

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de DERECHO

ALCANCE Y SIGNIFICADO DEL CONSENTIMIENTO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

MARINA ÁLVAREZ SARABIA

Graduada en Derecho, Universidad de Murcia

Murcia, julio 2015

RESUMEN: La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida posibilita la aplicación de diversas técnicas reproductivas a aquellas usuarias que cumplan con los requisitos prescritos, con el fin de facilitar una concepción que de forma natural no se ha conseguido. Uno de los aspectos más destacados de estas técnicas son los consentimientos que tanto la usuaria como otros sujetos que recoge la Ley, deben otorgar para la correcta aplicación y efectos de las técnicas; de ella se infiere la necesidad, o posibilidad, de la manifestación de la voluntad tanto de la mujer receptora como de su pareja. Este consentimiento tendrá dos finalidades principalmente: en primer lugar, la autorización de la intromisión en el propio cuerpo para obtener el material genético preciso para la aplicación de las técnicas, en caso de tratarse de fecundación homóloga; en segundo lugar, aceptar la consecuencia de la determinación de la filiación obtenida mediante reproducción asistida, sea homóloga o heteróloga. La ausencia de este consentimiento ha planteado numerosos problemas doctrinales ante la falta de una regulación más específica por parte de la Ley y una todavía escasa jurisprudencia. Las principales discusiones se centran en la preponderancia de la voluntad, principio inspirador de la LTRHA, o del elemento genético, fundamento de la filiación en el Código Civil.

PALABRAS CLAVE: Reproducción asistida; consentimiento; determinación de la filiación; impugnación de la filiación; revocación del consentimiento; doble maternidad por naturaleza; fecundación *post mortem*.

ABSTRACT: The Act 14/2006, from May 26th, on Assisted Human Procreation makes possible the application of many procreation techniques to every woman that meets fixed criteria, in order to make possible conception that cannot take place naturally. One of the main respects about these techniques is user's consent, as, according to this Law, it has to be given for these procedures' correct development and their effects; this shows that consent has to be given by the female user and her partner. This permission has two aims: firstly, the authorization to get gametes for assisted procreation when fertilization is carried out with the couple's gametes and, secondly, the acceptance of filiations-related consequences, whether the fertilization is done with a donor's gametes or the own couple's gametes. However, there are numerous problems in relation to those cases where there is a lack of consent due to the absence of a more specific regulation of this respect by the Law and the shortage of jurisprudence on this matter. Part of the doctrine and Assisted Human Procreation Law

defend the preponderance of wishes whilst the other part of the doctrine and the Civil Code defend the preponderance of genetic coincidence.

KEY WORDS: Assisted procreation; consent; filiations-related; contestation of filiation; revocation of consent; double motherhood nature; post mortem fertilization.

SUMARIO: I. SIGNIFICADO DEL CONSENTIMIENTO. 1. El doble aspecto del consentimiento. 2. Requisitos del consentimiento. 2.1. Requisitos de la mujer usuaria de las técnicas. 2.2. Requisitos del marido de la mujer usuaria. 2.3. Requisitos del varón no casado. II. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. 1. Determinación de la filiación materna. 2. Determinación extrajudicial de la filiación paterna matrimonial. 3. Determinación extrajudicial de la filiación paterna no matrimonial. 3.1. Sistemas de determinación de la filiación a la vista del Código Civil y la Ley del Registro Civil. 3.2. Problemas relacionados con la falta de consentimiento del varón. III. EL CONSENTIMIENTO COMO LÍMITE PARA LA IMPUGNACIÓN. 1. Impugnación de la maternidad. 2. Impugnación de la paternidad matrimonial. 2.1. Problemas de impugnación en presunciones debilitadas. 2.2. Legitimación para la impugnación. 3. Impugnación de la paternidad no matrimonial. 3.1. Reconocimiento de complacencia. IV. REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO. 1. Introducción y aspectos generales de la revocación. 2. Revocación del consentimiento en caso de preembriones criopreservados. 2.1. Regla general. Sentencia Evans contra Reino Unido. 2.2. Situaciones excepcionales. Voto particular en la Sentencia Evans contra Reino Unido. V. DOBLE MATERNIDAD POR NATURALEZA. 1. Antecedentes y fundamento de la doble maternidad por naturaleza. 2. Diferencias entre la doble maternidad por naturaleza y la determinación respecto de la paternidad. 3. Requisitos, formas y procedimiento de la doble maternidad por naturaleza. 3.1. Manifestación ante el Encargado del Registro Civil. 3.2. Determinación mediante acción de reclamación. 3.2.1. Parejas casadas. Sentencia del Tribunal Supremo d 5 de diciembre de 2013. 3.2.2. Parejas no casadas. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014. 4. Impugnación y revocación. VI. Fecundación *post mortem*. 1. Introducción y ámbito de aplicación. 2. Requisitos de la fecundación *post mortem*. 2.1. Consentimiento para la fecundación post mortem. 2.2. Plazos para la fecundación post mortem. 2.3. Forma del consentimiento post mortem. 2.4. Incumplimiento de los requisitos y revocación del consentimiento. 3. Efectos de la fecundación post mortem. VII. CONCLUSIONES. VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. IX. ANEXOS.

I. SIGNIFICADO DEL CONSENTIMIENTO.

1. El doble aspecto del consentimiento.

El Código Civil define el consentimiento en el ámbito de los contratos en el artículo 1262 como el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. En el ámbito de la reproducción asistida, sin embargo, el consentimiento es un concepto de origen jurisprudencial que hace referencia al proceso de formación de la voluntad de un paciente dirigido a la aceptación o rechazo de un tratamiento determinado a partir de la información suministrada por el facultativo sobre sus riesgos y beneficios¹. Ya el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, señala la importancia que el consentimiento libre y voluntario del paciente tiene para cualquier actuación médica, pero este consentimiento reviste especial importancia en el ámbito de la medicina no curativa, de manera que se exige una mayor y más completa información a los pacientes antes de emitir su consentimiento².

A pesar de que la reproducción asistida no se encuentra dentro de la denominada medicina curativa, sí comparte con la medicina en general el significado básico del consentimiento prestado por el paciente, esto es, la autorización para la intromisión de los facultativos en su cuerpo. Podría pensarse que, junto con este primer significado, el consentimiento a la reproducción asistida pretende también la determinación de la filiación derivada del uso de tales técnicas pero, tal y como será desarrollado en epígrafes posteriores (*vid.* II. Determinación de la filiación), el fundamento para tal determinación se encuentra en los artículos 116 y 120 y siguientes del Código Civil³. Sí existe, en cambio, mayoría doctrinal que entiende que el segundo significado que presenta el consentimiento es la imposibilidad de impugnar los efectos de la determinación extrajudicial de la filiación⁴.

¹ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2011, pág. 72.

² ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: derecho español y comparado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003, pág. 235; DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Régimen jurídico –privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson, 2010, 60 y 61; FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...ibíd.*, pág. 74.

³ A excepción de la determinación de la doble maternidad por naturaleza cuyo título de determinación sí será el consentimiento, entendido en los términos del artículo 7.3 LTRHA.

⁴ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (*Dir.*); CUENA CASAS, M. (*Dir.*), *Tratado de Derecho de la familia*, v. V, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2011, pág. 785. El autor matiza que “no se trata de organizar un sistema completo de filiación basado en la voluntad, sino de dar un peculiar efecto

En cualquier caso, el consentimiento prestado para la fecundación asistida dista mucho de los consentimientos que puedan otorgarse en el ámbito de la reproducción natural, en la medida que en esta última la voluntad de las partes no es trascendente para la eficacia del acto reproductivo ni para la determinación de la filiación que derive del mismo, al margen de posibles consecuencias penales si la relación sexual se hubiese mantenido en contra de la voluntad de uno de ellos. En la reproducción asistida, en cambio, el consentimiento basado únicamente en la voluntad del sujeto⁵, puede ser esencial a la hora de valorar el título de determinación de la filiación incluso, en ocasiones, por encima de la relación genética⁶. En concreto, el consentimiento del hombre se dirigirá a autorizar el uso de su propio material genético, así como que se realicen actos médicos en su cuerpo, asumiendo la paternidad derivada del uso de sus gametos⁷, de forma que la falta de dicho consentimiento supondría un ilícito penal por atentar contra los derechos fundamentales de la persona⁸; también puede responder a un proyecto común de paternidad, independientemente de la procedencia del material genético, de forma que se tratase de una fecundación heteróloga, es decir, aquella realizada con el material genético de un donante, cuya consecuencia sería la imposibilidad de impugnar la paternidad determinada a su favor⁹. Éste quizás es el aspecto más característico del consentimiento en el ámbito de la reproducción asistida, pues, sin constituir un título de determinación, la voluntad influye notablemente en la misma, convirtiéndola en una filiación privilegiada inimpugnabile por los cónyuges, pero no está igual de claro que lo fuera por parte de los propios hijos (*vid.* III. El

al consentimiento que ha de operar en la esfera judicial, puesto que el efecto de filiación, propiamente dicho, no lo genera el consentimiento, sino la presunción de paternidad de art. 116 CC –en el caso de la filiación matrimonial-. Si falta el consentimiento, que constituye el supuesto de hecho del artículo 8.1, simplemente no queda excluida la legitimación para impugnar, pero cuando la acción de impugnación es utilizada, los tribunales han de resolver conforme a los criterios generales, puesto que la LTRHA no les proporciona otros nuevos”.

⁵ DÍEZ SOTO, C.M., “Artículo 6. Usuarios de las técnicas”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.); RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J; HERRERA CAMPOS, R; MORENO QUESADA, L., *Curso de Derecho Civil I Bis. Derecho de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 106.

⁶ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 750-751.

⁷ ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación...cit.*, pág. 239; FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 80 y SERNA MEROÑO, E., “Artículo 6. Usuarios de las técnicas”, en COBACHO GÓMEZ, J.A. (*Dir.*); INIESTA DELGADO, J.J. (*Coord.*), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 200.

⁸ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...*ibid.*”, pág. 763.

⁹ DÍEZ SOTO, C.M., “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 109; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á., “Artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas”, en COBACHO GÓMEZ, J.A. (*Dir.*); INIESTA DELGADO, J.J. (*Coord.*), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007 pág. 51 y SERNA MEROÑO, E.: “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 200.

consentimiento como límite para la impugnación)¹⁰. Pero, además, parte de la doctrina considera que en el caso del consentimiento prestado por el marido, constituye también un requisito *sine qua non* para que la mujer casada pueda someterse a dichas técnicas¹¹.

En cuanto al consentimiento de la mujer, éste se presenta como el más importante, pues sin él no podrán aplicarse las técnicas. Ostenta los mismos significados que ya se han descrito en relación con el hombre, a saber, la autorización para la intervención en el propio cuerpo y la imposibilidad de impugnar cuando se trate de fecundación heteróloga¹².

Para ambos casos, la doctrina plantea la posibilidad de que el art. 8.1 LTRHA pueda ser interpretado en el sentido de que se precisen los consentimientos de ambos para la fecundación, de forma que si falta uno de ellos (presumiblemente el del marido), la paternidad podrá ser impugnada por los dos, y no sólo por el hombre¹³.

2. Requisitos del consentimiento.

Tras analizar cuál es el significado que la Ley y la doctrina atribuyen al consentimiento en materia de reproducción asistida, es necesario describir ahora cuáles son los requisitos personales y formales que deben darse en los sujetos, a efectos de poder determinar la filiación. Por este motivo, no se hará referencia a los requisitos que deben cumplir los donantes y que aparecen recogidos en el artículo 5 LTRHA, sino que únicamente me voy a centrar en aquellos sujetos respecto de los cuales podrá determinarse la paternidad o la maternidad.

En primer lugar, el artículo 6.1 LTRHA establece como usuaria fundamental de las técnicas a la mujer, independientemente de su estado civil u orientación sexual, mayor de dieciocho años y con plena capacidad de obrar. El requisito del sexo se presenta como lógico en la medida que únicamente la mujer puede gestar, aunque esto no impide, tal y como se desprende del apartado 3 del propio precepto, así como de los artículos 8.2 y 7.3, que otros sujetos puedan participar de las técnicas y prestar su

¹⁰ BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: una visión crítica*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi, 2013, pág. 44 e INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 758 y 760.

¹¹ A favor, INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibíd.”, pág. 758. En contra, ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación...cit.*, pág. 239. La autora piensa que el marido no puede autorizar el tratamiento en su esposa porque ésta es una decisión personalísima, y afirma que habría sido más lógico incorporar un mecanismo que enervara la presunción de paternidad cuando el marido no hubiese prestado su consentimiento.

¹² ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación...ibíd.*, pág. 239; INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibíd.”, pág. 759 y 760; FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 90 y 91; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á., “Artículo 3. Condiciones...cit.”, pág. 49 y SERNA MEROÑO, E.: “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 195.

¹³ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibíd.”, pág. 760.

consentimiento. A continuación el precepto señala la mayoría de edad legal como el límite mínimo para el empleo de las técnicas, sin precisar un límite máximo. Este hecho se justifica en la imposibilidad de determinar caso por caso si la usuaria en cuestión tiene o no la madurez suficiente para ser madre y soportar las consecuencias psicológicas del tratamiento, así como a la necesidad de establecer un criterio objetivo para el sometimiento a las técnicas con el fin de que no sea el criterio subjetivo del facultativo el que determine si una mujer concreta tiene o no la madurez suficiente como para someterse a las mismas. Sí parece, en cambio, que la edad máxima puede quedar a discrecionalidad de los médicos pues, a pesar de que la Ley no establece ningún máximo, los centros médicos suelen fijar el límite en los cincuenta años, a consecuencia de la propia viabilidad del tratamiento. No obstante, dado que no es un imperativo legal, cualquier mujer de más edad podrá acudir a someterse a un tratamiento de reproducción asistida siempre y cuando el médico quiera practicarlo¹⁴.

Junto con la edad, el apartado primero del artículo 6 de la Ley establece la necesidad de que la mujer se encuentre en plena capacidad de obrar, es decir, que no esté incapacitada judicialmente. Respecto a esta cuestión, la Disposición Adicional Quinta de la Ley determina que *“con arreglo a lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, las personas con discapacidad gozarán de los derechos y facultades reconocidos en esta Ley, no pudiendo ser discriminadas por razón de discapacidad en el acceso y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida. Asimismo, la información y el asesoramiento a que se refiere esta ley se prestarán a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades”*. La doctrina diferencia en este ámbito entre deficiencias sensoriales, físicas o psíquicas. Respecto de la primera de ellas, la única salvedad que habría que guardar sería aquella a la que hace referencia el apartado segundo de la

¹⁴ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á., “Artículo 3. Condiciones...cit.”, pág. 46 y SERNA MEROÑO, E., “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 185 y 186. A pesar de que la Ley señala como edad mínima los dieciocho años, la edad media habitual para someterse a este tipo de técnicas en España son los 35 años. El criterio de la edad ha generado bastante controversia. SERNA califica como “inquietante” el hecho de que, sin determinarlo la Ley, sean los centros médicos los que puedan fijar una edad máxima para someterse al tratamiento, sin tener en cuenta situaciones personales que puedan envolver a una mujer. Considera que, si bien se puede estimar inapropiado que una mujer de edad avanzada acceda a las técnicas, lo mismo podría reputarse de una demasiado joven y que, aun siendo mayor la madre, podría darse el caso de un padre muy joven, lo cual podría dar lugar a la negativa del centro al tratamiento cuando en la situación contraria, es decir, una madre muy joven pero un padre muy mayor, no generaría ningún problema. Deja al margen, claro está, aquellos casos en los cuales la negativa a causa de la avanzada edad se deba a complicaciones que puedan surgir por ese motivo.

Disposición, es decir, proporcionar la información necesaria en las formas que les sean comprensibles; tratándose de discapacidad física o psíquica grave, en cambio, los médicos deberán valorar la situación cuidadosamente e informar a sus pacientes de los riesgos inherentes a las intervenciones, reservándose siempre el facultativo el derecho de oposición al tratamiento, a pesar del consentimiento prestado por su paciente, en base a la obligación de cuidados que adquiere *ex officio* por su trabajo¹⁵. Esta misma obligación para los médicos se refleja en la necesidad de efectuar el tratamiento *solamente* cuando existan posibilidades razonables de éxito y no supongan grave riesgo para la salud física o psíquica de la mujer o de la posible descendencia, como señala el artículo 3.1 LTRHA¹⁶.

Una vez que se cumplan estos requisitos personales, el segundo paso para llevar a cabo las técnicas es la formulación del consentimiento por parte de los sujetos intervinientes. De acuerdo con el artículo 3.1 y 6.1, éste debe ser previo, libre, consciente, expreso y escrito, reflejado en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación¹⁷. Para poder firmar este documento, es preciso que previamente se haya prestado por parte del centro médico a la usuaria la información suficiente en aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos, así como sobre los posibles riesgos que entrañe el tratamiento, de manera que el objeto del consentimiento abarque todos estos extremos¹⁸. Cierta doctrina considera que los médicos no estarían exentos de responsabilidad por haber practicado estas técnicas con riesgos, aunque fuera de forma consentida; en este sentido, la madre no podría pedir responsabilidades pero sí podría hacerlo el hijo, para lo cual lo más conveniente sería que los centros se asesorasen jurídicamente a la hora de elaborar los formularios¹⁹.

Para garantizar la adopción de una decisión meditada y consciente, es imprescindible que se proporcione al paciente un tiempo suficiente para poder estudiar los beneficios e inconvenientes del tratamiento y tomar una decisión al respecto. Aunque la Ley no hace referencia a este extremo, de la Ley 41/2002 se deriva que debe

¹⁵ SERNA MEROÑO, E., “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 193.

¹⁶ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á., “Artículo 3. Condiciones...cit.”, pág. 46.

¹⁷ Artículo 3.4 LTRHA. Los Anexos I, II y III recogen modelos de consentimientos en los que aparecen expresados cada uno de estos requisitos.

¹⁸ Artículo 3.3 LTRHA.

¹⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Régimen...cit.*, pág. 63.

proporcionarse el tiempo que el paciente necesite para considerar que ha meditado suficientemente su decisión²⁰.

La doctrina se ha planteado si el consentimiento al que se refiere la Ley constituye una forma *ad solemnitatem* o *ad probationem*. Sin embargo, a causa de la escasa precisión de la Ley, suele atenderse al espíritu de la misma, buscando exclusivamente la existencia del consentimiento, independientemente de su forma²¹.

El consentimiento debe ser un acto imprescindible y personalísimo, no sustituible por el del representante del sujeto²², y necesario para que la fecundación sea lícita, de manera que si no se prestara y se aplicaran las técnicas, podría conllevar consecuencias de carácter administrativo e, incluso, penal para el centro²³.

2.1. Requisitos de la mujer usuaria de las técnicas.

Como ya se ha referido en los requisitos generales de la aplicación de las técnicas, toda mujer mayor de edad y con plena capacidad de obrar podrá someterse a un tratamiento de reproducción asistida. Se ha discutido mucho sobre la conveniencia o no de que las mujeres solas puedan acudir a estos tratamientos. La LTRHA no recoge expresamente la posibilidad de que una mujer sola pueda someterse a dichas técnicas, aunque así parece desprenderse del espíritu de la Ley y de los artículos 6.1 y 6.3, que recogen como usuaria de las técnicas a la mujer mayor de dieciocho años que haya prestado su consentimiento, con *independencia de su estado civil* y que, según parece, *sólo* en caso de estar casada se precisará *además* el consentimiento del marido. Cierta doctrina ha podido pronunciarse al respecto de la posibilidad de que una mujer sola pueda ser usuaria de dichas técnicas. En este sentido, entre los argumentos en contra, podrían esgrimirse dos: de un lado, una presunta finalidad de la procreación asistida como una solución para quienes no pueden tener descendencia propia, lo cual no estaría justificado en el caso de una mujer sola; de otro lado, el bien superior del hijo al considerar que una filiación no natural debe imitar lo más posible a la natural, que exige madre y padre. En cambio, el mismo autor señala que la principal defensa a la posibilidad de que una mujer sola sea usuaria de las técnicas es que el resultado

²⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Régimen...cit.*, pág. 63.

²¹ SERNA MEROÑO, E.: "Artículo 6. Usuarios...cit.", pág. 195, 198 y 199.

²² SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á.: "Artículo 3. Condiciones...cit.", pág. 49 y SERNA MEROÑO, E., "Artículo 6. Usuarios...ibíd.", pág. 194.

²³ INIESTA DELGADO, J.J., "La filiación...cit.", pág. 758 y 759 en relación con los artículos 26 LTRHA y 161 CP.

producido sería posible igualmente de forma natural²⁴; aún más ahonda en la cuestión cierta doctrina que considera que debería permitirse que la mujer casada pudiera someterse a una reproducción asistida sin el consentimiento del marido, en defensa del derecho a procrear de la mujer²⁵.

El consentimiento que deba prestar la mujer no puede tratarse de un consentimiento general, sino que ha de ir dirigido a una técnica en concreto²⁶, siendo informada en cada circunstancia de los riesgos que pueda entrañar.

2.2. Requisitos del marido de la mujer usuaria.

Del artículo 6.3 LTRHA se desprende la necesidad de que el marido de la usuaria preste su consentimiento junto con el de su esposa para la aplicación de las técnicas, salvo que se encontrase separada legalmente o de hecho²⁷. El marido deberá manifestar su consentimiento de forma libre, expresa y formal, así como previa a la aplicación de las técnicas, tal y como se desprende del precepto. La doctrina suele añadir que el consentimiento prestado por el marido debe guardar los mismos requisitos que se exigen para la mujer en los artículos 3 y 6, así como la necesidad de la información previa²⁸. Dentro de esta información destaca especialmente las consecuencias en materia de filiación que se derivarán de la expresión de su voluntad²⁹.

²⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, A., “La reproducción en mujeres solas y en pareja homosexual”, en DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico –privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson, 2006, pág. 135 y 145. Personalmente, considero que actualmente la mayor parte de estos argumentos carecen de sentido en la medida que, de un lado, los problemas de reproducción pueden darse, precisamente, por causa de una mujer que no tuviera pareja varón y que deseara tener un hijo; de otro lado, hoy en día las familias monoparentales son frecuentes y nadie cuestiona que el menor puede desarrollar una vida plena, sin distinciones de aquel que tiene dos progenitores determinados.

²⁵ SERNA MERONÓ, E., “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 203.

²⁶ FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento...cit.*, pág. 79. Los Anexos I, II y III muestran un formulario diferente, con requisitos e informaciones distintas, dependiendo de cuál vaya a ser la técnica empleada.

²⁷ En relación con la separación, INIESTA (INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 769, 770 y 772) duda sobre la correlación entre la falta de necesidad del consentimiento por parte del marido cuando la pareja se encontrase separada y la no aplicación de la presunción de paternidad del artículo 116 CC. Esto se debe a que, en el caso del consentimiento, la Ley no establece plazos para apreciar la separación del matrimonio, cuestión que además deberá ser apreciada por el propio centro médico, mientras que en el caso de la presunción de paternidad deberá ser apreciada por el Encargado del Registro y conforme a los plazos prescritos en la Ley. De esta forma, podría llegar a darse la paradójica circunstancia en la cual un centro no pidiese el consentimiento del marido por entender que está separado de la mujer, mientras que, al momento de nacer el hijo, se determinara la filiación a su favor por nacer dentro del plazo establecido en la Ley.

²⁸ DÍEZ SOTO, C.M., “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 109 e INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibíd.”, pág. 760 y 761. Este hecho se ve claramente reflejado en los formularios de consentimiento adjuntos en los Anexos, pues en ellos el documento se utiliza conjuntamente tanto para la mujer como para el hombre, casado o no.

²⁹ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen...cit.*, pág. 61.

La doctrina defiende el posible otorgamiento de un consentimiento posterior a la aplicación de las técnicas, incluso al nacimiento, en la medida que la voluntad del sujeto adquiere una trascendencia especial puesto que ya no opera sobre la posibilidad de configurarse como padre en el eventual caso de que la mujer quedase embarazada, sino que opera sobre la realidad de la gestación o del hijo³⁰.

2.3. Requisitos del varón no casado.

El varón no casado puede participar de las técnicas de reproducción humana asistida, independientemente de que sea o no pareja de la usuaria, tal y como se desprende del artículo 8.2 LTRHA. Ahora bien, en la medida que la Ley no lo exige sino que únicamente posibilita su participación, se entiende que, a diferencia del varón casado, su consentimiento no es un requisito esencial para la práctica de las técnicas (*vid.* II.3. Determinación extrajudicial de la paternidad no matrimonial)³¹. La mayoría de la doctrina, así como las clínicas, exigen en estos casos los mismos requisitos que para el marido de la usuaria, a saber: consentimiento previo, libre, expreso, consciente y formal³². No obstante, aunque el varón no haya prestado su consentimiento previo a la fecundación, posteriormente podrá instar el reconocimiento o el expediente registral, siempre y cuando se den los requisitos del artículo 49 de la Ley del Registro Civil³³.

II. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.

Dejando a un lado el debate ya mencionado sobre el verdadero significado que tiene la figura del consentimiento para la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida (*vid.* I. Significado del consentimiento), es innegable que la consecuencia principal que se deriva de las mismas es la determinación de la filiación. El legislador, partiendo de los principios constitucionales de igualdad (artículo 14) y protección integral de los hijos (artículo 39.2), así como del artículo 108 del Código Civil que determina la igualdad de los mismos, independientemente del origen de su filiación, remite los efectos de la filiación derivada de estas técnicas a las leyes civiles, de forma que configura un régimen jurídico igualitario reconduciendo la filiación derivada de estas técnicas a la filiación por naturaleza. No obstante, deja a salvo

³⁰ INIESTA DELGADO, J.J.; “La filiación...cit.”, pág. 772.

³¹ DÍEZ SOTO, C.M., “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 110 e INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibid.”, pág. 777.

³² FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida...cit.*, pág. 82; INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibid.”, pág. 778 y SERNA MEROÑO, E., “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 208.

³³ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibid.”, pág. 783.

aquellos aspectos en los cuales la Ley permite determinar una filiación jurídica que no tiene equivalencia en el ámbito de la filiación natural; en estos casos, la ley aplicable será la LTRHA y no las normas civiles básicas (artículo 7).

La doctrina suele afirmar que la remisión efectuada en este precepto no pretende crear un sistema alternativo de determinación de la filiación que aplique, supletoriamente, el Código Civil, sino que, partiendo de los sistemas existentes en las leyes civiles, se articulan soluciones específicas, debido tanto a la posibilidad de que participen más de dos sujetos en las técnicas, como de la inadecuación o confusión que los criterios tradicionales pueden infundir en la nueva realidad reproductiva. De este modo, el artículo 7 LTRHA establece que los criterios de determinación de la filiación son los que regula el Código Civil (artículos 108 y siguientes y 115 y siguientes) pero introduciendo alguna modificación en aquellos aspectos que sean necesarios e incluyendo un sistema especial propio únicamente en relación a la doble maternidad del artículo 7.3³⁴.

Se ha cuestionado si la remisión a las normas civiles podría referirse también a la adopción (artículos 175 y siguientes CC), dada la importancia que en ambos casos tiene el consentimiento y la voluntad de los padres para la filiación; sin embargo, esta teoría no ha encontrado nunca suficiente apoyo³⁵.

En este apartado voy a referirme únicamente a los sujetos respecto de los cuales puede determinarse la filiación tradicionalmente, manifestando la relación que existe entre el Código Civil y la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, motivo por el cual es preciso no incidir tanto en aquellos sujetos respecto de los cuales, a pesar de intervenir en el uso de las técnicas, no puede ser determinada la filiación a su favor, como son los donantes o la doble maternidad por naturaleza, en la medida que ésta supone un nuevo sistema de determinación de la filiación ajeno a los sistemas tradicionales del Código Civil (*vid.* V. Doble maternidad por naturaleza).

³⁴ En este sentido, INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación derivada...cit.”, pág. 748 y VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”, en COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.); INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 217 y 218. En contra de esta afirmación, PÉREZ MONGE, M., “Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida”, en LLEDÓ YAGÜE, F.; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A.: *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, t. I, Madrid, Dykinson, 2011, pág. 584. La autora considera que la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida es un vínculo jurídico creado por la propia Ley a partir del consentimiento de los usuarios, razón por la cual la determinación de la filiación sí será distinta de la establecida en el Código Civil, aunque los derechos y deberes inherentes a la misma una vez sea determinada, serán los regulados en el Código Civil.

³⁵ VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 263.

1. Determinación de la filiación materna.

Actualmente, la mayoría de Estados configuran la determinación de la maternidad en virtud de dos modelos. El primero de estos modelos es el clásico sistema romano que, partiendo del brocardo *mater semper certa est*, establece que la maternidad se determina conforme al parto y que, por tanto, la madre siempre será conocida pues únicamente será quien dé a luz al hijo; el segundo modelo es el que se utiliza en países de nuestro entorno como Francia, Italia o Bélgica³⁶ que otorga prioridad al elemento volitivo sobre el elemento biológico y, por tanto, la determinación de la maternidad dependerá de una declaración expresa o tácita de la que vaya a aparecer como madre o por la posesión de estado³⁷. El sistema español sigue el primero de estos modelos, *mater semper certa est*.

La determinación de la maternidad es, probablemente, la cuestión que menos dudas suscita y es que, tanto del Código Civil como de las normas registrales y de la LTRHA se deriva que aquella se determina por el parto, pero condicionando el mismo a la inscripción de la filiación materna en el Registro, junto con la de matrimonio o la de nacimiento (artículos 115 y 120 CC y artículo 181 Reglamento del Registro Civil) mediante la aportación del parte del facultativo que asistió el parto (artículo 44 LRC³⁸), o mediante la reclamación o impugnación judicial posterior (artículos 131-134 y 139-141 CC).

Así pues, en realidad, la única norma que determina la filiación por el parto es la LTRHA en su artículo 10.2, ya que el ya mencionado artículo 7.1 de la citada Ley se remite a las leyes civiles y registrales, optando estas últimas por la acreditación del fenómeno biológico³⁹. En consecuencia, la LTRHA debe incidir especialmente en la determinación de la filiación mediante el parto dada la multiplicidad de opciones que hoy pueden darse en la fecundación, pudiendo intervenir hasta tres mujeres diferentes⁴⁰.

³⁶ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento... cit.*, pág. 91.

³⁷ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...ibíd.*, págs. 90 y 91.

³⁸ Según su redacción en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

³⁹ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 752.

⁴⁰ De acuerdo con INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibíd.”, pág. 753, los principales problemas que podrían surgir son: de un lado, donación de óvulos o embriones crioconservados (artículo 5 y 11 LTRHA). En este caso, la determinación se hará conforme al artículo 8.1 de la Ley que imposibilita el reconocimiento de la donante como madre y, por tanto, reconduce de nuevo a la realidad del parto. De otro lado, gestación por sustitución mediante óvulos implantados de la que quiere ser la madre o de una donante. El artículo 10.1 de la Ley declara nulo este tipo de contrato que, a su vez, se encuentra penalizado en los artículos 220 y 221 del Código Penal, y, por tanto, remite de nuevo al parto (artículo 10.2).

Constatada la realidad del parto, la determinación de la filiación puede realizarse, de acuerdo con el Código Civil, de dos formas: judicial y extrajudicial. La determinación judicial no reviste especial trascendencia en relación con la madre, pues es más frecuente encontrar litigios relativos a la reclamación o la impugnación de la paternidad; no obstante, en analogía con ésta, la reclamación podrá realizarse de acuerdo con el artículo 131, habiendo posesión de estado, o 132 y 133 si no la hubiese. En concreto, el artículo 133 recoge la reclamación de la filiación sin posesión de estado no matrimonial que sería la vía apta para la reclamación de la madre biológica en gestación por sustitución, puesto que, como ya referí, el consentimiento de la madre biológica prestado para este contrato es irrelevante.

Finalmente, debo destacar la escasa o, más bien nula, importancia que se le da al consentimiento de la mujer respecto de la determinación de la filiación por utilización de técnicas de reproducción humana asistida, en comparación con la gran trascendencia que tiene respecto del varón⁴¹, pues limita tajantemente dicha determinación a un hecho biológico desconectado de cualquier voluntad de la madre, tanto de la biológica como de la llamada madre de deseo⁴², alejándolo sustancialmente de cualquier similitud con la adopción, figura en la que la voluntad de los futuros padres es determinante.

2. Determinación extrajudicial de la filiación paterna matrimonial.

Las técnicas de reproducción humana asistida se desarrollan dentro de dos ámbitos: fecundación homóloga y fecundación heteróloga. La primera consiste en el empleo de gametos masculinos procedentes del marido o, en su caso, conviviente o varón que consiente la fecundación y asume la paternidad; mientras que la fecundación heteróloga consiste en el empleo de gametos masculinos procedentes de un donante⁴³. Al contrario de lo que ocurre en el ámbito de la impugnación, donde la distinción entre ambos tipos de fecundación reviste una especial importancia (*vid.* III. El consentimiento como límite a la impugnación), en la determinación de la paternidad matrimonial no

⁴¹ VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 261: “*puede decirse que esa diferencia se explica en la diversa trascendencia que tienen en cada caso esos elementos y que la preferencia por el parto se justifica por su carácter tradicional y por la claridad del criterio establecido*”

⁴² Es indudable que cuando una mujer acude a un centro de técnicas de reproducción asistida y consiente a su tratamiento, la voluntad de ser madre y que, por tanto, se determine a su favor la filiación del nacido mediante dichas técnicas, está implícita. Aquí pretendo referirme a un eventual supuesto de fecundación sin consentimiento de la mujer, así como a técnicas de gestación subrogada. En ambos casos, la filiación se determina a favor de la mujer que ha parido, independientemente de que, en el primer caso, ella no tuviera intención de ser madre o de que, en el segundo caso, la voluntad de la madre biológica fuera que se determinara la maternidad respecto de otra mujer.

⁴³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coord.); DE PABLO CONTRETRAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. 3ª ed., Majadahonda (Madrid), Colex, 2011, pág. 332.

existen prácticamente diferencias entre la filiación derivada del uso de una u otra técnica.

La determinación extrajudicial de la filiación paterna matrimonial se hará conforme a las reglas contenidas en el Código Civil. Basándonos en ellas, es preciso partir de la presunción *iuris tantum* que recogen los artículos 116 y 117⁴⁴, atribuyendo la paternidad a quien, en el tiempo del parto o en los plazos determinados por la Ley, fuese marido de la madre⁴⁵. Es más, establece el artículo 118 CC que, aun faltando la presunción de paternidad como consecuencia del transcurso de los plazos establecidos en la Ley, la filiación todavía podrá determinarse como matrimonial en el caso de que ambos progenitores lo consintiesen. En este caso, si el marido hubiese prestado en su momento consentimiento para la práctica de las técnicas de reproducción asistida a su mujer y, posteriormente, se produjese la disolución del matrimonio, el marido deberá prestar expresamente el consentimiento al que se refiere el artículo 118 CC, ya que el prestado anteriormente no es equivalente a éste, y, de no hacerlo, la paternidad quedaría indeterminada por cuanto no actúan las presunciones y únicamente podría establecerse mediante una acción de reclamación⁴⁶.

En los casos de fecundación homóloga con consentimiento del marido, al haber coincidencia entre el elemento biológico y el volitivo, no es frecuente que surjan problemas que deban salvarse mediante una regulación específica en la LTRHA; sin embargo, podría plantearse una duda en relación con la posible impugnación de la paternidad, pues ni el Código Civil ni la LTRHA recogen una norma clara al respecto; no obstante, para resolver en profundidad esta cuestión me remito al apartado III. El consentimiento como límite para la impugnación. En fecundación heteróloga, a pesar de la importancia que reviste el consentimiento del marido en aras de aceptar una filiación no biológica, es preciso destacar que dicha importancia actúa exclusivamente en materia de impugnación, pero no de determinación de la filiación, por cuanto ésta únicamente puede ser determinada por los cauces establecidos en el Código Civil (artículo 7 LTRHA) y, por tanto, el título de determinación de la filiación no será la voluntad sino

⁴⁴ LAMM, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, número 24, Enero 2012, pág. 82. La autora propone de *lege ferenda* la conveniencia de prever directamente el consentimiento como el título que determina la filiación en materia de reproducción asistida.

⁴⁵ A estos efectos, se considerará hijo del marido el nacido dentro del matrimonio y hasta los trescientos días siguientes a la disolución del mismo.

⁴⁶ VERDERA SERVER, R., “Artículo 7 y 8. Filiación...cit.”, págs. 268-269 y 272.

las presunciones de paternidad como consecuencia del nacimiento del hijo dentro de los plazos fijados legalmente.

No ocurre lo mismo, empero, en los casos de fecundación homóloga no consentida pues, además de la trascendencia que pueda tener en el ámbito sancionador para el centro que practique estas técnicas sin la autorización correspondiente⁴⁷, no presenta una solución clara en cuanto a la determinación de la filiación. *A priori*, la solución por la que aboga la mayoría de la doctrina consiste en la aplicación de las presunciones del Código Civil, imperando de este modo la verdad biológica sobre la voluntad, como consecuencia de que es el interés superior del menor el que más conviene proteger⁴⁸. En contra de esta postura y como consecuencia de la ausencia de una regulación específica en la LTRHA, cierta doctrina considera que lo idóneo sería extender a esta situación los principios configuradores de la Ley basados en la mayor importancia del consentimiento en materia de reproducción asistida⁴⁹, de manera que el problema se situaría más bien en el ámbito de la prueba, pues el marido tendría que demostrar que el hijo que biológicamente es suyo fue concebido mediante una reproducción asistida no consentida, ya que de no mediar dichas técnicas, la filiación sería determinada incuestionablemente. Esta doctrina considera que, en estos casos, al igual que en fecundación heteróloga no consentida, el marido podrá ejercitar la acción de desconocimiento del artículo 117 CC en base a la falta de consentimiento, la cual permite destruir la presunción de paternidad⁵⁰. Igualmente considera que si el hijo naciera fuera de los plazos de presunción, el artículo 118 sería inaplicable por cuanto no hay un consentimiento anterior que pueda equipararse a éste, razón por la cual sería necesario entablar una acción de reclamación de la paternidad en la que se ponderarían los elementos biológicos, en caso de fecundación homóloga, frente a la ausencia de consentimiento⁵¹.

⁴⁷ Artículos 24 y siguientes LTRHA

⁴⁸ GERMÁN ZURRIARÁIN, R., “Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el Derecho comparado”, *Cuadernos de Bioética*, v. 22, número 75, 2011, pág. 211; PÉREZ MONGE, M., “Filiación...cit.”, pág. 587. Defiende que el marido debe ser considerado padre por cuatro razones: a) La LTRHA no prevé este supuesto y, por tanto, habría que aplicar las normas del CC; b) Carece de relevancia la posible impugnación del marido por cuanto éste es el progenitor biológico; c) No puede aplicarse la imposibilidad de impugnación del artículo 8.1 por cuanto el supuesto es distinto; d) El marido es genéticamente el padre. No obstante, admite la posibilidad de que el marido pueda pedir una indemnización por responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios causados, tanto a nivel patrimonial como moral, del nacimiento de un hijo no deseado.

⁴⁹ VERDERA SERVER, R., “Artículo 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 228 -229 y 269-270.

⁵⁰ VERDERA SERVER, R., “Artículo 7 y 8. Filiación...ibid.”, pág. 270 y 273.

⁵¹ VERDERA SERVER, R., “Artículo 7 y 8. Filiación...ibid.”, pág. 271 y 273.

Por otro lado, también se defiende otra postura que aboga por que, cuando el marido no ha prestado su consentimiento a la fecundación heteróloga, entonces el hijo sólo podría tener determinada la filiación materna y, además, con carácter extramatrimonial⁵².

3. Determinación extrajudicial de la filiación paterna no matrimonial.

3.1. Sistemas de determinación de la filiación a la vista del Código Civil y la Ley del Registro Civil.

La paternidad matrimonial se determina automáticamente a través de las presunciones legales recogidas en el Código Civil, tal y como acaba de ser expuesto; la determinación extrajudicial de la paternidad no matrimonial, ya sea homóloga o heteróloga, en cambio, únicamente podrá darse por alguna de las vías establecidas en el artículo 120 del Código Civil: resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil, así como reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, testamento u otro documento público. Esta diferencia de criterio es la que explica que en materia de reproducción asistida el consentimiento del marido se considere un requisito *sine qua non* para que su esposa pueda someterse al tratamiento, mientras que en el caso de pareja no casada sería meramente potestativo (artículo 6.3 LTRHA).

En cuanto a la primera de estas vías, el expediente tramitado ante el Encargado del Registro Civil, el artículo 49 de la Ley de Registro Civil⁵³ establece que “*podrá inscribirse la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente (...) cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación*”. La LTRHA, por su parte, establece en el artículo 8.2, respecto de la fecundación heteróloga, que se considerará “*escrito indubitado a los efectos del artículo 49 de la Ley 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*”.

⁵² PÉREZ MARTÍN, A.J., *La nueva regulación del Derecho de Familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Madrid, Dykinson, 2011, pág. 42. Ahora bien, en la medida que, como hijo de su esposa, las presunciones de paternidad atribuirían automáticamente la filiación al marido, esta afirmación sólo tiene sentido si el marido ejercita una acción de impugnación basada en su falta de consentimiento.

⁵³ Conforme a la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.

por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas”⁵⁴. Es decir, el consentimiento prestado por el varón no casado, si bien no es obligatorio⁵⁵, podrá ser proporcionado potestativamente y, además, tendrá consecuencias jurídicas de cara a la asunción de las obligaciones propias de una paternidad que de otro modo quedaría indeterminada⁵⁶.

En relación con la segunda de estas vías, el reconocimiento, testamento u otro documento público, la Ley del Registro Civil establece en el artículo 49 que *“puede hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código Civil –artículos 121 y siguientes- o mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos. En este último supuesto deberá concurrir también el consentimiento del hijo o la aprobación judicial, según dispone dicho Código”*. Es conveniente tener presente que el consentimiento prestado para la realización de las técnicas no es equivalente al prestado para la determinación de la filiación ni podrá ser considerado como reconocimiento por no concurrir los requisitos del artículo 120.1 del Código Civil⁵⁷. Esta matización es necesaria pues mientras el reconocimiento opera sobre una realidad ya existente, el consentimiento a las técnicas no tiene presente más que una probabilidad⁵⁸. En mi opinión, si bien es cierto que no puede considerarse que el simple documento sanitario sea suficiente para fundamentar la determinación de la filiación, en tanto en cuanto no hay que olvidar que la LTRHA no establece un sistema de determinación de la filiación sino que éste únicamente se encuentra en el artículo 120 del Código Civil, tampoco puede negársele a ese consentimiento cierta relevancia, si bien indirecta, sobre el consentimiento a la determinación de la filiación. Esto se sustenta en el propio artículo

⁵⁴ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 99. A pesar de que el precepto sólo dice que debe tratarse de un documento sanitario prestado antes del uso de las técnicas, la doctrina suele entender que debe cumplir con los mismos requisitos establecidos en los artículos 6.3 y 8.1 LTRHA, esto es, consentimiento previo, expreso, libre, consciente y formal en la medida que sus consecuencias serán también de determinación de la filiación.

⁵⁵ En este sentido, FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...ibíd.*, pág. 99; INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 777 y VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 292.

⁵⁶ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 777 y PÉREZ MARTÍN, A.J., *La nueva...cit.*, pág. 45.

⁵⁷ En este caso, no encajaría bien en el reconocimiento puesto que el art. 124 CC hace depender la eficacia del reconocimiento de un menor al consentimiento prestado también por su representante legal o a la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido. No obstante, para VERDERA, el documento sanitario en el cual refleje su consentimiento para la práctica de las técnicas servirá para favorecer la aprobación judicial (VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 295).

⁵⁸ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 779 y VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...ibíd.”, pág. 292-293.

8.2 LTRHA en la medida que establece que el documento sanitario puede ser considerado como escrito indubitado, el cual constituye a su vez requisito indispensable para iniciar el expediente registral que sí es un título de determinación de la filiación, aunque no encaje muy bien con nuestro sistema⁵⁹.

Lo expuesto hasta este momento configura la regulación de la Ley del Registro Civil de 1957; frente a ella, la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, tal y como afirma su Preámbulo y se confirma a la vista del Capítulo I del Título VI relativo a la Inscripción del nacimiento, omite cualquier referencia a la filiación no matrimonial en un intento de equipararla totalmente a la matrimonial. De esta forma, la regulación conjunta de la inscripción de ambos tipos de filiación se recoge en el artículo 44.3, que determina que la inscripción se realizará a partir de una declaración proporcionada por la Dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios, personal médico del mismo, padre o madre, así como demás parientes⁶⁰ en el plazo de veinticuatro horas⁶¹ y formulada en documento oficial, que irá firmada por los declarantes y acompañada del parte facultativo o, en su caso, la documentación acreditativa en los términos que reglamentariamente se determinen.

Los pronunciamientos doctrinales sobre las modificaciones que introduce esta Ley todavía son escasos; no obstante, ya hay quién se plantea cómo se van a conciliar estos cambios con los sistemas de determinación de la filiación no matrimonial dispuestos en el Código Civil. Así, en materia de reconocimiento, concretamente, se señala que el nuevo Encargado del Registro Civil, en su función calificadora⁶², deberá comprobar la identidad del reconocedor, así como su declaración de voluntad, por cuanto ésta ya no se presta frente a un fedatario público, como ocurría en la redacción anterior, sino ante el personal sanitario que deberá plasmarlo en un documento oficial⁶³. Es posible que esta misma comprobación deba darse respecto de un posible escrito indubitado, por

⁵⁹ En este sentido, GERMÁN ZURRIARÁIN, R., “Técnicas...cit.”, pág. 210. Se desprende de VERDERA (VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...ibíd.”, pág. 295). que, si bien el expediente requiere un escrito indubitado que contenga un reconocimiento expreso de la paternidad, parece deducirse de la Ley que el consentimiento prestado en el documento sanitario, en tanto escrito indubitado, supondría una forma de reconocer la asunción de las consecuencias en materia de filiación pero, ya no de forma clara y expresa como parece que pretende la Ley de Registro Civil, sino de alguna forma tácita, con lo que no parece que encaje demasiado con lo dispuesto en la LRC y en el Código Civil. Otros autores, en cambio, apuntan a que el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil debe hacerse de forma expresa únicamente (DÍEZ SOTO, C.M., “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 113).

⁶⁰ Artículo 45 LRC 2011.

⁶¹ Artículo 46 LRC 2011.

⁶² Artículos 30-32 LRC 2011.

⁶³ MARTÍN MORATO, M., “El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 30, Mayo 2013, págs. 31-32.

cuanto el Encargado de la Oficina del Registro Civil deberá controlar la legalidad de los documentos, validez de los actos y realidad de los hechos contenidos en éstos⁶⁴. No obstante, en tanto en cuanto el personal sanitario no es el único legitimado para promover la inscripción, el propio padre podrá acudir ante el Encargado del Registro Civil directamente y efectuar simultáneamente la inscripción y el reconocimiento⁶⁵.

3.2. Problemas relacionados con la falta de consentimiento del varón.

Por un lado, tal y como ha sido expuesto, la filiación no matrimonial precisa de una actuación encaminada a reconocer o no oponerse al expediente registral para poder ser determinada. En materia de fecundación heteróloga, el varón podrá reconocer al hijo o bien iniciar un expediente, habitualmente mediante el consentimiento a las técnicas de reproducción asistida, tal y como establece el artículo 8.2 LTRHA. No obstante, en los casos en los que el sujeto no hubiese consentido tales técnicas, la filiación quedaría sin determinar si no acudiese al reconocimiento⁶⁶, por lo que si decide acudir, es conveniente tener en cuenta que, como todo sistema de filiación del Código Civil, su fundamento último es la verdad biológica y, por tanto, cuando se regula la figura del reconocimiento se hace pensando en la declaración de voluntad de un sujeto que, por haber mantenido una relación íntima con la madre, cree que es el padre de su hijo⁶⁷; sin embargo, la LTRHA posibilita una forma de filiación que no siempre está basada en la coincidencia genética sino en la voluntad, por lo que si, a pesar de tratarse de fecundación heteróloga, el varón decidiera otorgar su reconocimiento, éste constituiría un reconocimiento de complacencia, es decir, una voluntad de reconocer la paternidad pero que, en todo caso, admite su impugnación en la medida que no coincide con el fundamento del Código Civil, esto es, la verdad biológica (*vid.* III. El consentimiento como límite a la impugnación).

Por otro lado, *a priori* resulta difícil imaginar un caso en que, siendo homóloga la fecundación, el varón no prestase su consentimiento a las técnicas, dejando al margen la posibilidad de que, a pesar de proporcionar su semen, no quisiera que se determinase a su favor la filiación⁶⁸, en cuyo caso, la falta de presunciones de paternidad permiten que

⁶⁴ Artículo 30.2 LRC 2011.

⁶⁵ NAVARRO CASTRO, M., “Artículo 44. Inscripción de nacimiento y filiación”, en COBACHO GÓMEZ, J.A (Dir.); LECIÑENA IBARRA, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2012, pág. 689.

⁶⁶ PÉREZ MARTÍN, A.J., *La nueva... cit.*, pág. 45.

⁶⁷ MARTÍN MORATO, M., “El nuevo... cit.”, pág. 32.

⁶⁸ En estos casos es posible que lo que realmente se esté produciendo sea una donación encubierta en la que, probablemente, la madre quiera elegir características concretas del donante o ser fecundada por una persona que conozca.

dicha determinación no pueda tener lugar si el varón no reconoce al hijo o se opone al expediente registral⁶⁹. Es por esto que la doctrina suele afirmar que, a pesar de lo que diga el precepto, si la fecundación es homóloga sí se precisará su consentimiento⁷⁰.

No obstante, no debemos descartar por poco frecuente, al igual que se dijo respecto del marido, que la mujer obtuviese el semen de forma ilícita, sin contar con el consentimiento del varón. Ahora bien, aunque esto llegase a ocurrir, la determinación de la filiación no podría establecerse en contra de su voluntad, por cuanto el varón no reconocería dicha filiación o se opondría a la tramitación del expediente registral⁷¹, por lo que únicamente tendría sentido en casos de eventuales reclamaciones de paternidad⁷² por parte de personas legitimadas⁷³. Ahora bien, si llegase a producirse la determinación de la filiación a favor del varón, surgen los mismos interrogantes en cuanto a su impugnación que respecto del marido (*vid.* III. El consentimiento como límite para la impugnación)⁷⁴. Finalmente, si a pesar de haberse realizado la fecundación con semen del varón de forma ilícita, éste quisiera que la filiación fuera determinada a su favor, simplemente debería reconocer o instar el expediente, pero no podría serle de aplicación ni siquiera analógicamente las previsiones del artículo 8.2 LTRHA puesto que no prestó su consentimiento ante el centro médico⁷⁵.

⁶⁹ VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 294.

⁷⁰ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 777.

⁷¹ VERDERA SERVER, R.: “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 296. El autor establece que en estos casos, el expediente registral directamente sería inaplicable por cuanto bastaría que el varón adujese los motivos por los cuales no quiere que la filiación no sea atribuida a su favor para que finalizase el procedimiento, ya que el mero factor genético no es suficiente para atribuir una filiación en contra de su voluntad.

⁷² FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 98. Asimismo, VERDERA afirma que este problema únicamente puede plantearse en el caso de que el varón fuese pareja de la mujer receptora pues, si no fuera su pareja y, además, no hubiese prestado el consentimiento, estaríamos ante la fecundación de una mujer sola en la que no se plantea el problema de la paternidad (VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...ibíd.”, pág. 296).

⁷³ VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...ibíd.”, pág. 300-303. Tendrán legitimación activa para reclamar, en caso de haber posesión de estado, cualquier persona con un interés legítimo (art. 131 CC) y, en caso de no haberla, únicamente el hijo durante toda su vida (art. 133 CC). No obstante, este último precepto ha sido modificado jurisprudencialmente para incluir al progenitor. Asimismo, el autor considera que el factor determinante en reclamaciones no matrimoniales de reproducción asistida es el consentimiento, eliminando cualquier otro elemento como pueda ser la coincidencia biológica, la posesión de estado, la convivencia con la madre o el reconocimiento expreso o tácito.

⁷⁴ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 99 y VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...ibíd.”, pág. 302.

⁷⁵ VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos...”, *ibíd.*, pág. 296. No obstante, PÉREZ MARTÍN afirma que siempre quedará abierta la vía de la impugnación en la medida que se trata de un reconocimiento de complacencia (PÉREZ MARTÍN, A.J.: *La nueva regulación del Derecho de Familia, op. cit.*, pág. 44-45).

III. EL CONSENTIMIENTO COMO LÍMITE PARA LA IMPUGNACIÓN.

Podríamos definir la impugnación como la oposición a una filiación previamente determinada extrajudicialmente⁷⁶. Conviene diferenciar esta acción de la revocación, que constituye un acto jurídico que deja sin efecto otro anterior por la voluntad del otorgante y que, en el ámbito de la reproducción asistida, supone dejar sin efecto el consentimiento prestado para la práctica de las técnicas y de la posible intromisión en el propio cuerpo que con dicho consentimiento se estuviese autorizando (*vid.* IV. Revocación del consentimiento). De este modo, podemos observar que el consentimiento puede incidir tanto en el ámbito de la revocación como de la impugnación, dependiendo del significado que se le atribuya (*vid.* I Significado del consentimiento); no obstante, el momento en el que opera una y otra, así como sus efectos, son muy diferentes.

Generalmente, la doctrina suele entender que el consentimiento es un límite a la posibilidad de impugnar, más que un fundamento de la determinación de la filiación, ya que éste sólo puede estar constituido por las formas recogidas en el Código Civil y, excepcionalmente, en la LTRHA. Su verdadera función, por tanto, sería la de blindar los efectos de la determinación extrajudicial de la filiación, impidiendo su impugnación⁷⁷.

La acción de impugnación, así como los sujetos legitimados, aparecen recogidos en los artículos 136 y siguientes del Código Civil, a los cuales será necesario remitirse de acuerdo con el artículo 7.1 LTRHA. El Código Civil distingue, en primer lugar, entre la filiación matrimonial y no matrimonial y, dentro de cada una de ellas, los plazos y legitimados variarán dependiendo de que exista o no posesión de estado y de que la filiación se haya determinado mediante un reconocimiento basado en un consentimiento viciado (artículos 138 y 141 del CC). Asimismo, recoge una única posibilidad de impugnación de la maternidad en el artículo 139. Ahora bien, junto con la necesaria remisión al Código Civil en materia de impugnación, es necesario tener en cuenta los escasos preceptos de la LTRHA relativos a esta cuestión que, precisamente por su parca regulación, han generado numerosos interrogantes, especialmente en aquellos casos en los que es necesario ponderar la importancia del elemento genético o volitivo.

1. Impugnación de la maternidad.

La impugnación de la maternidad podrá llevarse a cabo conforme al artículo 139 del Código Civil, previa acreditación de la suposición del parto o de no ser cierta la

⁷⁶ INIESTA DELGADO, J.J.; “La filiación...cit.”, pág. 783.

⁷⁷ INIESTA DELGADO, J.J.; “La filiación...ibíd.”, pág. 785.

identidad del hijo, pues, aunque el artículo 8.1 LTRHA prohíbe la impugnación de la fecundación realizada mediante donación respecto tanto del padre como de la madre, el sentido auténtico del precepto sólo puede ser en relación con la paternidad en la medida que la maternidad depende únicamente del parto. No obstante, algunos autores sí defienden la aplicación analógica del artículo 8.1 respecto de la madre, pero entendiéndola como una renuncia a la impugnación de la paternidad, no de la maternidad⁷⁸.

2. Impugnación de la paternidad matrimonial.

La impugnación de la paternidad extrajudicialmente determinada puede basarse o bien en la falta de paternidad biológica o bien en la falta de algún requisito (vicios del consentimiento) a la hora de prestar el consentimiento⁷⁹. De acuerdo con el artículo 136 y 137 del Código Civil, mediando posesión de estado, tanto el marido (o sus herederos) como el hijo (o la madre en interés del menor) podrán impugnar la paternidad en el plazo de un año desde la inscripción registral o, en el caso de que el hijo quisiera impugnar y fuese menor de edad, en el plazo de un año desde su mayoría de edad. Ahora bien, de no mediar posesión de estado, la paternidad podrá ser impugnada en cualquier momento tanto por el hijo como por sus herederos. Por su parte, la LTRHA únicamente hace referencia a la impugnación en el artículo 8.1, que la imposibilita en los casos de fecundación heteróloga consentida por el marido y la mujer.

De un lado, en los casos en los que el marido ha prestado su consentimiento a la fecundación, siendo ésta heteróloga, el artículo 8.1 LTRHA impone un límite a la posible impugnación basada en la necesidad de coherencia con los propios actos, ya que pretende que, una vez que un sujeto ha otorgado su consentimiento a una determinada fecundación en la que no tiene aportación genética sino meramente volitiva, no pueda posteriormente cambiar esa opinión e impugnar. Esto es, impone la preponderancia del consentimiento sobre cualquier elemento biológico⁸⁰. En cambio, si lo que el marido

⁷⁸ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 791-792. En la medida que el artículo 765.1 LEC establece que el representante legal del menor podrá ejercitar en nombre de éste la acción de impugnación, entiendo que la renuncia a la que hace referencia el autor lo es sólo a efectos de que no será la madre la que interponga la acción, aunque posteriormente pudiera ser el menor, llegado su mayoría de edad, el que la ejercitara.

⁷⁹ VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 276.

⁸⁰ En este sentido se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013 (España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Auto de 5 de febrero de 2013. JUR\2013\69818), en cuya virtud se desestima un recurso de revisión de sentencias por el cual se alega una maquinación fraudulenta de documentos imprescindibles para la valoración de la prueba. En el Fundamento Único de dicho Auto el Tribunal afirma tajantemente que el demandante, a pesar de alegar su no paternidad biológica, conoció en todo momento la utilización de semen de donante por la que era su esposa y, además, consintió el

consintió fue una fecundación homóloga, a pesar de que la LTRHA no dice nada, la mayoría de la doctrina entiende que la coincidencia biológica y volitiva impediría que prosperase la impugnación⁸¹; es más, la impugnación tampoco debería prosperar si en algún momento el marido aportó su propio material genético para la procreación, infiriendo así un consentimiento a su paternidad⁸².

No obstante, en ambos casos quedaría a salvo la posibilidad de impugnar en base a vicios del consentimiento, aplicando analógicamente los artículos 138 y 141 del CC, sobre impugnación del reconocimiento cuando hubiese concurrido algún vicio⁸³ o bien se hubiese practicado una fecundación habiendo prestado el sujeto su consentimiento para otra diferente⁸⁴, que establece que quien otorgó el consentimiento (o sus herederos) dispondrá de un plazo de caducidad de un año desde que lo prestó o desde que cesó el vicio.

De otro lado, si el marido no hubiese consentido la fecundación podría impugnar, en caso de fecundación heteróloga, en virtud del artículo 8.1 LTRHA a *sensu contrario*, pues la paternidad no quedaría amparada ni en la verdad biológica ni en la voluntad⁸⁵;

sometimiento de la misma a las técnicas de reproducción humana asistida, lo cual imposibilita por su parte la impugnación posterior de la filiación.

⁸¹ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, págs. 93 y 94 y VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, págs. 277 y 278. Esta misma idea se refleja en el Código Catalán cuyo artículo 235.28 establece que: “*perquè prosperi qualsevol acció d’impugnació de la paternitat matrimonial o no matrimonial, s’ha de provar d’una manera concloent que el presumpte pare no és progenitor de la persona la filiació la qual s’impugna. Si la filiació deriva de la fecundació assistida de la mare, l’acció d’impugnació no pot prosperar si la persona la paternitat o maternitat de la qual s’impugna va consentir la fecundació d’acord amb els articles 235-8 o 235-13, i tampoc, en cap cas, si és progenitor biològic del fill*”.

⁸² FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...ibíd.*, págs. 201 y 93-94 y, en este mismo sentido pero atendiendo especialmente al tipo de consentimiento al que nos estuviéramos refiriendo, por cuanto si fuera posterior, por ejemplo, sería difícil no verlo como un consentimiento, INIESTA DELGADO, J.J.; “La filiación...cit.”, pág. 773 y ss; también en este sentido GERMÁN ZURRIARÁIN, R., “Técnicas...cit.”, pág. 211. Este argumento podría ser totalmente defendible arguyendo que el consentimiento que el marido debe prestar a la hora de autorizar las técnicas, de acuerdo con los artículos 3 y 6 de la LTRHA, es el llamado consentimiento informado y, entre la información previa que debe recibir, se encuentra aquella cuyo contenido es jurídico y, como ya se dijo, dentro de esta información jurídica debería incluirse la consecuencia de la determinación de la filiación de la posible descendencia. Ahora bien, creo que es necesario entender esta figura a la luz del caso concreto, pues si a pesar de que el marido aportara su propio material genético dentro de un proyecto de pareja, fuera en un momento posterior en el que la pareja se encontrase en una situación de crisis, cuando la mujer utilizase ese material, parece claro que la voluntad del marido es trascendente, pues ese hijo no es fruto de la decisión consciente ni de una pareja ni de una mujer sola que dispone únicamente de su propio material genético. La pregunta se hace evidente, ¿podrá en esta situación el marido revocar el consentimiento que en su día prestó? Para resolver este problema me remito al apartado IV. Revocación del consentimiento y VI. Fecundación *post mortem*.

⁸³ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibíd.”, pág. 786.

⁸⁴ PÉREZ MARTÍN, A.J., *La nueva...cit.*, pág. 44.

⁸⁵ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 202; HERRERA CAMPOS, R., “La filiación. La filiación nacida de las técnicas de Reproducción Asistida”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.); RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J; HERRERA CAMPOS, R; MORENO QUESADA, L.: *Curso*

igualmente, parece que podrá impugnar la madre, a pesar de haber sido ella quien acudiese al uso de las técnicas, cuando éstas no hubiesen sido consentidas por el marido⁸⁶. En cambio, si la fecundación fue homóloga y no medió el consentimiento del marido, surgen más interrogantes. Cierta doctrina entiende que, en la medida que el fundamento de la filiación no es el consentimiento sino la presunción de paternidad, el marido no podrá impugnar la paternidad, sino que deberá prevalecer el elemento biológico⁸⁷. Otros autores, en cambio, establecen que esto debe depender de las particulares características de la filiación y, dada la importancia que en este tipo de reproducción tiene el consentimiento, la impugnación debería prosperar a pesar de que concurra el elemento biológico⁸⁸.

En cualquier caso, esta filiación debería poder ser impugnada si se consigue probar que no deriva del recurso a las técnicas de reproducción humana asistida sino a las relaciones sexuales de la mujer con otro hombre, de manera que el marido dispondría de una doble vía de impugnación: ausencia de verdad biológica y, en su caso, falta de consentimiento a las técnicas⁸⁹.

2.1. Problemas de impugnación en presunciones debilitadas.

Hablamos de presunción de paternidad debilitada en aquellos casos en los que la concepción del hijo se produce antes del matrimonio, pero el nacimiento se da dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del mismo, por lo que la filiación se determina a favor del marido a través de las presunciones legales. No podemos hablar de impugnación *stricto sensu*, pues no hay una acción judicial, sino que más bien se trata de declaraciones de voluntad dirigidas también a dejar sin efecto una paternidad previamente determinada.

Por un lado, el artículo 117 CC establece que, en estos casos, el marido podrá desvirtuar la presunción de paternidad mediante una declaración auténtica⁹⁰ en contrario, dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto, salvo que

de Derecho Civil I Bis. Derecho de familia, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 103-104 y VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, págs. 277.

⁸⁶ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 786

⁸⁷ INIESTA DELGADO, J.J.; “La filiación...ibíd.”, pág. 785-786 y ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación...cit.*, pág. 242.

⁸⁸ HERRERA CAMPOS, R., “La filiación...cit.”, pág. 119 y 120; LAMM, E.: “La importancia...cit.”, pág. 83 (*vid. nota al pie 29*) y VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 278.

⁸⁹ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 96.

⁹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (*Coord.*); DE PABLO CONTRETRAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á., *Curso de Derecho Civil...cit.*, pág. 309: “Con declaración auténtica parece mejor entender aquella que se realiza de forma pública mediante una declaración realizada ante el encargado del Registro o en instrumento notarial o judicial”.

hubiera reconocido al hijo expresa o tácitamente o que hubiera conocido el embarazo con anterioridad a la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta que el consentimiento prestado para la fecundación no es un reconocimiento expreso ni tácito ni implica que conociera el embarazo.

Por otro lado, como ya se dijo (*vid.* II. 2. Determinación extrajudicial de la filiación paterna matrimonial), el artículo 118 CC⁹¹ establece que si el hijo naciera fuera de los plazos de presunción establecidos en los artículos 116 y 117, como consecuencia de la disolución del matrimonio o separación de los cónyuges, todavía podrá ser inscrito como hijo matrimonial siempre y cuando ambos padres consintieran, pero de nuevo conviene tener en cuenta que el consentimiento a la fecundación no es el consentimiento de ambos cónyuges al que hace referencia el precepto, por lo que no existirá imputación extrajudicial de paternidad y se necesitará acción de reclamación⁹². No obstante, si se dan ambos consentimientos, la impugnación no debería prosperar ya que existe un doble elemento volitivo, tanto a la realización de las técnicas como a la inscripción del hijo⁹³. En cambio, si hubo consentimiento a la inscripción pero previamente no hubo consentimiento a la reproducción asistida, es fundamental el conocimiento que el marido pudiera haber tenido del origen de esa fecundación, sin que tenga relevancia el material genético empleado⁹⁴. Esta cuestión adquiere importancia en materia de reproducción asistida heteróloga, a efectos de saber si el consentimiento prestado a la inscripción como hijo, conociendo el origen de reproducción asistida de esa filiación, es equivalente al consentimiento para la práctica de la fecundación heteróloga del artículo 8.1 y por tanto prohíbe su posterior impugnación. La solución adoptada por la mayoría de la doctrina considera que si ese consentimiento se presta con conocimiento del carácter de la generación, se verifica *a posteriori* el fundamento de esa imputación y no

⁹¹ Según VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 268, este precepto plantea problemas en relación con el artículo 6.3 LTRHA en la medida en que en sendos artículos se hace referencia a un consentimiento que conviene diferenciar: el del artículo 6.3 hace referencia al consentimiento que debe prestar el marido a las técnicas de reproducción asistida practicadas en su mujer, mientras que el del artículo 118 CC hace referencia a la inscripción del hijo nacido como matrimonial. En su opinión, ambos consentimientos deben ser diferenciados ya que no exigen los mismos requisitos ni tienen las mismas consecuencias, pues si no se presta el consentimiento del artículo 118 CC, entonces el padre deberá reclamar judicialmente la paternidad. Señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso...ibíd.*, pág. 311, que, aun traspasando la presunción de los trescientos días del artículo 116 CC, el hijo deberá ser considerado como matrimonial si hubo separación y ser inscrito como tal, si media el consentimiento de los padres para ello, en la medida en que subsiste el vínculo matrimonial, facilitando la inscripción del hijo como matrimonial sin necesidad de tener que ejercitar una acción de reclamación de la filiación.

⁹² VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 272.

⁹³ VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...ibíd.”, pág. 279.

⁹⁴ VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...ibíd.”, pág. 279.

puede ser impugnada ni siquiera apelando a los reconocimientos de complacencia⁹⁵. Igualmente otro sector doctrinal considera que el marido no podrá destruir la presunción si, previamente al matrimonio, fue donante y consintió a que su compañera, posterior esposa, fuera inseminada con su semen, salvo vicios del consentimiento⁹⁶.

2.2. Legitimación para la impugnación.

Tal y como ha sido expuesto, en los casos de fecundación heteróloga con consentimiento del marido, la voluntad manifestada por los cónyuges excluye la posibilidad de impugnación de la paternidad por parte de cualquiera de ellos. Sin embargo, los artículos 136 y siguientes del Código Civil legitiman a otras personas para proceder a la impugnación, principalmente, el hijo y los herederos.

Si bien el artículo 8.1 es claro en torno a la imposibilidad de impugnación por parte de los padres que han prestado su consentimiento, no dice nada respecto de otros legitimados y, en concreto, respecto del hijo. Cierta doctrina considera que la cuestión dependería de qué Ley sea de aplicación. Si tuviera que aplicarse únicamente el Código Civil, entonces el resultado implicaría que si el semen aportado fuera del marido, la impugnación se desestimaría por tratarse del padre biológico, mientras que si el semen fuera de donante, se estimaría por falta de dicho elemento. No obstante, y dado que hay una regulación específica en la LTRHA, debería ser de aplicación esta segunda y entonces el resultado sería el mismo que respecto del padre: no prosperará si el marido ha consentido. Se apunta que en estos casos estaríamos más bien ante una mera acción declarativa, sin efectos en relación al vínculo jurídico de filiación, pues no parece defendible desde el punto de vista ético ni moral que el hijo pueda impugnar la paternidad de quienes son sus padres legales, por falta de vínculo genético, a pesar de que durante toda su vida han sido considerados como tales⁹⁷. Contrariamente, otros autores abogan por que, en la medida que la imposibilidad de impugnar del artículo 8.1 se refiere únicamente a los cónyuges, se deja siempre a salvo la posibilidad de que impugnen los demás legitimados⁹⁸.

3. Impugnación de la paternidad no matrimonial.

La posibilidad de plantear una impugnación respecto de un varón no casado es cuestionable desde sus comienzos pues, a diferencia de lo que ocurre con el marido,

⁹⁵ VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...ibíd.”, pág. 279 y 280.

⁹⁶FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 96 y PÉREZ MARTÍN, A.J., *La nueva...cit.*, pág. 44.

⁹⁷ HERRERA CAMPOS, R., “La filiación...cit.”, pág. 119 y 120 y VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 278.

⁹⁸ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 787.

respecto del cual la filiación es determinada automáticamente mediante el juego de las presunciones, en el caso del varón no casado la determinación de la paternidad, como ya se dijo, precisa de un acto por parte del presunto padre en el cual o bien reconozca o bien no se oponga al expediente. Por tanto, el fundamento de la impugnación de la paternidad matrimonial será una presunción erróneamente establecida, mientras que el fundamento de la impugnación de la filiación no matrimonial será la veracidad de lo afirmado o establecido en el reconocimiento o expediente gubernativo⁹⁹.

El Código Civil recoge la impugnación de la filiación no matrimonial en el artículo 140, distinguiendo de nuevo entre que exista o no posesión de estado. En los casos en los que exista posesión de estado estarán legitimados quienes aparezcan como hijo o padre y a quienes pueda afectar en su calidad de herederos forzosos en un plazo de caducidad de cuatro años. En cambio, si no existía posesión de estado, la impugnación podrá realizarse por todos aquellos a los que perjudique. A continuación, el artículo 141 CC recoge la posibilidad de impugnar el reconocimiento otorgado mediante error, violencia o intimidación por quien lo hubiese otorgado en el plazo de caducidad de un año desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio. La LTRHA, en cambio, no recoge ningún precepto relativo a la impugnación de la filiación no matrimonial, presumiblemente porque respecto de ésta no se activan las presunciones de los artículos 116 y 117 CC y, por tanto, no es necesaria una regulación específica sobre esta figura.

De un lado, si el varón consintió la utilización de técnicas de reproducción asistida, siendo ésta homóloga, la impugnación no podría prosperar independientemente del fundamento de la misma. En cambio, si el varón hubiese consentido a la fecundación heteróloga, la doctrina mayoritaria parece entender que sí se podría impugnar alegando dos motivos. En primer lugar, un sector considera que la filiación podría ser impugnada en todo caso en base a la falsedad del título de determinación, entendiendo por tal que no existe coincidencia biológica entre el varón y el hijo, y, en consecuencia tampoco se podrá acudir al documento al que hace referencia el artículo 8.2 LTRHA para fundamentarla, porque éste acredita precisamente que no existe elemento biológico¹⁰⁰; otro sector, en cambio, argumenta que la impugnación de la

⁹⁹ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibíd.”, pág. 788-789.

¹⁰⁰ DÍEZ SOTO, C.M., “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 120. Esta opinión no parece muy defendible a la luz del artículo 8.2 LTRHA y la importancia que esta Ley otorga al consentimiento, aunque podría quedar amparada desde el punto de vista del CC y la importancia de la verdad biológica. En este segundo sentido, VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 299.

filiación así determinada sólo podrá basarse en la existencia de vicios en el consentimiento o de elementos de invalidez o ineficacia del sistema de determinación de la filiación, siempre y cuando el varón no conociese que la fecundación se llevó a cabo mediante técnicas de reproducción asistida pues, de saberlo, no podrá impugnar, independientemente de que se trate de fecundación homóloga o heteróloga, salvo en caso de haber prestado el consentimiento a una determinada fecundación si, finalmente, se dio otra o hubo fecundación natural¹⁰¹. La impugnación del consentimiento a la utilización de las técnicas otorgado con anterioridad a su uso, basándose en vicios, no puede tener como efecto la anulación de la determinación de la filiación, en la medida que ese consentimiento no es el fundamento de la filiación, pero sí podrá servir para anular los efectos que éste genera, como es la imposibilidad de impugnar o el sustento del expediente registral¹⁰².

En cualquier caso, aunque el Código Civil permite la impugnación por parte del hijo y otros legitimados, es opinión de cierta doctrina considerar que habiendo consentimiento a la fecundación por parte del varón y de la mujer, de forma que se imposibilitara por ellos la impugnación, no debería prosperar tampoco por parte de otros legitimados¹⁰³.

De otro lado, si el varón no consintió al uso de las técnicas de reproducción asistida, tratándose de fecundación homóloga, un sector de la doctrina considera que podrían aplicarse analógicamente las mismas interpretaciones que se defienden respecto del marido y que, en general, consideran que debe prevalecer el elemento biológico, imposibilitando la impugnación¹⁰⁴. De otro lado, otro sector de la doctrina se basa en el espíritu de la LTRHA que parece abogar por la prevalencia de la voluntad frente a cualquier verdad biológica para defender que, de no mediar consentimiento, el hijo nacido no podrá ser considerado como hijo del varón por falta del elemento volitivo, siendo insuficiente el dato biológico¹⁰⁵. En cambio, si se tratara de fecundación

¹⁰¹ En este sentido, INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 788; PÉREZ MONGE, M., “Filiación...cit.”, pág. 593 y VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...ibíd.”, pág. 299 y 304. En este sentido, podrá impugnar si, por ejemplo, consintió a una fecundación homóloga y finalmente se produjo una heteróloga.

¹⁰² INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 793-794.

¹⁰³ VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 304.

¹⁰⁴ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 99 e INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 792-793.

¹⁰⁵ En este sentido, GERMÁN ZURRIARÁIN, R., “Técnicas...cit.”, pág. 211; VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 296; PÉREZ MARTÍN, A.J., *La nueva...cit.*, pág. 44-45.

heteróloga no consentida, como ya se dijo, la determinación contra la voluntad del varón no sería posible y, por tanto, tampoco procedería su impugnación.

3.1. Reconocimiento de complacencia.

A pesar de no aparecer regulada en el Código Civil, esta figura es bastante frecuente en la práctica. Podría ser definida como un título de determinación de la filiación en el cual el padre decide reconocer como hijo a un sujeto pese a ser consciente de que no es su hijo biológico. Parte de la doctrina, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera que cuando el reconocimiento no está basado en la verdad biológica, siempre podrá ser impugnado¹⁰⁶, en la medida que, a la luz del Código Civil que es la norma que regula los títulos de determinación de la filiación, el criterio que los fundamenta es siempre la verdad biológica, que debe prevalecer en la mayoría de ocasiones incluso sobre la voluntad.

Ahora bien, en el ámbito de la reproducción asistida, tanto el reconocimiento como el expediente que son los criterios de determinación de la filiación no matrimonial, constituyen aseveraciones de la voluntad de admitir una filiación que gozan de presunción de veracidad, motivo por el cual podría ser impugnado en base a esa falta de verdad biológica¹⁰⁷. No obstante, cierta doctrina considera¹⁰⁸ que sobre todo en materia de reproducción asistida donde el consentimiento adquiere una especial importancia, sería ir en contra de los propios actos el hecho de reconocer como propio a un hijo, sabiendo que biológicamente no lo es, para impugnar la filiación posteriormente. Por este motivo llegan a justificar una aplicación analógica del artículo 8.1 LTRHA para el caso del varón no casado, a los efectos de equiparar el reconocimiento a la renuncia a la acción de impugnación¹⁰⁸. No obstante, el consentimiento tiene su expresión como imposibilidad de impugnación cuando se trata de un consentimiento previo al uso de las técnicas, formal y expreso, mientras que el consentimiento que puede haber en un reconocimiento de filiación no matrimonial es posterior, tácito y no formal. Es por esto que la doctrina se plantea si es posible considerar como una renuncia a la acción de filiación, que es de naturaleza

¹⁰⁶ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 789.

¹⁰⁷ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 791. INIESTA entiende que el reconocimiento es una declaración de conocimiento y, por tanto, únicamente es válida en la medida que se corresponda con la realidad; el consentimiento, en cambio, implica una voluntad de vincularse a lo manifestado, razón por la cual implica la imposibilidad de impugnar.

¹⁰⁸ En este sentido, INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibid.”, pág. 792-793; VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 304 y BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, número 8, Diciembre de 2010, pág. 32.

irrenunciable, alguna actuación que no sea de las expresamente mencionadas por la Ley¹⁰⁹.

El Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en su sentencia de 4 de julio de 2011¹¹⁰. La sentencia relata un caso de reconocimiento de complacencia por parte de un varón de la hija de la que era su pareja, a pesar de saber que biológicamente no era su hija. Tras romper la relación sentimental que mantenía con la madre, el varón decidió impugnar su paternidad basándose en la falta de posesión de estado del artículo 140 CC. A la vista de los hechos y partiendo de la tesis sostenida en otras sentencias anteriores, el Tribunal fija doctrina afirmando que *“la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse por quien ha efectuado dicho reconocimiento, al amparo del artículo 140 CC, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento”*¹¹¹.

No obstante, un Magistrado del Tribunal emitió un voto particular porque entendía que la doctrina adoptada hasta el momento por la mayoría no era la más apropiada. A su juicio, es insostenible que los tribunales puedan amparar una acción de impugnación contra un reconocimiento libre y consciente prestado a sabiendas de la falta de relación biológica con la menor, sólo por el hecho de que *“en el calor de su enamoramiento reconoce a aquel hijo como suyo (...); más tarde, se extingue aquel amor y rompe, como si fuera un simple papel, aquel reconocimiento y, con ello, el estado civil de aquel niño”*¹¹². De este modo, el Magistrado considera que el fallo debería haber sido desestimatorio por cuanto *“las sentencias de instancia no han infringido el artículo 140 (...) porque carece de motivo de impugnación, por la razón de que reconoció a sabiendas, libre y conscientemente de que no era el padre y ahora no puede revocar unilateralmente, simplemente porque rompió su relación con la madre”*. El Magistrado apoya su fallo en varios argumentos, entre los cuales creo conveniente destacar que la decisión adoptada por el Tribunal es contraria a la doctrina de los propios actos, por cuanto el reconocimiento se basaba en una voluntad formada de modo consciente y libre; asimismo, considera que el presupuesto esencial del reconocimiento no es siempre la verdad biológica, tal y como ocurre, por ejemplo, en el

¹⁰⁹ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibid.”, pág. 792-793.

¹¹⁰ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 318/2011 de 4 de julio. RJ\2011\5965.

¹¹¹ Fundamento de Derecho Tercero.

¹¹² Voto particular.

ámbito de la reproducción asistida y, por tanto, no puede justificarse la impugnación del mismo basada únicamente en este elemento. Finalmente, considera que el reconocimiento, en tanto en cuanto crea un estado civil, es irrevocable, pues *“admitir su revocabilidad implicaría atentar contra la seguridad del estado civil de la persona y provocaría una alteración de efectos no otorgados por el que reconoce, sino por la ley que los prevé”*¹¹³.

IV. REVOCACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.

1. Introducción y aspectos generales de la revocación.

La antigua Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida hacía referencia a la revocación del consentimiento en su artículo 2.4, pero no especificaba el momento en el cual podía llevarse a cabo. A consecuencia de esta falta de concreción se planteó un recurso de inconstitucionalidad ya que se entendía que se introducía una nueva causa de aborto no punible si se permitía que la revocación se produjese una vez conseguido el embarazo. La respuesta del Tribunal Constitucional aclaró el significado del precepto negando la interpretación que se había planteado como posible causa de aborto¹¹⁴. No obstante, en la nueva Ley de 2006 se quiso evitar una nueva controversia estableciendo un plazo concreto dentro del cual podría solicitarse la revocación¹¹⁵. Esta referencia aparece contenida en el artículo 3.5 LTRHA que afirma que *“la mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse”*. Se trata, por tanto, de una mención que hace referencia únicamente a la mujer, según la cual ésta podrá revocar su consentimiento en cualquier momento antes de que se haya producido la transferencia embrionaria, pues si se hubiera producido, ya no estaríamos en un caso de revocación del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida, sino en un aborto.

En principio, la Ley no dice nada sobre la forma que esta revocación deba presentar, pero la doctrina suele considerar que, aunque la revocación prestada de forma verbal debe ser válida, lo idóneo es que conste por escrito¹¹⁶.

¹¹³ Fundamento de Derecho Tercero del voto particular.

¹¹⁴ España. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 116/1999 de 17 junio. RTC\1999\116. Fundamento de Derecho 10º.

¹¹⁵ ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación... cit.*, pág. 240.

¹¹⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A., *“La doble...cit.”*, pág. 64 y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á., *“Artículo 3. Condiciones...cit.”*, pág. 59.

A pesar de que el artículo 3.5 LTRHA únicamente hace referencia a la revocación del consentimiento prestado por la usuaria de las técnicas, la doctrina mayoritaria entiende que puede extenderse tanto al marido como al varón no casado, remitiéndose para ello al artículo 9.2¹¹⁷ que contiene la revocación del consentimiento post mortem¹¹⁸. En este caso, la revocación podría tener como finalidad tanto evitar la implantación del propio material genético y la consecuente determinación de la filiación, en caso de tratarse de una fecundación homóloga, como evitar la determinación de la filiación a su favor en caso de tratarse de una fecundación heteróloga. En este último caso, debería permitirse a la mujer continuar con el tratamiento si así lo desea, independientemente de la revocación del marido o varón, pues sólo ésta parece autorizada legalmente para interrumpir las técnicas una vez iniciadas¹¹⁹. No obstante, si a pesar de la revocación se continuasen aplicando las técnicas, seguiría operando, en su caso, la presunción de paternidad¹²⁰.

2. Revocación del consentimiento en caso de preembriones criopreservados.

La fecundación *in vitro*, junto con la inseminación artificial y la donación de ovocitos, constituyen las principales fórmulas de reproducción asistida. Hasta ahora han sido tratadas de forma conjunta, pues no existen diferencias significativas en el ámbito jurídico entre unas y otras en las que fuese necesario detenerse; no obstante, sí considero que es preciso hacer una mención expresa a la fecundación *in vitro* en materia de revocación de consentimiento por los motivos que expondré a continuación.

¹¹⁷ INIESTA (INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 766-767) entiende que resulta razonable que se permita la revocación tanto al marido como al varón no casado antes de haber procedido a la aplicación de las técnicas, tanto por analogía del artículo 9.2 como porque esa misma facultad se reconoce al donante en el artículo 5.2, y teniendo en cuenta que el donante no asume responsabilidad alguna en la filiación, tiene más sentido que se permita la revocación de quien sí la asume.

¹¹⁸ A favor, DÍEZ SOTO, C.M., “Artículo 6. Usuario...cit.”, pág. 109; FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 84; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á., “Artículo 3. Condiciones... cit.”, pág. 56 y 59 y SERNA MERÓN, E., “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 203. En este mismo sentido parece que lo entienden los centros médicos en la medida que, dentro de sus formularios de consentimiento incluyen apéndices dedicados a la revocación del consentimiento por parte de cualquiera de los intervinientes (*vid.* Anexos I y II). En contra, FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia del marido”, en COBACHO GÓMEZ, J.A. (*Dir.*); INIESTA DELGADO, J.J. (*Coord.*): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 332. El autor considera que, a diferencia de lo que ocurría con el antiguo art. 9.4 que recogía la posibilidad de revocar el consentimiento a las técnicas en general, a pesar de aparecer ubicado sistemáticamente en la fecundación *post mortem*, el actual artículo 9.2 especifica que la revocación se permitirá en los casos de fecundación *post mortem*, negando así la posibilidad de extender a las técnicas realizadas en vida.

¹¹⁹ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...ibid.*, pág. 84 e INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 772.

¹²⁰ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibid.”, pág. 767.

La inseminación artificial, a la que podríamos aplicar las disposiciones recogidas en el subapartado anterior, consiste en la introducción del semen capacitado dentro del útero femenino; la fecundación *in vitro*, en cambio, consiste en la unión de ambos gametos en el laboratorio, transfiriendo los embriones resultantes al útero para conseguir la gestación¹²¹. Por su parte, el artículo 1.2 LTRHA define el preembrión como “*el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde*”.

La cuestión relativa a la revocación del consentimiento en materia de fecundación *in vitro* ha generado controversias a nivel internacional, por cuanto se cuestiona la facultad de una sola de las partes intervinientes para paralizar un proceso ya iniciado y consentido por ambas, que puede resultar incluso moralmente cuestionable bajo determinadas circunstancias.

2.1. Regla general. Sentencia Evans contra Reino Unido.

El artículo 11 LTRHA establece en sus apartados 3 y 4 los distintos fines que pueden atribuirse a los preembriones sobrantes que no hayan sido transferidos a la mujer receptora en un concreto ciclo reproductivo¹²². En la medida que en este momento ya se ha producido un acto consentido por el cual cada uno de los integrantes de la pareja ha autorizado la intromisión en su cuerpo para extraer material reproductor y éste ha sido combinado para la obtención de un preembrión, se cuestiona si es factible revocar el consentimiento prestado e impedir la continuación del tratamiento hasta el final, teniendo en cuenta que dicho consentimiento ha derivado en un primer paso consistente en la fecundación de los ovocitos con los espermatozoides o si, por el

¹²¹ Definiciones obtenidas de la Sociedad Española de Fertilidad (http://nuevo.sefertilidad.com/LibroBlanco_infertilidad.pdf)

¹²² Artículo 11.3 LTRHA. Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación *in vitro* que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser criopreservados en los bancos autorizados para ello. La criopreservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.

Artículo 11.4 LTRHA. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones criopreservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico criopreservados, son: **a)** Su utilización por la propia mujer o su cónyuge; **b)** La donación con fines reproductivos; **c)** La donación con fines de investigación; **d)** El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos criopreservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

contrario, dicho consentimiento vincula de alguna forma a sus otorgantes para proseguir con el tratamiento hasta su conclusión.

El ordenamiento español quizás no proporciona la clara solución que sería deseable, pero la doctrina mayoritaria asume que la revocación se encuentra admitida en el artículo 11.6 LTRHA al afirmar que “*el consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación*”. La cuestión que se plantea es si por *aplicación* debe entenderse la implantación del embrión en el útero de la mujer o también se incluye la fecundación del ovocito in vitro. La doctrina mayoritaria¹²³ parece abogar por la primera de estas opciones, en tanto en cuanto, dentro de los citados destinos se encuentra tanto la posibilidad de utilizar los preembriones por la mujer como de cesar en su conservación, por lo que tanto de la admisión de la revocación del consentimiento para su utilización, como del consentimiento para el cese de su conservación se podría deducir que la Ley permite la paralización del tratamiento, una vez constituidos los embriones, siempre y cuando éstos no hubiesen sido todavía implantados¹²⁴.

Frente a esta opinión, un sector menos amplio de la doctrina considera que el artículo 11.6 LTRHA puede ser interpretado en otro sentido. Este sector alega que cuando el precepto hace referencia al *consentimiento*, se refiere a un consentimiento plural, tanto del hombre como de la mujer intervinientes y, por tanto, su revocación debería ser igualmente consentida por ambos, siendo irrelevante la revocación concedida unilateralmente¹²⁵, incluso con preferencia a otros motivos que puedan justificar una decisión opuesta por parte de los tribunales, como pueda ser el derecho a no ser forzado a procrear¹²⁶ o la imposibilidad de una las partes de tener hijos biológicos si no es mediante el uso de los preembriones ya creados.

En el primer sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Evans contra Reino Unido*¹²⁷. Esta sentencia plantea el caso

¹²³ ALKORTA IDIAKEZ, I., “Nuevos límites del derecho a procrear”, *Derecho Privado y Constitución*, número 20, Enero-Diciembre 2006, pág. 33.

¹²⁴ ALKORTA IDIAKEZ, I., “Nuevos...ibíd.”, pág. 35.

¹²⁵ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 768.

¹²⁶ Tanto ALKORTA (ALKORTA IDIAKEZ, I., “Nuevos...cit.”, pág. 35) como INIESTA (INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 768) cuestionan la prohibición de forzar a procrear por cuanto, en el caso del donante del artículo 5.2, únicamente se permite a éste revocar su consentimiento en el caso de que necesite los gametos para sí mismo y a que estén disponibles en el momento de la revocación.

¹²⁷ Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) Sentencia de 7 de marzo de 2006. TEDH \2006\19.

de Natallie Evans, una mujer británica que acude a un centro de reproducción asistida como consecuencia de los problemas para concebir un hijo con su pareja, J., tras lo cual le descubren tumores precancerosos. Ante esta situación y, tras informarles que la clínica no realizaba congelación de óvulos, la pareja decide conservar sus preembriones hasta que puedan ser implantados en Natallie. Sin embargo, unos años después la pareja se separa y J. retira su consentimiento para la continuación del tratamiento. A partir de este momento comienza una batalla judicial en la que Natallie Evans reclama su derecho a procrear que resultaría completamente denegado si se permite que J. rechace el tratamiento, pues supone su última posibilidad de ser madre.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos realiza una comparativa del estado de la cuestión en los distintos países integrantes de la Unión Europea donde precisa que, en la mayoría de ellos, es necesario un consentimiento constante y conjunto de ambos usuarios para la disposición de los preembriones y que la revocación puede realizarse hasta el mismo momento de la transferencia¹²⁸; en concreto, la Human Fertilisation and Embryology Act 1990, en adelante Ley de 1990, aplicable en este caso, establece que todo aquel que haya dado su consentimiento podrá revocarlo antes de que se haya utilizado para un tratamiento o proyecto de investigación¹²⁹.

Evans reclama la vulneración de tres derechos: en primer lugar, el artículo 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que establece que *“el derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley (...)”*, el Tribunal establece que, en este caso, no hay vulneración del derecho a la vida por cuanto el punto de partida de éste debe ser configurado por cada Estado y Reino Unido no ofrece protección al embrión como sujeto titular del derecho a la vida¹³⁰. En segundo lugar, Evans reclama la vulneración del artículo 8 del Convenio que afirma que *“toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (...)”*, por cuanto considera que no era necesario que Reino Unido regulase las relaciones entre donantes de gametos, como tantos otros Estados se habían abstenido de hacerlo, pero

¹²⁸ ALKORTA IDIAKEZ, I., “Nuevos... cit.”, pág. 31.

¹²⁹ Apartado 29 de la Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) Sentencia de 7 de marzo de 2006. TEDH \2006\19; ALKORTA IDIAKEZ, I.: “Nuevos...ibid.”, pág. 29 y PLANA ARNALDOS, M.C.: “Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones”, en COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.); INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 426.

¹³⁰ Apartado 46 de la Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) Sentencia de 7 de marzo de 2006. TEDH \2006\19 y FARNÓS AMORÓS, E., “¿De quién son los preembriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, número 1, Enero de 2007, págs. 6 y 7.

que, si efectivamente lo regulaba, debía proteger suficientemente el respeto de los derechos humanos, lo cual no ocurría en este caso puesto que se anulaba por completo cualquier esperanza de ser madre para la demandante; la posición del Gobierno británico, sin embargo, defendía que la opción de revocar el consentimiento hasta el momento de la implantación no era, en modo alguno, desproporcionada, pues la admisión de excepciones a esta norma obstaculizaría el objetivo del Parlamento de lograr que las implantaciones se realizaran únicamente si media el consentimiento de ambos intervinientes. La posición del Tribunal ante estos argumentos consiste en defender que este derecho recoge tanto la posibilidad de ser padre como de no serlo¹³¹. Finalmente, Evans consideraba que se vulneraba el artículo 14 del Convenio, relativo a la no discriminación, por cuanto se producía una disparidad de trato entre las mujeres que pueden concebir sin fecundación *in vitro* y aquellas que ven reducidas sus posibilidades a este tratamiento; sin embargo, el Tribunal estimó que no existía vulneración de este precepto por las mismas causas que justificaban la no vulneración del ya citado artículo 8¹³².

De este modo, la mayoría del Tribunal establece que en los casos en los que no media acuerdo por parte de la pareja sobre la implantación de los preembriones ya formados, la decisión a adoptar por parte de las autoridades, disponiendo para ello de cierto margen de interpretación, deberá ponderar los intereses en juego de ambas partes, teniendo incluso potestad para configurar una norma sin excepciones que permita o impida la revocación¹³³. Precisamente a este respecto se ha pronunciado la jurisprudencia española señalando que, en determinadas situaciones, tal vez sería más conveniente establecer ciertos límites que minoren el peso de la decisión del hombre, de manera que su negativa no supusiera un veto total, sobre todo en aquellos casos en los que la mujer no tuviera otra forma de concebir más que mediante los preembriones, como se desarrollará en el apartado siguiente¹³⁴. Un posible límite que señala el

¹³¹ Apartados 50 y 55 de la Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) Sentencia de 7 de marzo de 2006. TEDH \2006\19 y FARNÓS AMORÓS, E., “¿De quién...cit.?, págs. 7 y 8.

¹³² Apartados 70 y siguientes de la Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) Sentencia de 7 de marzo de 2006. TEDH \2006\19 y FARNÓS AMORÓS, E.: “¿De quién...ibíd.?, págs. 8 y 9.

¹³³ ALKORTA IDIAKEZ, I., “Nuevos...cit.”, págs. 22 y 27 y FARNÓS AMORÓS, E., “¿De quién...ibíd.?, pág. 13.

¹³⁴ PLANA ARNALDOS, M.C., “Artículo 11. Crioconservación...cit., pág. 428 y SERNA MEROÑO, E., “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 205.

Tribunal sería otorgar al consentimiento prestado por el varón un carácter irrevocable, de forma que posteriormente no pudiera impedir la continuación del tratamiento¹³⁵.

De este modo, de darse en España un caso similar, la solución adoptada por los tribunales sería la misma¹³⁶.

2.2. Situaciones excepcionales. Voto particular en la Sentencia Evans contra Reino Unido.

El caso Evans presentó una gran controversia por cuanto no se trataba únicamente de ponderar el derecho de Natallie de ser madre, frente al derecho de J. de no ser padre, sino que aceptar la revocación de éste implicaba anular cualquier posibilidad de la mujer para ser madre biológica. Esta difícil cuestión que fue tratada de la forma ya descrita por parte de la mayoría del Tribunal, dio lugar al surgimiento de opiniones disidentes por parte de ciertos miembros del mismo que consideraban que las delicadas circunstancias que rodeaban este caso merecían un tratamiento más profundo. Los jueces se cuestionan si *“el legislador puede legítimamente, estableciendo un equilibrio tan rígido, conceder al que revoca su consentimiento el poder de controlar totalmente la situación y atribuir al derecho de éste, en virtud del artículo 8, un valor perentorio”*, por cuanto, *“el Estado no puede lesionar (...) la sustancia misma de un derecho tan importante”*¹³⁷ como es el derecho a procrear de la demandante, que quedaría totalmente suprimido como consecuencia de la revocación del consentimiento de su ex compañero.

Al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo israelí Nachmani contra Nachmani¹³⁸, los jueces disidentes consideraron que la correcta ponderación de intereses habría sido la siguiente: debería prevalecer la voluntad de quien desea revocar su consentimiento, siempre y cuando la legislación del Estado en cuestión lo permitiese; ahora bien, esta regla general debería excepcionarse en aquellos casos en los que la otra parte, no teniendo un hijo biológico, no dispone de otro medio de tenerlo y no tiene

¹³⁵ Apartado 68 de la Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) Sentencia de 7 de marzo de 2006. TEDH \2006\19.

¹³⁶ LAMM, E., “La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Evans contra Reino Unido”, *Revista catalana de Dret Públic*, número 36, 2008, pág. 212.

¹³⁷ Apartado 2 de las opiniones disidentes de la Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) Sentencia de 7 de marzo de 2006. TEDH \2006\19.

¹³⁸ En esta ocasión se presentaba un caso muy similar al de Evans, por cuanto la mujer no podía tener hijos de forma biológica sino mediante los embriones formados con su ex pareja. A la vista de estos hechos, los tribunales israelíes fallaron a favor de la mujer.

intención de que intervenga una madre portadora en el proceso¹³⁹. Esta posición, sin embargo, no ha sido admitida por ningún ordenamiento de nuestro entorno y ni siquiera fue objeto de valoración por parte del Tribunal, como ya se ha expuesto, sino que aquel prefirió no abrir la controvertida cuestión que proponía Evans estableciendo que “*no considera que la ausencia de una disposición que permita no tener en cuenta la revocación del consentimiento de un padre biológico, incluso en las circunstancias excepcionales de la causa, rompa el equilibrio justo del artículo 8*”¹⁴⁰.

V. DOBLE MATERNIDAD POR NATURALEZA.

1. Antecedentes y fundamento de la doble maternidad por naturaleza.

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida no recogía en ninguno de sus preceptos la posibilidad de la doble maternidad como consecuencia de la utilización de estas técnicas; por este motivo, las parejas formadas por dos mujeres, al igual que ocurría con las parejas de dos hombres, debían acudir a la adopción para constituirse legalmente ambas como madres del mismo hijo. La adopción por parte de la cónyuge de la madre podía realizarse, ya fuera el hijo fruto de las relaciones sexuales mantenidas con un hombre cuya paternidad no hubiese estado legalmente determinada, o bien como consecuencia de la fecundación asistida. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos existiría una madre por naturaleza y otra adoptiva, pero no habría doble maternidad por naturaleza¹⁴¹.

Posteriormente, la redacción original de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida tampoco incluyó ninguna regulación al respecto, puesto que apenas introdujo cambios en relación con la Ley anterior. No obstante, como consecuencia de la aceptación por el ordenamiento español del matrimonio homosexual mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, se introdujo la Disposición Adicional Primera a la Ley 3/2007, de 15 de marzo, Reguladora de la Rectificación Registral de la Mención Relativa al Sexo de las Personas que adicionaba un apartado tercero al artículo 7 LTRHA en el cual se establecía que “*cuando la mujer*

¹³⁹ Apartado 9 de las opiniones disidentes de la Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) Sentencia de 7 de marzo de 2006. TEDH \2006\19 y FARNÓS AMORÓS, E.: “¿De quién...cit.”, pág. 9.

¹⁴⁰ Apartado 67 de las opiniones disidentes de la Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) Sentencia de 7 de marzo de 2006. TEDH \2006\19 y ALKORTA IDIAKEZ, I., “Nuevos...cit.”, pág. 52.

¹⁴¹ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, número 21, Enero-Diciembre 2007, pág. 82.

estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido". De este modo, se producía la modificación de una norma que no llevaba ni un año en vigor.

La introducción de este precepto no estuvo exenta de polémica. De un lado, la sociedad demandaba, y aún hoy lo sigue haciendo, una regulación igualitaria en materia de filiación para las parejas homosexuales; de otro lado, el tradicional y consolidado régimen del Código Civil parecía no encajar bien con una reforma de estas dimensiones. Cuando finalmente se optó por esta solución, parte de la doctrina se levantó en contra por las consecuencias jurídicas que podría tener. Así, algunos autores señalaron que la posibilidad de la doble maternidad por naturaleza es contraria a uno de los principios fundamentales y más antiguos en materia de filiación, la determinación de la maternidad únicamente por el parto¹⁴², así como al sentido que al consentimiento se le otorga en la LTRHA, pues éste debe referirse a la utilización de una concreta técnica de reproducción asistida y ser anterior a la práctica de la misma¹⁴³, y al principio de preponderancia de la verdad biológica que impera en el Código Civil. Además, se argumentaba que ni siquiera la propia Ley determinaba que el consentimiento al que se refiere el artículo 7.3 LTRHA fuese un título de determinación de la filiación¹⁴⁴, ni

¹⁴² A favor, BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación...cit.*, pág. 133 y BARBER CÁRCAMO, R., "Reproducción...cit.", pág. 30; en contra, INIESTA DELGADO, J.J., "La filiación...cit.", pág. 804. INIESTA considera que este principio ya presenta una excepción en la adopción y que, además, en este caso no se da exactamente una ruptura del mismo puesto que la madre gestante sí será determinada conforme al parto, mientras que la filiación de su cónyuge se hará por un sistema similar a la adopción pero con menos complejidades.

¹⁴³ En este sentido, BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación...ibid.*, pág. 133 y VERDERA SERVER, R., "Artículos 7 y 8. Filiación...cit.", pág. 286. VERDERA establece que el artículo 7.3 es contrario al 6.3 y 8.2 LTRHA que determinan que el consentimiento para las técnicas de reproducción asistida debe ser anterior a las mismas. Señala el autor que una forma de salvar esta cuestión sería extender la interpretación del artículo 6.3 al cónyuge no separado de la mujer receptora, independientemente de que se trate de varón o mujer, aunque reconoce a continuación que esta interpretación no tiene el mismo sentido respecto de ambos cónyuges, ya que la necesidad de ese previo consentimiento en el caso del marido radica en que, una vez producido el nacimiento, se activará el juego de las presunciones a su favor, cuestión que no se da respecto de la mujer.

¹⁴⁴ BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación...ibid.*, pág. 133 y BARBER CÁRCAMO, R., "Reproducción...cit.", pág. 30. La autora es bastante crítica en este aspecto y señala que es contrario "no sólo al expuesto ligamen de la maternidad con el parto, sino al valor atribuido al consentimiento, en general, en la propia LTRHA, que para producir efectos sobre la filiación debe referirse a la práctica de una concreta técnica de reproducción asistida. Por no mencionar la contradicción con la verdad biológica, principio rector de la regulación del Código. En realidad, la introducción en nuestro Derecho de la doble maternidad por naturaleza, contraria a su unidad natural y a toda la regulación del Código sobre la filiación, es tan artificial y difícil de encajar en nuestro sistema, por ajena a cualquiera de sus principios, que no resiste el mínimo análisis de técnica jurídica (...). Llamemos a las cosas por su nombre: ni la previsión del art. 7.3 LTRHA puede calificarse técnicamente de reconocimiento de

siquiera específica que ese consentimiento se refiera exclusivamente a reproducción asistida, pues su redacción podría aplicarse incluso a una fecundación natural; no obstante, su ubicación dentro de la LTRHA permite suponer que se aplicará únicamente en este tipo de fecundación¹⁴⁵.

Cierta doctrina ha considerado que la nueva regulación introducida por esta reforma responde a un nuevo criterio de determinación de la filiación, diferente a los establecidos en el Código Civil¹⁴⁶. Esta afirmación se justifica si se atiende a la falta de equiparación de la regulación del Código Civil en materia de filiación con el posible reconocimiento de una doble maternidad. No puede darse en estos casos una remisión a las normas civiles generales de acuerdo con el artículo 7.1 LTRHA, ya que el Código Civil reconoce la maternidad y la paternidad únicas con respecto a un mismo hijo, ignorando por completo la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan ser padres por naturaleza del mismo hijo. El motivo de esta falta de regulación queda bastante claro a la luz de todo el estudio que se ha realizado en este trabajo sobre la filiación, pues el fundamento último en el cual el Código Civil se basa para la determinación de la misma es la verdad biológica, permitiendo la impugnación en los casos en los que esta verdad no se da. Resulta obvio que, de forma natural un mismo hijo no puede tener dos madres y es por esto que el fundamento de esta doble maternidad no sólo no puede reconducirse al Código Civil, sino que necesita un nuevo criterio de determinación autónomo: el consentimiento; de esta forma, el consentimiento se ha convertido en la doble maternidad tanto en el mecanismo como en el fundamento de la determinación, guardando quizás más similitud con la adopción que con la filiación por naturaleza¹⁴⁷. Otros, en cambio, han afirmado que establece un sistema que se aproxima más a la adopción, aunque por sus requisitos y formas no pueda identificarse con ella¹⁴⁸.

A pesar de tratarse de una filiación que se desprende únicamente del matrimonio, no se ha establecido un sistema de presunciones como en el caso del marido, quizás

filiación, por ser manifiesta y evidente su falta de correspondencia con la realidad, ni cabe negar que nuestro Derecho admite hoy, inexplicablemente, la doble maternidad por naturaleza. Las palabras (...) de la Dirección General –el art. 7.3 LTRHA no altera el principio de unidad de la maternidad que consagra el ordenamiento- demuestran, patéticamente, cómo legislar contra toda evidencia fáctica y jurídica conduce a una espiral de insensatez sin retorno”.

¹⁴⁵ VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 286.

¹⁴⁶ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 801. El autor considera que no se altera el criterio de determinación basado en la verdad biológica, sino que simplemente se introducen nuevos límites para la impugnación.

¹⁴⁷ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibíd.”, pág. 802.

¹⁴⁸ BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación...cit.*, pág. 135.

debido, precisamente, a que el fundamento de la verdad biológica que entrañan esas presunciones no podría justificarse dentro del ámbito de la doble maternidad, como a continuación se expone.

2. Diferencias entre la doble maternidad por naturaleza y la determinación respecto de la paternidad.

Atendiendo al artículo 7.3 LTRHA, el primer requisito que destaca para la determinación de la doble maternidad es la necesidad de que las dos mujeres estén casadas, no siendo posible *a priori* la doble maternidad dentro de una relación de análogo afectividad a la conyugal. Partiendo de este hecho y como ya fue adelantado en el apartado anterior, resulta obvia la imposibilidad de equiparar el matrimonio constituido por dos mujeres con el matrimonio constituido entre un hombre y una mujer en relación con las presunciones de paternidad del marido, en la medida que tales presunciones, como todo el sistema de filiación del Código Civil, se basan en el fundamento de la verdad biológica, pues presumen que el marido de la madre será el padre del futuro nacido; sin embargo, esta presunción no puede llevarse a cabo respecto del matrimonio conformado por dos mujeres en la medida que biológicamente es imposible que ambas conciban de forma natural un hijo¹⁴⁹.

En conexión con esta necesidad de matrimonio se especifica que la pareja no debe estar separada legalmente ni de hecho, al igual que se exige respecto del marido de la receptora, pero con ciertas diferencias. En el caso del marido, el consentimiento debe ser previo a la utilización de las técnicas y encaminado tanto a consentir la intromisión en su cuerpo como las consecuencias que puedan derivarse del uso de las mismas, tanto la posible determinación por vía de presunciones o la imposibilidad de impugnación si se tratase de fecundación heteróloga. Sin embargo, el consentimiento que debe prestar la cónyuge de la receptora es posterior al uso de las técnicas, no anterior. No obstante, si las clínicas exigieran dicho consentimiento, será necesario hacer saber a las destinatarias que dicho documento no tiene efectos de reconocimiento de la filiación y que, por tanto, deberán acudir a los mecanismos determinados por la Ley al efecto¹⁵⁰.

¹⁴⁹ En este punto, en la medida que el artículo 7.3 LTRHA ya introduce un nuevo fundamento de la filiación diferente al del Código Civil, basado en el consentimiento, se podría plantear la posibilidad de establecer un sistema de presunciones análogo al existente, siempre que no hubiese una paternidad determinada, que presumiese la voluntad de ambas madres de ser consideradas como tal respecto del menor, con la posibilidad de impugnar en caso de falta de consentimiento. Sin embargo, esta presunción resultaría quizás un poco forzada y compleja, ya que no supondría un criterio de determinación adicional al del Código Civil, tal y como está en la LTRHA, sino una modificación de los fundamentos de la determinación del mismo.

¹⁵⁰ BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación...cit.*, pág. 139.

En los casos de doble maternidad, la mujer, casada o no, puede acudir libremente a una clínica para someterse a una fecundación asistida sin necesidad de que medie el consentimiento de su cónyuge y solamente tras haber sido realizada dicha fecundación se precisará el consentimiento de la mujer pero que, lógicamente, ya no será para el uso de la técnicas sino para autorizar la posible inscripción en el Registro Civil del hijo como propio¹⁵¹. No obstante, según la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, las disposiciones legales y reglamentarias del resto del ordenamiento habrían de entenderse en lo sucesivo aplicables con independencia del sexo de sus integrantes, por lo que, *a priori*, podría entenderse que si el matrimonio está formado por dos mujeres, cuando la LTRHA habla del consentimiento necesario del marido, habría que extenderlo también a la mujer¹⁵².

En relación con el varón no casado, vemos que la diferencia principal con la doble maternidad se da en el momento en que debe producirse la manifestación de voluntad de que se determine la filiación a su favor, al margen de la notable e incomprensible ausencia de regulación de la doble maternidad en caso de parejas no casadas¹⁵³. Cuando se hacía referencia al varón no casado (*vid.* II.3. Determinación extrajudicial de la filiación paterna no matrimonial) ya se dijo que, dado que no existían presunciones de paternidad, la filiación debía ser determinada en base a un acto que demostrase la voluntad del sujeto de reconocer al menor o bien de no oponerse al expediente registral. Se trataba, por tanto, de un acto aparentemente voluntario pero que tenía su fundamento en la verdad biológica que, presumiblemente, lo inspiraba y que se daba con posterioridad al nacimiento del propio menor ante el encargado del Registro, así como en testamento o en otro documento público, o bien ante el propio centro médico. En el caso de la doble maternidad, sin embargo, la voluntad manifestada por la cónyuge de la

¹⁵¹ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 740/2013 de 5 diciembre RJ\2013\7566. La STS de 5 de diciembre de 2013 muestra que, a pesar de que el art. 7.3 LTRHA exige el consentimiento únicamente por parte de la cónyuge de la usuaria de las técnicas, es posible que ambas presten el consentimiento para la fecundación, con anterioridad al uso de las mismas, y que éste pueda tener relevancia a efectos de una posterior reclamación (Fundamento de Derecho Primero).

¹⁵² PÉREZ MONGE, M., “Filiación...cit.”, pág. 613. No obstante, a esto de nuevo podemos oponer la ya tan aludida excusa de que el consentimiento del marido es necesario porque respecto de él se activan las presunciones de paternidad, mientras que no es así en el caso de la mujer.

¹⁵³ INIESTA DELGADO, J.J.; “La filiación...cit.”, pág. 805. El autor considera que si las mujeres no estuviesen casadas, para que se pudiera determinar la maternidad sobre ambas, sería necesario que una de ellas adoptase. En cambio, PÉREZ MARTÍN, A.J., *La nueva...cit.*, pág. 45, considera que se aplicaría analógicamente el artículo 7.3 distinguiendo entre la filiación materna biológica y no biológica. En éste último sentido se pronuncia también la STS de 5 de diciembre de 2013, la cual se desarrolla en el apartado siguiente.

receptora únicamente podría ser expresada ante el encargado del Registro¹⁵⁴, y no en el centro médico, en un momento posterior a la utilización de la técnicas pero anterior al nacimiento. En cualquier caso, si el consentimiento se presta con posterioridad al nacimiento, habiendo sido ya determinada una filiación, se impedirá a su esposa asumir la maternidad legal¹⁵⁵.

A pesar de las causas que puedan justificar la diferencia de regulación entre el varón, casado o no, y la mujer de la receptora, no alcanzo a entender la justificación de la diferencia que hay entre la doble maternidad y la fecundación heteróloga con varones. En el caso del marido resulta más clara pues siempre se aplica el juego de las presunciones, independientemente de que pudiese impugnarse por la doble vía de la falta de consentimiento y de verdad biológica¹⁵⁶, pero no encuentro fundamento alguno a la distinción con el varón no casado que asume la paternidad de un hijo fruto de una fecundación heteróloga pues, en este caso, al igual que en doble maternidad, no se articula presunción alguna y el fundamento último no puede ser la verdad biológica¹⁵⁷, sino que sólo existe la voluntad del sujeto de asumir la paternidad del hijo de su pareja. Así pues, ¿por qué parece que la LTRHA permite que el varón “autorice” la fecundación de su pareja mientras que a la mujer de la receptora únicamente le permite solicitar la inscripción de la filiación a su favor una vez practicadas las técnicas? *A priori*, la conclusión que parece desprenderse de la Ley es que mientras que el nacimiento de un hijo en el seno de una pareja heterosexual puede ser resultado de un proyecto de paternidad común, razón por la cual se permite, junto con el reconocimiento posterior, la autorización previa mediante el expediente, en la parejas homosexuales parece una decisión autónoma de una de las partes que, sólo *a posteriori*, permite ser secundada por la pareja, a todas luces conclusión discriminatoria e injustificada a la que no consigo encontrar respuesta. No piensan lo mismo ciertos autores que justifican en todo caso la diferencia con las parejas heterosexuales en la posibilidad de filiación

¹⁵⁴ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 107. En Cataluña está permitido que este consentimiento se extienda en un centro autorizado o en documento público, igual que en el caso del varón no casado.

¹⁵⁵ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 107.

¹⁵⁶ VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 288. A pesar de ello, el autor establece que la maternidad determinada sería claramente matrimonial y no habría habido ningún problema en establecer una presunción similar a la del marido.

¹⁵⁷ Dejando aquí al margen la compleja situación planteada por FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 103, sobre la posible participación genética de ambas madres e, incluso, una tercera mujer, mediante la aportación del óvulo por una de ellas y la gestación del embrión por la otra, aunque, en última instancia, conforme a los criterios ya señalados el título de determinación de la filiación será el parto.

natural que éstas tienen y de la que carecen las homosexuales; sin embargo, la misma justificación no puede mantenerse, según esta doctrina, en el caso de matrimonios de mujeres y uniones no matrimoniales heterosexuales, pues aquí no juegan las presunciones. Así, afirman, “*sólo cabe justificar la opción del legislador en el argumento de la estabilidad matrimonial y en la inexistencia, en Derecho común, de una regla que exija la equiparación entre la situación matrimonial y de uniones de hecho*”¹⁵⁸.

En definitiva, la expresión del consentimiento de la mujer de la gestante supone la máxima expresión de autonomía de voluntad en la determinación de la filiación, pues es absolutamente facultativa, y no responde a una verdad biológica sino que se trata de una manifestación de auténtica voluntad¹⁵⁹.

3. Requisitos, formas y procedimiento de la doble maternidad por naturaleza.

3.1. Manifestación ante el Encargado del Registro Civil.

Para la determinación de la doble maternidad es preciso un doble requisito: el matrimonio de la mujer con la madre, sin separación legal o de hecho¹⁶⁰, y el consentimiento *para* la *determinación* de la filiación del nacido manifestado ante el encargado del Registro Civil antes del nacimiento. Se trata, por tanto, de un consentimiento por parte de la mujer no gestante que manifieste la voluntad de determinación a su favor de la filiación¹⁶¹, pero únicamente ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal¹⁶² y previamente al nacimiento¹⁶³. Este

¹⁵⁸ BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación...cit.*, pág. 138.

¹⁵⁹ BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación...ibíd.*, pág. 139.

¹⁶⁰ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 805. La exigencia de no separación legal o de hecho de las cónyuges se precisa en el momento de prestar el consentimiento, lo cual no impide que cuando vaya a realizarse la inscripción del nacimiento del menor la pareja se encuentre separada. En cambio, CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “La llamada doble maternidad <<por naturaleza>>: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, *Diario La Ley*, Año 35, número 8240, Jueves 30 de enero de 2014, pág. 5, establece que la pareja debe de estar casada en el momento del nacimiento, y no de la prestación del consentimiento.

¹⁶¹ VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 286. VERDERA afirma que se recoge como una facultad que tiene la otra mujer y, por tanto, si no se dice nada, se inscribirá como hijo no matrimonial de la progenitora.

¹⁶² VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...ibíd.”, pág. 286. El autor afirma que la voluntad de la mujer de la receptora deberá ser manifestada ante el Encargado del Registro del domicilio conyugal, lo cual parece justificarse en la medida que no se ha producido todavía el nacimiento y, por tanto, ni siquiera se sabe dónde será.

¹⁶³ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, págs. 111-112 y VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...ibíd.”, pág. 286. Ambos autores consideran que, en este punto, es preciso distinguir entre el consentimiento a las técnicas y el consentimiento a la filiación, de manera que el que debe prestar la esposa únicamente será el consentimiento a la filiación. FARNÓS afirma que éste puede otorgarse antes o después del uso de las técnicas pero, en cualquier caso, antes del nacimiento. No obstante y, a pesar de que el precepto no establece un plazo inicial para prestar ese consentimiento, parece que parte de una situación en la que la mujer ya ha acudido a una clínica a someterse a las técnicas, en la

consentimiento, por tanto, debe ser formal, en los términos establecidos en la Ley, a diferencia del criterio de la determinación respecto del marido que se basará únicamente en las presunciones del Código Civil, sin necesidad de ningún elemento formal. En consecuencia, no podrá ser considerado como consentimiento a estos efectos un documento presentado por la esposa de la usuaria en el centro médico autorizando el empleo de las técnicas, aunque en él se reflejase su voluntad de asumir la filiación¹⁶⁴, a diferencia de lo que ocurre con el varón no casado y la posibilidad de que el documento que pueda presentar ante el centro médico en el que se refleje el consentimiento a la fecundación heteróloga sirva como escrito indubitado a efectos del artículo 49 LRC. La consecuencia inmediata de esta formalidad implica que, de no autorizarse la determinación de la filiación de la forma convenida, debería denegarse la posterior inscripción a favor de la esposa¹⁶⁵.

3.2. Determinación mediante acción de reclamación.

3.2.1. Parejas casadas. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013.

No obstante, la jurisprudencia ha demostrado que, a pesar de no haberse prestado la autorización para la determinación de la filiación en la forma y tiempo establecidos en la Ley, todavía podrá determinarse por otras vías. En concreto, la STS de 5 de diciembre de 2013¹⁶⁶ recoge el caso de un matrimonio de mujeres casadas en 2007 que, tras tener ya una hija nacida en 2005, deciden que una de ellas se someta a una reproducción asistida, de la que nacen dos nuevas niñas. En el Registro Civil aparecen como hijas únicamente de la usuaria, frente a lo cual se interpone un recurso que es denegado. Con posterioridad a la denegación de dicho recurso, el matrimonio se separa y la mujer respecto de la cual no se había determinado la maternidad interpone una

medida que debe afirmar que cuando nazca el hijo de su cónyuge quiere que se determine la filiación a su favor, lo cual hace suponer *a priori* que ya hay un hijo, es decir, que ya se ha sometido a las técnicas y que hasta ya hay un embarazo. En este segundo sentido, BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación...cit.*, pág. 40; DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble...cit.”, pág. 93 e INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 808, afirman que, a pesar de que la letra de la ley abarca un campo de significado tan amplio que no excluye la declaración respecto del *concepturus*, da la impresión de que el precepto se refiere a un hijo ya concebido y de próximo nacimiento.

¹⁶⁴ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, págs. 111-112.

¹⁶⁵ A favor, DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble...cit.”, pág. 84 y FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...ibid.*, pág. 107. En contra, VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 290, que considera que si con posterioridad la madre presentase una reclamación de la filiación, ésta debería aceptarse.

¹⁶⁶ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 740/2013 de 5 diciembre RJ\2013\7566.

acción de reclamación ante el Juzgado de Primera Instancia basándose en la posesión de estado del artículo 131 CC, al amparo del artículo 7.1 LTRHA¹⁶⁷.

Tanto en primera instancia, en apelación como, finalmente, en casación, los Tribunales estiman la reclamación y ordenan la determinación de la filiación a favor de ambas madres. Para ello, tienen en cuenta la situación personal de las dos mujeres que habían decidido contraer matrimonio y formar una familia en un proyecto común de convivencia. Hasta ahí podríamos pensar que es un argumento suficiente para sostener la pretensión y que, por tanto, no tiene mayor trascendencia; sin embargo, lo que considero relevante en este caso es que no se habían cumplido los requisitos establecidos en el artículo 7.3 LTRHA, sino que lo que había ocurrido es que ambas mujeres firmaron un documento en el momento de someterse una de ellas a las técnicas de reproducción asistida en el cual reflejaban su voluntad, pero que en ningún caso se trataba de un documento anterior al nacimiento en el cual la mujer no gestante expresa su voluntad de que se determine legalmente la filiación a su favor de las hijas de su cónyuge una vez que hayan nacido. Sin embargo, el Tribunal Supremo omite cualquier referencia a la ausencia de este concreto consentimiento y al hecho de que la pareja no estuviera casada en el momento de la inseminación y estima suficiente el documento presentado por ambas partes para autorizar el empleo de las técnicas, pues considera que éste es de *“particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como este dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige”*¹⁶⁸.

Para justificar esta decisión, el Tribunal Supremo parte de la nueva redacción que la Ley 13/2005, sobre el derecho a contraer matrimonio, dio al artículo 44 CC, según el cual, *“el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”*, y afirma que esta reforma que supone la equiparación absoluta entre los matrimonios homosexuales y heterosexuales se llevó a cabo *“sin atender a otros aspectos que están en íntima relación con el matrimonio, como es el régimen legal de la filiación, en el que las acciones de impugnación y reclamación estaban pensadas exclusivamente para parejas*

¹⁶⁷ Fundamento de Derecho Primero y Segundo.

¹⁶⁸ Fundamento de Derecho Primero.

heterosexuales”, es por ello que para lograr esa efectiva equiparación y conseguir el respeto máximo al principio de protección integral de los hijos ante la Ley del artículo 39 de la Constitución Española, “*la filiación no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el Encargado del Registro Civil, y no ante la clínica, en el que se prestó, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo*”¹⁶⁹.

De este modo, el Tribunal Supremo soluciona en un solo Fundamento todos los interrogantes que la escasa redacción del artículo 7.3 LTRHA ha ido planteando en la doctrina afirmando, por tanto, que la reclamación es plenamente posible por el artículo 7.1 de la Ley pero, sustituyendo el fundamento de la verdad biológica en la que se basa el Código Civil por el consentimiento, que es la base del artículo 7.3; además, permite la aplicación analógica de este precepto a una pareja de mujeres no casadas y admite que el criterio de determinación no sea únicamente el escrito de autorización de la determinación de la filiación al que se refiere el artículo 7.3, sino un documento de autorización para la práctica de las técnicas por ambas partes, de forma similar a lo recogido en el artículo 8.2 LTRHA en relación con el varón no casado, reforzado por la posesión de estado como causa para otorgar la filiación¹⁷⁰, al establecer que “*la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad*”¹⁷¹.

Cierta doctrina plantea aquí la posibilidad de que el legislador haya querido excluir la vía del reconocimiento por basarse este último precisamente en la verdad biológica, considerando, no obstante, que a efectos prácticos las consecuencias serían las mismas¹⁷². Empero, de acuerdo con el artículo 49 LRC, el reconocimiento puede realizarse en cualquier momento, mientras que la declaración ante el Encargado del Registro únicamente puede realizarse antes del nacimiento, lo cual supone una limitación bastante importante. A pesar de ello, se considera que no deberían de haber

¹⁶⁹ Fundamento de Derecho Tercero, apartado segundo.

¹⁷⁰ Fundamento de Derecho Tercero, apartado quinto.

¹⁷¹ A la vista de esta sentencia, vemos cómo la interpretación del Tribunal Supremo responde a la intuición de lo que sería una regulación más acertada de esta materia, más justa e igualitaria entre las parejas homosexuales y heterosexuales pero que se aleja mucho (por no decir totalmente) del texto de la Ley. Permite, además, cambiar el fundamento de la verdad biológica que inspira el CC al permitir la sustitución de este elemento por el consentimiento del artículo 7.3 en la reclamación por posesión de estado, ya que ésta no es un título de determinación de la filiación sino un medio de prueba que justifica una presunta relación biológica entre padre e hijo. Esta interpretación puede resultar cuestionable en la medida que se acerca bastante a una forma de legislación por parte del Tribunal peligrosa e indeseable.

¹⁷² DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble...cit.”, pág. 86.

obstáculos para admitir de igual forma como título de atribución de la filiación el consentimiento prestado como consecuencia del uso de las técnicas por la cónyuge, tanto por parte de un hombre en fecundación heteróloga o de una mujer, fuera o no su esposa, pues en ambos casos existe necesidad de donante y, por tanto, no habría un fundamento biológico que mantener¹⁷³. Personalmente, comparto esta opinión con la autora pues el fundamento de ambas filiaciones sería el mismo, aunque en la práctica, mientras en relación con el varón ese consentimiento debe ser antes del uso de las técnicas y, aún con posterioridad podría solventarse incluso mediante un reconocimiento de complacencia que, a pesar de poder ser impugnado por faltar a la verdad biológica, podría dar lugar sin problemas ni más obstáculos a la filiación; en el ámbito de la doble maternidad, en cambio, el consentimiento únicamente se puede prestar en un tiempo concreto y determinado, transcurrido el cual no se podrá determinar.

3.2.2. Parejas no casadas. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014.

El Tribunal Supremo ha resuelto, no obstante, la cuestión relativa a las parejas no casadas de dos mujeres en su cuestionada Sentencia de 15 de enero de 2014¹⁷⁴. En dicha sentencia se plantea el caso de una pareja de mujeres no casadas que rompen su relación tras diez años, reclamando una de ellas la maternidad del hijo nacido durante su convivencia, basándose en la posesión de estado con el menor hasta el momento de su ruptura y argumentando que se produce una discriminación entre la filiación de los hijos nacidos dentro de matrimonios y parejas no casadas.

El Tribunal parte de la sentencia dictada en diciembre de 2013 y reconoce la filiación respecto de la ex pareja de la madre basándose en la remisión que el artículo 7.1 LTRHA hace a la normativa civil que, en este caso, *“no se circunscribe a la posible aplicación del artículo 7.3 de la normativa (...) sino que debe referenciarse, con mayor amplitud, en los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación”*, tales como la igualdad, la no discriminación, la protección de la familia, la dignidad y desarrollo de la personalidad de la persona y, sobre todo, el interés superior del menor¹⁷⁵. Es por esto por lo que considera que es posible el reconocimiento de la filiación para la segunda madre por el mismo motivo por el cual basaba su decisión en la sentencia de diciembre de 2013, esto es, porque *“los consentimientos prestados integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el*

¹⁷³ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble...cit.”, pág. 87.

¹⁷⁴ España. Tribunal Supremo (Sala de los Civil) Sentencia núm. 836/2013 de 15 de enero. JUR\2014\67462.

¹⁷⁵ Fundamento de Derecho Segundo.

plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación”¹⁷⁶. Considera de este modo el Tribunal que la protección del menor y de la familia, defendida asimismo por Convenios internacionales, “*alcanza sin distinción a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto en sí mismo considerado*”¹⁷⁷.

Sin embargo, pese a que la opinión mayoritaria abogaba por esta solución, la cuestión no estuvo exenta de polémica ya que se formuló un voto particular por parte de tres Magistrados, disconformes con la opinión mayoritaria. Esta parte del Tribunal considera que no hay argumentos suficientes que sustenten el valor concedido a la posesión de estado. Para ello razonan que no existe similitud entre este caso y el analizado en la Sentencia de 5 de diciembre de 2013¹⁷⁸, por cuanto en esta última la posesión de estado no era más que un refuerzo al consentimiento efectivamente prestado por la pareja, así como los hechos que acreditan su convivencia y los intentos por inscribir a las niñas como hijas de ambas madres; mientras que en el caso que ahora analizamos no existe un efectivo consentimiento de la pareja ni matrimonio entre ellas, sino que toman la posesión de estado como fundamento de la filiación, basándose en hechos de menor trascendencia como el deseo de ambas de que el hijo llevase como segundo nombre el apellido de la pareja de la madre o que ésta conviviese con el menor los tres primeros años de su vida, sin apreciar siquiera la importante circunstancia de malos tratos con orden de alejamiento. Así, consideran que “*la posesión de estado no tiene, propiamente, eficacia acreditativa de la filiación, sino que constituye un medio de prueba de carácter presuntivo o indirecto, en cuanto ofrece una sólida base de hecho para apreciar la existencia de la relación biológica que constituye el objeto de las acciones judiciales de reclamación de la filiación*”¹⁷⁹.

La consecuencia de la declaración en forma y tiempo será la determinación de la filiación matrimonial del hijo de la receptora respecto de la mujer de ésta.

4. Impugnación y revocación.

La escasa extensión del precepto y la falta de referencia a la doble maternidad tanto en la LTRHA como en el Código Civil no permiten determinar con claridad si el

¹⁷⁶ Fundamento de Derecho Segundo.

¹⁷⁷ Fundamento de Derecho Tercero.

¹⁷⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 740/2013 de 5 diciembre RJ\2013\7566.

¹⁷⁹ Fundamento de Derecho 8º del voto particular.

legislador ha querido o no abrir la posibilidad de la revocación del consentimiento prestado o de la impugnación de la filiación determinada.

No obstante, casi por primera vez en materia de reproducción asistida la opinión doctrinal es bastante uniforme al respecto y afirma la imposibilidad tanto de revocar el consentimiento prestado como de impugnar la filiación determinada. Respecto de la primera cuestión, la revocación, parece que, siguiendo la misma línea del artículo 3.5 LTRHA en relación con la usuaria de las técnicas, el consentimiento manifestado por la cónyuge de la receptora referido al hijo que nacerá de un concreto ciclo reproductivo, tendrá como límite la duración del propio embarazo, de manera que resulta irrevocable respecto del hijo sobre el cual se manifestó. Es decir, aunque medie separación de la pareja posterior a la prestación del consentimiento, mientras se trate del mismo ciclo reproductivo no podrá darse la revocación del consentimiento pero, una vez finalizado éste y respecto de otro ciclo diferente, sí deberá aceptarse la revocación¹⁸⁰. En contra de esta opinión, otro sector doctrinal considera que el consentimiento prestado por la mujer de la receptora tiene los mismos efectos que el prestado por el marido en el ámbito de la fecundación heteróloga y, por tanto, será irrevocable¹⁸¹.

En cuanto a la impugnación del consentimiento prestado, a diferencia de la impugnación en los casos de filiación de parejas heterosexuales donde, aunque de forma discutida, parece que quedaría a salvo la posibilidad de impugnar basándose en la falta de realidad biológica (*vid.* II. Determinación de la filiación), en el ámbito de la doble maternidad nunca podría prosperar tal impugnación puesto que el fundamento de la filiación es la voluntad, y no el elemento biológico¹⁸². Así pues, la mayoría de la doctrina afirma rotundamente la imposibilidad de impugnar basándose en una aplicación analógica del artículo 8.1 LTRHA, que recoge la imposibilidad de impugnación en materia de fecundación heteróloga por pareja casada. Esta equiparación se debe a que en ambos casos existe una clara identidad de razón, pues se trata de filiaciones alejadas de cualquier realidad biológica que únicamente se determinan con fundamento en una voluntad manifiesta por parte de la pareja de la receptora,

¹⁸⁰ BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación...cit.*, pág. 140 y DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble...cit.”, pág. 95. DÍAZ señala que, no prevista registralmente la caducidad del consentimiento ni recogida la revocación del mismo, podría determinarse la filiación respecto de ambas madres si la autorización por parte de la no gestante se encontrase en el Registro, de manera que obligaría a presentar una acción de impugnación que, en palabras de la autora, sería de dudosa suerte.

¹⁸¹ FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 107 y SERNA MEROÑO, E., “Artículo 6. Usuarios...cit.”, pág. 208.

¹⁸² INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 812.

independientemente de que el título de determinación sea diferente¹⁸³. Frente a esta opinión, existe otro sector de la doctrina que, a pesar de aceptar en líneas generales la inimpugnabilidad de la filiación así determinada, discrepa en el fundamento de la misma e introduce algunas matizaciones. En primer lugar, dice que, independientemente del consentimiento prestado, siempre quedará a salvo la posibilidad de impugnar como consecuencia de vicios del consentimiento, como el error en la forma de fecundación conforme al artículo 141 CC¹⁸⁴. En segundo lugar, afirma que el fundamento de la imposibilidad de impugnar no podría ser, en ningún caso, la aplicación analógica del artículo 8.1 LTRHA, en la medida que ni el consentimiento prestado por la cónyuge para la fecundación es relevante en materia de doble maternidad, pues lo que debe consentir es la determinación de la filiación a su favor, y no la fecundación, ni el consentimiento prestado por la receptora podría dar lugar a la impugnación, pues si hubiese habido asunción de filiación conforme al artículo 7.3, la impugnación no prosperaría, pero si no la hubiese habido, el consentimiento a la fecundación, de nuevo, no es relevante en estos casos¹⁸⁵.

Llama la atención la escasa importancia que reviste la voluntad de la madre progenitora sobre la determinación de la filiación de sus hijos pues, a diferencia de lo que ocurre respecto del marido o del varón no casado, una vez que la cónyuge ha prestado su consentimiento a la determinación de la filiación válidamente, ésta no podrá ser impugnada, en la medida que el fundamento y criterio de determinación es precisamente esa voluntad¹⁸⁶. Junto con la imposibilidad de impugnar de las madres, la doctrina considera que tampoco debería permitirse la impugnación por parte del hijo, ya que la posibilidad que establece el artículo 140 CC tiene como fundamento la verdad

¹⁸³ En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble...cit.”, pág. 88; FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento...cit.*, pág. 110 y VERDERA SERVER, R., “Artículos 7 y 8. Filiación...cit.”, pág. 290.

¹⁸⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble...ibíd.”, pág. 88 e INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 812.

¹⁸⁵ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibíd.”, pág. 812.

¹⁸⁶ INIESTA DELGADO, J.J.; “La filiación...ibíd.”, pág. 812 y 813. El autor señala que, en los casos de presunción de paternidad matrimonial, la madre siempre podrá impugnar la filiación basándose en la falta de verdad biológica, que constituye el fundamento último de la determinación; en el caso del varón no casado, la Ley permite a la madre la oposición al reconocimiento instado por el varón, así como precisa el consentimiento de ambos para que el consentimiento prestado para una fecundación heteróloga tenga efectos de inimpugnabilidad.

El autor afirma que la práctica registral está intentando solucionar esta situación mediante la exigencia de un certificado médico en el que se refleje el consentimiento de ambas mujeres a la práctica y la presentación del mismo por parte de las dos.

biológica, mientras que en materia de doble maternidad, al igual que en el caso de fecundación heteróloga, ésta no podría sustentarse¹⁸⁷.

VI. FECUNDACIÓN POST MORTEM.

1. Introducción y ámbito de aplicación.

Tanto la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida como la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su artículo 9, regulan la fecundación *post mortem* como aquella técnica realizada o bien con gametos del varón tras su muerte o bien mediante la transferencia de embriones preexistentes con posterioridad a su fallecimiento¹⁸⁸.

La inclusión de esta técnica ha generado bastantes discrepancias entre la doctrina nacional e internacional, llegando incluso a ser prohibida en países como Francia o Italia¹⁸⁹, ya que posibilita el nacimiento de un niño sin padre, contraviniendo, aparentemente, el principio de protección integral de la familia y de interés superior del menor que defiende el artículo 39 CE y distorsionando las finalidades terapéuticas de las técnicas de reproducción asistida que pretenden facilitar la procreación de quienes no pueden conseguirlo de forma natural. Asimismo, se ha considerado que este tipo de prácticas anteponen el derecho o el deseo de la mujer a ser madre al propio interés del menor, sin que sea posible compararlo con la paternidad póstuma procedente de una concepción por medios naturales¹⁹⁰, en la medida que ésta se produjo en vida del varón y, sobrevenidamente, se produjo su muerte.

Frente a estas opiniones, los defensores de la figura de la fecundación *post mortem* establecen que la finalidad terapéutica de las técnicas se ha visto superada hace tiempo, pues no es un requisito *sine qua non* para acudir a ellas la infertilidad de alguno de sus usuarios. Así pues, la principal crítica la constituye la desprotección del hijo pero, tal y como se ha afirmado, ésta no se da por el número de padres sino por la falta de un entorno adecuado, lo cual no puede ser garantizado ni siquiera mediante la fecundación natural¹⁹¹. Además, el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que la

¹⁸⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble...cit.”, pág. 91.

¹⁸⁸ PÉREZ MONGE, M., “Filiación...cit.”, pág. 600.

¹⁸⁹ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 837.

¹⁹⁰ LLEDÓ YAGÜE, F., “Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, en DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Régimen jurídico –privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson, pág. 156.

¹⁹¹ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 837.

Constitución no protege únicamente un modelo de familia bilateral y matrimonial, por lo que no resulta violado el artículo 39.3 CE¹⁹².

No obstante, el criterio general de la Ley es la no determinación de la filiación entre el hijo nacido por la aplicación de estas técnicas y el marido fallecido de la usuaria, a menos que el material reproductor del primero se encontrase ya en el útero de la mujer en el momento del fallecimiento de aquel¹⁹³. Sin embargo, la Ley excepciona este principio en los apartados segundo y tercero del precepto tanto en relación con el marido como con el varón no casado. Respecto del primero, establece que siempre que el marido preste su consentimiento en documento sanitario del artículo 6.3 LTRHA, escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas autorizando su uso en los doce meses siguientes a su fallecimiento, podrá determinarse la filiación matrimonial; en cuanto al varón no casado, podrá emitir su consentimiento en los mismos términos y servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 LRC. Cierta doctrina ha considerado que, respecto del marido, se introduce aquí un nuevo sistema de determinación de la filiación, en la medida que se establecería aunque el nacimiento se produjese pasados trescientos días desde el fallecimiento del marido, por lo que la filiación no se determinaría conforme a las presunciones sino que se basaría en el consentimiento otorgado por el difunto. El fundamento, no obstante, seguiría siendo la coincidencia genética por lo que si se probase la inexistencia de ésta, la paternidad decaería¹⁹⁴.

Cabe plantearse a continuación si sería posible la figura de la fecundación heteróloga *post mortem*. Frente a las opiniones que entienden que, atendiendo a la finalidad de la fecundación como culminación de un proyecto parental, lo más lógico sería admitir la posibilidad de una fecundación heteróloga, la mayor parte de la doctrina considera que no puede aceptarse en la medida que la propia Ley habla de material reproductor del marido o varón no casado¹⁹⁵. A pesar de ello, algunos autores creen que la situación debería resolverse conforme a los criterios generales de determinación de la filiación del Código Civil aplicando el sistema de presunciones¹⁹⁶. Sí se acepta, en

¹⁹² INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 838.

¹⁹³ Artículo 9.1 LTRHA.

¹⁹⁴ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 840.

¹⁹⁵ BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción...cit.”, pág. 31; FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...cit.”, pág. 322 e INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibíd.”, pág. 841 y 842.

¹⁹⁶ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibíd.”, pág. 843. De este modo, si el hijo naciera dentro de los 300 días posteriores al fallecimiento del marido, sería determinado como hijo suyo, mientras que si naciese más tarde, la determinación quedaría sin fijar.

cambio, la aplicación de la fecundación *post mortem*, inevitablemente heteróloga, en los casos de doble maternidad. Así, si la cónyuge de la usuaria falleciera tras prestar el consentimiento al que se refiere el artículo 7.3 LTRHA, se determinaría su maternidad junto con la de la madre biológica¹⁹⁷.

Finalmente, no puede aceptarse la fecundación *post mortem* respecto de la mujer en la medida que implicaría la implantación de un preembrión en el útero de otra mujer y, por tanto, la filiación quedaría determinada a favor de la madre gestante a causa del parto¹⁹⁸.

2. Requisitos de la fecundación *post mortem*.

2.1. Consentimiento para la fecundación *post mortem*.

En primer lugar, el artículo 9.2 establece que el único medio para determinar la filiación del hijo póstumo es mediante el *consentimiento*¹⁹⁹ del marido o varón no casado. Este consentimiento debe ser personalísimo, sin que pueda ser prestado por representante legal o voluntario²⁰⁰ del marido o varón no casado, y respecto de una mujer determinada²⁰¹. Junto con el consentimiento del varón, la mujer debe prestar el consentimiento general para la aplicación de las técnicas. Asimismo, debe tratarse de un consentimiento expreso y específico para la fecundación *post mortem*, aunque el artículo 9.2.II presume el consentimiento en los casos en los que la mujer hubiese estado sometida con anterioridad al fallecimiento a un proceso de reproducción asistida con preembriones constituidos²⁰², ante lo cual parte de la doctrina propone su aplicación analógica al semen conservado²⁰³.

¹⁹⁷ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 844.

¹⁹⁸ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibid.”, pág. 843.

¹⁹⁹ Se ha discutido sobre si sería más correcto hablar de autorización, en lugar de consentimiento, ya que no se da un concurso de voluntades sino la posibilidad de autorizar la utilización del semen propio con posterioridad a su fallecimiento; no obstante, en la medida que también ha de concurrir el consentimiento de la mujer para la práctica de las técnicas, se suele emplear el término consentimiento (FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...cit.”, pág. 327 327).

²⁰⁰ En ocasiones la doctrina se ha planteado la posibilidad de que pueda ser aceptado el consentimiento prestado por una representante voluntario establecido al efecto por el hombre en caso de que él mismo no pudiese consentir (FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Premoriencia...ibid.”, pág. 327 e INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación ...cit.”, pág. 847).

²⁰¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...ibid.”, pág. 328; INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...ibid.”, pág. 847 y RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Reproducción Artificial Post Mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 61 y 62). RODRÍGUEZ GUITIÁN afirma que, en caso de varón no casado, la concreción de la mujer a la que se concede su consentimiento debe quedar determinada sin dudas.

²⁰² Sin embargo, a este precepto se ha contraargumentado que no puede aceptarse simplemente como consentimiento tácito el hecho de haber procedido a crioconservar sus gametos, ya que la autorización en vida no implica una autorización *post mortem* (FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...cit.”, pág. 331 y RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Reproducción...cit.*”, pág. 62 y 63).

Es evidente que de su carácter de personalísimo se desprende la necesidad de que sea prestado por el marido o varón antes de morir; sin embargo, se ha llegado a plantear si podría aplicarse analógicamente a un caso en el que el hombre se encontrase gravemente enfermo. Sobre esta materia se pronunció de forma bastante clara el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 13 de mayo de 2003²⁰⁴. En este caso se trataba de una mujer que solicitaba ser fecundada por el material genético de su esposo que se encontraba en estado de coma irreversible desde hacía más de 10 años. El Juzgado se pronunció absolutamente en contra de la posibilidad de suplir la voluntad de un hombre incapacitado, ya que consideraba que *“la suplencia judicial de la voluntad de un incapaz en aquellos supuestos que, por su naturaleza o entidad, excedan del ámbito competencial propio de los tutores no puede en ningún caso extenderse a la realización de un acto de carácter tan personalísimo como es la decisión de tener un hijo”*; consideraba además que ésta era una decisión absolutamente discrecional y subjetiva y, por tanto, alejada de cualquier finalidad que caracterizase a las instituciones tutelares. Suponía, asimismo, *“la creación a cargo de éste –del marido- de una situación jurídica, la de paternidad, que no sólo implica per se y en cuanto tal ningún provecho ni mejora para el que la asume, sino que, antes al contrario, genera unas cargas y responsabilidades de tal magnitud y trascendencia que, desde luego, sólo en virtud del personal consentimiento o actuación del afectado, y nunca por otra vía sustitutoria, puede admitirse la constitución de la paternidad”*²⁰⁵.

Así pues, si bien el Juzgado imposibilita el acceso a la reproducción asistida por vía del artículo 9, seguidamente faculta a la mujer para que pueda someterse a las técnicas mediante una fecundación heteróloga, asimilando la situación de coma irreversible del marido a la separación de hecho contemplada en el artículo 6.3 LTRHA, *“ya que este precepto no pretende otra cosa que evitar la determinación legal de paternidades matrimoniales subrepticamente constituidas a través del uso, a espaldas del marido, de las técnicas de reproducción asistida, de ahí que la necesidad del*

FERNÁNDEZ CAMPOS plantea que quizás lo que el legislador ha pretendido ha sido proteger al embrión como forma de vida o facilitar a la viuda la posibilidad de acceder a las técnicas ante la falta de una negativa expresa, lo cual resulta bastante dudoso en aquellos casos en los que el marido, todavía vivo, podría haberlo autorizado y no lo hizo. INIESTA, en cambio, cree que no puede hablarse de fecundación *post mortem* en este caso, ya que la fecundación se ha producido con anterioridad (INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 847).

²⁰³ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...cit.”, pág. 331.

²⁰⁴ España. Juzgado de Primera Instancia d Valencia. Auto de 13 de mayo de 2003. AC\2003\1887.

²⁰⁵ Fundamento Jurídico Segundo del Auto del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 13 de mayo de 2003.

consentimiento marital resulte eliminada para los casos en que, por no haber convivencia conyugal, no pueda generarse duda alguna sobre la eventual paternidad del esposo, y correlativamente, que esa misma falta de necesidad del consentimiento es aplicable al supuesto de autos, en el que, evidentemente, el hijo que pueda tener la promovente no podrá nunca serlo también de su esposo, al encontrarse el mismo en estado de coma vigil irreversible desde hace más de once años”²⁰⁶.

2.2. Plazos para la fecundación post mortem.

En segundo lugar, dicho consentimiento deberá prestarse para la fecundación en un plazo de doce meses siguientes al fallecimiento. Pese a que esta norma supone una considerable ampliación de tiempo respecto de la legislación anterior, que concedía únicamente seis meses, diversos autores se han atrevido a proponer modificaciones en el mismo como consecuencia del necesario período de recuperación emocional que razonablemente necesitará la viuda, y por el cual no es aconsejable adoptar decisiones poco meditadas. Por este motivo, la doctrina considera que el período de un año podría ser ampliado judicialmente en los casos en los que mediara justa causa²⁰⁷ e, incluso, proponen que la solicitud de las técnicas por parte de la viuda pueda realizarse en un plazo de entre uno y seis meses tras la muerte del marido o varón no casado, aunque la fecundación se produzca más tarde, concretamente, aconseja que se realice entre doce y dieciocho meses desde la solicitud²⁰⁸.

El principal fundamento defendido por la doctrina para el establecimiento de este plazo, es la necesidad de otorgar protección y seguridad a los derechos sucesorios de otros herederos, de manera que puedan conocer si presumiblemente concurrirá un nuevo interesado a la herencia²⁰⁹; junto con esta finalidad, la doctrina entiende que se pretende proteger también el denominado salto generacional, es decir, la gestación de un niño con material genético procedente de una persona que vivió varias generaciones antes, así como el aseguramiento de que la viuda adopta una decisión meditada²¹⁰.

Del plazo de tiempo derivan esencialmente dos problemas. En primer lugar, la Ley no concreta el número de inseminaciones que podrán llevarse a cabo durante ese

²⁰⁶ Fundamento Jurídico Cuarto del Auto del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 13 de mayo de 2003.

²⁰⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...cit.”, pág. 338 y RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Reproducción...cit.*, pág. 78 y 79. FERNÁNDEZ CAMPOS propone que se concedan nueve meses, con prórroga de tres más, si mediara causa justa.

²⁰⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...ibíd.”, pág. 338.

²⁰⁹ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 849; PÉREZ MONGE, M., “Filiación...cit.”, pág. 603 y RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Reproducción...cit.*, pág. 76-79.

²¹⁰ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Reproducción...ibíd.*, pág. 76-79.

plazo de tiempo. La única referencia al respecto se plantea en la legislación catalana, artículo 235 del Código Civil Catalán, que determina que podrán realizarse varias inseminaciones pero únicamente una con embarazo. Cierta doctrina opina que puede haber más de un embarazo, pero solo un nacimiento, aunque éste sea múltiple²¹¹. En segundo lugar, se plantea el problema de una eventual doble paternidad en el caso de que la mujer volviese a contraer matrimonio en el plazo de un año. Esta posibilidad tampoco viene recogida en la Ley, pero sí en el artículo 235.5 del Código Catalán, cuya aplicación propugna parte de la doctrina²¹². La respuesta de este texto legal es la determinación de la paternidad a favor del segundo marido, en virtud de las presunciones de paternidad, pero conservando la posibilidad de impugnar ésta y reclamar la paternidad a favor del difunto²¹³.

2.3. Forma del consentimiento post mortem.

La Ley de 1988 requería como forma *ad solemnitatem*²¹⁴ para la prestación del consentimiento para la fecundación *post mortem*, escritura pública²¹⁵ o testamento. La actual legislación, a las formas ya descritas añade el documento de consentimiento ante el centro sanitario del artículo 6.3 LTRHA²¹⁶ y el documento de instrucciones previas al que se refiere el artículo 11 de la Ley 41/2002²¹⁷.

²¹¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...cit.”, pág. 339 y 340.

²¹² INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 849.

²¹³ Para evitar confusiones, FERNÁNDEZ CAMPOS propone que se realice una prueba de paternidad (FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...cit.”, pág. 326 326).

²¹⁴ INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación derivada...cit.”, pág. 848. En este sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2010 (España. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) Auto núm. 160/2010 de 2 junio AC\2010\1755) rechazó como consentimiento para la fecundación *post mortem* una carta que el difunto había dejado, mecanografiada y firmada por él mismo, junto con las firmas de su madre y su hermana en calidad de testigos, por considerar que no podía encontrarse dentro de ninguno de los documentos del artículo 9. En el mismo sentido se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de mayo de 2011 (España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) Auto núm. 110/2011 de 17 mayo. AC\2011\1256) en el cual el Tribunal estipula que el consentimiento que la Ley exige por parte del varón no puede ser suplido mediante pruebas testificales que garanticen la voluntad del fallecido favorable a la fecundación.

²¹⁵ La forma de escritura pública ha sido bastante defendida por parte de la doctrina pues otorga mayor seguridad al aportar la presencia de un notario, identifica claramente a los sujetos, así como la capacidad del otorgante, y se presume su autenticidad, veracidad, legitimidad y legalidad (RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.; *Reproducción...cit.*, pág. 65).

²¹⁶ Este documento en la práctica se aporta como un anexo al consentimiento que debe prestar el marido para la realización de las técnicas (*vid.* <http://nuevo.sefertilidad.com/index.php>.) (PÉREZ MONGE, M., “Filiación...cit.”, pág. 601).

²¹⁷ Artículo 11.1 de la Ley 41/2002. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además,

En los casos de consentimiento prestado a través de testamento, cierta doctrina defiende la posibilidad de que pueda otorgarse en cualquier tipo de testamento ya que la Ley no especifica y, analógicamente, el artículo 120 CC permite cualquiera, pues lo que se pretende es facilitar la determinación de la paternidad²¹⁸. Asimismo, se plantea la edad que debe tener el varón para otorgar el consentimiento mediante testamento. La doctrina opina que, a pesar de que el ordenamiento permite otorgar testamento a partir de los catorce años, a excepción del ológrafo que precisa de dieciocho años²¹⁹, el consentimiento únicamente podrá ser otorgado por quien tenga más de dieciocho años, en la medida que ésta es la edad que dispone el artículo 6.1 LTRHA²²⁰.

En el caso del documento prestado ante el centro sanitario autorizando el consentimiento, la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de interpretar esta posibilidad concretando que la simple autorización del marido para el tratamiento de la mujer, por sí mismo, no puede constituir una autorización para una fecundación *post mortem*, pues esto llevaría a la “*absurda conclusión de que, dado que todas las mujeres casadas que inician el tratamiento han de ser autorizadas por su marido, éste consentiría siempre el uso de su material genético después de su muerte*”²²¹. De este modo, se consideró en esta ocasión que el artículo 9 es bastante claro al manifestar que se precisa una autorización expresa por parte del marido, con lo que interpreta que el documento del artículo 6.3 no es en sí mismo un consentimiento sino un instrumento en el cual se puede *incorporar* esa autorización expresa a la que hace referencia la Ley.

En cuanto a las instrucciones previas, éstas podrán ser utilizadas para autorizar tanto el uso del espermia criopreservado como la extracción del mismo tras su muerte. Para mayor seguridad, cierta doctrina opina que debería prestarse ante notario o testigos mayores de edad y con plena capacidad²²².

2.4. Incumplimiento de los requisitos y revocación del consentimiento.

La principal consecuencia que se aparece al incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 9 LTRHA es la no determinación de la filiación, que ha resultado bastante controvertida porque se afirma que supone una sanción para el

un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

²¹⁸ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Reproducción...cit.*, pág. 66.

²¹⁹ Artículos 663 y 688 CC.

²²⁰ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Reproducción...cit.*, pág. 67 y ss.

²²¹ España. Juzgado de Primera Instancia de Valladolid. Auto de 12 diciembre 2007 AC\2011\553. (Fundamento Jurídico Segundo).

²²² RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Reproducción...cit.*, pág. 71.

nacido, por lo que se propone buscar elementos que permitan deducir el consentimiento del varón²²³.

El artículo 9.2 LTRHA recoge expresamente la posibilidad de revocar el consentimiento antes de la realización de las técnicas. Sin embargo, es discutido doctrinalmente si dicha revocación debe llevarse a cabo en las mismas formas que se prestó el consentimiento o si, por el contrario cabría una revocación tácita derivada de un cambio de circunstancias en la pareja, como una crisis matrimonial. Hay autores que consideran que únicamente podría establecerse esta presunción en caso de muerte repentina tras la situación de crisis, pero no podría entenderse tácitamente revocado en caso de haber tenido tiempo suficiente como para expresar dicha revocación tras la crisis y antes del fallecimiento y no lo hubiese hecho²²⁴.

La doctrina mayoritaria señala que la revocación podrá realizarse en documento privado, siempre y cuando cumpla los requisitos dispuestos en el precepto para el consentimiento, a pesar de que el consentimiento se haya prestado en documento público, debido a la excepcionalidad de la fórmula²²⁵. Si el consentimiento se otorgó en testamento, la revocación debe ser expresa para el consentimiento de la fecundación *post mortem* o general para todo el testamento, pues si la revocación fuera tácita habría que valorar si ambos testamentos son compatibles, no procedimiento en ningún caso la irrevocabilidad del mismo²²⁶.

3. Efectos de la fecundación *post mortem*.

El efecto fundamental que deriva de la fecundación *post mortem*, tal y como se desprende del apartado primero del artículo 9 LTRHA, es la determinación de la filiación del nacido mediante la utilización de las técnicas a favor del difunto. En cierta forma se ha manifestado que esta filiación contradice el artículo 7.2 LTRHA que establece que la inscripción en el Registro Civil del nacimiento en ningún caso reflejará los datos de los que se pueda inferir el origen de la generación, por cuanto debe reflejar las fechas de fallecimiento del padre y nacimiento del hijo de las cuales podría deducirse que el momento de la gestación fue posterior a la muerte del padre²²⁷.

²²³ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...cit.”, pág. 350.

²²⁴ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...ibíd.”, pág. 333 y 334 e INIESTA DELGADO, J.J., “La filiación...cit.”, pág. 848.

²²⁵ PÉREZ MONGE, M., “Filiación...cit.”, pág. 278. La autora señala que, para mayor seguridad, debe incluirse una nota de revocación en el documento sanitario.

²²⁶ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...cit.”, pág. 333 y 334 y RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Reproducción...cit.*, pág. 69.

²²⁷ PÉREZ MONGE, M., “Filiación...cit.”, pág. 600.

En principio, si quien ha prestado su material genético para la fecundación ha sido el marido de la usuaria, la filiación será matrimonial, como afirma el artículo 9.2 LTRHA; sin embargo, la doctrina se ha pronunciado en contra de esta afirmación por cuanto consideran que, una vez fallecido el varón, el matrimonio queda disuelto, por lo que estiman que sería más recomendable alargar los efectos del artículo 118 CC, según el cual podrá determinarse la filiación matrimonial si concurriera el consentimiento de ambos progenitores a pesar de la separación legal o de hecho de los mismos²²⁸. Si, por el contrario, el material genético procedía de un varón no casado, el consentimiento prestado en virtud del artículo 9.3 LTRHA supone el primer paso para instar el expediente al que se refiere el artículo 49 LRC destinado a determinar la filiación no matrimonial²²⁹.

VII. CONCLUSIONES.

La regulación en materia de reproducción asistida es todavía bastante joven en el ámbito del Derecho. A diferencia de otras figuras jurídicas que llevan siglos en nuestro ordenamiento, los nuevos problemas planteados por los avances de las tecnologías y por la evolución de las sociedades, no sólo a nivel científico sino también social o cultural, deben implantarse paulatinamente y corregirse a medida que los fallos en su aplicación van siendo manifiestos.

Las principales conclusiones que podría extraer de este trabajo parten de la clara distinción en materia de filiación que existe entre los conceptos clásicos del Código Civil y las nuevas realidades que plantea la Ley de Reproducción Humana Asistida, a pesar de los esfuerzos por el legislador de engarzar ambos sistemas. El Código Civil partía en 1889 de un modelo tradicional de familia que se ha ido actualizando, fundado en torno a la figura del matrimonio entre un hombre y una mujer y la descendencia que naciera como consecuencia de las relaciones sexuales mantenidas entre ambos. Con la evolución de los tiempos, el legislador ha querido actualizar este sistema siendo consciente que el modelo de familia que hoy se defiende es bastante más amplio,

²²⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...cit.”, pág. 345 y PÉREZ MONGE, M., “Filiación...ibid.”, pág. 604.

²²⁹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Artículo 9. Premoriencia...ibid.”, pág. 348. PÉREZ MONGE, M., “Filiación...ibid.”, pág. 605, propone que el consentimiento prestado sea considerado como reconocimiento de la paternidad de los artículos 120 y ss CC y 49 LRC.

comprendiendo no sólo familias monoparentales, sino también matrimonios homosexuales y, las escasamente reguladas, relaciones de análoga afectividad a la conyugal, para lo cual la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida completa la regulación del Código Civil en todos aquellos aspectos que éste no contempla.

En primer lugar, es preciso destacar la importante diferencia de criterios que sostienen el Código Civil y la LTRHA. El primero de ellos sostiene que el fundamento de determinación de la filiación es la relación biológica entre dos personas; en cambio, la Ley de Reproducción Humana Asistida posibilita una nueva forma de filiación basada en la prestación del consentimiento por parte de los usuarios de las técnicas. Así, aunque en muchas ocasiones ambos sistemas coinciden en su fundamento como consecuencia de la relación biológica entre un padre y un hijo, existen numerosos casos en los cuales esta coincidencia es imposible. Como consecuencia de esta situación, encontramos realidades que casan mal dentro del sistema del Código Civil y cuya inclusión resulta a veces forzada, como ocurre en el caso de la fecundación *post mortem*, o bien que directamente no pueden ser ajustadas en dicho sistema y obligan a admitir la posibilidad de que existan formas de filiación diferentes a las que el Código Civil lleva siglos defendiendo, como ocurre en la doble maternidad por naturaleza. No obstante, el estudio de ambos sistemas muestra que, en aquellos casos en los cuales debe preponderar uno de los dos elementos, generalmente la doctrina suele defender el principio de verdad biológica sobre el consentimiento, salvo en los casos que únicamente están regulados en la LTRHA.

En segundo lugar, en relación con la determinación de la filiación se puede afirmar que, si bien la determinación de la maternidad no presenta dudas por cuanto ésta siempre debe ser determinada conforme al parto, la determinación de la paternidad, ya sea matrimonial o no matrimonial, puede plantear mayores interrogantes. No obstante, se puede concluir que los sistemas de determinación son siempre los establecidos en el Código Civil y, por tanto, aquella quedará determinada conforme a las presunciones de paternidad de los artículos 116 y siguientes del Código Civil, en caso de filiación matrimonial, y conforme al reconocimiento o expediente registral de los artículos 120 y siguientes del mismo texto legal en caso de ser no matrimonial. En este segundo caso, la ausencia de presunciones implicaría que la filiación paterna quedaría indeterminada si el varón no reconoce o se opone al expediente. De este modo, como ya se ha expuesto, dado que el principio inspirador del Código Civil es la verdad biológica, los posibles problemas que pudieran surgir como consecuencia de la ausencia del consentimiento no

implicarán la falta de determinación de la filiación siempre y cuando mediara coincidencia biológica.

Siguiendo esta línea argumental, la impugnación de la filiación paterna ya determinada dependerá del tipo de fecundación que se hubiera realizado, mientras que la materna únicamente podrá ser impugnada en caso de suposición del parto, en caso de filiación paterna, la doctrina ha intentado conciliar el espíritu de la LTRHA con el Código Civil y ha determinado que, no mediando el consentimiento del marido o estando éste viciado, la filiación podrá ser impugnada, aunque un sector de la doctrina cuestiona la impugnación cuando se trata de fecundación homóloga matrimonial no consentida en base al principio inspirador de la filiación en el Código Civil. En cambio, tratándose de varón no casado, la opinión doctrinal se encuentra bastante dividida, aunque la mayoría considera que siempre y cuando no haya coincidencia genética o mediando vicios en el consentimiento, la impugnación será posible.

En tercer lugar, en materia de revocación, la doctrina es bastante clara. A la luz de los artículos 3.5 y 11.6 LTRHA, cualquiera de los sujetos intervinientes en las técnicas podrá revocar su consentimiento en cualquier momento antes de que dichas técnicas hayan sido aplicadas, es decir, antes de que el material reproductor masculino o los preembriones previamente formados se introduzcan en el útero de la mujer.

La cuarta conclusión que podría derivarse de este estudio es el claro sistema de determinación que se predica de la doble maternidad por naturaleza. La LTRHA regula un nuevo criterio de determinación irrevocable e inimpugnable basado íntegramente en la voluntad de las cónyuges, manifestado en el consentimiento ante el Encargado del Registro Civil de la esposa de la gestante antes del nacimiento de su hijo, en orden a la inscripción también a su favor de la filiación. Jurisprudencialmente, este sistema se ha visto ampliado extendiendo sus disposiciones tanto a parejas casadas como no casadas y permitiendo asimilar al consentimiento prestado ante el Registro Civil, un documento clínico e, incluso, actuaciones que manifiesten la posesión de estado de la segunda madre respecto del menor, actuando dicha posesión en ocasiones incluso como criterio de determinación más que como medio de prueba.

Finalmente, la determinación de la filiación mediante técnicas de reproducción asistida también puede establecerse tras el fallecimiento del cónyuge o pareja de la usuaria. En estos casos, la determinación se hará siempre y cuando el hombre haya consentido la fecundación de la mujer en el año posterior a su fallecimiento en los términos establecidos en el artículo 9 LTRHA, pudiendo revocar dicho consentimiento

antes de la realización de las técnicas, equiparando a ésta la existencia de una situación de crisis entre la pareja a la que sobreviniera la muerte repentina del varón, sin tiempo para revocar.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

DOCTRINA

ALKORTA IDIAKEZ, I.: *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: derecho español y comparado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003.

ALKORTA IDIAKEZ, I.: “Nuevos límites del derecho a procrear”, *Derecho Privado y Constitución*, número 20, Enero-Diciembre 2006, págs. 9-61.

BARBER CÁRCAMO, R.: “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, número 8, Diciembre de 2010, págs. 25-37.

BARBER CÁRCAMO, R.: *La filiación en España: una visión crítica*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters Aranzadi, 2013.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “La llamada doble maternidad <<por naturaleza>>: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, *Diario La Ley*, Año 35, número 8240, Jueves 30 de enero de 2014.

COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.); INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

COBACHO GÓMEZ, J.A (Dir.); LECIÑENA IBARRA, A. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2012.

DE LA IGLESIA MONJE, M.I.: “Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año número 87, número 725, 2011, págs. 1668-1677.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, número 21, Enero-Diciembre 2007, págs. 75-129.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico –privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson, 2006.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. “Artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.); RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J; HERRERA CAMPOS, R; MORENO QUESADA, L.: *Curso de Derecho Civil I Bis. Derecho de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, págs. 59-65.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, v. IV. t. I. *Derecho de Familia*. 11ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, págs.264-269.

DÍEZ SOTO, C.M. “Artículo 6. Usuarios de las técnicas”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.); RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J; HERRERA CAMPOS, R; MORENO QUESADA, L.: *Curso de Derecho Civil I Bis. Derecho de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, págs. 104-110.

FARNÓS AMORÓS, E.: “¿De quién son los preembriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, número 1, Enero de 2007, págs. 1-16.

FARNÓS AMORÓS, E.: “Evans v. The U.K (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, número 2, Abril de 2007, págs. 1-6.

FARNÓS AMORÓS, E.: *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2011.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Artículo 9. Premoriencia del marido”, en COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.); INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

GERMÁN ZURRIARÁIN, R.: “Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el Derecho comparado”, *Cuadernos de Bioética*, v. 22, número 75, 2011, págs. 201-214.

HERRERA CAMPOS, R. “La filiación. La filiación nacida de las técnicas de Reproducción Asistida”, en SÁNCHEZ CALERO, F.J. (Coord.); RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J; HERRERA CAMPOS, R; MORENO QUESADA, L.: *Curso de Derecho Civil I Bis. Derecho de familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, págs. 69-74.

HERRERA CAMPOS, R.: “Artículo 8. Determinación legal de la filiación”, en LLEDÓ YAGÜE, F.; OCHOA MARIETA, C.; MONJE BALMASEDA, Ó.: *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida: (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid, Dykinson, 2007.

INIESTA DELGADO, J.J.; “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.); CUENA CASAS, M. (Dir.): *Tratado de Derecho de la familia*, v. V, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2011.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.; *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, 1ª ed., Madrid, Reus, 2012.

LAMM, E.: “La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Evans contra Reino Unido”, *Revista catalana de Dret Públic*, número 36, 2008, págs. 195-220.

LAMM, E.: “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, número 24, Enero 2012, págs. 76-91.

LLEDÓ YAGÜE, F.: “Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, en DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico –privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson, 2006.

LLEDÓ YAGÜE, F.; OCHOA MARIETA, C.; MONJE BALMASEDA, Ó.: *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida: (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid, Dykinson, 2007.

MARTÍN MORATO, M.: “El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 30, Mayo 2013, págs. 1-36.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (Coord.); DE PABLO CONTRETRAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á.: *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. 3ª ed., Majadahonda (Madrid), Colex, 2011.

MONJE BALMASEDA, O.: “Conceptos jurídicos”, en LLEDÓ YAGÜE, F.; *Cuadernos prácticos Bolonia. Familia. Cuaderno IV. Patria potestad, filiación y adopción*, Madrid, Dykinson, 2011.

NAVARRO, J.; VILLALÓN, N.; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas”, en LLEDÓ YAGÜE, F.; OCHOA MARIETA, C.; MONJE BALMASEDA, O.: *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida: (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid, Dykinson, 2007.

NAVARRO CASTRO, M.: “Artículo 44. Inscripción de nacimiento y filiación”, en COBACHO GÓMEZ, J.A (Dir.); LECIÑENA IBARRA, A. (Dir.): *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2012.

NIETO ALONSO, A.: “El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida”, en DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico –privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson, 2006.

PARRÓN CAMBERO, M.J.: “¿Mater Semper certa est?”, *Diario La Ley*, número 8293, Sección Tribuna, 15 de abril de 2014, año 35, págs. 1-4.

PÉREZ MARTÍN, A.J.: *La nueva regulación del Derecho de Familia. Legislación y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*, Madrid, Dykinson, 2011.

PÉREZ MONGE, M.: “Filiación derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida”, en LLEDÓ YAGÜE, F.; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A.: *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, t. I, Madrid, Dykinson, 2011.

PLANA ARNALDOS, M.C.: “Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones”, en COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.); INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

QUESADA GONZÁLEZ, M.C.: “Disposición Adicional Primera. Preembriones crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley”, en LLEDÓ YAGÜE, F.; OCHOA MARIETA, C.; MONJE BALMASEDA, O.: *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida: (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid, Dykinson, 2007.

REBOLLEDO VARELA, Á.L.: “El consentimiento del marido en la utilización de las técnicas de reproducción asistida: su regulación en el Proyecto de Ley 121/000039”, en DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico –privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Madrid, Dykinson, 2006.

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

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á.: “Artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas”, en COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.); INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

SERNA MEROÑO, E.: “Artículo 6. Usuarios de las técnicas”, en COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.); INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

SERNA MEROÑO, E.: “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, número 26, Enero/Diciembre 2012, págs. 273-307.

VERDERA SERVER, R.: “Artículo 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”, en COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.); INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.); CUENA CASAS, M. (Dir.): *Tratado de Derecho de la familia*, v. V, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2011.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, A.: “La reproducción en mujeres solas y en pareja homosexual”, en DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico –privado*

de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas, Madrid, Dykinson, 2006.

JURISPRUDENCIA

PRIMERA INSTANCIA

España. Juzgado de Primera Instancia d Valencia. Auto de 13 de mayo de 2003. AC\2003\1887.

España. Juzgado de Primera Instancia de Valladolid. Auto de 12 diciembre 2007 AC\2011\553.

España. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón (Provincia de Madrid). Auto de 25 junio. AC\2013\281.

AUDIENCIA PROVINCIAL

España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª). Sentencia núm. 747/2006 de 12 de diciembre. JUR\2007\194049.

España. Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª) Sentencia núm. 383/2007 de 23 octubre. AC\2007\2106.

España. Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) Auto núm. 160/2010 de 2 junio AC\2010\1755.

España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) Auto núm. 110/2011 de 17 mayo. AC\2011\1256.

España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) Auto núm. 164/2011 de 12 julio. JUR\2011\373587.

España. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) Sentencia núm. 347/2013 de 22 de mayo. JUR\2013\231571.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 28/2007 de 27 septiembre. RJ\2007\8520.

TRIBUNAL SUPREMO

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 318/2011 de 4 de julio. RJ\2011\5965.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Auto de 5 de febrero de 2013. JUR\2013\69818.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 740/2013 de 5 diciembre RJ\2013\7566.

España. Tribunal Supremo (Sala de los Civil) Sentencia núm. 836/2013 de 15 de enero. JUR\2014\67462.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

España. Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 116/1999 de 17 junio. RTC\1999\116.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª) Sentencia de 7 de marzo de 2006. TEDH\2006\19.

LEGISLACIÓN

ESPAÑA.

España. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, págs. 29313 a 29424.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, págs. 33987 a 34058.

España. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 71, de 23 de marzo de 2007, págs. 12611 a 12645.

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 206, de 25 de julio de 1889, págs. 249 a 259.

España. Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 151, de 10 de junio de 1957, págs. 372 a 379.

España. Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 282, de 24 de noviembre de 1988, págs. 33373 a 33378.

España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 274, de 15 de noviembre de 2002, págs. 40126 a 40132.

España. Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 157, de 2 de julio de 2005, págs. 23632 a 23634.

España. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 126, de 27 de mayo de 2006, págs. 19947 a 19956.

España. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175, de 22 de julio de 2011, págs. 81468 a 81502.

España. Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 296, de 11 de diciembre de 1958, págs. 10977 a 11004.