción de los hijos, los cuales eran asociados en dos grupos diferentes atendiendo al origen de éstos. Esta distinción se configuraba según la manera en la que habían sido engendrados; es decir, antes de producirse el matrimonio de los padres o en la situación inversa⁵.

Si los hijos fueron procreados antes del matrimonio se denominaba *filiación ilegítima*, en cambio si fue después del matrimonio la denominación era *filiación legítima*.

² Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española

³ OLIVA BLÁZQUEZ, F. y PIZARRO MORENO, E., En HORNERO MÉNDEZ, C. “*Derecho de Familia 2ª (edición 2017)*” Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 171.

⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “*Derecho de Familia*”, Edisofer S.L., Madrid, 2016, pág. 321.

⁵ DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A: “*La filiación, Sistema de Derecho Civil*”, Vol. IV, tomo I, Derecho de familia, Tecnos, Madrid, 11ª ed., 2012, pág. 233.

La filiación ilegítima se subdividía en dos grupos distintos en los que se atendía a los progenitores, es decir, si éstos al realizar el acto de procreación, fueran hábiles para contraer matrimonio entre sí o si existiese algún impedimento matrimonial. Encontrándonos con los *hijos naturales*, aquellos en los que el matrimonio es válido, y los *hijos ilegítimos no naturales* para aquellos cuyos padres no contrajeron matrimonio entre sí. La discriminación entre estos dos grupos era muy notable.

Esta filiación tradicional no era armónica con los valores que predominaban en las sociedades modernas; en las que se establecía la igualdad entre los seres humanos y la no discriminación fundada en base del origen familiar.

El sistema de valores de la sociedad moderna inspirado en la igualdad y en la no discriminación ha promovido los textos de la Constitución de 1978⁶. Resaltan principalmente dos preceptos, el primero de ellos el artículo 14 el cual dispone: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. El segundo precepto es el artículo 39.2 exponiendo que: *“Los poderes públicos aseguran, asimismo. La protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”*.

Con la existencia de los dos anteriores mandatos constitucionales se puede observar la supresión de las normas represivas; hasta 1978-1981, los denominados hijos ilegítimos no podían formar parte de la familia de quien o quienes los habían procreado siguiendo las consideraciones sociales. Con el artículo 39.2 de la CE se consiguió una absoluta igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

La puesta en práctica de los principios que se contienen en los artículos 14 y 39.2 de la CE ha obligado a una profunda revisión del Derecho de familia del Código Civil, revisión que fue efectuada a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio⁷. No se va a contemplar un modelo único y cerrado de familia, sino una pluralidad de modelos familiares que serán aceptados socialmente, y

⁶ Constitución Española de 1978, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

se les reconocerá protección por parte de los poderes públicos. Autores como DIEZ PICAZO y GULLÓN establece que gracias a las modificaciones efectuadas por la Ley 11/1981 se ha conseguido aumentar los derechos de los hijos no matrimoniales e incluso alcanzar una posición igualitaria con los hijos matrimoniales⁸.

El concepto de filiación se asocia a la condición de una persona definida por el hecho de ser hijo de otro, y también, como a la relación padre/madre versus hijo. Como hecho natural la filiación siempre va a existir, pues es consecuencia de la procreación, todos tenemos unos padres de los cuales descendemos. El Derecho selecciona unos criterios para establecerla; los criterios básicos que utiliza son los biológicos, aunque no siempre actúan. *“Biológicamente la afirmación de que A es hijo de B o de que B es padre/madre de A, significa que B ha tenido una autoría en la procreación de A. Sin embargo, jurídicamente las cosas no son tan simples”*⁹. Por lo tanto, ¿qué es la verdad biológica? La verdad biológica se puede entender como un principio utilizado para determinar la filiación. Se pretende que coincida la filiación jurídica con el hecho biológico que ha dado lugar a la procreación¹⁰. Por lo tanto, la filiación no tiene que ser necesariamente una situación derivada de un hecho biológico; *“una cosa es ser padre y otra cosa ser progenitor.”*¹¹ Los términos paternidad, filiación, padre, madre expresan categorías jurídicas que se estructuran sobre roles culturales que encuentran una definición en nuestra sociedad.

Para determinar la filiación se necesita la constatación de la identidad de los padres respecto a unos hijos; atribuyendo a los progenitores el estatus jurídico de padre o madre. La determinación no es constitutiva, sino que es declarativa (de un hecho natural) y tiene eficacia retroactiva al momento del nacimiento, en cuanto sea compatible y la Ley no disponga lo contrario, tal y como expresa el artículo 112 del CC: *“La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene*

⁷ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-11198>

⁸ DIEZ-PICAZO, L. Y ANTONIO GULLÓN, A.: *“La filiación, Sistema de Derecho Civil”*, pág. 234.

⁹ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *“La filiación Sistema de Derecho Civil”*, pág. 235.

¹⁰ GONZÁLES PÉREZ, M. *“La verdad biológica en la determinación de la filiación”*. Universidad de Oviedo, 2012.

¹¹ DIEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *“La filiación, Sistema de Derecho Civil”*, *Op. cit.*, pág. 235.

efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiere lo contrario”.

Tras la determinación del vínculo filiar se va a generar el estado civil de filiación; quiere decir, la situación jurídica o posición que es ocupada por una persona dentro de la familia en calidad de hijo. Surge una relación jurídica entre padres e hijos que llevan aparejados una serie de derecho y obligaciones:

- Atribución de apellidos de los artículos 109 del CC y 55 de la LRC (Ley del Registro Civil).
- Asistencia y alimentos del artículo 110 del CC.
- Derechos sucesorios del artículo 807 y siguientes del CC.

Aunque el ordenamiento jurídico pretende la coincidencia entre la filiación jurídica y biológica; en muchas ocasiones prescinde de la base biológica como es en el caso de las adopciones. Sin embargo, también puede ocurrir que la filiación jurídica no llegue a existir o, existiendo, no coincida con el hecho biológico de la procreación. Para solucionar las dos circunstancias anteriores se permite en beneficio del hijo investigar la paternidad para conseguir la determinación del vínculo filial o para impugnar la filiación inexacta para la consiguiente reclamación de la verdadera.

2.1 CONTENIDO BÁSICO DE LA FILIACIÓN

El Código civil puntualiza en el artículo 109 y siguientes los efectos básicos de la filiación, estos son:

El *derecho a los apellidos* es el derecho a que el origen familiar sea la seña de identidad. El artículo 109 del CC dispone que: *“La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley”*. Por norma general, en España, el orden de los apellidos es primero el del padre y en segundo lugar el de la madre, pero el artículo 109 del CC da la posibilidad de que el padre y la madre de común acuerdo decidan el orden de transmisión del respectivo primer apellido, aunque se tiene que realizar en el momento de la inscripción registral. El orden de los apellidos lo decidirán los padres de

mutuo acuerdo, sino lo hicieran en el plazo de 3 días, será el encargado del Registro Civil el que establezca ese orden¹².

El orden de apellidos que se inscriba para el mayor de los hijos registrará en las inscripciones posteriores para los hermanos del mismo vínculo.

Con la entrada en vigor de la Ley 40/1999, de 5 noviembre, sobre Nombre y Apellidos y Orden de los Mismos¹³, se dio una nueva redacción al último párrafo del artículo 109 del CC; concluye exponiendo que el hijo al alcanzar la mayoría de edad podrá solicitar la alteración en el orden de los apellidos.

Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil¹⁴ supuso una agilización de los trámites a la hora de realizar cambios de nombre y apellidos. En el Preámbulo V de la Ley se señala que *“El nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos. Igualmente se sistematiza y agiliza el procedimiento de cambio de nombres y apellidos y se somete, como regla general, a la competencia del Encargado del Registro Civil. En cuanto a la filiación, se elimina toda referencia a la no matrimonial, con plena equiparación a la matrimonial”*.

Las novedades en los procedimientos de nombre y apellidos introducidas a través de la Ley 20/2011 son la siguientes: respecto al cambio de nombre se van a admitir siempre y cuando quede acreditado el uso habitual del nuevo nombre que se solicite y le analizaran las circunstancias de cada caso concreto¹⁵.

Para el cambio de apellidos observamos dos procedimientos distintos respecto al cambio que se pretenda. En un primer lugar, se tramitarán ante el Encargado del

¹²RODRÍGUEZ MARÍN, C. *“Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 293

¹³ Ley 40/1999, de 5 noviembre, sobre Nombre y Apellidos y Orden de los Mismos. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-21569>

¹⁴ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-12628>

¹⁵ Artículo 52 de la Ley 20/2011, de 21 de julio: *“El encargado del Registro Civil, mediante procedimiento registral, podrá autorizar el cambio de nombre previa declaración del interesado, que deberá probar el uso habitual del nuevo nombre, y siempre que concurran las demás circunstancias exigidas en la legislación del Registro Civil”*.

Registro Civil aquellos cambios que consistan en: inversión de apellidos, anteposición de la preposición “de” al primer apellido o conjunciones “y” o “i”, conservación de los apellidos tras la rectificación de filiación y la regulación ortográfica de los apellidos. En segundo lugar, los demás supuestos de cambio de apellidos, se tendrá que instruir el expediente de cambio en donde se acreditará el cumplimiento de unos requisitos, y, en especial, los indicados en el artículo 54.2 de la Ley:

- Que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho, siendo el utilizado habitualmente por el interesado.
- Que el apellido o apellidos que se tratan de unir o modificar pertenezcan legítimamente al peticionario.
- Que los apellidos que resulten del cambio no provengan de la misma línea.

Encontramos también, referencias a los apellidos con elemento extranjero. Se trata de supuestos en los que una persona adquiere la nacionalidad española, hay que atender a si el país de origen forma parte de la Unión Europea o de países externos, de la misma, manera habrá que observar la existencia de Convenios entre España y el país de origen del interesado¹⁶. Para aquellos casos en los que el apellido extranjero admite variantes en forma masculina y femenina; se podrá solicitar que en la inscripción de nacimiento se inscriba la forma correspondiente siempre y cuando se pruebe ante el Encargado del Registro la existencia de dichas variantes, en virtud del Cónsul de España correspondiente.

El siguiente efecto básico es el *derecho a los alimentos*, se encuentra en el artículo 110 del CC: “*El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos*”. El artículo 111 del CC nos señala los casos en el que el progenitor es excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas, pero, aunque se dé la circunstancia anterior, van a quedar a salvo la obligación de velar por los hijos y prestarles alimentos.

En torno al derecho de alimentos encontramos una circunstancia especial cuando los padres se encuentran separados o divorciados, en este caso, aparece la figura de la

¹⁶ Artículo 56 de la Ley 20/2011, de 25 de julio, “*El que adquiere la nacionalidad española conservará los apellidos que ostente en forma distinta de la legal, siempre que así lo declare en el ato de adquirirla o dentro de los dos meses siguientes a la adquisición o a la mayoría de edad, y que los apellidos que se pretenden conservar no resulten contrarios al orden público internacional.*”

pensión alimenticia o pensión de alimentos, la cual es la contribución económica que deben pagar ciertos familiares en favor de sus parientes en estado de necesidad¹⁷. El abono de la pensión de alimentos es una de las principales obligaciones que existen tras el divorcio con hijos, incapacitados o económicamente dependientes. Se trata de un derecho de los hijos menores; mucha gente piensa de manera errónea que la pensión alimenticia se extingue con la mayoría de edad de los hijos, pero no es cierto, el progenitor no custodio tendrá que solicitar su extinción cuando se estime que no existe la obligación de pagarla.

Por lo tanto, vemos que la extinción de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad suele generar dudas; por norma general no cesa automáticamente cuando los hijos cumplen 18 años, aunque existen causas de extinción tasadas, éstas son: la muerte del obligado o del acreedor, el empeoramiento de la situación económica del obligado y la falta de necesidad o de aplicación al trabajo.

En relación con la falta de necesidad o de aplicación al trabajo encontramos sentencias que permiten que el progenitor obligado al pago de la pensión deje de hacerlo; cuando el acreedor de una pensión de alimentos no la aplique en los estudios o el trabajo. El artículo 152.5 del CC¹⁸ lo autoriza, como también la STS 395/2017, de 22 de junio¹⁹ ha considerado que el pago de la pensión en esos casos puede generar pasividad en el descendiente; en el que en el Fundamento Jurídico tercero, párrafo doce y trece se establece: *“Igualmente en sentencia núm. 558/2016, de 21 de septiembre, se declaró: Esta Sala, acudiendo a las circunstancias mencionadas del caso concreto, ha decidido, bien por negar los alimentos para no favorecer una situación de pasividad de dos hermanos de 26 y 29 años, bien por concederlos (STS 700/2014, de 21 de noviembre) a una hija de 27 años por entender que nos previsible su próxima entrada*

¹⁷ TORREMOCHA BARREDA, C. ConceptosJurídicos.com *“Pensión alimenticia”*. Disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/pension-alimenticia>

¹⁸ Artículo 152. 5 del CC: *“Cesará también la obligación de dar alimentos: cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa”*.

¹⁹ STS 397/2017, de 22 de junio. Emilio nació en 1994, durante su adolescencia fue un pésimo estudiante y terminó la ESO con 20 años, en 2011 tuvo siete insuficientes y en 2012 y 2013 no cursó estudios. Al interponerse la demanda de modificación de medidas Emilio se matriculó en formación profesional en la rama de automoción, cuyo aprovechamiento no consta y convive con su madre. Partiendo de lo anterior en el Fundamento Jurídico Cuarto, párrafo 9 se considera la Sala que ha de acogerse a la pretensión esgrimida en el recurso y se declara la extinción de la pensión alimenticia, en su día fijada, dado que no consta aprovechamiento alguno del hijo mayor de edad (Emilio). Disponible en: <https://www.Poderjudicial.es/search/openDocument/84cac2d0cb66f14d>

en el mercado laboral, cuando la realidad social (artículo 3.1 del CC) evidencia la situación de desempleo generalizado d ellos jóvenes, incluso con mayor formación que la hija de la que se trata”²⁰.

Se ha dictado una sentencia relevante en materia a la mala relación de los hijos mayores de edad con el obligado al pago de la pensión. La STS 104/2019 de 19 de febrero²¹, el Fundamento Jurídico Cuarto, párrafo tercero especifica que *“Por el contrario, mantenemos que sí es relevante, pues para apreciar esa causa de extinción de la pensión ha de aparecer probado que la falta de relación manifiesta entre padres e hijos, sobre la que no existe duda, era, de modo principal y relevante, imputable a éstos (hijos)”*.²² Con la anterior resolución podemos apreciar la extinción de la obligación de alimentos ante la ausencia continuada de relación familiar, entre el padre que sea alimentante y el hijo que sea alimentista; en los que los motivos serán imputables exclusivamente al segundo.

Por último, encontramos los **derechos sucesorios**. Aunque estos no se encuentran en los artículos 109 y siguientes del CC, el sistema sucesorio español se funda en el Derecho de familia sin distinción por el origen tras la reforma de 1981. Tenemos que dirigirnos hasta el artículo 807 del CC, el cual dispone que: *“Son herederos forzosos los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes”*, tendrán derecho a la legítima y, en caso de sucesión intestada serán los primeros herederos llamados. Se establece en el artículo 931 del CC que no se va a hacer ningún tipo de distinción de sexo, edad o filiación a la hora de suceder los hijos y sus descendientes a sus padres y demás ascendientes.

Con relación a los derechos sucesorios y la filiación nos encontramos la STS 531/2021, de 14 julio²³. En primera y segunda instancia se estiman los derechos sucesorios y se inadmite el recurso de casación que planteó el demandado (hijo

²⁰ STS 395/2017, de 22 de junio, fundamento jurídico cuarto, párrafo doce y trece.

²¹ STS 104/2019, de 19 de febrero, dos hijos mayores de edad, concretamente de 20 y 25 años, habían decidido no relacionarse con su padre; obligado a pasarles la pensión alimenticia. Disponible en: <https://vlex.es/vid/770062877>

²² STS 104/2019, de 19 de febrero, Fundamento Jurídico Cuarto, párrafo tercero.

²³ STS 531/2021, de 14 de julio, se plantea una demanda de filiación no matrimonial en 2010 ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid frente a los hijos del presunto padre biológico aportando pruebas de ADN; en la que se determina la filiación en primera y segunda instancia, pero se oculta que ya se había desestimado la filiación en 1986 ante un Juzgado de Tarancón; fue un hecho del que se tuvo conocimiento con posterioridad a la sentencia. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/70b6fbb0f44a8dcc/20210726>

matrimonial del padre biológico, hermano de doble vínculo de la segunda causante heredero ab intestato de su hermana). Se recurre ante el TS y se estima el recurso, amparándose en que dicha ocultación (desestimación de filiación en 1986) es contraria al ejercicio de los derechos con exigencias a la buena fe²⁴.

2.2 REGULACIÓN LEGAL DE LA FILIACIÓN

La regulación de la filiación se encuentra en los artículos 108 a 141 del CC; la redacción de estos artículos viene dada en gran parte por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. A través de la Ley se produjeron reformas en materia de filiación tras la entrada en vigor de la CE de 1978; obteniendo un nuevo rumbo en la consideración de la familia, por ejemplo, se suprimió el término “hijos ilegítimos” e “hijos legítimos” para denominarse “filiación no matrimonial” y “filiación matrimonial”.

En el año 2000 se realizaron modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)²⁵ la cual ha sido encargada de regular los aspectos procesales en materia de filiación. Las distintas reformas dieron lugar a la derogación de los artículos 127, 128, 129, 130 y 135 del CC²⁶.

Las modificaciones normativas relativas al régimen de la filiación, concretamente a la filiación por naturaleza, del CC fueron escasas; salvo los cambios introducidos por la reforma de la LEC del año 2015²⁷. Las principales actualizaciones fueron llevadas a cabo por la jurisprudencia: el principio de prueba del antiguo artículo 127 del CC y actual 767.1 de la LEC, la legitimación activa del progenitor no matrimonial cuando se quiera reclamar la paternidad en ausencia de posesión de estado del artículo 133 del CC, el sentido de la acción mixta de reclamación y de impugnación

²⁴ BOZA RUCOSA “*La mala fe procesal arrebató los derechos sucesorios a una filiación determinada judicialmente*” Disponible en: <https://bozarucosa.com/blog/la-mala-fe-procesal-arrebata-los-derechos-sucesorios-a-una-filiacion-determinada-judicialmente>

²⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar.act.php?id=BOE-A-2000-323>

²⁶ RODRÍGUEZ MARÍN, C. “*Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 292.

²⁷ Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-10727>

del artículo 134 del CC, entre otros; eran algunos de los aspectos donde la jurisprudencia encontraba diferencias con el CC.

La impugnación de la paternidad del artículo 136.1 del CC y la regulación de la legitimación del progenitor biológico para reclamar la filiación no matrimonial, cuando falta la posesión de estado del artículo 133 del CC fueron objetos de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por órganos jurisdiccionales y fueron resueltas por el Tribunal Constitucional. En la STC 138/2005 se declaró la inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136 del CC, y en la STC 273/2005 se recoge la inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 del CC²⁸.

En la STC 138/2005, de 26 de mayo²⁹, el Juzgado formula la cuestión de inconstitucionalidad al entender que dar inicio al cómputo del plazo de un año en el momento de la inscripción, cuando los hechos que hacen dudar de la paternidad ya habían sido conocidos con posterioridad, puede llevar a que la acción haya caducado antes del conocimiento de los hechos teniendo como consecuencia la posibilidad de la vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva de los artículos 14 y 24 de la CE y a la investigación a la paternidad del artículo 39 de la CE.

El TC señala que no hay vulneración al derecho a la igualdad ya que los términos de comparación ofrecidos por el proponente de la cuestión, concretamente la impugnación del reconocimiento por vicios del consentimiento, no son homogéneos. En cambio, el TC entiende que si se fija el comienzo del cómputo en el momento de la inscripción acorta el derecho del padre al acceso a la jurisdicción en los casos en que se descubra que no lo es cuando ha transcurrido el plazo de un año de inscripción, además, esta limitación al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, no guarda proporcionalidad con la finalidad de dar seguridad jurídica a la filiación matrimonial, por lo que no se vulnera el derecho. El TC establece que el primer párrafo del artículo 136 del CC se trata de una inconstitucionalidad por omisión; el legislador tiene que precisar el comienzo del cómputo de la acción de impugnación de forma que sea respetuoso con la tutela judicial. La declaración de inconstitucionalidad no provoca la

²⁸ PÉREZ SOLA, N. “*La igualdad en la regulación constitucional de la familia, el matrimonio y los menores*”. Disponible en: <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/235/368>

²⁹ STS 138/2005, de 26 de mayo, que declara la cuestión de inconstitucionalidad. Un padre impugna la paternidad matrimonial de un menor, basándose en pruebas biológicas que lo acreditan; la demanda de impugnación se presenta transcurrido el plazo de un año desde la inscripción de nacimiento establecido por el artículo 136 del CC. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2005-10545>

nulidad de la norma porque generaría un vacío normativo que provocaría a quien ostentan en virtud del precepto una acción de impugnación que no merece tacha de inconstitucionalidad³⁰.

Por su parte, la STC 273/2005, de 27 de octubre³¹. La madre del hijo interpuso un recurso de apelación y la Audiencia Provincial planteó la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 133.1 del CC. El anterior artículo señala que la acción de reclamación de la filiación no matrimonial cuando no hay posesión de estado corresponde al hijo, lo que supone una limitación a la legitimación activa al padre; vulnerando los artículos 14, 24 y 39 de la CE. El TC siguiendo lo establecido en la STC 138/2005 establece que puede vulnerar el artículo 39.2 de la CE, posibilidad de investigar la paternidad, esta investigación no puede quedar reducida a un derecho del hijo; podemos entender que la paternidad puede considerarse como una proyección de la persona y la negación a esa investigación podría llevar a no respetar la dignidad de la persona del artículo 10.1 de la CE; al ignorarse al padre, el precepto 133.1 del CC resulta incompatible con el artículo 24.1 y 39.2 de la CE³².

Recientemente la Sala Segunda del TC, en la STC 82/2022, de 27 de junio³³ desestimó el recurso de amparo nº 6113/2020 al considerar que la fijación del apartado segundo del artículo 133 del CC, el plazo de un año para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, sin posesión de estado, a computar desde que el actor tuvo conocimiento de los hechos en que basa su reclamación, no lesiona el derecho de acceso a la jurisdicción. En el Fundamento Jurídico, párrafo 17 se establece lo siguiente: *“En este caso, el legislador ha fijado el plazo de un año para el ejercicio de la acción, que a juicio del recurrente es excesivamente restrictivo. El diez a quo del plazo se sitúa en el momento en que se tenga conocimiento de los hechos que*

³⁰ El Notario del Siglo XXI, Nº 106, Colegio Notarial de Madrid. Disponible en: <https://www.elnotario.es/revista-3/3206-jurisprudencia-constitucional-numero-3-0-3500133858528113.html>

³¹ STS 273/2005, de 27 de octubre, que declara la inconstitucionalidad. Un padre interpuso en mayo de 1996 acción de reclamación de la filiación paterna no matrimonial de un hijo nacido en septiembre de 1995. La madre se opone a la práctica de las pruebas biológicas; se practican otras pruebas y el Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y ordena la inscripción de la paternidad declarada en el Registro Civil. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2005-19626>

³² El Notario del Siglo XXI *“Sentencias del Tribunal Constitucional Número 4”* Colegio Notarial de Madrid. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-4/3059-jurisprudencia-constitucional-numero-4-0-2866002882706004>

³³ STC 82/2022, de 27 de junio. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-12746

fundamenten la pretensión. Este tribunal no puede compartir el criterio del recurrente porque los términos en que se configura legalmente el plazo de ejercicio de la acción no imposibilitan el acceso a la jurisdicción al progenitor no matrimonial sin posesión de estado, por lo que, de acuerdo con los parámetros del TEDH, no se lesiona la esencia del derecho. Y, al mismo tiempo, el plazo fijado cumple un fin legítimo, al impedir el ejercicio abusivo de la acción (STC 273/2005) y preservar la necesaria proporcionalidad entre: (i) la protección del interés del hijo y la salvaguarda de la seguridad jurídica en el estado civil, y (ii) el derecho de acceso a la jurisdicción del “progenitor no matrimonial sin posesión de estado”. Por tanto, la fijación de un plazo de un año desde que el progenitor tuvo conocimiento de los hechos no vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción. A ello se añade la posibilidad de determinación legal de la filiación no matrimonial, en la forma establecida en los artículos 120 y siguientes del CC³⁴”.

Con la anterior sentencia, STC 82/2022, de 27 de junio queda avalada la constitucionalidad del plazo de 1 año para reclamar la filiación no matrimonial³⁵.

Tras las modificaciones realizadas en la LEC nos encontramos que el régimen de la filiación se ha visto sometido a modificaciones normativas de gran relevancia, los cambios efectuados fueron realizados en el año 2015. Aunque el régimen de la filiación está contenido en el CC no podemos dejar de prestar atención a la legislación sobre técnicas de reproducción asistida, sobre jurisdicción voluntaria y sobre Registro Civil. Las modificaciones introducidas tuvieron lugar a través de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria³⁶; la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil³⁷ y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia³⁸. *“Las reformas son, por lo general, de cuestiones muy concretas y no*

³⁴ STC 82/2022, de 27 de junio, Fundamento Jurídico tercero, párrafo diecisiete.

³⁵ Iberly.es, *“Avalada la constitucionalidad del plazo de 1 año para reclamar la filiación no matrimonial”*. Disponible en: <https://www.iberly.es/noticias/avalada-constitucionalidad-plazo-1-ano-reclamar-filiacion-no-matrimonial-31761>

³⁶ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7391>

³⁷ Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7851>

³⁸ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470>

siempre relevantes. El legislador ha efectuado una intervención superficial y limitada, desaprovechando la ocasión de replantear las bases de la institución”³⁹.

La Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria (LJV) no incide directamente en el régimen de la filiación del CC. Únicamente dedica un capítulo sobre la autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial, concretamente los artículos 23 a 26, esta autorización o aprobación en el CC se encuentra en los artículos 121, 124 y 125. La LJV delimita el procedimiento y los motivos para la concesión de esa autorización o aprobación judicial.

Por otro lado, la Ley 19/2015, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que permite la inscripción de los recién nacidos directamente desde los centros sanitarios; modificando el artículo 120 del CC.

En último lugar, la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia afecta a los artículos 133, 136, 137, 138 y 140 del CC⁴⁰. Según su exposición de motivos la finalidad de la Ley es introducir los cambios necesarios en la legislación española sobre protección a la infancia y a la adolescencia para garantizar a los menores una protección uniforme en todo el territorio del país, y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su legislación en esta materia.⁴¹

El artículo 133.2 del CC queda modificado para adaptar⁴² las normas sobre acciones de filiación, concretamente, la reclamación de filiación no matrimonial e impugnación de la paternidad matrimonial, quedando la redacción de la siguiente manera: *“Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación”*. Por su parte, el artículo 136.1 del CC va a quedar redactado de la siguiente forma: *“El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el*

³⁹ VERDERA SERVER, R. *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch.

⁴⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *“Derecho de Familia”*, Bercal S.A., Madrid, 2018, pág. 216.217.

⁴¹ Preámbulo, párrafo sexto de la Ley 26/2015, de 28 de Julio.

⁴² Se produce la modificación para adaptar la regulación de los artículos 133 y 136 a las SSTC 273/2015 y 138/2005.

nacimiento. Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se conocerá desde que lo conozca el heredero”.

Se va a completar la reforma de las instituciones jurídicas de protección al menor contenidas en las modificaciones de la LO 1/1996⁴³, se actualizan preceptos reguladores del desamparo, la guarda provisional y voluntaria y el acogimiento.

En materia de adopción la regulación va a ser más específica en relación a la capacidad de los adoptantes e incorpora una definición de la idoneidad para adoptar⁴⁴; se crea la figura de la guarda con fines de adopción y la adopción avienta que va a permitir al adoptado mantener relación con su familia de origen a través de visitas o comunicaciones que serán cordadas por el juez, además de reforzar el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas.

En el año 2021 se introduce en el ordenamiento jurídico la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁴⁵. Dicha norma afecta a preceptos en materia de filiación como son los artículos 112, 121, 123, 124, 125, 133, 135 y 137. También se han visto afectados los artículos 749, 751. 2.1º, 753 y el 755 de la LEC.

La reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad afectó a las acciones de filiación; así por ejemplo, el antiguo artículo 133.1.2 entendía que si el hijo fallecía antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzara la mayoría de edad o recobrará capacidad suficiente a tales efectos la acción de reclamación de filiación no matrimonial cuando falte la posesión de estado correspondería a los herederos, en cambio con la modificación de la Ley se establece que esa acción (reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado) corresponderá a los herederos cuando el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcance la mayoría de edad o desde que se eliminaren las medidas de apoyo

⁴³ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/at.php?id=BOE-A-1996-1069>

⁴⁴ Artículo 176.3 del CC: *“Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”.*

⁴⁵ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-9233>

que tuviera previstas a tales efectos. Es decir, que el hijo en situación de discapacidad, sin que se hayan adoptado medidas de apoyo, fallece la acción de impugnación no pasará a los herederos si no que se extinguirá⁴⁶.

También encontramos modificado el artículo 137, concretamente se ofrece una nueva redacción para los apartados primero y segundo. El apartado primero, disponía que la paternidad sería impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuese menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o recobrarla capacidad suficiente a tales efectos. La modificación introduce: *“si fuere menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo, para impugnarla, en el plazo del año se contará desde la mayoría de edad o desde la extinción de las medidas de apoyo”*. Se añade que si una persona con discapacidad tiene a alguien facultado para prestarle apoyo será el encargado de ejercitar la acción de impugnación durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, o en su caso, el Ministerio Fiscal.

Por su parte el apartado segundo del artículo 137 estaba redactado: *“Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la recuperación de la capacidad suficiente a tales efectos desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento”*. En la redacción actual vemos, que como en el apartado anterior, se introduce *“desde la extinción de la medida de apoyo”* y se suprime *“la recuperación de la capacidad suficiente”*.

En los dos preceptos mencionados, tanto en el 133 como en el 137, vemos que se produce un cambio terminológico, antes se optaba por decir *“modificación de capacidad”* y ahora se establece por *“adopción de medidas de apoyo”*. Esto se debe a que la reforma producida por la Ley 8/2021 viene impuesta por la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006⁴⁷.

⁴⁶ IURIS PRUDENTE, *“Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad: las acciones de filiación”*. Blog de derecho privado, desde la óptica notarial y registral. Disponible en: http://www.iurisprudente.com/2021/09/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_42.html

⁴⁷ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 31 de diciembre de 2006. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-6963>

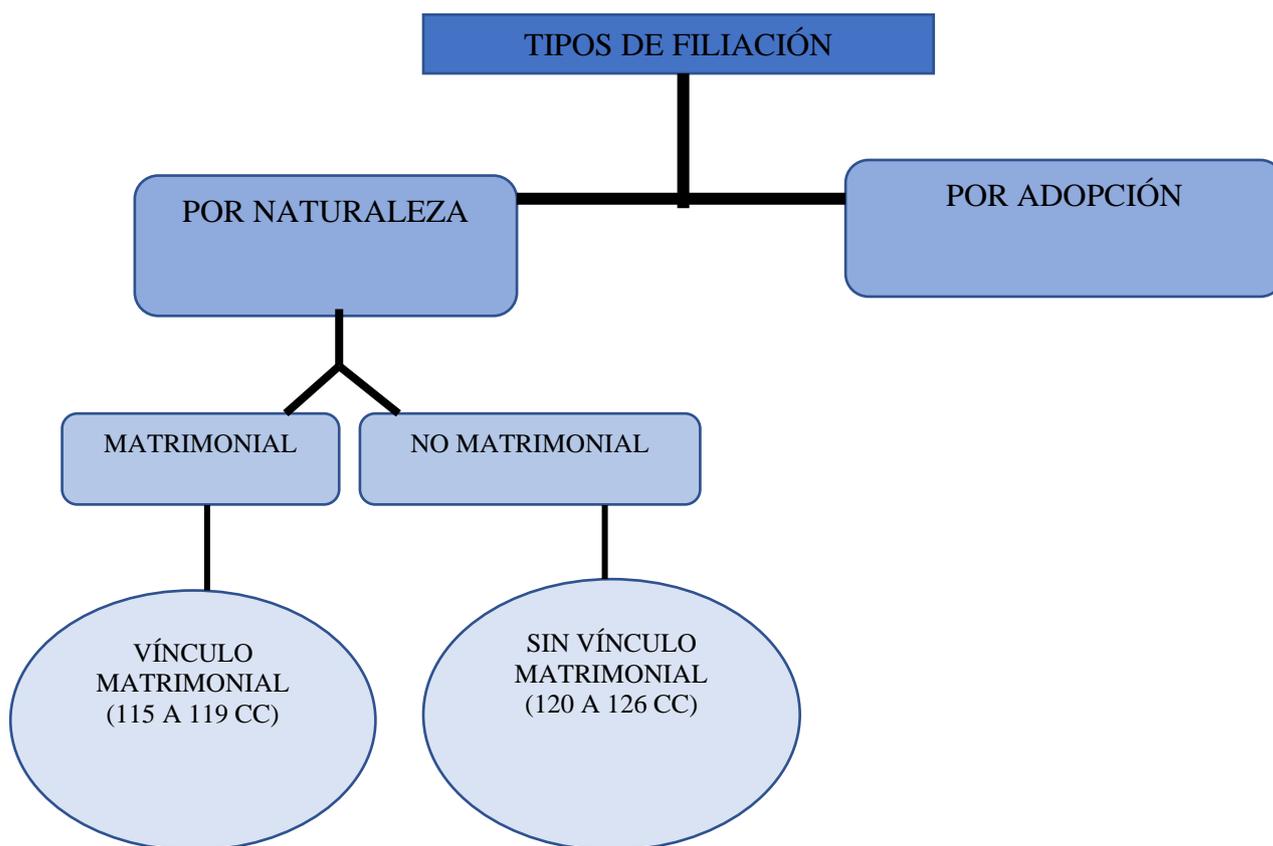
La esencia⁴⁸ de la reforma la encontramos en el artículo 12 de la Convención de Nueva York⁴⁹, se proclama que las personas con discapacidad van a tener la misma capacidad jurídica en igualdad de condiciones con todas las demás con relación a todos los aspectos de la vida. En el ordenamiento jurídico español predominaba la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad y se opta por un sistema en el que la persona con discapacidad será la encargada de tomar sus propias decisiones siempre respetando su voluntad y sus preferencias. Por lo tanto, actualmente, la capacidad jurídica va a abarcar la titularidad de los derechos más la legitimación para ejercitarlos.

Se pretende incentivar el apoyo a la persona que lo precise, como apoyo podemos entender muchas clases de actuaciones como son: acompañamiento amistoso, ayuda en las comunicaciones de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas, como a la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Serán beneficiarios de las medidas de apoyo cualquier persona que lo necesite, con independencia de que su situación de discapacidad haya obtenido, o no, algún reconocimiento administrativo.

Esta nueva regulación incisa en los aspectos personales, como, el domicilio, salud, comunicaciones y no solamente a los intereses patrimoniales de la persona.

3.- CLASES DE FILIACIÓN Y DETERMINACIÓN

⁴⁸ FERNÁNDEZ CANALES, C, “*La edad. La capacidad Jurídica*”. Master Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado, Universidad de Cantabria, Santander, 2 de noviembre de 2021.



La filiación por naturaleza es consecuencia de la procreación; podemos diferenciar entre matrimonial y no matrimonial.

El artículo 108 del CC dispone lo siguiente: *“La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.”*

La existencia del matrimonio es el indicador de que la filiación es matrimonial. No se requiere que los progenitores hubiesen contraído matrimonio en un momento anterior a la concepción y tampoco cuando se hubiera producido el nacimiento del hijo, es decir, en la filiación matrimonial originaria; basta con que el matrimonio se produzca después del nacimiento teniendo lugar la filiación matrimonial sobrevenida.

Hay que tener en cuenta el artículo 119 del CC para el caso de que el hijo naciese con anterioridad a la celebración del matrimonio. En estas ocasiones la filiación

⁴⁹ Artículo 12 de la Convención de Nueva York se refiere al igual reconocimiento como persona ante la ley.

matrimonial surgirá efectos desde la fecha en la que contrajeron matrimonio los progenitores y no desde el nacimiento del hijo⁵⁰.

La filiación no matrimonial es aquella que se produce cuando los padres no están casados entre sí, por ejemplo, los hijos de una relación extraconyugal o los de una pareja de hecho.

Por otro lado, tenemos la filiación por adopción; la filiación adoptiva o no biológica es aquella que tiene lugar por la adopción de un hijo mediante resolución judicial en un expediente de jurisdicción voluntaria de adopción. El artículo 176.1 del CC dispone que: *“La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”*. La filiación adoptiva produce los mismos efectos que la filiación matrimonial y no matrimonial como dispone el artículo 108 del CC.

La filiación matrimonial, ya sea la materna como la paterna, se determina legalmente cuando se produce la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los progenitores y por sentencia firme.

Según el artículo 116 del CC *“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”*. El artículo anterior regula la denominada presunción de paternidad, esta presunción va a determinar la paternidad matrimonial de una forma extrajudicial; será necesario el cumplimiento de una determinada forma expresada por la Ley que estime probado el supuesto de hecho⁵¹.

Con lo expuesto anteriormente podemos deducir que los hijos de la mujer casada tienen como progenitor a su marido; esto se debe al principio de fidelidad mutua y a la obligación de convivencia de los esposos que derivan de los artículos 68 y 69 del CC.

Aunque estemos ante una presunción única hay algunos autores como RIVERO HERNÁNDEZ que expresan: *“el artículo 116 del CC es una presunción relativa, que*

⁵⁰ RODRÍGUEZ MARÍN, C. *“Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones”*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 292.

⁵¹ En relación a la STS de 16 de abril de 1969, la cual establecía: *“Como la paternidad es un hecho de difícil prueba, nuestro CC establece una doble presunción; explícita la relaciona con el tiempo de concepción, presumiéndose legítimos los nacidos dentro de cierto plazo e, implícita en orden a la paternidad, presumiéndose que el marido de la madre es el padre de los hijos concebidos durante el matrimonio, presunciones que solo deben regir en los supuestos de convivencia”*.

*admite prueba en contrario por la vía de las acciones de impugnación*⁵², aunque aclara que no se puede hablar de una doble presunción de paternidad, sino que ésta es única.

El artículo 117 del CC contiene la doble presunción: *“Nacido el hijo dentro los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto”*.

Con la modificación producida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se ha conseguido que la madre o el hijo no tengan que acudir a una acción de reclamación de paternidad en las ocasiones en las que el hijo hubiese nacido dentro del periodo de los ciento ochenta días, lo anterior será mantenido siempre que el esposo no formule la declaración auténtica en contrario.

La filiación no matrimonial queda determinada legalmente a través de los siguientes mecanismos que son fijados por la ley en el artículo 120 del CC:

- En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.
- Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.
- Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.
- Por sentencia firme.

Respecto de la madre cuando se hará constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo según lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.

Cuando un progenitor haga el reconocimiento separadamente no podrá manifestar en él la identidad del otro progenitor a no ser que esté determinada legalmente. Por último, cuando se quiera reconocer a un hijo mayor de edad no va a producir efectos sin su consentimiento expreso o tácito.

En relación con la filiación adoptiva; para iniciar el expediente de adopción, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 176 del CC: *“La adopción se constituirá por*

⁵² Rivero Hernández, *La presunción de paternidad legítima*, Estudio de Derecho Comparado y Derecho

resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad". Aunque podemos encontrarnos con supuestos en los que no resulta preceptiva⁵³ la propuesta previa⁵⁴ de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes recogidos en el artículo 176.2 del CC. No serán declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad o aquellos que tengan suspendidos su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública.

Según el artículo 177 del CC se deberá prestar el consentimiento ante el Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptado mayor de 12 años. La adopción va a tener la consecuencia de extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia anterior, con la excepción del artículo 178 del CC:

- Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido.
- Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de 12 años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir.

Lo expuesto anteriormente es denominado como adopción abierta, la cual va a posibilitar el mantenimiento de relación con algún miembro de la familia de procedencia, por ejemplo, con visitas o a través de comunicaciones. HERAS HERNÁNDEZ⁵⁵ establece que *"la adopción abierta se define como aquella modalidad de adopción de menores de edad de constitución⁵⁶ y efectos jurídicos idénticos a la*

Español, Tecnos, Madrid, 1971, págs. 295-297.

⁵³ No se va a requerir propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las siguientes causas previstas en el artículo 176.2 del CC: 1ª ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal. 3ª Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. 4ª Ser mayor de edad o menor emancipado.

⁵⁴ El artículo 176.2 del CC establece que para iniciar el expediente de adopción va a ser necesario una propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante/s; adoptante/s que la Entidad pública haya considerado idóneos para poder ejercer la patria potestad.

⁵⁵ HERAS HERNÁNDEZ, M.M., *"La adopción abierta. A propósito del Artículo 178.4 del Código Civil"*, Bosch Editor, Barcelona, 2020, pág. 75.

⁵⁶ La adopción constituye la relación de filiación adoptiva entre el adoptante y el adoptado; estableciendo una integración familiar de carácter permanente en el que el beneficio del adoptado se sobrepone a cualquier otro interés que pueda sobresalir en el procedimiento de constitución de la adopción.

adopción en su versión más tradicional, si bien se admite la posibilidad de que el adoptado mantenga tras la adopción algún tipo de relación personal o contacto con sus hermanos biológicos o con los parientes consanguíneos que se determinen judicialmente en atención a unos vínculos parentales y afectivos previos a la adopción de significativa relevancia para el adoptando, siempre que su conservación repercuta en el interés de la persona adoptada valoradas sus particulares circunstancias personales y familiares”.

ROOSER y BERÁSTEGUI⁵⁷ consideran que la adopción abierta tiene que ser estudiada para cada caso concreto, establecen que para las familias adoptivas va a ser más difícil tener que dar ese consentimiento en los casos en que se haya dado, por ejemplo, maltrato en las familias de origen, negligencia y/o abuso, de la misma manera se tendría que tener especial atención a las familias con diferentes culturas o etnias en relación el salto cultural y valores que supone.

En mi opinión la adopción abierta es una buena práctica de la legislación española, aunque considero que siempre hay que mirar y analizar el interés superior del menor. Romper absolutamente las relaciones con la familia de origen o con el entorno podría ocasionar daños psicológicos en el menor. Comparto la idea que presenta SÁNCHEZ⁵⁸ *“las medidas de protección de la infancia deben ordenarse en función del interés del niño, lo que llevaría a replantearse el recurso a fórmulas que bien pudieran resultar mucho más beneficiosas que la tradicional modalidad de la adopción plena, en tanto que permitirían solventar muchas de las dificultades que origina la exclusiva integración del menor en la familia adoptante”.*

Aunque la adopción abierta puede generar riesgos pienso que si se realiza de manera controlada y siempre con la supervisión de la autoridad competente se puede crear una buena oportunidad en materia de adopción en nuestro país.

El artículo 180 del CC determina que la adopción es irrevocable, aunque el Juez podrá acordar su extinción a petición del padre o de la madre, con la obligación de que la demanda se interponga en el plazo de los dos años siguientes a la adopción, y que la extinción no perjudique de una manera grave al menor.

⁵⁷ ROOSER, A. y BERÁSTEGUI, A. *“Retos y dificultades para la implantación de la adopción abierta en España. El papel de la mediación”*. En *Mediaciones sociales*, 16, 2017, págs. 175-191.

⁵⁸ SÁNCHEZ, M.J. *“Hacia la recuperación de la adopción simple en el Derecho Español”*. En *cuadernos de Derecho Transnacional*, 10 (2), 2018, pág. 642.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria regula en los artículos 33 a 42 el expediente de jurisdicción voluntaria en materia de adopción. Establece que la competencia para tramitar el expediente va a pertenecer al Juzgado de Primera Instancia correspondiente a la sede de la Entidad Pública que tenga la obligación de proteger al adoptado y, su defecto, el del domicilio del adoptante.

Por último, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor en su artículo 22 ter, establece que las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado serán las encargadas de establecer un sistema de información compartido que permita el conocimiento de la situación de ofrecimientos para el acogimiento y la adopción. Los datos de los informes estarán desagregados por género y discapacidad para el seguimiento de las medidas de protección de menores y también, para datos estadísticos.

4.- RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN

El reconocimiento de la filiación es entendido como aquel acto jurídico en el que una persona realiza una afirmación formal y solemne en la cual se reconoce su paternidad biológica respecto a otra; teniendo como resultado el estado de filiación entre la persona que reconoce y aquella que ha sido reconocida⁵⁹.

La doctrina distingue entre varias teorías para determinar la naturaleza jurídica del reconocimiento de la filiación⁶⁰:

- Teoría del reconocimiento-admisión: Consiste en unir la declaración de paternidad o de maternidad con la voluntad de reconocer y atribuir el estado de filiación al que ha sido reconocido.
- Teoría del reconocimiento-confesión: Esta teoría entiende que la afirmación de la paternidad o de la maternidad es suficiente para que la ley atribuya directamente el efecto de constitución del estado de filiación.

⁵⁹ <https://alvarezabogadostenerife.com/2017/05/paternidad-y-filiacion>

⁶⁰ O'CALLAGHAN, X. *“Modos de determinación de la filiación extramatrimonial”* Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia, Ed. Universitaria Ramón Areces, 4ª ed., 2022. Disponible en: <https://vlex.es/vid/modos-determinacion-filiacion-extramatrimonial-215609>

Existen diferentes tipos de reconocimiento, estos son el unilateral y el bilateral. Por reconocimiento unilateral entendemos el que ha sido efectuado por uno solo de los padres; independientemente de que el otro progenitor pueda realizar su reconocimiento en un momento posterior. Hay que atender al artículo 122 del CC el cual dispone: “*Cuando un progenitor hiciere el reconocimiento separadamente no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente*”; la anterior prohibición proviene de la STS de 9 de junio de 1993, esta Sentencia entiende que no cabe imputar a un tercero una paternidad que no esté reconocida voluntariamente, aunque la prohibición no envuelve a que se pueda revelar el nombre de dicha persona para los casos que permita la ley.

Por otro lado, tenemos el reconocimiento bilateral en el que en un mismo acto se produce el reconocimiento de paternidad y maternidad de ambos padres conjuntamente.

El reconocimiento tiene una serie de características⁶¹:

Es un acto voluntario y expreso, no existe un deber jurídico de reconocimiento, la persona que reconoce lo puede realizar en base a un deber moral. El reconocimiento que se efectúe tiene que ser expreso, explícito, concreto e individualizado respecto de la persona que se reconozca.

Es un acto personalísimo que solo puede ser realizado por el padre o la madre por sí mismos, no cabe actuar a través de representante legal.

Es un acto unilateral porque proviene de un solo sujeto, por parte de la madre y por parte del padre, aunque el reconocimiento se haya realizado conjuntamente cada uno de los progenitores tiene que efectuar su propio reconocimiento.

Es un acto irrevocable, por cuanto crea un estado civil, además de ser un acto puro que no admite elementos accesorios condicionales, por ejemplo, una condición, un término o un modo.

Es un acto solemne que ha de ser expresado en una forma determinada, y cuya ausencia, resultaría en la inexistencia del acto. En último lugar, es un acto constitutivo,

⁶¹ Guías Jurídicas Wolters Kluwer. *Reconocimiento de filiación*. Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjC0tztbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAGSee2DUAAA=WKE#:~:text=Por%20reconocimiento%20de%20la%20filiaci%C3%B3n,y%20la%20persona%20que%20reconoce

crea el estado civil con efectos retroactivos al tiempo del nacimiento de la persona reconocida.

En el procedimiento de reconocimiento forman parte varios sujetos. Por un lado, tenemos al sujeto activo que es la persona que reconoce su paternidad o su maternidad, puede serlo cualquiera, independientemente de su estado civil.

Hay que tener en cuenta el artículo 121 del CC, el cual expresa que el reconocimiento que sea otorgado por menores no emancipados necesitará para su validez la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. También hay que atender al reconocimiento que otorguen las personas mayores de edad respecto de las que se hayan establecido medidas de apoyo porque se debe estar a lo que resulte de la resolución judicial o a la escritura pública que las haya establecido. Cuando se dé la circunstancia de que no se hayan dispuesto o que no hubiera medidas de apoyo se instruirá la correspondiente revisión de las medidas de apoyo que se hayan adoptado judicialmente para este fin.

Si tenemos sujeto activo; tenemos sujeto pasivo, formado por la persona reconocida como hijo/a extramatrimonial. El sujeto pasivo debe ser hijo biológico de la persona que realiza el reconocimiento; porque si no lo es puede ser objeto de una acción de impugnación de la filiación.

Nos podemos encontrar ante situaciones en donde la realidad biológica no se corresponde con la realidad jurídica, para estos casos surge el reconocimiento por complacencia, aunque encontramos algunos autores como GALLO VÉLEZ que definen este reconocimiento como una filiación de mentira *“el conocimiento que tiene el reconocedor de la inexistencia del vínculo biológico con el reconocido, esa falta de concordancia entre lo que se declara y la paternidad biológica, lo que permite afirmar que se está en presencia del mismo”*⁶². Por su parte RODRÍGUEZ CACHÓN⁶³ establece que el legislador deja en manos del reconocedor la determinación de la filiación, se considera que dentro del reconocimiento/admisión se va a encontrar un reconocimiento y confesión que sirve de soporte biológico de la paternidad o maternidad que se quiere determinar.

⁶² GALLO VÉLEZ, A.S. *“Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español”*. Dykinson, Madrid, 2017, pág. 84-85.

⁶³ RODRÍGUEZ CACHÓN, T. *“Reconocimiento de complacencia e impugnación de la filiación”* en Revista de Derecho de Familia, n°66, 2015, pág. 89.

Podemos encontrar, por ejemplo, el ATS 18519/2022, de 21 de diciembre⁶⁴. En el Fundamento Jurídico segundo⁶⁵ se establece que el recurso de casación formulado al amparo del artículo 477.2.3 de la LEC tiene un único motivo, y es fundamentado en error en la valoración de la prueba y caducidad de la acción. Explica que interpuesta la demanda de impugnación por ahora el recurrido, y dictada sentencia que acoge la impugnación. La Audiencia ratifica y considera que no ha quedado acreditado que el Sr. Alfredo, conociese la falta de paternidad al reconocer a los gemelos y cita la STS de 5 de diciembre de 2008⁶⁶, estableció que el plazo de un año desde el reconocimiento lo fue en 2012 (los gemelos nacieron en 2010), por lo que había caducado la acción, al presentarse la demanda en 2018, pero explica que existió reconocimiento por complacencia a pesar de negarlo en la audiencia.

Observamos que no cabe reconocer a una persona que tiene legalmente establecido un estado civil incompatible con el que se pretende reconocer. Por ejemplo, cuando se quiere reconocer a una persona ya reconocida por otros padres, según el artículo 113 del CC esa filiación será no eficaz.

Según el artículo 124 del CC la eficacia del reconocimiento del menor va a requerir el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor que sea legalmente conocido. Aunque, si el reconocimiento se efectúa en testamento o dentro del plazo para practicar la inscripción del nacimiento no será necesario el consentimiento o la aprobación. La inscripción practicada se podrá suspender con la simple petición de la madre durante el

⁶⁴ ATS 18519/2022, de 21 de diciembre, se interpuso recurso de casación por la demandada, apelante, en la instancia y hoy recurrente, frente a una sentencia dictada en segunda instancia en juicio de impugnación de filiación paterna no matrimonial. Interpuesta la demanda de impugnación de la paternidad por el quién constaba como padre registral y opuesta la demanda, se estimó la demanda, con los efectos inherentes. La demanda apeló y la audiencia desestimó el recurso. Se acordó que los progenitores tuvieron una relación intermitente, los gemelos nacieron en 2010 y el actor se marchó del domicilio familiar en 2009, después del nacimiento volvieron a convivir juntos y fue en 2012 cuando el recurrido en apelación ante el Encargado del Registro civil. Disponible en:

⁶⁵ ATS 18159/2022, de 21 de diciembre, Fundamento Jurídico segundo, párrafo primero.

⁶⁶ STS 1177/2008, de 5 de diciembre de 2008, trata una acción de impugnación de filiación no matrimonial determinada por reconocimiento de complacencia. En el que en el Fundamento Jurídico segundo, párrafo séptimo se acuerda que siguiendo a la sentencia de 27 de mayo de 2004, en la que se examinó la impugnación de la paternidad por un reconocimiento de complacencia; la Sala determinó que el tribunal de instancia había aplicado indebidamente el artículo 141 del CC, e inaplicado el artículo 140 del CC que se relaciona con el artículo 120 del CC, que establece los presupuestos para la determinación legal de la filiación no matrimonial, entre los que se encuentra el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, y que se proyecta tanto a los hijos nacidos sin que los padres se hubieran casado, como a

año siguiente al nacimiento; cuando el padre quiera solicitar la confirmación de la inscripción va a ser necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

El artículo 125 del CC contiene el reconocimiento de un hijo que haya sido producto de una relación incestuosa, es decir, entre hermanos o parientes consanguíneos en línea recta: *“Cuando los progenitores del menor fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, solo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial, que se otorgará con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al interés del menor. El menor podrá alcanzada la mayoría de edad, invalidar mediante declaración auténtica esta última determinación si no la hubiera consentido.”*

Por último, se puede dar la situación de que se quiera reconocer a un hijo fallecido, el artículo 126 del CC da la posibilidad de hacerlo, aunque para que el reconocimiento tenga efectos es necesario el consentimiento de los descendientes o de los representantes legales de los mismos. Sin embargo, no cabrá aplicación del anterior artículo para los casos en que ya ha sido solemnizado el reconocimiento antes de la defunción o cuando dentro del plazo confluyen simultáneamente las declaraciones de nacimiento y de defunción según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de octubre de 1989⁶⁷.

Así, por ejemplo, observamos que, en nuestro país vecino, Francia, también se admite el reconocimiento del hijo ya fallecido, y, a diferencia de España, cabe este reconocimiento haya dejado o no el hijo descendientes⁶⁸. En Italia, en su artículo 255 de su Código Civil⁶⁹ se contempla el supuesto del reconocimiento de un hijo premuerto, aunque solo se admite en favor de sus descendientes legítimos e hijos naturales reconocidos⁷⁰. Por último, el Código Civil portugués en su artículo 1854⁷¹ admite el

los nacidos antes del matrimonio y no son bilógicos. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/serah/indexAN.jsp>

⁶⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a B.: *“¿Puede un padre reconocer a un hijo después de que éste haya fallecido?”* Disponible en: <https://vlex.es/vid/puede-pade-hijo-despues-fallecido-200310>

⁶⁸ HUET-WEILLER, LABRUSSE-RIOU y VAN CAMELBEKE, *“La filiation”*, pág. 116.

⁶⁹ Artículo 255 del Código Civil italiano: *“El reconocimiento del hijo premuerto también puede tener lugar a favor de sus descendientes legítimos y de sus hijos naturales”*. Disponible en: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib1.htm

⁷⁰ FERRI, *“Lezioni sulla filiazioni”*, Bologna, Patron Edit, 1976, pág 160.

reconocimiento del hijo pueda realizarse después de la muerte de éste, aunque solo va a producir efectos en favor de los descendientes del hijo⁷².

El reconocimiento de filiación se realiza a través de lo dispuesto en el artículo 120 del CC. Podrá ser impugnado cuando concurra alguna causa de invalidez:

- Cuando la persona reconocida cuenta con otra filiación contradictoria.
- Por la ausencia del consentimiento en el reconocido, mayor de edad.
- Por la falta de consentimiento o aprobación judicial si es menor de edad.
- Por algún defecto de forma.

De igual manera, se podrá impugnar el reconocimiento cuando haya incurrido en él algún vicio de voluntad: error, violencia o la intimidación. El acto de impugnación tendrá el plazo de caducidad de un año desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiera fallecido antes de transcurrir el año. La legitimación activa le corresponde a quien hubiese otorgado el reconocimiento y acredite que ha sufrido el error, la violencia o la intimidación.

5.- EFECTOS DE LA FILIACIÓN

La filiación va a determinar una serie de derechos y obligaciones entendidos en favor del menor; el ordenamiento jurídico español respeta el principio “favor filii” en todas las relaciones familiares. Tendrán los mismos efectos la filiación matrimonial y la no matrimonial según dispone el artículo 108 del CC: “*La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*”. Los efectos son los siguientes:

- Determinación del nombre y los apellidos según lo dispuesto en el artículo 109 del CC.
- Atribución de la patria potestad del artículo 154 del CC⁷³.

⁷¹ Artículo 1854 del Código Civil portugués: “*La adopción se puede hacer en cualquier momento, antes o después del nacimiento del niño o después de la muerte del hijo*”. Disponible en: <https://www.ministeriopublico.pt/iframe/codigo-civil>

⁷² DE OLIVERA, “*Establecimiento da filiação*”, Lex Familiae, Revista portuguesa de Direito de Família, nº 29-30, 2018, pág. 124-125.

- Derechos de alimentos y sucesorios.
- Adquisición de la nacionalidad, nuestro CC reconoce que la nacionalidad se atribuye por “*ius sanguinis*”, es decir que los nacidos de padres españoles serán también españoles, de la misma manera será aplicado cuando el hijo nazca en el extranjero o cuando los progenitores sean extranjeros, siempre que alguno de ellos hubiese nacido en España.
- Determinación de la vecindad civil conforme al artículo 14.2 del CC⁷⁴.

Los efectos anteriores derivan estrictamente de la filiación, aunque cabe señalar que el estado civil de filiación tiene otras consecuencias jurídicas. La legislación social protege la relación de filiación; en situaciones de necesidad otorga ciertos derechos al progenitor y al hijo.

- Derecho a las bajas por maternidad, paternidad o adopción, como a las bajas por cuidado de los hijos. Existe también la posibilidad de solicitar reducciones de jornada, excedencias o permisos para la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.
- La Seguridad Social brinda una serie de prestaciones establecidas sobre el vínculo de la filiación, por ejemplo, la pensión de orfandad o en favor de familiares; sin olvidar que existen prestaciones no contributivas de protección familiar en las que la relación de filiación es determinante, como puede ser: la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres o padres con discapacidad.

Por último, la filiación puede tener efectos penales y cuasidelictuales; puede agravar o atenuar determinados delitos, hacer que se extienda la responsabilidad civil de los menores a sus progenitores por los actos que los primeros hubiesen cometido.

6.-ACREDITACIÓN DE LA FILIACIÓN

La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y,

⁷³ PÉREZ MONGE, M. “*Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*”. Centro de estudios Registrales, Madrid, 2002, pág. 46.

a falta de los anteriores, por la posesión de estado. Se estará a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil para la admisión de pruebas con relación a la inscripción. Según el artículo 113 del CC no va a ser eficaz cualquier determinación de una filiación cuando resulte acreditada otra contradictoria.

Respecto al último inciso RIVERO HERNÁNDEZ⁷⁵ indica que se aprecia el “principio de incompatibilidad de filiaciones”, lo explica a través de ejemplos, cuando se ha determinado legalmente la filiación no matrimonial mediante reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, pero se acredita una filiación distinta por posesión de estado, ante estos casos se debe realizar una reclamación de filiación, se ejercitará las correspondientes pretensiones contra la filiación acreditada, y si posteriormente fuera desvirtuada jurídicamente, la filiación determinada será ineficaz, queda establecido que la disparidad entre filiaciones no supone la invalidez de las mismas, sino que produce la ineficacia.

6.1-POSESION DE ESTADO

Respecto a la posesión de estado⁷⁶ la jurisprudencia ha sido la encargada de determinar los presupuestos que debe reunir un supuesto para que pueda ser calificado como tal: Es considerado como la ocupación de una situación familiar aun cuando no se posea el título. La falta de dicho título es lo que va a determinar a los sujetos con derecho a presentar acciones de reclamación o impugnación; va a afectar a las relaciones del padre e hijo cuando no lo sean biológicamente y también, para aquellos hijos no reconocidos legalmente, matrimoniales o extramatrimoniales y constituye prueba en los correspondientes procesos.

- El nombre: la persona ha utilizado el apellido de aquel o aquella de quien ostenta el título.
- El trato: Los afectados en la relación filial que se reclama o impugna han mantenido una relación de padre e hijo.

⁷⁴Ibídem, pág. 46.

⁷⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F. “Comentario al artículo 113 del CC” en VV. AA. Comentario al Código Civil, I, 2ª ed., Ministerio de Justicia, centro de publicaciones, Madrid, pág. 445.

⁷⁶ Filiación por Posesión de Estado, disponible en: <https://www.crespolaw.es/blog/filiacion-posesion-estado>

- La fama: En la sociedad son reconocidos como padre e hijo, es decir en su entorno dan testimonio de la creencia de este tipo de vínculo.

La filiación producirá sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tendrá efectos retroactivos cuando la retroactividad sea compatible con la naturaleza de los efectos y siempre que la ley no disponga lo contrario, según lo dispuesto en el artículo 112.1 del CC.

El artículo 114 del CC nos indica que podrán ser rectificadas los asientos de filiación conforme a la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de lo dispuesto en el título sobre acciones de impugnación; de la misma manera, podrán rectificarse en cualquier momento los asientos que sean contradictorios con los hechos que declare probados una sentencia penal.

Existe una situación especial para los menores que se encuentren en situación de desamparo por abandono, en estos casos en toda inscripción de nacimiento que haya tenido lugar en España se hará constar de manera obligatoria la filiación materna. Cuando se produzca discordancia entre la declaración y el parte facultativo o la comprobación reglamentaria va a prevalecer este último, según lo dispuesto en el artículo 44.4.2º. de la Ley de Registro Civil.

En relación con esta materia podemos encontrar la STS 1153/2022, de 31 de marzo⁷⁷, el demandante, D. Luis Miguel, interpuso un recurso de apelación en el que alegó que, conforme a la Jurisprudencia de la Sala y del TEDH cabe realizar una interpretación amplia de los apartados 2 y 3 del artículo 10 de la LTRHA; invocó la posesión de estado como título de atribución de la maternidad sin necesidad de que exista una relación biológica, así como que, dado que en el presente caso no puede acudir a la adopción como remedio alternativo, ha de estimarse la demanda en virtud del interés superior del menor⁷⁸.

En este caso se estimó el recurso de casación interpuesto por el MF y se denegó la filiación por posesión de estado por el Fundamento Jurídico 14: “Esta solución

⁷⁷ STS 1153/2022, de 31 de marzo, D. Luis Miguel presentó una demanda en la que ejerció la acción de determinación legal de filiación materna de doña Aurelia por posesión de estado respecto del menor Pedro Enrique, nacido en Tabasco, Méjico, mediante gestación subrogada. Tras su nacimiento, Pedro Enrique viajó a España con su madre, la hija del demandante, y desde entonces ha residido bajo su tutela y cuidado en el domicilio familiar en Madrid, en donde había convivido también el demandante durante los dos años anteriores a la demanda. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/0e6219d65731/20220405>

⁷⁸ Fundamento Jurídico sexto de la STS 1153/2022, de 31 de marzo.

satisface el interés superior del menor, valorado en concreto, como exige el citado Dictamen del TEDH, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general”. Se considera que resultaría gravemente lesionados se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial, en caso de que se pudiera asegurar el reconocimiento automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños que son tratados como mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones.

7.- TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

7.1.- CONCEPTO Y ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Las técnicas de reproducción asistida implican la manipulación de los espermatozoides y óvulos o de los embriones en un laboratorio con la finalidad de lograr una gestación; son utilizadas en circunstancias en las que no se puede conseguir un embarazo por medios naturales.

En 1988 se aprueba en España la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida⁷⁹ (LTRA) fue una de las primeras leyes en el entorno europeo. El legislador de aquel momento estudió los efectos jurídicos, ya que se iba a poner en entredicho cuestiones relacionadas con el Derecho de Familia, por ejemplo, la maternidad, la paternidad, la filiación, entre otras. Establecieron requisitos en relación con el donante y a la donación, así como de las obligaciones o derechos que pudiesen existir respecto de los donantes con los hijos nacidos. En esta Ley se pueden observar varias incongruencias y vacíos legales para la determinación de la filiación de los hijos nacidos de dichas técnicas.

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre tiene origen en el polémico “Informe Palacios”, que fue elaborado por la Comisión especial de estudio de la fecundación “in vitro” y la inseminación artificial humana, fue presidida por M. Palacios, de ahí el

nombre del informe, el cual fue aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986⁸⁰.

La Comisión Especial contaba con un representante de cada uno de los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados, presidido por D. Marcelo Palacios Alonso, también se contó con la figura de 36 personalidades especialistas en las áreas de conocimiento en el ámbito de la reproducción asistida, por ejemplo, filósofos, biólogos, moralistas, ginecólogos y juristas, entre otros⁸¹. Esta Comisión fue una novedad; la Cámara pretendía llevar a cabo la creación de una Comisión Especial de Estudio sobre fertilización extracorpórea con la finalidad de ofrecer al legislador un estudio de los problemas que pueden existir en la utilización de estas nuevas técnicas de reproducción. Se trató de una iniciativa sin precedentes parlamentarios que no se ha repetido y, como indica SOUTO PAZ, “todo ello indica la excepcionalidad y la complejidad de la iniciativa legislativa, que, sin embargo, permitió situar a España entre los primeros Estados que regularon esta materia”⁸².

En dicho informe se justifica la posibilidad de que todas las mujeres puedan someterse a las técnicas de reproducción asistida porque toda mujer tiene el derecho de ser madre. Para hacer efectivo ese derecho se alegan los artículos 9, 10.1, 14, 18 y 39.1 de la CE⁸³. La Exposición de motivos de la Ley específica *“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 responsable”*⁸⁴.

El capítulo III de la ley fue dedicado a los donantes; el artículo 5 especificaba el carácter gratuito y anónimo de la donación, como expresamente el derecho de los hijos

⁷⁹ Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?BOE-A-1988-27108>

⁸⁰ CAMARA AGUILA, M. P. *“Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (comentario a la STC 116/1999, de 17 de junio)”*. Derecho privado y Constitución, Núm. 13, 1999, pág. 4.

⁸¹ SOUTO PAZ, J. A. *“El informe palacios y la ley de reproducción asistida”*, pág. 187-196

⁸² ÍBIDEM.

⁸³ Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación “in vitro” y la inseminación artificial humanas, pág.158 y siguientes. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/DS/PL/PL_280.PDF

⁸⁴ Exposición de motivos III de la Ley 35/1998, de 22 de noviembre, párrafo segundo.

a obtener información general de los donantes, con la excepción de la identidad de los donantes, aunque existían dos exclusiones a la regla general en el artículo 5.5:

- Cuando existan circunstancias de comprobado peligro para la vida del hijo.
- Mediante disposición de las leyes procesales penales; en cuyo caso se podrá revelar la identidad del donante con carácter privado y será restringido con el único fin de evitar el peligro o alcanzar el fin legal que se propuesto, pero nunca el de determinar la filiación.

Dedicaba el artículo 6 a las usuarias de las técnicas, disponía que el marido podía revocar el consentimiento del uso de dichas técnicas, salvo en el caso que ambos estuviesen separados con sentencia firme de divorcio o separación o de hecho o de mutuo acuerdo que conste fehacientemente⁸⁵.

De igual manera, el artículo 9 contemplaba el supuesto de fallecimiento del padre, en estos casos, como regla general había que comprobar si el marido estaba vivo o no al tiempo de la concepción. Se añadió a este artículo que el marido o el conviviente podían consentir en testamento o mediante escritura pública el uso de su material reproductor en los seis meses siguientes a su fallecimiento; se habló por primera vez la denominada fecundación post mortem de la mujer o en su caso de la conviviente.

Esta norma experimentó una importante reforma en el año 2003, concretamente fue la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida⁸⁶ modificaciones producidas por grandes avances científicos que iban a dar respuesta a los vacíos normativos que se habían generado.

Durante los 15 años de vigencia de la Ley 35/1988 la práctica médica en el ámbito de la reproducción humana asistida superaron las previsiones que se contenían en la Ley; con el paso del tiempo se puso de manifiesto algunas limitaciones en la

⁸⁵ El artículo 6 de la Ley 35/1998, de 22 de noviembre, especifica que la mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas siempre que haya prestado su consentimiento de manera libre, consciente, expresa y por escrito, además de tener 18 años y plena capacidad de obrar, se incluye que si estuviese casada, además de su consentimiento necesitará el consentimiento del marido, a excepción de que se encontraran separados por sentencia firme de divorcio o por separación de hecho o de mutuo acuerdo que constase de manera fehaciente.

⁸⁶ Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-21341>

norma y también ciertas ausencias, entre las principales ausencias normativas se encontraba cuál era el destino que debía darse a los preembriones supernumerarios⁸⁷: *“Embriones concebidos in vitro en número que excede la posibilidad de una transferencia simultánea al cuerpo materno se congelan con vistas a una repetición de la embryo transfer en el caso, no infrecuente, de fracaso de la primera tentativa o de su postergación”*⁸⁸.

En la LTRA de 1988 no se fijaba ningún límite al número de óvulos fecundables, pero el artículo 4 limitaba la transferencia de esos óvulos al útero; especificando un número concreto que científicamente resultase el más adecuado para asegurar el embarazo. La situación anterior tenía como consecuencia de producir en la práctica la obtención de un número superior de preembriones a los que se llegaban a implantar; destinándose los sobrantes a ser crioconservados por un plazo máximo de cinco años⁸⁹; provocando una gran acumulación de preembriones viables sobrantes en los bancos.

Por todo lo anterior, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida como el Comité Asesor de Ética de Ciencia y Tecnología aconsejaron una intervención expresa al legislador para que modificasen la norma, con el principal objetivo de resolver la inseguridad jurídica que se había creado y solventar los problemas derivados⁹⁰.

Con la reforma de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, se autorizó la utilización de los preembriones existentes a la entrada en vigor de esta Ley; se limitó únicamente para materia de investigación, además de imponer condiciones restrictivas a su uso⁹¹.

⁸⁷ La Ley 35/1998 preveía la crioconservación de los preembriones humanos sobrantes de la fecundación in vitro

⁸⁸ MAURICIO FAGGIONI, P. *“La cuestión de los embriones congelados”*. L'osservatore Romano, 23 de julio de 1996. www.bioetiaweb.com

⁸⁹ El artículo 11 de la Ley 35/1988 disponía que *“los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años”*. Una vez superado el plazo de los cinco años, la norma no especificaba el destino de los preembriones crioconservados no transferidos.

⁹⁰ Exposición de Motivos I, párrafo quinto de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

⁹¹ Disposición final primera de la Ley 45/2003: *“Las parejas progenitoras, o la mujer en su caso, determinarán el destino de los preembriones humanos supernumerarios que hayan sido crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, pudiendo elegir entre las siguientes opciones: el mantenimiento de la crioconservación hasta que le sean transferidos de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre TRA; la donación, sin ánimo de lucro, con fines reproductivos a otras parejas que lo soliciten, según lo previsto en los artículos 5, 7, 8 y 9 de la Ley 35/1988; el consentimiento para que las estructuras biológicas obtenidas en el momento de la*

Para los preembriones posteriores al mes de noviembre de 2003, su utilización fue determinada para fines reproductivos y con el límite de transferir como máximo tres ovocitos⁹², con la excepción en los casos en que lo impidiera la propia patología de los progenitores⁹³.

7.2.- LA LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

En materia de reproducción asistida, descubrimos que la ciencia se encuentra en constante evolución e incluso avanza más rápida que las leyes, leyes que tienen que regular sus hallazgos; es importante que las normativas se adapten a los posibles tratamientos de fertilidad para que todas las personas puedan tener acceso a ellas de manera legal⁹⁴.

La esterilidad es considerada una enfermedad del sistema reproductivo según la Organización Mundial de la Salud (OMS); se caracteriza por la no consecución de un embarazo clínico tras veinticuatro meses manteniendo relaciones sexuales sin usar un método anticonceptivo. El plazo de veinticuatro meses fue reducido, en el año 1996 por la Sociedad Europea de Fertilidad (ESHRE), a doce meses.

A nivel mundial la infertilidad afecta a más de setenta millones de parejas, aunque se ha detectado que solo un 56% de parejas busca ayuda. Fijándonos en los datos arrojados por la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), esta enfermedad forma parte en una de cada 10 parejas, acreditando que en España existen 800000 parejas con problemas de fertilidad; aunque existen datos en los que únicamente hay 3% de nacimientos derivados de las TRHA.

descongelación puedan ser utilizadas con fines de investigación, dentro de los límites previstos en la presente disposición final, sin que en ningún caso se proceda a la reanimación; o proceder a su descongelación sin otros fines”.

⁹² Artículo 4.3 de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre: “*Se fecundará un máximo de tres ovocitos que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo salvo en los casos en los que lo impida la patología de base de los progenitores”.*

⁹³ Cuando se permita fecundar un mayor número de ovocitos, siempre que sea asumible por la pareja dentro de su proyecto reproductivo, pero siempre serán especificados en un protocolo que elaborará el Ministerio de Sanidad y Consumo con el asesoramiento e informe previo de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, tal y como dispone el artículo 4.3.2 de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

⁹⁴ DÍAZ GARCÍA-DONATO, J. FERNÁNDEZ, M. VILLALOBOS PAZ, V. y SALVADOR, Z. “*Ley 14/2006 de reproducción humana asistida en España*”. Revista médica en reproducción asistida ORG. Disponible: <https://www.reproduccionasistida.org/leyes-de-reproduccion-humana>

Los avances científicos motivaron la revisión de la ley de 1988, se publicó la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de Reproducción Humana Asistida, la cual introduce importantes novedades. Gracias a este marco legal, España se ha beneficiado de todos los avances en medicina reproductiva.

La Ley incluye sobre todo novedades acaecidas en el ámbito familiar, destacando las introducidas por la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio⁹⁵, y de las normativas autonómicas en materia de parejas estables o uniones de hecho; se establece, de igual manera, que la mujer va a poder ser usuaria o receptora de las técnicas de reproducción asistida sin tener en cuenta su estado civil y orientación sexual, aunque insiste en la necesidad de consentimiento para el caso de matrimonio así lo dispone el artículo 6.1 de la LTRHA: *“Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”*.

En cuanto a la filiación en la legislación anterior se denominaba “Los padres y los hijos” modificándose a “Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”; el artículo 7 de la LTRHA incorpora un tercer párrafo de gran importancia que cubre un claro vacío legal existente hasta ese momento: *“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”*.

Es necesario destacar el artículo 7.3 de la LTRHA⁹⁶ supuso un gran cambio social ya que desde ese momento se iba a poder inscribir al hijo nacido como de ambas mujeres, anteriormente solo se podía en los casos de adopción del menor.

⁹⁵ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-11364>

⁹⁶ Artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo: *“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”*.

En los supuestos de premoriencia del marido, dispone el artículo 9 de la LTRHA la ampliación del plazo de seis meses a doce; en cuanto al uso de su material reproductor para la realización de la fecundación post mortem, se presume otorgado dicho consentimiento en el caso de que el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida para la transferencia de preembriones constituidos antes del fallecimiento del marido.

Esta Ley tiene como objeto según su artículo 1:

- Regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida acreditadas científicamente y clínicamente probadas.
- Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en la Ley.
- La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones⁹⁷ humanos crioconservados.

Por preembrión se entiende el embrión in vitro constituido por un grupo de células obtenidas de la división progresiva del ovocito que es fecundado hasta 14 días más tarde. Además, se prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

ROBERTO MATORRAS establece que “la práctica de la reproducción asistida debe ser una actividad sometida a una legislación específica y que para su realización no es suficiente el consentimiento de quienes ellas participan. Se ha optado pues un planteamiento intervencionista, regulativo de las técnicas de reproducción asistida, a semejanza de lo que ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno, si bien las limitaciones legales difieren notablemente en los diferentes países”⁹⁸.

7.3. TIPOS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SUJETOS INTERVINIENTES EN LAS TRA

⁹⁷ La Ley 14/2006, de 26 de mayo, dispone en el artículo 1.2 que entiende por preembrión el embrión in vitro que ha sido constituido por el grupo de células que han sido el resultado de la división progresiva del ovocito desde que fue fecundado hasta 14 días más tarde.

⁹⁸ MATORRAS, R. “comentarios científico-jurídicos Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción humana asistida”. Dykinson, S.L. Madrid, 2007, pág. 28.

LÓPEZ GALVÁN y MORENO GARCÍA⁹⁹ explican y catalogan diferentes técnicas reproductivas.

La primera de ellas es la inseminación artificial (IA)¹⁰⁰: Esta técnica consiste en la selección de espermatozoides para la posterior introducción, en el mejor momento para lograr el embarazo, en el interior del útero. La IA es una técnica sencilla que suele utilizarse cuando la calidad del espermatozoide es discutible. El espermatozoide puede proceder del varón de la pareja receptora, también denominado “*inseminación artificial conyugal*” o, de un donante, que recibe el nombre de “*inseminación artificial de donante*”. El procedimiento seguido es la selección de espermatozoides en función del grupo sanguíneo y de las características físicas y raciales de la pareja o de la persona que vaya a ser la receptora.

La segunda técnica es la fecundación in vitro (FIV)¹⁰¹: Es la técnica más utilizada, la unión del óvulo y del espermatozoide se produce en el laboratorio; tras haberse obtenido el mayor número de óvulos que ha desarrollado el ovario. Cuando se ha producido la fecundación externa, el embrión o los embriones que se hayan obtenido se insertan en el útero para su gestación interna.

La tercera técnica es la microinyección espermática (ICSI)¹⁰²: Es la técnica con mayor porcentaje de éxito contra la esterilidad masculina. Se considera una variante de FIV, consiste en la inyección directa de un solo espermatozoide en el interior del citoplasma del óvulo que se haya seleccionado.

La cuarta técnica es la congelación de embriones¹⁰³: Resultado de las TRHA expuestas anteriormente, suele ser normal que se obtengan más embriones de los que se necesitan; los sobrantes son congelados para su utilización en un futuro; ya sea para realizar más intentos de embarazo tras procedimientos fallados o porque desean una segunda gestación.

⁹⁹ LÓPEZ GALVÁN, J.J., y MORENO GARCÍA, J.M. “*¿Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?*”, pág. 243.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. “*Los contratos en materia de reproducción humana asistida: especial tratamiento de la autonomía de la voluntad en las donaciones de gametos y en el destino de los embriones criopreservados*”. Actualidad Jurídica Iberoamericana, N°16, 2022, pág. 7.

¹⁰¹ ÍBIDEM.

¹⁰² ÍBIDEM

¹⁰³ ÍBIDEM

La quinta técnica es la crioconservación de ovocitos o de tejido ovárico¹⁰⁴: Es un procedimiento con un fin principal de intentar preservar la fecundidad de las mujeres; se realiza la extracción de los óvulos o del tejido de una mujer para ser congelados. Se consigue la obtención de óvulos en edad fértil que podrán ser utilizados en un momento posterior para ser implantados en la propietaria de los mismos.

La sexta técnica es el diagnóstico genético preimplantacional (DGP)¹⁰⁵: Esta técnica va dirigida a parejas que tienen un alto riesgo de transmitir enfermedades a sus descendientes. Como primer paso se realiza la técnica de ICSI para posteriormente, poder realizar un análisis a cada uno de los embriones que se hayan obtenido tras la inyección. Serán descubiertos los embriones que son portadores de la anomalía y cuáles no, los cuales serán implantados y se evitará la transferencia dañosa.

La séptima técnica, aunque en otro punto de este trabajo será estudiada en más profundidad, es la fecundación “post mortem”¹⁰⁶: Nuestro ordenamiento jurídico permite que el esposo o el varón no unido por vínculo matrimonial, pueda prestar su consentimiento, ya sea en escritura pública, documento de instrucciones previas o a través de testamento, para que su material reproductor que previamente se ha conservado, pueda ser utilizado para fecundar a su esposa o pareja, siempre dentro de los doce meses inmediatamente posteriores a su fallecimiento.

Por último, la octava técnica es la donación de gametos y embriones¹⁰⁷: Técnica introducida en nuestra legislación en 1988¹⁰⁸. Es una técnica reproductiva de tipo heterólogo, en las que interviene la aportación de gametos de donante, ya sea de esperma o de óvulos.

Para la utilización de estas técnicas se necesitan distintos sujetos intervinientes los cuales son: la mujer usuaria, el varón y el donante:

La mujer usuaria, aparece definida en el artículo 6.1 de la LTRHA expone que: *“toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su*

¹⁰⁴ ÍBIDEM

¹⁰⁵ ÍBIDEM

¹⁰⁶ ÍBIDEM

¹⁰⁷ ÍBIDEM

¹⁰⁸ La donación de gametos y embriones estaba prevista en el artículo 5 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, concretamente en el artículo 5.1 se disponía: *“La donación de gametos y preembriones para*

consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa". En lo referido a la edad, hemos visto que el legislador fija la edad mínima para acceder a estas técnicas en los 18 años. No se establece un máximo de edad para someterse a ellas, produciendo en ocasiones situaciones un tanto sorprendentes, como, por ejemplo, el caso de una mujer burgalesa de 64 años que dio a luz a dos mellizos tras someterse a una inseminación artificial en Estados Unidos.¹⁰⁹

El segundo requisito legal es la plena capacidad de obrar de la mujer usuaria; el consentimiento que se ha de prestar para someterse a las TRHA debe ser jurídicamente válido.

En el segundo párrafo del artículo 6.1 se establece que podrá ser usuaria toda mujer *"con independencia de su estado civil y orientación sexual"*, beneficiando al desarrollo de nuevos modelos de familia para los supuestos que posteriormente explicaremos con más detención como son: mujer sola, parejas de hecho heterosexuales o matrimonios heterosexuales y homosexuales.

Para los casos de los matrimonios infértiles, se ha comprobado que en España el 30% de las alteraciones de una pareja que acude a la reproducción asistida, suele obedecer a un problema de la mujer, un 30% del varón, un 20% se imputa a ambos miembros al mismo tiempo y, otro 20% se achaca a causa desconocida o sin diagnóstico¹¹⁰.

Para parejas del mismo sexo, se tiene constancia que en años anteriores estas parejas podían fundar una familia siempre que ocultaran sus orientaciones sexuales. Gracias a la donación anónima de esperma permite a las parejas de mujeres tener hijos sin tener que mentir o esconder sobre su condición sexual.

Por último, para las mujeres sin pareja, se permite desde 1988 que estas mujeres puedan ser madres accediendo a la reproducción asistida. Se suele dar la circunstancia que las mujeres que deciden ser madres en solitario tienen una edad superior a 35 años; en este aspecto se tiene que hacer una indicación, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través de la Orden Ministerial núm 2065/2014, de 31 de

las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro autorizado".

¹⁰⁹www.lespanol.com/reportajes/20180319/mauri-burgalesa-mellizos-pierde-entregados-familia-acogida/293221710_0.amp.html

¹¹⁰ <https://ivi.es/causas-de-la-infertilidad/>

octubre¹¹¹ estableció que el *“el acceso a la reproducción humana asistida dependerá de un diagnóstico de esterilidad o de una indicación clínica establecida”*, con lo que se dejaba fuera a mujeres sin pareja o a mujeres homosexuales. Por lo tanto, la aplicación de las TRHA por voluntad propia y no por razones médicas, solo las podrán llevar a cabo en centros privados.

Finalmente, la LTRHA no establece ningún requisito para acceder a las TRHA como por ejemplo, que la mujer usuaria padezca algún tipo de esterilidad, por el contrario, para la aplicación de las TRHA en el ámbito del Sistema Nacional de la Salud sí que se exige; así queda reflejado en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre en el Anexo III, apartado 5.3.8.1: *“los tratamientos de reproducción humana asistida tendrán la finalidad de ayudar a lograr la gestación en aquellas personas con imposibilidad de conseguirlo de forma natural, no susceptibles a tratamientos exclusivamente farmacológicos, o tras el fracaso de los mismos. También se podrá recurrir a estos procedimientos a fin de evitar enfermedades o trastornos genéticos graves en la descendencia y cuando se precise de un embrión con características inmunológicas idénticas a las de un hermano afecto de un proceso patológico grave, que no sea susceptible de otro recurso terapéutico. Para su realización en el ámbito del Sistema Nacional de Salud deberán cumplir los criterios generales de acceso a los tratamientos de RHA que se recogen en el apartado 5.3.8.2 y en su caso, los criterios específicos de cada técnica”*¹¹².

En referencia al varón, la intervención de éste tiene lugar especialmente a través de su consentimiento y de su aportación de material genético. Tenemos que distinguir el consentimiento que se preste por un varón no casado, es decir, una unión de hecho y por un varón casado.

En el caso del varón no casado se hace referencia al artículo 8.2 de la LTRHA en el que se va a considerar escrito indubitado, con los efectos del artículo 44.8 de la Ley

¹¹¹ Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II, y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-11444>

¹¹² Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre en el Anexo III, apartado 5.3.8.1. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-16212-consolidado.pdf>

del Registro Civil¹¹³, el documento que se extiende ante el centro o servicio autorizado en que se refleje el consentimiento de la fecundación en el que esté la contribución del donante varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas; quedando siempre a salvo la reclamación judicial de paternidad.

El consentimiento del varón casado tiene que ser escrito, libre, consciente y expreso, se entiende que es un requisito obligatorio este reconocimiento para que la mujer pueda someterse a la aplicación de las TRHA, como lo dispone el artículo 6.3 de la LTRHA: *“si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal”*.

Por último, encontramos como sujeto interviniente en las TRHA al donante, nos podemos encontrar como donantes de material genético, tanto a un hombre (donante de semen) como a una mujer (donante de óvulos o también, de preembriones). La aportación del donante se llevará a cabo, tal y como dispone el artículo 5.1 de la LTRHA, a través de un contrato de donación que será gratuito, formal, y confidencial entre el donante y el centro autorizado.

El estado psicofísico del donante es importante y por ello deberá de cumplir con las exigencias que se establecen en un protocolo obligatorio de estudio; en el cual se incluirán las características fenotípicas y psicológicas del donante. Se tendrán en cuenta las condiciones clínicas y se realizarán las analíticas necesarias para que quede constancia de que los donantes no padecen ninguna enfermedad genética, ya sean hereditarias o infecciosas que se puedan transmitir a los descendientes, tal y como establece el artículo 5.6 de la LTRHA. Se fija que el donante deberá ser mayor de 18 años, con buen estado de salud y, que tenga plena capacidad de obrar.

Uno de los aspectos más destacados de la donación de material genético es el anonimato del donante. Nos podemos remontar a la LTRA de 1988 en el que ya se optaba por defender el anonimato del donante, se establecía en el artículo 5.5 lo siguiente: *“La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por*

¹¹³ El artículo 44.8 de la Ley del Registro Civil dispone: *“En los supuestos de controversia y aquellos otros que la ley determine, para hacer constar la filiación paterna se requerirá previa resolución judicial*

los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.”.

Se contemplaba una única excepción, en el último párrafo del mismo artículo; tenían que darse situaciones extraordinarias que comportasen un peligro cierto para la salud de los hijos, o cuando proceda a las leyes procesales penales. Esta revelación era de carácter restringido y no tenía publicidad ninguna. La revelación de identidad del donante no implicaba la determinación legal de la filiación, tal y como disponía el artículo 8.3 de la LTRA; es decir, no se modificaba las relaciones paterno-materno filiales, no pudiéndose exigir responsabilidad jurídica al donante.

Cabe afirmar que la regulación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, antepone el derecho a la intimidad del donante frente al derecho del hijo a conocer su origen biológico¹¹⁴. Si se efectúa una reflexión se puede entender que si se realiza una supresión del anonimato del donante supondría una notable reducción de las donaciones obteniendo como resultado una rebaja de los tratamientos y de la calidad asistencial. Teniendo en cuenta que la efectividad en las técnicas de reproducción humana asistida reside en su mayor parte en la persona que es donante de los gametos o preembriones; tal y como se admitió en la STC de 17 de junio de 1999¹¹⁵.

Dicha Sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por 63 diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Los motivos del recurso fueron entre otros, la incompatibilidad del artículo 5.5 de la misma Ley, en referencia al anonimato de la donación y de redacción parecida al artículo 5.5 de la ley vigente en la actualidad, con lo dispuesto en el artículo 39.2 de la CE, conforme al cual la Ley posibilitará la investigación de la paternidad.

El TC resuelve el recurso en el Fundamento Jurídico 15¹¹⁶, entiende que la CE ordena al legislador que, de la posibilidad de la investigación de la paternidad, aunque

dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal”.

¹¹⁴ Artículo 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

¹¹⁵ STC 116/1999, de 17 de junio. Resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1999-15024>

¹¹⁶ Fundamento Jurídico 15, párrafo segundo: “*En efecto, la Constitución ordena al legislador que posibilite la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la*

esto no va a implicar que exista un derecho incondicionado de los ciudadanos de averiguar la identidad de su progenitor.

El TC recuerda que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se constituye para establecer un vínculo jurídico entre los sujetos afectados. Un vínculo jurídico que contiene derecho y obligaciones integrantes en las relaciones paternofiliales. Por el contrario, la revelación de la identidad del donante no se realiza para crear vínculo jurídico, sino a una identificación del sujeto donante de los gametos origen de la generación, es decir, se podría entender la identificación del progenitor como una satisfacción personal de conocer el origen biológico de uno mismo.

El TC afirma que el contenido del artículo 5.5 de la Ley no va a derivar consecuencias desfavorables para los hijos, ya que el anonimato de los donantes no es absoluto, tal y como se ha mencionado anteriormente al existir excepciones previstas en la norma; se permite a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales obtener información general de los donantes lo que va a permitir el conocimiento de los elementos genéticos de su progenitor¹¹⁷.

Para terminar, el TC defiende que la finalidad de la Ley es poder compatibilizar la obtención de los gametos y de preembriones que sean imprescindibles para la práctica de las TRA con el derecho a la intimidad de los donantes¹¹⁸, en relación con esto, señala DURAN RIVACOBIA, R: *“el recurso de constitucionalidad precisamente se ocupa de si el anonimato paterno es admisible a la vista del artículo 39 de la CE, que contempla sin cortapisas la libre búsqueda de la paternidad. Es, por tanto, impropio que alegue la Sentencia como axioma “el derecho a la intimidad de los donantes”. Esto es justo lo que debería discutirse: si hay derecho a la intimidad de los donantes, eufemismo que oculta el anonimato del padre. El hecho supone una petición de principio flagrante. Me gustaría saber dónde radica el pretendido derecho a la intimidad de los donantes de semen en cuanto tales y por qué se admite de antemano, hurtándolo al debate, al menos en su significación exacta. Como personas individuales no me ofrece su derecho a la intimidad duda de ninguna especie, pero no tanto en su faceta de padres efectivos por*

conurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva, la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el artículo 39.2 de la CE, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad”.

¹¹⁷ Fundamento Jurídico 15, párrafo cuarto.

¹¹⁸ Fundamento Jurídico 15, párrafo quinto.

vía de fecundación artificial, o cualquier otra. Parece un exceso y un abuso que tu intimidad impida ser conocido por tu descendencia, máxime si el ordenamiento español no reconoce un derecho incondicionado y absoluto a la intimidad”.¹¹⁹ Se reconoce a la figura del donante como un elemento clave en las técnicas de reproducción humana asistida.

Hay un sector de la doctrina que considera inconstitucional la regulación del anonimato del donante, fundamentándolo en el artículo 39.2 de la CE que impone el llamado “principio de verdad biológica”; impone a los padres el deber de prestar asistencia en todos los ámbitos a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que proceda. Algunos de los autores señalan la ausencia de fundamento constitucional del artículo 5.5, uno de ellos en DÍEZ SOTO, alega: *“pese a contar con el aval de la STC 116/1999, tal planteamiento, sustentado en un pretendido derecho a la procreación carente de fundamento constitucional, resulta difícilmente conciliable con las exigencias constitucionales, especialmente en lo que se refiere al principio de igualdad de todo nacido con independencia de su filiación, y al derecho que todo hijo tiene a recibir asistencia de todo orden de sus padres (artículo 14 y 39 de la CE)”*.¹²⁰

En la misma orientación, VIDAL MARTÍNEZ indica que: *“la normativa en la LTRA en relación con el anonimato del donante, contraviene a la Constitución colaborando a que los nacidos mediante estas técnicas sean considerados como objetos y no como personas, negándoles derechos básicos como el derecho a lo no discriminación y el derecho a conocer su origen, encuadrable a nuestro juicio en el artículo 10.1 de la CE, cuyos principios en el ámbito de la protección de la familia y de la dimensión familiar de la persona son igualmente vulnerados por esta figura legal”*.¹²¹

¹¹⁹ DURAN RIVACOBIA, R. *“Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma”*. Revista Ius el Praxis, Año 16, nº1, 2010, pág. 50.

¹²⁰ DÍEZ SOTO, C.M. *Usuarios de las técnicas en LLEDO YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, y MONJE BALMASEDA, O.: “Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida”*, Editorial DYKINSON SL, Madrid 2007, pág. 107.

¹²¹ VIDAL MARTÍNEZ, J. *“La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español”* en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coor), BENÍTEZ ORTUZAR, J y VEGA GUTIERREZ, A.M: *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada 1988, pág. 103.

La principal idea para levantar el anonimato del donante son el derecho a conocer el origen biológico para dar prevalencia a la “verdad biológica” y a la necesidad de conocer la identidad de sus los progenitores.

8.- LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

El artículo 39.2 de la CE establece una protección en todos los ámbitos en favor de los hijos, además de garantizar igualdad ante la Ley independientemente de su filiación o nacimiento; por eso la gran reforma que se realizó en materia de filiación estuvo sustentada sobre el principio de verdad biológica; es decir la posibilidad de investigar sobre la paternidad.

Las nuevas técnicas de reproducción han hecho que la filiación se aleje de la idea basada principalmente en la genética. Partiendo del concepto de filiación encontramos a RIVERO HERNÁNDEZ quien nos indica que la filiación es “*la relación que da entre padres e hijos*”¹²². Aunque, si nos situamos en los nacimientos obtenidos a través del uso de las TRA vemos que se dan diferencias con la procreación natural, el legislador entiende que debe incluirla en la natural porque según BARBER CÁRCAMO “*la manipulación del hijo en sus orígenes en nada debe alterar la clasificación jurídica de la filiación*”.¹²³ Por lo tanto, el legislador recoge como dos únicas vías de filiación la natural, en la que se incluye la derivada de las técnicas de reproducción asistida, y la adoptiva.

La filiación de los hijos nacidos mediante las TRA es regulada por las leyes civiles tal y como dispone el artículo 7.1 de la LTRHA, por su parte, el apartado tercero del mismo artículo dispone que: “*Cuando una mujer estuviere casada, y no legalmente de hecho, con otra mujer distinta, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge*”, este precepto es aplicable a los casos de un matrimonio formado únicamente por mujeres.

¹²² LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV. Familia, Dykinson. 2008, pág. 25.

¹²³ BARBER CÁRCAMO, R., “*Reproducción asistida y determinación de la filiación*”, *Redur*, 8, 2020, pág. 27.

Según el artículo 8 de la LTRHA no se podrá impugnar la filiación matrimonial, la mujer progenitora ni el marido, del hijo nacido como consecuencia de la contribución de donante o donantes; la filiación que se determina en este caso es la recogida en el artículo 116 del CC¹²⁴, en la que la presunción de paternidad recae sobre el marido, la filiación queda determinada a favor de ambos, es decir, el hijo va a tener un padre o padres genéticos distintos a los jurídicos.

No se podrá determinar legalmente la filiación, ni reconocerse efecto o relación jurídica entre el hijo nacido por aplicación de la técnica y el marido fallecido cuando el material genético reproductor del fallecido no se encontrase en el útero de la mujer en la fecha del fallecimiento del varón, tal y como dispone el artículo 9 de la LTRHA, aunque se va a permitir al marido dar su consentimiento mediante escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor sea utilizado, siempre en los doce meses siguientes al fallecimiento para poder fecundar a su mujer¹²⁵, obteniendo como resultado que se derivarán los efectos legales de la filiación matrimonial; opción que también está prevista para el varón no unido por vínculo matrimonial.

8.1. FILIACIÓN BIOLÓGICA DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HOMÓLOGAS.

Tenemos que diferenciar la filiación biológica matrimonial y la no matrimonial.

La filiación biológica matrimonial es aquella que utiliza las técnicas de reproducción asistida homólogas, a su vez se puede dar con consentimiento del marido o sin ese consentimiento.

La inseminación artificial homóloga se puede entender como la utilización del material genético masculino, debiendo de haber manifestado su consentimiento en un momento previo a su utilización según lo dispuesto en el artículo 6.3 de la LTRHA. Se da la situación de que ambos progenitores van a ser desde la perspectiva biológica como desde la jurídica.

¹²⁴ Artículo 116 del CC dispone que: “*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o la separación legal o de hecho de los cónyuges*”.

¹²⁵ Artículo 9.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

La filiación biológica matrimonial con consentimiento del marido se entiende como el supuesto en el que el marido aporta el material genético y presta su consentimiento para que se insemine a su mujer, este es el supuesto que menos problemas genera en el mundo jurídico.

Para estudiar su normativa tenemos que acudir a los artículos 108, 115 y siguientes del CC; el artículo 7.1 de la LTRHA¹²⁶ nos indica que nos tenemos que remitir a las normas del CC para los supuestos que queden fuera de la LTRHA. El artículo 108 del CC dispone que: *“La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí”*; obteniendo el nacimiento de un hijo matrimonial. La filiación paterna no va a presentar ningún problema porque el elemento biológico, es decir, el material genético del marido, va a coincidir con el elemento volitivo, entendido como el consentimiento del marido. La determinación de esta filiación va a derivar de la presunción de paternidad del artículo 116 del CC: *“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”*.

Encontramos a JARUFE CONTRERAS¹²⁷ que expone que este tipo de filiación produce un vínculo más firme y fácil de probar que el de la filiación biológica natural; ya que se puede respaldar la presunción de paternidad con el historial clínico de la inseminación que se ha realizado a la mujer con el semen de su marido sin tener que recurrir a una prueba biológica.

En lo referente a la inscripción en el Registro Civil, el artículo 7.2 de la LTRHA manifiesta que: *“En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación”*.

La filiación biológica matrimonial sin consentimiento del marido es un supuesto poco frecuente; en este caso, el marido aporta su material genético, pero no llega a prestar su consentimiento para la posterior inseminación de la mujer.

¹²⁶ Artículo 7.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo: *“La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”*.

¹²⁷ JARUFE CONTRERAS, D. *“Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción asistida*. Madrid, Dykinson, 2013, pág. 189.

Este tipo de filiación va a quedar determinada, al igual que en el supuesto anterior, conforme a las normas del CC; de tal manera que el hijo va a ser considerado matrimonial, señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ: *“el carácter matrimonial del nacido sería innegable, pues genéticamente es hijo del marido y, además, opera la presunción del artículo 116 del CC”*¹²⁸. Tiene preferencia la relación biológica sobre la ausencia del consentimiento que exige la Ley.

La impugnación de la paternidad que pueda ejercitar el marido no va a prosperar, ya que éste ha sido el que ha aportado el semen para la inseminación se du mujer. Por último, para la inscripción en el Registro Civil se van a aplicar las mismas normas de la filiación biológica natural, exactamente igual que en el caso anterior.

La filiación biológica no matrimonial puede dividirse con consentimiento del varón y sin ese consentimiento. Con consentimiento del varón podemos entender a la situación de una mujer no casada que utiliza las TRA, la aportación del material genético puede provenir de su pareja estable, aquí tenemos que recordar que la actual LTRHA no exige de obligado cumplimiento del requisito de que la mujer usuaria de las TRA y el varón que aporte el semen sean formalmente pareja de hecho, basta con que sea convivientes o formen una pareja estable, y que consiente la utilización de su material. En este supuesto va a coincidir el elemento biológico con el volitivo.

La filiación del hijo será no matrimonial siguiendo lo dispuesto en los artículos 108, 120 y siguientes del CC, ya que no se contempla ninguna regulación en la LTRHA. La paternidad va a quedar reconocida según lo dispuesto en el artículo 120. 1 del CC: *“La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente en el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil”*.

HERRERA CAMPOS, R¹²⁹. entiende que se puede dar una acción de reclamación de filiación para el caso en el que el varón no reconozca al menor. En donde la sentencia firme que se obtenga será quien decida la atribución de la paternidad.

Sin consentimiento del varón, en este supuesto el elemento biológico y el volitivo no van a coincidir, se ha realizado una inseminación a una mujer no casada con

¹²⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia* (segunda edición). Madrid, editorial: Coléx, 2008, pág. 341.

¹²⁹ HERRERA CAMPOS, R. *“Curso de Derecho Civil I bis Derecho de Familia”*. Ed 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 52.

el material genético de un varón que no ha prestado su consentimiento. Se trata de un supuesto poco realista en la práctica; las clínicas en donde se realiza la inseminación siempre se aseguran de que el varón haya prestado su consentimiento de manera libre y consciente antes de su aplicación en la mujer usuaria.

De sucederse este caso, se aplicará la normativa del CC, siendo los artículos 108, 120 y siguientes del CC. Se puede dar la circunstancia de que el varón aportante del material genético reconozca al menor nacido ante el encargado del Registro Civil, de manera contraria, no puede reconocerlo, en este caso se puede interponer una acción de reclamación de la filiación, en el que la sentencia firme indicará la filiación resultante.

8.2. FILIACIÓN NO BIOLÓGICA DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HETERÓLOGAS.

La inseminación artificial heteróloga consiste en introducir material reproductor masculino de un donante, en el útero de una mujer, a diferencia de la inseminación artificial homóloga, no va a coincidir el progenitor jurídicamente con el progenitor biológico.

Igualmente, a lo expuesto anteriormente podemos encontrarnos con la filiación no biológica matrimonial y la no matrimonial.

La filiación no biológica matrimonial puede ser con el consentimiento del marido o sin el consentimiento. En primer lugar, con el consentimiento se entiende a la utilización de las TRA con una mujer casada en la que la aportación del material genético es de un tercer donante, aunque se cuenta con el consentimiento previo del marido, tal y como dispone el artículo 6.3 de la LTRHA.

La presunción de la paternidad, a diferencia con la inseminación homóloga, adquiere mayor dificultad. Nos encontramos ante la concurrencia de que intervienen en la inseminación dos sujetos distintos, por un lado, el semen de un tercero y, por otro lado, el consentimiento del marido de la mujer usuaria. Al existir un matrimonio previo al uso de las TRA se va a presumir la paternidad del artículo 116 del CC, es decir, el

menor podrá ser inscrito en el Registro Civil como un hijo matrimonial, siguiendo lo dispuesto en el artículo 115.1 del CC¹³⁰.

JARUFE CONTRERAS¹³¹ alega que la LTRHA a través del artículo 8.1 intenta proteger el interés del menor ya que ese artículo en cuestión dispone que: *“Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”*.

Sin consentimiento del marido, nos encontramos ante un supuesto más problemático; la LTRHA no contempla este caso y, además en esta ocasión el marido no aporta el elemento biológico, ya que este corresponde a un tercero, ni tampoco aporta el elemento volitivo porque no existe consentimiento por su parte. Cierta parte de la doctrina considera que el nacimiento de ese hijo se va a denominar como un hijo no matrimonial, asemejándose a la filiación de mujer sola, aunque el resto de la doctrina indica que hay que aplicar la presunción de paternidad del artículo 116 del CC, siendo un hijo matrimonial.

PÉREZ MONGE¹³² sostiene que el marido tiene dos posibilidades a su alcance: por un lado, puede darse la situación de reconocimiento de complacencia.

El TS ha fijado doctrina sobre los reconocimientos de complacencia de la paternidad. La Sala de lo Civil del TS acepta que se pueda impugnar la paternidad de un hijo no biológico. Esta acción está sujeta al plazo de un año para las filiaciones matrimoniales, y de cuatro años para las filiaciones de parejas no casadas. Concretamente la STS 494/2006, de fecha 15 de julio, Rec. 1290/2015¹³³ establece que la inscripción en el Registro Civil de tal reconocimiento de complacencia va a ser válido, aunque el encargado del Registro vaya a disponer en las actuaciones datos de los que se deducen que el reconocimiento no es ajustado a la verdad biológica. El Tribunal dispone: *ninguno de los requisitos de validez o eficacia del reconocimiento establecidos*

¹³⁰ Artículo 115.1 del CC: *“La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres”*:

¹³¹ JARUFE CONTRERAS, D. *“Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción asistida”* Op. cit., pág. 197.

¹³² PÉREZ MONGE, M. *“La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”*, Op. cia, pág. 156 y siguientes.

¹³³ STS 494/2016, de fecha 15 de julio, Rec. 1290/2015. Disponible en: <https://vlex.es/vid/645658237>

en los artículos 121 a 126 del CC busca asegurar que aquél corresponda con la verdad biológica: obviamente no, los consentimientos complementarios previstos en los artículos 123, 124 y 126; tampoco, la aprobación judicial que requiere el artículo 124 del CC, puesto que la falta de tal correspondencia no tiene por qué significar que el reconocimiento sea contrario al interés del menor o incapaz de cuyo reconocimiento se trate”¹³⁴.

Por otro lado, podrá impugnar la paternidad con la demostración de que el menor ha sido resultado de la utilización de las TRA con aportación de un donante tercero, en la que el marido no ha prestado su consentimiento. En estos supuestos, al obtener como respuesta que el hijo no es biológico del marido quedará sin filiación paterna.

La filiación no biológica no matrimonial al igual que en el caso anterior, podemos diferenciar la existencia de consentimiento del varón o del no consentimiento del varón.

Con consentimiento del varón nos encontramos ante el supuesto en el que la mujer se somete a una TRA con el material genético de un tercer donante contando con el consentimiento de su pareja estable, es decir, con el consentimiento del varón; en este caso, solamente concurre el elemento volitivo.

Va a resultar de aplicación el artículo 8.2 de la LTRHA, que dispone: *“se considera escrito indubitado s los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”*. Lo anterior significa que el documento en donde se recoge el consentimiento del varón va a ser el documento principal y fundamental que va a determinar su paternidad; obteniendo como resultado la filiación no matrimonial del hijo nacido.

Sin consentimiento del varón se trata para los supuestos en los que una mujer no casada hace uso de las TRA con el material genético de un tercer donante, pero no cuenta con el consentimiento de su pareja; en estos casos no coinciden el elemento

¹³⁴ STS 494/2016, de fecha 15 de julio, Rec. 1290/2015, fundamento de derecho tercero, apartado segundo, párrafo sexto.

biológico, ya que el semen es de un tercero ajeno y tampoco el elemento volitivo porque no se cuenta con ese consentimiento. Al no concurrir un matrimonio no se puede aplicar la presunción de paternidad contenida en el artículo 116 del CC; y tampoco encontramos ninguna regulación en la LTRHA. Por lo que tenemos que volver a hacer uso del reconocimiento de complacencia del nacido y se inscribirá en el Registro Civil como hijo del varón.

En la STS 494/2016, 15 de julio de 2026, comentada anteriormente, se especifica en el Fundamento Jurídico cuarto, que quien realice un reconocimiento por complacencia se le va a permitir ejercer una acción de impugnación de la paternidad, sostenida en el hecho de que la pareja estable de la mujer usuaria no es el padre biológico del hijo que reconoce. La acción procedente es la regulada en el artículo 140. II del CC para los casos en los que la paternidad no es matrimonial: *“Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente”*. Una de las razones por las que el TS fijo Doctrina fue: *“Dado que no se trata de un reconocimiento de convivencia o en fraude de ley, la regla nemo audiatur propiam turpitudinem allegans (no se escuche a nadie que alegue su propia torpeza ¹³⁵) no se puede valer para impedir al reconocedor de complacencia el ejercicio de la expresada acción de impugnación de la paternidad”¹³⁶*.

En los casos en los que el varón conviviente con la mujer usuaria, decida no ejercer la paternidad del hijo al no realizar dicho reconocimiento (reconocimiento por complacencia), el menor quedará sin paternidad legalmente determinada y será entendido como un supuesto de filiación de mujer sola.

En este supuesto encontramos que en el Derecho catalán este tipo de filiación es tratada de otra manera; para ello, nos tenemos que dirigir al artículo 235-10.1.a) el cual dispone que: *“Se presume que es padre del hijo no matrimonial: el hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de concepción”*.

¹³⁵ Real Academia española.

¹³⁶ STS 494/2016, de fecha 15 de julio, Rec. 1290/2015, fundamento de derecho cuarto, párrafo noveno.

8.3. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: SUPUESTO DE INEXISTENCIA DE PAREJA.

En los supuestos anteriormente explicados hemos podido observar que la mujer usuaria estaba casada, o bien, convive con una pareja estable, aunque esto no impide la posibilidad de que una mujer soltera no pueda someterse a las TRA con la utilización de gametos de un donante.

Si nos remontamos a la Ley 35/1988 de las técnicas de reproducción asistida contemplamos que en España se permitió el acceso libre a un nuevo modelo de familia, las familias monoparentales en las que solo se percibe la figura materna, es decir a la filiación de mujer sola; clase de filiación que se mantiene en la Ley 14/2006. La normativa introducida en la Ley 14/2006 fue añadida por una enmienda Núm 35 en la que los firmantes fueron el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC): *“Las mujeres tienen derecho a ser usuarias o receptoras de las técnicas reguladas en esta ley sin que puedan hacerse distinciones por motivo de su opción sexual o estado civil”*. La justificación que se da a la redacción anterior es que *“se propone añadir este apartado con la finalidad de reforzar el derecho a la maternidad de todas las mujeres. También se justifica esta enmienda al hecho de que nos consta que hay centros que proponen como requisitos que se trate de mujeres casadas con un hombre, con problemas de esterilidad”*¹³⁷.

Tras admitirse la enmienda en el Congreso, fue rechazada en el Senado, aunque devuelto el Proyecto de Ley al Congreso fue admitida y se incorporó al texto definitivo de la Ley quedando de la siguiente manera: *“Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esa Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”*. La redacción del artículo 6 de la LTRHA fue establecida de esa manera tras la realización de la Enmienda Número 41 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de

¹³⁷ ARECHEDERRA, L.: *“Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014”*, Dykinson, Madrid, 2017, pág. 39.

Convergencia i Unió (GPCIU); ya que expusieron: “*La orientación sexual y el estado civil pertenecen a la intimidad de cada persona*”¹³⁸.

Por lo tanto, los requisitos que tiene que reunir la mujer son: ser mayor de edad y gozar de plena capacidad de obrar y, manifestar por escrito el consentimiento de someterse a las TRA. De la misma manera, no se requiere que la mujer esté casada o unida a otra persona por relación de análoga afectividad; establece MUÑOZ BENITO, L que la mujer puede estar en una situación carente de pareja en la que solo quedará determinada legalmente la filiación materna¹³⁹.

La mujer usuaria, en este caso, necesitará el semen de un donante, u otra posibilidad, puede ser utilizar óvulos de donante (cuando los óvulos de la propia mujer no sean válidos para la fecundación), obteniendo para el primer caso (donación de semen) una filiación biológica materna ya que se fecunda su propio óvulo, o por el contrario, una filiación no biológica para el caso de que el óvulo no sea de la mujer usuaria; para la filiación no biológica se tendrá que hacer uso de la fecundación in vitro.

Para la filiación de mujer sola rige el principio de “*mater semper certa est*”, es decir, “*el proceso de gestación y el acto de alumbrar al niño general ipso iure y de manera indubitable la determinación de la maternidad del recién nacido*”¹⁴⁰. La filiación del hijo será inscrita en el Registro Civil indicando, solamente, la relación con la madre, sin hacer mención alguna al origen biológico paterno. Con la vigente redacción de la LTRHA hemos visto que se permite a una mujer que carezca de pareja a formar una familia, en este sentido nos podríamos preguntar si ¿se puede dar la misma situación con un hombre?

La situación del varón solo es distinta a la de la mujer, ella puede hacer uso de las TRA, desde la postura del hombre el uso de tales técnicas resulta imposible por razones fisiológicas. En este sentido, el varón puede optar por dos posibilidades, una de ellas es la adopción, recordemos que en España se permite la posibilidad de la paternidad en solitario siguiendo lo dispuesto en la legislación sobre materia de

¹³⁸ ARECHEDERRA, L.: “*Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014*”, *Op cit*, pág. 40

¹³⁹ MUÑOZ BENITO, L. “*La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*”. *Redur*, 14, 2016, pág. 247.

¹⁴⁰ Enfoque derecho. “*Maternidad subrogada ¿Vulneración al principio mater semper certa est?*”, Disponible en: <https://www.enfoquederecho.com/2022/05/19/maternidad-subrogada-vulneracion-al-principio-mater-semper-certa-est>

adopción; la otra posibilidad es la utilización de sus gametos para que una mujer gestará y diera luz a su hijo, es decir, la gestación por sustitución, que en apartados siguientes se le dedicará una explicación más extensa, está prohibida en España, por lo tanto la utilización de esa técnica en nuestro país es nula de pleno derecho.

Si en España estuviese permitida la gestación subrogada veríamos que el hijo nacido tendría determinada la filiación materna, como la paterna, la materna porque se adquiere con el hecho del parto y la paterna porque coincidiría el elemento biológico y el volitivo. LASARTE señala que “*se puede ser madre sola, pero no padre solo*¹⁴¹” ya que en el caso de la mujer sola la única filiación que se determina es la materna, y no la paterna porque se utiliza el material genético de un tercer donante, puede observarse en estos casos la semejanza entre la mujer y el hombre que adolecen pareja.

8.4. FECUNDACIÓN POST MORTEM.

Las TRA más utilizadas en nuestro país son por un lado la inseminación artificial que a modo de recuerdo, implica el uso de un instrumento para introducir material reproductor masculino en el interior del útero de una mujer, por otro lado, está la fecundación in vitro en la que la fecundación del óvulo se produce fuera del útero, para la posterior implantación del ovocito fecundado. Estas técnicas suelen ser utilizadas para los casos de esterilidad, aunque puede entrar en escena en los supuestos de fallecimiento del progenitor varón.

El método de reproducción post mortem lleva aparejado implicaciones desde el punto de vista jurídico, en el ámbito civil, ya que de la supuesta filiación que se determine se van a derivar distintos efectos en los descendientes. El artículo 9 de la LTRHA regula la filiación del menor nacido mediante la utilización de las TRA con el material genético del varón que ya ha fallecido. PEREZ MONJE, M¹⁴². expone que del estudio del artículo 9 se extrae que la fecundación post mortem puede ser aplicable en supuestos de matrimonio como de parejas estables y; se puede llevar a cabo con una inseminación artificial o mediante la transferencia de preembriones constituidos con

¹⁴¹ LASARTE, C. “*Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV*”. Marcial Pons, Madrid 2016, pág. 315.

¹⁴² PEREZ MONJE, M. “*La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*”, *Op. cit.*, pág. 249.

anterioridad al fallecimiento a través de la fecundación in vitro¹⁴³, como se ha explicado anteriormente.

Podemos considerar un aspecto muy importante el que el sujeto manifieste su voluntad para la posterior utilización de su material genético una vez que haya fallecido, es decir, que autorice la fecundación post mortem. El material reproductivo que se aporta puede ser empleado con distintos fines, los gametos y embriones van a seguir el destino que dispongan sus titulares y puede ser con propósito reproductivo o también, para la investigación.

Para que se de este tipo de fecundación se deben tener en cuenta varios aspectos y requisitos. El aspecto más fundamental es el fallecimiento del varón, porque si se ha realizado la inseminación antes del deceso no estaríamos ante el supuesto de filiación post mortem. El material genético del varón puede ser extraído de distintas formas, TASH, APPELEGARTH, KERR, FINS, ROSENWAKS y SHELEGEL exponen en su trabajo que esas formas de extracción pueden ser, por un lado, porque se dispone del material genético conservado por decisión del varón por si en el futuro padecía, por ejemplo, enfermedades, calidad de espermatozoides, etc. Por otro lado, producido el fallecimiento y con el consentimiento previo se realice una biopsia testicular¹⁴⁴.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida interpone una serie de límites jurídicos a este tipo de filiación.

El primero de ellos es la necesidad de prestación del consentimiento ante mortem por parte del varón. La utilización de las TRA en casos post mortem será válido siempre y cuando el hombre fallecido haya dejado por escrito su consentimiento para el uso de su material reproductivo¹⁴⁵. Cuando el hombre fallece la mujer puede solicitar el uso del material reproductivo del varón, que se encontrará criopreservado, para realizar la inseminación y poder lograr el embarazo.

Otro aspecto es la paternidad post mortem y la consideración de descendiente a efectos civiles. En la regulación actual, concretamente el artículo 9 de la LTRHA observamos que dispone: *“No podrá determinarse legalmente la filiación ni*

¹⁴³ ÍBIDEM

¹⁴⁴ TASH, APPELEGARTH, KERR, FINS, ROSENWAKS y SHLEGEL. *“Post mortem sperm retrieval: the effect of instituting guidelines”*. The Journal of Urology, 2003

¹⁴⁵ GERI, L. *“Consentimiento presunto de las técnicas de reproducción asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina”*. Revista Bioética y derecho, 46

reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón". Se establecen excepciones a la regla general, se exceptuarán los casos en que el marido haya prestado su consentimiento y haciendo uso del artículo 6.3 de la LTRHA en referencia a las personas usuarias de las técnicas, si la mujer está unida por vínculo matrimonial, precisará el consentimiento del marido, salvo que esté separada legalmente o de hecho y que conste de forma fehaciente; este consentimiento tendrá que ser consciente libre y formal. AMÓN FERNÁNDEZ establece que ese consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento, pero siempre antes de la utilización del material genético, podrá ser revocado a través de:

- Escritura pública ante notario.
- En testamento, que puede ser común o especial.
- En documento de instrucciones previas¹⁴⁶.

El material reproductor solo podrá ser utilizado en los 12 meses siguientes al fallecimiento del varón para fecundar a su mujer. Por lo que el nacimiento de ese hijo tendrá los efectos de la filiación matrimonial.

Para los casos en los que no exista vínculo matrimonial se podrá utilizar el consentimiento para la utilización del material de reproducción, el cual servirá como título para iniciar el expediente del artículo 44.8 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en la que también se dispondrá de la acción judicial de reclamación de paternidad. Aunque el artículo 9.1 de la LTRHA niega el reconocimiento de filiación entre el hijo nacido mediante al método de las TRA y el varón fallecido, si las técnicas fueron usadas de forma posterior al fallecimiento, pero el segundo apartado del mismo artículo establece que siempre que el varón haya prestado su consentimiento previo a su fallecimiento, mediante un documento; nos encontramos con que el material reproductor sí que puede ser utilizado siempre y cuando se cumplan dentro del plazo de 12 meses desde el deceso. El documento indubitado del padre en el que se consiente la fecundación servirá como título para la inscripción de la filiación natural.

¹⁴⁶ RAMÓN FERNÁNDEZ, F. "Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación post mortem". AJI, 9.

RODRÍGUEZ establece que en cuanto a las parejas no heterosexuales encontramos problemas en el caso de parejas formadas por dos hombres, ya que la única opción es la maternidad subrogada, técnica que en nuestro país no se permite legalmente. Para el caso de parejas de dos mujeres se aplicaría el artículo 6.3 de la LTRHA respecto a la prestación del consentimiento, pero debemos indicar que se regula la fecundación post mortem, en ella se trata la premoriencia del marido y no se menciona la posibilidad de fallecimiento de un tercer donante necesario para las parejas únicamente de mujeres. En este caso especialmente podríamos interpretar el último apartado del artículo 9 entendiendo que el donante ha dado su consentimiento para la fecundación¹⁴⁷.

El menor nacido a través de la fecundación post mortem es un hijo póstumo y recibe un tratamiento legal igual que al concebido por medios naturales, gracias a la aplicación del principio constitucional de igualdad y no discriminación del artículo 14 y 39 de la CE¹⁴⁸.

La fecundación post mortem, también plantea conflictos bioéticos. Al realizar este tipo de fecundación a través de la inseminación artificial tenemos a un hijo denominado “superpóstumo”, porque la inseminación no realiza en vida del que posteriormente fallece, si no que se produce cuando el varón ya ha fallecido. COBAS plantea la cuestión ética de si el hijo va a tener el derecho de nacer con los dos padres, o nacer sabiendo que va a ser huérfano de padre, lo que han denominado “el hijo fantasma”¹⁴⁹. Autores como RIVERO argumenta que la fecundación natural no asegura que el descendiente vaya a disfrutar de los dos progenitores, ya que cualquiera de ellos puede fallecer, entiende que la evolución de la sociedad ha derivado a la existencia de familias monoparentales¹⁵⁰. Por lo que se tiene en cuenta factores como darle preferencia a la voluntad del fallecido de ser padre, el deseo de paternidad, e incluso el interés de los padres del fallecido de ser abuelos.

Por último, se hace referencia a la delimitación temporal para la utilización del material reproductor. La LTRHA en su artículo 9.2 establece un plazo máximo de 12

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ GUITÁN, A.M. “La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico”. Revista Boliviana de derecho, 10, 2015.

¹⁴⁸ LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial y Derecho”. Madrid, Tecnos, 25, 1988.

¹⁴⁹ COBAS COBIELLA, M.E. “La llamada reproducción asistida post mortem. Algunas reflexiones”. AC, 6, 2017, pág. 68-83.

¹⁵⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F. “La fecundación artificial post mortem”. RCJC, 4, 1987, pág. 871-904.

meses para que la mujer haga uso del material genético del marido o de la pareja estable, desde el momento que este fallece. Si observamos la legislación anterior, concretamente la Ley 35/1988 el plazo de 12 meses actual era de seis, el periodo fue ampliado a 12 meses por varios motivos en los que RODRIGUEZ destaca que los seis meses se consideraban insuficientes para que una mujer pudiera decidir si iba a hacer uso de las TRA¹⁵¹.

La normativa actual no hace ninguna indicación sobre el número de intentos para la fecundación, ni los embarazos que se puedan realizar. La problemática surge en que, sí se admite un parto múltiple, pero no se puede hacer uso del material genético tras un parto, es decir, se elimina la posibilidad de que la mujer tenga varios embarazos con la utilización de las TRA. No se encuentra una única fundamentación ya que la normativa deja claro que se podrá utilizar el material reproductivo durante los doce meses siguientes al fallecimiento, pero no establece las veces que se puede utilizar.

Autores como INIESTA plantea la cuestión de la determinación de la paternidad en el caso de matrimonio de la mujer durante los doce meses que se incluyen en la normativa. Se aboga según la doctrina, que dicha paternidad va a recaer sobre el segundo marido, aunque se mantiene la acción de impugnación a favor del primer marido¹⁵².

Nuestro Código Civil no contiene mención alguna sobre este tipo de filiación, pero a nivel autonómico encontramos el artículo 235-8¹⁵³ y 235-13¹⁵⁴ del Código Civil de Cataluña, el cual contempla este tipo de reproducción a efectos de filiación, siempre

¹⁵¹ RODRÍGUEZ GUITÁN, A.M. *“La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico”*. Revista Boliviana de derecho, 10, 2015, pág. 292-323.

¹⁵² INIESTA DELGADO, J.J. *“Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación post mortem”*. Revista De Derecho y Genoma Humano, 29, 2008, pág. 13-24.

¹⁵³ Artículo 235-8 del Código Civil catalán: *“Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un entro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento. El segundo apartado dispone: “En la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si s cumplen las siguientes condiciones: a) que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento, b) que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple y c) que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días.*

¹⁵⁴ Artículo 235-13 del Código Civil catalán: *“Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público”. “En la fecundación asistida después del fallecimiento del hombre que convivía con la madre, el nacido se considera hijo de este si se cumplen las condiciones establecidas por el artículo 235-8.2, en lo que sea de aplicación”*.

que se reúnan los requisitos del consentimiento expreso y su formalización por ambos progenitores. El problema que se plantea es en relación con el requisito del consentimiento del varón. Por un lado, el consentimiento debe de constar conforme al artículo 9.2 de la LTRHA obteniendo un escrito con consideración de indubitado del padre a efectos de reconocimiento de filiación. Aquí encontramos el Auto de 9 de febrero de 2016 dictado en procedimiento de Jurisdicción Voluntaria en el Juzgado de Primera Instancia N° 51 de Barcelona; en este caso existía el consentimiento informado y al haberse sometido los progenitores a un tratamiento de inseminación artificial, y llevando a cabo preservación de material reproductivo del hombre, se entiende que el dicho consentimiento informado se tendrá como consentimiento para aplicar las técnicas de fecundación post mortem.

De forma excepcional cabe la posibilidad de autorizar judicialmente la fecundación post mortem de la viuda en caso de consentimiento informado del hombre, posteriormente fallecido para someterse a técnicas de reproducción asistida de su mujer o pareja, aunque su uso fuese posterior a los doce meses establecidos legalmente siempre que existiese justa causa, como, por ejemplo, una enfermedad sobrevenida, y que no exista conflicto de intereses entre los derechos de la viuda y el hijo¹⁵⁵. La Audiencia Provincial de Barcelona en SAP 596/2020, de 23 de septiembre¹⁵⁶, entendió que tras dicha autorización, y después del nacimiento del hijo la filiación paterna debe de ser reconocida, si en el caso de que el Juez o el Tribunal no lo entendiesen en dicho sentido, al haber quedado constatada la procedencia biológica paterna del hijo, además es indudable que a través de la vía del artículo 10.3 de la LTRHA¹⁵⁷ queda a salvo el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto al padre biológico conforme a las normas generales.

Con la anterior sentencia queda protegido el derecho de la viuda de llevar a cabo el proyecto de fundar una familia que hubiese podido quedar interrumpido por una justa causa, y posteriormente el derecho del hijo al reconocimiento de su filiación paterna a

¹⁵⁵ NAVARRO PASTOR, M. “Fecundación asistida postmortem y su tratamiento en Derecho Civil” Revista Médico-Jurídica, artículo N° VI, abril, 2022. Disponible en: <https://revistamedicoyjuridica.com/blog/2022/04/20/fecundacion-asistida-postmortem-y-su-tratamiento-en-derecho-civil>

¹⁵⁶ Fundamento Jurídico Primero de la SAP de Barcelona 596/2020, de 23 de septiembre.

¹⁵⁷ Artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

efectos de preservar tanto su derecho a la relación parental con la familia paterna, el derecho de alimentos, así como los correspondientes efectos en el ámbito sucesorio, y todo a pesar de la prelación del padre¹⁵⁸.

Por último, encontramos un Auto de fecha de 13 de diciembre de 2017, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona nº 41 de Barcelona¹⁵⁹; el Juzgado autorizó la continuación, cuando la resolución fuera firme, del tratamiento de fecundación post mortem de la viuda con el material genético de su marido y se podrá hacer uso de ello hasta el agotamiento del material genético disponible siempre que en la solicitante no concurra ninguna circunstancia médica o psicológica que desaconseje su continuación.

8.5. DOBLE MATERNIDAD POR NATURALEZA

En los puntos anteriores hemos explicado solamente como se determina la filiación paterna en los distintos supuestos que pueden surgir tras el uso de las TRA; ya que la filiación materna queda determinada por el simple hecho cierto del parto, derivado del principio romano “*mater semper certa es*”. En materia de adopción se puede dar la posibilidad desde el año 2005 un matrimonio formado por dos mujeres puedan adquirir la filiación adoptiva¹⁶⁰. Pero, ahora nos preguntamos ¿será posible determinar una filiación natural de dos mujeres?

El artículo 7.3 de la LTRHA permite a las mujeres casadas el acceso a filiación de doble maternidad por naturaleza: “*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en el la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge*”. Hay que señalar que este precepto fue introducido por la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas¹⁶¹.

¹⁵⁸ NAVARRO PASTOR, M. “*Fecundación asistida postmortem y su tratamiento en Derecho Civil*” *Op. cit.*

¹⁵⁹ Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 41 de Barcelona de 13 de febrero de, 2017, autos de Jurisdicción Voluntaria 678/2016

¹⁶⁰ Dos mujeres unidas por matrimonio o que formen una pareja estable podrán adoptar conjuntamente desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio para las parejas casadas y desde la Ley 26/2015, de 28 de julio, para las unidas por análoga relación de afectividad (artículo 175.2.4 del cc)

¹⁶¹ Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, Adición de un apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Este tipo de filiación ha sido interpretada por la doctrina, por ejemplo, BARBER CÁRCAMO¹⁶² considera que es una filiación artificial ya que el Código Civil no contempla otra categoría de filiación que no sea la natural o la adoptiva; aproxima este concepto más a la adopción que a la propia filiación natural; y que aún, así, se diferencia de la adopción porque la filiación no se establece por resolución judicial ni se somete al principio del interés del menor.

Se parten de dos posibilidades en la aplicación de las TRA en una pareja compuesta por dos mujeres, por un lado, una de las mujeres será la que someta a una inseminación artificial con la aportación genética de un donante, o que se realice una fecundación in vitro, por ejemplo, con el óvulo de la mujer no gestante y el semen de un tercero, para la posterior implantación del preembrión en el útero de la mujer que va a ser usuaria. En estos casos como dispone JARUFE CONTRERAS¹⁶³ la maternidad legal será determinada automáticamente en favor de la mujer gestante, y en la mujer que ha aportado el óvulo será veré determinada su maternidad cumpliendo los requisitos del artículo 7.3 de la LTRHA, es decir que esté casada y no separada legalmente o de hecho y, que, además, haya prestado su consentimiento para la determinación a su favor la filiación del nacido.

Observamos que solo se prevé la doble maternidad respecto del matrimonio, se descarta la posibilidad para las mujeres que no están casadas, aunque en la normativa catalana encontramos una excepción en el artículo 235-13.1 de su Código Civil: *“Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizados o en un documento público”*.

La cónyuge de la mujer gestante tiene que prestar su consentimiento ante el encargado del Registro Civil para que se pueda determinar a su favor la filiación del hijo. Con la modificación de la Ley 19/20115 de 13 de julio, se incluyó que el consentimiento podrá manifestarse antes o después del nacimiento, pero siempre que exista el matrimonio. En este aspecto, también encontramos alguna singularidad en el

¹⁶² BARBER CÁRCAMO, R. *“Reproducción asistida y determinación de la filiación”*, Op. cit, pág. 134

¹⁶³ JARUFE CONTRERAS, D *“Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción asistida2. Op. cit, pág 216.*

CC Catalán en el que en su artículo 235-8.1¹⁶⁴ exige que el consentimiento sea previo al uso de las TRA.

Cumplíendose los requisitos anteriores, la cónyuge de la mujer gestante va a tener determinada la filiación del nacido en su favor y podrá ser inscrita como matrimonial en el Registro Civil, ya que el artículo 44.5 de la LRC, señala: *“También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”*.

Llegados a este punto nos podríamos preguntar ¿cabe impugnar la maternidad legalmente determinada?, FARNÓS AMORÓS¹⁶⁵ especifica que estamos ante una falta de previsión legal y que se tendría que aplicar el artículo 8.1 de la LTRHA por analogía; entendiéndose que la prohibición de la impugnación de la filiación que ambas mujeres habrían consentido.

Encontramos la STS 740/2013, de 5 de diciembre¹⁶⁶, para los casos en los que se pueda ejercitar una acción de reclamación de la segunda maternidad para el caso en que la cónyuge de la gestante no haya prestado el consentimiento del artículo 7.3 de la LTRHA. Se entiende que se puede justificar el ejercicio de una acción de reclamación de la segunda maternidad y, además, no solo por parte del cónyuge de la gestante, sino

¹⁶⁴ Artículo 235-8.1 del Código Civil catalán: *“Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del cónyuge formalizado en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público, son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento”*.

¹⁶⁵ FARNÓS AMORÓS, E. *“La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”*. Anuario de Derecho Civil, 68, 2015, pág. 5-61.

¹⁶⁶ STS 740/2013, de 5 de diciembre, Doña Santiago y Doña Delia tienen una hija en común concebida por fecundación in vitro, Adelaida, la cual nace en 2005 y es inscrita en el RC de Santa Cruz de Tenerife como hija de Santiago, madre soltera, y adoptada por Delia por auto de fecha de 25 de abril. El 3 de agosto de 2007 contrajeron matrimonio y el 16 de marzo de 2007 ambas firmaron el consentimiento informado para la fecundación in vitro de Santiago, en donde en 2007 nacen las gemelas Rebeca y Aurora, las cuales son inscritas solo con la filiación materna y con los apellidos de la madre Santiago. Santiago inicia ante el RC expediente de rectificación de las inscripciones registrales de las menores; ya que el estado civil de la madre biológica es de casada y no de soltera y para que identifiquen a su cónyuge a los efectos de la patria potestad. La rectificación acaba por auto en el que se modifica únicamente el estado civil de la madre; con lo que la progenitora interpone un recurso de apelación que fue desestimado. En junio de 2009 el matrimonio se divorcia. Doña Delia presentó demanda contra Santiago es la relativa a la reclamación de filiación. Disponible en: <https://vlex/vid/matrimonio-personas-mismo-sexo-filiacion-481798374>

también por la gestante y por su hijo siguiendo lo dispuesto en los artículos 131 y 132 del CC; en estas ocasiones se incide en interés superior del menor¹⁶⁷.

8.6. LA GESTACIÓN SUBROGADA.

En el Diccionario de la Real Academia Española no encontramos una definición sobre el término “gestación subrogada”, pero sí de ambas palabras por separado; gestación es definida como: “acción y efecto de gestar o gestarse” o, “embarazo, preñez”, por su parte, subrogar lo define como: “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa¹⁶⁸”. Podríamos puntualizar que la maternidad subrogada es el proceso de gestación en el que una mujer sustituye en ese proceso a otra mujer, produciéndose la entrega posterior del bebé resultado del embarazo a la mujer sustituida por medio de acuerdo previo.

Tenemos que identificar quiénes son los partícipes en el contrato por sustitución. Como en cualquier contrato habrá un mínimo de dos intervinientes; por una parte, estará el futuro padre o madre, los cuales pueden ser pareja estable o, por el contrario, en solitario, por otro lado, encontramos a la mujer gestante o a la madre subrogada. En determinadas ocasiones atendiendo a las diferentes legislaciones existentes en otros países, puede intervenir un tercer sujeto, siendo éste los centros de reproducción asistida donde se va a ejecutar el contrato suscrito.

PEREZ MONJE establece distintos tipos de gestación por sustitución¹⁶⁹:

En primer lugar, la gestación por sustitución tradicional; en este caso nos encontramos con la situación de que la mujer que porta el bebé, es decir la mujer gestante, ha aportado sus propios gametos para la fecundación, por lo que coincide en la misma persona la madre gestante y la madre biológica. El material genético con el que

¹⁶⁷ Fundamento Jurídico quinto de la STS 740/2013, de 5 de diciembre: “La Ley posibilita además el ejercicio de la acción que aquí se ejercita al amparo del artículo 131 del CC, sobre posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque “constituye la voluntad libre y manifiesta por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras”. A razón del artículo 7.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, “se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la LRC el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”.

¹⁶⁸ Real Academia Española.

se realiza la fecundación, en la que la mayoría de los casos suele ser una inseminación artificial, puede ser del varón comitente o bien por un donante. Es una práctica que genera poca aceptación, ya que la mujer gestante es la madre genética del menor y se pueden llegar a producir conflictos entre las partes.

En segundo lugar, tenemos la gestación por sustitución gestacional; en estos casos la mujer que aporta el óvulo es diferente a la mujer gestante, por lo tanto, la madre subrogada no guarda ningún tipo de relación genética con el bebé. La TRA que se realiza en la fecundación in vitro, en el que el óvulo aportado será fecundado con el esperma del marido o pareja estable, o bien con la aportación de un donante. VELA SÁNCHEZ señala: “Será, por tanto, la gestante quien lleve a término el embarazo y posterior alumbramiento”¹⁷⁰. Al igual que el semen puede ser aportado por un donante, nos encontramos que el óvulo que se va a fecundar para la posterior implantación en el útero de la mujer gestante puede provenir de una donante de óvulos.

Este tipo de gestación subrogada es la más utilizada en la práctica, uno de los principales motivos es que la mujer gestante no va a tener ninguna relación genética con el menor. En ambas gestaciones, ya sea la tradicional o la gestacional, van a ser los padres contratantes los que aparezcan en el certificado de nacimiento del menor.

Las causas más comunes para acudir a la gestación por sustitución son las siguientes: SOTO LAMADRID señala que una de las principales causas es la infertilidad en mujeres y, no se refiere solo a mujeres que hayan podido padecer distintos problemas de infertilidad diagnosticados, si no a que en la actualidad las mujeres retrasan cada vez más la maternidad con el problema físico procreativo que eso puede conllevar¹⁷¹.

Otra circunstancia que se puede dar son las mujeres catalogadas como de riesgo, es decir, a lo largo de su vida han podido sufrir embarazos de riesgo o físicamente por sus condiciones no les es conveniente pasar por un proceso de embarazo.

Se puede dar la posibilidad de que existan mujeres, en edad adulta, que no tienen pareja y no por ello van a renunciar a ser madres; hay situaciones que pueden ser

¹⁶⁹ PÉREZ MONJE, M. “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad”. RDP, julio-agosto, 2010, págs. 43.

¹⁷⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J. “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: El deseo a recurrir a las madres de alquiler”. Diario La Ley, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, Año XXXII, pág. 1-2.

¹⁷¹ SOTO LAMADRID, M. A. “Biogenética, filiación y delito”. Edit. Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 6.

catalogadas de egoísta porque acuden a la gestación subrogada por el simple hecho de no querer pasar por el periodo de embarazo y con el siguiente parto.

Por último, es la TRA a la que más acuden las parejas de hombres homosexuales que tienen el deseo de ser padres de hijos genéticos propios.

La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español; como hemos mencionado en otras ocasiones, esta TRA está prohibida en nuestro país y es sancionado con plena nulidad de pleno derecho cualquier contrato que permita a una mujer prestar su cuerpo para gestar a un niño y que al nacer sea entregado a la parte contratante y no va a importar si se hace a cambio de un precio o no. La prohibición la encontramos en el artículo 10 de la LTRHA: *“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.

Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto al padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Del estudio del artículo anterior podemos extraer que en España no están realmente prohibidos los contratos de maternidad subrogada, lo que sí se recoge es la exclusión del reconocimiento de la gestación por sustitución. Esta exclusión recae en *“la prohibición de utilizar un cuerpo ajeno para ubicar en él un embarazo cuyo fruto será entregado a persona distinta de la mujer que ha desarrollado la gestación”*¹⁷². La renuncia a la que se refiere al apartado segundo del artículo 10 va a constituir a la ruptura del aforismo *“mater semper certa est”*; ya que la delimitación de la filiación materna se va a producir a favor de aquella que haya dado a luz, lo cual, no ocurre con este tipo de gestaciones. Autores como VAQUERO PINTO explican que aunque el presupuesto fundamental para la determinación de la filiación materna no es el parto, por ejemplo, en los casos de las adopciones no se encuentra una identidad igual entre la madre legal y la madre biológica, en donde la maternidad es otorgada a la mujer que no ha dado a luz; la diferencia entre la maternidad subrogada y las adopciones es que en la adopción no ha habido ningún tipo de consenso entre los adoptantes y la mujer que va a

gestar, para que esta última entregue al menor, mientras que la maternidad subrogada sí¹⁷³.

Para el estudio del apartado tercero del artículo 10, podemos utilizar la expresión que utiliza LAMM “*hipocresías del ordenamiento jurídico español*”¹⁷⁴. El anterior comentario queda resumido en que, en los casos de gestación subrogada, el padre comitente, el cual aportó el espermatozoides que puede reclamar la paternidad del hijo y podrá ser determinado como progenitor legal, por el contrario, la esposa o pareja femenina, parte comitente en el contrato de gestación al igual que el hombre, no podrá reclamar la maternidad. Únicamente podrá recurrir a la vía de adopción del artículo 175.4 del CC para que quede determinada como madre legal.

Por lo tanto, todas las situaciones que se puedan dar en las que haya un contrato de gestación subrogada serán considerados nulos de pleno derecho; estas situaciones pueden ser las siguientes: en primer lugar, un contrato que se celebre por una pareja heterosexual en el que no haya problemas de fertilidad y en donde se le realizará a la mujer gestante una fecundación in vitro con los gametos de la propia pareja. En segundo lugar, están los contratos celebrados por una pareja heterosexual en el que la mujer sea estéril, en este caso surgiría el problema, que hemos comentado anteriormente, ya que la mujer a la que se realiza la fecundación artificial sería la madre gestante y la madre biológica. En tercer lugar, están los contratos celebrados por una pareja heterosexual en el que ambos son estériles, en este caso el material genético es aportado por donantes en el que el embrión que se obtenga será implantado en el útero de la otra mujer que va a realizar el proceso de embarazo y, por último, estarían los contratos celebrados por parejas homosexuales masculinas.

La maternidad es un acto que carece de validez jurídica en España, pero si observamos lo contenido en el artículo 221.1 del CP: “*Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los*

¹⁷² FERNÁNDEZ ECHEGARAY L.: *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista?*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1ª ed., 2019, pág. 128.

¹⁷³ VAQUERO PINTO, Mª. J. “*¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?*”, Roncesvalles, 2018, pág. 243.

¹⁷⁴ LAMM, E. Conferencia “*Gestación por sustitución: Realidad y legalidad en España y el mundo*”, Departamento de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca. 2015.

procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por el tiempo de cuatro a 10 años". Entendemos que, aunque la gestación subrogada no está permitida en España, sí se podrá realizar en otro país donde la práctica sea legal, siempre que se respeten las leyes locales de país de origen. Un ciudadano español puede firmar un contrato en el extranjero y volver con el menos a España después del parto¹⁷⁵.

Surgen numerosas dudas en torno a la determinación de la filiación y la inscripción en el Registro Civil español de los hijos nacidos por gestación subrogada en el extranjero. Con el aumento de la demanda de solicitudes de registros en España de niños nacidos mediante esta técnica, el Ministerio de Justicia aprobó una normativa aplicable para poder establecer la filiación de los menores: la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de octubre de 2010¹⁷⁶.

El supuesto que dio lugar a la Resolución de la DGRN¹⁷⁷ fue el caso de dos ciudadanos españoles, casados en España en el año 2005, ambos solicitaban la inscripción del nacimiento de sus hijos nacidos mediante gestación por sustitución en octubre de 2008 en San Diego (California). El Encargado del Registro Consular de Los Ángeles denegó la solicitud con fundamento en la prohibición contemplada en el artículo 10.1 de la LTRHA. Los interesados interpusieron recurso ante el Organismo Directivo; se estimó el recurso y se ordenó proceder a la inscripción del nacimiento de los menores que constaba en la certificación registral extranjera presentada por los interesados. De la Resolución de la DGRN se pueden destacar tres aspectos:

- Ante el Cónsul se presenta únicamente la certificación registral.
- La DGRN resuelve atendiendo el interés superior del menor para favorecer una "identidad única" dando efectos a la certificación registral extranjera que ya establecía la filiación.

¹⁷⁵ Abogacía Española Consejo General, "*Dudas sobre la gestación subrogada (I)*" 2017. Disponible en: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-extranjeria/dudas-sobre-la-gestacion-subrogada-i>

¹⁷⁶ Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-15317>

¹⁷⁷ Resolución de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735) de la DGRN. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/historico/jurisprudencia/jurisprudencia-civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-de-febrero-2009-2009-04-08>

- La DGRN aborda el asunto desde el ámbito de la eficacia extraterritorial de las decisiones extranjeras, según lo dispuesto en los artículos 81 y 85 de la Ley del RRC.

La Instrucción de DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución implica un cambio respecto a la doctrina anterior. Introduce mejoras técnicas: el objetivo prioritario es la protección jurídica del interés superior del menor, aunque sin olvidar los intereses presentes en la protección de las mujeres; en el ámbito material resulta de aplicación en todos los supuestos: en comitentes heterosexuales como en parejas del mismo sexo. Van a quedar delimitados con precisión los supuestos y condiciones de acceso al Registro para asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas establecidas en el extranjero¹⁷⁸.

Respecto a la Jurisprudencia más destacable del TEDH encontramos la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11 donde se pronuncia sobre el caso *Mennesson C. Francia*¹⁷⁹. En el que se ha obligado a inscribir a unos gemelos nacidos en California procedentes de gestación subrogada en favor de sus padres de intención y atribuirles la nacionalidad francesa, en contra de la corte de casación francesa que considera estas actuaciones en fraude por la prohibición de orden publico sobre los contratos de gestación subrogada. También podemos señalar el asunto *Labassee C. Francia*, demanda nº 65941/11¹⁸⁰; en donde al igual que en el caso *Mennesson*, una pareja heterosexual recurre a la gestación subrogada, pero en Minnesota.

En los dos asuntos anteriores el TEDH declaró que Francia había violado el artículo 8 de la CEDH que regula el respeto por el derecho a la vida privada respecto de los menores nacidos por gestación subrogada en el extranjero. El Tribunal entiende que el respeto a la vida privada se vincula con la esencia de la identidad en la que se incluye la filiación. Considera que un Estado parte del CEDH puede prohibir la gestación subrogada, pero la opción elegida por el legislador no puede provocar el

¹⁷⁸ GUZMAN M. “*El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución*”, *El Notario del Siglo XXI*, Revista, ENSXXI nº 34, 2010. Disponible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-34/1028-el-acceso-al-registro-español-de-los-nacidos-en-el-extranjero-mediante-gestacion-por-sustitución-0-44731480763043724>

¹⁷⁹ STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11 donde se pronuncia sobre el caso *Mennesson C. Francia*. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-145389>

¹⁸⁰ Asunto *Labassee C. Francia*, demanda nº 65941/11. Disponible en: <https://hudo.echr.coe.int/spa?i=001-145378>

desconocimiento de su filiación a los menores; por lo que establece el reconocimiento de las dos filiaciones en el Registro Francés.

En cuanto a la jurisprudencia más actual, encontramos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la Sentencia de 18 de mayo de 2021¹⁸¹ donde se pronuncia sobre el caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia en la Demanda núm. 71552/17, el Tribunal se pronunció sobre el reconocimiento de la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada.

En este presente caso la demanda fue originada tras la negativa de las autoridades nacionales a reconocer la filiación establecida de acuerdo con la legislación extranjera al estar prohibida esta práctica en la normativa nacional, fue el primer caso que involucraba a una pareja casada del mismo sexo (mujeres) que posteriormente se divorciarán. Fue una sentencia novedosa porque se pronuncia sobre tres cuestiones:

- El TEDH se posiciona sobre la regla *master semper erta est*.
- Va a ser la primera vez que el Tribunal va a enfocar la gestación por sustitución en clave de género.
- En tercer lugar, por el voto particular del Juez P. Lemmes, quien va a desmitificar la relevancia del parentesco biológico como elemento clave del respeto a la “vida privada y familiar” que consagra el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Un resumen del caso es que las autoridades registrales de Islandia denegaron la solicitud de inscripción de un menor que había nacido en Estados Unidos a través de la gestación subrogada; como consecuencia de ello, el niño no tenía derecho a adquirir la nacionalidad islandesa según lo dispuesto en los artículos 29 a 30 de la Ley nº 100/1952 sobre la ciudadanía islandesa. Ante esta situación las demandantes recurrieron la decisión ante el Ministerio del Interior y el menor fue considerado menor extranjero no acompañado en Islandia con la consecuencia de que el Comité de protección de menores asumió su custodia legal y nombró una tutora legal, además de autorizar el acogimiento temporal a favor de los demandantes.

El Tribunal ante el que solicitaron la anulación de las medidas consideró que, de conformidad con los principios fundamentales del Derecho de familia islandés, tenía

que ser considerada como madre la mujer que dio a luz al niño, resolución que las demandantes recurrieron ante el TS. El TS islandés en sentencia de 30 de marzo de 2017 entendió que no se reconoce dicho vínculo familiar porque se había establecido de forma contraria a los principios fundamentales del Derecho de familia islandés, aunque el menor obtuvo la nacionalidad islandesa.

Una de las demandantes recurrió ante el TEDH alegando la vulneración del derecho a la vida privada y familiar que se recoge en el artículo 8 del CEDH¹⁸². De la misma manera que sucedió en el caso Paradiso Campanelli¹⁸³, el TEDH se planteó si existía vida familiar alguna que debía ser protegida; el Tribunal no tuvo ninguna duda de la existencia del vínculo familiar desde las primeras etapas de vida del menor. Consideró que la negativa a reconocer por los comitentes como las progenitoras, aunque ya existía el certificado de nacimiento californiano, podría suponer una injerencia en el “derecho a la vida familiar”.

Para ello el TEDH examinó si la negativa a la inscripción del menor del Registro Civil constituía una medida justificada. Utilizó para su estudio los argumentos del TS islandés, para el TS islandés únicamente la mujer que dio a luz al bebé podía considerarse como madre; el TEDH acogió la interpretación indicando que no era ni arbitraria y tampoco irrazonable por lo que concluyó la negativa a reconocer dicha filiación tenía una base jurídica. Se puede observar que el TEDH se posiciona sobre la regla *mater semper certa est*.

El TEDH concluye que el no reconocimiento de un vínculo parental formal, confirmado por la STS irlandés, *logra un justo equilibrio entre el derecho de los*

¹⁸¹ Tribunal Europeo de Derecho Humanos: Asunto c. Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, demanda nº 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-210162>

¹⁸² Artículo 8 del CEDH: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”. “*No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*”.

¹⁸³ El caso Paradiso y Campanelli contra Italia trataba tuvo su origen en el nacimiento de un hijo en Rusia mediante un contrato de útero de alquiler celebrado entre la pareja comitente y la sociedad Rosjurconsulting. En el que surgieron los problemas cuando los padres pretendieron la inscripción del certificado ruso en el registro civil italiano. En sentencia de 27 de enero de 2015 la Sección 2ª del TEDH condenó a Italia por considerar que las actuaciones descritas atentaban contra el artículo 8 del Convenio de Roma. La Sentencia fue revocada por la Gran Sala en una reciente sentencia de 24 de enero de 2017 y entiende que no existe vulneración del derecho a la vida privada y familiar. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-170359>

demandantes al respeto de su vida familiar y los intereses generales que el Estado pretendía proteger mediante la prohibición de la maternidad subrogada. Considera que el Estado actuó, por tanto, dentro del margen de apreciación que se le concede a estas cuestiones. Concluye afirmando que no se ha violado el artículo 8 del CEDH en lo que respecta al derecho de los demandantes al respeto de su “vida familiar””¹⁸⁴.

Ante la postura del TEDH surgió un voto particular del Juez P. Lemmens, intenta desmitificar la relevancia del vínculo genético para apreciar el interés del menor y que los Estados habiliten ciertas vías para que el menor pueda vivir con los comitentes. Hace referencia al impacto negativo que supone la falta de reconocimiento de la filiación surgida como consecuencia de la maternidad es igual para todos los niños nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero con independencia de si existe o no vínculo biológico con los comitentes. Admite que la adopción no siempre es una solución válida, ya que, en el presente caso las comitentes se divorciaron por lo que la adopción conjunta no era factible para ellas.

Encontramos la sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos ECHR 367 (2022). Caso D.B. y otros C. Switzerland¹⁸⁵. El TEDH acogió la demanda deducida contra Suiza por no reconocer la relación paterno-filial de un matrimonio civil del mismo sexo y su hijo nacido en el extranjero mediante procedimiento de gestación subrogada. Los demandantes viajaron a Estados Unidos para firmar el contrato de gestación por sustitución, en el que tras producirse el embarazo un tribunal californiano declaró la paternidad de los demandantes.

De vuelta a Suiza, solicitaron ante las autoridades el reconocimiento del fallo estadounidense, sin embargo, estas se negaron, tras apelar la decisión sin éxito llegó el caso al Tribunal Federal Suizo, el cual reconoció la sentencia de California, en lo que respecta en la relación padre hijo entre el niño y el padre genético, aquel que aportó el material genético, pero no respecto al niño y el padre de intención, hombre que no

¹⁸⁴ MARCHAL ESCALONA, N. Legal today “La última y novedosa decisión del tribunal europeo de derechos humanos sobre la maternidad subrogada”. 26 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-civil/familia/la-ultima-y-novedosa-decision-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-la-maternidad-subrogada-2021-07-26>

¹⁸⁵ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos ECHR 367 (2022). Caso D.B. y otros C. Suiza. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/12/sentencia-Tribunal-Europeo-de-Derechos-Humanos-ECHR-367-2022..pdf>

aportó material. Ante esta situación el matrimonio decidió demandar al Estado suizo ante el TEDH alegando una vulneración del artículo 8 del CEDH.

El Tribunal concluye exponiendo *“El hecho de que las autoridades suizas no reconocieran el certificado de nacimiento, en la práctica, no había afectado significativamente su disfrute de la vida familiar. En consecuencia, las dificultades prácticas que los demandantes podrían encontrar en su vida familiar en ausencia del reconocimiento bajo la ley suiza de la relación entre el primer y el tercer demandante estaban dentro de los límites del cumplimiento del artículo 8 del CEDH. No hubo violación del derecho de los padres demandantes al respeto a la vida familiar”*.

En el caso de España encontramos como sentencia pionera la STS 247/2014, de 6 de febrero¹⁸⁶, en materia de gestación por sustitución en California. En el que dos varones casados entre sí en 2005 solicitaron en el Registro Civil consular de Los ángeles la inscripción de nacimiento de los hijos nacidos en dicho Estado el 24 de octubre de 2008 mediante un procedimiento de gestación por sustitución. Se indica que los nacidos constaban inscritos en los registros civiles de California como hijos de los solicitantes y se adjuntó certificación registral de California. El recurso de casación que se interpuso fue en torno a la infracción del artículo 14 de la CE por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores de la Convención de Derechos del Niño.

El TS resolvió el recurso de sosteniendo lo siguiente:

- Que la cuestión no podía resolverse mediante la aplicación pura y simple del Derecho español, esto es, del citado art. 10 de la Ley 14/2006.
- Que tampoco era aplicable el art. 9.4 CC, según el cual la filiación se rige por la Ley nacional del hijo.
- Que no hacía falta ninguna sentencia o resolución judicial extranjera que acreditase la filiación de los nacidos en virtud de gestación por sustitución.

El único requisito que se exigía para aceptar la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de estos menores contenida en el acta registral extranjera consistía en acreditar que la certificación registral extranjera no vulneraba el orden

¹⁸⁶ STS 247/2014, de 6 de febrero. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/ba2badad54153bf37>

público internacional español. El TS entendió que sí lo vulneraba y denegó los efectos jurídicos en España de dicha certificación registral extranjera.

A juicio del TS, el acta registral extranjera en la que constaba la filiación de estos menores en favor de sus comitentes con arreglo al Derecho extranjero vulneraba el orden público internacional español, dicha resolución registral no podía operar como título apto para inscribir tal filiación en el Registro Civil español¹⁸⁷.

Una reciente sentencia, en concreto la STS 277/2022, de 31 de marzo¹⁸⁸. Esta trataba la maternidad subrogada después de que el Ministerio Fiscal recurriese una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid en la que se reconocía la relación materno-filial de una mujer española y el menor gestado y nacido en México a través de la maternidad subrogada.

El TS ya declaró en la STS 835/2013¹⁸⁹ que los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y, por lo tanto, es contrario a nuestro orden público. Considera en la STS 277/2022 que la gestación por sustitución vulnera los derechos de madres gestantes y niños. Los contratos son nulos de pleno derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la LTRHA, además de vulnerar los derechos fundamentales de nuestra CE y los derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Deja claro el Tribunal que el contrato de gestación del presente caso entraña un daño al interés superior del menor, además, de producir una explotación en la mujer inaceptables. Tanto el menor como la madre gestante son tratados como meros objetos y no son tratados con la dignidad propia de su condición de seres humanos. A la mujer gestante se le impone una serie de limitaciones que recaen en su autonomía personal y en su integridad física y moral.

El TS considera que la satisfacción del interés superior del menor en este caso condice a que el reconocimiento de la relación de filiación a la madre comitente deba

¹⁸⁷ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Gestación por sustitución en California”. Boletín Oficial del Estado, 2014. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-25

¹⁸⁸ STS 277/2022, de 31 de marzo en la que se considera la gestación por sustitución comercial vulnera los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Disponible en: <https://vlex.es/vid/899711887>

¹⁸⁹ El TS denegó la inscripción de la filiación de dos niños gestados en California a través de un contrato de alquiler. La Sala no denegó la inscripción de los niños en el Registro Civil español, pero sí la constancia de su filiación por no estar contemplado en la legislación española.

obtenerse por la vía de la adopción. La adopción va a satisfacer el interés superior del menor tal y como exige el TEDH.

9.- CONCLUSIONES

Determinar la filiación resulta esencial para preservar y proteger los derechos que, en ausencia de ella, se encontrarían en una situación de desamparo, es imprescindible para establecer los deberes de los padres respecto de los hijos.

En España existía una discriminación en torno a la filiación, dependiendo de si los progenitores se encontraban unidos mediante vínculo matrimonial, ya que, si no estaban casados, al hijo se le consideraba ilegítimo. Actualmente las dos clases de filiación que recoge el CC son la filiación matrimonial y por adopción, desapareciendo la discriminación que estaba antes en la sociedad y evolucionando hacia un nuevo concepto de familia; englobándose familias monoparentales y familias formadas por matrimonios/parejas homosexuales.

Al igual que la sociedad se ha adaptado al avance de las nuevas tecnologías, la ciencia y la medicina, es necesaria una adaptación de las leyes, normas y ordenamientos, por eso, gracias a la aparición de las técnicas de reproducción asistida se ha desarrollado un gran avance científico que ha servido para habilitar la posibilidad del acceso a la maternidad/paternidad. Para la determinación de la filiación de los hijos nacidos a través de estas técnicas, hay que tener en cuenta que se pueden dar distintas singularidades, por ejemplo, que el progenitor biológico y el jurídico no tienen porque coincidir, consecuencia de utilizar el material genético distinto al del marido o pareja estable, es decir, el material reproductor es aportado por un donante, aunque la filiación seguirá siendo matrimonial ya que aparece en escena el consentimiento del marido para que se le pueda establecer en su persona la filiación paterna.

Lo anterior ha creado la posibilidad de aceptación y contemplación legal de numerosos modelos de familia, y ha generado que las familias con problemas de fertilidad tengan la oportunidad de acceder a la paternidad/maternidad.

En la filiación natural se determinará con arreglo al principio de verdad biológica, que normalmente coincidirá la filiación biológica con la filiación jurídica; y en cambio en la reproducción asistida la coincidencia o no de la filiación biológica con

la legal dependerá de si las TRA sea homóloga o heteróloga en el que en el último caso la filiación será biológica respecto de la pareja de la mujer gestante, además no se hará diferencia en si sea hombre o mujer. En las TRA homólogas se va dar la circunstancia que ambos progenitores lo serán desde la perspectiva biológica y la judicial.

Gracias a las TRA las parejas heterosexuales casadas, y también las parejas homosexuales formadas por mujeres, e incluso a la mujer en solitario van a poder someterse a los tratamientos del Sistema Nacional de Salud, sin que sea necesario acreditar problemas de esterilidad que impidan o dificulten la procreación natural. Pero, en cambio a los hombres solos ni a las parejas formadas por dos hombres pueden someterse a estas técnicas, pues necesariamente tendrán que recurrir a un contrato de gestación subrogada, práctica que ha sido prohibida expresamente, y se asegura de que la filiación resultante no pueda ser atribuida a personas distintas de los progenitores biológicos.

El consentimiento de la mujer no constituirá nunca un vínculo de filiación, aunque se exceptúa el supuesto de doble maternidad; ya que la maternidad va a quedar determinada por el simple hecho natural del parto, siguiendo el principio romano "*mater semper certa est*", con independencia de si el óvulo fecundado es de la propia mujer gestante o si procede de un donante. Por el contrario, el consentimiento del varón si va a generar un vínculo de filiación en los supuestos de TRA heteróloga.

En cambio, en las TRA homóloga, el elemento biológico, es decir, el material genético del varón va a ser determinante para la atribución de la paternidad, y además va a prevalecer sobre el elemento volitivo. Si el varón casado no ha dado consentimiento se va a entender y considerar al varón como el padre por aplicación del artículo 116 del CC.

Por otro lado, la estimación de las acciones de filiación se va a encontrar condicionada por la presencia del interés superior del menor que va a favorecer siempre la reclamación de paternidad y no solo por el propio padre, si no también por el propio hijo o por su madre.

También la LTRHA va a autorizar una práctica peculiar como es la fecundación post mortem, se plantea la necesidad de autorizar dicha reproducción en casos excepcionales donde conste el consentimiento informado de los progenitores y que su utilización se produzca con posterioridad a los 12 meses tras el fallecimiento del varón

existiendo justa causa. Hemos analizado que este tipo de técnica se puede realizar con la implantación de un embrión fecundado in vitro con el semen del fallecido en el útero de la mujer o bien con la inseminación de la mujer con el material genético del marido o pareja fallecido. España fue pionera en este campo; en la LTRA de 1988 ya se preveía este tipo de técnicas, hecho que no ha ocurrido en otros países de la Unión Europea como Alemania, Francia e Italia que no reconocían este tipo de filiación, así como la prohibición en Suiza. La LTRHA de 2006 incluye que ha de ser obligatorio para su uso el consentimiento prestado por el marido en el que indique que está de acuerdo que se utilice su material genético una vez fallecido y, además, siempre se tendrá que realizar en los 12 meses posteriores al fallecimiento.

La fecundación asistida post mortem ha suscitado controversias jurídicas y bioéticas que la Doctrina ha intentado resolver con distintos pensamientos, un sector considera que debería estar prohibido, otro la admite con ciertos requisitos y, por último, otro sector la admite, pero acentúa de privar al nacido de los derechos sucesorios. Mi postura ante estos casos es que defiendo la admisión de la fecundación post mortem porque el hijo si tendría padre, aunque éste estuviese fallecido, así existiría una relación de filiación y una relación de parentesco con la familia paterna que le puede brindar asistencia junto con la madre; respetando el principio de libertad de los artículos 9.2 y 17 de la CE como derecho fundamental a poder crear una familia.

Resalta la figura de la doble maternidad por naturaleza la cual es permitida por el artículo 7.3 de la LTRHA; en la que parte de la doctrina la consideró como una filiación artificial porque el CC no dispone nada acerca de ella y entienden que se aproxima más a la adopción, aunque con ciertas diferencias ya que la filiación no se establece por resolución judicial ni se somete al principio del interés del menor. Se ha hecho posible que la mujer no gestante en ese embarazo pueda convertirse en la otra “madre”, requiriéndose el nacimiento del menor haya sido fruto de la una TRA y que la cónyuge no gestante manifieste su consentimiento a que se determine en su favor la filiación respecto del hijo concebido.

La Doctrina solicitaba que se dotara a esta forma de determinación de la filiación una serie de formalidades. Todo ello me ha llevado a preguntarme si era necesario crear una nueva forma de determinación de la maternidad en la que solamente hace falta la voluntad de la persona y el uso de alguna TRA, lo que hace que se rompa el principio de

unidad de la maternidad por naturaleza que el ordenamiento ya proveía de medios para que esa persona fuese madre. Este tipo de filiación ha tenido repercusión en otros países como Italia en el que se están dando de forma continua solicitudes de transcripción de nacimientos de menores de TRA heterólogas practicadas en España en las que se demanda la inscripción de una doble maternidad.

Va a destacar el donante, como sujeto interviniente en las TRA, se ha configurado como figura esencial en la utilización de las técnicas, ha favorecido el acceso a la maternidad y paternidad a aquellas personas que presentan problemas de infertilidad, o, también ayudar a las mujeres solas a no tener que rechazar la idea de ser madre. Se tiene que hacer mención especial a que la identidad del donante no será relevada y, aún, dándose las excepciones previstas legalmente a conocer ciertos datos del donante no hará que recaiga sobre él la figura de la filiación.

Las mujeres solteras pueden recurrir a la donación de gametos y de preembriones, al igual que una pareja homosexual formada por mujeres; situación distinta es para hombres solteros o pareja homosexual formada por hombres; éstos solo pueden acceder a la figura de la gestación subrogada. En nuestro país esa práctica carece de validez legal por lo que han surgido varios casos, como los que se han expuesto anteriormente, en los que no se va a poder declarar la filiación de los hijos nacidos mediante gestación subrogada en países en donde esa técnica está permitida.

Como conclusión a este trabajo, pienso que las técnicas de reproducción asistida han resultado beneficiosas para la evolución de la sociedad; han permitido crear nuevos modelos de familia, formadas por parejas homosexuales o de madres en solitario sin que exista ninguna discriminación. Se da acceso a que la figura paterna pueda reclamar su paternidad, aún cuando el material no ha sido aportado por él, así, como cuando no ha dado el consentimiento previo, también al reconocimiento de la filiación de un hijo que ya ha fallecido, como al derecho de un hijo de poder reclamar su filiación respecto de su padre fallecido después de dar su consentimiento para poder utilizar las TRA. En relación a la gestación subrogada, me parece correcta la postura que acoge la legislación española; en mi opinión me parece favorable que el TS ponga freno a la gestación subrogada porque al igual que el TS ,entiendo que esa práctica daña el interés superior del menor y sobre la mujer considero que sufre una explotación que es inaceptable,

además de que estos “vientres de alquiler” llamados de una manera vulgar también son contrarios a la legislación de la Convención sobre Derechos del Niño.

10.-BIBLIOGRAFÍA

ABAD ARENAS, E. La presunción de paternidad y la determinación de la filiación matrimonial: notas sobre los artículos 116 y 117 del Código Civil. *Revista De Derecho De La UNED (RDUNED)*, (10), 2012.

ABAD RODRÍGUEZ, V. *Derecho Civil I*, Tirant lo Blanch, 2015.

ARECHEDERRA, L. “*Realidad, ilusión y delirio en el derecho de filiación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014*” Dykinson, Madrid, 2017.

BARBER CÁRCAMO, R, *Reproducción asistida y determinación de la filiación*, Redur 8, 2020.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Derechos de familia*, Bercal, S.A., Madrid, 2018.

BERROCAL LANZAROT, A. I. “*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*, 2007.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “*Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Gestación por sustitución en California*”. *Boletín Oficial del Estado*, 2014.

CAMARA AGUILA, M^a. P. “*Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (comentario a la STC 161/1999, de 17 de junio)*”, *Derecho privado y constitución*, núm. 13, 1999.

COBAS COBIELLA, M.E. “*La llamada reproducción asistida post mortem. Algunas reflexiones*”. AC, 6, 2017.

CORDON MORENO, F. J. “*Novedades procesales de la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad*”, Gómez-Acebo & Pombo, Análisis, 2021.

DE OLIVERA, “*Estabelecimento da filiação. Retroactividade e seus limites*”. Lex Familiae, Revista portuguesa de Direito de Família, nº 29-30, 2018.

DÍEZ – PICAZO, L. y GULLÓN, A. “*Sistema de Derecho Civil*”, Vol. IV, tomo I, Derecho de familia, Tecnos, Madrid, 11ª ed., 2012.

DÍEZ SOTO, C.M. Usuarios de las técnicas en LLEDO YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, y MONJE BALMASEDA, O.: “*Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*”, Editorial DYKINSON SL, Madrid 2007.

DURAN RIVACOBBA, R “*Anonimato del progenitor y derecho a la identidad del hijo. Decisiones judiciales encontradas sobre reserva de identidad en los casos de madre soltera y donante de esperma*”, Revista Ius el Praxis, Año 16, nº1, 2010.

FERNÁNDEZ CANALES, C. “*La edad. La capacidad Jurídica*”. Master Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado, Universidad de Cantabria, Santander, noviembre de 2021.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. “*La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista?*”, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1ª ed., 2019.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. “*Los contratos en materia de reproducción humana asistida: especial tratamiento de la autonomía de la voluntad en las donaciones de gametos y en el destino de los embriones criopreservados*”, Actualidad Jurídica Iberoamericana, nº16, febrero 2022.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a B. “*¿Puede un padre reconocer a un hijo después de que éste haya fallecido?*”, Dykinson, 2004.

FERRI, “*Lezioni sulla filiazione*”, Bologna, Patron Edit, 1976.

GALLO VÉLEZ, A.S. “*Los reconocimientos de complacencia en el Derecho Común español*”, Dykinson, Madrid, 2017.

GERI, L. “*Consentimiento presunto de las técnicas de reproducción asistida post mortem. Criterios para su regulación en Argentina*”, Revista Bioética y derecho, 46, 2019.

GONZÁLES PÉREZ, M. “*La verdad biológica en la determinación de la filiación*”, Universidad de Oviedo, 2012.

GONZÁLES PÉREZ DE LA CASTRO, M. “*La verdad biológica en la determinación de la filiación*”, Dykinson, 2014.

GUZMAN M. “*El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución*”, El Notario del Siglo XXI, Revista, ENSXXI nº 34, 2010.

HERRERA CAMPOS, R. “*Curso de Derecho Civil I bis Derecho de Familia. 3º edición*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

HERRERA, M. “*Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas*”, InDret, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2017.

HUET-WEILLER, LABRUSSE-RIOU y VAN CAMELBEKE, “*La filiation*”, Librairies techniques, Libraire de la Cour de cassation, 1981.

INIESTA DELGADO, J.J. “*Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación post mortem*”, Revista De Derecho y Genoma Humano, 29, 2008.

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

LACRUZ BERDEJO, J.L, “*Elementos de Derecho Civil*”, Tomo IV, Familia, Dykinson, 2008.

LAMM, E. Conferencia “*Gestación por sustitución: Realidad y legalidad en España y el mundo*”, Departamento de Derecho Internacional Privado, Universidad de Salamanca. 2015.

LASARTE, C. “*Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV*”. Marcial Pons, Madrid, 2016.

LASARTE, C “*Derecho de familia*”, Tomo VI, Principios del Derecho civil, Marcial Pons, Madrid, 16ª ed., 2017.

LÓPEZ GALVÁN, J.J. Y MORENO GARÍA, J.M, “*¿Industria de la fertilidad o respuesta a la búsqueda del hijo biológico?*”, En Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual, Boletín del Ministerio de Justicia, Monográfico, Año LXIX, núm. 2179, 2015.

LLEDÓ YAGÜE, F. “*Fecundación artificial y Derecho*”, Madrid, Tecnos, 25, 1988.

MARCHAL ESCALONA, N. “*La última y novedosa decisión del tribunal europeo de derechos humanos sobre la maternidad subrogada*”, Legal Today ,26 de julio de 2021.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. “*Curso de Derecho Civil IV*”, Derecho de familia (segunda edición), Madrid, Coléx, 2008.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “*Derecho de Familia*”, Edisofer S.L., Madrid, 2016.

MUÑOZ BENITO, L. “*La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*”, Redur 14, 2016.

O’CALLAGHAN, MUÑOZ, X. “*Modos de determinación de la filiación extramatrimonial*”. Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia, Ed. Universitaria Ramón Areces, 4ª ed., 2022.

PEREZ MONJE, M. “*La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.

PÉREZ MONJE, M. “*Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad*”, RDP, julio-agosto, 2010.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F. “*Reflexiones acerca del documento indubitado en la fecundación post mortem*”, AJI, 9, 2018.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. *La presunción de paternidad legítima*, Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español, Tecnos, Madrid, 1971.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. “*La fecundación artificial post mortem*”, RCJC, 4, 1987.

RIVERO HERNÁNDEZ, F. “*Comentario al artículo 113 del CC*” en VV. AA. Comentario al Código Civil, I, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ CACHÓN, T. “*Reconocimiento de complacencia e impugnación de la filiación*”, Revista de Derecho de Familia, nº66, 2015.

RODRÍGUEZ GUITÁN, A.M. “*La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico*”, Revista Boliviana de Derecho, 10, 2015.

RODRÍGUEZ MARÍN, C. “*Curso de Derecho Civil IV. Derecho de familia y sucesiones*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

RODRIGUEZ MORATA, F.A. “*El principio de no discriminación en las relaciones de filiación*”, Derecho Privado y Constitución, 38, 2021.

RUIZ SÁENZ, A. “*El anonimato del donante en los supuestos de reproducción humana asistida*”, Vol. 23. Extraordinario XXII, Congreso 2013.

SANTOLARIA BRAIG, I. y RAMÓN FERNÁNDEZ, F. “*La fecundación post mortem en España: problemas y límites jurídicos y bióticos*”, Revista Iberoamericana de Bioética, nº 13, 2020.

SOTO LAMADRID, M. A. “*Biogenética, filiación y delito*”, Edit Astrea, Buenos Aires, 1990.

TASH, J.A., APPELEGARTH, L.D., KERR, S.M., FINS, J.J., ROSENWAKS, Z. y SHLEGEL, P.N. “*Post mortem sperm retrieval: the effect of instituting guidelines*”, The Journal of Urology, 2003.

VAQUERO PINTO, M^a. J. “*¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?*, Retos actuales de la filiación, Tecnos, 2018.

VELA SÁNCHEZ, A.J. “*Gestación por sustitución o maternidad subrogada: El deseo a recurrir a las madres de alquiler*”, Diario La Ley, núm 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011.

VERDERA SERVER, R. *“La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

VIDAL MARTÍNEZ, J. *“La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español”*, en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord), BENÍTEZ ORTUZAR, J y VEGA GUTIERREZ, A.M: *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Editorial Comares, Granada 1988.