

Universidad de Barcelona.  
Facultad de Derecho.  
Departamento de Derecho Civil.

Programa “El Derecho en una Sociedad Globalizada”

Bienio 2006-2008



**“El elemento volitivo como determinante de la filiación  
derivada de las técnicas de reproducción asistida”**

Eleonora Lamm

Tutora: Dra. Mónica Navarro Michel.

Barcelona

Octubre de 2008

## INDICE

1-INTRODUCCIÓN.....	8
2-OBJETIVOS.....	12

### PRIMERA PARTE

#### CAPÍTULO PRIMERO: NOCIONES PRELIMINARES

1-CONCEPTO DE FILIACIÓN.....	13
2-TERMINOLOGÍA.....	15
3-NATURALEZA DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	16
4-SISTEMAS DE FILIACIÓN.....	19
5-VERDAD BIOLÓGICA O REAL Y VERDAD FORMAL.....	20
A- VERDAD BIOLÓGICA.....	20
B- VERDAD FORMAL.....	23
6-A MODO DE CONCLUSIÓN.....	24

### SEGUNDA PARTE

#### CAPÍTULO SEGUNDO: LA IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO EN LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TRA. ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES SUPUESTOS

1-FUNDAMENTO.....	26
2-CONDICIONES O REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO.....	27
3-ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS.....	29
<b>3-1-DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN CASO DE MATRIMONIO.....</b>	<b>30</b>
<b>3-1-A-PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL MARIDO.....</b>	<b>30</b>
3-1-A-1- NACIMIENTO CONSTANTE MATRIMONIO.....	31
1- NACIMIENTO VIGENTE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.....	31
2- NACIMIENTO NO VIGENTE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.....	32
2-A- EL CONSENTIMIENTO.....	33
2-A-B-POSTURAS.....	33

3- NACIMIENTO DENTRO DE LOS CIENTO OCHENTA DÍAS SIGUIENTES AL MATRIMONIO.....	35
3-1-A-2- NACIMIENTO DESPUÉS DEL MATRIMONIO.....	37
1- NACIMIENTO VIGENTE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.....	37
2- NACIMIENTO NO VIGENTE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.....	38
<b>3-1-B-PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL MARIDO.....</b>	<b>39</b>
3-1-B-1- NACIMIENTO CONSTANTE MATRIMONIO.....	40
A) LA FALTA DE CONSENTIMIENTO EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. SU VALOR.....	40
B) CARÁCTER DE LA FILIACIÓN.....	40
C) LEGITIMACIÓN DEL MARIDO PARA IMPUGNAR LA PATERNIDAD QUE NO CONSINTIÓ.....	42
3-1-B-2- NACIMIENTO DESPUÉS DEL MATRIMONIO.....	42
<b>3-1-C-PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL MARIDO.....</b>	<b>43</b>
A) OBJETO DEL CONSENTIMIENTO.....	44
B) SUJETOS LEGITIMADOS PARA CONSENTIR LA IAD DE MUJER CASADA.....	47
C) SUJETOS LEGITIMADOS PARA IMPUGNAR LA FILIACIÓN.....	48
<b>3-1-D-PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL MARIDO.....</b>	<b>50</b>
3-1-D-1- NACIMIENTO DURANTE EL MATRIMONIO.....	50
3-1-D-2- NACIMIENTO DESPUÉS DEL MATRIMONIO. ....	51
<b>3-2-DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN PAREJA NO CASADA.....</b>	<b>51</b>
<b>3-2-A-PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL VARÓN.....</b>	<b>53</b>
1-LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	53
2- ANÁLISIS.....	54
3- VALOR DEL CONSENTIMIENTO. ....	55
<b>3-2-B- PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL VARÓN. ....</b>	<b>55</b>

1- ANÁLISIS.....	56
<b>3-2-C-PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL VARÓN.....</b>	<b>57</b>
1- EL CONSENTIMIENTO.....	57
2- SITUACIONES.....	57
<b>3-2-D-PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL VARÓN.....</b>	<b>59</b>
1- ANÁLISIS.....	59
<b>4-A MODO DE CONCLUSIÓN.....</b>	<b>59</b>

**CAPÍTULO TERCERO:**  
**ANONIMATO DEL DONANTE**

1-PLANTEAMIENTO.....	64
2-ROL DE PADRE Y ROL DE PROGENITOR.....	65
3-LA “PATERNIDAD” DEL DONANTE. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA EXCLUSIÓN.....	68
3-A- POSTURA DE TRABUCCHI.....	69
3-B- POSTURA DE VERCELLONE.....	69
3-C-DOCTRINA ESPAÑOLA.....	70
4-LA FIGURA DEL ANONIMATO DEL DONANTE.....	72
4-1-PLANTEAMIENTO EN DOCTRINA.....	72
5-POSTURAS DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA.....	73
5-1- No se debe aplicar el principio de verdad biológica que establece el art. 39 CE.....	74
5-2- Se debe aplicar el principio de verdad biológica en determinados casos e incluso poder establecerse la filiación en protección del hijo.....	74
5-3- Existe derecho a conocer la identidad del donante aún cuando ello no determina la filiación.....	75
6- ADMISIBILIDAD DEL ANONIMATO DEL DONANTE.....	77
6-A- ARGUMENTOS A FAVOR DEL ANONIMATO.....	77
6-B- ARGUMENTOS EN CONTRA DEL ANONIMATO DEL DONANTE.....	80
7-EL ANONIMATO RELATIVO. LA REGULACIÓN DE LA LEY SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	83

8-SOBRE LA POSIBILIDAD DEL DONANTE DE REVOCAR LA DONACIÓN.....	84
9-BREVE REFERENCIA A OTRAS LEGISLACIONES. ....	85
-Suecia.....	86
-Suiza.....	86
-Austria.....	86
-Alemania.....	86
-Reino Unido.....	87
-Francia.....	87
-Italia.....	88
-Dinamarca.....	88
10-LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ANONIMATO DEL DONANTE Y EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN. ....	89
10-1- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ....	89
10-2-POSTURAS EN DOCTRINA.....	93
10-2-1-INCONSTITUCIONALIDAD DEL ANONIMATO DEL DONANTE.....	93
10-2-2-CONSTITUCIONALIDAD DEL ANONIMATO DEL DONANTE.....	98
11-CONCLUSIÓN.....	101

**CAPÍTULO CUARTO:**  
**MATERNIDAD SUBROGADA**

1-CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA.....	105
2-MODALIDADES.....	106
3-VARIANTES.....	107
4-ADMISIBILIDAD. ....	109
4-A- ARGUMENTOS EN CONTRA.....	110
4-B- ARGUMENTOS A FAVOR.....	112
5-NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO. ....	114
6-NULIDAD O VALIDEZ DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	116
6-1-NULIDAD DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA. ....	116
6-1-a-EFECTOS DE LA NULIDAD.....	119
6-2- VALIDEZ DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	119

6-3- POSTURAS INTERMEDIAS. ....	122
6-4-LA POSTURA “FEMINISTA”.....	124
7-SU REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. ....	125
7-1-LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. ....	125
7-2-ANÁLISIS DE LA NORMA.....	126
8-POSIBLES CASOS Y SOLUCIONES CONFORME A LA LTRA.....	129
9-SOLUCIONES EN CASO DE MATRIMONIO HOMOSEXUAL. DERECHO ESPAÑOL. ....	132
10-DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD.....	134
10-1-SOLUCIONES EN DOCTRINA.....	134
11-SOBRE LA POSIBILIDAD DE REGULAR LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA. LA IMPORTANCIA DEL ELEMENTO VOLITIVO.....	141
12-PROBLEMÁTICAS QUE PUEDEN PLANTEARSE EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	143
13-REQUISITOS Y CONDICIONES DE PROCEDENCIA DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	145
14-BREVE REFERENCIA A OTRAS LEGISLACIONES.....	149
-Reino Unido De Gran Bretaña. ....	149
-Francia.....	150
-Suecia.....	151
-Australia.....	152
-Alemania.....	152
-México.....	153
-Brasil.....	154
-Italia.....	154
14-1-LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESTADOS UNIDOS. ....	154
14-1-2-PANORAMA DE LA SITUACIÓN LEGAL.....	155
14-1-3-JURISPRUDENCIA Y TEORÍAS. ....	156
A-TEORÍA SOBRE LA INTENCIÓN.....	157
B-LA TEORÍA DE CONTRIBUCIÓN GENÉTICA.....	158
C- LA TEORÍA DE LA PREFERENCIA DE LA MADRE GESTANTE.....	159
D-LA TEORÍA SOBRE EL MEJOR INTERÉS DEL MENOR.....	159

## **CAPÍTULO QUINTO:**

### **COMATERNIDAD**

1-INTRODUCCIÓN.....	161
2-PLANTEAMIENTO.....	163
3-LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD. ....	164
3-1-PAREJA CASADA.....	164
3-2-PAREJA NO CASADA.....	165
4-LA PRESUNCIÓN DE “MATERNIDAD”.....	165
4-1-SITUACIONES EN DERECHO COMPARADO.....	166
4-2-SITUACIÓN EN ESPAÑA.....	167
4-2-a-PAREJA CASADA.....	167
4-2-a-1-LA NUEVA SITUACIÓN DE LAS PAREJAS CASADAS. ....	168
4-2-a-2-SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY 3/2007. LA IMPORTANCIA DE LA EQUIPARACIÓN EFECTUADA POR LA LEY 13/2005. .....	169
4-2-a-3-LA NECESARIA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 3/2007.....	171
4-2-b-PAREJA NO CASADA.....	172
5-A MODO DE CONCLUSIÓN.....	175

## **CAPÍTULO SEXTO:**

### **SITUACIÓN EJEMPLO: SENTENCIA EVANS C. REINO UNIDO**

1-INTRODUCCIÓN.....	176
2-EL CASO EVANS C. REINO UNIDO. ....	176
2-1-HECHOS PRINCIPALES.....	176
2-2-DEMANDA ANTE EL TEDH. ....	179
A-VIOLACIÓN DEL ART 2.....	179
B- VIOLACIÓN DEL ART. 8. ....	180
C-VIOLACIÓN DEL ART. 14.....	181
3-LOS INTERESES EN CONFLICTO.....	181

4-ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS SOLUCIONES POSIBLES Y SUS CONSECUENCIAS.....	182
4-1-IMPOSIBILIDAD DE REVOCAR EL CONSENTIMIENTO CON POSTERIORIDAD A LA FECUNDACIÓN. ....	183
4-2- PERMITIR LA IMPLANTACIÓN, COMO EXCEPCIÓN, EN TANTO ESTA REPRESENTA LA ÚLTIMA POSIBILIDAD DE TENER UN HIJO GENÉTICO. ....	185
4-2-1- RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL.....	185
4-2-1-1- <u>Davis v. Davis.</u> ....	186
4-2-1-2- <u>Nachmani v. Nachmani.</u> .....	187
4-3-PATERNIDAD SIN CONSECUENCIAS JURÍDICAS. PERMITIR LA IMPLANTACIÓN Y CONSECUENTEMENTE POSIBILITAR LA MATERNIDAD, PERO SIN CONSECUENCIAS JURÍDICAS RESPECTO DEL “PADRE”. ....	188
4-4- IMPEDIR LA IMPLANTACIÓN SOBRE LA BASE DE LO PREVISTO POR LA LEY APLICABLE. ....	193
4-4-1-LEY DE 1990 DE FECUNDACIÓN Y EMBRIOLOGÍA HUMANAS (LA LEY DE 1990). ....	193
4-4-2-SOLUCIÓN EN OTRAS LEGISLACIONES. ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA.....	195
4-4-3-SOLUCIÓN DEL TEDH.....	196
5-A MODO DE CONCLUSIÓN. VALORACIÓN DE LAS DISTINTAS SOLUCIONES POSIBLES.....	197
<b>-CONCLUSIONES FINALES.</b> .....	202
<b>-BIBLIOGRAFÍA</b> .....	209

## 1-INTRODUCCIÓN

Si en alguna esfera se nota más profundamente el cambio social que se está produciendo en la época actual es precisamente en las relaciones familiares, que en poco tiempo han experimentado una evolución que se puede calificar de asombrosa. Y este último calificativo es el único que cuadra al contemplar los avances científicos que se están incorporando a la genética, que nos proporciona continuas novedades, no siempre fácilmente adaptables a los principios y a la normativa que hasta ahora han regido en el Derecho de Familia.<sup>1</sup>

Así, en materia de filiación, los avances científicos han producido importantes cambios. Algunos de estos tienen una envergadura tal, que hasta podríamos hablar de revoluciones.

De esta manera, siguiendo con esta idea, podemos decir que la primera revolución en el Derecho de Filiación, desencadenada principalmente en Europa y en el mundo occidental, a partir de la última postguerra mundial, y que se benefició de un conjunto de factores concurrentes (declaraciones internacionales de derechos con su reflejo en textos constitucionales, opinión pública favorable, avances científicos espectaculares en la determinación de la filiación), ha sido la adopción, casi sin excepciones, del principio de no discriminación de los hijos por razón de su origen.<sup>2</sup> Ahora bien, esta revolución ha cumplido ya su ciclo y se ha agotado con el brillante resultado de una reforma a fondo de los viejos y nuevos Códigos civiles.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> CORRAL DUEÑAS, F. "La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, de Marina Pérez Monge". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario - Núm. 677, Mayo - Junio 2003. Pág. 1954.

<sup>22</sup> En España tuvo lugar mediante la reforma de la Constitución de 1978, que configuró un nuevo modelo de relaciones familiares basado en la idea de igualdad entre hombres y mujeres, y en la igualdad de derechos de todos los hijos, tanto de los nacidos fuera del matrimonio como dentro del mismo (art. 39 CE); la Ley 11/1981, de 13 de mayo por la que se modifican determinados artículos en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

<sup>3</sup> GARCÍA CANTERO G. "XXVIIe colloque de droit européen sur les problèmes juridiques concernant le lien de filiation (La Valette, Malte, 15-17 septembre 1997)". Anuario de Derecho Civil - Nm. LI-2, Abril 1998. Pág. 807.

Ahora estamos inmersos, en una segunda revolución del Derecho de Filiación, que, en parte, supone una profundización de la primera, y también un análisis de sus últimas consecuencias prácticas, pero que, en buena medida, obedece a postulados distintos, impredecible en sus últimos objetivos y, por ello, no exenta de incertidumbre e inseguridad jurídicas; se trata de la “revolución reproductiva” generada por las técnicas de reproducción asistida (en adelante TRA), cuya utilización y desarrollo ha generado importantes y determinantes cambios en materia de filiación.

Ahora bien, ¿Cuáles son estos cambios? ¿Por qué hablamos de “revolución reproductiva”?

Como todos sabemos, los principales problemas de la determinación de la filiación (sobre todo en cuanto a la paternidad) tenían su origen en el secreto de las relaciones causantes del nacimiento, y en la dificultad de saber qué relación concreta, si las hubo con diferentes varones, derivó la gestación y el nacimiento correspondiente. Ello justificó el juego de presunciones, restricciones probatorias y otros formalismos jurídicos que han informado buena parte del derecho de filiación. A medida que ciertas pruebas biológicas pudieron determinar cuál fue el elemento causal de un embarazo, pudo conocerse mejor el dato más conflictivo, la paternidad, y hubo que cambiar la normativa sobre filiación. Pero siempre había un denominador común: la necesidad de unas relaciones sexuales para la procreación.<sup>4</sup>

Ahora, nos encontramos con una nueva realidad social, que parte de un dato inicial completamente diferente: ya es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna.<sup>5</sup>

Las técnicas de reproducción in vitro separan, radicalmente, la reproducción humana de la sexualidad<sup>6</sup>. Tal es así, que se ha llegado a afirmar

---

<sup>4</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. “Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida”. En La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. Pág. 281 y ss.

<sup>5</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. “Las acciones de filiación y las técnicas...” Op.Cit. Pág. 281 y ss.

<sup>6</sup> Como señala MORO ALMARAZ, prescindir de la consideración unitiva de sexualidad y procreación ha supuesto un aldabonazo al derecho de sociedades que lo construyeron con influencias cristianas fuertemente enraizadas. MORO ALMARAZ, M. J. “Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro””. Bosch. Barcelona. 1988. Pág. 174.

que el ser humano ya no es concebido, sino producido, tal y como sucede con los objetos.<sup>7</sup>

De esta manera, esta nueva "revolución reproductiva" al desconectar el fenómeno reproductor humano del ejercicio de la sexualidad, viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes.

Pero los cambios no se agotan con esta separación, ni mucho menos. Podríamos decir que las TRA, han modificado todo el esquema de filiación. Éstas permiten ser padres, no sólo a quienes sufren algún problema de esterilidad, sino también a parejas homosexuales, que, salvo en los casos de adopción (y en los países en los que ella está permitida), no tendrían acceso a la paternidad/ maternidad, de no ser por estos avances. Incluso posibilitan la maternidad de mujeres a edades muy avanzadas<sup>8</sup>, o la maternidad de mujeres solas, algo inconcebible años atrás.

Además, las nuevas técnicas reproductivas han abierto las puertas a una planificación positiva de la reproducción, que hará posible en un futuro próximo evitar las enfermedades congénitas, decidir el momento en el que se quiere tener hijos, el sexo de los mismos, etc.<sup>9</sup>

Como consecuencia de estos cambios que las TRA han provocado en materia de filiación, ésta, no es hoy en día, la que era hace unos años, sin perjuicio de que además, son muchas las consecuencias jurídicas que se han visto alteradas. Así, en el campo jurídico estas técnicas sitúan al derecho de familia ante un nuevo umbral, fundamentalmente en el derecho de filiación, ya que al tratarse de relaciones nuevas, la homologación crea múltiples dificultades y polémicas sobre su tratamiento aumentando la importancia de los principios de voluntad y responsabilidad, y disminuyendo el valor de la realidad

---

<sup>7</sup> APARISI MIRALLES, A. "El permisivismo ante la FIV: a) la visión angloamericana". En BALLESTEROS, J. (coord.). La humanidad in vitro. Comares. Granada. 2002. Pag.39.

<sup>8</sup> El primer caso se presentó en el año 1994, cuando la italiana Rosanna Della Corte dió a luz a los 63 años gracias a la implantación de un óvulo procedente de donante anónima.

<sup>9</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. "Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado". Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Pág. 169

biológica.<sup>10</sup> En palabras de DÍEZ PICAZO, “se está imponiendo para la filiación un sentimiento cultural que desplaza el sentido biológico”.<sup>11</sup>

La doctrina, con gran acierto, considera que es necesario conceptualizar, *ex novo*, el orden familiar establecido, que entendía hasta la fecha que la paternidad y/o maternidad era una consecuencia que se infería ineluctablemente por la sangre, genética y cromosómicamente, subsumiéndose en el mismo rol la realidad fisiológica de ser progenitor con la realidad jurídica, de ser formalmente padre.<sup>12</sup>

Hoy en día, y gracias a los avances en materia de reproducción asistida, tanto la maternidad como la paternidad dejan de considerarse como una relación de filiación basada en un puro reduccionismo geneticista y/o biológico; sino que por el contrario (aunque no siempre) se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socio-afectiva.<sup>13</sup>

Es interesante señalar, que tras siglos de lucha por poder considerar padre a quien biológicamente lo era, reivindicando la libre investigación de la paternidad, se pasa de un criterio material de paternidad a uno formal con las técnicas de reproducción asistida, como también con la adopción.

Durante años se luchó por el triunfo del principio de la verdad biológica. Éste ha sido el que ha abierto el camino para, derribando viejas barreras, permitir que todo nacido pueda hacer determinar su filiación respecto de un varón y de una mujer, cualesquiera sean los vínculos de los progenitores entre sí o con terceras personas. “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”, proclama el art. 39 de la CE, que ha sido leído como exponente

---

<sup>10</sup> FÁBREGA RUIZ, C. F. “Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida”. Editorial Comares. Granada, 1999. Pág. 84.

<sup>11</sup> Palabras expresadas en el GRUPO DE TRABAJO DE LA DIRECCION DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Centro de publicaciones de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 1986.

<sup>12</sup> LLEDÓ YAGÜE, F., “Fecundación artificial y derecho”, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 121, 137 y 143.

<sup>13</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 325.

del triunfo de la “verdad biológica” sobre los convencionalismos sociales.<sup>14</sup> Ahora bien, la utilización de las TRA, y la filiación derivada de las mismas parece postergar el principio de la verdad biológica por el de la verdad “consentida”. El criterio de la verdad biológica o real, parece ser reemplazado por el de la verdad formal.

Los cambios provocados por las técnicas de reproducción asistida en materia de filiación nos llevan a pensar que los criterios decisivos para la disciplina de la filiación (por naturaleza) han cambiado de nuevo, o deben cambiar, a compás de las mutaciones de la conciencia social, y este es precisamente uno de los objetivos que procuro demostrar en este trabajo.

## **2-OBJETIVOS:**

Teniendo en cuenta lo expuesto, en este trabajo procuraré demostrar cómo la voluntad ha pasado a ser el elemento decisivo en la determinación de la maternidad y/o paternidad a partir del surgimiento y utilización de las TRA. Para ello, dividiré el trabajo en dos grandes partes.

En la primera parte, y porque precisamente pretendo demostrar los cambios habidos en materia de filiación, comenzaré hablando de la relación de filiación y sus clases, y distinguiré los 2 grandes sistemas existentes en orden a su determinación. Luego, desarrollaré y analizaré los 2 principios ejes de este trabajo: el principio de verdad biológica y el principio de verdad formal, en orden a demostrar la importancia y relevancia actual de este último respecto del anterior.

Una vez aclarados estos conceptos introductorios, que nos permitirán comprender el objetivo central de este trabajo, en la segunda gran parte procederé a analizar la importancia del consentimiento en la filiación derivada de las TRA, analizando cada uno de los supuestos que pueden presentarse, tanto para una pareja casada, como para una no casada.

---

<sup>14</sup> DELGADO ECHEVERRÍA. “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 202.

Demostrada la importancia del consentimiento en el juego de las TRA, me abocaré al estudio y análisis de cuatro figuras o situaciones específicas, en las que intentaré demostrar la preeminencia del elemento volitivo, su trascendencia y su fuerza determinante.

Estas cuatro figuras o situaciones específicas son:

- 1- El anonimato del donante.
- 2- La maternidad subrogada.
- 3- La comaternidad.
- 4- El caso Evans c. Reino Unido.

## **PRIMERA PARTE**

### **CAPÍTULO PRIMERO: NOCIONES PRELIMINARES**

#### **1- CONCEPTO DE FILIACION.**

En doctrina encontramos distintos conceptos de filiación.

ZANNONI la define diciendo que es “el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos”.<sup>15</sup>

Para RIVERO HERNÁNDEZ, es “la relación jurídica que se da entre padres e hijos”<sup>16</sup>. Este autor, considera la relación jurídica de filiación como “la existente entre generantes y generados, padres e hijos, con el conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones, que los vincula en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla”.<sup>17</sup>

Se distinguen 2 aspectos:<sup>18</sup>

-la filiación como hecho natural: se refiere a ser engendrado por un padre y nacer de una madre.

---

<sup>15</sup> ZANNONI, E., BOSSERT, G. “Manual de Derecho de Familia”. Editorial Astrea. 1989. Pág. 359.

<sup>16</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. RIVERO HERNÁNDEZ, F. En LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.), “Elementos de Derecho Civil”. Tomo IV. Familia. Dykinson. 2008. Pág. 25.

<sup>17</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op.Cit. Pág. 25.

<sup>18</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”. Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. 2002. Pág. 29.

-la filiación como situación jurídica constatada legalmente: es la posición que una persona ocupa dentro de la familia en su calidad de hijo (de la que deriva un conjunto de derechos y obligaciones).

Ahora bien, conviene preguntarnos si estos conceptos, resultan ser hoy en día, comprensivos de la realidad que se nos presenta.

En principio, la filiación es una relación (rectius, una situación) derivada de la generación y, como tal, un mero hecho biológico o natural. Es la situación recíproca en que se hallan los progenitores respecto de sus procreados, y éstos respecto de aquéllos. En el plano estrictamente jurídico, la filiación es la relación que une a determinadas personas (que pueden ser progenitores o no) con otras y que determina en aquéllos y en éstos un conjunto de deberes, facultades y derechos atinentes, en esencia, a la protección (vela, cuidado, alimentos...), educación e inserción social de estos últimos. A los primeros llamamos padres; a los segundos, hijos. Normalmente, la relación jurídica de filiación se basa en un hecho natural o biológico (el cual, al derivar de él determinadas consecuencias jurídicas, se configura como hecho jurídico), pero en ello no hay una conexión necesaria. Con otras palabras, el legislador no desconoce la realidad biológica y, además, generalmente la toma como base para determinar la relación jurídica de filiación; pero la verdad biológica no es, ni ha sido, el único criterio utilizado por el legislador para determinar y atribuir una relación jurídica de este tipo,<sup>19</sup> y mucho menos lo es ahora a partir de la aparición de las TRA.

En este sentido, las técnicas de fecundación asistida han introducido cambios sustanciales que inciden directamente sobre el sentido de la regulación de la filiación actualmente vigente.<sup>20</sup> La relación jurídica derivada de técnicas de reproducción asistida no es la filiación que hasta ahora conocíamos

---

<sup>19</sup> LÓPEZ LÓPEZ, MONTÉS PENADÉS, ROCA TRÍAS. "La filiación como hecho, relación jurídica y estado: Verdad biológica y ordenación de la filiación". Derecho de Familia Epígrafe 20.1. 1997. [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

<sup>20</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, "La filiación inducida y las clasificaciones legales". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 118.

ni la paternidad/maternidad predicables son las que el Derecho occidental de Roma hacia acá, y la cultura universal, habían elaborado.<sup>21</sup>

Todo esto nos lleva a replantearnos el concepto de filiación. Éste ya no resulta totalmente comprensivo. Los conceptos “clásicos” de filiación, parecen haberse tornado insuficientes para definirla, ya que no logran abarcar todos los supuestos, que como consecuencia de las TRA, la filiación comprende en estos días. Así, en este sentido, podemos afirmar que la filiación, hoy en día, ya no sólo se determina por la procreación. De igual modo, tampoco es conveniente o correcto hablar sólo de “progenitores”. En la situación actual, habría que utilizar otro término, dado que no siempre el “progenitor” es quien concluye ejerciendo el rol de “padre”.

Como consecuencia de estas observaciones, propongo definir a la filiación como *la relación jurídica determinada por la procreación (y la adopción) o por las técnicas de reproducción asistida que se genera entre los progenitores y/o padres y sus hijos.*

## **2- TERMINOLOGÍA**

Como consecuencia de la distinción efectuada en el punto anterior, la doctrina, utiliza los siguientes términos:<sup>22</sup>

-Filiación por naturaleza.

-Filiaciones civiles, que incluyen la filiación adoptiva y la derivada de las técnicas de reproducción asistida con intervención de terceros.

Por otro lado, y también como consecuencia de la utilización de las TRA, se distinguen dos clases de hijos<sup>23</sup>, según puedan o no investigar la identidad de su progenitor:

---

<sup>21</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”. Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 142.

<sup>22</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op.Cit. Pág. 51. RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “Comentario del Código Civil”, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991. Pág. 428.

<sup>23</sup> GARCÍA CANTERO, “La reforma de la filiación”, RGLJ, 1983-II, Págs. 135 y SS.

-Los hijos nacidos por medios naturales que pueden conocer a sus progenitores.

-Los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida que no podrían conocer a sus progenitores salvo en los casos estrictamente tasados.

Ésta última distinción se efectúa conforme a la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRA), aunque, conviene aclarar que no todas las legislaciones sobre la materia consagran esta imposibilidad, dado que no todas establecen, como veremos posteriormente, el principio del anonimato del donante.

Conviene aclarar también, que esta imposibilidad sólo se presenta respecto al padre genético (progenitor). Los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida con intervención de donante, no podrán (en la mayoría de los casos) conocer a su padre genético, aunque, a excepción de algunos casos (por ejemplo que la usuaria de las técnicas sea mujer sola), tendrán un padre social conocido.

### **3- NATURALEZA DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

Entendemos por técnicas de reproducción asistida (TRA) al “conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar, o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de la vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc.”<sup>24</sup>

SERRANO ALONSO las define como “la obtención de la procreación de un ser humano mediante la utilización de técnicas médico biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre y mujer”.<sup>25</sup> Como señala este autor, “la determinación de la filiación de las personas nacidas por el empleo de estas técnicas es, posiblemente, la cuestión más importante que

---

<sup>24</sup>SANTAMARÍA SOLÍS, LUIS. “Técnicas de reproducción asistida”. Manual de Bioética. Editorial Ariel. 2001, página 377.

<sup>25</sup> SERRANO ALONSO, “Aspectos de la fecundación artificial”. Actualidad Civil. 107/1999. Pág. 387.

plantea su utilización y en la que las normas hasta ahora vigentes se muestran más insuficientes.”<sup>26</sup>

En la filiación por naturaleza la determinación de la filiación tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica. Es decir, responde a un interés familiar que debe reputarse prevaleciente: el derecho de toda persona a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde. Ahora bien, en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida esto no es siempre así. Ya hemos dicho que en este tipo de filiación, no siempre coincide la paternidad/maternidad genética o biológica con la formal. De esta manera, las técnicas de reproducción asistida ponen en evidencia la necesidad de reestructurar el sistema que adopta el Código Civil.<sup>27</sup>

Del artículo 108 del CC español<sup>28</sup>, se desprende la siguiente distinción:

- Filiación por naturaleza, que puede ser matrimonial o no matrimonial. (Extramatrimonial)
- Filiación por adopción.

CALVO MEIJIDE considera que la fecundación artificial no parece dar lugar, en su sentido pleno, a la filiación por naturaleza, especialmente en la fecundación “in Vitro”, pues no es natural la manipulación hormonal de una mujer para la producción de ovocitos, la extracción de los ovocitos así obtenidos, la obtención del semen del marido (fecundación homóloga) o de un tercero (fecundación heteróloga), la fecundación al margen del lugar de la misma, que es el útero de la mujer, la implantación del embrión en momento posterior a la fecundación. Entiende además, que, en el caso de la fecundación heteróloga la calificación de la filiación se hace aún más compleja,

---

<sup>26</sup> SERRANO ALONSO, “Aspectos de la...” Op.Cit. Pág. 393.

<sup>27</sup> BIGLIARDI Y ESTIVARIZ, “Determinación filial en las nuevas técnicas de reproducción asistida” ponencia presentada en las 1º JORNADAS NACIONALES de BIOÉTICA y DERECHO, celebradas en Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>28</sup> Código de Familia de Catalunya. Texto según Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Artículo 87. Determinación de la filiación.

1. La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción.
2. La filiación por naturaleza, en relación a la madre, resulta del nacimiento; en relación al padre y la madre puede establecerse por reconocimiento, por expediente registral o por sentencia; y únicamente en relación al padre, por matrimonio con la madre.

dado que el hijo que nacerá no será hijo del marido de la mujer que lo engendró, sino de un tercero desconocido (el donante de semen). La filiación surgida de la fecundación heteróloga no es matrimonial “*strictu sensu*”, pues el padre biológico no es el marido, tampoco se la puede considerar adoptiva, pues el marido ha aceptado de forma estricta y formal la manipulación y fecundación de su mujer con semen de un desconocido para tener un hijo nacido de ella, pero no de él.<sup>29</sup>

En principio, en la filiación derivada de las TRA, habría que distinguir la IAC de la IAD. Mientras que en el primer supuesto (IAC) se trataría de una especie de filiación por naturaleza, con la particularidad de que no se ha obtenido mediante acto sexual. En ella no ha habido coito, por lo que, a diferencia de la filiación por naturaleza *strictu sensu*, en este caso no se determina por la procreación, es decir, no deriva de ella; en el segundo supuesto (IAD) se asimilaría a una filiación por adopción, dado que se establece el vínculo, aunque prescindiendo del elemento genético, que en estos casos no está presente.

No obstante lo dicho, y con mayor precisión, considero que la filiación derivada de las TRA, es una tercera modalidad o clase de filiación, que dado el avance de estas técnicas y la situación actual, es necesario distinguirla y no tratar de comprenderla en alguna de las otras dos.

Las técnicas de reproducción asistida crean una filiación que va desde una filiación cercana a la natural – IA homóloga – a otra cercana a la adoptiva – FIV heteróloga con embrión donado y maternidad subrogada -, pero siendo distinta de la una y de la otra.<sup>30</sup>

En doctrina se propone distinguir la filiación por naturaleza de la filiación civil:<sup>31</sup>

- la primera deriva del hecho natural de la procreación.
- La segunda alude a la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida y a la adopción.

---

<sup>29</sup> CALVO MEIJIDE, A. “El permisivismo en la FIV: b)el informe Palacios, fundamento de la legislación española”. En “La humanidad in vitro”. Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 84.

<sup>30</sup> FÁBREGA RUIZ, C. F. “Biología y filiación... Op.Cit. Pág. 124.

<sup>31</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. En el volumen colectivo... Op. cit. Pág. 428.

Por mi parte, entiendo que, conforme lo dicho, deberíamos comenzar a hablar de esta tercera modalidad de filiación, como filiación derivada de las TRA. Es decir, teniendo en cuenta el avance de estas técnicas, su situación actual, y la imposibilidad de comprenderla en alguna de las dos clases de filiación existentes, nos encontramos, hoy en día, con tres clases de filiación: la filiación por naturaleza, la filiación por adopción, y la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.

#### **4- SISTEMAS DE FILIACIÓN**

La doctrina distingue 2 concepciones o sistemas de filiación según la valoración o relación entre el elemento biológico y el volitivo<sup>32</sup>:

-Realista, presidido por el denominado “principio de veracidad”, que aún reconociendo que la filiación jurídica no es la mera relación biológica, habilita mecanismos jurídicos que permitan llegar a ella, al menos en vía judicial, y facilita la investigación de la (verdadera) paternidad y/o maternidad, positiva y negativamente, con toda clase de pruebas.

-Formalista, concepción despreocupada de la realidad biológica, sobrevalora otros elementos y valores (la paz familiar, la seguridad jurídica) y establece unos esquemas formales de determinación de la filiación, dificultando luego la prueba de la verdadera relación biológica cuando hay serias dudas de que la jurídico-formal coincida con ellas. En estos últimos prima el elemento voluntarista de aceptación o asunción de la filiación.<sup>33</sup>

El primer sistema es seguido por los países nórdicos y anglosajones.<sup>34</sup>

El segundo, lo conforman aquellos sistemas de clara orientación francesa, es decir, el italiano y el español además, obviamente del francés.<sup>35</sup>

Las consecuencias a extraer de ambas concepciones no se detienen en este primer momento de la determinación de la filiación sino que van, de

---

<sup>32</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. En el volumen colectivo “Comentario del Código Civil”, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991.

<sup>33</sup> MAGALDI, N. “Derecho a saber, filiación biológica y administración pública”. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales. Madrid. 2004. Pág. 31.

<sup>34</sup> MAGALDI, N. “Derecho a saber,... Op. cit. Pág. 31.

<sup>35</sup> MAGALDI, N. “Derecho a saber,... Op. cit. Pág. 32.

hecho, mucho más allá, generando diferencias esenciales en un momento muy posterior. En efecto, cuando se plantean problemas relativos al acceso de una persona al conocimiento de su filiación de origen, la dualidad apuntada anteriormente se reproduce claramente en los dos tipos de soluciones ofrecidas. Así, mientras el primer grupo se inspira en el principio de la veracidad y, por lo tanto, abre ampliamente las puertas a la investigación de la paternidad y maternidad, el segundo en cambio ha dificultado tradicionalmente el acceso al conocimiento de la verdadera filiación.<sup>36</sup>

De todos modos, hay que reconocer que con el tiempo, ambos polos se han ido acercando, sobre todo por la aproximación de los sistemas de inspiración formalista a posiciones más flexibles, admitiéndose paulatinamente un (relativo) derecho fundamental de la persona a conocer su origen biológico.<sup>37</sup>

## **5- VERDAD BIOLÓGICA O REAL Y VERDAD FORMAL.**

### **a- VERDAD BIOLÓGICA**

La verdad biológica está basada en la generación humana tal y como se produce naturalmente y con carácter exclusivo hasta hace muy pocos años: la previa realización del coito entre el hombre y la mujer. El coito era la única vía que daba lugar a la fecundación de la mujer por el hombre, embarazo de aquella y finalmente el parto. A partir de este último se produce la filiación natural y los efectos jurídicos correspondientes.<sup>38</sup>

Para el principio de verdad biológica es madre quien da a luz, y es padre quien ha fecundado a la mujer a través del coito. La paternidad y/o maternidad son una consecuencia que se infiere ineluctablemente por la sangre, genética y cromosómicamente, subsumiéndose en un mismo rol la realidad fisiológica de ser progenitor con la realidad jurídica, ser formalmente padre.

---

<sup>36</sup> MAGALDI, N. "Derecho a saber,... op cit. Pág. 31.

<sup>37</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. En LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.), Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia. Dykinson. 2008. Pág. 420.

<sup>38</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, "La filiación inducida... Op. cit. Pág. 120.

La institución jurídica de la paternidad tiene su base y fundamento en la identidad tradicionalmente establecida en el derecho de familia entre padre genético y padre legal, y que, a partir del momento en que esta identidad se rompe, en virtud de las nuevas técnicas dicha institución queda totalmente desnaturalizada.<sup>39</sup>

No obstante estas contundentes afirmaciones, la doctrina habla de un “acercamiento a la verdad biológica” entendiéndose que este acercamiento no supone que el principio de veracidad sea el prevalente, sino que existen otros principios que pueden hacerlo ceder.<sup>40</sup>

Así, por un lado, nos encontramos que la firmeza de los estados civiles es más importante que el principio de verdad biológica. Solamente así entenderíamos, determinadas normas atinentes a la adopción, o las limitaciones establecidas al reconocimiento y a la determinación de la filiación biológica – legitimación, plazos, etc... -<sup>41</sup>.

Las mismas técnicas de reproducción asistida demuestran que la filiación es, cada vez más, un concepto social y cultural, más que biológico. Añadamos el importantísimo concepto de la posesión de estado, en el que la realidad biológica pasa a un segundo plano, siendo lo decisivo la voluntad de tener un hijo como tal. La filiación sería así, más que una realidad biológica, una realidad social, afectiva y cultural.<sup>42</sup>

Condiciona, igualmente, la aplicación del principio el concurrente de primacía del interés del menor que, indudablemente afecta también a la materia de filiación.<sup>43</sup>

Además, la verdad biológica no es el único dato a tener en cuenta para determinar la filiación. Se observa esto en el hecho de la filiación por adopción, que como sabemos no depende del origen biológico.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial... Op. cit. Pág. 134

<sup>40</sup> FÁBREGA RUIZ, C. F. “Biología y filiación... Op. cit. Pág. 92.

<sup>41</sup> LACRUZ, “La paternidad, la reforma de 1981 del código Civil y los progresos de la biología”. Revista Tapia, octubre de 1987, Citado por FÁBREGA RUIZ, “Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida”. Editorial Comares. Granada, 1999. Pág. 92.

<sup>42</sup> FÁBREGA RUIZ, C. F. “Biología y filiación...op. cit. Pág. 93.

<sup>43</sup> FÁBREGA RUIZ, C. F. “Biología y filiación...op. Cit. Pág. 93.

<sup>44</sup> FÁBREGA RUIZ, C. F. “Biología y filiación...op. cit. Pág. 93.

Por otro lado, el principio de verdad biológica no es absoluto. Existen diversos supuestos en los que la realidad biológica y la jurídica no coinciden. Así por ejemplo:

- la presunción de matrimonialidad del Art. 116 CC español<sup>45</sup>. Permite que aquellos hijos que no son biológicamente del marido aparezcan como tales si no se interpone la correspondiente acción.<sup>46</sup>
- El reconocimiento de complacencia supone la aceptación de la existencia de padre y progenitor como figuras diversas.<sup>47</sup>
- La adopción construye una paternidad sin relación biológica, basada, de una parte en el afecto y la voluntad de ser padre, y de otra, en el bien del hijo.<sup>48</sup>

Además, la verdad biológica encuentra su restricción en la consolidación y estabilidad de la relación familiar constantemente mantenida, es decir, por la propia posesión de estado que acredita la filiación, *ad hoc*, cual título de legitimación (art. 113 CC). Como observa LLEDÓ YAGÜE: quien actúa constantemente como padre no es a la sazón simultáneamente progenitor, luego, dice, la manera de reforzar la figura social del padre es a través del concepto jurídico de la posesión de estado, que no predica por excelencia una coincidencia entre la realidad genética y la realidad legal o registral, sino que,

---

<sup>45</sup> Código de Familia de Catalunya. Texto según Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.

Artículo 89. Paternidad matrimonial.

1. Se tienen por hijos del marido a los nacidos después de la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la separación de los cónyuges, sea judicial o de hecho, o a la declaración de nulidad o a la disolución del matrimonio.

2. Los hijos nacidos después de los trescientos días siguientes a la separación judicial o de hecho de los cónyuges tienen la condición de matrimoniales si se prueba que han nacido a consecuencia de las relaciones sexuales entre los cónyuges. La misma regla se aplica en el caso de nulidad o de divorcio si se prueba que las relaciones han tenido lugar antes de la disolución del matrimonio.

3. Si en el período a que se refiere el apartado 2, de trescientos días posteriores a la disolución por nulidad o divorcio, ha habido un nuevo matrimonio de la madre, decae esta presunción en favor de la prevista en el artículo 90.

<sup>46</sup> DELGADO ECHEVERRÍA. "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 204.

<sup>47</sup> DELGADO ECHEVERRÍA. "Los consentimientos relevantes... Op. cit. Pág. 207.

<sup>48</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, "La nueva adopción", Civitas. Madrid, 1989.

por el contrario, potencia, ampara y protege el grupo, o unión familiar, en la que la relación paterno y materno-filial comparte este comportamiento ininterrumpido para con el hijo de carácter permanente.<sup>49</sup>

Como conclusión, entiende que ha de ser preferente el mantenimiento del círculo familiar en el que formalmente queda insertado el hijo y estima que la ley debe amparar, proteger y tutelar a los que socialmente se hubiesen comportado como padre/es, aunque biológica y genéticamente no fueran el/la/los progenitores. *Ad summam*, la posesión de estado adquiere una importancia decisiva en las técnicas de reproducción asistida humana.

#### **b- VERDAD FORMAL:**

Para el principio de verdad formal el elemento determinante es el de la voluntad.

El principio de verdad formal ha sido analizado por RIVERO HERNANDEZ quien entiende que el elemento más relevante en la determinación de la filiación, como categoría jurídico formal, del niño nacido por fecundación artificial, es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos. (...) Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casado o no – excepcionalmente, si ha lugar, de una mujer sola-, y sólo de ella. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación (importante, también imprescindible) de todos los demás protagonistas, es, en cambio, fungible, y, entiende el autor, que no es verdadera causa eficiente (en sentido vivencial y ontológico) del nacimiento en cuestión.<sup>50</sup>

Continúa diciendo que: “resulta hoy evidente que en una concepción de la filiación como la de nuestro CC (CC Español), tras la reforma de 1981, aún

---

<sup>49</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. ““Fecundación artificial y derecho””. Tecnos. Madrid. 1988. Pág.135 y ss.

<sup>50</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “La investigación de la mera... Op. cit. Pág. 146.

impregnada en buena medida del principio de veracidad, el establecimiento o determinación, según esa legalidad, de la paternidad conlleva una gran concesión a elementos y principios que desplazan al biológico, como son la voluntad y la responsabilidad.”<sup>51</sup>

Coincido con el autor, quien sostiene que: “en las fecundaciones asistidas el elemento volitivo ha de tener una trascendencia particular, sobre todo en relación y comparación con el biológico y genético, ajeno a la pareja que ha tomado la decisión de aquel nacimiento. Si ese elemento biológico queda desplazado por el volitivo en algún supuesto (reconocimiento de complacencia o marido que no impugna) en que la participación del progenitor fue consciente, deliberada y activa – no obstante lo cual no será padre jurídico o legal - ¿Cómo habría de triunfar aquí, en la determinación de la paternidad, la sola aportación genética del mero donante de gameto, que ni busca ni desea hijo ni su participación es *per se* y sólo apta ni suficiente para el nacimiento, frente a quien decide que nazca el hijo, aceptando incluso aquella extraña aportación genética?”<sup>52</sup>

Resumiendo, para el principio de verdad formal, el elemento preponderante y relevante es el de la voluntad. Por lo que, cuando no coinciden en una misma persona, el elemento genético y el volitivo, se debe dar preponderancia a este último. En otras palabras, importa la paternidad formal o consentida, por sobre la biológica o genética.

## 6- A MODO DE CONCLUSION

Para concluir este punto, podemos decir que uno de los principios programáticos de la reforma de filiación, operada en 1981, era la preeminencia de la verdad biológica en las relaciones paterno/materno filiales, de suerte que, en aras a dicho principio, podía refutarse la verdad formal o registral, dado que en los procesos de investigación de la paternidad puede aducirse cualquier medio de prueba y, fundamentalmente, las pruebas biológicas. La finalidad era patentizar la veracidad del vínculo, de suerte que el viejo apotegma canonista *pater is quem nuptia demonstrant* transmutara su tenor por el de *pater is quem*

---

<sup>51</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “La investigación de la mera... Op. cit. Pág. 146-147.

<sup>52</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “La investigación de la mera... Op. cit. Pág. 147.

*sanguis demonstrant*, con lo que dicha regla quiere establecer que padre es aquel que genéticamente se compruebe que lo es. Lógicamente, como hemos visto y veremos luego, aplicar estos principios a la inseminación artificial humana y a la fecundación in vitro, no resulta ser coherente.<sup>53</sup>

Es decir, la reforma de 1981, consagró la verdad biológica como principio paradigmático en las relaciones de filiación, de suerte que la constatación del hecho genético resultaba arrojado en una libertad probatoria que patentizase la realidad del vínculo; sin embargo dicho principio no puede llevarse por analogía a la inseminación artificial heteróloga, o a la fecundación in vitro, donde se impone necesariamente deslindar la figura de padre de la de progenitor; de modo que, si en la inseminación *vera copula*, dichas figuras aparecen fusionadas, es obvio que se intente identificar la verdad registral o formal, con la verdad genética, porque se concluye que el hijo tiene derecho (constitucionalmente reconocido) a que se posibilite la averiguación de la paternidad que por naturaleza genéticamente hablando le compete; sin embargo, con las nuevas técnicas de reproducción humana, el principio cardinal del que hay que partir para entender con sensatez sus consecuencias en orden a las relaciones de filiación, es que la figura de la paternidad, tanto como la de la maternidad, aparecen esencialmente disociadas, disipando o difuminándose el componente biológico y realzando el sociológico, de modo que, en concordancia con la idea según la cual, la relación de filiación debe ser consecuencia más que de una relación biológica de una relación social y cultural, deberá entenderse que la mera aportación del material genético no es determinante en ningún caso para atribuir una paternidad y/o maternidad que hunde su razón de ser más en su componente socializante de aceptación e integración del hijo en el seno de la familia en el que “naturalmente” encontrará su desarrollo y potenciará su personalidad.<sup>54</sup>

En síntesis, esta tendencia a que prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del matrimonio se opone a la locución latina, que hace derivar la paternidad del hecho del matrimonio, a saber: "*pater est quem nuptiae demonstrant*" -"es padre quien resulta tal por el matrimonio"- . Locución

---

<sup>53</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Fecundación artificial y derecho". Tecnos. Madrid. 1988. Pág. 27.

<sup>54</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Fecundación artificial... Op. cit. Pág. 59

que debe reprobarse en aras a la defensa de la verdad real o biológica. Se produce, entonces la mutación de aquel aforismo tradicional por el de: "*pater is quem sanguinis demonstrat*", que quiebra, a su vez, cuando el nacido procede de técnicas de reproducción asistida.<sup>55</sup> En estos casos no deberá tenerse como padre, ni el que demuestra su matrimonio con la madre del nacido ("*pater est quem nuptiae demonstrant*"), ni el que demuestra que es padre biológico -por la sangre- ("*pater is quem sanguinis demonstrat*"), sino el que voluntariamente ha querido y asumido esa paternidad. Esto puede coincidir con lo anterior, es decir, puede que quien aporta el elemento volitivo sea a su vez el marido de la madre, o el padre genético (quien aporta el elemento genético), pero vale aclarar que estas dos situaciones, por sí solas, no son suficientes para determinar la paternidad si no están acompañadas, además, por el elemento volitivo.

En definitiva, podemos afirmar que las TRA han provocado un nuevo quiebre, y una nueva vuelta al principio de verdad formal, según el cual la filiación se determina por el elemento volitivo.

## **SEGUNDA PARTE**

### **CAPÍTULO SEGUNDO**

#### **LA IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO EN LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES SUPUESTOS**

##### **1- FUNDAMENTO**

El fundamento de la regulación del consentimiento en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida ha de buscarse en la libertad general del art. 1.1 CE, en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad humana del

---

<sup>55</sup>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 Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas. DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coordinadora). Dykinson, 2007. Pág. 38.

artículo 10.1 CE, de los que cabe derivar un derecho a la autodeterminación del paciente en el ámbito sanitario.<sup>56</sup>

No obstante, entiendo que la libertad reproductiva, en este ámbito, entendida como una manifestación más o como uno de los aspectos del libre desarrollo de la personalidad y de la libertad general del art. 1.1 CE, es el principal fundamento del consentimiento.

Partiendo, pues, de ambas ideas, considero que el derecho al consentimiento para someterse a una de las técnicas de reproducción asistida de la LTRA se fundamenta en dos aspectos diferentes del llamado principio de libertad general o libre desarrollo de la personalidad: la autodeterminación del paciente sobre su propio cuerpo por un lado, y el que hemos denominado libertad reproductiva por el otro, cuyo ejercicio a diferencia del anterior no tiene por qué implicar una disposición sobre el propio cuerpo, sino en ocasiones, como en el caso del hombre, la disposición sobre el material genético con fines reproductivos.<sup>57</sup>

## **2- CONDICIONES O REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO.**

La realización de las técnicas de reproducción humana asistida requiere la previa y completa información a los usuarios de las mismas y su aceptación libre y consciente. Hasta ahí la situación podría considerarse similar a lo que ocurre en muchas otras especialidades médicas en las que también se exige como es lógico el consentimiento informado. Sin embargo, como vamos a ver a continuación, en el campo de la reproducción humana las condiciones del consentimiento y el nivel de información a suministrar es extraordinariamente riguroso.<sup>58</sup>

La LTRA exige que los equipos médicos y los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realizan estas técnicas informen

---

<sup>56</sup> IGLESIAS PAIS, M. "Fundamentos jurídicos constitucionales y contenido de los derechos de consentimiento e información en la Ley de técnicas de reproducción asistida". En CAMBRON INFANTE, A. Reproducción asistida: promesas, normas y realidad. Trotta. Madrid. 2001. Pág. 141 y ss.

<sup>57</sup> IGLESIAS PAIS, M. "Fundamentos jurídicos ..." op.cit. Pág. 142.

<sup>58</sup> ABELLÁN, F. "El consentimiento informado en las técnicas de reproducción humana asistida. análisis jurídico de los protocolos contenidos en la obra". Sociedad Española de Fertilidad.

previamente de las consecuencias de las mismas, de sus posibles resultados, de los riesgos previsibles, así como también de cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico pudieran afectar a los usuarios.<sup>59</sup> (Art. 3)

El consentimiento tiene que prestarse de forma libre, consciente, expresa y por escrito, debiéndose reflejar la aceptación en un formulario de contenido uniforme, que se recogerá en la historia clínica.<sup>60</sup> (Art. 6)

Hay que subrayar, por otra parte, que la exigencia de un consentimiento informado, libre, revocable, consciente, etc. Se reitera en textos muy diversos. Así, en el artículo 5, Capítulo II del Convenio del Consejo de Europa relativo a los Derechos humanos y la Biomedicina (art. 5) donde se requiere para cualquier intervención en el ámbito de la sanidad, con carácter previo y con los caracteres de libre e inequívoco, precedido de información adecuada acerca de la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de la intervención.

---

<sup>59</sup> Artículo 3. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas.1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.3. La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica. 4. La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada 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 aplicación.5. 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.6. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas.

<sup>60</sup> Artículo 6. Usuarios de las técnicas.

1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La omisión del consentimiento informado es considerada por la Ley como una infracción grave<sup>61</sup> (Art. 26), sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que su ausencia pudiera dar lugar. En este sentido el artículo 161 del C.P. señala que: "*1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años. 2.-Para proceder por este delito será precisa la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio fiscal*".

Efectivamente, la falta de consentimiento de la mujer es el elemento más relevante para concretar la conducta típica.<sup>62</sup>

### **3- ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS**

El artículo 8º de la LTRA hace referencia a la filiación matrimonial. En su apartado primero se dice que "ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación". En este caso, la ley impone una ficción o presunción "iuris et iure", por la que deduce una filiación matrimonial inimpugnable, que cubre desde el punto de vista legal una evidente discordancia entre la paternidad genética y la nueva paternidad creada por la ley. Pero hay que subrayar que el artículo 8º dice "cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso".

¿Qué ocurre, por tanto, cuando por la circunstancia que fuere, no existiera consentimiento informado formal, previo y expreso?

Por otro lado, en el apartado tercero se especifica que "la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación".

---

<sup>61</sup> Artículo 26. Infracciones. 3.La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta Ley, así como la falta de realización de la historia clínica en cada caso.

<sup>62</sup> ARIÑO FERRER, "El deber de información de la Administración y el derecho de intimidad", La Ley, 1995, 3, págs. 771-786

Este apartado viene a impedir una posible reclamación de paternidad amparada en el artículo 127 de la Ley 11/1981 ("en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.")

Quedan, sin embargo, ciertas lagunas en determinados casos concretos: Como hemos comentado anteriormente, ¿Qué ocurre, cuando no existiera consentimiento informado formal, previo y expreso? O ¿cuando el varón no ha prestado su consentimiento formal, previo y expreso para la fecundación de la mujer con semen de donante?

En resumen, podríamos decir que la ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida resuelve la cuestión de la paternidad siguiendo un criterio de atribución de la paternidad formal. Es decir, la paternidad deriva de haberla aceptado previamente a la realización de las técnicas, y por escrito (el consentimiento informado). Por tanto, prevalece el criterio formal de paternidad (consentimiento) sobre el material o genético.

Para demostrar esta afirmación, lograr una cabal comprensión de lo expresado, y analizar las lagunas que se presentan en cada caso en concreto, procederé a analizar la importancia del consentimiento en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida tanto en los supuestos de pareja casada como no casada.

### **3-1- DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN CASO DE MATRIMONIO**

#### **3- 1-A-PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL MARIDO**

En este supuesto el marido aporta el gameto masculino y su consentimiento a las técnicas. Así pues, y por lo que a la paternidad afecta, coincide el elemento genético y volitivo.<sup>63</sup> Es decir, el rol de padre y el rol de progenitor se encuentran y se funden en una misma persona.

Comprende:

---

<sup>63</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, "La filiación inducida... Op. cit. Pág. 119-120.

- Inseminación artificial con gameto del marido.
- Fecundación in Vitro con gameto del marido y transferencia del embrión, con gameto femenino propio de la esposa o ajeno (donado).

### **3-1-A-1- NACIMIENTO CONSTANTE MATRIMONIO**

Estamos ante una filiación matrimonial. El hijo concebido en matrimonio en virtud de fecundación artificial homóloga es considerado unánimemente como legítimo, por virtud de la fuerza de la regla *pater is est*, que no discrimina según casos, o sencillamente porque el marido es progenitor de ese hijo, tanto fisiológicamente (pues ha proporcionado el mismo el germen vital origen de esta vida), como volitivamente, por haber dado su consentimiento para que el hijo nazca y para el procedimiento seguido.<sup>64</sup>

Aquí, lo único que ocurre, es que se sustituye el elemento de la copulación, pero el hijo que nazca indudablemente es portador del patrimonio genético correspondiente a sus progenitores, a la sazón padres formales, de modo y manera que si la pareja está casada, el hijo concebido y nacido constante matrimonio, es matrimonial, puesto que ésta es la filiación que, por naturaleza, le corresponde.<sup>65</sup>

### **1- NACIMIENTO VIGENTE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.**

Se incluyen los siguientes supuestos<sup>66</sup>:

- Aquellos en los que inseminación y parto se producen constante matrimonio con situación de normalidad en ambos momentos: no hay separación legal ni de hecho. (matrimonio- inseminación artificial – parto sin separación legal ni de hecho).
- Casos en que habiéndose producido la inseminación constante matrimonio, en circunstancias normales del mismo, el parto o nacimiento tiene lugar DENTRO de los trescientos días siguientes a su disolución, o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. (matrimonio –

<sup>64</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. “La presunción de paternidad legítima”, Tecnos, Madrid, 1971. Pág. 387 y ss.

<sup>65</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial... Op. cit. Pág. 35

<sup>66</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, “La filiación inducida... Op. cit. Pág. 125.

inseminación artificial – disolución o separación – parto en los trescientos días siguientes).

- Supuestos en que la inseminación se realiza antes de la celebración del matrimonio y el parto se produce DESPUÉS de los ciento ochenta siguientes a la celebración de aquel. (inseminación artificial – matrimonio – nacimiento después de ciento ochenta días desde celebración del matrimonio).

La doctrina entiende que, “de aplicar la presunción *pater is* al supuesto que enjuiciamos, quizás la única diferencia sustancial con la fecundación normal será que, en aquella, la certeza de la proveniencia de los gametos fecundantes, cuyos titulares resultan a la sazón ser ambos cónyuges, concurriendo la mentada identificación de la células germinales, convertirá prácticamente a la presunción de las que no admiten prueba en contrario. (*iuris et de iure*)”<sup>67</sup>

Se trata de una filiación que, en principio, resulta incluso más firme que la filiación matrimonial normal, puesto que la presunción de paternidad puede respaldarse en cualquier momento (si ello es necesario) con el historial clínico, o expediente de la inseminación artificial llevada a cabo.<sup>68</sup>

## **2- NACIMIENTO NO VIGENTE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.**

El supuesto que se contempla es la determinación de la paternidad de un niño concebido durante matrimonio, pero en el que no rige la presunción de paternidad porque ha nacido DESPUÉS de los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

No obstante no regir la presunción de paternidad, y sea que se considere a la filiación como matrimonial o extramatrimonial (distinción que veremos a continuación), igualmente, en ambos casos el nacido gozará de una paternidad conocida. Se trata de una procreación asistida homóloga, consentida por el marido, por lo que, éste no podría no reconocer al nacido. El consentimiento brindado tornaría la negativa en un obrar contrario a sus propios actos y al principio de la buena fe.

---

<sup>67</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial... Op. cit. Pág. 36

<sup>68</sup> BERCOVITZ, “Filiación inducida”, CMV. Pág. 20, 22, 30.

Ahora bien, cabe preguntarse si ese consentimiento es suficiente, o si es necesario un posterior reconocimiento. Entiendo que, en principio, el consentimiento es suficiente, el reconocimiento posterior sería una mera formalidad para otorgar seguridad jurídica. Aunque si no se lo considera así, es decir, se exige el reconocimiento y el progenitor se niega a reconocer al nacido, podrá entablarse una acción de reclamación de paternidad, la cual quedará facilitada con la prueba del nexo biológico.

## **2-a- EL CONSENTIMIENTO.**

En este supuesto, no rigiendo la presunción de paternidad, sí será significativo el consentimiento de los cónyuges a los efectos de considerar a la filiación como matrimonial. Ahora bien, la pregunta consistirá en discernir cual es el consentimiento relevante, el consentimiento para la inseminación, o el consentimiento para la inscripción.<sup>69</sup>

### **2-a-b-POSTURAS:**

- Una parte de la doctrina entiende que el consentimiento para la inseminación artificial basta para que el nacido acceda al Registro Civil como hijo matrimonial por aplicación del Art. 118 CC español.<sup>70</sup>

Se afirma que no es fácilmente concebible, en efecto que, existiendo tal acuerdo sobre la inseminación, el niño nazca pasados los trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges. Ahora bien, aunque llegara a probarse que no entra en juego aquella presunción (...) parece que el nacido deberá también inscribirse con la filiación matrimonial paterna y materna correspondiente. Esto es así porque el acuerdo previo entre los consortes acerca de la inseminación artificial implica obviamente, el consentimiento de

---

<sup>69</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Fecundación artificial y derecho". Ed. Tecnos Madrid, 1988. Pág. 36

<sup>70</sup> Artículo 118: Aún faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.

ambos a considerar al hijo que nazca como matrimonial. De ahí que entre en juego el Art. 118 del CC.<sup>71</sup>

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO considera que el hijo será matrimonial porque tanto la inseminación artificial como el nacimiento se producen constante matrimonio y “puede inscribirse como tal con el consentimiento de ambos cónyuges”.<sup>72</sup>

- Otra parte de la doctrina considera que el consentimiento para inseminación artificial no es suficiente para aplicar el Art. 118.

Entienden que para cuando falte la presunción de paternidad del marido por causa de separación legal o de hecho de los cónyuges, la posibilidad de inscribir al hijo como matrimonial por consentimiento de ambos cónyuges dará cauce a los casos de inseminación artificial conyugal, pero siempre que exista consentimiento para la inscripción. No es suficiente el consentimiento para la inseminación.<sup>73</sup>

RIVERO HERNÁNDEZ afirma: “En el caso de que el nacimiento se produzca después de los trescientos días siguientes a la separación efectiva de los cónyuges no sea aplicable el Art. 116 del CC, respecto del que es dudoso que el consentimiento del marido para la IAC sea suficiente para la inscripción en el Registro: yo me temo que no, dados los términos del Art. 118, si bien será dato muy importante para el éxito de la acción de reclamación de filiación, que pienso que habrá que ejercitar”.<sup>74</sup>

Coincido con DÍEZ DEL CORRAL, en el sentido de que si ha habido tal consentimiento, es poco probable que el niño nazca después de trescientos días de disuelto el vínculo matrimonial. Sin embargo, de suceder así, considero que, en principio, ese consentimiento basta para inscribir la filiación como matrimonial. Si bien, esta no es la interpretación que se desprende de la letra del Art. 118 CC, entiendo que es la más beneficiosa para el nacido. Estimo que es más conveniente esta solución, dado que, en definitiva, el padre del nacido

---

<sup>71</sup> DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, “La filiación de los nacidos con ayuda de la nuevas técnicas de procreación artificial humana”. RDP, junio 1988. Pág. 542.

<sup>72</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, “La filiación inducida... Op. cit. Pág. 126.

<sup>73</sup> DELGADO ECHEVERRÍA. “Los consentimientos relevantes... Op. cit. Pág. 217.

<sup>74</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. “Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida”. Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: Su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación. Marzo 1994. Pág. 288.

es el marido (ex marido en su caso) de la madre, debido a que no sólo prestó su consentimiento, sino que también aportó el material genético.

Sin perjuicio de lo dicho cabe recordar que luego de la reforma del CC español (Ley de 13 de mayo de 1981), carece de relevancia jurídica, en el orden de los efectos, la distinción entre hijo matrimonial o no matrimonial (extramatrimonial). Ambos gozan de los mismos derechos y no hay en principio, entre ellos, diferencias jurídicas. Además, sea que en este supuesto se considere al hijo como matrimonial o extramatrimonial, en ambos supuestos el hijo tendrá un padre conocido, que será el marido (ex marido en su caso) que aportó el gameto masculino y consintió la fecundación.

### **3- NACIMIENTO DENTRO DE LOS CIENTO OCHENTA DÍAS SIGUIENTES AL MATRIMONIO.**

Si el hijo nace constante matrimonio está amparado igualmente en la presunción de paternidad, aunque sus progenitores, cuando lo concibieron (in vivo y/o in vitro), no estuvieran casados. Debemos entender que el consentimiento a la inseminación, en concreto para su mujer, que presta el varón, es un reconocimiento expreso que le atribuirá la paternidad.<sup>75</sup>

Entonces, si el hijo nace durante el matrimonio, aunque haya sido concebido antes, queda amparado por la presunción de paternidad, por lo que será considerado como hijo matrimonial. Si el varón consintió la fecundación de quien será su futura mujer, ello equivale a un reconocimiento, por lo que no podrá después ejercer la acción de desconocimiento (porque el consentimiento implicaría conocimiento del embarazo) o la acción de impugnación de paternidad. Además dicha acción no prosperaría, dado que el material genético le corresponde, por lo que al querer comprobar la paternidad mediante la prueba biológica, resultaría ser el padre.

Similares posturas han sido adoptadas en la doctrina española, que considera que el consentimiento del marido para la IAC puede interpretarse como una especie de reconocimiento tácito y el casi seguro conocimiento del embarazo impedirá la destrucción de la presunción de paternidad

---

<sup>75</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Fecundación artificial... Op. cit. Pág. 38.

matrimonial.<sup>76</sup> Si consintió la inseminación hay una especie de reconocimiento del hijo que impide que pueda desconocer su paternidad con una simple declaración, teniendo entonces que demostrar no ser el padre para dejar de figurar legalmente como tal mediante el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad marital, no siendo suficiente la alegación de la *exceptio plurium concubentium* para que prospere”.<sup>77</sup>

Se entiende entonces que, cuando se utilicen técnicas de reproducción asistida, y el hijo nazca en los ciento ochenta días desde el de celebración del matrimonio, la paternidad corresponderá, en principio al marido, según los Art. 108 y 116 del CC. Por tanto será filiación matrimonial. Se determinará por la inscripción del nacimiento junto con la inscripción del matrimonio de los padres (Art. 115-1 CC español). El marido podrá, teóricamente, en su caso, destruir la presunción de paternidad mediante declaración. Ahora bien, es poco probable que lo haga, por distintas razones (ir contra los propios actos, buena fe), y aún cuando hiciese tal declaración, es muy difícil que ésta sea eficaz, debido a la más que probable no concurrencia de los requisitos de aplicación del Art. 117 CC, y además las pruebas biológicas de paternidad, en su caso, mostrarán que es el padre del nacido, ya que aportó el gameto masculino.”<sup>78</sup>

Por otro lado, DELGADO ECHEVERRIA sostiene: “la acción de desconocimiento por parte del marido (o declaración que enerva la presunción) queda excluida si hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente. Ahora bien, ¿El consentimiento para la inseminación a la mujer con la que luego contrajo matrimonio equivale, o supone, reconocimiento de la paternidad? Sin perjuicio de que en la práctica, la más de las veces concurra este reconocimiento no parece posible sino a partir de la concepción, por lo que el anterior reconocimiento para la inseminación no lo implica. Naturalmente, si el marido declara en contra de su paternidad, quedan las acciones de

---

<sup>76</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. “Las acciones de filiación... Op. cit. Pág. 289.

<sup>77</sup> QUESADA GONZÁLEZ, “Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad”, Madrid, Tecnos, 1993. Pág. 188. Véase también BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, quien entiende que “el consentimiento para que se proceda a la inseminación artificial de su (futura) mujer, cualquiera sea la forma en que haya sido prestado supone un reconocimiento expreso o tácito de su paternidad. Luego en estos casos, acreditado dicho consentimiento, el marido no podrá destruir posteriormente la presunción de paternidad mediante una declaración auténtica en contrario”. BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, “La filiación inducida... Op. cit. Pág. 126

<sup>78</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 96 y 97.

reclamación, muy facilitadas por la prueba de la inseminación: pero ya se ve que el consentimiento para la inseminación, en cuanto tal, ninguna trascendencia ha tenido respecto a la determinación de la filiación matrimonial”.<sup>79</sup>

### **3-1-A-2- NACIMIENTO DESPUÉS DEL MATRIMONIO**

#### **1- NACIMIENTO VIGENTE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.**

En este supuesto se incluyen los nacidos ANTES de los trescientos días siguientes a contar desde la disolución del matrimonio como consecuencia de inseminación artificial realizada con posterioridad a la disolución.<sup>80</sup>

Una primera solución podría ser entender que es un supuesto de IAC entre dos personas no casadas. En consecuencia sería una filiación no matrimonial.<sup>81</sup> Se aplicaría por analogía el Art. 8.2 de la LTRA, es decir el consentimiento a la fecundación se consideraría escrito indubitado.

Una segunda solución sería acudir al CC. Por aplicación de la presunción del Art. 116 del CC, se considerará al nacido como hijo matrimonial. Este precepto es una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario (es decir, mediante el expediente médico de la inseminación artificial se podría demostrar que la inseminación artificial se realizó tras la disolución).<sup>82</sup>

Coincido con la segunda solución. Ahora bien, cabe aclarar que el nacido en todo caso sería hijo del mismo varón. Lo que se discute es si su filiación será matrimonial o no matrimonial teóricamente.

Para PEREZ MONGE “sería una filiación matrimonial determinada por presunciones, y corroborada por la realidad biológica”.<sup>83</sup>

Por mi parte, y como dije anteriormente, entiendo que la discusión es superflua. Luego de la reforma del CC español (Ley de 13 de mayo de 1981), carece de relevancia jurídica, en el orden de los efectos, la distinción entre hijo matrimonial o no matrimonial (extramatrimonial). Ambos gozan de los mismos

---

<sup>79</sup> DELGADO ECHEVERRÍA. “Los consentimientos relevantes... Op. cit. Pág. 217

<sup>80</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 97 y ss.

<sup>81</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 98.

<sup>82</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 99...

<sup>83</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 99...

derechos y no hay en principio, entre ellos, diferencias jurídicas. Además, sea que en este supuesto se considere al hijo como matrimonial o extramatrimonial, en ambos supuestos el hijo tendrá un padre conocido, que será el marido (ex marido en su caso) que aportó el gameto masculino y consintió la fecundación.

## **2- NACIMIENTO NO VIGENTE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD.**

Se trata de determinar la filiación del nacido PASADOS trescientos días después de la disolución del matrimonio, a consecuencia de inseminación artificial o transferencia de embriones realizada después de dicha disolución.<sup>84</sup>

Se plantea la posible aplicación del Art. 118 CC Español.

Caben 2 respuestas:

- a. Sí, por analogía, porque existe una laguna. El Art. 118 regula el supuesto del nacido después de los trescientos días siguientes a la separación y, sin embargo no dispone nada para caso de divorcio.<sup>85</sup> Esta afirmación de vería reforzada por los siguientes argumentos:
  1. El interés del hijo. En este sentido, la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial afecta a las acciones de impugnación, y sería más beneficioso para el hijo la calificación de hijo matrimonial realizada por sus padres.<sup>86</sup>
  2. Son hijos “subsiguientes” al matrimonio. Ahora bien, también son subsiguientes a la disolución del matrimonio.<sup>87</sup>
  3. El Art. 119 permite la matrimonialización de hijos que no fueron matrimoniales, luego también podría calificarse de matrimoniales hijos que no nacieron constante matrimonio.<sup>88</sup>
- b. No, porque el Art. 118 no se refiere al supuesto de divorcio, sino al de separación. En principio es la más coherente, ya que si no existe matrimonio, no podría haber hijos matrimoniales. El Art. 118 solamente contempla el supuesto de nacimiento después de

---

<sup>84</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 100.

<sup>85</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 105.

<sup>86</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 105.

<sup>87</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 105.

<sup>88</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 105.

los trescientos días siguientes a la separación, porque sigue habiendo matrimonio, por lo que sólo debe aplicarse a este supuesto. Si se hubiese querido incluir el supuesto de divorcio se habría especificado.<sup>89</sup>

Además, la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial, que se manifiesta básicamente en las acciones de impugnación es poco relevante, ya que la prueba de la paternidad queda facilitada por el expediente médico en el que se consiente la realización de las técnicas con semen del marido. De este modo, el interés del hijo queda protegido.<sup>90</sup>

LLEDÓ YAGÜE sostiene que: “respecto del hijo nacido una vez disuelto el vínculo, me parece una analogía más forzada recurrir a la vía del Art. 118 y admitir que, (...) en un supuesto de divorcio (...) es admisible la argumentación, *ad maiore ad minus*, con el Art. 118 (que está redactado y pensado para supuestos de crisis conyugales en las que el vínculo matrimonial subsiste), y admitir que con el consentimiento de los ya ex cónyuges sirva para inscribir la filiación matrimonial, cuando ciertamente no existe el matrimonio.”<sup>91</sup>

Por mi parte entiendo que, como en el supuesto anterior, sea que se considere al hijo como matrimonial o extramatrimonial, (lo que carece, en principio, de relevancia jurídica), en ambos supuestos el nacido tiene un padre conocido (ex marido que consintió y aportó los gametos). De modo que, si el marido (ex marido) consintió la fecundación, y luego se niega a reconocer (si consideramos que ello es necesario por no regir la presunción de paternidad, no bastando sólo el consentimiento), sin perjuicio de que ello implique actuar en contra de sus propios actos y del principio de la buena fe, entiendo que se podría entablar contra él, una acción de reclamación de filiación y su éxito estaría prácticamente garantizado por la prueba del nexo biológico.

### **3-1-B- PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL MARIDO**

---

<sup>89</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 105.

<sup>90</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 106.

<sup>91</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial... Op. cit. Pág. 38

En estos casos el marido sólo aporta el elemento genético, mas no aporta el elemento volitivo.

Se pueden citar los siguientes ejemplos.<sup>92</sup>

- el marido no consintió en ningún momento y la mujer se autoinsemina.
- El marido consintió, pero posteriormente revocó su consentimiento.
- El marido dio consentimiento para prueba médica y se realizó IAC.

### **3-1-B-1- NACIMIENTO CONSTANTE MATRIMONIO**

Corresponde analizar distintos aspectos:

#### **a) LA FALTA DE CONSENTIMIENTO EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. SU VALOR**

Comparto la postura de la mayoría de la doctrina, que considera irrelevante la falta de consentimiento a los efectos de considerar a la filiación como matrimonial. Se afirma que “el consentimiento del marido para la inseminación artificial conyugal es irrelevante a efectos de la determinación de la filiación matrimonial en circunstancias ordinarias”.<sup>93</sup>

En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO afirma en el análisis de la IAC con consentimiento que: “si dicho consentimiento faltase, conviene precisar que ello es irrelevante para cuestionar el carácter matrimonial de la filiación en cuestión (...). Ciertamente que si no cuenta con el consentimiento de algún sujeto, ello puede repercutir a veces en la necesidad de conseguir la determinación legal de la filiación mediante sentencia en vez de por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres”.<sup>94</sup>

Entonces, la paternidad se regula por las reglas generales, es decir, por la procedencia de los gametos. En consecuencia, el nacido será hijo del marido. Ahora bien, el varón podrá reclamar indemnización a su mujer.<sup>95</sup>

#### **b) CARÁCTER DE LA FILIACIÓN**

<sup>92</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 108.

<sup>93</sup> DELGADO ECHEVERRÍA. “Los consentimientos relevantes... Op. cit. Pág. 216.

<sup>94</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, “La filiación inducida... Op. cit. Pág. 125.

<sup>95</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 110.

La doctrina le atribuye el carácter de matrimonial, “no sólo porque genéticamente es del marido, sino por ser el del hijo el interés preponderante, que puede ser atendido sin detrimento grave de otros intereses y principios.”<sup>96</sup> En la hipótesis de inseminación de la esposa con semen del marido pero sin el conocimiento ni el consentimiento de éste, parece difícil negar el carácter de matrimonial al hijo – cuyo nacimiento no difiere mucho del supuesto en que la esposa tiene relación sexual con su marido asegurándole haber tomado precauciones y haber usado un medio anticonceptivo siendo otra la realidad-.<sup>97</sup>

En los casos de filiación por naturaleza, en caso de matrimonio, aunque el marido no consienta ni quiera tener un hijo, si la mujer, no obstante ello, e incluso engañando a su marido (por ejemplo afirma estar utilizando algún método anticonceptivo) queda embarazada y da a luz a un niño, el nacido tiene por padre al marido de la madre. (Art. 116 CC español).

En los casos de filiación derivada de TRA, se requiere, en principio, el consentimiento del marido. Ahora bien, ¿Tiene ese consentimiento una relevancia tal, como para hacerlo preponderar por sobre el interés del nacido? En otras palabras, ¿Puede la falta de consentimiento del marido privar al nacido de esa paternidad? O, como sucede en la filiación por naturaleza, se puede considerar, no obstante la falta de consentimiento, que el padre del nacido es el marido de la madre. Hay que recordar que rige la presunción de paternidad y que, ese nexo, en última instancia, quedaría corroborado por la prueba biológica.

Coincido con PÉREZ MONGE quien afirma que “la importancia atribuida a la voluntad en la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida pierde su eficacia en favor de otros principios (por ejemplo *favor filii*). Si se opta por la relevancia de la voluntad, no podría atribuirse la paternidad a quien no prestó su consentimiento. Si se da preeminencia al *favor filii*, y teniendo en cuenta que aportó el elemento genético, sería deseable que se atribuyese la paternidad al marido. Además rige la presunción de paternidad del Art. 116 del CC.”<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Págs. 155- 156.

<sup>97</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Pág. 156.

<sup>98</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 111.

Es decir, aunque consideramos que el elemento volitivo es el determinante en las relaciones de filiación derivadas de las TRA, en este caso, en el que el marido aporta el elemento genético pero no su voluntad, ésta debe ceder ante otros principios fundamentales, como es el favor filii, sobre todo, si tenemos en cuenta que esa paternidad, de todas maneras quedaría acreditada por la prueba biológica. No obstante el marido podría reclamar indemnización.

### **c) LEGITIMACIÓN DEL MARIDO PARA IMPUGNAR LA PATERNIDAD QUE NO CONSINTIÓ**

En principio esta impugnación carecería de sentido, dado que caería al ser, genéticamente el padre. Realizada la prueba biológica, en su caso, se demostraría que es él el progenitor. Si bien no existe prohibición expresa, en el supuesto de que se ejerza la acción, ésta no prosperaría.

Siguiendo a la doctrina española, podemos afirmar que existen diferentes razones por las cuales el marido no podría impugnar la paternidad, fundándose en su falta de consentimiento:

- 1- No existe posibilidad de atribución a otro varón.<sup>99</sup>
- 2- No beneficiaría la nacido ser considerado hijo de varón desconocido, cuando, además, no es desconocido.<sup>100</sup>
- 3- Genéticamente es del marido.<sup>101</sup>
- 4- Por ser el del hijo el interés preponderante y poder ser atendido sin detrimento de otros.<sup>102</sup>

Sin embargo, el marido podría exigir responsabilidad civil por los daños y perjuicios patrimoniales y morales que le reporte el nacimiento de un hijo no deseado, frente a su mujer y al médico.<sup>103</sup>

### **3-1-B-2- NACIMIENTO DESPUÉS DEL MATRIMONIO.**

---

<sup>99</sup> MORO ALMARAZ, "Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro", Bosch, Barcelona, 1988, Págs. 237 y ss.

<sup>100</sup> MORO ALMARAZ, "Aspectos civiles de la inseminación... Op. cit. Págs. 237 y ss.

<sup>101</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Pág. 156.

<sup>102</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Pág.156.

<sup>103</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Pág.152.

Según la LTRA española, no es preciso el consentimiento del ex marido (varón de quien procede el semen), y la filiación será extramatrimonial de la madre, y en su caso, del ex marido, si hay reconocimiento, o si se declara como consecuencia de una acción de filiación.<sup>104</sup>

Entiendo que, si una vez disuelto el vínculo matrimonial, la mujer recurre a las técnicas de reproducción asistida, utilizando gametos de su ex marido sin su consentimiento, el nacido sólo será hijo de ella. Es decir, se tratará de una filiación extramatrimonial, sólo con respecto a la madre, aunque nada obsta que, posteriormente, el ex marido reconozca al nacido.

Sin embargo, si nace vigente la presunción de paternidad, se puedan aplicar las afirmaciones relativas a la procreación asistida homóloga con consentimiento o sin él, ya que el problema no es tanto si existe o no matrimonio, cuanto si hay o no presunción de paternidad.<sup>105</sup>

### **3-1-C-PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL MARIDO.**

En este supuesto, se trata de un matrimonio en el que el gameto no lo aporta el marido, sino un tercero (donante), aunque si media su consentimiento. Es decir, el marido no aporta el elemento genético, que es aportado por un donante, pero si el volitivo.

Esta materia se regula en el Art. 8.1 de la LTRA, que establece: *1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.*<sup>106</sup>

En este supuesto en que no coincide el elemento biológico y el volitivo, es el consentimiento unido al matrimonio el que determina la paternidad según parece deducirse de la propia dicción del Art. 8.1 de la LTRA.<sup>107</sup> Se deja actuar

---

<sup>104</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada... Op. cit. Pág. 114.

<sup>105</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada... Op. cit. Pág. 114.

<sup>106</sup> Texto según Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>107</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Pág.156.

la presunción de paternidad, blindándola a través de la prohibición de impugnar.<sup>108</sup>

De este consentimiento la ley deduce una filiación matrimonial inimpugnable, viniendo a ser la cobertura legal de un supuesto de discordancia entre la paternidad genética (indemostrable por el anonimato riguroso regulado por el Art. 5.5) y la nueva paternidad creada por ley (una especie de adopción no sujeta a trámite). Será, con mucho, el supuesto normal de esta procreación artificial, y constituye una ficción o presunción *iuris et de iure* impuesta por la ley”.<sup>109</sup>

Ahora bien, la importancia de este consentimiento y su relevancia, nos torna necesario analizar distintas cuestiones:

#### **a) OBJETO DEL CONSENTIMIENTO**<sup>110</sup>

Se regula en el Art. 6.3 de la LTRA, que establece: *Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.*<sup>111</sup>

Los requisitos que debe reunir el consentimiento son los exigidos por el Art. 6.1 de la LTRA que establece: *“Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.”*<sup>112</sup>

Cabe plantearse si es una licencia marital para que la mujer se someta a estas técnicas o más bien un título de asunción de paternidad.<sup>113</sup>

---

<sup>108</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 133.

<sup>109</sup> GARCIA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil español, común y foral”, t. V-2.º 10ª ed. Revisada y puesta al día por GARCIA CANTERO Y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, 1995. Pág. 227.

<sup>110</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 135.

<sup>111</sup> Texto según Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>112</sup> Texto según Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>113</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 136.

La doctrina entiende que el consentimiento del marido tiene un doble carácter:

- por una parte, supone autorización del marido para que se realicen las técnicas, ya que de ellas nacerá, en su caso, un niño, cuya paternidad, en principio, la ley atribuye al propio marido por la presunción de paternidad.
- Por otro lado, el consentimiento del marido produce efectos no en la determinación de la paternidad, sino en la prohibición de impugnación de dicha paternidad.”<sup>114</sup>

No obstante, nada impide que la mujer se someta a estas técnicas sin el consentimiento del marido, aunque, ello “sería una grave deslealtad que podría dar lugar a consecuencias indemnizatorias”<sup>115</sup>

Por otro lado, resulta interesante destacar la postura de GOMEZ SANCHEZ quien sostiene que: “de la redacción del Art. 6.3 se desprende el requisito inexcusable del consentimiento por el marido, de tal suerte que la mujer casada, no separada ni divorciada, puede solicitar individualmente la aplicación de las técnicas pero no puede acceder a ellas salvo que obtenga el consentimiento del marido. Entiende la autora, que esta previsión de la LTRA es inconstitucional en tanto limita la libertad de la mujer y su derecho a la reproducción sin justificación razonable, sujetándola a una autorización marital absolutamente incompatible con el ejercicio de su derecho constitucional a la libertad procreativa.”<sup>116</sup>

Sostiene la autora que: “si el semen es del marido, el hijo es suyo y le corresponden los derechos y deberes inherentes al mismo, no por ser el marido de la mujer sino por ser el padre del nacido. Si, nacido el hijo, se niega a reconocerlo, procederá la correspondiente investigación de la paternidad tendiente a la determinación de la filiación que, en este caso, sería además filiación matrimonial. Si el semen aplicado a la fecundación no es del marido sino que proviene de un donante, la Ley no debe solicitar el consentimiento del marido, sino tramitar la solicitud de la mujer, a la cual en el momento de la aceptación, se debe unir el compromiso del marido, compromiso que nunca

---

<sup>114</sup> PEREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Págs. 136 y 137.

<sup>115</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Pág.152.

<sup>116</sup> GOMEZ SANCHEZ, “El derecho a la reproducción humana”. Marcial Pons. Madrid, 1994. Pág. 96.

puede tener por objeto autorizar a su mujer para que le sean aplicadas estas técnicas, pues, carece de derecho para ello, sino el compartir con ella los derechos y deberes inherentes a la procreación. Por este motivo el Art. 8.1 de la LTRA establece que, cuando los cónyuges han prestado su consentimiento a la fecundación, con contribución de donante o donantes, no podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido.”<sup>117</sup>

En sentido similar ALKORTA IDIÁKEZ sostiene que no hay duda de que el consentimiento del marido es siempre indispensable en el caso de que se empleen sus propios gametos y que también puede servir como elemento determinante del establecimiento de la paternidad del nacido con semen de donante. Sin embargo, lo que el marido autoriza no es propiamente la inseminación de su esposa, tal como se dice en la norma, ya que esto es algo que sólo ella puede consentir. En opinión de la autora, dicha previsión, además de inadecuada era innecesaria: para evitar situaciones injustas bastaba que se hubiese ideado un mecanismo sencillo que enervara la presunción de paternidad marital del que no haya consentido el empleo del semen donado.<sup>118</sup>

Coincido con las autoras citadas, y entiendo que no debe considerarse que estamos frente ante una autorización marital, sino frente a un consentimiento. Éste implica que el marido asumirá los derechos y deberes inherentes a la paternidad, y ya no podrá impugnar. Esta es la diferencia con la reproducción asistida heteróloga sin consentimiento. Es decir, en los casos de reproducción asistida heteróloga, si media consentimiento del marido, éste deberá asumir su paternidad, y ya no podrá entablar una acción de impugnación, en cambio, de no mediarlo, cabría ésta.

Lo relevante es el consentimiento, sin que pueda vérselo como una autorización marital, dado que, no obstante regir la presunción de paternidad, sin el consentimiento podría, el marido, hacerla caer mediante la correspondiente acción de impugnación.

En otras palabras: La mujer tiene libertad para recurrir a esta técnicas, pero, dado su condición de mujer casada y que, por la presunción de paternidad, el hijo que dará a luz, tendrá por padre a su marido, la ley requiere

---

<sup>117</sup> GOMEZ SANCHEZ, “El derecho a la reproducción... Op. cit. Pág. 98-99.

<sup>118</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. “Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado”. Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Pág. 239

su consentimiento, pero no como una autorización marital, sino como manifestación de que asumirá los derechos y deberes inherentes a la procreación y para evitar una futura impugnación, que podría tener lugar de no haber mediado éste.

## **b) SUJETO LEGITIMADO PARA CONSENTIR LA IAD DE MUJER CASADA**

En doctrina, existen 2 posturas:

- a) unos consideran que sólo el marido puede dar este consentimiento, por aplicación literal del Art. 6.3 de la LTRA, según el cual *Si estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido.*<sup>119</sup> Se entiende que “la exigencia de la prestación del consentimiento por el marido es un requisito legal, cuyas consecuencias deberán asumir quienes incurrieron en el incumplimiento (impugnación de paternidad del marido, causa de separación en su caso, etc.). (...). En definitiva, de *lege referenda*, debería limitarse la utilización de técnicas de reproducción asistida por personas casadas a los supuestos en que se consiente respecto del otro cónyuge, de modo que el matrimonio impidiese prestar consentimiento para IAD en persona distinta del cónyuge.”<sup>120</sup>
- b) Otros consideran que podría consentir cualquier varón.<sup>121</sup> El problema, entonces, es que vigente la presunción de paternidad, el hijo será del marido, y no del varón que consiente. El varón, en su caso, podría impugnar la paternidad atribuida al marido, y reclamar la suya con fundamento en el escrito en que consintió la realización de las técnicas en mujer determinada.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en “Derecho de Familia”, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1989, págs. 500 y 501.

<sup>120</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 139.

<sup>121</sup> SIMO SEVILLA, “La medicina moderna de la procreación en el derecho de Familia y en el derecho sucesorio”. Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995. Pág. 86.

<sup>122</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 138.

Se trata de una mujer casada, por lo que, en virtud de la presunción de paternidad, el nacido tendrá por padre a su marido. Como consecuencia, entiendo que, en estos casos (procreación heteróloga) el consentimiento debería provenir del cónyuge. Considero que si un tercero consiente la utilización de estas técnicas por una mujer casada, (lo que generalmente irá acompañado de la intención de cumplir luego, el rol de padre) el nacido igual tendrá por padre al marido, por lo que deberá ejercer, previamente, la acción de impugnación, cuyo ejercicio no siempre se presenta sin mayores dificultades en España.

### c) SUJETOS LEGITIMADOS PARA IMPUGNAR LA FILIACIÓN

Estarían legitimados:

- a) **el marido** –aún cuando como regla general existe acuerdo en doctrina en la prohibición de impugnar por marido y mujer que consintieron-, en el supuesto de que hubiese incurrido en vicios del consentimiento, o la causa del nacimiento fuese distinta de la consentida por el marido.<sup>123</sup> A contrario, el marido que consintió la IAD en su esposa no podrá impugnar su paternidad por la mera falta de relación biológica o participación del donante, ya que iría en contra de sus propios actos y, sobre todo, lo prohíbe el Art. 8.1 de la LTRA.<sup>124</sup> La razón estriba, además de la referida doctrina de los actos propios, ejercicio abusivo y antisocial del derecho, ejercicio contrario a la ética, en que, como bien opina DELGADO ECHEVERRÍA, si se estimara que tal tipo de inseminaciones en sí contrario a la moral social, el marido no podría ser oído cuando invoca su propia torpeza; mas, aunque se estime que hoy una moral liberal autoriza tal inseminación, parece que sería éticamente rechazable el comportamiento de quien, después de consentirla y provocar la nueva vida, revoca el consentimiento y quiere que intervengan los Tribunales para el éxito de su veleidad.

- b) **El hijo**. Se discute si el hijo puede impugnar la paternidad.

---

<sup>123</sup> DELGADO ECHEVERRÍA. “Los consentimientos relevantes... Op. cit. Pág.157.

<sup>124</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 147.

- Una parte de la doctrina afirma que tiene esa facultad. Ello se desprendería del Art. 137 del CC español.<sup>125</sup> En general, entiende que el marido que consintió, no puede luego impugnar, porque ello implicaría actuar en contra de sus propios actos y del principio de la buena, mas considera que la acción de impugnación si puede ser ejercida por el hijo.<sup>126</sup>
- Mientras que otros entienden que no le está permitido.

Para LLEDÓ YAGÜE<sup>127</sup> “la respuesta de *iure condito*, sería la siguiente: con una constatación rigurosa de la verdad biogenética que propugna nuestro legislador ordinario, en cumplimiento del mandato de nuestro legislador constituyente, que aboga por la veracidad del vínculo y entendiendo que una exégesis, de *lato sensu*, da la primacía del factor geneticista en las relaciones de filiación, sin atender a la consideración significativa que supone la disociación en la fecundación asistida del elemento unitivo o copulativo del elemento reproductor, y valorando en todo caso el dato sanguíneo o cromosómico, la conclusión no puede ser otra que la permisibilidad de la averiguación de la identidad del donante de gametos, a los efectos de atribuirle la consiguiente responsabilidad paterno-filial con relación al hijo que lleva su impronta por la transmisión genética derivada de la aportación seminal, identidad genética aunque por el contrario, no familiar. En aras a esta interpretación habría que buscar el fundamento en que, si a lo largo de 18 años de trato y convivencia como padre e hijo, no se ha logrado hacer nacer en éste un sentimiento de amor y respeto filial suficiente para preferir esta filiación,

---

<sup>125</sup> Artículo 137: La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal. El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal. Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos.

<sup>126</sup> En este sentido, ZANNONI, E., BOSSERT, G. en “Manual de Derecho de Familia”. Editorial Astrea. 1989. Pág. 382- 383. Sostienen los autores que “en tanto no haya norma legal específica sobre el punto, al caso en análisis le son aplicables las normas generales del Código y, de conformidad con ello, podrá el hijo, en conocimiento del origen de su gestación, impugnar la paternidad del marido de su madre para, simultánea o posteriormente, reclamar jurídicamente el vínculo de filiación con el tercero que dio el semen.”

<sup>127</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial... Op. cit. Pág. 44.

mejor que pase a ser hijo de nadie, de modo que la acción del hijo no hace sino reflejar un drama humano con final infeliz.”

De esta manera, teniendo en cuenta lo dicho, coincido con LLEDÓ YAGÜE, quien, se decanta por la negativa de la acción, también para el hijo. Afirma que “si el ordenamiento admite la paternidad desvinculada del dato genético y autorizada por la ley, como instituto jurídico que tiene base suficiente en la existencia del matrimonio de la madre, y la voluntad del marido de ésta de aceptar como suyo al hijo, tal hijo no podría “investigar” esa paternidad que, ya desde el principio, no se funda en el dato genético, sino en la voluntad y el afecto.”<sup>128</sup>

### **3-1-D-PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL MARIDO**

En este supuesto, una mujer casada se somete a IAD, pero sin el consentimiento de su marido, es decir, que éste, no aporta el elemento genético ni el elemento volitivo.

Corresponde preguntarnos sobre la calificación de la filiación. Ésta dependerá del momento del nacimiento. Si nace dentro de los plazos previstos por la presunción de paternidad, el hijo será, en principio, matrimonial, y la paternidad será atribuida al marido, aun cuando sea posible la impugnación de dicha paternidad.<sup>129</sup>

#### **3-1-D-1- NACIMIENTO DURANTE EL MATRIMONIO.**

Al estar vigente la presunción de paternidad, por nacer el hijo durante el matrimonio, corresponde, en principio, considerar a la filiación como matrimonial.

Ahora bien, inscrita la filiación como matrimonial del marido, pueden producirse las siguientes situaciones:<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial... Op. cit. Pág. 44.

<sup>129</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 151.

<sup>130</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 156.

- a- Si el marido ignora la realización de IAD, el hijo nace en el matrimonio, y por aplicación del Art. 116 CC español, se le atribuye la paternidad al marido. Por ello, según el Art. 115 del CC español, el hijo se inscribe como matrimonial de los 2 cónyuges. El marido podrá en ese caso impugnar la paternidad si está dentro del plazo.<sup>131</sup> (Art. 136 CC español)
- b- si durante el embarazo, el marido conoce la realización de la IAD sin su consentimiento, puede adoptar, básicamente, 2 actitudes:<sup>132</sup>

1- El marido puede impugnar la paternidad demostrando que se ha producido el nacimiento como consecuencia de dicha IAD, practicada a su mujer sin su consentimiento.

2- El marido puede hacer constar registralmente al nacido a sabiendas de que la mujer realizó IAD sin su previo consentimiento o sin dejar constancia del mismo. Sería un consentimiento tardío similar al reconocimiento de complacencia en filiación no matrimonial.

### **3-1-D-2- NACIMIENTO DESPUÉS DEL MATRIMONIO.**

Si nace después de la disolución del matrimonio, pero vigente la presunción de paternidad, es aplicable lo dispuesto en el apartado anterior.<sup>133</sup>

Si no está vigente la presunción de paternidad, será hijo extramatrimonial cuya filiación sólo se determinará respecto de la madre.<sup>134</sup>

Nada impide que luego, el ex marido reconozca al nacido. Se trataría de una especie de reconocimiento de complacencia, por lo que jurídicamente, sería conveniente acudir a la adopción, para evitar las impugnaciones que encierran dichos reconocimientos.

### **3-2- DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN PAREJA NO CASADA.**

---

<sup>131</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada... Op. cit. Pág. 157.

<sup>132</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada... Op. cit. Pág. 157.

<sup>133</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada... Op. cit. Pág. 160.

<sup>134</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada... Op. cit. Pág. 160.

En doctrina, no existe unanimidad en cuanto a la utilización de estas técnicas por parejas no casadas.

Se ha discutido largamente, de una parte, si estas técnicas debían restringirse a las parejas casadas, en cuanto que sólo ellas parecen ofrecer una familia estable y unas condiciones éticas y sociales idóneas para el desarrollo del ser que nazca por ese procedimiento.

Por un lado se afirma que se ha impuesto (en España y también en bastantes otros países) la tesis de la no discriminación e idéntico trato a la pareja heterosexual, sea casada o no, habida cuenta de la idea amplia de familia que está hoy vigente en nuestra sociedad y en nuestro derecho, y que la Constitución de 1978 protege también la familia no matrimonial, unido al hecho de que puede encontrar el nacido de procreación asistida en la pareja no casada la misma estabilidad afectiva y condiciones materiales y humanas aptas para su desarrollo, amén de padre y madre, como en la matrimonial.”<sup>135</sup>

Mientras que por otro lado, se entiende que la pareja no casada no ofrece la misma garantía de fidelidad, e incluso su identificación como tal pareja decidida a vivir juntos es muy relativa porque al no mediar promesa puede disolverse cuando quiera. En realidad, lo único que la ley exige para la pareja no casada es la afirmación de los dos de vivir juntos y la falta de matrimonio, de donde más que una asimilación de las parejas no casadas a las casadas habría en este caso una al contrario: cualquier pareja bisexual puede tener hijos por este procedimiento. Ello no es razonable, pues la evidente superioridad que crea el matrimonio, debería reflejarse en el texto legal, siendo la falta de reflejo un defecto de la ley.<sup>136</sup>

Entiendo que el concepto de familia, tal y como se lo conocía unas décadas atrás, ha evolucionado, de manera que ésta no es ya la que era. En los tiempos en que vivimos, en la sociedad actual, la familia no sólo es la derivada del matrimonio. Existen, hoy en día, muchos modelos de familia, en los cuales, en muchos casos, el matrimonio no está presente. Es por ello que considero que los usuarios de estas técnicas no tienen que ser,

---

<sup>135</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Pág. 150.

<sup>136</sup> LACRUZ BERDEJO. En LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.), “Elementos de Derecho Civil”. Tomo IV. Familia. Dykinson. 2008. Pág. 150.

necesariamente, un matrimonio. Nada garantiza que el vínculo matrimonial le otorgue mayor éxito, o sea más beneficioso para el nacido. El niño, nacido como consecuencia del uso de estas técnicas, o por procreación natural, puede tener la misma suerte (felicidad, contención, educación, etc.) tanto si es fruto de una pareja casada como de una no casada.

Esta es la solución adoptada por la LTRA, que no sólo permite su utilización por parejas no casadas, sino que incluso también lo admite en mujeres solas.

### **3-2-A- PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL VARÓN.**

En este supuesto, una mujer se somete a técnicas de reproducción asistida con el consentimiento de un varón que aporta los gametos masculinos, que puede convivir o no con la mujer.<sup>137</sup>

### **1-LEY 14/2006, de 26 de mayo, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.**

#### **- ARTÍCULOS VINCULADOS**

Artículo 6. *Usuarios de las técnicas.*

*1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.*

*La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.*

*2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada.*

---

<sup>137</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada... Op. cit. Pág. 166.

3. Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.

*Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida.*

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.

*Artículo 8. Determinación legal de la filiación.*

2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el 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 por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad.

## **2- ANÁLISIS.**

Desde una perspectiva registral, teniendo en cuenta que coincide el elemento biológico y el volitivo, en el momento de realizarse la técnica, una vez que se produzca el nacimiento, el varón puede reconocer según lo previsto en el Art. 120.1 CC español. Si no realiza dicho reconocimiento, la paternidad se podrá determinar mediante sentencia que resuelva la acción de reclamación de paternidad. Se podrá probar solicitando prueba biológica, o bien mediante el escrito de consentimiento para la realización de las técnicas junto al expediente médico que acredita su realización.<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 170.

La conducta del varón que consiente inseminación artificial, y luego no reconoce probablemente irá contra el principio de la buena fe y de no contravenir los propios actos.<sup>139</sup>

### **3- VALOR DEL CONSENTIMIENTO.**

Una parte de la doctrina entiende que el consentimiento para someterse a las técnicas de reproducción asistida basta como reconocimiento.<sup>140</sup>

Esta postura entiende que “el consentimiento expreso por parte de los dos convivientes a la fecundación homóloga, con plena identificación del gameto fecundante proveniente del varón comitente, implica un reconocimiento expreso de paternidad, pero, para que valga como tal título de determinación legal de la filiación, tiene que ser formal (Art. 120 CC. Y Art. 186 del Reglamento del Registro Civil).”<sup>141</sup>

Mientras que otra parte de doctrina, sostiene que al consentimiento para la utilización de las técnicas debe seguir el reconocimiento.<sup>142</sup> Coincido con esta postura, mas considero a ese reconocimiento como una formalidad que otorga seguridad jurídica, debido a que, si el varón ha consentido y luego se niega a reconocer, ello implicaría actuar en contra de sus propios actos y del principio de la buena fe, pudiendo ejercerse contra él una acción de reclamación. Además, el éxito de esta acción, estaría avalado por la prueba biológica y el escrito de consentimiento.

#### **3-2-B- PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL VARÓN.**

En este supuesto, una mujer no casada, se somete a técnicas de reproducción asistida, y un varón, que puede convivir o no con la mujer, aporta los gametos masculinos, es decir el elemento biológico, pero no el elemento volitivo.

---

<sup>139</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 170.

<sup>140</sup> BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, “La filiación inducida... Op. cit. Pág. 129.

<sup>141</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial y derecho”. Ed. Tecnos Madrid, 1988. Pág. 39

<sup>142</sup> DELGADO ECHEVERRÍA. “Los consentimientos relevantes... Op. cit. Pág. 545.

Desde un punto de vista práctico, el supuesto más habitual será aquel en el que se otorgó el consentimiento, y posteriormente se revocó. También se incluirán aquellos en que habiéndose obtenido el semen por métodos diversos, el varón no consintió la utilización del mismo para técnicas de reproducción asistida; por ejemplo en el supuesto de obtenerse para la realización de pruebas médicas, y sin embargo la mujer se sometió a técnicas de reproducción asistida con dicho material genético y posteriormente nació un niño que procede del varón.<sup>143</sup>

## 1- ANÁLISIS.

En general, los autores no analizan específicamente este supuesto, debido a que consideran al consentimiento prestado por el varón como un requisito indispensable.

Así, RIVERO HERNANDEZ afirma: “Si la inseminación se ha efectuado sin el consentimiento del varón, la solución es más discutible: cabe alegar que apenas se diferencia del mero donante anónimo (...) La decisión y responsabilidad única de ese nacimiento corresponde a la madre: atribuir el hijo a su compañero, que ni quiso ni sabía el destino que iba a darse a su material genético, puede parecer demasiado fuerte y quizás injusto.”<sup>144</sup>

Coincido con el autor, en el sentido de que si el varón no prestó su consentimiento, resulta demasiado fuerte atribuirle la paternidad. Ahora bien, esto también nos demuestra que el hijo que nace de un vínculo matrimonial, goza de una situación distinta del que no nace de un matrimonio. Es decir, en este supuesto se refleja una diferencia importante respecto al matrimonio: si hay un matrimonio, por más de que el marido no consienta, por la presunción de paternidad, el niño tendrá jurídicamente un padre, además de serlo por ser el que aportó el material genético. En cambio al no haber matrimonio, por más estable que sea la pareja (imaginemos una pareja de hecho de muchos años) no hay presunción de paternidad, y aunque el varón aporte el material genético, lo relevante aquí es el consentimiento.

---

<sup>143</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 174.

<sup>144</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Pág. 158.

La conducta de la mujer es la causa de que se produzca el nacimiento. Sin embargo, cabe plantearse si el hecho de que la mujer realice tal conducta debe tener como consecuencia la ausencia de filiación paterna en el nacido.

En este sentido PEREZ MONGE sostiene que: “Por ser el material genético suyo, y por el principio del *favor filii*, parece probable que el varón será declarado padre. A ello se añade la dificultad del varón de probar que no se trata de fecundación natural, y en su caso que no prestó consentimiento.”<sup>145</sup>

En definitiva, si el varón consigue probar que el hijo no nació como consecuencia de procreación natural, sino como consecuencia de la utilización de las técnicas por la mujer sin su consentimiento es dudosa la solución de los Tribunales, teniendo en cuenta el *favor filii*.<sup>146</sup>

### **3-2-C-PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL VARÓN.**

En este supuesto, una mujer es receptora de material genético de donante, con el consentimiento de un varón, que no es su marido ni en el momento de la realización de las técnicas ni en el del nacimiento.

#### **1- EL CONSENTIMIENTO**

Se plantea cual es el objetivo del consentimiento del varón.

La doctrina, en general, entiende que su finalidad es que el varón asuma la paternidad del hijo.<sup>147</sup>

#### **2- SITUACIONES**

Habitualmente, el varón reconocerá al nacido. Sin embargo, pueden plantearse las siguientes situaciones:<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 176.

<sup>146</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 176.

<sup>147</sup> CÁRCABA FERNÁNDEZ, “Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana”. José María Bosch editor, Barcelona, 1995. Pág. 99.

<sup>148</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 180.

- a- el varón que consintió inseminación artificial con intervención de donante se niega a reconocer.

Soluciones en el derecho español:

En este supuesto, si nadie se opone, por aplicación del Art. 8.2 de la LTRA, se tramitará el correspondiente expediente registral, previsto en el Art. 49 LRC.<sup>149</sup>

Si alguien se opone, será preciso ejercitar acción de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado, para dar eficacia al consentimiento contra quien lo prestó para que una mujer determinada se sometiese a inseminación artificial con donante, según el Art. 120-3º del CC y 8.2 de la LTRA.<sup>150</sup>

- b- negativa de la madre a que el varón reconozca al nacido.

Soluciones en el derecho español:

En este caso, en primer lugar se pretenderá la tramitación de un expediente registral. Si la madre se opone, se intentará una acción de reclamación de paternidad.<sup>151</sup>

Considero que, si la mujer es soltera, puede acudir a estas técnicas y no precisa el consentimiento de un varón (dado que la LTRA permite que la usuaria sea una mujer sola). Si es casada la ley demanda el consentimiento de su marido. Ahora bien, en este supuesto, se trata de una mujer soltera, pero un varón, que puede o no convivir con ella, (entiendo que generalmente será su pareja de hecho), consiente la fecundación de una mujer determinada. Entiendo que ese consentimiento, implica un reconocimiento, y sería ir en contra de los propios actos y principalmente en contra del principio de la buena fe, consentir esa fecundación, traer al mundo a una persona, y luego no reconocer o no asumir esa paternidad. De no haber pretendido o no haber querido ese niño, hubiera bastado con no prestar ese consentimiento, que, como dije anteriormente, no es legalmente exigido. Es decir, si consiente, es porque está dispuesto a traer un hijo al mundo, y por el hecho de no estar casado (lo que implica que no pesará sobre él ninguna presunción de

<sup>149</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada... Op. cit. Pág. 180.

<sup>150</sup> CÁRCABA FERNÁNDEZ, "Los problemas jurídicos planteados... Op. cit. Pág. 122-123.

<sup>151</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada... Op. cit. Pág. 181.

paternidad), no puede luego desdecirse, e ir en contra de los propios actos y principalmente en contra del principio de la buena fe.

### **3-2-D-PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL VARÓN**

En este supuesto, una mujer no casada, pero que está en pareja, se somete a técnicas de reproducción asistida con semen de un tercero (donante), sin el consentimiento de su conviviente. Es decir, que no concurre el elemento biológico ni el volitivo.

#### **1- ANÁLISIS**

Como hemos visto, los criterios que se han tenido en cuenta para determinar la paternidad son la procedencia biológica o la voluntad. En este caso, no concurre ninguno de ellos. Por ello en principio, no podrá atribuirse la paternidad ni prosperaría una acción de reclamación de paternidad frente a dicho conviviente.<sup>152</sup>

Ahora bien, puede suceder, que una vez producido el nacimiento, el conviviente reconozca al nacido. Se trataría en este caso, de un reconocimiento de complacencia, por lo que, lo más aconsejable, sería que el conviviente adopte al nacido, para evitar las impugnaciones que pueden plantear dichos reconocimientos.

#### **4- A MODO DE CONCLUSION:**

En los apartados anteriores he analizado las distintas situaciones que pueden presentarse, y hemos podido percibir la importancia que tiene el elemento volitivo en la determinación de la filiación en cada una de ellas.

Cada uno de estos supuestos, por ser una situación distinta, en la que se combinan distintos elementos, supone un análisis y una solución también diferente; sin embargo hay un elemento común: el elemento volitivo, que en

---

<sup>152</sup>PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada... Op. cit. Pág. 191.

mayor o menor medida adquiere una relevancia decisiva en la determinación de la filiación.

De esta manera, y a modo de recapitulación, podemos concluir con la siguiente síntesis:

#### **-DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN CASO DE MATRIMONIO**

#### **-PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL MARIDO**

Tratándose de reproducción asistida homóloga con consentimiento del marido, el niño será hijo del marido de la madre, no sólo porque rige la presunción de paternidad, sino porque, además, coincide el elemento volitivo y el genético en éste, lo que transforma la presunción en iure et de iure.

En los supuestos en los que el niño nace fuera de la presunción de paternidad, ésta igualmente le corresponde al marido (o ex marido) de la mujer, ya sea porque así lo ha consentido previamente – de modo que ya no puede retractarse o desdecirse, porque iría en contra de sus propios actos y en contra del principio de la buena fe -, o porque así quedaría determinada por la prueba de filiación que en su caso se realice.

De esta manera, cuando la reproducción asistida se ha llevado a cabo con gametos del marido, habiéndose prestado el consentimiento necesario, habremos de atenernos a la paternidad biológica o genética la cual coincide por lo demás con la que es o debe ser legal.

#### **-PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL MARIDO**

Tratándose de procreación asistida homologa pero sin consentimiento del marido, si el niño nace vigente la presunción de paternidad, no obstante esta falta de voluntad, tendrá como padre al marido de la madre. Es decir, aunque consideramos que el elemento volitivo es el determinante en las relaciones de filiación derivadas de las TRA, en este caso, en el que el marido aporta el elemento genético pero no su voluntad, ésta debe ceder ante otros

principios fundamentales, como es el favor filii, sobre todo, si tenemos en cuenta que esa paternidad, de todas maneras quedaría acreditada por la prueba biológica. No obstante el marido podría reclamar indemnización. Incluso, al no haber mediado su consentimiento, podría impugnar la paternidad, aunque esta impugnación carecería de sentido, dado que caería al ser, genéticamente el padre. Realizada la prueba biológica, en su caso, se demostraría que es él el progenitor. Si bien no existe prohibición expresa, en el supuesto de que se ejerza la acción, ésta no prosperaría.

En cambio, si el niño nace una vez disuelto el vínculo, cuando ya no rige la presunción de paternidad, entonces el nacido será sólo hijo de la mujer. Es decir, si una vez disuelto el vínculo matrimonial, la mujer recurre a las técnicas de reproducción asistida, utilizando gametos de su ex marido sin su consentimiento, el nacido sólo será hijo de ella. Se tratará de una filiación extramatrimonial, sólo con respecto a la madre, aunque nada obsta que, posteriormente, el ex marido reconozca al nacido o se declare su paternidad como consecuencia de una acción de filiación.

#### **-PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL MARIDO.**

Cuando se trata de procreación asistida heteróloga con consentimiento del marido, al no coincidir el elemento biológico y el volitivo, en estos casos es el consentimiento unido al matrimonio el que determina la paternidad. Es decir, se deja actuar la presunción de paternidad, blindándola a través de la prohibición de impugnar.

De este consentimiento la ley deduce una filiación matrimonial inimpugnable, viniendo a ser la cobertura legal de un supuesto de discordancia entre la paternidad genética y la nueva paternidad creada por ley.

Lo relevante es el consentimiento, sin que pueda vérselo como una autorización marital, dado que, la mujer tiene libertad para recurrir a esta técnicas, pero, dado su condición de mujer casada y que, por la presunción de paternidad, el hijo que dará a luz, tendrá por padre a su marido, la ley requiere su consentimiento, pero no como una autorización marital, sino como manifestación de que asumirá los derechos y deberes inherentes a la

procreación y para evitar una futura impugnación, que podría tener lugar de no haber mediado éste.

#### **-PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL MARIDO**

En los casos de procreación asistida heteróloga sin consentimiento del marido, la calificación de la filiación, dependerá, del momento del nacimiento.

Si nace dentro de los plazos previstos por la presunción de paternidad, el hijo será, en principio, matrimonial, y la paternidad será atribuida al marido, aunque el marido puede impugnar la paternidad demostrando que se ha producido el nacimiento como consecuencia de dicha IAD, practicada a su mujer sin su consentimiento.

Si no está vigente la presunción de paternidad, será hijo extramatrimonial cuya filiación sólo se determinará respecto de la madre

#### **-DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD EN PAREJA NO CASADA.**

#### **-PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL VARÓN.**

En los casos de procreación asistida homóloga con consentimiento del varón coincide el elemento biológico y el volitivo en el momento de realizarse la técnica, por lo que, una vez que se produzca el nacimiento, el varón puede reconocer según lo previsto en el Art. 120.1 CC español. Si no realiza dicho reconocimiento, la paternidad se podrá determinar mediante sentencia que resuelva la acción de reclamación de paternidad. Se podrá probar solicitando prueba biológica, o bien mediante el escrito de consentimiento para la realización de las técnicas junto al expediente médico que acredita su realización.

#### **-PROCREACIÓN ASISTIDA HOMÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL VARÓN.**

En principio el hijo es sólo de la mujer, dado que, si el varón no prestó su consentimiento, resulta demasiado fuerte atribuirle la paternidad. Es decir, la conducta de la mujer es la causa de que se produzca el nacimiento.

Sin embargo, la situación no es del todo clara, y cabe plantearse si el hecho de que la mujer realice tal conducta debe tener como consecuencia la ausencia de filiación paterna en el nacido. Por ser el material genético suyo, y por el principio del *favor filii*, parece probable que el varón pueda ser declarado padre.

### **-PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA CON CONSENTIMIENTO DEL VARÓN.**

En los casos de procreación asistida heteróloga con consentimiento del varón, el objetivo del consentimiento del varón es que éste asuma la paternidad del hijo. Este es uno de los supuestos en los que se ve con mayor claridad la importancia del elemento volitivo.

Se trata de una mujer soltera, pero un varón, que puede o no convivir con ella, (entendiendo que generalmente será su pareja de hecho), consiente la fecundación de una mujer determinada, por lo que ese consentimiento, implica un reconocimiento. Esto es así, porque de no haber pretendido o no haber querido ese niño, hubiera bastado con no prestar ese consentimiento, que, no es legalmente exigido.

Es decir, si consiente, es porque está dispuesto a traer un hijo al mundo, y por el hecho de no estar casado (lo que implica que no pesará sobre él ninguna presunción de paternidad), no puede luego desdecirse, e ir en contra de los propios actos y principalmente en contra del principio de la buena fe.

### **-PROCREACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO DEL VARÓN**

Como no concurre el elemento biológico ni el volitivo no podrá atribuirse la paternidad ni prosperaría una acción de reclamación de paternidad frente a dicho conviviente

## **CAPÍTULO TERCERO:**

### **ANONIMATO DEL DONANTE**

Históricamente, el anonimato ha sido una pieza importante en la organización de los bancos de semen que inauguraron esta costumbre. Los propios bancos de semen adoptaron la prohibición de revelar la identidad del donante, a no ser que fuera preciso hacer frente a un riesgo muy grave para la vida del nacido de semen donado que requiriese conocer la identidad del padre genético para poder tratar la enfermedad. Tanto los médicos como los centros tenían el mayor interés en preservar en secreto la identidad del titular de los gametos, dada la dificultad de reclutar donantes a los que, además, según la nueva regulación que se iba instaurando en la mayoría de los países europeos – no así en América – no se les podía pagar.<sup>153</sup>

El anonimato del donante es, pues, una costumbre proveniente de la praxis médica que acabó imponiéndose en el resto de los ámbitos y en la propia administración sanitaria.<sup>154</sup>

#### **1- PLANTEAMIENTO**

Al hablar de anonimato del donante debemos comenzar por preguntarnos quién es el padre jurídico-formal y social del ser nacido mediante técnicas de reproducción asistida con intervención de donante, y también qué papel desempeña este último en cuanto transmisor de tal herencia genética, ya que es su relación con el así nacido lo que ahora nos preocupa.<sup>155</sup>

Si bien las legislaciones en la materia no son coincidentes en cuanto a los efectos y extensión de la figura del anonimato del donante, todas han descartado la paternidad del donante anónimo.

---

<sup>153</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. “Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado”. Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Pág. 35.

<sup>154</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. “Regulación jurídica de la medicina...” Op. cit. Pág. 35.

<sup>155</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”. Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 145.

La mayoría de la doctrina también coincide en descartar la paternidad del donante anónimo, aunque una minoría se inclina por determinar la paternidad de éste en determinados supuestos.<sup>156</sup> En este sentido, por ejemplo, PANTALEON, lo admitiría para los supuestos de mujer no casada o que no convive *more uxorio* o de mujer casada o que convive *more uxorio* sin el consentimiento eficaz del marido (que impugna su paternidad) o compañero.<sup>157</sup> Parecería que este autor, ante la falta de otra paternidad, prefiere atribuirla al donante.

Es por esto que considero que, para una mejor comprensión del tema, es conveniente comenzar el análisis de esta figura distinguiendo entre padre y progenitor.

## 2- ROL DE PADRE Y ROL DE PROGENITOR.

Hasta el momento presente era impensable que la paternidad versus maternidad formal o jurídica pudiera dissociarse del componente biológico-genético; sin embargo, de *lege referenda*, las cosas, o, para ser más precisos, la atribución de la paternidad o de la maternidad puede que no coincidan genéticamente. En tal sentido la inseminación artificial y la fecundación in Vitro cuestionan las reglas clásicas de la paternidad y la maternidad.<sup>158</sup>

Así, como vimos anteriormente, la fecundación in Vitro y la inseminación artificial humanas provocan la disociación del elemento genético y del elemento biológico en el nacimiento del ser humano, dado que la aplicación de aquellas técnicas posibilita que el nuevo ser este dotado de un patrimonio genético

---

<sup>156</sup> Véase también AULETTA, quien considera que el donante ha realizado actos inequívocos idóneos para hacer posible la concepción, por lo que debe soportar las cargas correspondientes y a él van en consecuencia atribuidos los derechos-deberes que derivan de la generación. AULETTA. "Fecondazione artificiale: problemi e prospettive. Quadrimestre. 1986. Pág. 55 y ss. Y VIDAL MARTINEZ "Las nuevas formas de reproducción humana ante el derecho civil: introducción y panorama general". RGD. 1986. Pág. 3620 y ss. MORO ALMARAZ, M. J. Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro". Bosch. Barcelona. 1988. Pág. 111 y ss.

<sup>157</sup> Véase PANTALEON PRIETO, F. "Procreación artificial y responsabilidad civil". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 290 y ss.

<sup>158</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Fecundación artificial y derecho". Ed. Tecnos Madrid, 1988.

correspondiente a distintos progenitores que a la sazón no resultan ser sus padres formales (aquellos que jurídica y socialmente asumen dicha función).<sup>159</sup>

Ello implica que hay que diferenciar el rol de padre del rol de progenitor. Es decir, aquel que, *ex voluntate*, asume dicha función social, aunque sanguíneamente el patrimonio genético del hijo no lleve su impronta, de aquél otro que simplemente aporta el material genético sin pretender ninguna relación jurídica de filiación con el ser que nazca fruto de la donación de gametos (esperma u óvulo).<sup>160</sup>

Siguiendo este criterio, LACRUZ BERDEJO separa los conceptos de "padre" y "progenitor": aquél, contiene una carga de sentido sociocultural y jurídico de la que carece este otro término. La progenitura, dice, constituye la circunstancia de la procedencia genética -en su caso, biológica-, será para la Ley, en muchos supuestos, determinante de la paternidad, pero en unión con otras circunstancias: no por sí sola. La paternidad supone que a una persona se le imponen los deberes de padre, con el correlativo conjunto de posibilidades, poderes y funciones, y este fenómeno se determina por causas diversas, entre las cuales entra siempre la responsabilidad por la cohabitación fecunda (no, como único elemento de imputación, la procedencia del gameto), al par que el matrimonio (presuntivamente) y la voluntad de devenir padre formalmente manifestada en la adopción y que constituye en ella el factor más relevante. El Código ha llegado en la adopción a una atribución de paternidad fundada en el afecto y la voluntad de ser padre y desprendida del dato biológico, voluntad que tampoco podrá dejar de ser tenida en cuenta en el momento de valorar ciertas situaciones de fecundación artificial in vitro, y que posiblemente constituye el fundamento de la decisión de diversos códigos extranjeros en orden a conceder e imponer la paternidad al marido que consintió la inseminación heteróloga de su esposa.<sup>161</sup>

En este sentido, los conceptos de padre (y madre) e hijo no son conceptos naturales sino culturales. El concepto natural es el de progenitor y el

---

<sup>159</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Fecundación artificial... Op. cit.

<sup>160</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Fecundación artificial... Op. cit.

<sup>161</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., "La Constitución y los hijos artificiales", *Actualidad Civil*, 1987-2, p. 2037.

de procreado: el concepto jurídico cultural, en cambio, es el de padre y madre, y el de hijo.<sup>162</sup>

Precisamente, la utilización de las TRA constituyen el ejemplo más claro de lo expresado, dado que nos llevan a disociar ambos conceptos. Cuando las TRA son heterólogas, es decir que se recurre y utiliza el gameto de un donante, los roles de padre y progenitor, ya no quedan comprendidos en una misma persona.

En estos casos, y conforme al principio de verdad formal, el rol jurídicamente relevante es el de padre, y no el de progenitor. Es decir, cuando los usuarios de las técnicas de reproducción asistida, son una pareja (casada o de hecho), tenemos un varón que consiente, que desea la inseminación o fecundación, y que quiere - porque así lo ha consentido, es decir, así resulta de su voluntad -, asumir esa paternidad, y por ello se convierte en “padre”. Mientras que la intervención del donante, si bien es necesaria para la existencia del nuevo ser, no tiene, en principio, consecuencias jurídicas. La intervención del donante se agota en ello (en la donación). Por ello cuando distinguimos entre progenitor y padre, es porque queremos destacar que este último es el que tiene importancia, desde una perspectiva jurídica y social.

Las TRA presentan la ventaja y la complicación de relativizar el parentesco biológico en interés de la que se considera como verdadera paternidad: paternidad afectiva, educativa y adoptiva.<sup>163</sup>

En otras palabras, establecida la diferencia entre “padre” y “progenitor”, la cuestión consiste en saber qué paternidad debe ser la protegible, la formal o asumida *ex voluntate*, o si, por el contrario, la relación de filiación viene establecida por su componente genético. En esta disyuntiva, debemos decantarnos por la paternidad formal en base a la importancia de la relación socioafectiva, reforzada dicha situación familiar por la posesión de estado constante de padre, de modo que, la realidad genética debe ceder ante la

---

<sup>162</sup> BLASCO GASCO. “Derecho de familia”. Coordinadores MONTES Y ROCA. Valencia. Tirant lo Blanch. 1991. Pág. 968

<sup>163</sup> MORO ALMARAZ, M. J. “Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro””. Bosch. Barcelona. 1988. Pág. 208.

verdad manifestada por la atribución del rol de padre, voluntariamente asumido.

164

Entonces, quien actúa como padre lo es, no desde una certidumbre biogenética, como en la fecundación por cohabitación, sino desde una convicción meramente voluntarista e institucional; por tanto, si bien no habrá identidad genética, la habrá sin duda familiar.<sup>165</sup>

Caer en el extremo de creer que la paternidad legal debe ser a todo trance biológica, o todo lo contrario, es olvidar multitud de factores que de forma compleja se entrelazan en el mundo de las relaciones humanas. Podremos sostener acertadamente que lo legal debe tratar de coincidir con lo real siempre que sea posible (idea que se ha defendido hasta hoy frecuentemente). Sin embargo, cuando el punto de mira se presta a las relaciones de paternidad concebidas con ayuda de la ciencia, esa teoría no sólo se derrumba sino que se niega apostando por la importancia de la autonomía de la voluntad, del deseo, de la responsabilización, tomados como elementos irrefutables del concepto de paternidad que se sobrepone a cualquier vínculo de sangre.<sup>166</sup>

De este modo puede compartirse la conclusión de que la “filiación no es necesariamente un situación derivada de un hecho biológico... padre y progenitor no son sinónimos. Padre contiene una carga de sentido socio-cultural y jurídico de la que carece el termino progenitor”.<sup>167</sup>

### **3- LA “PATERNIDAD” DEL DONANTE. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA EXCLUSIÓN**

Teniendo en cuenta lo expresado en el apartado anterior, procederé a analizar, con mayor especificidad, los argumentos que suelen utilizarse para

---

<sup>164</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial y derecho”. Tecnos. Madrid. 1988. Pág. 71.

<sup>165</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial... Op. cit. Pág.73.

<sup>166</sup> LABRUSSE-RIOU, C. “Procreation, filiation et volonté individuelle, en Droit de la filiation et progrès scientifiques.” Paris. Económica. 1982. Pág. 71.

<sup>167</sup> MONTES PENADES, “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 185.

excluir la paternidad del donante de gametos. (Cuando éste es anónimo, es decir, no coincide con aquel que aportó el elemento volitivo).

No suelen los autores dedicar mucha atención a investigar el fundamento jurídico de la exclusión de la paternidad del dador de semen y genitor biológico, a pesar de que el predominio del principio de la verdad biológica en todas las legislaciones, que los autores suelen aplaudir, parecería exigir una argumentación muy cuidada.<sup>168</sup>

En la doctrina italiana, encontramos dos importantes autores, que sin citarse mutuamente, nos proporcionan argumentos concluyentes, para excluir la paternidad del donante de semen.

### **3-a- POSTURA DE TRABUCCHI.**

Trabucchi considera que “la derivación biológica respecto de los autores de la vida no agota la complejidad de las relaciones de paternidad y de maternidad, que tienen para el Derecho un valor, no puramente cognoscitivo, sino en cuanto que acompañan al hombre en el tiempo posterior al nacimiento”. (...) “Para la relación de paternidad, se requiere, junto y además de la presencia del factor físico, un elemento de autorresponsabilidad (que llamaremos de “responsabilidad”)”.<sup>169</sup>

Para TRABUCCHI, “si el productor del semen permanece ajeno al empleo que otro le dé, no se convierte en padre, (...) no es suficiente el control del origen del semen: no basta una producción genérica de esperma para crear hipotéticas paternidades.” Para él, “falta el elemento de autorresponsabilidad de los actos socialmente relevantes.”<sup>170</sup>

### **3-b- POSTURA DE VERCELLONE**

---

<sup>168</sup> DELGADO ECHEVERRÍA. “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988.pág. 211.

<sup>169</sup> TRABUCCHI, A., “Procreazione artificiale e genética umana nella prospettiva del giurista”. En Rivista di Diritto civile. XXXII, num. 5, págs. 495-511. 1986.

<sup>170</sup> TRABUCCHI, A., “Procreazione artificiale... Op. cit. Págs. 495-511.

Para VERCELLONE, sería la “voluntariedad” el elemento decisivo.

Sostiene este autor que: “Más o menos conscientemente la atribución de la paternidad se ha fundado sobre la responsabilidad de la penetración del hombre en la mujer. Esta penetración ha sido vista como hecho voluntario del hombre, haciéndose depender de esta voluntariedad la responsabilidad y, por tanto, la paternidad. En efecto, la voluntariedad de la penetración por parte del hombre es estadísticamente tan probable que ha sido siempre considerada – y debe considerarse también hoy – como atributo natural, más aún, cierto, de la penetración misma. Se puede por tanto afirmar, que también en materia de fecundación natural, la atribución de la paternidad está en función no sólo de la derivación genética, sino también de la voluntariedad del acto necesario para que pueda tener lugar la transmisión genética.” (...) “Parece por tanto coherente, en la investigación acerca de los criterios de atribución de la paternidad en los casos de fecundación artificial, considerar, como esencial para la atribución, nuevamente un elemento de voluntariedad por parte del hombre”. (...) “Es padre aquél cuyo semen ha sido utilizado para la fecundación de una mujer, pero sólo si ha querido que su semen fuese utilizado precisamente para la fecundación de esa mujer.”<sup>171</sup>

### **3-c-DOCTRINA ESPAÑOLA**

En la doctrina española, también encontramos reconocidos autores que aportan argumentos contundentes para excluir la paternidad del donante anónimo.

Así, por un lado, RIVERO HERNÁNDEZ sostiene que tanto histórica como conceptualmente y, sobre todo, en nuestro actual sistema jurídico, paternidad es algo más rico y complejo que la mera aportación de semen para una inseminación anónima, al menos en la forma en que se produce habitualmente aquella: por cesión gratuita a un centro especializado para que en éste sea aplicado a mujer normalmente desconocida por el donante, quien

---

<sup>171</sup> VERCELLONE, P., “La fecondazione artificiale”, en *Politica del Diritto*, XVII, num 3, págs. 383-423. 1986.

no sabe siquiera si llegará a emplearse, que no desea ser padre y se desentiende del destino de un semen y del resultado de la inseminación.<sup>172</sup>

Para LLEDÓ YAGÜE la dación de semen no comporta la responsabilidad natural del acto sexual, ni tampoco es procreativo, *iure proprio*, en ese momento, sino que es UN ACTO QUE *PER SE*, ES SÓLO IDONEO PARA LA GENERACION, PERO NO LA PROVOCA. Así pues, no es aquella donación un medio autosuficiente individualmente considerado para desencadenar, por sí misma, por la propia naturaleza de las cosas, ninguna fecundación, sino que, por el contrario, se requiere una instrumentalización y manipulación humana exterior en el recurso del proceso generativo, de modo y manera que la intervención del tercero sea quien decida, tanto la finalidad procreativa o no de aquella aportación (procediendo a la efectiva inseminación), como la propia elección de la receptora idónea desconocida para el donante de gametos en todo momento. Obsérvese que, a diferencia de lo que ocurre en la fecundación natural copulativa, en la que, prescindiéndose, en todo caso, del factor voluntarista – querer o no querer ser padre – la procreación ocurre, porque de suyo, al producirse el coito, se realiza, *ab intrínseco*, los actos naturales que, de suyo, son propios para desencadenar la fecundación. (...) Con su actuación, el sujeto cohabitante pone (quíéralo o no, es dato irrelevante) todos los medios necesarios para que la fecundación acontezca, de forma que, en ningún caso colaboran terceras personas coadyuvando el proceso, sino exclusivamente factores intrínsecos en su consiguiente devenir, obrando la propia naturaleza según sus designios... En sentido contrario, en la reproducción humana asistida el acto de la donación de semen es insuficiente para provocar la efectiva fecundación, sino que la voluntariedad y el determinio de un tercero (médico especialista) hace depender la potencialidad fecundante del gameto donado, eligiendo a la receptora idónea.<sup>173</sup>

---

<sup>172</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”. Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 149.

<sup>173</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial y derecho”. Tecnos. Madrid. 1988. Pág. 53.

También MORO ALMARAZ considera que, como criterio general, para nuestro sistema, deberíamos excluir que existe el presupuesto de la paternidad por el sólo hecho de haber ofrecido el propio semen. Encontramos aquí la distinción entre el elemento cognoscitivo de presupuestos biológicos del propio origen y el elemento jurídico creador de relaciones entre los sujetos en la transmisión de la vida: estos últimos ligados a un sentido de responsable actividad del hombre. Hay que retener que la donación de semen, o de óvulo, no crea por sí una relación que comprenda que quien hace tal aportación traerá la vida. Aunque es incuestionable que facilita los medios insustituibles para que alguna relación de ese tipo pueda darse. El donante ofrece los medios para que un hijo sea procreado, pero no es él quien pone en marcha las intervenciones con las que la procreación del hijo directamente se produce.<sup>174</sup>

#### **4- LA FIGURA DEL ANONIMATO DEL DONANTE.**

Una vez aclarados los conceptos y las distinciones de los apartados anteriores, procederé a analizar la figura del anonimato del donante.

##### **4-1- PLANTEAMIENTO EN DOCTRINA.**

Podemos distinguir tres planteamientos<sup>175</sup>:

1 – planteamiento maximalista.

Quienes optan por esta postura consideran que el nacido ha de conocer al donante de quien procede, y podrá reclamarle la paternidad.

Unos autores entienden que esta posibilidad existiría en todos los supuestos (concepción eminentemente genetista de la filiación y de la paternidad), y otros la limitan a determinados casos<sup>176</sup> (fundamentalmente, cuando el nacido no tenga otra posibilidad de tener padre).

---

<sup>174</sup> MORO ALMARAZ, M. J. "Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro"". Bosch. Barcelona. 1988. Pág. 218.

<sup>175</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Págs. 157 y ss.

<sup>176</sup> Véase PANTALEON PRIETO, F. "Procreación artificial y responsabilidad civil". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 290 y ss.

2 – planteamiento minimalista.

Los que sostienen esta posición defienden el anonimato del donante en todo caso. Es la regla de conducta de los centros médicos. En ocasiones se confunde con el secreto profesional.

Se considera que es la mejor forma de defender la ausencia de relación jurídica entre donante y nacido.<sup>177</sup>

3 – posición intermedia.

Encontramos dos soluciones posibles lejos de los extremismos de aquellas<sup>178</sup>:

- la de los que preconizan que el nacido por IAD sólo puede conocer los **datos biogénéticos** del donante en cuanto transmisor de una rica herencia genética con importante repercusión en la vida y salud de aquel, datos que no se le pueden negar, bien con base en un derecho a la salud de la persona, o en un derecho a conocer la propia identidad biológica, de la que tales datos forman parte.<sup>179</sup> Conocido como “anonimato relativo”.
- La posición de quienes defienden el Derecho a conocer la **identidad personal** del donante de gametos, mas sin otra consecuencia jurídica ni derechos.<sup>180</sup>

## 5- POSTURAS DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

Teniendo en cuenta los tres planteamientos del apartado anterior, en la doctrina española nos encontramos con tres posturas:

### 5-1- No se debe aplicar el principio de verdad biológica que establece el Art. 39 CE:

Defendida entre otros por LACRUZ, quien deduce que no cabe hacer responder al donante de gametos por el acto de procreación pues la LTRA establece en su Art. 6-5 la intercambiabilidad y aleatoriedad del material

<sup>177</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 204.

<sup>178</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. “La investigación de la mera... Op. cit. Pág. 154.

<sup>179</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. “La investigación de la mera... Op. cit. Pág. 154-155.

<sup>180</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. “La investigación de la mera... Op. cit. Pág.155.

reproductor lo que da lugar a una especie de "*exceptio plurium concubentium*" internacional de que dispone el donante frente a la receptora y el hijo. Y por otra parte, que la "ratio" del Art. 39.2 es el de solucionar el problema del hombre que escapa de sus responsabilidades respecto al hijo.

## **5-2- Se debe aplicar el Principio de verdad biológica en determinados casos e incluso poder establecerse la filiación en protección del hijo:**

Defendida entre otros por PANTALEÓN quien estima inconstitucional el Art. 5-5 LTRA en relación con el Art. 39.3 CE en los casos en que el hijo se quedaría sin padre legal, bien porque la madre no fuera casada, o no conviviere "*more uxorio*" o cuando la fecundación se hubiera realizado sin el consentimiento eficaz del marido o compañero.

También sigue esta postura MORO ALMARAZ, para quien el anonimato del donante no puede significar un veto a la investigación de la paternidad, aunque en sí mismo ya constituye un auténtico obstáculo para que tenga un resultado positivo. Sostiene la autora que, si, por algún medio, se hubiera llegado a conocer quién es el donante y se ejercitase una acción de reclamación, será el Juez quien estudiara las distintas connotaciones del supuesto y el beneficio del hijo. Puede suceder que el hijo por IA de una mujer sola reclame la paternidad del donante. También es posible que este reconozca al hijo y no se le ponga ningún impedimento por la madre o el hijo. ¿Por qué tendría que significar la donación anónima dato suficiente para prohibir cualquier legitimación para reclamar paternidad y maternidad, y en todo caso?<sup>181</sup>

En esta línea se encuentra también HORTAL, para quien la supresión del anonimato llevaría consigo una forma de establecer las relaciones conyugales y paterno filiales de forma más acorde a la realidad de los hechos. Es verdad que esto supondría una modificación importante en la configuración actual de la familia nuclear. El niño tendría una madre y dos padres, de la misma manera que en otros tiempos se podía tener una "madre de leche", además de la madre propiamente dicha. Socialmente el papel del padre

---

<sup>181</sup> MORO ALMARAZ, M. J. "Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro"". Bosch. Barcelona. 1988. Pág. 111.

genético no tendría porque tener mucho relieve. Esto llevaría, por supuesto, a buscar los donantes en el círculo de amigos o familiares.<sup>182</sup>

### **5-3- Existe derecho a conocer la identidad del donante aún cuando ello no determina la filiación:**

Defendida por RIVERO HERNÁNDEZ, en cuya opinión el hijo debe poder conocer la identidad del donante sin que quepa en ningún caso determinar la filiación respecto de él, con base en principios que escapan del Art. 39 CE: pues la investigación de la paternidad sin vincularla a la determinación de la filiación no está contemplada en el Civil, que no reconoce una acción de investigación de la paternidad al margen de las acciones de filiación legalmente establecidas y el descubrimiento de la verdad biológica o investigación de la paternidad pasa por el ejercicio de estas acciones previstas en el C. Civil, las cuales no se pueden aplicar -según el autor- al caso que nos ocupa.

Estima el autor que “el derecho a conocer el origen biológico del nacido por IAD, la investigación de esa relación genética, es un derecho inalienable innegable a quien tenga aquel origen, el primero y más natural por el mero hecho de haber nacido y uno de los derechos fundamentales de la persona.” (...) “Mas la determinación de esa relación genética, el conocimiento de la identidad – no sólo meros datos fenotípicos o genotípicos – del donante de gameto responsable de la herencia genética del hijo, no significará ninguna relación jurídica. El donante de gameto identificado por este procedimiento, debe quedar desvinculado jurídicamente del ser que nazca de él, no sólo en el sentido de que no se le pueda hacer reclamación alguna de paternidad/maternidad formal, y sus consecuencias jurídicas (alimentos, derechos sucesorios y demás), sino de cualquier otra reclamación o indemnización (por ejemplo, por haber contribuido causal y biológicamente al nacimiento y a una vida desgraciada), ni responsabilidad, salvo por ocultación

---

<sup>182</sup> HORTAL A. “Criterio de valoración moral de las nuevas técnicas de reproducción humana”. En GAFO, J. Dilemas éticos de la medicina actual. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1986. Pág. 415.

dolosa o culposa de datos sobre su propia herencia biológica o taras similares (en cuyo caso operarían las reglas generales de responsabilidad).”<sup>183</sup>

El autor defiende el derecho a conocer el propio origen sosteniendo que estamos ante el derecho de toda persona a conocer su origen, la estructura profunda y causal de su personalidad, elementos que contribuyen a formarla y deformarla. Entiende que es un derecho que le corresponde al nacido por IAD, porque tiene el derecho (subjetivo) a conocer una realidad que le afecta muy gravemente, y que de otra manera, si le fuere negado aquel, le sería disimulada, ocultada la realidad: porque aunque formal y jurídicamente pase por ser hijo de ciertas personas, su procreación y filiación es distinta de la de otros nacidos. Afirma que el problema no es nuevo, sino muy próximo al más conocido y mejor estudiado por sociólogos y psicólogos, en materia de adopción, acerca de si el adoptado debe conocer, y cuándo, su origen y si fue engendrado por personas distintas de las que figuran como sus padres.<sup>184</sup>

En conclusión, el autor enfatiza que, “con independencia de la filiación, que estimamos ya determinada y sometida a su propia normativa, y como relación diferente de ella, estimo que el derecho a conocer el origen biológico del nacido por IAD, la investigación de esa relación genética, es un derecho inalienable innegable a quien tenga aquel origen, el primero y más natural por el mero hecho de haber nacido y uno de los derechos fundamentales de la persona que protege el art. 10.1 de la CE, y a ejercitar por él con total independencia de la acción de reclamación de filiación y su régimen jurídico.”<sup>185</sup>

Con similar criterio, LLEDÓ YAGÜE, opina que debe permitírsele al hijo, llegado la mayoría de edad o emancipación, conocer la identidad genotípica de su progenitor y, con el consentimiento de éste, su propia personalidad; pero sin que pudiera pretenderse por ninguna de las partes afectadas incoar un proceso de determinación legal de la filiación.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”. Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 163.

<sup>184</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “La investigación de la mera ...” Op. cit. Pág. 161

<sup>185</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “La investigación de la mera ...” Op. cit. .pág. 163.

<sup>186</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial... Op. cit. 1988.

Esta postura también es compartida por ROCA, quien sostiene que la cuestión del derecho a conocer el propio origen genético debe basarse en la protección de los derechos de la personalidad, recogida en el art. 10.1 de la CE y que ello nunca debe provocar una alteración en las relaciones paterno-filiales establecidas con los sistemas que la ley disponga. En consecuencia, lo que aquí se propugna es que la investigación de la paternidad/maternidad sea regulada como un medio para llegar a conocer el propio código genético y no un medio para reclamar la paternidad/maternidad en estos casos. De aquí se deduce que lo que se propugna es que no existe un derecho fundamental a que la paternidad/maternidad, constatadas con los sistemas que legalmente se establezcan, coincidan con la realidad biológica. El hacer anónima la donación de gametos dificulta el conocimiento de quien fue el donante, y puede llegar a impedir el ejercicio de una acción de reclamación de paternidad/maternidad; pero esta dificultad es sólo esto y dado que los datos médicos deben ser conservados, no puede impedirse el derecho a conocer el propio origen, aunque sin consecuencias para la filiación<sup>187</sup>

## **6- ADMISIBILIDAD DEL ANONIMATO DEL DONANTE**

En doctrina encontramos distintos argumentos de diversos tipos, a favor y en contra del anonimato del donante.

### **6-a- ARGUMENTOS A FAVOR DEL ANONIMATO.**

Siguiendo a PEREZ MONGE, podemos citar los siguientes:<sup>188</sup>

1- desde un punto de vista psicológico:

- a- el anonimato fortalece la relación parental de la pareja receptora respecto del hijo, impidiendo toda relación del hijo con el

---

<sup>187</sup> ROCA TRIAS, E. "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 43

<sup>188</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada... Op. cit. Pág. 209 y ss.

- donante.<sup>189</sup> No conviene – se dice- que haya ninguna interferencia afectiva de otra persona, ni que el niño pueda conocer su origen biológico para que no haya desviación afectiva ni influencia sobre él del donante.<sup>190</sup>
- b- El conocimiento del donante puede llevar a resultados contrarios a la protección integral de los hijos.<sup>191</sup>
  - c- Su finalidad sería evitar la eventualidad de remordimientos de conciencia en el donante o en el receptor, y en concreto, que alguien abuse de la situación por el chantaje utilizando los sentimientos de las personas intervinientes.<sup>192</sup>
- 2- desde un punto de vista médico.
- a- de este modo se garantiza la protección del secreto profesional.<sup>193</sup>
- 3- desde un punto de vista práctico.
- a- es un medio para garantizar la existencia de donantes<sup>194</sup> (quienes no pretenden tener un hijo), y en consecuencia la subsistencia de estas prácticas.<sup>195</sup>
- 4- desde un punto de vista jurídico.
- a- las declaraciones constitucionales sobre investigación de paternidad son un instrumento para la protección de los niños,

---

<sup>189</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, “Procreación asistida y derechos fundamentales”. Madrid. Tecnos, 1998. Pág. 181.

<sup>190</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”. Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 157.

<sup>191</sup> GAFO, “Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho”. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1986. Pág. 111-112.

<sup>192</sup> FABREGA RUIZ. “Biología y filiación... Op. cit. Pág. 103.

<sup>193</sup> GAFO, “Las nuevas técnicas... Op. cit. Pág. 112.

<sup>194</sup> En Inglaterra, la donación no es anónima, y si al cumplir los 18 años la persona nacida mediante una donación desea saber quiénes son sus padres, puede averiguarlo, con lo que hay pocos voluntarios y las listas de espera son muy largas. Fuente: EL PAIS. Las parejas extranjeras buscan embriones en España. La demanda crece por la mayor permisividad de la ley y la buena reputación. MÓNICA L. FERRADO - Barcelona - 09/08/2008

<sup>195</sup> HERNANDEZ IBAÑEZ. “Nuevas técnicas de procreación artificial: consecuencias jurídicas”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 4, octubre 1986. Pág. 496-500.

permitiendo así la reclamación de la paternidad de su progenitor en determinados supuestos en los que históricamente no era posible. No pensó el legislador en las técnicas de reproducción asistida, sino que se redactó en atención exclusiva a las formas naturales de procreación.<sup>196</sup>

- b- Se considera como medio para evitar que el donante ejercite una eventual acción de reclamación de filiación extramatrimonial.<sup>197</sup>
- c- El derecho a conocer los orígenes no se considera un derecho fundamental.

Otros aducen el derecho a la intimidad del donante<sup>198</sup>, entendida en el sentido de que otras personas no puedan saber el empleo que hace el donante de sus aptitudes genésicas, y el que el empleo de su semen ha dado lugar a una nueva vida de la que permanece desvinculado, intimidad que podría verse lesionada si fuera investigada y conocida la donación de gametos.<sup>199</sup>

Sin perjuicio de la protección que le depara la Constitución cuando al amparo del art. 18.1 tiene derecho a que se le garantice su intimidad, derecho a la intimidad que tiene como sujeto activo a la persona individual y como sujeto pasivo tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos<sup>200</sup>, luego, los Bancos respectivos de semen y el Registro Nacional de Donantes no podrían facilitar información alguna.<sup>201</sup>

---

<sup>196</sup> GAFO, "Las nuevas técnicas... Op. cit. Pág. 112.

<sup>197</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana". Revista La Ley, 19 de abril de 1985. Pág. 2.

<sup>198</sup> Sin duda la voluntad del donante es que no se conozca su identidad, de lo contrario podrían surgir numerosos problemas, por ejemplo con su familia, si la tuviere, en todo caso, por las responsabilidades que asumiría derivadas de su consideración como padre, sería absurdo cargarle con las consecuencias de la procreación cuando únicamente ha aportado material genético.

<sup>199</sup> VIDAL MARTINEZ "Las nuevas formas de reproducción humana ante el derecho civil: introducción y panorama general". RGD. 1986. Pág. 3620 y ss.

<sup>200</sup> Cf. SERRANO ALBERCA, J. M. <sup>a</sup>, *Comentarios a la Constitución* (Dirigidos por GARRIDO FALLA, F.), Madrid, Civitas, 1980, p. 233. Citado por 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 Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas. DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coordinadora). Dykinson, 2007. Pág. 51.

<sup>201</sup> 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

## 6-b- ARGUMENTOS EN CONTRA DEL ANONIMATO DEL DONANTE.

Siguiendo a PEREZ MONGE, podemos citar los siguientes:<sup>202</sup>

- 1- desde un punto de vista psicológico:
  - a- se considera una contradicción que el hijo pueda conocer características genéticas, y no la identidad del donante. La reacción de algunos que sepan que han nacido de inseminación artificial con intervención de donante, será conocer su origen<sup>203</sup>, y negarle ese derecho puede provocar graves problemas psicológicos.<sup>204</sup>
  - b- El interés del niño – desde este punto de vista psicológico – no obliga a revelar su origen pero si obliga a no impedirle acceder al mismo.<sup>205</sup>
  - c- La necesidad que el hijo tiene de veracidad y sinceridad acerca de su origen biológico.<sup>206</sup>
  - d- La prohibición de conocer la raíz genética puede producir malestar individual y social.<sup>207</sup>
- 2- desde un punto de vista médico.

---

Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas. DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coordinadora). Dykinson, 2007. Pág. 51.

<sup>202</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 212 y ss.

<sup>203</sup> Una investigación presentada estos días en la conferencia europea de reproducción asistida que se está celebrando en Barcelona (ESHRE, según sus siglas en inglés), ha demostrado que para los niños nacidos a partir de un donante de semen lo mejor es conocer el origen de su concepción cuanto antes.

El trabajo, encabezado por Vasanti Jadva, de la Universidad de Cambridge (Reino Unido), señala que los chicos que se enteran de ello en edades más tardías suelen experimentar más sentimientos de confusión y rabia contra sus progenitores que los que antes se enteran de que son fruto de una donación de semen. Por ello recomiendan a los padres de estos niños que les hablen de sus orígenes cuanto antes; sin esperar a que alcancen la mayoría de edad.

FUENTE: EL MUNDO. 'Tu padre es un donante de semen'. MARÍA VALERIO 07/07/2008.

<sup>204</sup> RAMIREZ NAVALON, “Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas.” Revista general de Derecho, 1987. Pág. 6562.

<sup>205</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 212 y ss.

<sup>206</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 212 y ss.

<sup>207</sup> SANCHO REBULLIDA, “Los estudios y las líneas previsibles de la futura regulación española”, en La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium. Madrid. 1988. Pág. 109.

- a- la finalidad de conocer al donante es que el nacido pueda obtener información médica, habitualmente incompleta.<sup>208</sup>
- b- No existe secreto profesional médico respecto del donante.<sup>209</sup>
  - 3- desde un punto de vista práctico.
    - a- el derecho a conocer los orígenes no impide que haya donaciones. Sin embargo cambia el tipo de donantes, que pasan de ser estudiantes en su mayoría en el caso del anonimato a varones casados con hijos en el supuesto de ausencia de anonimato.<sup>210</sup>
    - 4- desde un punto de vista jurídico.
      - a- no parece justo negar a ciertos seres humanos el derecho a conocer quién es su padre biológico. Un anonimato absoluto discrimina a los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida respecto de los nacidos por procreación natural.<sup>211</sup>
      - b- El anonimato “no es sino una construcción *ad hoc* que en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada – el hijo y su derecho a la intimidad – lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de responsabilidades de las restantes personas implicadas en la operación. Podría llevar a la instrumentalización del hijo, que puede ver cercenado su derecho a conocer quien fue su progenitor biológico o a contar con ese dato para la defensa de sus intereses morales o materiales”.<sup>212</sup> SOLER BELTRÁN enfatiza sosteniendo que, “Estudios recientes en el campo de la genética humana muestran que la herencia biológica contribuye al menos tanto como la crianza a conformar los rasgos psíquicos de una persona y no

<sup>208</sup> SILVA RUIZ, “El Derecho de Familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro”. Tapia. Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia de Cáceres. Diciembre 1987. Pág. 40.

<sup>209</sup> PANTALEON, “Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida”. Jueces para la democracia. Diciembre de 1988. Pág. 33.

<sup>210</sup> La directora de la Fundación Nacional para la Donación de Gametos de Gran Bretaña (en declaraciones que recoge el periódico ABC, sábado 2, de abril de 2005. Pág. 57) Laura Witjens, indicó que la experiencia de países que, como Suecia, han eliminado ya el anonimato demuestra que al principio se produce una clara reducción de donaciones por parte de jóvenes estudiantes, después el perfil del donante cambia y aumenta el de personas adultas que, cuando tienen hijos, se percatan de los problemas que envuelve la creación de una familia.

<sup>211</sup> MORO ALMARAZ, “Aspectos civiles de la inseminación... Op. cit. Pág. 109.

<sup>212</sup> VIDAL MARTINEZ, “Las nuevas formas de reproducción humana ante el derecho civil: introducción y panorama general”. RGD, 1986. Pág. 3718-3719.

sólo sus rasgos físicos. En tales condiciones el anonimato del donante implica una fuerte restricción para el libre desarrollo de la personalidad del hijo. En un plano estrictamente jurídico, entiende el autor, que el anonimato del donante es una construcción "ad hoc" que trata de salvaguardar intereses de las personas que intervienen en las actuaciones medico-biológicas de la reproducción asistida pero que impiden el ejercicio de derechos básicos del hijo, entre los mismos el Derecho a conocer su origen.<sup>213</sup>

- c- El derecho a conocer la propia identidad se considera como un derecho fundamental. Así RIVERO HERNANDEZ afirma: "el conocer el propio origen es un derecho fundamental de toda persona, relacionado (en cuanto que la determina) con su identidad de persona concreta y diferente de cualquier otra, individual y socialmente; por tanto, también con su propia personalidad, a cuya definición y desarrollo contribuye desde sus primeros estadios y en el futuro. Derecho relacionado igualmente con la dignidad de la persona y con su propia intimidad en sentido positivo, a la que afecta muy directamente."<sup>214</sup> Entiende que no es suficiente que el hijo conozca los datos genotípicos e incluso fenotípicos del donante, que le son suministrados con una finalidad sanitaria. Pienso -dice- que la preocupación de toda persona por su origen no queda satisfecha con saber únicamente que lleva genes de un hombre alto, rubio, con RH positivo y sano, pero depresivo. Hay muchos datos que interesan menos a los médicos y más a la persona, como son los caracterológicos y demás, datos que la propia identidad de la persona del donante, no veo - sostiene - razón suficiente para serle negados a quién los va arrastrar toda la vida sin haberlos elegido.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> SOLER BELTRÁN A. C., "La cuestión del anonimato del donante de gametos". En Noticias Jurídicas, Mayo 2002. [http://juridicas.com/areas\\_virtual/Articulos/45-Derecho%20Civil/200205-256815410231341.html](http://juridicas.com/areas_virtual/Articulos/45-Derecho%20Civil/200205-256815410231341.html).

<sup>214</sup> RIVERO HERNANDEZ, "Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el Derecho Español". ADC, 1997-I. Pág. 22-23.

<sup>215</sup> RIVERO HERNÁNDEZ. "Las nuevas formas de reproducción humana", Cuadernos Civitas, Madrid 1988.

- d- La investigación de la paternidad es un derecho de los interesados, no existiendo deberes de información de oficio.<sup>216</sup>
- e- Se han de defender los derechos fundamentales del nacido y no el interés de un grupo de presión de médicos interesados en la práctica de IAD.<sup>217</sup>

## **7- EL ANONIMATO RELATIVO. LA REGULACIÓN DE LA LEY SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.**

Establece la LTRA en su Art. 5-5:

*“La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.*

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

*Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.”*

Y en su Art. 8-3

*“La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5.5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación.”*

De la LTRA se desprende que la donación será anónima, manteniéndose en secreto los datos acerca de la identidad del donante. No

---

<sup>216</sup> SIMO SEVILLA, “La medicina moderna de la procreación en el derecho de Familia y en el derecho sucesorio”. Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995. Pág. 136.

<sup>217</sup> PANTALEON, “Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida”. Jueces para la democracia. Diciembre de 1988. Pág. 33.

obstante, se reconoce tanto a las receptoras de gametos como a los hijos, el derecho a obtener información general sobre el donante, excepción hecha de su identidad, la cual sólo podrá revelarse en supuestos excepcionales que el legislador concreta en:

Aquellos casos en que exista peligro cierto para la vida o la salud del hijo o que proceda conforme a las normas procesales penales. No obstante si por esta vía llegara a conocerse la identidad del donante, ello no implicará en ningún caso la determinación legal de la filiación.

Por ejemplo, si el hijo requiere de un trasplante de médula ósea de un familiar que sea histocompatible y se trata de un claro caso de peligro para el hijo, podría contactarse al donante o "progenitor biológico" para determinar si es histocompatible y, de ser así, solicitar su consentimiento para donar médula ósea. Sin embargo, en ningún caso implicaría publicidad de la identidad del donante. En relación a la siempre ambigua frase "cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales", se podría referir a casos de donantes malintencionados que oculten enfermedades transmisibles e incurrieran por ello en un delito de lesiones a la descendencia.<sup>218</sup>

## **8- SOBRE LA POSIBILIDAD DEL DONANTE DE REVOCAR LA DONACIÓN**

A primera vista, la nueva Ley de 2006 mantiene el discutible criterio de restringir la libre revocabilidad de la donación de gametos, aunque suavizando considerablemente los rigurosos términos de la Ley de 1988. Conforme al nuevo régimen, la revocación sólo será posible *"cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquellos estén disponibles"*. La novedad respecto al régimen preexistente reside en la supresión de la referencia a la infertilidad sobrevenida del donante como única causa de necesidad que podía justificar la revocación; supresión que, siendo en sí misma acertada, plantea el problema de delimitar cuándo podrá entenderse que el donante "precisa para sí los gametos" o, dicho de otro modo, si será posible calificar de improcedente la revocación por no existir una

---

<sup>218</sup> ÁLVAREZ, J. G.; DÍEZ SOTO, C. "Artículo 5. Donantes y contratos de donación". En . LLEDÓ YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., MONJE BALMASEDA, O. Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Dykinson. 2007.

causa de necesidad que lo justifique. Posiblemente la única interpretación aceptable pasaría por afirmar que el donante podrá revocar libremente su donación sin necesidad de justificar ninguna causa especial, ya que sólo de esta manera queda salvaguardado plenamente el derecho a decidir libremente sobre la propia reproducción, que quedaba manifiestamente en entredicho bajo la antigua regulación. Tal interpretación permitiría, por otra parte, cohonestar lo dispuesto en este art. 5,2 con lo previsto en el art. 11,6, conforme al cual *"el consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados (entre ellos, su donación con fines reproductivos) podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación"*. La -por otra parte discutible- imposición al donante que revoca de la obligación de reembolsar *"los gastos de todo tipo"* originados al centro receptor habrá de suponer sin duda un eficaz factor disuasorio a efectos de evitar actuaciones arbitrarias o caprichosas por su parte, aunque también deberá ser precisada en su alcance, al menos en dos aspectos: por un lado, a la hora de concretar cuáles serán los gastos reembolsables, con objeto de evitar una indiscriminada repercusión sobre el donante de partidas económicas carentes de justificación; por otro, a efectos de aclarar que la eficacia de la revocación no podrá quedar supeditada a la previa satisfacción del reembolso, sin perjuicio de que los centros puedan utilizar todos los mecanismos legales necesarios para hacer efectivo su crédito.<sup>219</sup>

No obstante su relación, la revocación del consentimiento prestado por el marido o el compañero de la usuaria de las TRA, será analizada en el capítulo sexto de esta segunda parte, dedicado al examen del caso Evans c. Reino Unido.

## **9- BREVE REFERENCIA A OTRAS LEGISLACIONES.**

---

<sup>219</sup> ÁLVAREZ, JUAN G.; DÍEZ SOTO, CARLOS MANUEL. "Artículo 5. Donantes y contratos de donación". En LLEDÓ YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., MONJE BALMASEDA, O. Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Dykinson. 2007. Pág. 92 y ss.

La exigencia absoluta de anonimato de los donantes, considerada incompatible con el derecho del nacido a conocer su propio origen, ha desaparecido ya en países como:

**-Suecia:** Admite que cuando el nacido de fecundación asistida heteróloga alcance la madurez suficiente pueda consultar el registro de donación del hospital, con el asesoramiento de la Comisión Asesora de la Seguridad Social. (Art. 4º de la Ley nº 1140 de 20 de diciembre de 1984).

**-Suiza:** La constitución suiza, tras la reforma de 1992, garantiza a toda persona el conocimiento de su origen, y esto se refleja en la ley de reproducción asistida, que permite al nacido por IAD, a su mayoría de edad, obtener los datos sobre la identidad del donante. Así, el art. 119 g de la Constitución de la Confederación Helvética, garantiza el acceso de todas las personas a los datos relativos a su ascendencia. Esta previsión constitucional ha sido desarrollada por los art. 24 y siguientes de Ley federal sobre procreación medicamente asistida. La norma citada ordena al médico encargado de la fecundación asistida que transmita los datos del donante al Registro Civil tan pronto como tenga noticia de que ha tenido lugar el nacimiento, o en defecto de conocimiento, cuando haya transcurrido el plazo del periodo normal del embarazo. A la mayoría de edad, el nacido de semen donado puede obtener los datos relativos a la identidad del donante y de su aspecto físico.

**-Austria:** el nacido de gametos donados tiene derecho a indagar sobre la identidad de su progenitor biológico. Así, el art. 20 de la Ley federal sobre reproducción asistida, de 1.7.1992, también reconoce derecho a conocer identidad de donante.

**-Alemania:** encontramos la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31.1.1989, que considera como un derecho fundamental de la persona el conocimiento de su origen biológico, fundado en la dignidad de la persona y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

**-Reino Unido:** En el Reino Unido los nacidos por reproducción asistida tienen derecho a conocer la identidad del padre biológico al cumplir los 18 años. Los británicos han querido así llevar a la reproducción asistida la misma lógica en que descansa el derecho de los niños adoptados a conocer la identidad de sus padres biológicos. Ese derecho está reconocido por una ley de 1 de abril de 2005 que no se aplica de forma retroactiva, por lo que las donaciones anteriores a esa fecha siguen siendo anónimas y en la práctica no empezará a aplicarse hasta 2023, cuando cumplan 18 años las personas nacidas mediante donaciones posteriores a la entrada en vigor de la ley.

En realidad podrían darse casos un poco antes porque la ley permite que se puedan identificar al padre biológico los menores de 18 años que vayan a formar una familia -y quieran asegurarse de que no son consanguíneos con su pareja- o quieran tener un hijo. La identidad del donante sólo se comunica a sus hijos biológicos, pero no a los familiares de estos.

Las parejas que quieren beneficiarse de una donación tienen derecho a conocer detalles del donante siempre y cuando no puedan identificarle, como el color de los ojos o de la piel. A su vez los donantes tienen derecho a saber si su donación se ha concretado en nacimientos, cuántos y de qué sexo.

Al cumplir 18 años, las personas concebidas mediante donaciones de gametos tienen derecho a conocer el nombre, la fecha de nacimiento y la última dirección registrada del donante. Éste, sin embargo, no contrae ninguna obligación legal o económica para con los hijos si la donación se ha hecho a través de una agencia oficial.<sup>220</sup>

Por el contrario, otras legislaciones mantienen y conservan la figura del anonimato, adoptando una solución prohibitiva:

**Francia:** El artículo 311-20 Código Civil Galo, incorporado por la ley 94-653, de 29 de julio de 1994, niega al nacido la posibilidad de conocer la identidad de su progenitor biológico.<sup>221</sup>

---

<sup>220</sup> Fuente: El País. El Reino Unido permite conocer al donante. WALTER OPPENHEIMER 17/03/2008

<sup>221</sup> Artículo 311-20 (introducido por la Ley nº 94-653 de 29 de julio de 1994 art. 10 Diario Oficial de 30 de julio de 1994) Los cónyuges o concubinos que, para procrear, recurrieran a una asistencia médica que necesite la intervención de un tercero

**-Italia:** La Ley italiana sobre procreación asistida, de 19.2.2004, ha optado por prohibir directamente cualquier supuesto de fecundación de tipo heterólogo (art. 4,3).<sup>222</sup>

**Dinamarca:** en Dinamarca, el Gobierno intentó acabar con el anonimato de las donaciones de esperma por razones fiscales, pero acaba de recular porque las donaciones son habituales entre los estudiantes, que reciben entre 36 y 67 euros en función de la calidad y cantidad del semen.

Además, Dinamarca lleva dos décadas exportando donaciones de semen que han ayudado a que se queden embarazadas más de 15.000 mujeres en el extranjero.<sup>223</sup>

El anonimato del donante también se mantiene en países como Bélgica, Estonia, Finlandia, Letonia, Lituania y Noruega.

Siguiendo con el análisis de estas leyes y en lo que respecta a la posibilidad de establecer un vínculo de filiación entre el niño y el donante, debemos decir que esta existe de manera general en Alemania, y con carácter excepcional en Suecia y Suiza.

---

donante, deberán previamente dar, en condiciones que garanticen el secreto, su consentimiento al Juez o al Notario, que les informará de las consecuencias de su acto con respecto a la filiación.

El consentimiento dado a una reproducción asistida prohíbe cualquier acción de impugnación de la filiación o de reclamación de estado a menos que se sostenga que el hijo no ha nacido de la reproducción asistida o que el consentimiento hubiera quedado privado de efecto.

El consentimiento quedará privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Quedará igualmente privado de efecto cuando el hombre o la mujer lo revoque, por escrito y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia.

El que, después de haber consentido la asistencia médica a la reproducción, no reconozca al hijo nacido compromete su responsabilidad hacia la madre y hacia el hijo. Además, se declarará judicialmente la paternidad no matrimonial de quien, después de haber consentido la asistencia médica a la reproducción, no reconociera al hijo que ha nacido. La acción se ajustará a las disposiciones de los artículos 340-2 a 340-6.

<sup>222</sup> Art. 4. (Accesso alle tecniche) 3. È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.

<sup>223</sup> Fuente: El País. El Reino Unido permite conocer al donante. WALTER OPPENHEIMER 17/03/2008

Es decir, que, mientras que en Suecia ante el conocimiento del donante no se plantea ningún riesgo para éste, ya que este conocimiento no implica relación de filiación, en Alemania, por el contrario, cabe impugnación de la paternidad por el marido de la madre y reclamación de la paternidad del donante.<sup>224</sup>

## **10- LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ANONIMATO DEL DONANTE Y EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN.**

### **10-1- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

La ley sobre Técnicas de Reproducción asistida fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, que se resolvió mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Junio de 1999.

En el caso comentado, los recurrentes alegaban la inconstitucionalidad de la Ley al tener un carácter vulnerador de la garantía constitucional de la familia pues al hablar tanto de pareja humana como de mujer sola, posibilita el anonimato del padre biológico donante, y si bien es verdad que junto a la paternidad biológica tenemos la legal, como la adopción, en esta se trata de proteger el interés del hijo y con la LTRA sólo se busca prohibir la investigación de la paternidad, tratando de salvaguardar intereses de las personas que intervienen en las actuaciones médico-biológicas de la reproducción asistida, pero que impiden el ejercicio de derechos básicos del hijo.<sup>225</sup>

El Abogado del Estado, en su escrito de alegaciones que resume el texto de la sentencia, la analiza como centro de un complejo conflicto de intereses: por un lado, el derecho de la persona a conocer su propia filiación biológica o sanguínea que algunos autores consideran como un Derecho fundamental vinculado a la inviolabilidad de la persona; de otro el derecho a la intimidad personal o familiar que corresponde a los padres jurídicos y la protección que el

---

<sup>224</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida". Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. 2002. Pág. 201 y ss.

<sup>225</sup> SOLER BELTRÁN A. C., "La cuestión del anonimato del donante de gametos". En Noticias Jurídicas, Mayo 2002. [http://juridicas.com/areas\\_virtual/Articulos/45-Derecho%20Civil/200205-256815410231341.html](http://juridicas.com/areas_virtual/Articulos/45-Derecho%20Civil/200205-256815410231341.html).

estado debe dispensar a la estabilidad de las relaciones familiares; en fin, el Derecho a la intimidad del donante. La solución legal, a juicio del Abogado del Estado, responde a criterios de razonabilidad en este conflicto de intereses.<sup>226</sup>

Continúa el Abogado del Estado reprochando al escrito de alegaciones su olvido de que las nuevas técnicas reproductivas abocan a la separación de los conceptos de "padre" y de "progenitor", separación que no es tampoco una novedad en el ordenamiento. Del Art. 39CE, se afirma, no cabría deducir una suerte de responsabilidad derivada de la titularidad del gameto, pues basta tener en cuenta la nula relevancia de la voluntad del donante y la intercambiabilidad y aleatoriedad del material genético, como demuestra la dicción del Art. 6.5 de la LTRA (no recurrido y que somete la elección del donante, bajo ciertas condiciones, a la responsabilidad del equipo médico interviniente) así como la del Art. 5.7 tampoco objeto de impugnación.<sup>227</sup>

El Tribunal Constitucional en el F. 15 desarrolla su postura respecto al tema de la pretendida incompatibilidad del Art. 5.5 de la LTRA: *"la donación será anónima"* con lo dispuesto en el Art. 39.2 CE *"La ley posibilitará la investigación de la paternidad"* de la siguiente manera:

*" La Constitución ordena al legislador que " posibilite" la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor. Pues bien, desde esta perspectiva, la Ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional, por infringir lo dispuesto en el Art. 39.2 CE, en la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad.*

*No es éste el caso de la previsión contenido en el Art. 5.5 de la Ley 35/1988, que garantiza la no revelación, como regla, de la identidad de los donantes de gametos. Conviene no olvidar, como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico propio, comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación*

---

<sup>226</sup> SOLER BELTRÁN A. C., "La cuestión del anonimato... Op. cit.

<sup>227</sup> SOLER BELTRÁN A. C., "La cuestión del anonimato... Op. cit.

*paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa de lo dispuesto en el último inciso del Art. 39.2 de la constitución.*

*Habida cuenta de lo expuesto, hemos de rechazar la alegada inconstitucionalidad del Art. 5, apartado 5 de la Ley impugnada. Ha de señalarse, en primer término que el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que de manera excepcional, " en circunstancias extraordinarias" que comporten un comprobado peligro para vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras ratificales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de estos.*

*Por otra parte, los límites y cautelas establecidos en este ámbito por el legislador no carecen de base racional, respondiendo claramente a la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas de reproducción asistida (orientadas – debe nuevamente recordarse – a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana Art. 1.2 de la Ley), con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial, en tanto situadas en un ámbito médico en el que por diversas razones– desde culturales y éticas hasta las derivadas de la*

*propia novedad tecnológica de estos medios de fecundación– puede resultar especialmente dificultoso obtener el material genético necesario para llevarlas a cabo."*

**El Tribunal Constitucional declara que: "la ley enjuiciada sólo podrá ser tachada de inconstitucional por infringir lo dispuesto en el Art. 39.2 CE, en, la hipótesis de impedir, sin razón o justificación alguna, la investigación de la paternidad" Y según el Tribunal constitucional existen tres motivos que justifican la restricción de la investigación de la paternidad en este caso:**

*-La finalidad que pretende la investigación de la paternidad " se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae causa en lo dispuesto en el último inciso del Art. 39.2 CE"*

*-La protección de la identidad del donante no implica una desprotección de los hijos en la medida en que la ley determina el anonimato del donante con un carácter relativo, pues " el anonimato de los donantes que la ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues, de manera excepcional, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante" y también permite a los hijos obtener información general de los donantes, excepción hecha de su identidad " lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos, con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de estos"*

*-También encuentra fundamento en la protección del derecho a la intimidad de los donantes "...el derecho a la intimidad de los donantes,*

*contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso de estas técnicas de reproducción humana artificial"*

## **10-2- POSTURAS EN DOCTRINA**

La doctrina española se hallaba – y se halla, aún después de la sentencia – dividida en torno al juicio de constitucionalidad que merecía la prohibición de revelar la identidad del donante.

En general, aunque con variantes, encontramos dos posturas: una primera que entiende que el anonimato vulnera el derecho a la libre investigación de la paternidad o bien el derecho al libre desarrollo de la personalidad; y una segunda que considera que el art. 39.2 de la CE no era aplicable a los supuestos de reproducción asistida con donante, y que el desarrollo de la propia personalidad del nacido quedaba suficientemente garantizada al permitir al hijo obtener información general sobre su genitor biológico.<sup>228</sup>

Veámoslas en detalle:

### **10-2-1-INCONSTITUCIONALIDAD DEL ANONIMATO DEL DONANTE:**

En general, se afirma que el anonimato de los donantes no puede ser aceptado, estimándose que la Constitución (artículo 39.2) ampara la investigación de la paternidad y por ello, el derecho de las personas a conocer su origen.<sup>229</sup>

Dentro de esta postura, que sostiene la inconstitucionalidad de la figura del donante anónimo, encontramos diferentes argumentos:

---

<sup>228</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. "Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado". Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Pág. 271.

<sup>229</sup>PALACIOS ALONSO. "Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005". En CARLOS ARÁNGUEZ SÁNCHEZ Y CARLOS M. ROMEO CASABONA. Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Dykinson, Enero 2005. Pág. 49.

Una parte de la doctrina considera inconstitucional la disposición del anonimato, por entender que el precepto conculca los siguientes artículos de la CE:<sup>230</sup>

- El art. 39.2, que impone el llamado “principio de verdad biológica” en materia de filiación, así como que el negar a unos hijos la posibilidad de conocer su filiación biológica frente a otros, atenta contra el derecho a la igualdad establecido en el art. 14 CE.<sup>231</sup> También porque ya no podrá ejercerse la acción de investigación de paternidad para reclamar el ejercicio de la función jurídico social de padre.<sup>232</sup>
- El art. 10 ya que degrada al hijo a la condición de objeto, atentando contra su dignidad, al ocultarle a su padre de modo sistemático, sin justificación alguna.<sup>233</sup> Para algunos autores, en el supuesto de mujer sola, el anonimato se opone al art. 10 CE, en cuanto impide conocer al progenitor. Se entiende que con carácter general, el anonimato del donante es difícilmente compatible con el art. 10 CE, aun cuando el Tribunal constitucional haya declarado su constitucionalidad.<sup>234</sup>
- El art. 15 – derecho a la integridad física y moral -, pues la revelación del donante puede resultar necesaria para proteger dichos bienes y no sólo la vida del nacido.<sup>235</sup>
- El art. 39.3, que impone el deber de los padres de prestar asistencia a los hijos, sobre todo en aquellos casos en que la pareja de la receptora

---

<sup>230</sup> CÁRCABA FERNÁNDEZ, se encuentra en esta postura, aunque estima que no parece que sea inconstitucional el anonimato atendiendo al artículo 39.2 de la Constitución Española en sí mismo considerado, aunque sí lo es atendiendo a su relación con otro precepto constitucional, el artículo 14. CÁRCABA FERNÁNDEZ “Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana”. JMBosch. Barcelona 1995.

<sup>231</sup> Véase PANTALEON PRIETO, F. “Procreación artificial y responsabilidad civil”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988.

<sup>232</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”. Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. 2002. Pág. 241.

<sup>233</sup> Véase PANTALEON PRIETO, F. “Procreación artificial y responsabilidad ...” Op. cit.

<sup>234</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada...” Op. cit. Pág. 241.

<sup>235</sup> Véase PANTALEON PRIETO, F. “Procreación artificial y responsabilidad civil”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988.

no aceptase la procreación.<sup>236</sup> Se impide la posibilidad de que el padre pueda prestar asistencia a su hijo, ya que se suprime toda relación con la línea paterna.<sup>237</sup>

- El art. 18 CE, en cuanto afecta al derecho a la intimidad personal y familiar del niño. El derecho a la identidad forma parte del contenido de otros derechos fundamentales: honor, intimidad y propia imagen.<sup>238</sup>

En este sentido, RIVERO HERNÁNDEZ, sostiene que, si bien la sentencia (STS 116/1999) ha dicho que el art. 39.2 de la CE, por su finalidad y protección a que atiende, no comporta el reconocimiento de un derecho absoluto e incondicionado a la investigación de la identidad del progenitor, cree el autor que su alcance es limitado y se refiere eminentemente al caso enjuiciado (inconstitucionalidad o no de la norma que garantiza el anonimato del donante en relación con dicho precepto) y al conocimiento o no de la identidad del donante de material genético en ese tipo de procreación y filiación; piensa que no va más allá. Ha razonado sólo en relación con el art. 39 CE, mas hay otros preceptos constitucionales al que referir el problema que nos ocupa, y otros argumentos jurídicos aplicables al anonimato del donante y al problema más general del conocimiento del origen biológico de la persona. En el ordenamiento jurídico español sí existe y está protegido el derecho a conocer el propio origen. Piensa el autor que, no obstante la constitucionalidad del art. 5.5 de la LTRA, sería viable la pretensión y reclamación por un nacido de IAD de la identidad del donante de gametos, basado en principios y normas constitucionales (arts. 10, 14 y 15 CE) que justifican ese derecho, y frente a las que dicho art. 5.5 (ley ordinaria) debe ceder.<sup>239</sup>

En apoyo a su postura, el autor sostiene que, como muestra de la posición favorable del sistema jurídico español al conocimiento del origen biológico, el Código civil español dispone que “la determinación de la filiación

---

<sup>236</sup> Véase PANTALEON PRIETO, F. “Procreación artificial y responsabilidad civil”. Op. cit.

<sup>237</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”. Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. 2002. Pág. 241.

<sup>238</sup> VIDAL MARTINEZ. “La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida”. RGD. Septiembre 1994. Pág. 9532.

<sup>239</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. “La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico de la STC 116/1999, de 17 de junio al Affaire Odièvre”. Familia. Anno IV Fasc. 2. 2004.

que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción”. (art. 180.4); precepto que ha sido interpretado como un caso de verosímil permisibilidad de investigación del origen biológico del adoptado, es decir, la posibilidad de buscar, investigar quiénes son sus progenitores, sin que ello afecte a su filiación jurídica, la adoptiva, y que sus padres (jurídicos) sigan siendo los adoptantes, sin ningún lazo jurídico ni consecuencias de esa clase con los biológicos que sean conocidos por ese procedimiento.<sup>240</sup>

Por otro lado, la doctrina<sup>241</sup> señala algunas objeciones que suscita la argumentación del Tribunal constitucional, y en este sentido sostiene:

En primer lugar, debe señalarse que el conocimiento del donante puede ser necesario no sólo para salvar la vida del nacido, sino también para prevenir las uniones o matrimonios incestuosos entre personas nacidas del mismo donante.

Además, en cuanto a la afirmación de que el anonimato es necesario para asegurar la provisión de gametos, el legislador no puede establecer reglas que tiendan a facilitar las técnicas si con ello se vulneran los derechos fundamentales de las personas implicadas. El hipotético interés en hacer uso de gametos de tercero por parte de las personas estériles no justifica la limitación del derecho a conocer el origen.

Para esta postura, el Constitucional contaba con referentes en el derecho de filiación para llevar a cabo dicho análisis, como acontece con la protección dispensada al interés del adoptado en conocer la identidad de sus progenitores biológicos.<sup>242</sup>

---

<sup>240</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. “La constitucionalidad del anonimato del donante... Op. cit.

<sup>241</sup> Para ALKORTA IDIÁKEZ, el mantenimiento del secreto sobre la procedencia merece reflexión. No sólo por el derecho a la salud del nacido, o por el hipotético derecho de toda persona a saber quiénes fueron sus progenitores, sino porque la negativa del Estado a proporcionar dichos datos puede atentar contra un principio básico de la democracia: el derecho de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos que les conciernen. (...) La protección de los intereses de terceros sólo justifica la negativa a proceder con transparencia cuando los intereses invocados sean superiores al propio derecho de información, que en el caso de los datos relativa a los orígenes biológicos, es además una información cualificada por su relación con el derecho a la salud del nacido de gametos donados y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

<sup>242</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. “Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado”. Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Pág. 271 y ss.

Se hace hincapié en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete)<sup>243</sup>, en la que se declara la inconstitucionalidad sobrevenida de la regulación del Registro civil que permite el parto anónimo<sup>244</sup>, por atentar contra la dignidad del nacido y contra el derecho a conocer sus orígenes respecto de la madre. Se considera que esta resolución parece difícilmente conciliable con la afirmación del TC

---

<sup>243</sup> Sentencia que representa un avance muy considerable en la determinación de la maternidad y el derecho del hijo a conocer su origen, y que en su FD Quinto declara, entre otras cosas y para lo que aquí importa, que "*La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales*". Declara contrarios a la Constitución determinados artículos de la Ley y del Reglamento de Registro Civil que consideró derogados: art. 47.1 LRC y 167 y 182 RRC al reconocer la facultad de la madre biológica de ocultar la circunstancia registral de la maternidad y vulnerar los principios constitucionales de libre investigación de la paternidad y de igualdad. Confróntese en sentido contrario sobre el derecho a conocer el origen biológico y el de la madre a guardar secreto acerca de su identidad: STEDH Estrasburgo de 13 de febrero de 2003 (TEDH 2003/8): en el asunto Odièvre contra Francia.

<sup>244</sup> Sobre este punto, véase el caso Odièvre c. Francia del TEDH, de 13 de febrero de 2003, en el que la demandante sostiene que el derecho francés que guarda la confidencialidad o el secreto de los datos de la madre viola el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En este caso el Tribunal sostiene que los intereses en juego hacen aflorar, por una parte el derecho a conocer los propios orígenes y el interés vital del niño en su plenitud y, por otra parte, el interés de una mujer a guardar el anonimato para proteger su salud. Se trata de dos intereses difícilmente conciliables que conciernen a dos adultos que gozan cada uno de la autonomía de la voluntad. Además, añade el Tribunal, se ha de tener en cuenta el interés de terceros y su protección, esencialmente la de los padres adoptivos, del padre o del resto de la familia biológica. En definitiva está en juego el interés general en la medida en que la ley francesa tiene por objeto proteger la salud de la madre y del niño en el momento del parto, evitar los abortos, especialmente los clandestinos y los abandonos «salvajes». El derecho a que se respete la vida no es así extraño a los fines que pretende el sistema francés. Y en el presente caso, señala que la demandante tuvo acceso a informaciones no identificativas sobre su madre y su familia biológica que le permitieron establecer ciertas raíces de su historia dentro del respeto de la preservación de los intereses de terceros. El Tribunal recuerda que los Estados disponen de un margen de apreciación para recoger las medidas dirigidas a garantizar el respeto al artículo 8 del Convenio en las relaciones entre los individuos. Advierte, a su vez, que la mayoría de los Estados firmantes no tiene una legislación comparable a la francesa en cuanto a la imposibilidad de establecer jamás un vínculo de filiación con una madre biológica que se niegue a levantar el secreto de su identidad. Sin embargo observa que ciertos países no prevén la obligación de declarar el nombre de los padres biológicos en el momento del nacimiento y que en otros se dan prácticas de abandonos de niños que dan lugar a debates sobre los alumbramientos anónimos. Considerando la diversidad de sistemas y prácticas jurídicas, así como la práctica del abandono, el Tribunal estima que los Estados deben gozar de un margen de apreciación para decidir las medidas destinadas a asegurar el reconocimiento de los derechos garantizados por el Convenio.

sobre la constitucionalidad del anonimato del donante de gametos; especialmente en el caso de donación de óvulos.<sup>245</sup>

Siguiendo este criterio, DURÁN RIVACOBÁ, al traer a colación esta importante sentencia, consideró que la tesis maximalista que impulsa el Tribunal Supremo contra la normativa del Registro Civil que autorizaba desconocer a la madre la filiación en determinadas condiciones, supone una verdadera ruptura con la sostenida por el Tribunal Constitucional (STC116/1999, de 17 de junio) apenas tres meses antes, permitiendo el secreto del padre. El autor critica las "ligerezas" de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre todo tratándose del derecho de los hijos a conocer a sus padres".<sup>246</sup>

## 10-2-2- CONSTITUCIONALIDAD DEL ANONIMATO DEL DONANTE:

Esta postura defiende la constitucionalidad del anonimato del donante, sosteniendo, en general, que la Constitución de 1978 es posterior a los comienzos de la aplicación de las TRA en España, y que hace referencia a la investigación de la paternidad para llamar a sus obligaciones con sus hijos a los padres que las desatiendan, y no pensando en quienes hayan recurrido a la reproducción asistida<sup>247</sup>. Por otra parte, se admite casi generalmente que un

---

<sup>245</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. "Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado". Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Pág. 272.

<sup>246</sup> DURÁN RIVACOBÁ, F., "El anonimato del progenitor", *Aranzadi*, BIB 2004/332.

<sup>247</sup> Para una mejor comprensión de esta postura, me parece oportuno transcribir la argumentación que se realiza en el Informe Palacios, en la que se pretende garantizar la constitucionalidad del anonimato del donante con los siguientes argumentos:

"Se ha estimado en la Comisión Especial que la institución jurídica de la *investigación de la paternidad* tiene su base y fundamento en la identidad tradicionalmente establecida en el derecho de familia entre padre genético y padre legal, y que a partir del momento en que esta identidad se rompe, en virtud de las nuevas técnicas, dicha institución queda totalmente desnaturalizada. También, que el constituyente, al proclamar el derecho a la investigación de la paternidad no tuvo en cuenta las nuevas técnicas de reproducción asistida, y contemplaba únicamente la paternidad y la filiación naturales, de modo que lo esencial del derecho a la investigación de la paternidad era recabar del progenitor el cumplimiento de los deberes inherentes a la paternidad en el supuesto de que después del acto procreativo se desentendiera de los mismos. Se insistió, por ello, que en la reproducción humana asistida con semen de donante, el progenitor, por propio imperativo del sistema, queda excluido desde un principio de todos sus derechos de paternidad y, por tanto, queda totalmente exonerado de sus obligaciones". Las dificultades argumentativas que se derivan de la posición de la Comisión se pretenden reforzar con una argumentación adicional:

donante conocido puede constituirse en un elemento perturbador de la familia originada con su aportación.<sup>248</sup>

De esta manera, se sostiene que no se estaría atentando contra la verdad biológica que supuestamente pudiera hacerse derivar del artículo 39 de la Constitución Española. No podría ser intención del legislador el haber previsto en el artículo 39 de la Constitución los peculiares problemas derivados de las técnicas de reproducción asistida. Tampoco del principio de libre investigación de la paternidad surge la absoluta prevalencia de la verdad biológica, si así fuera serían inconstitucionales las normas del Código Civil que establecen plazos de caducidad o limitada legitimación para determinar acciones.<sup>249</sup>

Se considera que con la reproducción asistida se produce una excepción a ese derecho de conocer el origen biológico, al menos, en términos generales y, sin perjuicio de las excepciones que el propio art. 5.5 de la Ley contempla. Procede acudir a una interpretación sociológica de las normas y atender a "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" y, además, finalista o

---

"Aunque la formulación constitucional fuere de alcance global, doctrinalmente ya se ha planteado si aquel derecho del hijo puede quedar anulado -para la legislación alemana el anonimato del donante contradice el derecho fundamental del hijo al conocimiento de su ascendencia genética- en su propio interés, y si la formulación constitucional es compatible con los principios inspiradores de una futura Ley sobre Fecundación Asistida. En este sentido se ha entendido que puede ser prevalente el mantenimiento de la relación familiar en la que se integra el hijo, que debe ser amparada en derecho impidiendo el ejercicio abusivo y hasta incluso extemporáneo de acciones por quienes sólo pretenderían poner de manifiesto la verdad biológica real en contraste con la verdad formal". Con la finalidad de eliminar los posibles efectos del ejercicio del derecho a la investigación de la paternidad biológica en detrimento de la paternidad social y jurídica, el Informe concluye con la siguiente propuesta: "Por eso, aunque se reconoce lo espinoso de esta interpretación, se ha considerado prioritario que la Ley debe amparar, proteger y tutelar al/a los que socialmente se hubiera/n comportado como padre/s, aunque biológica y genéticamente no fueran el/la/los progenitores; es decir, quienes de manera continua e ininterrumpida han acreditado públicamente su condición de padre o madre deben ser mantenidos y protegidos en esta situación". SOUTO PAZ. "El informe palacios y la ley de reproducción asistida". En Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas. Díaz Martínez, A. (Coordinadora). Dykinson, 2007. *Pag. 193 y ss*

<sup>248</sup>PALACIOS ALONSO. "Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005". En CARLOS ARÁNGUEZ SÁNCHEZ Y CARLOS M. ROMEO CASABONA. Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Dykinson, Enero 2005. Pág. 49 y ss.

<sup>249</sup>CABALLERO PEREGRIN, P.; HERRERA CAMPOS, R. "Determinación legal de la filiación". En LLEDÓ YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., MONJE BALMASEDA, O. Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006. de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Enero 2007. Pág.121

teleológica "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas" interpretaciones que permite el art. 3.1 CC requeridas por los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos, y, en especial, en los campos de la Biomedicina y la Biotecnología que han posibilitado el cumplimiento de determinados fines, entre otros, el desarrollo y utilización de las técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja. Por lo señalado no se estima transpolable el citado derecho a conocer el origen biológico, al menos en términos absolutos, a la nueva realidad a la que nos enfrentamos: filiación resultante de una reproducción asistida heteróloga –IAD (inseminación artificial con semen de donante)- que nace como consecuencia de presupuestos distintos de las otras formas de filiación, en particular, en la filiación resultante de la fecundación asistida heteróloga es nula la relevancia de la voluntad del donante frente a los demás supuestos en los que destaca la existencia de posesión de estado al apreciar una actuación ininterrumpida y reveladora de la libre voluntad del padre de prestar asistencia.<sup>250</sup>

También se argumenta que el no permitir en la fecundación asistida la investigación de la paternidad no es inconstitucional, porque a todo principio de pueden hacer excepciones, pudiendo ser ésta una de ellas. Además, los motivos que impulsan a una persona a la investigación aquí no se dan. A priori ya se conoce que no concuerda, en uno de los padres legales, la paternidad – maternidad legal con la genética, al haber consentido de forma libre y voluntaria la aplicación de esta técnica y asumir las consecuencias legales que se derivan de la misma, sin olvidar que el donante es anónimo y no tiene ninguna relación jurídica con el niño.<sup>251</sup>

Esta postura además defiende, en general, la decisión que adoptó el Tribunal Constitucional porque entiende que "[...] sea como sea, el ajuste de la Ley a la Constitución resulta plenamente aceptado". Se afirma que con el sistema introducido en la ley y aceptado por el Tribunal Constitucional se protege el derecho conocer el propio origen de un ser que aún no ha adquirido

---

<sup>250</sup> 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 Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas. DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coordinadora). Dykinson, 2007. Pág. 43. y ss.

<sup>251</sup> HERNANDEZ IBAÑEZ, C. "La filiación en la fecundación asistida: consecuencias jurídicas en torno a la misma". En BARBERO SANTOS, M. Ingeniería genética y reproducción asistida. Madrid. 1989. Pág. 260.

la personalidad y, por ello, no es aún titular de los derechos fundamentales, con la protección de un derecho fundamental efectivo: el de la intimidad del donante.<sup>252</sup>

Conforme a todo lo expuesto, cabe ahora preguntarse ahora si ese pretendido derecho fundamental a conocer el propio origen debe plegarse ante la realidad que patentiza la estabilidad del círculo familiar en la que el hijo queda integrado, de modo que aquel derecho tendría que ceder ante la efectiva protección y amparo de quienes han asumido constante y voluntariamente el rol de padres, aunque genésicamente no lo fueren.

## 11- CONCLUSION

Por mi parte, coincido con la solución adoptada por el Tribunal constitucional. Considero que el anonimato del donante de gametos no produce una "desprotección" de los hijos. Desde mi punto de vista, son muchas las razones que justifican este anonimato, y ello coincide con la postura adoptada por la ley, que establece una paternidad formal, confiere y legitima un vínculo de filiación basado en el consentimiento, en la voluntad, postergando el elemento biológico. Si la ley considera padre a aquel que prestó su consentimiento, aunque no provenga de él el material genético, entonces, ¿Por qué querer establecer vínculos con quién, por un acto altruista, donó su semen sin ninguna intención de tener un hijo?

¿Qué tiene mayor importancia? ¿Que el nacido tenga por padre a aquel con quien comparte su genética? ¿Que el padre del nacido sea quien simplemente (digo simplemente porque no hay voluntad) aportó el elemento genético, o que el nacido tenga por padre a quien quiso traerlo al mundo no obstante sus impedimentos? Quien lo deseó y lo buscó a pesar de que genéticamente no pudiera concebirlo. ¿Debemos respetar y hacer predominar el vínculo genético por sobre todo, o debemos darle prioridad y relevancia a la voluntad? Además, y conforme a lo anterior, debemos preguntarnos: ¿Cómo se satisface mejor el interés superior del niño? ¿Estableciendo el vínculo de

---

<sup>252</sup> ROCA SASTRE, E., "Embriones, Padres y Donantes. La Constitucionalidad de la Ley 35/1988, de reproducción asistida humana, según la STC 116/1999", *RJC* (2) 2000. Pág. 432.

filiación con quienes aportan el material genético, o con quienes lo han querido y buscado?

La ley reconoce y legitima una relación de filiación basada en el consentimiento, no en el elemento biológico, por lo que, cuando hablo de “vínculos”, no me refiero sólo al jurídico, sino que lo hago en un sentido amplio.

La LTRA parte de la distinción entre progenitor y padre, y la paternidad como tal se atribuye a aquel varón que consintió, es decir, a aquel que aportó el elemento volitivo, quien además no podrá impugnar la paternidad por la intervención de donante. En este sentido, el legislador, ha construido un vínculo de filiación por determinación legal, reconociendo un importante valor a la voluntad.

Lo cierto es que, con esta investigación de paternidad del art. 39.2 CE, lo que se averiguaría serían los datos relativos a aquel que aportó el elemento genético, cuando éste no coincide con el que aportó el elemento volitivo, es decir: los datos relativos al donante anónimo. Pero cabe tener en cuenta que, conforme a la paternidad legal establecida por la LTRA, éste, el donante, no es el padre, sino aquel que aportó el elemento volitivo, por lo que el anonimato del donante sería compatible con el art. 39.2 de la Constitución porque el donante no es padre. Es decir, el anonimato del donante no impide la determinación de la paternidad, pues ya existe un padre.

Distinto es lo que sucede en la adopción. En ésta existe una “historia” previa, ha mediado un abandono, un desarraigo, y el vínculo surge con posterioridad a todo esto. En la filiación derivada de las TRA, no se presenta esta “historia” previa, el vínculo surge en el instante en que se da comienzo a una nueva vida. Es decir, en la adopción, puede que el adoptado quiera conocer su pasado, la “historia” previa, las razones del abandono, y en muchos casos esto justifica que se le reconozca el derecho a conocer su origen. Es más, entiendo que en los casos de adopción, ese derecho está siempre presente<sup>253</sup>. Ahora bien, en los casos de reproducción asistida, la historia

---

<sup>253</sup> En este sentido La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional ha concedido el derecho a conocer el propio origen a todos los adoptados una vez que cumplan 18 años. En este sentido la Ley de Adopción Internacional, aprobada el 28 de diciembre de 2007, establece: "Tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan

comienza cuando se recurre a las técnicas, es decir no hay “historia” previa por conocer que legitime o justifique tal investigación. En la adopción, cuando nace la relación de filiación, obviamente el niño ya existe, en cambio en las TRA, el niño nace como consecuencia de ellas. Dicho de otra manera, en la adopción, antes de ella el niño ya existe y tiene un pasado. En las TRA no hay un pasado, la existencia de ese niño es consecuencia de una voluntad que así lo quiso.

El estado de las cosas nos lleva a diferenciar ambos supuestos. Las situaciones han evolucionado de una manera tal, que resulta acorde a ello sostener que el vínculo es con quien recurrió a estas técnicas, quiso y trajo un nuevo ser a este mundo. Él o ella es el padre o madre de la criatura.

Además, la norma le permite a los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor.

Ahora bien, no obstante estas razones, el tribunal constitucional ha dejado abierta la puerta, no sólo a un cambio legislativo sino a posibles correcciones por parte de la jurisprudencia civil de la figura del donante, que puedan posteriormente dar paso al derecho del hijo a conocer su origen, incluida la identidad del progenitor biológico.

## **CAPÍTULO CUARTO:**

### **MATERNIDAD SUBROGADA**

Tradicionalmente, en la procreación, la mujer aportaba el óvulo y la gestación. Ahora bien, con la incorporación de las técnicas de reproducción asistida, es posible la diversificación de las funciones maternas. En concreto, la aportación de gameto femenino (maternidad genética), la gestación (maternidad de gestación), la atribución de la función jurídico social de madre (maternidad jurídica) pueden corresponder a diferentes mujeres, o concurrir

---

los menores". Cabe aclarar que este derecho ya estaba reconocido para los adoptados dentro de España en el Código Civil y en el derecho propio de algunas comunidades autónomas.

algunas de estas funciones en una mujer. Por ello, el derecho debe resolver cual es la maternidad relevante jurídicamente, la maternidad genética o la gestacional, o incluso si es posible admitir que una mujer aportando o no gameto femenino encargue la gestación a otra.<sup>254</sup>

Para esclarecer estos planteamientos, analizaré el tema de la maternidad subrogada.

Debemos partir diciendo que los progresos de la técnica médica acabaron con la certidumbre de la maternidad. El principio "*mater semper certa est, pater is est quen inutae nuptiae demonstrant*" se ve destruido con la fecundación extrauterina al suceder que, quien realice el embarazo no sea la misma mujer que ha proporcionado el óvulo y cuya carga genética será heredada.

La máxima del derecho romano que expresa "*Mater semper certa est*", consagrando, de este modo, la atribución de la maternidad por el hecho del parto, ha sido conmovida cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autora genética la que llevase a cabo la gestación y el trabajo de parto.

En otras palabras, el incólume principio *master Semper certa est*, hace crisis, y en el momento presente deja de ser incuestionablemente un hecho cierto, de suerte que su veracidad irá en función de la preeminencia que queramos otorgar, ora al hecho de posicionarnos en pro de la maternidad por seguir un criterio de pura consanguinidad fijándonos en el hecho de la titularidad del gameto femenino, ora a la circunstancia determinante del parto, por lo que la regla a seguir quedaría resumida en la máxima del *partus sequitur ventrem*... o finalmente cabe discurrir en coherencia con una intelección de la relación de la filiación mas social, afectiva y cultural en demerito de una concepción puramente biogenética, que madre es la que se comporta como tal.

255

---

<sup>254</sup> PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada... Op. cit. Pág. 320 y 321.

<sup>255</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 327.

Entonces, puede haber tres mujeres implicadas en el nacimiento del nuevo ser: la que suele llamarse “comitente”, que toma la iniciativa y decisión última y es causa eficiente de dicho nacimiento; la que pone el óvulo y la que lleva a cabo la gestación. A veces esas tres funciones recaen en dos mujeres, en combinaciones diferentes: la comitente pone el gameto además de la decisión de que nazca ese hijo concreto, y la otra es la madre gestante; o junto a la comitente colabora la gestante, que pone también gameto propio. Si una de estas tres, o de estas dos, ha de ser madre, lo único claro es que ninguna de ellas es la madre que Paulo daba siempre como cierta, ni la suya es la maternidad histórica, clásica, esa categoría jurídica y social perfectamente acuñada y conocida.<sup>256</sup> Sin embargo, y no obstante esta falta de claridad, lo cierto es que hay que dar una madre al nacido en tales circunstancias.

## 1- CONCEPTO Y TERMINOLOGIA

En doctrina encontramos numerosos conceptos de maternidad subrogada.

Así, para COLLEMAN, “La maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre ella (la criatura) para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte.”<sup>257</sup>

GOMEZ SÁNCHEZ la define diciendo: “Se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso

---

<sup>256</sup> RIVERO HERNANDEZ, F. “Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida”. En La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial. Pág. 281 y ss.

<sup>257</sup> COLLEMAN P., “Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions”. 50 Tennessee Law Review, págs. 71-75, 1982.

mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste.”<sup>258</sup>

Para PEREZ MONGE podría definirse “como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino).”<sup>259</sup>

El informe Warnock<sup>260</sup> (Reino Unido) ha definido a la maternidad subrogada, portadora o de alquiler como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.

Respecto a la terminología de esta figura, podemos hacer las siguientes indicaciones<sup>261</sup>:

- a- Entre los anglosajones se encuentra generalizado el empleo del término surrogate mother, especialmente a partir del Informe Warnock.
- b- En Francia se utilizan indistintamente las expresiones “mère de substitution”, “mère porteuse”, “mère de remplacement” y “pret d’uterus”.
- c- En Italia se emplea “affitto di útero”, así como también la expresión “locazione di utero”.
- d- En Alemania se designa con la expresión “Leihmutter”.
- e- En España los términos empleados más frecuentemente son los de “maternidad subrogada”, “maternidad de alquiler”, “madres suplentes”, “madres portadoras” y “madres gestantes”.

## 2- MODALIDADES

Una parte de la doctrina distingue dos modalidades dentro de la maternidad subrogada:

---

<sup>258</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, “El derecho a la reproducción... Op. cit. Pág. 136.

<sup>259</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 329.

<sup>260</sup> Informe Warnock (1984) sobre fertilización humana y embriología.

<sup>261</sup> MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M., MASSIGOGE BENEIGU, J. M. “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español”. Dykinson. Madrid. 1994. Pág. 22

-la primera denominada "madre portante": conforme la cual una mujer acepta llevar adelante el embarazo de un embrión conformados por gametos de una pareja estéril.<sup>262</sup>

-La segunda llamada "madre gestante" una mujer acepta ser inseminada con semen del marido o pareja estable de una mujer que no puede concebir.<sup>263</sup>

De modo que, mientras que en la primera la madre subrogada sólo aporta la gestación (por eso se la llama "portante"), en la segunda, además, aporta el óvulo.

### 3- VARIANTES

Conforme vimos anteriormente, la figura de la maternidad subrogada provoca la disociación de diferentes maternidades. Para una mejor comprensión de ellas, considero que corresponde distinguirlas con el fin de aunar criterios antes de avanzar sobre este tema:

- Maternidad genética: es aquella que aporta el material genético (óvulo). Es decir, la mitad de la aportación genética con la que se constituye un ser humano.

- Maternidad de gestación: es aquella que gesta al niño durante los nueve meses que dura el embarazo.

- Maternidad biológica: sería aquella que abarca las dos anteriores.

- Madre legal o jurídica: aquella que la ley reconoce como tal.

- Madre de deseo: aquella que quiere y anhela al niño, y que puede coincidir o no, con algunas de las maternidades anteriores. También la llamaremos madre comitente.

Efectuada esta distinción y teniendo en cuenta las distintas combinaciones que pueden presentarse, podemos distinguir cuatro variantes:

- 1- Los titulares de las células germinales coinciden totalmente con los miembros de la pareja comitente, quienes aportan tanto el

---

<sup>262</sup> MEDINA, G. "Maternidad por sustitución (solución en la jurisprudencia francesa y norteamericana)". La Ley. 1997

<sup>263</sup> MEDINA, G. "Maternidad por sustitución..." Op. cit.

semen como el óvulo, produciéndose la oportuna fecundación *in vitro* homóloga, implantándose el cigoto resultante en el útero de la mujer gestante que llevara a cabo el embarazo.<sup>264</sup>

Entonces, la pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento;

En este supuesto la maternidad queda disociada de la siguiente manera: por un lado la madre gestante, y por el otro, la madre genética que coincide con la madre comitente.

2- Sólo uno de los miembros de la pareja arrendataria de los servicios de la incubación aporta su semilla reproductora, con lo que indefectiblemente se producirá una fecundación *in vitro* ya no homóloga, como en el supuesto anterior, sino heteróloga, porque se habrá recurrido, bien a una donación de semen, bien a una donación de óvulos, perteneciendo dicha célula germinal a un tercero, a quien como regla general se le exige el anonimato en su donación.<sup>265</sup>

En este supuesto, si el material genético aportado es el óvulo, entonces la maternidad queda disociada en tres mujeres diferentes, por un lado la madre gestante, por otro lado la madre genética y por otro, la madre comitente o de deseo.

En cambio, si el material genético aportado es masculino (semen), habrá que distinguir si el material genético femenino es aportado por la gestante (como veremos en el supuesto 4) o por la madre comitente (como vimos en el supuesto 1).

3- La pareja arrendadora de los servicios de gestación de una tercera persona no aporta material genético de ninguno de los dos, es decir, se recurre a la obtención de un embrión donado

---

<sup>264</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "El alquiler de úteros y el problema... Op. cit. Pág. 336.

<sup>265</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "El alquiler de úteros y el problema... Op. cit. Pág. 336.

para que a su vez se implante en el útero de la mujer que se hará cargo de la gestación.<sup>266</sup>

Entonces, el material genético es aportado por individuos ajenos a la pareja contratante y la madre portadora cede su útero.

Como en el caso anterior, la maternidad queda disociada en tres mujeres diferentes.

- 4- la madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoides de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido.

En este supuesto, la madre gestante y la madre genética coinciden en una sola persona (es decir, madre biológica), mientras que por otro lado, encontramos a la madre comitente.

A su vez, por su modalidad, la maternidad subrogada puede ser gratuita o retribuida.

Cabe aclarar que tal distinción, que parece ser clara, no resulta así en la práctica. ¿Hasta qué punto puede estimarse retribuido un pacto porque existan complementos retributivos, de cuidados, gestación, etc.? Los gastos médicos, de asistencia, alimentarios a la gestante durante el embarazo no deben teñir de retribuida y hacer perder a la operación su carácter altruista y desinteresado. Por esto es que parte de la doctrina estima que sólo debe reputarse oneroso un pacto de clase cuando enriquezca a la portadora, o lo que es lo mismo, cuando reciba una retribución – contraprestación a sus servicios de gestante, no cuando estos gastos sean la propia consecuencia de su situación.<sup>267</sup>

#### **4- ADMISIBILIDAD.**

La maternidad subrogada encierra planteamientos no sólo jurídicos, sino también éticos y morales, por lo que no existe una postura unánime en

---

<sup>266</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "El alquiler de úteros y el problema... Op. cit. Pág. 337.

<sup>267</sup> MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M., MASSIGOGE BENEIGU, J. M. "La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español". Dykinson. Madrid. 1994. Pág. 66.

cuanto a su admisibilidad, sino distintos argumentos, tanto a favor, como en contra de ella.

Hay que comenzar diciendo que la maternidad subrogada no goza de aceptación y ha tenido desde el principio, grandes detractores. Las causas son muy diversas. No sólo por ser en sí misma y en los problemas anejos o consecuencias un “más difícil todavía” comparada con cualquier otro procedimiento de IAC o IAD, sino porque forzosamente viene a confluir en formas adoptivas o pseudoadoptivas y en frecuentes conflictos jurídicos y también porque ha venido acompañada de agencias intermediarias y de publicidad.<sup>268</sup>

#### **4-a- ARGUMENTOS EN CONTRA**

- b- Socavan la noción tradicional de familia.<sup>269</sup>
- c- Utilización de las mujeres pobres por las ricas, en cuanto que la “maternidad subrogada permitirá a una élite económica utilizar a mujeres necesitadas como reproductoras de hijos”.<sup>270</sup> En este sentido “el futuro padre biológico o la agencia en su nombre actúan deliberadamente como inductores utilizando el señuelo de la contraprestación económica como forma de conseguir su objetivo.”<sup>271</sup>
- d- Supone explotación y manipulación de la mujer.<sup>272</sup> Es decir, puede llevar a la explotación personal de la mujer y se rechaza por la prevalencia intelectual o económica que puedan inducir la decisión de una mujer a tal gestación.
- e- la manipulación de cuerpo femenino.
- f- los posibles daños que puedan afectar la salud de la subrogada.

---

<sup>268</sup> MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M., MASSIGOGUE BENEIGU, J. M. “La maternidad portadora... Op. cit. Pág. 71.

<sup>269</sup> FERNÁNDEZ PACHECO MARTINEZ, “La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de baby M.”, RGLJ, mayo 1988. Pág. 669.

<sup>270</sup> FERNÁNDEZ PACHECO MARTINEZ, “La maternidad subrogada...” Op. cit. Pág. 669.

<sup>271</sup> FERNÁNDEZ PACHECO MARTINEZ, “La maternidad subrogada en Norteamérica... Op. cit. Pág. 669- 670.

<sup>272</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. En LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.), Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia. Dykinson. 2008. Pág. 164-165.

- g- El hecho de que las madres subrogadas “no pueden, de antemano, predecir cuáles serán sus actitudes hacia los niños que dan a luz, y, además, porque la entrega de los bebés las hacen sujetos posibles de sufrimientos emocionales.”<sup>273</sup> Se habla de un cambio de criterio sobre la decisión tomada, decidiendo finalmente retener para sí al hijo. (por diversas razones, entre otras y fundamentalmente, por la vivenciación del hijo en las entrañas -el "amor entrañable" de la madre- durante los nueve meses).
- h- El equilibrio del niño puede ser influenciado por el comportamiento adoptado respecto de él durante el embarazo.<sup>274</sup>
- i- La gestación para otro no es una terapia que cure la esterilidad, ya que si se pretende tener otro hijo, será necesario acudir a este procedimiento de nuevo.<sup>275</sup>
- j- Convierte al hijo en objeto de comercio, y plantea problemas de difícil solución en el caso de aborto o de enfermedad que perjudique al embrión.<sup>276</sup>
- k- En relación con el argumento anterior, se enfatiza el egoísmo que implica que, para remediar una infertilidad, haya de marcar al hijo pretendido con el trauma de dos madres y convertirlo en algo que hay que repartir en nuevos juicios salomónicos. Es atender más a los intereses de los futuros padres que a los de la criatura y pretender convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto.<sup>277</sup>

---

<sup>273</sup> ZANNONI, E., “La genética actual y el derecho de familia”. Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, Tapia, Diciembre 1987, número monográfico de Derecho de Familia, nº. II. Pág. 54.

<sup>274</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 334.

<sup>275</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 335.

<sup>276</sup> FÁBREGA RUIZ, C. F. “Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida”. Editorial Comares. Granada, 1999. Pág. 115

<sup>277</sup> MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M., MASSIGOGE BENEIGU, J. M. “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español”. Dykinson. Madrid. 1994. Pág. 74.

- I- Estos contratos suponen muchas veces un fraude a las normas de adopción, llegando a rondar tipos delictivos como la compraventa de niños y la suposición de parto.<sup>278</sup>

En general se sostiene que, la gestación de sustitución puede ser fuente de mercado, abuso o degradación de la mujer utilizada como gestante/máquina/incubadora; en casi todos los casos conocidos en el extranjero, el acuerdo económico es la norma, si bien alguno que otro obedeció a motivaciones distintas, de tipo familiar o solidario.<sup>279</sup>

#### **4-b- ARGUMENTOS A FAVOR**

- a- El derecho a procrear.<sup>280</sup> En el derecho internacional, existen numerosos pactos y tratados internacionales que reconocen el derecho a fundar una familia, (existente en la Declaración de los Derechos humanos, Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos, Carta de los Derechos de la familia, Encíclica *pacem in terris*) y este derecho, como todos, debe poder ejercerse de forma libre, aunque responsable. Así, Una interpretación amplia y generosa de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer permitiría sostener que su derecho a la reproducción – aún con técnicas de reproducción asistida– está hoy amparado.<sup>281</sup>

---

<sup>278</sup> FÁBREGA RUIZ, C. F. “Biología y filiación. Aproximación ...” Op. cit. Pág. 115.

<sup>279</sup> MARCELO PALACIOS ALONSO. “Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005”. En ARÁNGUEZ SÁNCHEZ y ROMEO CASABONA. Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Dykinson, Enero 2005. Pág.53 y ss.

<sup>280</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, “El derecho a la reproducción... Op. cit. Pág. 670.

<sup>281</sup> La idea de “derechos reproductivos” se consolidó a nivel universal a partir de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de Naciones Unidas (CIPD), realizada en El Cairo en 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing 1995. Estos instrumentos establecen que: “los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir

Incluso, para las posturas autodenominadas “progresistas”, el derecho a procrear es un derecho ilimitado y, por tanto, es coherente pensar en tener un hijo “a toda costa”.

- b- La idea de solidaridad que une parejas estériles a mujeres que aceptan acceder a este deseo. Actualmente ha descendido el número de niños dados en adopción, y a su vez mediante la maternidad de sustitución de busca la procedencia genética del nacido, respecto de la persona o pareja comitente.<sup>282</sup>
- c- Utilización de las técnicas existentes para satisfacer el deseo de tener un hijo a las personas que pretenden utilizar la maternidad subrogada.<sup>283</sup>
- d- El derecho de las madres portadoras a servirse libremente de su cuerpo.
- e- Se añade que el pretendido peligro de contratar con ligereza y sin las debidas garantías resulta muy remoto y tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay porqué hablar de explotación, ni aún interviniendo dinero.<sup>284</sup>

En apoyo a la maternidad subrogada también se habla de las dificultades de la adopción o del escaso número de niños en condiciones de ser adoptados<sup>285</sup>. Así en Estados Unidos se ha admitido la maternidad subrogada

---

discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia”. Es decir, en estos textos se habla del “derecho de todas las parejas e individuos”. Esto ha sido interpretado en el sentido de que una pareja tiene derecho a reproducirse no sólo de forma natural, sino también mediante las nuevas tecnologías reproductivas y, más aun, que una persona sola también tiene el derecho de reproducirse.

<sup>282</sup> MASSAGER, “Les droits de l’enfant à maître”, Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, 1997, págs. 822 y ss.

<sup>283</sup> MASSAGER, “Les droits de... Op. cit. Págs. 822 y ss.

<sup>284</sup> HIGUERA, G. “Maternidad subrogada”. En Nuevas técnicas de reproducción humana. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1986. Pág.94.

<sup>285</sup> Los opositores a la maternidad subrogada recalcan las diferencias de esta figura con la adopción, ya que en este segundo caso se trata de un hijo ya nacido son un status familiar, que los tribunales estiman que se encontraría mejor con una familia adoptiva que con sus propios progenitores, mientras que en la maternidad subrogada el niño no existe y lo que se pretende es encargarlo con la colaboración de una gestante ajena para una pareja que pretende ser algo más que meros adoptantes. MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M., MASSIGOGUE BENEGIU, J. M. “La

como consecuencia de las dificultades que surgen en materia de adopción, ya que hay pocos niños que adoptar.<sup>286</sup>

A estos argumentos a favor se añaden también casos que pretenden aceptarse biológica y medicamente por algunos, como la grave enfermedad pélvica no susceptible de operación, la carencia congénita de útero<sup>287</sup> (síndrome de Rokitanski) o por histerectomía, los abortos naturales repetidos, así como cualquier enfermedad grave que desaconseje el embarazo. Estos casos justificarían, o al menos disculparían a la pareja estéril para buscar una portadora.<sup>288</sup>

## 5- NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO.

Aunque, como veremos, el texto legal decreta la nulidad del contrato de maternidad subrogada debemos preguntarnos por la naturaleza contractual del acuerdo de gestación por otro. Esto es así, porque, si bien la nulidad puede determinar que carezca el negocio jurídico de los efectos pretendidos por las partes en su acuerdo, como puso de relieve MONTE PENADÉS, “el acuerdo de subrogación podrá ser nulo, pero no es nulo el niño que sale de esta técnica”<sup>289</sup>.

En doctrina encontramos diferentes posturas:

---

maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español”. Dykinson. Madrid. 1994. Pág. 76 y ss.

<sup>286</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. “La atribución de la maternidad en la gestación contratada.” Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 443.

<sup>287</sup> Juan Antonio García Velasco, director del Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI) explica que “Cada vez vienen más mujeres a la consulta que no tienen útero [a causa de un cáncer, por ejemplo] y nos dicen que quieren ser madres”, “Y no entiendo porqué esta técnica está penalizada en España, cuando la donación de ovocitos [óvulos que se inseminarán 'in vitro' con el semen de su pareja], sí está permitida”. Fuente: EL MUNDO. Los especialistas, favorables a la legalización de las 'madres de alquiler'. MARÍA VALERIO. 07/07/2008.

<sup>288</sup> HIGUERA, G. “Maternidad subrogada”. En Nuevas técnicas de reproducción humana. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1986. Pág. 93.

<sup>289</sup> Postura expresada en la Comisión Especial de estudio de la Fecundación “in vitro” y la inseminación artificial humanas. Sesión celebrada el 18 de diciembre de 1985 en “Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados”, año 1985, II Legislatura, núm. 385. Pág. 11673.

Para una parte de la doctrina, el contrato puede calificarse de diverso modos, pero no cabe duda de que existen diversos tipos de contratos:

- 1) uno de arrendamiento de obra o de servicio entre el médico, la pareja y la madre portadora.
- 2) un contrato atípico entre la madre de gestación y la pareja destinataria de la criatura.
- 3) un contrato de arrendamiento de servicios entre el médico y el hospital.<sup>290</sup>

Para otra parte de la doctrina, si hubiera que encasillar esta figura contractual de la maternidad subrogada entre las figuras contractuales conocidas, habría que ubicarla dentro de las de arrendamiento de obra o de servicio.<sup>291</sup>

Otros califican a la subrogación materna como un servicio, cuando se trate del arrendamiento de útero, situando tal figura jurídica entre los contratos que tienen como objeto la prestación de un hecho positivo y no entre aquellos otros que transmiten el uso o el dominio de una cosa, evitándose así decir que el servicio o el hecho “no está en el comercio”, pues tal expresión sólo se aplica a las cosas, debiendo decirse más bien que el servicio “no es posible” o “no es lícito”. Sostienen que el contrato de cesión de úteros es posible como lo atestiguan los numerosos niños nacidos a través de este método.<sup>292</sup>

Para otros, la convención que nos ocupa pudiera conceptuarse como un contrato de servicios de incubación en útero ajeno, que no puede ser materia de lucro e impone la gratuidad con lo que desnaturaliza la asimilación con el arrendamiento de servicios. Se ha añadido, que la imposición de la gratuidad es compatible con el señalamiento de una indemnización por el embarazo que no constituiría la contraprestación al servicio, sino mera remuneración.<sup>293</sup>

---

<sup>290</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. “Informe sobre la fecundación artificial y otros extremos semejantes”. 1985. Pág. 11. Citado por MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M., MASSIGOGE BENEIGU, J. M. “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español”. Dykinson. Madrid. 1994. Pág.132.

<sup>291</sup> LLEDÓ YAGÜE. “Fecundación artificial y derecho”. Tecnos. Madrid. 1988. Pág. 149.

<sup>292</sup> SOTO LAMADRID, M. A. “Biogenética, filiación y delito”. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1990. Pág. 238.

<sup>293</sup> GRUPO DE TRABAJO DE LA DIRECCION DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Centro de publicaciones de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 1986. Citado por MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M., MASSIGOGE BENEIGU, J. M. “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español”. Dykinson. Madrid. 1994. Pág.134.

Otras concepciones, ajenas a las figuras locativas, creen ver una analogía entre la maternidad de sustitución con el contrato de mandato, en cuanto una mujer casada o emparejada delega en otra su rol de madre hasta el parto. Por acuerdo la madre portadora se compromete a llevar a término el embarazo y también a abortar si la criatura presentara riesgo de taras y, finalmente, a dejar a la madre artificial adoptar al niño después de su nacimiento.<sup>294</sup>

A la vista de cuanto queda expresado, podemos concluir, siguiendo a MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ y MASSIGOGE BENEIGU, que se trata de un contrato innominado – ello con abstracción de su ilicitud y de la nulidad de pleno derecho decretada por el legislador sobre tal acuerdo – que no puede encasillarse ni parificarse con otras tradicionales figuras contractuales, porque se trataría de una figura innominada de carácter mixto, en cuanto participa de la locatio operis, de la locatio operarum, del mandato, requiere la colaboración de terceros, centro sanitario y médicos, puede ser onerosa o gratuita, está sujeta en cuanto a su consecuencia a una condición mixta. En fin, la complejidad es muy grande y no permite su encuadre en las habituales figuras contractuales.<sup>295</sup>

## **6- NULIDAD O VALIDEZ DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA**

### **6-1- NULIDAD DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.**

En la doctrina española apenas se discute esa cuestión, por calificar con práctica unanimidad como nulos a esos contratos.<sup>296</sup>

Ahora bien, sin necesidad del Art. 10 de la LTRA, el contrato de maternidad subrogada podría ser declarado nulo:

---

<sup>294</sup> SERIAUX, ALAIN. “Droit naturel et procreation artificielle, quelle jurisprudence?” Recueil Daloz Siray, 1985. 10-eme cahier Chronique. Pág. 6. Citado por MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M., MASSIGOGE BENEIGU, J. M. “La maternidad portadora...” Op. cit. Pág. 135.

<sup>295</sup> MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M., MASSIGOGE BENEIGU, J. M. “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español”. Dykinson, Madrid, 1994. Pág. 136.

<sup>296</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Pág. 164.

- Por ilicitud de la causa.<sup>297</sup> La causa del contrato sería ilícita por ir contra la moral.<sup>298</sup>
- Por razón del objeto.<sup>299</sup> La nulidad del contrato lo es en virtud de su objeto, pues la capacidad generativa es, desde luego, indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo un *res extra commercium*.<sup>300</sup>
- Contradicción con las buenas costumbres.<sup>301</sup> Constituiría un servicio que iría contra las leyes, la moral o las buenas costumbres.<sup>302</sup> Dice Zannoni<sup>303</sup> que el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres.
- Ser contrario a la moral y al orden público.<sup>304</sup> Se sostiene que el derecho objetivamente no puede aceptar su licitud y legitimidad porque repugna a los principios de orden público familiares aplicables a las concretas relaciones personales, ya que el objeto de este contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma, y entiende que sería un lesivo atentado a su dignidad ser tratado como un objeto o mercancía, cual si se tratase de algo de interés patrimonial y no como alguien que constituye una finalidad *per se*, y no un medio objeto de satisfacción de pretendidos derechos individuales tales como el derecho a ser madre y/o derecho al hijo *ad arbitrium* (a voluntad de uno).<sup>305</sup>
- Ser incompatible con la dignidad humana.<sup>306</sup> Se considera que estos contratos contravienen la más elemental regla de orden público: el

<sup>297</sup>RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Pág.164.

<sup>298</sup> RAMIREZ NAVALON, R. M. "Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana". Revista General de Derecho. 1987. Núm. 519. Pág. 6564.

<sup>299</sup>RIVERO HERNÁNDEZ, F. En LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Pág. 164.

<sup>300</sup> RAMIREZ NAVALON, R. M. "Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana". Revista General de Derecho. 1987. Núm. 519. Pág. 6564.

<sup>301</sup>MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, MASSIGOGE BENEIGU, "La maternidad portadora..." Op. cit. Pág. 159.

<sup>302</sup> RAMIREZ NAVALON, R. M. "Problemas jurídicos..." Op. cit. Pág. 6564.

<sup>303</sup>ZANNONI, E. "Inseminación artificial y fecundación extrauterina". Bs. As., Astrea, 1978. p.111

<sup>304</sup>RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Pág. 165.

<sup>305</sup>LLEDÓ YAGÜE, F. "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 330.

<sup>306</sup>SIMO SEVILLA, "La medicina moderna de la procreación en el derecho de Familia y en el derecho sucesorio". Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino,

respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad.<sup>307</sup>

- “porque los negocios jurídicos relativos al derecho de familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes por el interés público, por los fuertes imperativos éticos y la función social que los preside, de tal manera que las renunciaciones, transacciones, etc. quedan como regla general prohibidas en las relaciones de estado de familia.”<sup>308</sup>
- Altera el estado civil de las personas.<sup>309</sup> El contrato es a lo menos nulo, realmente inexistente porque su objeto, en cuanto disponibilidad de la persona humana, de la maternidad, del estado civil del hijo, esta fuera del comercio de los hombres, va contra las buenas costumbres, supone un fraude respecto a la normativa de la adopción y una transacción no permitida.<sup>310</sup>

Teniendo en cuenta lo expresado, la nulidad de este tipo de pactos acarreará la necesidad de resolver los conflictos que del mismo derivan acudiendo a los principios generales aplicables a las obligaciones naturales. De manera tal que, si ha habido restitución no podrá exigirse lo pagado.<sup>311</sup>

## 6-1-a- EFECTOS DE LA NULIDAD

---

celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995. Pág. 20.

<sup>307</sup> GARCÍA RUBIO. “La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español”. Rev. Tapia, año VII, N 36. Octubre 1987. Pág. 68.

<sup>308</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, “El derecho a la reproducción... Op. cit. Pág. 138-139.

<sup>309</sup> MEDINA, G., “Maternidad por sustitución”. La Ley. Año 1997.

<sup>310</sup> MORO ALMARAZ, M. J. “Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro””. Bosch. Barcelona. 1988. Pág. 265.

<sup>311</sup> En cuanto a la nulidad del contrato, su fundamentación a buen seguro debemos encontrarla en que se sitúa a la persona como objeto de dicho negocio jurídico, ora entendamos la calificación de dicho contrato como arrendamiento de servicios (donde la mujer que pare se obliga a efectuar una actividad), ora lo califiquemos como arrendamiento de obra (donde lo que importaría sería su resultado -el hijo-, como efecto de la actividad desplegada), de suerte que queda fuera de la autonomía de voluntad de las partes al contratar sobre una materia indisponible para los contratantes (la capacidad generativa). *Ítem mas* el hijo aparece como un medio útil instrumental para alcanzar una maternidad, de donde resulta notorio que se intenta que prevalezca siempre un derecho al niño versus derechos del niño subordinados a otros intereses.

Los efectos de la nulidad son:

- Que se produce *ipso iure* por sí misma, siendo por ello apreciable de oficio, aunque no se haya alegado por la parte, si bien puede resultar necesario, al igual que ocurre en los casos de inexistencia, destruir la apariencia del contrato por medio de la acción de nulidad.
- Es absoluta *erga omnes* y tiene efecto general que alcanza a todos y no sólo a los contratantes y sus causahabientes.
- Es definitiva, al no caber contra ella ni la prescripción, ni la confirmación.

Como el negocio jurídico es nulo no se derivan obligaciones para las partes, puesto que carece dicho contrato de todo efecto negocial; por lo que aplicando los principios generales de las obligaciones, la gestante no tiene, en absoluto, la obligación de hacer lo pactado, es decir, entregar al hijo.<sup>312</sup>

## **6-2- VALIDEZ DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.**

Esta tesis fue aceptada entre otros precedentes en el caso Jhonson vs. Calvert resuelto por la suprema Corte de California en el año 1993. GRACIELA MEDINA<sup>313</sup> explica el caso de la siguiente manera:

Mark y Crispina Calvert eran una pareja casada que deseaba tener un hijo. Crispina se vio obligada a hacerse una histerectomía en 1984 sin embargo sus ovarios siguieron en condiciones de producir huevos, y finalmente la pareja consideró la posibilidad de una madre sustituta. En 1989, Anna Johnson se enteró por un colega de la situación de Crispina y se ofreció para actuar de madre sustituta para los Calvert. El 15/1/89 Mark, Crispina y Anna firmaron un contrato, en el cual se establecía que un embrión creado por el esperma de Mark y el huevo de Crispina sería implantado en Anna y que el niño que naciera sería llevado al hogar de Mark y Crispina, como el hijo de ellos. Anna estuvo de acuerdo en renunciar a "todos sus derechos como madre" respecto del niño en favor de Mark y Crispina. Como contraprestación, Mark y Crispina iban a pagar a Anna la suma de u\$s 10.000 en cuotas, la última de las cuales

---

<sup>312</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "El alquiler de úteros y el problema... Op. cit. Pág. 334.

<sup>313</sup> MEDINA, G., "Maternidad por sustitución". La Ley, Año 1997.

iba a ser abonada seis semanas después del nacimiento del niño. Además, Mark y Crispina se comprometieron a pagar por un seguro sobre la vida de Anna, por valor de u\$s 200.000.

El cigoto fue entonces implantado el 19/1/90. Menos de un mes más tarde, un test de ultrasonido confirmó que Anna se encontraba embarazada. Desgraciadamente, las relaciones entre ambas partes se deterioraron. Mark se enteró de que Anna no había revelado que había sufrido varios partos en los cuales el niño había nacido muerto y embarazos fracasados. Anna consideró que Mark y Crispina no habían hecho lo suficiente para otorgar la póliza de seguro requerida. También se sintió abandonada durante el comienzo de los dolores prematuros de parto en junio.

En julio de 1990, Anna envió a Mark y a Crispina una carta exigiendo que se le pagara el saldo de la suma que se le debía o, de lo contrario, se rehusaría a entregar el niño. Al mes siguiente, Mark y Crispina le contestaron con una acción legal, en la que solicitaban una declaración en el sentido de que ellos eran los padres legales del niño que aún no había nacido. Por su parte, Anna inició una acción en la que requería que se declarara que era la madre del niño. Finalmente, ambos casos fueron unificados. Las partes estuvieron de acuerdo en la designación de un guardián independiente "ad litem" a los fines del pleito.

El niño nació el 19/9/90, y se obtuvieron muestras de sangre de Anna y del niño para ser analizadas. La prueba de sangre excluyó la posibilidad de que Anna fuera la madre genética. Las partes aceptaron una decisión del tribunal que disponía que el niño permanecería temporalmente con Mark y Crispina, con un régimen de visitas en favor de Anna.

Durante el juicio, en octubre de 1990, las partes convinieron en que Mark y Crispina eran los padres genéticos del niño. Luego de la audiencia de prueba y de los alegatos, el juez de 1a. instancia resolvió que Mark y Crispina eran el padre y la madre "genéticos, biológicos y naturales" y que el contrato de maternidad sustituta era válido y exigible, en contra de los planteos de Anna. El juez también dio por finalizada la orden que permitía el régimen de visitas. Anna interpuso recurso de apelación contra la decisión del juez de 1a. instancia. La Cámara de Apelaciones para el Cuarto Distrito, Tercera División, confirmó la decisión, y la Corte Suprema del Estado de California entendió que

no es contrario al orden público el contrato de maternidad subrogada celebrado entre las partes por cuanto:

*\*Los pagos hechos en el contrato, tenían como objetivo compensarla de sus servicios en gestar el niño y el someterse a las labores de parto, antes que compensarla por renunciar a sus derechos de madre, respecto del niño*

*\*El contrato no es contrario al orden público porque no establece elemento de coacción alguno ya que permite a las partes el aborto*

*\*No explota la condición de las mujeres de menos recursos en un grado mayor que las explota la necesidad económica en general al inducirlas a aceptar empleos menos remunerados o que son desagradables por otras razones.*

*\*No considera a los niños mercancías.*

*\*Negar valor al contrato impide que la mujer gestante tenga la libertad personal de obtener un beneficio económico de la manera que lo desee.*

*\*Estos contratos no afectan el interés del niño porque el interés de los niños tan pequeños coincide con el de los padres.*

*\*La maternidad la establece no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención, expresa que la intención de las partes fue traer al mundo el niño de Marc y Cristina; ésta es la causa eficiente del contrato. Si bien la función gestativa que Anna lleva a cabo fue necesaria para provocar el nacimiento del niño, se puede asegurar que Anna no hubiera tenido oportunidad de gestar o de dar a luz el niño si ella antes de la implantación del cigoto, hubiera manifestado su propia intención de ser la madre del niño. No existe ninguna razón por la cual el posterior cambio de opinión de Anna debiera invalidar la Conclusión de que Crispina es la madre natural del niño.*

De esta manera, la Corte Suprema del Estado de California resolvió a favor de la validez del contrato de maternidad, basándose, como veremos luego, en la teoría de la intención.

En doctrina, ROBERTSON también se inclina a favor de la maternidad subrogada, aunque utiliza un argumento diferente. Sostiene el autor que las parejas infértiles tienen el mismo interés y la misma capacidad que las parejas fértiles para formar una familia y criar a los hijos. Según este autor, la incapacidad de tener hijos por medios naturales es comparable con la ceguera: de la misma forma que los invidentes pueden leer gracias al método Braille, también los infértiles deberían poder tener hijos con la ayuda de la medicina

reproductiva. Como corolario, las parejas casadas (y también las personas no casadas) tienen derecho a valerse de las técnicas de reproducción no coital, como la fertilización in vitro o la inseminación artificial con gametos provenientes de la propia pareja. En cuanto al recurso a semen u óvulos de terceras personas y al alquiler de úteros, parece que el interés de las personas estériles en tener hijos es justificación suficiente para considerarlo legítimo.<sup>314</sup>

### **6-3- POSTURAS INTERMEDIAS.**

Como hemos visto, en general, la doctrina sostiene la nulidad del contrato de maternidad subrogada. Sin embargo, también se han adoptado otras posturas más flexibles, es decir, posturas que admiten su validez, pero con matices o bajo ciertas condiciones.

Encontramos distintas variantes.

Algunos autores admiten la licitud de este pacto cuando el mismo es gratuito, desconociendo, sin embargo, acción a los contratantes para reclamar el niño; siendo la obligación de quien presta su vientre de tinte puramente natural y, en consecuencia, no exigible judicialmente.

Para otros, como ALKORTA IDIÁKEZ cabe cuestionar la coherencia ética de la regulación española que mientras prohíbe la gestación sustitutiva por motivos altruistas, permite la donación de óvulos o la de embriones. Cabe preguntarse, ¿por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados, que llevar a cabo una gestación por motivos altruistas, si se entrega después el nacido a la madre genética sin exigir precio alguno? Para esta autora no hay razón para prohibir los acuerdos de gestación entre hermanas o entre amigas, siempre que se den una serie de requisitos: primero, el embrión debería provenir de la pareja comitente y no de la gestante o de una pareja donante, en segundo lugar, la gestación debería ser gratuita. Y para terminar, sólo cabría la gestación por sustitución a favor de mujeres que padezcan alguna patología que las incapacite para llevar un embarazo a término. Señala la autora que es conveniente atender a la realidad social que

---

<sup>314</sup> ROBERTSON A. *Children of choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*. Princeton. New Jersey. Princeton University Press. 1994. Citado por ALKORTA IDIÁKEZ, I. "Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado". Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Pág. 70

en este caso nos demuestra que las parejas están dispuestas a recurrir a los servicios de mujeres reclutadas por clínicas californianas, antes de resignarse a no tener descendencia biológica. Las mujeres que no pueden gestar por carecer de útero, reclaman una solución semejante a la que el ordenamiento ofrece a las mujeres que no pueden tener hijos propios por carecer de ovarios y lo cierto es que nos resulta difícil hallar razones de peso para negarles el derecho a unas mientras se les reconoce a otras.<sup>315</sup>

Otros consideran que “la gestación gratuita con aportación de material genético de la pareja debería autorizarse, siempre que se lleve a cabo sin intermediarios, que, en cualquier caso, deben quedar excluidos de este ámbito”. A su juicio “la importante función de la gestación queda ensombrecida por la contribución con sus gametos de la pareja.”<sup>316</sup>

En este sentido, FABREGA RUIZ considera que la nulidad no soluciona los problemas que pueden derivarse de la maternidad subrogada. Para este autor, es preciso una regulación realista de la misma, buscando mecanismos tuitivos para la protección integral del hijo, y facilitando el acceso a la maternidad de las mujeres incapaces de gestar.<sup>317</sup> Para el autor citado, lo más correcto hubiera sido la aceptación (en la LTRA) del contrato que debería basarse en las siguientes premisas o criterios<sup>318</sup>, tal como establece el Consejo de Europa:

- La pareja encargante debe firmar un acta de responsabilidad por el cual debe aceptar el niño venga como venga. Si de un parto natural puede nacer un hijo con taras, también, en estos casos, debe asumirse dicho riesgo. En estos casos la madre biológica carecerá de responsabilidad.
- La madre sustituta podrá quedarse con el niño una vez nacido.

---

<sup>315</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. “Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado”. Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Pág. 288 y ss.

<sup>316</sup> MERINO GUTIERREZ, A. “Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 428.

<sup>317</sup> FÁBREGA RUIZ, C. F. “Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida”. Editorial Comares. Granada, 1999. Pág. 137.

<sup>318</sup> FÁBREGA RUIZ, C. F. “Biología y filiación. Aproximación ... Op. cit. Pág. 118.

- La prestación del útero debe ser voluntaria y gratuita, si bien deberán costearse los gastos del embarazo, asistencia prenatal y parto.
- El contrato debe realizarse en documento público como forma “ad solemnitatem”.

#### **6-4- LA POSTURA “FEMINISTA”**

Las posturas feministas acerca de la gestación por sustitución no son uniformes.

Por un lado, el denominado feminismo cultural distinguiría según que esta figura tenga carácter gratuito o retribuido. El primer supuesto se valoraría positivamente como una manifestación de la disposición femenina al cuidado.<sup>319</sup>

En cambio, otras posiciones rechazan que la maternidad subrogada altruista sea más aceptable que la comercial. Semejante afirmación – dicen – no haría sino forzar y reflejar las normas de género. La maternidad subrogada aparecería como una extensión de las tareas de cuidado que las mujeres han desarrollado siempre en la esfera privada, pero que nunca han sido reconocidos como un trabajo que deba ser remunerado. En cambio, sostienen que pagar por los servicios de las madres de alquiler pondría en crisis esas normas de género.<sup>320</sup>

Así, hay autoras que defienden inequívocamente la maternidad subrogada, no sólo gratuita, sino también y sobre todo retribuida. Lo hacen en nombre de la autonomía de la voluntad, de la capacidad de elegir, de autodeterminarse.

Se manifiestan a favor de que no exista ningún tipo de prohibición legal de la maternidad por sustitución y a favor de que las relaciones de subrogación (en particular, las relaciones parentales) se regulen a través de un contrato válido frente a la ley, debiendo, por tanto, prevalecer la voluntad expresada en el momento de la celebración del contrato antes de la concepción. La madre

---

<sup>319</sup> FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ, E. “Mujeres y técnicas de reproducción artificial ¿Autonomía o sujeción?” En BALLESTEROS, J. (coord.). La humanidad in vitro. Comares. Granada. 2002. Pag.170.

<sup>320</sup> FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ, E. “Mujeres y técnicas de reproducción... Op. cit. Pág. 170

gestante no podría cambiar de idea a lo largo del proceso. Sostienen que las mujeres deben cumplir sus contratos de subrogación, en cuanto individuos autónomos, capaces de efectuar elecciones racionales, libre y conscientemente y de manera responsable.<sup>321</sup>

En cambio, el feminismo radical y el socialista rechazan la maternidad subrogada por entender que constituye una explotación económica y/o psicológica (la mujer a la que se le demanda el alquiler del útero se siente presionada por cuanto piensa que con ello puede ser útil a una pareja infértil). Asimismo se rechaza la gestación por sustitución por entender que supone una cosificación del cuerpo de la mujer.<sup>322</sup>

En el derecho español, GÓMEZ SÁNCHEZ señala que “resulta positivo que la ley impida que se extiendan prácticas que podrían llevarnos a la utilización del cuerpo de la mujer como mero recipiente gestador. Si duda, esta práctica puede constituirse en una forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que puede contribuir la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo), inadmisibles en una sociedad democrática”. Por todo ello considera adecuada la regulación del art. 10.1 de la LTRA que establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución.<sup>323</sup>

## **7- SU REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.**

### **7-1- LEY 14/2006, DE 26 DE MAYO SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.**

#### **ARTÍCULO 10:**

*1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.*

---

<sup>321</sup> FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ, E. “Mujeres y técnicas de reproducción artificial ... Op. cit. Pag.171.

<sup>322</sup> FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ, E. “Mujeres y técnicas de reproducción artificial... Op. cit. Pag.171.

<sup>323</sup> GOMEZ SANCHEZ, “El derecho a la reproducción humana”. Marcial Pons. Madrid, 1994. Pág. 136 – 142.

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

3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

## **7-2- ANALISIS DE LA NORMA**

La Ley declara en su párrafo primero nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. Ahora bien, como la operación consumada no puede volverse atrás, la ley tiene que determinar quién es la madre, bien la productora del óvulo fecundado o la que dio a luz el hijo, cuestión que la ley resuelve en su artículo 10.2 en el sentido de que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Entonces, como se decreta la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio “a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero (Art. 10.1), no hay, pues vínculo, derecho ni deber que pueda derivar de tal “contrato”.<sup>324</sup>

La regla se refuerza señalando que el parto determinará la filiación (materna), lo que recoge y potencia la regla mater semper nota est (Art. 47 LRC).

Queda a salvo (Art.10.3) la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. Un precepto que ha sido calificado como confuso. Las “reglas generales” han de ser tanto las del Código Civil cuanto el propio Art. 8 de LTRA en los casos en que sea de aplicación. Y la frase del Art. 10.3 ha de significar que quien aportó semen para la fecundación puede reclamar la paternidad, pero también que, si fuera conocido, cabría la acción contra él.<sup>325</sup>

---

<sup>324</sup>MONTÉS PENADÉS. “La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española”. 2003. [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

<sup>325</sup>MONTÉS PENADÉS. “La reproducción humana...” Op. cit.

Para PÉREZ MONGE<sup>326</sup> corresponde la siguiente interpretación del Art. 10.3 LTRA:

- 1- Si el gameto masculino procede del marido (de la comitente, entiendo), se permite la acción de reclamación de la paternidad.
- 2- Si el gameto masculino proviene de donante, se prohíbe dicha acción de reclamación de paternidad respecto del donante, ya que la identidad de este no se relaciona con la filiación (art. 8.3 LTRA). El comitente podrá reclamar la paternidad con fundamento, en su caso, en el escrito de consentimiento a procreación heteróloga en mujer determinada.

Además, si la mujer gestante es casada, la presunción del Art. 116 CL puede determinar que se inscriba al hijo como del marido. Este podrá impugnarla, pero también podrá reclamarla el varón de la pareja comitente (la que “encargó” la gestación).<sup>327</sup>

Si la gestante no es casada, no habrá paternidad legalmente determinada hasta que, por aplicación de los Art. 49 LRC y 8.2 LTRA se produzca reconocimiento, expediente registral o sentencia consiguiente al ejercicio de la acción de reclamación.<sup>328</sup>

Volveré sobre este análisis en los apartados siguientes.

En lo que se refiere a la perspectiva penal, a diferencia de otras legislaciones de nuestro entorno<sup>329</sup>, el Código Penal (CP) español no tipifica como delito la maternidad por sustitución, aunque tales supuestos podrían dar lugar a la comisión de dos de los delitos tipificados en el art. 220 del CP (suposición de parto -madre de deseo que se atribuye el hijo que, legalmente, lo es de la madre gestante- y ocultación o entrega del hijo -madre gestante que lo entrega a la madre de deseo-) o uno del artículo 221 del CP si mediara contraprestación económica (compraventa de niños -aplicable a ambas madres-) . Debe advertirse que la relevancia penal de la maternidad subrogada vendrá marcada por la realización de algún comportamiento subsumible en

---

<sup>326</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”. Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. 2002. Pág. 354.

<sup>327</sup> MONTÉS PENADÉS. “La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española”. 2003. [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

<sup>328</sup> MONTÉS PENADÉS. “La reproducción humana...” Op. cit.

<sup>329</sup> Por ejemplo, la alemana, aunque exculpando tanto a la madre sustituta como a la persona que quiere recibir el niño de forma permanente.

alguno de esos tipos penales y no por el hecho en sí de realizar el contrato de maternidad por sustitución, la que, como se ha indicado, es atípica y, por tanto, impune<sup>330</sup>.

En definitiva, la maternidad por sustitución es penalmente irrelevante, de manera que sólo plantearía su trascendencia criminal cuando, una vez nacido el niño, se altera su filiación adscribiéndolo a una familia que no le corresponde legalmente.<sup>331</sup>

De esta manera, la opción de política legislativa no pasa tanto por la prohibición o punición de este tipo de actividades, como por privar al contrato de efectos jurídicos y establecer la relación de filiación con respecto a la madre gestante, con independencia de que el óvulo o embrión del que procede el hijo sea biológicamente suyo o no. En este sentido, aun en el caso de que se produjesen este tipo de contratos, existen dos mecanismos para impedir que se cumplan los objetivos buscados por quienes los formalizan. En primer lugar, el contrato es jurídicamente nulo y como tal no puede ser alegado ante los tribunales. En caso de incumplimiento por parte de una madre gestante de sustitución que se negase a entregar al hijo, el contrato no tendría ningún valor y la otra parte contratante no podría exigirle la entrega. Pero incluso en el caso de un cumplimiento voluntario, la filiación materna quedaría determinada por el parto, lo que quiere decir que aun en caso de que las pruebas biológicas pudiesen demostrar una relación genética con la mujer que hubiese aportado los óvulos, eso no tendría significado jurídico.<sup>332</sup>

Por otro lado, cabe destacar, que la Ley española declara la nulidad del contrato de maternidad subrogada, pero nada dice de los intermediarios en tal acuerdo, ni sobre su responsabilidad. Coincido con MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ y MASSIGOGUE BENEIGU, quienes consideran que es totalmente equivocado meter en el mismo saco a una pareja estéril y obsesionada por

---

<sup>330</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. en A.A.V.V.: "Delitos relativos a la reproducción asistida", en Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, Comares y Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998. pág. 178 y ss.

<sup>331</sup> JIMÉNEZ DÍAZ, J. "Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del código penal España". En ARÁNGUEZ SÁNCHEZ y ROMEO CASABONA. Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Dykinson, Enero 2005. Pág. 316 y ss.

<sup>332</sup> LEMA AÑON, C. "El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y Constitución". En CAMBRON INFANTE, A. Reproducción asistida: promesas, normas y realidad. Trotta. Madrid. 2001. Pág. 43.

tener un hijo en su hogar y familia o una mujer que más o menos altruistamente se presta a realizar tareas de incubadora, con los facultativos que participan lucrativamente en tales prácticas prohibidas por la ley y sin cuya colaboración técnica no podrían alcanzar el éxito pretendido, al menos cuando la pareja aporte espermatozoide y óvulo, y no digamos nada de los intermediarios de este extraño mercado humano. Tal intermediación lucrativa no se encuentra entre las infracciones graves o muy graves de la Ley.<sup>333</sup>

## 8- POSIBLES CASOS Y SOLUCIONES CONFORME A LA LTRA.

Siguiendo a PEREZ MONGE, distinguimos los distintos supuestos que pueden presentarse y las soluciones que corresponderían conforme a la LTRA (teniendo en cuenta que ésta considera nulo el contrato de maternidad subrogada y que madre es la que da a luz, la que pare al niño):

- 1- Primer supuesto: *el varón comitente aporta el gameto, y la mujer gestante aporta el óvulo y la gestación.* Es decir, “la mujer gestante y aportante del óvulo, es inseminada con gametos del varón comitente”.<sup>334</sup> En consecuencia la madre gestante es a su vez, madre genética y el varón comitente es padre biológico. Aplicando el Art. 10 de la LTRA, madre jurídica será la gestante y padre será el varón comitente por el hecho de poder demostrarlo por la correspondiente prueba de paternidad, independientemente de que esté casado o no. Ahora bien, si la madre es soltera, bastaría un reconocimiento. Si la madre está casada, en principio, es padre su marido, por lo que el padre genético (caso de no ser el marido) debería realizar una impugnación de dicha paternidad para reclamara la suya.”<sup>335</sup>

---

<sup>333</sup> MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M., MASSIGOGE BENEIGU, J. M. “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español”. Dykinson. Madrid. 1994. Pág.145.

<sup>334</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”. Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. 2002. Pág. 366.

<sup>335</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 366.

2- Segundo supuesto: “la madre portadora aporta además el gameto femenino, y es inseminada con gametos masculinos de donante. Por ello, madre jurídica es la gestante, y padre:

- Si la portadora está casada, en principio, se atribuye la paternidad a su marido (paternidad que podría impugnar si no la consintió). Sería una procreación asistida heteróloga sin consentimiento de marido. Aunque entendemos que también podría impugnar la paternidad presumida por la ley, si lo que consintió fue la inseminación de su esposa para maternidad de sustitución, es decir, no asumió la paternidad y se le atribuye el efecto contrario.<sup>336</sup>
- Si la portadora no está casada, cabrá que un varón realice un reconocimiento de complacencia.”<sup>337</sup>

Se distinguen los siguientes supuestos:

a- Si la portadora mantiene su maternidad, cabe que el varón comitente u otro reconozca al nacido.

b- Si la portadora da al niño en adopción, entonces:

b-1-si reconoce el padre comitente se facilita la adopción, ya que su mujer podría adoptar según lo dispuesto en el art 176 CC. Se necesita solamente el consentimiento de la madre legal.

b-2-si reconoce un varón distinto del padre comitente, tienen que adoptar el varón y la mujer comitentes. En este supuesto rigen las reglas generales de la adopción, por lo que será muy difícil que el nacido se entregue a los padres comitentes. En los apartados siguientes volveré sobre el análisis de esta problemática.

3- Tercer supuesto: “los comitentes aportan los gametos masculinos y femeninos, y la madre gestante, únicamente la gestación. Es el supuesto más común de maternidad por sustitución. Madre será quien gestó, y padre, en principio, el aportante de gametos.”<sup>338</sup> Esto, además, conforme al art. 10.3 de la LTRA que establece: “*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”.

---

<sup>336</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 355.

<sup>337</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 366.

<sup>338</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 366.

- 4- Cuarto supuesto: “el gameto femenino es aportado por la madre comitente, el gameto masculino procede de donante y la gestación se encarga a una madre portadora. Jurídicamente, madre será la gestante, y la paternidad se atribuirá, en principio, si la portadora está casada, a su marido, y si no está casada, dependerá de un eventual reconocimiento de complacencia del comitente o de otro varón. Obsérvese que si la gestante no abandona al nacido en adopción, no es posible que los comitentes adopten al nacido.”<sup>339</sup>
- 5- Quinto supuesto: “los gametos masculinos y femeninos proceden de donante y la gestación se encarga a una madre portadora. El derecho reconoce como madre a la gestante. Por otra parte, la paternidad dependerá de diversos factores, entre ellos la voluntad de la madre.
- Si la madre está casada, una vez nacido el niño, se presume padre el marido de la madre, y si nadie impugna así quedara. Si se impugna, se demostrará que dicho marido no es el padre biológico del nacido. La determinación de la filiación queda, según parece, a la voluntad de la madre y del que se presume padre. Los comitentes no podrían impugnar ni reclamar con fundamento en la procedencia biológica de los gametos (pues fueron donados) ni en el contrato de maternidad subrogada, calificado como nulo por nuestro derecho.
  - Si la madre no está casada, la maternidad se determina por el parto. En consecuencia la madre portadora será a su vez madre jurídica, y la paternidad se podría determinar mediante un reconocimiento de complacencia.”<sup>340</sup>
- 6- Sexto supuesto: el comitente aporta los gametos masculinos, los gametos femeninos son aportados por donante y a una madre portadora se le encarga la gestación. “El varón aporta los gametos masculinos, por lo que podría demostrar su paternidad. La madre genética es distinta de la gestante, que como es sabido, será la madre jurídica.”<sup>341</sup>

---

<sup>339</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit.. Pág.367.

<sup>340</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág. 367.

<sup>341</sup> PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op. cit. Pág.368.

Luego del análisis de estos supuestos, podemos advertir que, aunque la solución dada por el legislador a favor de las portadoras, presenta muy fuertes razones de tipo obstétrico, psicológico y jurídico, suponiendo un medio para que desaparezca la maternidad de sustitución en el mercado, ha producido un resultado y es que los niños nacidos de estas técnicas tengan una madre y un padre, si este reclama la paternidad, pero entre los cuales no existen vínculos, lo que no parece muy adecuado para el desarrollo del niño, pues sus padres es evidente que no forman una familia.<sup>342</sup>

A su vez, y adelantando mi postura al respecto, este análisis pone de manifiesto los inconvenientes e injusticias que genera la solución adoptada en la legislación española, que consagra, sin más, la nulidad del contrato de maternidad subrogada y considera, sin excepciones, que legalmente madre es la que pare.

## **9- SOLUCIONES EN CASO DE MATRIMONIO HOMOSEXUAL. DERECHO ESPAÑOL.**

En el capítulo siguiente, dedicado a la comaternidad, veremos que la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, legalizó los matrimonios homosexuales, quedando equiparados a los matrimonios heterosexuales.

Sin entrar en mayor profundidad, ya que lo haremos en el capítulo siguiente, basta ahora tener en cuenta que esta ley admite la adopción por un matrimonio homosexual y el uso de las TRA, aunque, como vimos, la reforma de la LTRA del año 2006 – posterior a la ley 13/2005 – mantuvo la nulidad del contrato de maternidad subrogada.

De esta manera, si el matrimonio entre personas del mismo sexo son dos varones y quieren tener un hijo “genéticamente propio” (aunque más no sea de sólo uno de ellos), deberán recurrir a las técnicas de fecundación asistida, y en concreto a la maternidad subrogada, sin embargo, la situación es la siguiente:

---

<sup>342</sup> MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M., MASSIGOGUE BENEIGU, J. M. “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español”. Dykinson. Madrid. 1994. Pág.155.

Piénsese que si (C) y (D) acuden a (R) para que tenga un hijo, si (R) estuviera casada, el hijo tendría el *status* de hijo matrimonial de (R) y su cónyuge. Cualquier convenio o contrato entre (C), (D) y (R), teniendo por objeto la maternidad subrogada sería nulo (art. 10 LRH A). Si (R) no estuviese casada, el hijo se inscribiría con la filiación materna no matrimonial de (R). Si (C) ó (D) hubiesen prestado su semen, la filiación paterna (o para ser más precisos con la vigente legislación registral civil, el sería el progenitor (B), porque el progenitor (A) sería la mujer gestante R), competirá a quien hubiese facilitado su célula germinal. Pero siguiendo esta última hipótesis, si el esperma corresponde a (C), éste tendría la filiación extramatrimonial, pero ¿qué ocurre con (D)? al no derivársele ninguna filiación, tampoco tendría la patria potestad. Además sí (C) y (D) se divorciasen (D) no tendría ni guarda y custodia del hijo, y tampoco derecho de visita alguno a su favor con lo cual la situación de indefensión para (D) es absoluta. En este caso, sólo cabe que se le designe tutor o que en caso de fallecimiento de (C), sólo sería de *facto* guardador de hecho...<sup>343</sup>

No obstante, como señala LLEDÓ YAGÜE la solución sería que R consintiese la adopción de su hijo, que también lo es de (C). Repárese que estaríamos en el supuesto de la adopción del hijo del cónyuge (art. 178 CC). Conforme a los actuales cambios registrales el hijo tendría dos progenitores: por un lado (C) como progenitor (A), y ahora (D) como progenitor (B). Obsérvese que el art. 178 CC, hace pervivir la filiación del cónyuge que consiente (C), con la del otro cónyuge que asumirá complementariamente la filiación del hijo (C); aunque ambos cónyuges sean del mismo sexo.<sup>344</sup>

Entiendo que, sin perjuicio de esta solución, no podemos dejar de tener en cuenta que el contrato de maternidad subrogada es nulo, por lo que no son pocos los posibles problemas que podrían llegar a presentarse. Además, los pretensos padres (en este caso, comitentes) no están protegidos ante los cambios de parecer de la portadora o cualquier otro inconveniente que pueda

---

<sup>343</sup> LLEDÓ YAGÜE. F. "El matrimonio entre personas del mismo sexo y su repercusión en las relaciones jurídico familiares. Comentarios a los preceptos reformados por las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio". En El nuevo derecho matrimonial. Dykinson. Enero 2007. Pág.316 y ss.

<sup>344</sup> LLEDÓ YAGÜE. F. El matrimonio entre personas del mismo sexo ..." Op. cit. Pág.316 y ss.

surgir y nada les asegura que la portadora entregue el niño en adopción. Es por esto que considero que, como veremos luego, la solución más favorable y justa es admitir y regular el contrato de maternidad subrogada.

## **10- DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD.**

### **10-1- SOLUCIONES EN DOCTRINA:**

- 1- MATERNIDAD GENETICA: Un sector de la doctrina considera que en el caso de que la gestante sólo aporte la gestación, la maternidad jurídica se debería atribuir a *la mujer que aportó el gameto*.

Así, PANTALEÓN pone el acento en el elemento genético, porque, a su juicio, es el que define la identidad de la persona, aunque reconozca la intensa relación existente entre la madre gestante y el feto durante el embarazo.<sup>345</sup>

Coincido con LLEDÓ YAGÜE, en cuanto considera que esta solución es poco defendible, puesto que la pareja comitente sólo saldría ganando en el supuesto de que sus miembros fueran, a la sazón, los titulares de los gametos masculino y femenino. Ahora bien, si por el contrario, los titulares de las células germinales fueran los sujetos de la pareja gestante, a ellos se les debería atribuir la filiación. Ítem mas, los problemas podrían sobrevenir cuando resultara que el hijo no fuera portador, en absoluto, de la totalidad de la carga genética de los miembros de la pareja comitente versus gestante, ya que, entonces, de seguir el criterio genético, las posibles hipótesis combinadas podrían dar lugar a situaciones conflictivas, porque puede suceder que tuviéramos que atribuir jurídicamente la paternidad y maternidad a quienes entre si no forman pareja.<sup>346</sup>

En el derecho argentino, los sostenedores de esta postura admiten que se podría impugnar la maternidad "*por no ser la mujer madre del hijo que pasa*

---

<sup>345</sup> PANTALEON, F. "Contra la ley sobre Técnicas de Reproducción asistida". En Jueces para la democracia. Diciembre de 1988. Pág. 25

<sup>346</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Fecundación artificial y derecho". Tecnos. Madrid. 1988. Pág.159.

*por suyo*" con base a la realidad biológica establecida en los Art. 251, 253 y 256 del Código Civil, en cuyo caso la madre sería quien aportó el óvulo.<sup>347</sup>

También en el derecho español, una parte de la doctrina entiende que, cuando la madre subrogada sólo aporta la gestación, pero no el material genético (óvulos de donante o de mujer comitente), entonces, podría impugnar la maternidad.

Por mi parte, entiendo que la madre subrogada o portadora, podrá ejercer esta acción para impugnar la maternidad, cuando la transferencia al útero de aquella del óvulo fecundado in vitro se hubiera llevado a cabo sin o contra su voluntad, pero no si consintió eficazmente dicha transferencia.

Si no lo consintió, hipótesis que, como vimos, configura un delito en el código penal español, estaría legitimada para impugnar la maternidad determinada por la ley.

En cambio, en los supuestos en que se consiente la transferencia, no procede la acción de impugnación, dado que sería ir en contra de los propios actos. (No puede impugnar aquel que previamente consintió). Entiendo que en estos casos, la mejor solución, como pongo de manifiesto luego, es que la maternidad no se determine por el parto en todo caso y sin excepción, sino que se haga lugar a la voluntad de la comitente (y en su caso también a la voluntad de la madre gestante, que en estos casos, en los que querría impugnar, es aún más obvio que no quiere ese hijo), y que la maternidad se determine a favor de aquella que realmente ha deseado y quiere ese niño para sí.

## 2- MATERNIDAD DE GESTACION: otros entienden que **la maternidad se determina por el parto.**

Ésta es la opinión mayoritaria de la doctrina española<sup>348</sup>, aún antes de la sanción de la LTRA.

---

<sup>347</sup> En este sentido: CAFFERATA: "Las nuevas técnicas de reproducción humana", ED 130-729, ns. 24 y 61, ZANNONI-BOSSERT: "Régimen legal de la filiación y la patria potestad, cit., coment. art. 261, n. 14, SOTO LAMADRID: "Biogenética, filiación y delito", cit. ns. 105 y 106, MENDEZ COSTA-D, ANTONIO: "Derecho de familia", cit. t.III, págs. 26, 105-106, IÑIGO DE QUIDIELLO-LEVY-WAGMAISTER: "Reproducción humana asistida", en Enciclopedia de derecho De familia, cit. t. III, págs. 558-559, WAGMAISTER-LEVY: "La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica", JA 1995-I-451.

Así, LACRUZ BERDEJO sostiene: “Nuestro Código civil no ha llegado a plantearse el dilema: Para él, sólo es madre la que da a luz: la gestante. En él, la maternidad viene siempre determinada, sin más por el parto, y somos muchos - sostiene el autor - los que pensamos que los nueve meses de la gestación son motivo más que suficiente para que así ocurra aunque el óvulo proceda de otra mujer. Por supuesto nada impedirá a la “madre de alquiler” cumplir el contrato y dar en adopción al hijo que parió, pero madre natural sigue siendo ella y ningún juez podría arrebatarle la maternidad ni sus derechos.”<sup>349</sup>

En esta línea, RIVERO HERNANDEZ enumera las ventajas de que la LTRA haya elegido el criterio del parto para la determinación de la maternidad y afirma: “Los especialistas médicos, los juristas, y muchos que no lo son creen que la función que más se acerca a la de madre, entre la de aquellas tres participaciones mencionadas, es de la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación (no sólo biológica sino psíquica, afectiva, llena de emociones, al parecer compartidas). La mayor parte de las leyes, proyectos e informes, hacen también madre a la mujer que gesta y pare al nuevo ser, proceda de quien proceda el gameto o el embrión.” (...) es el sistema más seguro y aceptado, coincide con el art. 47 LRC., es congruente con la invalidez e ineficacia de cualquier convenio sobre gestación de sustitución, y es la solución disuasoria frente a quienes pretendan saltarse la ley.<sup>350</sup>

Para LLEDÓ YAGÜE la maternidad biológica tiene más valor que la maternidad genética, por lo que es partidario de la regla según la cual *partus sequitur ventrem*. Sostiene el autor que, aun cuando los gametos (óvulo y semen) provengan de la pareja comitente, la maternidad genética no condiciona en absoluto la maternidad biológica, de suerte que madre será no la que presta el óvulo, sino la que soporta la gestación.<sup>351</sup> Para él es más importante el componente de la gestación que el genético, pues la gestante

---

<sup>348</sup> En este sentido, GAFO, J. “Nuevas formas de reproducción humana”. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1986. Pag.131. HIGUERA, G. “Maternidad subrogada”. En Nuevas técnicas de reproducción humana. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1986. Pág. 93 y ss.

<sup>349</sup> LACRUZ, J. L. “Hijos artificiales y madres de alquiler”. Diario ABC, “Tribuna abierta”, 6 de mayo de 1987. Pág. 32.

<sup>350</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO... Op. cit. Pág. 165.

<sup>351</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial y derecho”. Tecnos. Madrid. 1988. Pág.26 y ss.

lleva en su vientre el fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre a favor de la mujer portadora, y en contra de la gestación de sustitución en favor de otra.<sup>352</sup>

También es la postura mayoritaria de la doctrina argentina, que entiende que la maternidad se establece por el hecho del parto sin admitir prueba en contrario, y que ni la madre, ni el hijo ni ningún otro interesado pueden impugnar esta circunstancia.<sup>353</sup>

### 3- MATERNIDAD DE DESEO: Otros autores tienen en cuenta **el elemento volitivo**.

Esta fue la opinión mayoritaria del Grupo de trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado. Así, la mayor parte de los miembros de este grupo, al objeto de estudiar los problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación in vitro optaron por considerar al nacido por la voluntad y con los gametos de una pareja casada, pero gestado en un vientre ajeno como hijo del matrimonio. En este punto la toma de postura es ciertamente difícil pues si justo es resaltar la intensidad e importancia de la gestación, no es menos cierto que la línea directriz del moderno derecho de filiación ha de primar el matiz de la voluntad y el deseo que puede hallarse tanto en la madre genética como en la portadora.<sup>354</sup> O, como hemos visto y veremos luego, en la comitente, que no es madre genética ni gestante.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ considera que debe ser la madre aquella persona que en el contrato estableció el deseo de tener un hijo a través de esta técnica, sin distinguir si ha aportado el óvulo o no. Si el óvulo se ha trasplantado a la mujer gestante, coincidirá, según su posición, en una misma persona la maternidad genética y la legal. Y si no se transfirió el óvulo, no se darían en una misma persona ambas maternidades; pero ello no sería óbice para que no se le atribuyera la maternidad legal. Bien es cierto que se rompe el principio de

---

<sup>352</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. "Fecundación artificial... Op. cit. Pág. 155.

<sup>353</sup> BORDA: "Tratado de Der. Civil, Der. de familia", 8va. ed., Bs. As. 1989, t. II, nº 684, BELLUSCIO: "Manuel de der. De familia", 5ta. ed. Bs. As., 1987, t. II, ns. 458 y 464., Díez Pícazo-Guillon: "Sistema de derecho civil", cit. t. IV. Pág. 282. .

<sup>354</sup> GRUPO DE TRABAJO DE LA DIRECCION DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Centro de publicaciones de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 1986

que madre es la que da a luz y de que la madre siempre es cierta, pero no sería obstáculo para otorgarle la maternidad a otra persona, pues nos encontramos ante una nueva situación que no tiene por qué solucionarse siguiendo las mismas coordenadas que las que se derivan de la maternidad natural.<sup>355</sup> Piensa que “si ha mediado un contrato (a pesar de que no produce efectos jurídicos, por ser nulo) y en el mismo se ha estipulado por las partes que la maternidad corresponde a una determinada persona, cree que es ella la que debe ostentarla. El contrato es nulo, pero ha nacido una persona que tiene derecho a tener una madre.”<sup>356</sup> (...) “Y ello por muchas circunstancias: en primer lugar porque es la que ha deseado tener ese niño. (...). En segundo lugar, porque la mujer gestante se ha prestado voluntariamente a ello, renunciando a cualquier derecho sobre ese niño, y además, por lo general, ha recibido una contraprestación económica, lo que significa que para ella, en principio, el colaborar en la gestación contratada ha sido como consecuencia de un negocio y para lograr un fin lucrativo. En tercer lugar, cree que no cabe alegar por la gestante una vez que ha dado a luz, motivos sentimentales y lazos de cariño con ese niño que ha llevado en su seno durante nueve meses, porque si bien es cierto que éstos existen, también es verdad que todos esos detalles se le han dado a conocer antes de prestarse a cumplir este tipo de pacto. En cuarto lugar, porque la mujer que ha llevado a cabo la gestación conoce que su misión en este tipo de técnicas es dar a luz, para posteriormente entregar el hijo a la mujer que se lo ha encargado”.<sup>357</sup>

Por todo ello, considera la autora, que lo más razonable, dentro de lo poco que le parece que tiene esta técnica y de la que es partidaria de que no se admita, es dar la maternidad legal a la mujer que así se haya estipulado en el contrato, tanto si ha aportado el óvulo como si éste pertenece a la gestante, u a otra persona distinta.<sup>358</sup>

---

<sup>355</sup>HERNANDEZ IBÁÑEZ, C. “La filiación en la fecundación asistida: consecuencias jurídicas en torno a la misma”. En BARBERO SANTOS, M. Ingeniería genética y reproducción asistida. Madrid. 1989. Pág. 259.

<sup>356</sup>HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. “La atribución de la maternidad en la gestación contratada.” Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 445.

<sup>357</sup>HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. “La atribución de la... Op. cit. Pág. 445- 446.

<sup>358</sup>HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. “La atribución de la... Op. cit. Pág. 445- 446.

También PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS sostiene que: “la solución legal (madre es la que pare) no es siempre la que mejor decide el conflicto de intereses. Ciertamente la gestación y parto es un hecho importante (ser “madre” gestante es más importante que ser “madre” de leche). Pero no debe olvidarse que muy frecuentemente es otra la mujer de quien procede la voluntad de que el hijo venga al mundo, que de esta otra es de quien procede, también, el óvulo y que, además, esta otra está casada con el padre. ¿Por qué imponer rígidamente que madre legalmente es la que pare incluso en el caso de que, después del parto, sea otra la voluntad de las personas implicadas?”<sup>359</sup>

4- Otros autores consideran que la **madre legal será la gestante**, por lo que la solución más favorable sería **acudir a la adopción**<sup>360</sup>.

Para VIDAL MARTÍNEZ, si bien la legislación española resuelve a quien corresponde declarar madre, también sería factible prever que la maternidad de deseo pueda ser convertida en legal por los cauces de la adopción, siendo imprescindible el control judicial a los efectos de salvaguardar, fundamentalmente, el interés del niño<sup>361</sup>. Similar opinión plantea la doctrina brasileña, refiriendo que “el mejor interés del niño” habrá de ser el que rijan la decisión judicial, entendiéndose por tal, el derecho a la vida y a la salud.<sup>362</sup>

En la doctrina argentina, GRACIELA MEDINA sostiene: “los contratos de maternidad subrogada deben ser declarados nulos por las leyes, pero si aún así se celebran y se cumplen cabe preguntarse qué es lo más importante: resolver en función de la ley para moralizar o resolver en interés del menor. Creemos – dice la autora - que si una madre trae al mundo un hijo para otra pareja, ya sea que sea madre gestante o genética, y abandona la criatura en

---

<sup>359</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, “Derecho de Familia”, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1989, págs. 491-492.

<sup>360</sup> La posibilidad de adopción en los supuestos de maternidad portadora, supuesta la determinación de la maternidad en la gestante, parece admitirse por la doctrina, con la excepción de RAMÍREZ NAVALEÓN, que estima que si a la pareja o matrimonio comitente se le autoriza después del parto la adopción del niño y, pese a la tajante declaración de maternidad en la gestante y no en la madre genética, se conseguiría de tal forma el propósito, pese a la contraria voluntad del legislador.

<sup>361</sup> VIDAL MARTÍNEZ, JAIME. “Las nuevas formas de Reproducción Humana”. Madrid, Civitas, 1988, p 163

<sup>362</sup> CIOCCI ÁLVAREZ DE OLIVEIRA, DEBORAH- BORGES JR., EDSON. “Reprodução Assistida: Até onde podemos chegar?” Sao Paulo, 2000. Pág. 49.

manos de quienes solicitaron su gestación, aún cuando el contrato que dio origen a la relación que vinculó a las partes sea nulo, hay que resolver la situación del hijo venido al mundo teniendo en cuenta su interés y por lo tanto corresponde permitir su adopción.”<sup>363</sup>

Sin embargo, como señala LLEDÓ YAGÜE, en la práctica pueden existir dificultades técnicas, en cuanto a la ejecución y/o constitución del vínculo adoptivo. Para una mayor clarificación pensemos en los siguientes supuestos: Si la madre gestante no está casada se inscribirá la filiación materna no matrimonial (y ello aun cuando el gameto femenino perteneciera a la mujer de la pareja comitente); asimismo, si el progenitor varón es el miembro de la pareja arrendataria de los servicios, podrá inscribirse la filiación paterna extramatrimonial de aquél.

En el momento actual, de *lege lata* sí sería posible la adopción del hijo, puesto que el artículo 178 establece como excepción a la extinción de los vínculos jurídicos del adoptado con su familia por naturaleza, el caso que el adoptando sea hijo del cónyuge del adoptante, de suerte que según el caso subsistirán los vínculos con la familia paterna y/o materna, por lo que el autor no encuentra dificultades para que en el ejemplo referido, precediendo el consentimiento de la madre natural, del padre biológico, y de la esposa del mismo, ésta ostente a los efectos legales el parentesco materno. Cree que nos encontramos dentro del supuesto de hecho del artículo 178.2, párrafo primero.

En conclusión, en este supuesto *de iure condito* no existe ni dificultad técnica - articulado vigente- ni práctica -en cuanto a la innecesariedad de contar como intermediario en la adopción con la presencia de la entidad pública (artículo 176.2 del Código civil).

Distinta sería la situación si la madre gestante estuviera casada y el titular del gameto masculino fuera bien el cónyuge de aquélla o bien un donante desconocido, resultaría que inscrito como matrimonial en el primer caso o como extramatrimonial de mujer casada (*vide* artículo 185 del Reglamento del Registro Civil) en el segundo, la adopción ulterior por parte de la pareja arrendataria de los servicios de gestación (aun contando con el consentimiento de la madre gestante -y su cónyuge en su caso-) requerirá

---

<sup>363</sup> MEDINA, G., “Maternidad por sustitución”. La Ley. Año 1997.

necesariamente propuesta previa de la entidad pública correspondiente con lo cual al final todo quedará *ad arbitrium* de la institución de integración familiar, puesto que conforme a la ley rituarial (artículo 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en las adopciones que exijan propuesta previa en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados. Repárese en la circunstancia que puede incluso coincidir en estas hipótesis el dato de la aportación de "óvulos" por parte de la mujer arrendataria de los servicios de gestación. En tal sentido entiende que aunque para la entidad pública como regla general no resulte vinculante la elección de los adoptantes por parte de los padres naturales, no obstante, estas hipótesis resultarán determinantes en el fondo para la institución de integración familiar intermediaria necesaria en la constitución del vínculo adoptivo.<sup>364</sup>

En un mismo sentido PALACIOS sostiene que se objeta a veces que la gestante sustituta puede ceder la descendencia a los solicitantes de su gestación, directamente y por el mecanismo de la adopción. Nada más desacertado, pues quien formaliza la adopción no es la madre sino la entidad pública con el juez, como las leyes establecen, con lo que son muy aleatorias las posibilidades de que la adopción recaiga en quienes concertaron la gestación y aspiran a la paternidad de la descendencia, máxime cuando se conoce que han pretendido sortear fraudulentamente lo que la Ley 35/88 (actual Ley 14/2006) determina.<sup>365</sup>

## **11- SOBRE LA POSIBILIDAD DE REGULAR LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA. LA IMPORTANCIA DEL ELEMENTO VOLITIVO.**

Considero que los contratos de maternidad subrogada deberían admitirse y regularizarse, aunque no con carácter genérico, sino como figura

---

<sup>364</sup> 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 Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas. DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coordinadora). Dykinson, 2007. Pág. 175 y ss.

<sup>365</sup> PALACIOS ALONSO. "Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005". En ARÁNGUEZ SÁNCHEZ y ROMEO CASABONA. Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Dykinson, Enero 2005. Pág.53.

excepcional, para determinados supuestos, y siempre que se cumplan determinados requisitos.

No podemos dejar de tener en cuenta que ésta es una práctica a la que se recurre no obstante su nulidad legal y que genera múltiples problemas o conflictos, los cuales muchas veces surgen por esta reticencia legal, o lo que es lo mismo: podrían ser evitados, de existir una regulación legal que los contemple y resuelva. Es decir, muchos de los conflictos jurídicos (aunque también éticos y morales) que genera la maternidad subrogada, no se generarían si contáramos con una ley que al admitir estos contratos, prevea una solución para estos supuestos problemáticos. Entonces, debería regularizarse este ejercicio a fin de poder prever y dar una solución legal a los problemas que surgen de ella.

La mejor solución, no es declarar nulos estos contratos, privándolos de efectos. Ya hemos visto como la LTRA permite la donación de ovocitos, de modo que le ofrece una solución a las mujeres que no pueden tener hijos propios por carecer de ovarios, por lo que habría que considerar también, la posibilidad de permitir esta práctica para ayudar a aquellas mujeres que no pueden gestar por carecer de útero. Es decir, la admisión de este contrato de alquiler de vientre, se presenta como una solución más justa, al contemplar también la situación de estas mujeres.

Además, la declaración de nulidad no basta para solucionar los problemas cuando el contrato se cumple y el niño nace, porque la mera declaración de nulidad no es suficiente para determinar quién es la madre. La nulidad no es una solución suficiente para la problemática que la posibilidad de la realización de la maternidad por otro plantea.

Como dije, la realidad nos muestra que, a pesar de la nulidad declarada por la ley, igualmente se celebran estos contratos, por lo que, considero que es conveniente reflexionar y cuestionarnos: ¿Es más conveniente declarar la nulidad y consecuentemente reconocer la maternidad en la gestante, o respetar la autonomía de la voluntad de las personas y reconocer la maternidad de aquella que ha querido y buscado ese hijo, no obstante cualquier dificultad que se lo impedía?

Como sostiene Charlesworth, existe una creciente concienciación de que en una sociedad liberal la gente debería elegir dentro de sus posibilidades, la

forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados (por ejemplo, siéndoles denegado el acceso a los fondos y recursos de la sanidad pública) por elegir alternativas al formato de familia tradicional (heterosexual o monógama), a no ser que esto implique un peligro claro y serio para la sociedad o para el niño recién nacido de tales formas alternativas de procreación (por ejemplo, de relaciones incestuosas)... desde su punto de vista esto es una consecuencia inevitable de vivir en una sociedad liberal democrática donde se tolera la pluralidad de lo que Stuart Mill llama “experimentos con la vida”. Mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada), y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación la ley no debería prohibirla.<sup>366</sup>

Por todo lo expuesto, me inclino por la validez de estos contratos, aunque no de forma genérica, sino excepcionalmente, por lo que en su regulación deberían especificarse sus requisitos, causales de procedencia, condiciones, etc.

Consecuentemente, por ser un contrato válido, la maternidad le corresponderá a la comitente. Es decir, tratándose de un contrato válido, que genera efectos jurídicos, debe cumplirse, respetarse el acuerdo de voluntades, por tanto, la maternidad debe corresponder a la comitente: aquella que quiere y desea el hijo.

Teniendo en cuenta lo dicho, a continuación mencionaré los problemas que pueden presentarse en torno a la maternidad subrogada, para luego, especificar los requisitos, que, a mi juicio, deberían contener los contratos de maternidad subrogada y las condiciones que deberían presentarse para su procedencia.

## **12- PROBLEMATICAS QUE PUEDEN PLANTEARSE EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA:**

---

<sup>366</sup> CHARLESWORTH, J. “La bioética en una sociedad liberal”. Cambridge. 1996. Pág. 78

En el Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación “in vitro” y la inseminación artificial humanas<sup>367</sup>, se plantean una serie de inconvenientes o problemas que pueden plantearse o surgir a partir de la maternidad subrogada. En este sentido en el Informe se sostiene:

“Hay en la gestación de sustitución cuestiones de gran trascendencia a considerar, que pueden ser fuente de conflictos de intereses y desencadenantes de graves problemas entre la pareja estéril solicitante, la mujer sustituta o portadora, y el hijo, que en algunos casos pueden repugnar a su acepción ética y en otros derivarían hacia interrogantes de carácter legal sin duda a entender de difícil interpretación:

- 1- Si la mujer portadora está casada o forma pareja estable, debiendo contar con el consentimiento del varón.
- 2- Si la mujer gestante contrae una grave enfermedad por efectos del embarazo, de carácter crónico, que pueda afectarla toda su vida.
- 3- Si la mujer gestante contrae una grave enfermedad que puede producir graves anomalías al feto, por ejemplo de tipo vírico, y la pareja estéril solicitante pide la interrupción del embarazo.
- 4- Si se invierte el caso anterior, y es la mujer estéril quien realiza o pretende realizar el aborto.
- 5- Si la pareja solicitante se divorcia, o muere uno de los miembros o los dos, durante el embarazo.
- 6- Si el hijo nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja estéril.
- 7- Si la mujer embarazada no renuncia a la maternidad y desea que el hijo sea plena y legalmente suyo.
- 8- Si existieran conflictos derivados de una comercialización descubierta por la crisis originada.
- 9- Si la mujer gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia.
- 10- Si el hijo reivindica su origen genético y obstétrico”.

---

<sup>367</sup> Congreso de los Diputados. Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación “in vitro” y la inseminación artificial humanas.

### **13- REQUISITOS Y CONDICIONES DE PROCEDENCIA DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.**

Una vez expresada mi postura a favor de la validez y regulación de los contratos de maternidad subrogada, considero que corresponde ahora, analizar los elementos que debería contener este contrato, dado que de esta manera se evitarían, sino son todos, por lo menos la gran mayoría de los problemas que pueden suscitarse a raíz de este tipo de contratos, conforme lo expresado en el apartado anterior.

Ahora bien, antes de efectuar un análisis sobre los elementos que debieran contener los contratos de maternidad subrogada quisiera poner de relieve que, en el supuesto de legalizarse y estandarizarse (y por ende generalizarse) esta figura, estos contratos debieran ir precedidos de un estudio sobre la vida y entorno familiar de los solicitantes, similar al que se efectúa regularmente en un proceso de adopción. Este estudio debería extenderse, sobre todo, al análisis de las circunstancias materiales y morales, estabilidad familiar y la disposición y capacidad de los futuros padres para criar, educar y cuidar al futuro niño. Todo esto con independencia del estado civil (pueden ser parejas casadas o no) o de la orientación sexual (puede tratarse tanto de parejas heterosexuales como homosexuales).

Por otro lado, y como condición de procedencia, se debería exigir que al menos uno de los comitentes aporte su material genético. Es decir, el origen de los gametos, al menos uno (semen u óvulo) debe provenir de la pareja comitente. Esto es así, porque la maternidad subrogada se presenta como un remedio ante quienes no quieren renunciar a tener un hijo genético. Esta técnica, excepcional, se justifica en aquellos casos en que la pareja, por la causa que fuere, no puede llegar a concluir un embarazo, mas quiere tener un hijo “genéticamente suyo”. De no ser así, la pareja podría acceder a la adopción, que no genera los cuestionamientos y planteamientos morales, jurídicos, y éticos que sí genera la maternidad subrogada.

Es por esto que tratándose de una pareja homosexual, la gestante debería ser inseminada con el semen de uno de ellos; y si se trata de una pareja heterosexual, si bien lo ideal sería que ambos gametos procedan de la pareja comitente (para evitar mayores cuestionamientos y desdoblamientos),

de no ser así, por lo menos unos de ellos (semen u óvulo), debe provenir de la pareja que contrata a la gestante.

Efectuadas estas aclaraciones previas, entiendo que en los contratos de maternidad subrogada se deberían incluir las siguientes cláusulas:

#### 1- Consentimiento a la inseminación artificial.

Si el material genético es masculino (supuesto que se presentará siempre si se trata de una pareja homosexual), la madre sustituta debe consentir a ser inseminada artificialmente con el esperma del padre comitente y el marido de la primera (si esta es casada) debe prestar su consentimiento a que su esposa sea inseminada con semen de un tercero.

Ahora bien, este consentimiento del marido de la sustituta es diferente al consentimiento requerido por la LTRA en los supuestos en los que se atribuiría la paternidad. Como vimos, cuando se trata de una mujer casada, la LTRA exige el consentimiento del marido para no atribuirle una paternidad en contra de su voluntad, porque él será el padre del nacido, en virtud de la presunción de paternidad, aunque luego – pero no en todos los casos - podría impugnarla.

Pero en estos casos el marido de la gestante no será el padre – porque será el comitente -, entonces lo que consiente el marido es que su mujer sea inseminada a los efectos de cumplir con un contrato de maternidad subrogada. Es decir, consiente la inseminación de su esposa para maternidad de sustitución, por lo que no implica la asunción de la paternidad.<sup>368</sup>

Incluso podría discutirse la necesidad de este consentimiento – porque operaría como autorización marital, y ello no puede concebirse conforme a los derechos de libertad, libre desarrollo de la personalidad, integridad personal y dignidad de la mujer, como vimos anteriormente.

#### 2- Exámenes médicos antes de la inseminación.

La "madre sustituta" debe realizarse una evaluación médica completa tanto física como genética.

El padre o la madre comitente que aporte el elemento genético, también deben realizarse una evaluación médica, física y genética.

---

<sup>368</sup> No puede atribírsele la paternidad, porque precisamente, al consentir la inseminación para maternidad de sustitución, está consintiendo que padre será el comitente.

Los costos y gastos de los dos estudios corren por cuenta de la pareja comitente, que tiene derecho a conocer el resultado de los estudios hechos a la mujer.

### 3-Certificación psicológica

La madre sustituta y su marido, si está casada, deben someterse a un asesoramiento de un profesional acerca de las consecuencias psíquicas de la supresión de los derechos sobre la criatura. El certificado del profesional ha de confirmar que todas las partes son capaces de consentir y que la madre subrogada ha recibido el asesoramiento adecuado.

Además, la certificación psicológica respecto de la sustituta tiende a determinar si está capacitada para la maternidad por sustitución.

### 4- Contraindicación médica y resolución del contrato.

En el caso de que la madre sustituta no pueda ser inseminada artificialmente, el acuerdo se resuelve de pleno derecho.<sup>369</sup>

### 5- Aceptación de riesgo.

La madre sustituta y, en su caso, su marido, asumen los riesgos de las consecuencias que le pueden producir el embarazo y el parto (tales riesgos deberían ser enumerados en documento aparte).

### 6- Aceptación de responsabilidad.

La pareja comitente acepta los riesgos de anomalías infantiles que se ponen en documento anexo.

Es decir, la pareja comitente debe firmar un acta de responsabilidad por el cual debe aceptar el niño venga como venga. Si de un parto natural puede nacer un hijo con taras, también, en estos casos, debe asumirse dicho riesgo. En estos casos la madre biológica carecerá de responsabilidad.<sup>370</sup>

### 7- Controles prenatales.

La madre sustituta se compromete a seguir todas las instrucciones médicas que le sean dadas en los controles prenatales. Además, debe comprometerse a no fumar, no tomar bebidas alcohólicas ni utilizar drogas ilegales, así como abstenerse de cualquier otro comportamiento que pueda resultar perjudicial al embarazo.

---

<sup>369</sup> MEDINA, G., "Maternidad por sustitución". La Ley, año 1997.

<sup>370</sup> FÁBREGA RUIZ, C. F. "Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida". Editorial Comares. Granada, 1999. Pág. 137.

La pareja comitente se compromete a pagar los controles médicos, como así también los gastos médicos y todo otro gasto ocasionado por el embarazo.<sup>371</sup>

#### 8- Asistencia económica a la madre por sustitución.

La pareja comitente se compromete a pagar una suma de dinero a la madre por sustitución y, en su caso, al marido, por los problemas que le ocasiona el embarazo y el parto, entre ellos, ausencia ocasional de la madre por sustitución en su domicilio, riesgos propios del embarazo, restricciones físicas y sexuales e inconfor.

#### 9- Examen de paternidad. (En el supuesto de que el varón comitente hubiera aportado el material genético)

La madre por sustitución y, en su caso, su marido se comprometen a realizar un examen para verificar la paternidad del niño y en el caso que éste demostrara que el padre comitente no lo es, el contrato quedará resuelto y la madre y, en su caso su marido, deberán devolver todo el dinero que hubieren recibido.

#### 10- Aborto y muerte al nacer.

La madre portadora podrá abortar, previo examen y constatación médica, en los casos en que el embarazo represente un grave daño para su vida o su salud.

El aborto también podrá producirse, por decisión de la madre portadora o, en este caso también, por decisión de la pareja comitente, si existen graves riesgos para la vida o la salud del feto, o en el supuesto de malformaciones del feto.

Si la madre abortara espontáneamente o el niño naciera muerto y el examen genético determinara la paternidad/maternidad del padre/madre comitente, la pareja comitente deberá indemnizar los gastos resultantes.

Por el contrario, si la gestante aborta sin necesidad médica declarada, la pareja comitente tienen derecho a ser indemnizada de los gastos realizados y pagados.

#### 11- Tutor o protector en caso de muerte de ambos padres.

---

<sup>371</sup> MEDINA, G., "Maternidad por sustitución". La Ley, año 1997.

Los contratos de maternidad subrogada deberían incluir el nombramiento de un tutor o “protector” del menor (tercera persona llamada a hacerse cargo del menor nacido) para el supuesto de muerte de ambos padres antes del nacimiento.

Como variante, podría también haber una cláusula en la que se le confiere un plazo a la madre portadora, para que pueda optar por la custodia del nacido en el caso de muerte de ambos comitentes, en su defecto, el niño quedaría bajo la custodia del tutor.

12- Seguro.

La pareja comitente se compromete a contratar un seguro de vida para la madre por sustitución y que tenga como beneficiario a quien ésta designa.

13- Anonimato y publicidad.

Las partes se comprometen a preservar el anonimato de cada una de ellas y a no comunicar a nadie, ni a realizar ninguna declaración concerniente al objeto del contrato sin el consentimiento escrito de la contraria.<sup>372</sup>

14- El contrato debe ser gratuito, es decir, el móvil debe ser altruista.

15- Posibilidad de arrepentimiento:

Una vez celebrado el contrato y alcanzado el embarazo, las partes no podrán arrepentirse. Es decir, la portadora no podrá luego quedarse con el niño (negarse a entregarlo a la pareja comitente); ni la pareja comitente podrá negarse a recibir al niño.

## **14- BREVE REFERENCIA A OTRAS LEGISLACIONES**

### **Reino Unido de Gran Bretaña.**

El informe Warnock, se expidió recomendando aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, en consecuencia, la negativa para petitionar ante la ley. De igual modo, dispuso sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para oficiar como madres suplentes o realicen este tipo de contratos.

En 1985 se aprobó la Surrogacy Arrangements Act para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se sanciona penalmente la

---

<sup>372</sup> MEDINA, G., “Maternidad por sustitución”. La Ley, año 1997.

publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de maternidad subrogada.<sup>373</sup>

La citada normativa prohíbe<sup>374</sup>:

- iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad de subrogación.
- ofertar o convenir negociar la realización de tales acuerdos.
- recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de maternidad subrogada.

Ahora bien, como consecuencia de lo expuesto, en Gran Bretaña la maternidad de subrogación gratuita o sin precio no puede reputarse ilegal, es decir, se autoriza la gestación para otro a título benévolo y sin intermediarios.

### **Francia:**

El "Comité National d' Ethique" ha rechazado esta práctica médica, recomendando que en la legislación en vigencia no se dé cabida a la misma.<sup>375</sup> Tal afirmación descansa en la creencia de que legalizar la maternidad subrogada contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la portadora y para todos los que en ella toman parte.

La nulidad de los convenios y la nulidad de la adopción posterior fue establecida en el fallo plenario de la Corte de Casación Francesa en mayo de 1991, al anular una sentencia de la Corte de París que había hecho lugar a una adopción en un caso que la cónyuge del matrimonio "Y" sufría una esterilidad absoluta que había motivado a su marido a donar su esperma a otra mujer, quien trajo al mundo un niño que fue reconocido como hijo natural del Sr. "Y" y solicitado en adopción por la esposa del Sr. "Y," quien inicia un proceso de adopción, que es aceptado por la Corte de París teniendo en cuenta el interés del menor que se había criado siempre en el hogar de los "Y" y valorando que el niño no tenía una filiación materna reconocida. Los fundamentos dados en el

---

<sup>373</sup> SILVA RUIZ, P. "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler". En Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia celebrado en Cáceres desde el 16 al 20 de octubre de 1987, publicado en Tapia, octubre de 1987, año VII, núm. 36, págs. 78 a 81.

<sup>374</sup> MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M., MASSIGOGE BENEIGU, J. M. "La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español". Dykinson. Madrid. 1994. Pág.53.

<sup>375</sup> SILVA RUIZ, P. "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada..." Op. cit. Págs. 78 a 81.

fallo plenario fueron los siguientes.*\*la convención por la cual una mujer se compromete aún a título gratuito a gestar y traer al mundo un niño y abandonarlo a su nacimiento contraviene tanto el principio de orden público de la indisponibilidad del cuerpo humano como el de la indisponibilidad del estado de las personas. La adopción es la última fase de un convenio nulo que atenta al orden público y que por lo tanto en interés de la ley no puede ser aceptada*<sup>376</sup> Finalmente Ley n° 94-653 de 29 de julio de 1994 introdujo un nuevo apartado en el Código Civil: el Artículo 16-7, según el cual, “Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo.”

No obstante la legislación actual, en Francia se evidencia un importante cambio: la intención de Francia de legalizar esta práctica de aquí a 2009, aunque sea de un modo restrictivo. Así, el Senado creó un grupo de trabajo multidisciplinar cuya propuesta se convertirá en proposición de ley antes del verano y formará parte de la reforma de las leyes sobre bioética que debe cerrarse en 2009. Lo que contempla es la legalización de esta práctica, aunque de modo restrictivo. La primera condición es que se trate de una pareja heterosexual y que sus componentes estén casados o lleven al menos dos años de convivencia. La segunda, que la mujer no pueda llevar a cabo una gestación completa y que al menos uno de los miembros de la pareja pueda ser el progenitor genético del bebé. La madre portadora deberá haber tenido al menos un hijo, pero no podrá llevar el bebé de su hija. Tampoco podrá recibir remuneración alguna, salvo los costes médicos que no cubra la Seguridad Social. Antes de realizar la transferencia del embrión, la pareja y la madre gestadora deberán obtener el visto bueno de la Agencia de Biomedicina y de un juez. Los senadores creen necesario, además, establecer un plazo de al menos tres días tras el parto durante los cuales la mujer portadora pueda optar a quedarse con el bebé. La pareja receptora, en cambio, no puede renunciar al niño.<sup>377</sup>

## **Suecia:**

---

<sup>376</sup> MEDINA, G. “Maternidad por sustitución (solución en la jurisprudencia francesa y norteamericana)”. La Ley. 1997.

<sup>377</sup> Fuente: El País. Francia legalizará los 'vientres de alquiler'. J. M. MARTÍ FONT - París - 27/06/2008

La Ley de 1 de marzo de 1985 prohíbe la práctica de maternidad subrogada cuando existe remuneración e impide a la mujer contratante poder adoptar al hijo dado a luz por la gestante. (El derecho civil sueco no permite la adopción cuando se produce retribución económica).

### **Australia:**

La legislación acerca de esta materia pertenece al Estado de Victoria, el cual reputa como nulo esta clase de contrato y sanciona penalmente a quien da o recibe pago por ayudar a que se realice un acuerdo de este tenor o efectúa el mismo.<sup>378</sup>

De igual modo, la legislación sobre concepción artificial del Estado de Nueva Gales del Sur, si bien no se expide directamente, dificulta la práctica de la maternidad por sustitución al señalar que los donantes de espermatozoides no tienen ningún derecho sobre los niños nacidos por inseminación artificial. En lo que respecta a la paternidad, la ley determina que sea el marido de la madre, salvo que se pruebe cumplidamente que no consintió en tal inseminación artificial.<sup>379</sup>

### **Alemania:**

El Ministro Federal de Justicia y el Ministro Federal de Investigación y tecnología constituyeron, en 1984, una Comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización in vitro. Es interesante resaltar la importancia que, para este informe, presenta en el desarrollo del niño la íntima relación personal entre la embarazada y el nasciturus. En este sentido, se plantea la circunstancia de que la madre gestante dispuesta por motivos económicos a llevar en su vientre un hijo fecundado extracorporalmente para otro, no se adapte a una forma de vida de abstinencia de alcohol y nicotina, como lo haría una mujer que pretendiera quedarse con su hijo. También podría ocurrir que

---

<sup>378</sup> SILVA RUIZ, P. "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler". En Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia celebrado en Cáceres desde el 16 al 20 de octubre de 1987, publicado en Tapia, octubre de 1987, año VII, núm. 36, págs. 78 a 81.

<sup>379</sup> Como resultado de esta concepción legal puede darse el caso que una criatura carezca de padre legal, por no haber sido aceptada por el cónyuge de la inseminada y no poder reclamarse tal estado parental por el donante de espermatozoides. Fuente: El País, de 7 de agosto de 1990.

naciera una criatura con defectos físicos o mentales y que ninguna de los contratantes quisiera hacerse cargo de ella.

En vista de estas previsiones, el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad de sustitución debía ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización.

Estas recomendaciones fueron volcadas a una ley cuya vigencia data de 1991.

Así, la Ley alemana de protección del embrión, n. 745/90 del 13/12/90. En su Art. 1.- referido a la Utilización abusiva de las técnicas de reproducción., establece que:

1. *Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:*

1) *Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;*

2) *Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;*

### **México:**

En México, dos códigos estatales dan distinta solución al caso:

Así, el art. 347 del Código civil del Estado de Tabasco, México, dispone: *“Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.”*

En cambio, los artículos 489 y 491 del código civil del Estado de Coahuila dicen:

*“Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente.*

*El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.*

*Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.”*

**Brasil:**

En Brasil, donde no existe una legislación específica al respecto, la resolución n 1358/92 del Consejo Federal de Medicina (CFM)<sup>380</sup>, establece:

Sección VII – Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero)-

“Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina”.

Asimismo, de acuerdo con el art. 199, parágrafo 4 de la Constitución Federal, dado que el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica; en otros términos, la gratuidad es un presupuesto de la legalidad.

**Italia:**

El art. 4.3. prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo. No hay duda que también está prohibida la maternidad subrogada.

**14-1- LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESTADOS UNIDOS.**

La postura de la Ley española, que rechaza la maternidad subrogada, declarando nulos los denominados contratos de “alquiler de vientres”, ha sido la adoptada por la mayoría de las legislaciones; no obstante, como vimos, existen algunos países que sí la admiten, y consideran válido y lícito ese contrato. Tal es el caso de Estados Unidos (aunque no es así en todos sus Estados).

Por ello, y con el objeto de brindar una perspectiva más amplia, que contemple también supuestos de admisión, me abocaré al análisis de la situación de la maternidad subrogada en ese país.

---

<sup>380</sup> VER PAZ, SONIA, “Los derechos humanos en la reproducción asistida”, Madrid. Ed. Pirámide, 2005. Pág. 41

No obstante, cabe aclarar que ofrecer una panorámica general sobre la regulación jurídica de la inseminación artificial homóloga y heteróloga, la fecundación in vitro, y la maternidad sustituta, suplente o subrogada en los Estados Unidos de América no es tarea fácil. Ello se debe a que cada estado o jurisdicción es competente para legislar en materia de Derecho de familia, incluyendo la filiación. Algunos estados han legislado, mientras que otros aún no, para regular jurídicamente aspectos de la fecundación y reproducción humana asistida.<sup>381</sup>

#### **14-1-2- PANORAMA DE LA SITUACION LEGAL**

En Estados Unidos, veintidós Asambleas federadas han regulado, hasta la fecha, la maternidad subrogada<sup>382</sup>. El resto de los Estados, carece de normativa al respecto.<sup>383</sup>

La mitad de las normas promulgadas autoriza los contratos de sustitución. Por el contrario, Columbia y Arizona prohíben este tipo de acuerdo, y en Nueva York, Dakota del Norte, Utah, Arizona, Indiana, Minnesota y en el distrito de Columbia los contratos de gestación son inválidos. En cambio, Virginia, y New Hampshire solo admiten acuerdos de sustitución autorizados por el juez, que evaluará la idoneidad de los comitentes para ser padres, así como su situación socioeconómica.

Las leyes difieren en la asignación de la custodia legal del nacido en caso de disputa. En New Hampshire y Virginia, el juez puede decidir que la madre gestante y su marido sean padres legales en caso de que los comitentes no reúnan las exigencias requeridas. Illinois y Nevada, han establecido la presunción de que los comitentes son padres legales, si bien la

---

<sup>381</sup>SILVIA RUIZ, P. F., "Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fecundación in Vitro y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 85.

<sup>382</sup> Estos Estados son: Alabama, Arizona, Arkansas, Columbia, Florida, Iowa, Illinois, Indiana, Kentucky, Luisiana, Minnesota, Nevada, New Hampshire, Dakota del Norte, Nueva York, Tennessee, Utah, Virginia, Washington, Virginia del Oeste y Wisconsin.

<sup>383</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. "Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado". Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Pág. 281.

madre gestante dispone de un periodo de tiempo tras el nacimiento del niño para decidir si desea entregarlo o no.<sup>384</sup>

En Nueva York, North Dakota y Utah, los contratos de gestación son inválidos y, en consecuencia, la madre subrogada y su marido son siempre los padres legales del nacido.

En ocho estados es ilegal el pago de un precio a la gestante – Florida, Michigan, Nevada, New Hampshire, New York, Virginia, Washington, y West Virginia – sin embargo, la mayoría admite excepciones en concepto de compensación por molestias y gastos de embarazo.

Además, Florida, Virginia y New Hampshire añaden que solo la pareja infértil puede solicitar la gestación por sustitución.

No obstante, como señala ALKORTA IDIÁKEZ, pese a la liberalidad con que la mayoría de los Estados regulan la gestación por sustitución, muchas parejas optan por contratar los servicios de las gestantes en Estados que carecen de regulación.<sup>385</sup>

#### **14-1-3- JURISPRUDENCIA Y TEORIAS.**

En Estados Unidos, es numerosa la jurisprudencia existente en materia de maternidad subrogada. Son muchos, y muy variados, los casos que se han presentado ante los Tribunales, por lo que, a fin de efectuar un análisis de los más importantes, desarrollaré los cuatro mecanismos o teorías que los Juristas de los Estados Unidos de América han elaborado para determinar la maternidad legal en la gestación subrogada.

Estas teorías son:

- 1) la teoría de la intención (intent-based theory),
- 2) la teoría de la contribución genética (genetic contribution theory)
- 3) la teoría de preferencia de la madre gestante (gestational mother preferente theory)

---

<sup>384</sup> ALKORTA IDIAKEZ, I. “Regulación jurídica de la medicina... Op. cit. Pág. 282.

<sup>385</sup> Para ampliar esta información véase: ALKORTA IDIAKEZ, I. “Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado.” Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Pág. 278 y ss.

4) la teoría sobre el mejor interés de menor (the best interest of the child theory).<sup>386</sup>

### A- TEORÍA SOBRE LA INTENCIÓN:

Para esta teoría la madre legal es aquella que tiene la intención de procrear y de criar la criatura. Esta es conocida como la madre comitente (commissioning mother). Esta teoría está basada en la creencia de que sin el interés de la pareja que contrató a la mujer gestante, la criatura no hubiese sido creada.

Esta teoría fue desarrollada por el estado de California en el caso de *Johnson v. Calvert* de 1993<sup>387</sup>, anteriormente expuesto. En este caso primera vez una Corte se enfrentó al interrogante sobre si la madre legal es aquella que alumbró la criatura o la que provee el material genético.

Dado que tanto la madre biológica como la gestante tenían un reclamo válido en cuanto a la maternidad, la Corte se vio en la obligación de buscar un nuevo método para la atribución de maternidad. La Corte optó por hacer una determinación de la intención de las partes al entrar al contrato de subrogación independientemente de la validez del contrato. Concluyó que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y de criar la criatura.

Otro caso resuelto en base a esta teoría de determinación de maternidad lo fue *In re Marriage of Buzzanca* de 1998<sup>388</sup>. Este se diferencia de *Johnson* en el hecho de que en éste se transfiere a la madre subrogada un embrión fertilizado donado, por lo tanto, la criatura no compartía componentes genéticos con ninguna de las partes participantes del acuerdo de subrogación.

En el caso de *Buzzanca* nació una niña como resultado de un acuerdo de maternidad subrogada mediante el cual el matrimonio Buzzanca (Luanne y John) contrató a una mujer para que fuera inseminada por un embrión fertilizado de donantes anónimos y lo gestara. Durante el embarazo de la

---

<sup>386</sup>AMY M. LARKEY, Redefining Motherhood: Determining Legal Maternity in Gestational Surrogacy Arrangements. 51 Drake L. Rev. 605 (2003).

<sup>387</sup>JOHNSON VS, CALVERT. 851 P2d 776 (1993).

<sup>388</sup>BUZZANCA VS. BUZZANCA. COURTS OF APPEAL OF CALIFORNIA. 61 CAL. APAG. 4th. 1410 (1998).

madre subrogada el matrimonio Buzzanca enfrentó numerosas dificultades las cuales culminaron en su eventual divorcio.

Posterior a este hecho, el ex-cónyuge se negó a aceptar la paternidad; la madre subrogada y portadora declaró no querer la criatura y no tener responsabilidad ni obligación ante ésta porque no tenían relación genética; y la ex -cónyuge, Luanne, reclamó ser ella y su nuevo esposo los padres legales de la nacida. El Tribunal de Primera Instancia resolvió que la criatura no tenía relación paterno filial con ninguna de las partes. Basó esta decisión en el hecho de que ni los Buzzanca ni la madre subrogada tenían una relación biológica con la menor; Luanne no había aportado el óvulo ni había alumbrado a la menor y John no era el padre por que no había aportado el semen, por tal razón la Corte inferior determinó que John no tenía ninguna responsabilidad ante la menor. Esta decisión fue revocada en apelación. El Tribunal Supremo del estado de California determinó que Luanne era la madre legítima y tendría la custodia de la niña y que John era el padre legítimo, con responsabilidad inmediata de alimentos y derechos futuros de custodia y visitas. La Corte también aprovechó la oportunidad para aclarar que en los estatutos de California existen dos métodos para establecer la maternidad legal, a través del alumbramiento o la donación del óvulo a ser fertilizado. En cuanto a la paternidad, al igual que otras jurisdicciones, estableció que el esposo que consiente a la inseminación artificial es el padre legal de la criatura independientemente de tener lazos genéticos con ésta ya que éste consintió a la procreación de la criatura.

## **B- LA TEORÍA DE CONTRIBUCIÓN GENÉTICA:**

Basa la determinación de maternidad en la relación genética entre la madre y la criatura.

El problema con esta teoría surge cuando una tercera mujer dona el óvulo. En este caso, la criatura no tiene relación genética ni con la mujer gestante ni con la que tiene la intención de criar la criatura, como ocurrió en la situación discutida anteriormente. En la aplicación de esta teoría, la mujer que dona el óvulo tendría derecho a reclamar la maternidad, sea esta anónima o no. Por tal razón, los juristas han concluido que la teoría de contribución

genética se debe limitar a disputas en la maternidad subrogada gestacional, esto es, entre la madre que lleva a cabo la gestación y la que provee el óvulo siendo esta la madre comitente.

### **C- LA TEORÍA DE LA PREFERENCIA DE LA MADRE GESTANTE:**

Según esta teoría la mujer que da a luz a la criatura es la reconocida como madre legal.

Dicha teoría le da gran valor al lazo que se crea en los meses de embarazo entre la criatura y la mujer que lo gesta. Un valor, que según los que apoyan esta teoría, es superior a la aportación de componente genético.

Esta presunción de maternidad ha sido la adoptada por los Estados de Dakota del Norte y Arizona.

Con anterioridad al desarrollo de las técnicas de reproducción asistida la teoría de la preferencia de la madre gestante había sido la comúnmente aceptada y en muchas jurisdicciones todavía lo es.

### **D- LA TEORÍA SOBRE EL MEJOR INTERÉS DEL MENOR:**

Esta teoría se basa en el bienestar del niño independientemente de la genética y gestación. Toma en consideración factores como la facultad que tienen las personas involucradas para proveer al niño, tanto en el ámbito psicológico como en el físico. Este estándar le da amplia discreción al Tribunal, que puede tomar en consideración factores como educación, manutención, la felicidad, entre otros. El Tribunal lo que busca es lograr justicia para la criatura.

Uno de los primeros casos vistos donde se discutió y aplicó esta teoría fue en el estado de New Jersey en 1988, *In the Matter of Baby M.*<sup>389</sup>

Este fue el primer caso a nivel mundial que atendió la problemática de la maternidad subrogada.

En el caso de *Baby M*, el señor Stern, bioquímico – ante la imposibilidad de que su esposa Elizabeth, pediatra, procreara un hijo – convino con el señor y la señora Whitehead un contrato de maternidad subrogada o maternidad de

---

<sup>389</sup> *In the Matter of Baby M.* 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227 (1988).

alquiler (surrogate Parenting Agreement). A la madre suplente Whitehead se le pagarían 10.000 dólares por sus servicios de procrear una criatura, más gastos médicos. La señora Stern no fue parte del contrato.

De conformidad con el contrato, la señora Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procrearía la criatura concebida y la entregaría a los esposos Stern. Además, renunciaría a todos los derechos filiatorios sobre la criatura reconociendo que ello era lo más conveniente para los mejores intereses del niño (a). También se convino que el apellido Stern aparecería en el certificado de nacimiento del niño a procrearse. A su vez, el señor Whitehead, suscribió un documento reconociendo que no era el padre de la criatura que su esposa procreó. El señor Stern es el padre biológico.

La criatura nació el 27 de marzo de 1986. Aunque la señora Whitehead entregó a la niña a los esposos Stern, ésta estaba plagada por angustia y depresión razón por la cual los esposos Stern le permitieron permanecer con la niña unos días adicionales, decidiendo luego que no entregaría la niña a los Stern. Además, se negó a renunciar a la relación materno-filial para que la señora Stern pudiese adoptar a la niña como había sido pactado en el contrato de subrogación. El señor Stern acudió al Tribunal el cual mediante orden judicial instruyó a la señora Whitehead entregar la niña al señor Stern, confiándole a este la custodia temporal.

Acto seguido, la señora Whitehead huyó de las autoridades que intentaban velar por el cumplimiento de la orden. El Tribunal de Primera Instancia determinó que el contrato de maternidad subrogada era válido y como consecuencia de este, la custodia de la niña le pertenecía a los Stern por lo que procedía la terminación de los derechos materno-filiales de la señora Whitehead. Esta apeló la decisión. En apelación el Tribunal determinó que aunque el contrato de subrogación era ineficaz e ilícito este no era el factor determinante de la disputa. El factor determinante lo era el bienestar de la criatura. Luego de escuchar a varios peritos y testigos y tomar en consideración varios elementos de la vida familiar de ambas parejas, incluyendo su capacidad para proveer un ambiente estable a la menor, el Tribunal le concedió la custodia permanente a William y Elizabeth Stern. Decidió que, aunque el matrimonio tendría custodia sobre la niña, la señora Whitehead mantendría la maternidad legal. Por lo tanto, no se dio por renunciada la relación filial.

En consecuencia el Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey declaró nulas: 1) las disposiciones contractuales que privaban a la madre subrogada de su derecho paterno filial y 2) la adopción de la criatura – Baby M – por la esposa del hombre que facilitó el semen para la inseminación artificial, esto es, el padre biológico. Además restituye a la subrogada – madre biológica – sus derechos y obligaciones de madre de la criatura, ya que el Tribunal inferior, al haber declarado válido el contrato, la había privado de todo derecho. Devuelve el caso al tribunal de instancia para que resuelva la cuestión de los derechos de visita de la madre - subrogada, biológica y también jurídica – al confirmarse la decisión del tribunal inferior concediendo la custodia de la criatura al padre biológico.”<sup>390</sup>

El 3 de febrero de 1988, la Suprema Corte de Nueva Jersey dictaminó en ocasión del asunto "Baby M.", que tal contrato de subrogación era inválido e inexigible pero aceptó que la custodia de la niña debía ir al padre que proveyó el semen."

## **CAPÍTULO QUINTO:**

### **COMATERNIDAD**

#### **1- INTRODUCCIÓN**

En el año 2005 se promulga en España la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.<sup>391</sup>

---

<sup>390</sup> SILVIA RUIZ, P. F., "Panorámica general de la fecundación... Op. cit. Pág. 93- 97.

<sup>391</sup> También se admiten los matrimonios entre personas del mismo sexo en:

-Canadá (Ley de 20 de julio de 2005): La Ley sobre el matrimonio civil, también llamada Ley C-38, de 20 de julio de 2005, aprobó en Canadá el matrimonio homosexual. Con anterioridad era legal en nueve provincias, que suponían el 90% de la población: Ontario (10 de junio de 2003), Colombia Británica (8 de julio de 2003), Québec (19 de marzo de 2004), el territorio de Yukón (14 de julio de 2004), Manitoba (16 de septiembre de 2004), Nueva Escocia (24 de septiembre de 2004), Saskatchewan (5 de noviembre de 2004) Terranova y Labrador (21 de diciembre de 2004), y Nuevo Brunswick (23 de junio de 2005).

-Holanda (Ley de 2 de abril de 2001): Holanda aprobó el 21 de diciembre de 2000 un proyecto que modifica el Libro I del Código civil permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo. En abril de 2001 se realizó el primer matrimonio entre

Con esta ley se incorpora en la legislación española el matrimonio homosexual, es decir, se permite que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio.<sup>392</sup>

Así, las referencias al *marido y a la mujer* se sustituyen ahora por la de los *cónyuges*, y los derechos y deberes que emanan del vínculo matrimonial han de entenderse en lo sucesivo aplicables tanto al matrimonio de dos personas de diferente sexo como al integrado por dos personas del mismo sexo.

Si bien son muchas las consecuencias jurídicas y los cambios que su incorporación en el CC español ha provocado<sup>393</sup>, en este trabajo me interesa destacar la influencia que ha tenido esta nueva figura jurídica en materia de filiación, en especial, cuando se recurre a las técnicas de reproducción asistida.

En este sentido, debemos tener en cuenta que, con anterioridad a la Ley 13/2005 resultaba claro que tanto la filiación por naturaleza como la filiación

---

homosexuales, obteniendo los mismos derechos que los otorgados por el matrimonio civil, inclusive la adopción.

-Bélgica (Ley de 13 de febrero de 2003): Con la reciente Ley de 13 de febrero de 2003, en vigor desde el uno de junio de 2003, se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. De esta manera, Bélgica sigue el camino abierto por Holanda dos años antes, aunque con algunas diferencias: En Bélgica, no existe una previsión legal sobre responsabilidad parental conjunta, ni para la adopción por un miembro de la pareja del mismo sexo o por ambos miembros de la pareja.

Otra diferencia con Holanda radica en las normas belgas relativas a qué parejas internacionales pueden contraer matrimonio y cuáles no. La normativa belga de Derecho Internacional privado requiere que el matrimonio se permita por la Ley nacional de cada esposo.

-En Sudáfrica, los tribunales han declarado que las personas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio entre sí (Sentencia Tribunal Supremo de Pretoria de 30 de noviembre de 2004): Sentencia *Fourie and another*, de 30 de noviembre de 2004. El Tribunal Supremo de Pretoria consideró que las parejas del mismo sexo tendrían que tener acceso al matrimonio y a los derechos que se derivan del mismo.

<sup>392</sup> En consecuencia, el art. 44 del CC español queda redactado de la siguiente manera: « *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.*»

<sup>393</sup> Entre los derechos civiles, la adquisición de la residencia -art. 2 a) del RD de 26 de junio de 1992- y de la nacionalidad del cónyuge extranjero -art. 22.2 d) y e) CC, la adquisición de la vecindad civil -art. 14.4 y 15.1 CC-, el derecho de adopción, tanto de la pareja conjuntamente -art. 175.4 CC- sucesivamente de un miembro de ella respecto al hijo natural o adoptivo del otro -art. 176.2.2.ª CC-, el derecho de alimentos -art. 143.1.º CC-, el derecho a ser tutor o curador en caso de incapacitación o declaración de prodigalidad del otro cónyuge -arts. 234.2.º y 291 CC-, el derecho a ser defensor o representante del cónyuge ausente -arts.181 y 184 CC-, derechos sucesorios bien en su condición de legitimario -arts. 807.3.º y 830 a 840 CC- o a los efectos de la sucesión intestada -art. 944 CC- .

adoptiva sólo eran posibles para las parejas heterosexuales; para las parejas constituidas por personas del mismo sexo no era posible determinar una relación de filiación con un menor, siendo sólo admisible que ello se produjera en relación a cada miembro de la pareja por separado, lo que podía tener lugar a través de dos mecanismos: por medio de la adopción y a través de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una mujer sola.<sup>394</sup>

A partir de la reforma operada sobre el concepto de matrimonio, la situación ha cambiado. Así, la determinación de la filiación respecto de las parejas homosexuales debe equipararse a la que se realiza en relación a las parejas heterosexuales, siempre que la naturaleza lo permita.<sup>395</sup>

Vale la pena aclarar que el hecho de que las parejas homosexuales puedan no sólo adoptar niños sino también acceder a la reproducción asistida significa asumir la diferencia que existe entre reproducción biológica y filiación. Para que haya reproducción biológica es preciso el encuentro de un espermatozoide y un óvulo, pero esto ya no es necesario para que exista filiación, como se explica en los párrafos siguientes.

## 2- PLANTEAMIENTO

Si hablamos de una pareja de mujeres<sup>396</sup>, y una de ellas recurre a las TRA, se plantean distintos interrogantes: ¿Se puede, en caso de pareja de mujeres, a la luz de la nueva normativa, determinar la filiación de ambas por naturaleza, o sería necesario acudir a la adopción por parte de la no usuaria de las técnicas? ¿Ha previsto la Ley 13/2005 esta posibilidad?<sup>397</sup>

En otras palabras, conforme a las modificaciones introducidas por la Ley 13/2005, que incorpora la figura del matrimonio homosexual, equiparando sus efectos con los del matrimonio heterosexual: ¿El matrimonio que ostentan

---

<sup>394</sup>ZURITA MARTÍN. "Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres" Diario La Ley. AÑO XXVII. Número 6427. Miércoles, 22 de febrero de 2006

<sup>395</sup>ZURITA MARTÍN. "Reflexiones en torno a la determinación de la filiación... Op. cit.

<sup>396</sup>Ya vimos en el capítulo anterior qué sucede cuando se trata de un matrimonio entre personas del mismo sexo son dos varones, quienes deberán recurrir a las técnicas de fecundación asistida, y en concreto a la maternidad subrogada, pudiendo aquel que no aporte el material genético, luego de la reforma de la ley 13/2005, adoptar al hijo de su cónyuge.

<sup>397</sup>ZURITA MARTÍN. "Reflexiones en torno a la determinación de la filiación... Op. cit.

estas dos mujeres funciona como presunción de maternidad? Es decir, si una de las mujeres que conforman el matrimonio recurre a las TRA, y el hijo nace durante el matrimonio, ¿Se presume la maternidad de la otra mujer (pudiendo actuar como lo hace el varón de una pareja heterosexual), o es necesario acudir a la adopción?

### **3- LA PRESUNCION DE PATERNIDAD.**

Para comenzar, considero necesario analizar el tratamiento que confiere la ley a una pareja heterosexual.

#### **3-1- Pareja casada**

Como vimos anteriormente, en el supuesto de una pareja heterosexual casada, el matrimonio funciona como presunción de paternidad. Si el hijo nace durante el matrimonio se presume la paternidad del marido de la madre.

Ya sea que se trate de procreación asistida homóloga sin consentimiento<sup>398</sup>, procreación asistida heteróloga con consentimiento<sup>399</sup>, o procreación asistida heteróloga sin consentimiento<sup>400</sup>, en todo caso, si el niño nace durante el matrimonio, se presume la paternidad del marido de la madre.

---

<sup>398</sup> HOMÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO: Comparto la postura de la mayoría de la doctrina que considera irrelevante la falta de consentimiento a los efectos de considerar a la filiación como matrimonial. Si bien no existe prohibición expresa a que el marido intente una acción de impugnación de paternidad, en el supuesto de que se ejerza la acción, ésta no prosperaría dado que caería al ser, genéticamente el padre. No obstante, en España, el marido podría exigir responsabilidad civil por los daños y perjuicios patrimoniales y morales que le reporte el nacimiento de un hijo no deseado, frente a su mujer y al médico. (en Argentina se podrán exigir medidas menores, como por ejemplo divorcio por injurias graves, etc.)

<sup>399</sup> HETERÓLOGA CON CONSENTIMIENTO: En este supuesto, en el que el elemento biológico y el volitivo no coinciden, es el consentimiento unido al matrimonio el que determina la paternidad, según parece deducirse de la propia dicción del Art. 8.1 de la LTRA.

El consentimiento supone autorización del marido para que se realicen las técnicas, ya que de ellas nacerá, en su caso, un niño, cuya paternidad, en principio, la ley atribuye al propio marido por la presunción de paternidad.

Por otro lado, el consentimiento del marido produce efectos no en la determinación de la paternidad, sino en la prohibición de impugnación de dicha paternidad

<sup>400</sup> HETERÓLOGA SIN CONSENTIMIENTO: Si nace dentro de los plazos previstos por la presunción de paternidad, el hijo será, en principio, matrimonial, y la paternidad será atribuida al marido, aún cuando la impugnación de dicha paternidad sea posible.

### **3-2- Pareja no casada**

Si se trata de una pareja de hecho (no casada), pero ha consentido el uso de las TRA por su pareja, se presentan dos situaciones:

1- si se trata de procreación asistida homóloga de pareja no casada, entonces corresponde el reconocimiento<sup>401</sup>; de cualquier modo, se considera que la conducta del varón que consiente la inseminación artificial y luego no reconoce contraría el principio de la buena fe y el de no contravenir los propios actos. (Sobre todo si tenemos en cuenta que esta persona aportó no sólo el elemento volitivo –al menos al inicio- sino también el elemento genético)

2- si se trata de procreación asistida heteróloga de pareja no casada, entiendo que igualmente corresponde el reconocimiento. Como en el caso anterior, ese consentimiento previamente dado implica un reconocimiento, y sería ir en contra de los propios actos, y principalmente en contra del principio de la buena fe, consentir esa fecundación, traer al mundo a una persona, y luego no reconocer o no asumir esa paternidad. De no haber pretendido o no haber querido ese niño, hubiera bastado con no prestar ese consentimiento que, además, no legalmente es exigido (puesto que la ley permite el uso de las técnicas de reproducción asistida por una mujer sola).<sup>402</sup>

Ahora bien, qué sucede cuando la pareja está conformada por dos mujeres y una de ellas recurre a las TRA?

### **4- LA PRESUNCION DE “MATERNIDAD”**

---

<sup>401</sup> Desde una perspectiva registral, teniendo en cuenta que el elemento biológico y el volitivo coinciden en el momento de realizarse la técnica, una vez que se produzca el nacimiento, el varón puede reconocer según lo previsto en el Art. 120.1 CC español. Si no realiza dicho reconocimiento, la paternidad se podrá determinar mediante sentencia que resuelva la acción de reclamación de paternidad. Se podrá probar solicitando prueba biológica, o bien mediante el escrito de consentimiento para la realización de las técnicas junto al expediente médico que acredita su realización. PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida”. Centro de Estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. 2002. Pág. 170

<sup>402</sup> Remito a lo dicho en el capítulo Cuarto dedicado a la relevancia del consentimiento en la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.

Antes de comenzar a tratar este tema debemos tener en cuenta que, tratándose de una pareja homosexual, lo que funda la filiación jurídica no es la capacidad reproductiva (el elemento biológico) sino la voluntad (el elemento volitivo). Las uniones del mismo sexo nos obligan a asumir un sistema de filiación respecto de la mujer que es la pareja de la que concibe y da a luz, fundado exclusivamente en la voluntad.

#### 4-1- SITUACIONES EN DERECHO COMPARADO:

En Estados Unidos, la *Supreme Court* de California, en los casos *Elisa B. v. Sup. Ct. (8/22/05 SC)*<sup>403</sup>, *K.M. v. E.G. (8/22/05 SC)*<sup>404</sup> y *Kristine H. v. Lisa R. (8/22/05 SC)*<sup>405</sup>, ha declarado que es madre legal de los hijos de su pareja, la mujer que convive con la madre biológica en una relación lesbiana, mediante la aplicación analógica de la norma de la sección 7611 (d)<sup>406</sup> del Código de Familia de California, sobre determinación de paternidad.

En los fallos citados, Tribunal Supremo de California opta, a falta de legislación sobre la materia, por la aplicación de algunas de las normas y principios que rigen la determinación de la filiación para las parejas heterosexuales<sup>407</sup>, atendiendo a dos elementos fundamentales que son, el primero, la existencia de una voluntad previa a la concepción acerca de la

---

<sup>403</sup> Véase el caso *Elisa B. v. Sup. Ct. (8/22/05 SC)*, en el que se plantea ante el Tribunal si, en ausencia de una adopción previa, puede imponerse a una mujer la maternidad de los hijos que su pareja tuvo durante la convivencia entre ambas, concebidos por fecundación asistida con óvulos de la madre y esperma de un donante anónimo.

<sup>404</sup> Véase el caso *K.M. v. E.G. (8/22/05 SC)* en el que se plantea si puede declararse la maternidad de la mujer que donó óvulos a su pareja lesbiana y que había renunciado a exigir derechos parentales respecto a la descendencia.

<sup>405</sup> Véase el caso *Kristine H. v. Lisa R. (8/22/05 SC)*, en el que se plantea si la madre biológica puede impugnar la maternidad de la mujer con la que convivía, que había quedado determinada por voluntad de ambas antes del nacimiento.

<sup>406</sup> El Art. 7611 apartado "d" establece: "*un hombre se presume padre natural de un niño si se presentan las condiciones previstas en el Capítulo 1 o en el Capítulo 3 Parte 2 o en cualquiera de las siguientes situaciones:*  
*d- si recibe al niño en su hogar y lo trata abiertamente como su hijo natural*".

<sup>407</sup> La Suprema Corte de California aplica por analogía las normas de determinación de la paternidad (art. 7661) a la maternidad, teniendo en cuenta que, conforme al Art. 7650 del Código de Familia de California, la aplicación de reglas propias de la paternidad a la maternidad está permitida por la ley, en la medida de lo posible. Y, precisamente, en el supuesto contemplado en el art. 7611 (d) es posible, dado que se prescinde del elemento biológico.

filiación de los hijos que nacen por reproducción asistida y que es un criterio que permite determinar la maternidad con independencia del vínculo genético o gestacional entre la mujer y el hijo. El segundo elemento es la convivencia con los hijos y el hecho de haberlos tratado como propios, que constituye en el derecho norteamericano un criterio independiente de determinación de la paternidad.

También la Ley canadiense<sup>408</sup> permite presumir la maternidad de la cónyuge femenina de una mujer que se hizo inseminar de manera anónima.

Como podemos advertir, en estos supuestos, el derecho renuncia completamente a toda pretensión de filiación basado en el elemento biológico.

#### **4-2- SITUACION EN ESPAÑA**

A continuación analizaré la situación en España, tanto de la pareja casada como la de la que no lo está, para luego volver sobre la primera, que es la que se ha visto alterada como consecuencia de la Ley 13/2005.<sup>409</sup>

##### **4-2-a- Pareja casada:**

Entiendo que el tratamiento debería ser el mismo que la ley confiere a la pareja heterosexual. Es decir, si se trata de un matrimonio conformado por dos mujeres, luego de la equiparación provocada por la Ley 13/2005, el régimen no debería ser distinto al que la ley confiere al matrimonio heterosexual.

Esto es así, porque si el cónyuge de la mujer hubiese sido varón, y si ambos hubiesen acudido a la fecundación asistida, el hijo se inscribiría como hijo matrimonial. Es más, el hijo estaría amparado en la presunción del *pater is* del art. 116 CC. A mayor abundamiento, si el varón hubiera facilitado su semen, la presunción para aquél sería *iuris et de iure*.<sup>410</sup>

---

<sup>408</sup> Ley de Québec del 19 de marzo de 2004.

<sup>409</sup> Sin perjuicio de que la modificación concreta se introduce con la Ley 3/2007, no debemos dejar de tener en cuenta que esta ley es consecuencia de la Ley 13/2005 que incorpora la figura del matrimonio homosexual.

<sup>410</sup> LLEDÓ YAGÜE. F. "El matrimonio entre personas del mismo sexo y su repercusión en las relaciones jurídico familiares. Comentarios a los preceptos reformados por las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio". El nuevo derecho matrimonial. Dykinson. Enero 2007. Pág.314 y ss.

Entonces:

Si está casada, así como sucede en un matrimonio entre personas de distinto sexo, en este caso, se debería también presumir la *maternidad* de la otra mujer. Bastará con el escrito indubitado en el que ha manifestado su consentimiento, para poder inscribir como suyo al niño, sin que sea necesario acudir a la adopción.

Entonces, el hijo debe inscribirse como matrimonial, al estar la pareja destinataria casada, y en el Registro Civil, al no constar (conforme a la vigente legislación) las expresiones padre y/o madre; sino progenitor A y progenitor B (véase art. 4 de la Orden de 8 de febrero de 2006) la determinación de la filiación del hijo sería matrimonial con relación a las dos mujeres. Es el mismo supuesto por argumentación similar que una pareja casada heterosexual y un donante anónimo; el hijo nacido se inscribirá como matrimonial, aunque el marido no fuese el progenitor.<sup>411</sup>

Esto es precisamente lo que, tras la reciente reforma del año 2007, contempla la Ley sobre Técnicas de Reproducción humana asistida. Así, el párrafo 3 del art. 7 de la LTRA, adicionado por la Ley 3/2007, establece: *“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”*.<sup>412</sup>

Este nuevo artículo permite determinar la filiación de la otra mujer respecto del hijo sobre la base del elemento volitivo, que, a su vez (como dijimos anteriormente), permite determinar la maternidad con independencia del vínculo genético entre la mujer y el hijo.

#### **4-2-a-1- LA NUEVA SITUACIÓN DE LAS PAREJAS CASADAS.**

---

<sup>411</sup> LLEDÓ YAGÜE. F. “El matrimonio entre personas del mismo sexo y su repercusión en las relaciones jurídico familiares. Comentarios a los preceptos reformados por las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio”. El nuevo derecho matrimonial. Dykinson. Enero 2007. Pág.315 y ss.

<sup>412</sup> Texto según Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Como hemos visto, en España, aún antes de la modificación introducida por la Ley 3/2007, entendíamos que tanto de la finalidad inspiradora de la Ley 13/2005 como de la letra del art. 48 de la Ley de Registro Civil podía a simple vista deducirse que, en el caso de matrimonio de dos mujeres, la filiación respecto del hijo concebido por la consorte podía determinarse de igual manera que la de un matrimonio heterosexual que acude a las técnicas de reproducción asistida, puesto que tampoco en este caso era necesario que el material genético sea del cónyuge o la pareja masculina, pudiendo ser de un tercero, donante anónimo. La identidad de razón entre ambos supuestos - pareja homosexual de mujeres y pareja heterosexual con material genético masculino donado- era palmaria.

Ahora bien, lo cierto es que hasta la sanción de la Ley 3/2007, esta solución no estaba contemplada en la LTRA, ocasionando inconvenientes en la práctica, por lo que, para demostrar la importancia de la reforma, propongo analizar la situación anterior y posterior a dicha ley.

#### **4-2-a-2- SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DE LA LEY 3/2007. LA IMPORTANCIA DE LA EQUIPARACIÓN EFECTUADA POR LA LEY 13/2005.**

Como dijimos, antes de la reforma de la Ley 3/2007 (que incorpora un tercer párrafo en el artículo 7 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida), la solución propuesta en el párrafo anterior no estaba contemplada en la LTRA que en sus artículos 6.3 y 8 establece:

*Artículo 6.3.: Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.*

*Artículo 8.1.: Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.*

De los Art. 6.3 y 8.1 de la Ley de Reproducción Asistida se desprende, que éstos sólo se refieren, al marido o al varón, como las únicas personas que deben o pueden prestar el consentimiento a la utilización de las prácticas por la mujer -casada o en pareja, en cada caso-, para que quede determinada la filiación -matrimonial o no matrimonial- respecto del hijo así concebido.<sup>413</sup>

Esta situación, en la práctica, llevaba a que la mujer de la que concibe y da luz deba adoptar al niño para poder ser madre, contrariando así, el espíritu de la Ley 13/2005.

No obstante, considero que la regulación de la LTRA, que sólo hacía referencia al consentimiento del varón o del marido, podía salvarse recurriendo a la disp. adic. 1.<sup>a</sup> de la Ley 13/2005, a la que alude el último párrafo de su Exposición de Motivos.

Dice la citada disposición: «*Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*».

De la expresión «alguna referencia al matrimonio», se deduce que estos preceptos de la LTRA se encuentran dentro de la previsión de la disp. adic. 1.<sup>a</sup> de la Ley 13/2005 y, por tanto, que son aplicables a cualquier pareja con independencia del sexo de sus integrantes.<sup>414</sup>

Además, la postura sostenida en cuanto que la mujer que está casada no necesitaba adoptar para ser madre del niño también estaba avalada por la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, que justifica la subsistencia del binomio marido y mujer en el texto de los Art. 116, 117 y 118 del Código por regular supuestos de hecho --presunciones de paternidad-- que sólo pueden tener cabida en las parejas heterosexuales, sin hacer mención del artículo inmediatamente anterior a ellos.

Por consiguiente, la preexistencia del matrimonio de dos mujeres funcionaba como «presunción de la maternidad» de la consorte de la madre biológica. Por tanto, al matrimonio formado por dos mujeres se podía aplicar lo previsto por el art. 115 del Código Civil: «*La filiación matrimonial materna y*

---

<sup>413</sup> También se plantea otro problema de coherencia: ¿quiere esto decir que si el consentimiento lo ha dado la otra cónyuge mujer sí podrá impugnar la filiación, o es un simple desliz del legislador que no se percata de la mujer sometida a las técnicas de reproducción asistida puede estar casada con otra mujer?

<sup>414</sup> ZURITA MARTÍN. "Reflexiones en torno a la determinación de la filiación... Op. cit.

*paterna quedará determinada legalmente: 1.º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres».*<sup>415</sup>

Conforme a lo expuesto y en virtud de la reforma incorporada a la Ley del Registro Civil<sup>416</sup>, podía extraerse que era posible determinar la filiación matrimonial respecto de un menor concebido por una mujer que ha utilizado las técnicas de reproducción asistida, por inscripción del matrimonio de sus madres al margen de la inscripción de nacimiento.

De todo lo dicho se desprende que, aún antes de la reforma de la ley 3/2007, la equiparación efectuada por la Ley 13/2005 nos permitía inferir la solución que finalmente se adoptó. Sin embargo, en la práctica, la falta de norma expresa generaba soluciones contradictorias, y, en general, la otra mujer se veía obligada a adoptar al niño para poder ser madre legal.

En otras palabras, hasta la sanción de la Ley 3/2007, había un vacío legal, que evidenciaba la necesidad de una norma que armonizara la legislación con los fines perseguidos por la Ley 13/2005.

#### **4-2-a-3- LA NECESARIA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 3/2007**

Como podemos ver, el hecho de que la solución propuesta para el supuesto de una pareja casada, no se desprendiera de la LTRA, planteaba un problema de congruencia y coherencia entre las leyes, dado que, si bien la reforma de la LTRA era posterior a la Ley 13/2005, los artículos que hacían referencia al tema que tratamos no habían sido reformados, es decir, no habían sido adecuados a lo propiciado por la Ley 13/2005, generando soluciones injustas.<sup>417</sup>

---

<sup>415</sup> En cualquier caso, se debería entonces haber retocado también la dicción literal del Art. 115.1 CC. ZURITA MARTÍN. "Reflexiones en torno a la determinación de la filiación... Op. cit.

<sup>416</sup> Artículo 48. : La filiación paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento. Texto según Ley 13/2005, de 1 de julio.

<sup>417</sup> La ausencia de una norma que contemple la nueva situación que se había generado como consecuencia de la Ley 13/2005, se traducían en soluciones injustas e incoherentes con los fines de esta Ley. Todo ello ponía de manifiesto la imperiosa necesidad de la reforma. Además, la circunstancia de que podamos deducir esta solución, resaltaba la urgencia en cuanto a su contemplación legal.

Así, la LTRA, modificada en 2006, conservaba para estos casos, la redacción de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que no previó la posibilidad de la existencia de dos madres legales de un niño así concebido. Sin embargo, y no obstante su redacción, podíamos admitir la presunción de maternidad para el caso de las parejas casadas, porque se desprendía de la Ley 13/2005.

Toda esta situación de incoherencia logró remediarse con la reciente reforma, que soluciona el vacío legal de la LTRA y armoniza la legislación actual.

La Ley 13/2005 equipara las uniones heterosexuales y homosexuales a todos los efectos, por lo que la determinación de la filiación respecto de estas parejas debía de realizarse de idéntica forma que las de aquéllas, lo que sólo podía tener lugar, bien por medio de una interpretación expansiva y favorable como la que realizábamos de la reforma operada por la Ley 13/2005, o bien mediante una reforma urgente que así lo posibilitara. Precisamente, esto último es lo que sucedió.

#### **4-2-b- Pareja no casada**

Cuando me refiero a las parejas heterosexuales que no están casadas, sea que se trate de procreación asistida homóloga o heteróloga, considero, como dije anteriormente, que el consentimiento vale como reconocimiento (con algunas diferencias y distinciones en los fundamentos) sobre la base del principio de la buena fe y de no contravenir los propios actos.

Podemos preguntarnos: ¿Debería suceder lo mismo en el supuesto de una pareja conformada por dos mujeres? En este caso, ¿Es necesaria la adopción por la otra mujer?

En este sentido, el artículo 97 del Código de Familia de Cataluña, establece: *«Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se considerarán hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público».*

Los casos contemplados en este precepto se aplican cuando la inseminación es heteróloga, esto es, cuando el material reproductor procede de donante anónimo distinto del varón que haya prestado su consentimiento.

Se crea un título de atribución de la paternidad no basado en la realidad biológica -lo que en un principio podría hacer pensar que se podría aplicar también al supuesto de dos mujeres- pero aparentemente, esta ficción legal tan sólo se consagra para los casos en que el progenitor legal no biológico que ha prestado su consentimiento es el marido o conviviente con la mujer a la que se aplican las técnicas de reproducción asistida.

No obstante, ¿Podría equipararse al supuesto de un reconocimiento de maternidad por parte de una mujer distinta de la progenitora que convive con la madre gestante? ¿Podría conferirse el mismo tratamiento a la mujer, compañera de quien ha sido madre? En otras palabras podemos darle al consentimiento prestado por la mujer, los mismos efectos que le damos al consentimiento que presta un hombre en el supuesto de pareja heterosexual? En principio de la ley se desprende la respuesta negativa. Veamos.

En primer lugar, la reciente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida modificada por la Ley 3/2007, sólo habla de “mujer casada”. Es decir, tratándose de dos mujeres, sólo contempla la posibilidad de determinar la filiación sobre la base del consentimiento (elemento volitivo), para el supuesto de parejas casadas. Además, en este caso, tratándose de una filiación extramatrimonial (dos madres solteras de un hijo común nacido de técnicas de reproducción asistida) queda fuera del ámbito afectado por la Ley 13/2005.<sup>418</sup>

En segundo lugar, la Ley 13/2005 ha dejado incólume toda la regulación del régimen legal de la filiación (Art. 112 a 141 CC).<sup>419</sup>

---

<sup>418</sup> La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 2002 en su fundamento de derecho segundo declara que por mucho que las parejas de homosexuales no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al objetivo descabellado de que se establezca doblemente, por la sola declaración de las interesadas, la maternidad tanto respecto de la mujer que ha dado a luz como de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en nuestro derecho y queda determinada por naturaleza. El principio de veracidad biológica que inspira nuestro ordenamiento en materia de filiación, se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, pueda sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer por lo que en su fundamento de derecho cuarto sostiene la resolución que «en definitiva el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo puede obtenerse a través del mecanismo de la adopción.

<sup>419</sup> Existen por otra parte, unas presunciones que son de paternidad, recogidas en el Código Civil que son sólo de «paternidad» que no se aplican a la unión homosexual, cuando uno de los miembros de la pareja tenga un hijo, dado que según la Exposición

Y, en tercer lugar, en el momento de tramitarse la reforma de la LTRA, el legislador descartó la modificación de los arts. 48 y 49 de la Ley de Registro Civil para admitir la figura del reconocimiento para determinar la filiación en las parejas del mismo sexo, por entender que de lo que se trataba era de reformar el Código Civil, no el Registro Civil.<sup>420</sup>

Conforme a lo expuesto, podemos afirmar que legalmente no está contemplada la posibilidad de reconocimiento por la compañera de la mujer que ha recurrido a las TRA. Teniendo en cuenta la actual legislación, en una pareja de mujeres no casadas, la que no es usuaria, la que no da a luz, para poder ser madre del niño deberá adoptarlo.

Entonces, si no está casada (en el caso de las parejas de hecho), el único mecanismo legal al que claramente podría acudir la compañera de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida para determinar la filiación del hijo así concebido es el expediente adoptivo.<sup>421</sup>

No tiene los mismos efectos estar casado que no estarlo<sup>422</sup> y la solución adoptada por la Ley 3/2007 sólo alcanza a las parejas casadas.

---

de Motivos de dicha Ley 13/2005, de 1 de julio, subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código Civil, ya que los supuestos de hecho a los que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales (nos encontramos con una diferencia entre el matrimonio heterosexual y el homosexual).

<sup>420</sup> El Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana formuló una enmienda al Proyecto de Ley proponiendo la reforma de los arts. 46, 48, 49 y 53 de la Ley del Registro Civil. Proponía la siguiente redacción para el art. 48 LRC: «La filiación paterna o comaterna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los progenitores o por inscripción del reconocimiento. Dicho reconocimiento podrá ser realizado por un hombre o por una mujer». Con este precepto, cabía la posibilidad de determinar la filiación comaterna -de las dos madres de un mismo menor- a través de dos medios: el matrimonio de ambas mujeres -una de ellas madre biológica-, y el reconocimiento por parte de la madre no biológica del hijo concebido por su pareja mediante la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Como justificación de esta enmienda, este Grupo expuso que “representaría una discriminación de las parejas lesbianas respecto de las parejas heterosexuales, que pueden reconocer dos progenitores en el Registro Civil, sin necesidad de adopción, aunque la concepción se haya realizado por inseminación artificial”.

<sup>421</sup> ZURITA MARTÍN. “Reflexiones en torno a la determinación de la filiación... Op. cit.

<sup>422</sup> El Tribunal Constitucional, siguiendo los dictados del art. 39 de la Constitución, ha declarado repetidamente que debe protegerse tanto a la familia matrimonial como a la no matrimonial, aunque aclara que ello no justifica un tratamiento idéntico, pues, como ha manifestado en su Jurisprudencia, no son realidades equivalentes (en concreto STC 184/1990, STC 222/1992 o STC 155/1998 entre otras).

Antes de la reforma de la Ley 3/2007, como vimos, era la equiparación hecha por la Ley 13/2005, es decir, que los efectos son los mismos para la pareja homosexual casada que los que la Ley prevé para la pareja casada heterosexual, la que nos permitía presumir la maternidad<sup>423</sup>. Luego de la reforma de la Ley 3/2007 la solución es aún más clara, dado que se contempla expresamente el supuesto de parejas de mujeres casadas. En cambio, cuando se trata de una pareja de hecho, el tratamiento que la ley confiere no queda equiparado, por lo que no podemos arribar a la misma conclusión. Por eso es que considero que, cuando se trata de una pareja de hecho, corresponde la adopción del niño y no el reconocimiento; a diferencia de lo que propongo para las parejas heterosexuales.

## **5- A MODO DE CONCLUSION**

Con la actual legislación, no quedan dudas de que, en los supuestos de parejas de mujeres casadas, ambas pueden ser legalmente madres sin necesidad de adopción. La filiación respecto de la mujer que concibe y da a luz, se determina por el parto, y, la filiación respecto de la otra mujer (la que no da a luz), se funda en el consentimiento previamente prestado, lo que, a su vez, constituye otro supuesto en el que la filiación deja de basarse en el elemento biológico para darle preponderancia al elemento volitivo.

El vínculo de filiación se funda en la existencia de una voluntad previa a la concepción de los hijos que nacen por reproducción asistida.

Los avances de la ciencia, han permitido procrear a personas que no podrían haberlo hecho de no ser por ellos, y estos avances, también nos obligan a cambiar ciertas concepciones. La sociedad evoluciona, y el derecho debe seguir también ese camino. La evolución en las concepciones sociales y en la ciencia deben verse, también, reflejadas en el ámbito jurídico, es decir, deben ser contempladas por el derecho que debe adaptarse, captar y normar, las nuevas realidades que se presentan en estos días. Por eso considero sumamente importante la reforma que introduce la ley 3/2007, que advierte y

---

<sup>423</sup> La Ley equipara las parejas casadas, y precisamente ese es el fundamento para aplicarle el mismo régimen jurídico: la equiparación.

contempla la existencia de esta nueva modalidad de familia y, de esta manera, permite dar al nacido la certeza de una filiación que coincida con su realidad.

## **CAPÍTULO SEXTO:**

### **SITUACIÓN EJEMPLO: SENTENCIA EVANS C. REINO UNIDO**

#### **1- INTRODUCCIÓN**

A lo largo de todo este trabajo he procurado demostrar la relevancia de la voluntad en las filiaciones derivadas de las TRA, analizando distintas situaciones y supuestos. Ahora bien, para rematar la hipótesis sostenida, es decir, que el consentimiento es, hoy en día, el factor determinante de la filiación en los casos de reproducción asistida, he querido concluir con una situación de la vida real: un caso resuelto por el TEDH. Así, en este capítulo, analizaré la sentencia Evans c. Reino Unido, por constituir un claro ejemplo de la importancia de la voluntad en materia de paternidad.

La trascendencia e importancia de esta sentencia emanan, por un lado, de la temática y materia discutida, dado que es el primer caso resuelto por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) en el que se plantea el destino de los embriones sobrantes, y por otro, de la actualidad de la decisión. Además, lo resuelto en esta sentencia también es importante porque, como veremos luego, de haberse planteado la situación en España, luego de la reforma de 2006 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la respuesta - por el razonamiento efectuado por el tribunal y los fundamentos brindados - hubiera sido prácticamente idéntica.

#### **2-EL CASO EVANS C. REINO UNIDO.**

El TEDH se pronunció en Sentencia de 7 de marzo de 2006, que luego fue confirmada por la gran sala del TEDH en sentencia de 10 de abril de 2007.

##### **2-1-Hechos principales**

El 12 de julio de 2000, la demandante Natalie Evans y su compañero, J., iniciaron un tratamiento en una clínica especializada en reproducción médica asistida. La demandante, tenía dificultades para concebir y había sido enviada a esta clínica en 1995, para someterse a un tratamiento de esterilidad, pero como se separó de quien entonces era su marido (ya había estado casada) el tratamiento no prosiguió.

El 10 de octubre de 2000, en una consulta en la clínica, la demandante y J. fueron informados de que las pruebas preliminares habían revelado en la joven graves tumores precancerosos en ambos ovarios y que debía someterse a una ovariectomía bilateral. Se les indicó que, como los tumores se desarrollaban lentamente, sería posible obtener algunos óvulos antes de la ablación para su fecundación in vitro (FIV), pero que la obtención debía efectuarse cuanto antes.

La consulta de 10 de octubre de 2000 duró un total de una hora. Una enfermera explicó que la demandante y J. debían firmar cada uno un formulario para expresar su consentimiento en el tratamiento por FIV y que, conforme a las disposiciones de la Ley de 1990 de fecundación y embriología humanas (la Ley de 1990), cada una de ellos tendría la posibilidad de retirar su consentimiento en todo momento mientras los embriones no hubiesen sido implantados en el útero de la demandante. Durante la reunión, la Sra. Evans consulto acerca de la posibilidad de congelar sus óvulos no fecundados, pero se le respondió que la clínica no practicaba esta técnica que se caracterizaba por un índice de éxito menos elevado<sup>424</sup>. En ese momento, J. trató de

---

<sup>424</sup> En España, en materia de Crioconservación de ovocitos se experimenta la siguiente evolución:

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

Crioconservación y otras técnicas. Artículo 11. 2. No se autorizará la Crioconservación de óvulos con fines de reproducción asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación.

-Real Decreto 120/2003, de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida.

EXPOSICION DE MOTIVOS: En el caso de la utilización para la fecundación con fines reproductivos de ovocitos o tejido ovárico congelado, el artículo 11.2 de la Ley 35/1988 establece que no se autorizará la Crioconservación de ovocitos con fines de reproducción asistida en tanto no haya suficientes garantías sobre su viabilidad después de su descongelación. Conforme al criterio manifestado por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la experiencia posterior acumulada en

tranquilizar a la demandante diciéndole que no iban a separarse, que no tenía necesidad de prever la congelación de sus óvulos, que no tenía que ser tan pesimista y que quería ser el padre del niño que trajese al mundo. Posteriormente, la pareja dio los consentimientos necesarios firmando los formularios previstos por la Ley de 1990. Así, el 12 de noviembre de 2001, la pareja acudió a la clínica y se obtuvieron y fecundaron once óvulos, y se crearon y conservaron seis embriones. El 26 de noviembre, la demandante sufrió la ablación de sus dos ovarios. Como consecuencia de esa operación, la demandante debería esperar dos años antes de tratar de implantar un embrión en su útero.

En mayo de 2002, la relación entre J. y la demandante finalizó y el 4 de julio de 2002, J. notificó por escrito a la clínica que la pareja se había separado y que los embriones debían ser destruidos.

La clínica informó a la demandante de que J. había retirado su consentimiento para la utilización posterior de los embriones y que tenía, en consecuencia, la

---

investigación básica sobre congelación de ovocitos y tejido ovárico, desarrollada conforme a lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley 35/1988, ha mejorado las expectativas mencionadas. Esa situación, así como la posible utilización de esas técnicas para resolver ciertos casos de esterilidad sobrevenida por el sometimiento de las pacientes a tratamientos potencialmente esterilizantes, e igualmente su posible contribución a resolver otros problemas en el campo de la reproducción humana asistida, aconsejan ahora efectuar la regulación de las condiciones en las que llevar a cabo en nuestro país experiencias controladas mediante las que se evalúe si existen las garantías suficientes antes citadas, que, en su caso, permitan con carácter general la Crioconservación de ovocitos o tejido ovárico y su posterior fecundación, contribuyendo así al perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida a las que se refiere el artículo 16.1.a de la Ley 35/1988.

Artículo 1. Objeto.

El presente Real Decreto tiene por objeto regular los requisitos para autorizar la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida.

-Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Artículo 11.2. Se autoriza la Crioconservación de óvulos con fines de reproducción asistida, dentro de experiencias controladas en los términos reglamentariamente establecidos. A partir del momento en el que exista evidencia científica de la seguridad y eficacia de estas técnicas de Crioconservación, el Ministerio de Sanidad y Consumo podrá autorizar el uso generalizado de las mismas, si se considerara adecuado tras la evaluación correspondiente de dichas experiencias controladas.

-Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones. 2. La utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.

obligación legal de destruirlos, en aplicación del artículo 8.2 del anexo 3 a la Ley de 1990.

Ante esta situación, la demandante entabló un procedimiento ante el High Court procurando, entre otras cosas, *una* prescripción para requerir que J. restaurare su consentimiento. Su demanda fue rechazada el 1 de octubre de 2003, por lo que apeló. El 1 de octubre de 2004, el tribunal de apelación mantuvo el juicio del tribunal superior. La súplica fue rechazada.

De esta manera, una vez agotada la vía interna, la Sra. Evans recurrió ante el TEDH.

## **2-2-DEMANDA ANTE EL TEDH.**

### **a-Violación del art 2:**

La demandante sostiene que las disposiciones de la ley británica, que imponen la destrucción de los embriones tras la revocación del consentimiento dado por J. a la conservación de éstos, constituyen una violación a su derecho a la vida e implican por ello la violación del art. 2 del Convenio.

El Tribunal consideró que a falta de un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida dependía del margen de apreciación de los Estados. En este sentido, la legislación británica no reconoce al embrión la calidad de sujeto de derecho autónomo ni le autoriza a prevalerse – por persona interpuesta – del derecho a la vida garantizado por el art. 2. Encontró, por tanto, que no había habido violación del artículo 2.<sup>425</sup>

---

<sup>425</sup> Para un mejor entendimiento de lo resuelto por el tribunal en este punto, merece la pena realizar aquí una referencia breve al estatuto jurídico del embrión.

Son muchos los planteamientos y discusiones que se generan en torno al estatuto jurídico del embrión. Cada legislación en la materia adopta su criterio, conforme su propio margen de apreciación, otorgándole la tutela que considera apropiada. Sin embargo, a nivel internacional, hay consenso en lo que respecta a no considerarlo persona. Considero que es conveniente plantear y resaltar las diferencias que obligan a darle al embrión y al preembrión diferente tratamiento y protección.

Si bien desde el momento de la fecundación existe un genoma único que proviene de la unión de las dos gametas, la información genética del cigoto resultante no alcanza para constituir un individuo. Es la unidad madre-embrión la que posibilita el desarrollo del embrión. El embrión fertilizado in vitro (FIV) necesita ser implantado en el útero

## **b- Violación del art. 8.**

Considera la demandante que, las disposiciones del anexo 3 de la Ley de 1990, según las cuales, con posterioridad a la fecundación de sus óvulos con el espermatozoide de J., éste podría retractarse válidamente de su compromiso, viola su derecho al respeto de su vida privada y familiar.

El tribunal rechaza la existencia de tal violación fundándose en los siguientes argumentos:

A- Admite que J. actuó de buena fe cuando aceptó prestarse a un tratamiento de FIV con la demandante, y que se decidió a ello porque pensaba que su relación con ella iba a durar.

B-No existe un consenso internacional sobre la reglamentación de los tratamientos por FIV y la utilización de los embriones que del mismo se obtienen. Algunos Estados se han dotado de una legislación específica mientras que otros no han legislado en la materia o lo han hecho sólo parcialmente, prefiriendo remitirse a los principios generales del derecho o a las normas deontológicas. Para el tribunal las cuestiones planteadas en este caso se refieren a ámbitos en los que no existe una clara concordancia de opiniones entre los Estados miembros, por lo que considera que procede conceder al Estado demandado un amplio margen de apreciación

C-En virtud del anexo 3 de la Ley de 1990, todas las clínicas que proponen tratamiento por FIV tienen la obligación legal de precisar a las personas que se lanzan a este proceso que cada uno de los donantes de gametos es libre de poner fin al mismo en todo momento antes de la implantación de los embriones. Para garantizar que los interesados hayan conocido esta información y la hayan comprendido, la Ley les impone firmar un formulario en

---

materno para llegar a ser un feto y luego un niño. Esto implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto.

Consecuentemente, se debe distinguir entre el embrión preimplantado y el embrión implantado en el útero materno. Mientras que el primero no puede desarrollarse por sí mismo, el embrión implantado en el útero puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano. Si bien la implantación es condición necesaria para el desarrollo de un ser humano, está en discusión si se trata de una condición suficiente. De esta manera, el preembrión carece de esta potencialidad, de la que si goza el embrión ya implantado.

Véase las sentencias del Tribunal Constitucional (STC 212/96 y STC 116/99)

el que figuran los diversos compromisos que declaran suscribir. En este caso, cada uno de ellos fue informado de la posibilidad que se les ofrecía de retirar su consentimiento en todo momento hasta la implantación de los embriones concebidos por este procedimiento.

D- El Tribunal 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 que exige el artículo 8. Señala que la situación personal de las partes ha cambiado desde el inicio del tratamiento e, incluso en este caso, sería difícil para un tribunal pronunciarse sobre la cuestión de si la retractación de J. tendría para la interesada unos efectos más importantes que los que resultarían para J. de la nulidad de la retractación en cuestión.

#### **c-Violación del art. 14:**

En opinión de la demandante, una mujer apta para procrear sin asistencia médica puede escoger con toda libertad el destino que quiere preservar a sus óvulos fecundados. Tras la fecundación esta mujer sería totalmente dueña del destino del embrión. Por el contrario, y al igual que todas las mujeres que recurren a la FIV, ella se encontraría a merced del donante de esperma, al que la Ley de 1990 le confiere el poder de oponerse a que se haga implantar un embrión.<sup>426</sup>

El tribunal considera que las razones dadas para encontrar que no había violación del artículo 8 constituyen también una justificación razonable y objetiva a efectos del art. 14. Por lo tanto, la corte sostuvo que no ha habido violación del artículo 14.

### **3-LOS INTERESES EN CONFLICTO**

---

<sup>426</sup> En este punto interesa destacar lo dicho por la defensa del Gobierno, que sostiene que, la Ley de 1990 no establece ninguna discriminación entre las mujeres que tienen hijos de forma natural y las que recurren a FIV, ya que la IMPLANTACIÓN del embrión concebido por este procedimiento equivale a la FECUNDACIÓN del óvulo que se produce en el útero tras una relación sexual.

La lectura y análisis del caso Evans genera numerosos interrogantes y reflexiones. Se trata, sin dudas, de una situación especialmente conflictiva por la importancia de los derechos en juego y la relevancia de los intereses opuestos, en el que la decisión adoptada no era, estrictamente, la única posible.

Así, podemos cuestionarnos:

Que hubiera pasado si la ley británica previera la posibilidad de revocar el consentimiento sólo hasta el momento de la fecundación, como sucede en la ley italiana? Acaso no hubiera sido posible considerar, a efectos de resolver, la especial situación en la que se encuentra la Sra. Evans, en cuanto a que los embriones representaban su última oportunidad para tener un hijo genético? O incluso podemos pensar si no era posible que se admita la implantación, sin que el Sr. Jonsthorpe tenga relación jurídica alguna con el nacido, es decir, que se permita la implantación, estableciendo la relación jurídica de filiación únicamente con la Sra. Evans?

Considero que para un mejor entendimiento y comprensión del fallo y de los derechos en juego, corresponde efectuar un análisis y desarrollo de los interrogantes antes planteados.

De esta manera, a continuación procuraré analizar y explicar las consecuencias de:

- 1- La imposibilidad de revocar el consentimiento con posterioridad a la fecundación. Solución adoptada por la Ley italiana.
- 2- La posibilidad de permitir la implantación teniendo en cuenta la especial situación de la Sra. Evans, en cuanto ésta representa su última oportunidad de tener un hijo genético.
- 3- La posibilidad de permitir la implantación, estableciendo una paternidad sin consecuencias jurídicas.
- 4- La imposibilidad de permitir la implantación sobre la base de lo previsto por la ley aplicable. La solución adoptada por el tribunal.

#### **4-ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS SOLUCIONES POSIBLES Y SUS CONSECUENCIAS:**

#### **4-1-IMPOSIBILIDAD DE REVOCAR EL CONSENTIMIENTO CON POSTERIORIDAD A LA FECUNDACIÓN.**

Esta es la postura admitida en la Ley 40/2004, de 19 de febrero de Italia que en el artículo 6.3<sup>427</sup> impide revocar el consentimiento una vez fertilizado el óvulo, confiriendo esta protección en base al derecho del embrión a la vida.

¿Es ésta una solución equitativa? Conforme la Ley, con posterioridad a la fecundación, el hombre no puede revocar su consentimiento, y aunque quisiera hacerlo, su revocación no tendría relevancia. La mujer podría implantarse el pre-embrión, no obstante el cambio en su voluntad. Ahora bien, si con posterioridad a la fecundación es la mujer quién se retracta, en este supuesto la revocación del consentimiento por parte de la mujer, sí tiene consecuencias, dado que pretender implantar el preembrión en contra de su voluntad sería un atentado contra su integridad física. La implantación forzada, prevista de alguna manera por la norma al no permitir la revocación ni darle relevancia, atenta contra el derecho fundamental de la mujer a que se respete su libertad de disponer de su propio cuerpo, sin perjuicio de que también implica un atentado al principio de autonomía del paciente.

De ello resulta que, si la mujer revoca su consentimiento, el hombre no podría forzarla a la implantación (por implicar la implantación forzada un atentado contra los derechos mencionados), por lo que la imposibilidad de revocar el consentimiento con posterioridad a la fecundación es una regla que sólo tendría aplicación para el hombre, pero no para la mujer.

En un mismo sentido, NAVARRO MICHEL sostiene que “resulta absolutamente desafortunada la elección de este momento por las consecuencias que se derivarían de producirse un cambio en la situación de la

---

<sup>427</sup>Art. 6.3.: La volontà di entrambi i soggetti di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è espressa per iscritto congiuntamente al medico responsabile della struttura, secondo modalità definite con decreto dei Ministri della giustizia e della salute, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. Tra la manifestazione della volontà e l'applicazione della tecnica deve intercorrere un termine non inferiore a sette giorni. La volontà può essere revocata da ciascuno dei soggetti indicati dal presente comma fino al momento della fecondazione dell'ovulo.

pareja. Si el hombre revoca su consentimiento<sup>428</sup> no se tendría en cuenta esa revocación, pero ¿Y si es la mujer la que retira su consentimiento? No conceder valor a esa revocación, unido al hecho de que la legislación italiana, por un lado, obliga a tener en cuenta los derechos del embrión (art. 1)<sup>429</sup>, y por otro, prohíbe la conservación o destrucción de los embriones (art. 14.1), llevan a la conclusión de que sólo cabe la implantación forzosa. Aunque los tribunales han reconocido la existencia, por parte de los médicos, de la obligación de implantar todo embrión, también han admitido que no es exigible en ningún caso<sup>430</sup>. No deja de llevar a una cierta absurdidad legal que debería ser eliminada<sup>431</sup>,<sup>432</sup>.

---

<sup>428</sup> Téngase en cuenta que en Italia sólo pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida las parejas (casadas o no) heterosexuales, en edad potencialmente fértil, y vivas (art. 5).

<sup>429</sup> GAZZONI, "Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale", en [http://www.iudicium.it/news/ins\\_31\\_03\\_05/Gazzoni%20dir.%20civ..html](http://www.iudicium.it/news/ins_31_03_05/Gazzoni%20dir.%20civ..html), intenta salvar este art. 1 diciendo que no es más que una declaración de principios, sin ningún efecto vinculante, meras palabras muertas. Citado por NAVARRO MICHEL, M. "Crisis de familia y embriones". Revista Jurídica de Catalunya, 2008, nº 1. Pág. 165.

<sup>430</sup> La sentencia del Tribunal de Catania, 3 de mayo de 2004, declaró que existe una obligación legal clara a la implantación de todo embrión (enfermo o sano) pero que no es una obligación exigible. Se trataba de una pareja que quiso poner fin al proceso de FIV tras descubrir que el embrión estaba afectado de Betatalasemia. La incongruencia legal que pone de manifiesto esta sentencia, entre otras, fue salvada mediante el Decreto 21 de julio de 2004, permitiendo el abandono de los embriones por acuerdo mutuo de la pareja. Para conocer las dudas de legalidad de este Decreto, véase GAZZONI, *op.cit.*, y VERONESI, "Le "linee guida" in material di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte", en [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). NAVARRO MICHEL, M. "Crisis de familia y embriones". Revista Jurídica de Catalunya, 2008, nº 1. Pág. 165.

<sup>431</sup> Dar prioridad a los derechos del embrión frente a los de la mujer, convertida así en un mero receptáculo o recipiente del embrión, incluso en contra de su voluntad, resulta aberrante. Por otra parte, existe cierta incongruencia con la legislación sobre el aborto (Ley 194/1978), pues el embrión debe ser implantado para después ser abortado (en los supuestos legales). No resulta de ningún modo admisible esta "pesadilla jurídica", como la califican BENAGIANO y GIANAROLI, "The New Italian IVF Legislation", *Reproductive BioMedicine Online* 2004, vol. 9, nº 2, p. 118. Disponible en <http://www.rbmonline.com/Article//1376>. Es "absurdo", dice MUSIO, *Procreazione Assistita*, STANZIONE y SCIANCALEPORE (eds), Guiffrè, Milán, 2004, p. 241. Para más incongruencias científicas, ver FINESCHI, NERI y TURILLAZZI, "The new Italian law on assisted reproduction technology", *Journal of Medical Ethics*, 2005, 31, pp. 536-539. Para conocer el debate parlamentario que llevó a la aprobación de la ley, ver FENTON, "Catholic Doctrine versus Women's Rights: the New Italian Law on Assisted Reproduction" (2006) 14 *Medical Law Review* pp. 73-107. NAVARRO MICHEL. "Crisis de familia y embriones". Revista Jurídica de Catalunya, 2008, nº 1. Pág. 165.

<sup>432</sup> NAVARRO MICHEL, M. "Crisis de familia y embriones". Revista Jurídica de Catalunya, 2008, nº 1. Pág. 165.

#### **4-2- PERMITIR LA IMPLANTACIÓN, COMO EXCEPCIÓN, EN TANTO ESTA REPRESENTA LA ÚLTIMA POSIBILIDAD DE TENER UN HIJO GENÉTICO.**

Según esta solución el interés de no reproducirse es preferente, salvo en el caso de que la parte que reclama los embriones carezca de otros medios para convertirse en padre y/o madre genético.

Ésta es precisamente la situación que se presenta en el caso que analizamos, y la tesis propiciada por el voto disidente que considera que el Tribunal concede demasiada importancia a consideraciones de orden público así como al margen de apreciación del Estado, y que no tiene suficientemente en cuenta la naturaleza de los derechos individuales que se oponen en este caso. En su opinión, el Tribunal debería considerar que la situación excepcional de la demandante, que no tiene otro medio de tener un hijo biológico, merece un examen más profundo por parte de las autoridades internas y que éstas, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la causa, tienen la obligación de proteger el derecho de la interesada a procrear. En este caso, prohibir la implantación de los embriones no constituye una mera restricción al derecho de la demandante a tener un hijo de su sangre, sino que equivale a suprimirlo totalmente. Así, convendría en su opinión adoptar el enfoque siguiente: los intereses de la parte que revoca su consentimiento y desea que los embriones sean destruidos deben primar (si la legislación interna lo prevé), salvo si la otra parte: a) no tiene otro medio de tener un hijo biológico; y b) no tiene hijos; y c) no tiene la intención de hacer que una madre portadora tome parte en el proceso de implantación.

##### **4-2-1- RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL**

Sin perjuicio de la gran cantidad de casos sobre la materia, analizaré dos de ellos, cuya importancia se ve reflejada en que, no obstante tratarse de supuestos distintos, los pronunciamientos concuerdan con la tesis analizada en

---

este apartado, es decir, en que el interés de no reproducirse es preferente, salvo en el caso de que la parte que reclama los embriones carezca de otros medios para convertirse en padre y/o madre genético.

#### **4-2-1-1-Davis v. Davis.**<sup>433</sup>

El caso tiene como base una demanda de divorcio. Junior Levis Davis y Mary Sue Davis habían seguido un procedimiento de fertilización in vitro, creándose 7 embriones, que en el momento del divorcio estaban crioconservados, no habiendo llegado a un acuerdo sobre la “custodia” de esos embriones.

En un primer momento Mary Sue Davis pidió, el control de los embriones congelados con la intención de quedar embarazada. Su marido se opuso, diciendo que prefería mantener el estado de congelación, porque no quería convertirse en padre fuera del matrimonio.

La primera decisión del juez se basó en la consideración de que los embriones eran seres humanos desde el momento de la fertilización y por ello otorgó la custodia de los mismos a M. Sue Davis e indicó que se le permitiera la implantación. El Tribunal de Apelación revocó la anterior decisión, considerando que Junior Davis era titular de un derecho constitucionalmente protegido de no ser padre de un hijo cuyo embarazo no había tenido lugar y entendió que el Estado no tenía ningún interés en ordenar la implantación de los embriones contra la voluntad de cualquiera de las partes. M. Sue Davis pidió que se revisara esta decisión, por el Tribunal Supremo de Tennessee.

Entretanto, la situación de las partes había cambiado: ambos habían vuelto a casarse. M. Sue Davis ya no deseaba utilizar los embriones para ella misma, sino donarlos a una pareja sin hijos. J. Davis prefería la destrucción de los embriones congelados.<sup>434</sup>

---

<sup>433</sup> 842 S.W.2d 588, 597; Tenn. 1992

<sup>434</sup> Como señala ENCARNA ROCA i TRIAS, en este caso la cuestión se centra en dos aspectos del derecho a la procreación:

El derecho a procrear y el derecho a evitar la procreación. Con relación a Junior Davis, las consecuencias son obvias: cualquier disposición que provocara la gestación de los embriones, le impondría una paternidad no querida, con las previsibles consecuencias económicas y psicológicas. Con respecto a M. Sue Davis, que desea donar los embriones a una pareja sin hijos, el rechazo de esta solución le impondría la carga de

El caso fue resuelto por el Tribunal Supremo de Tennessee en el año 1992, que estableció que las disputas sobre el empleo de los embriones debían resolverse:

1-teniendo en cuenta las preferencias de los progenitores.

2-si no hay acuerdo entre ellos, entonces debe considerarse lo previamente decidido por ambos.

3-y faltando el acuerdo previo, habrá que valorar los intereses de cada parte en el empleo de los embriones.

Normalmente, el interés de la parte que desea evitar la procreación debería prevalecer, siempre que la otra parte ostente una posibilidad razonable de llegar a la paternidad por medios distintos de los del uso de los preembriones en cuestión. Si no existe otra alternativa razonable, entonces debería considerarse el argumento favorable del uso de los preembriones para conseguir el embarazo.

#### **4-2-1-2-Nachmani v. Nachmani**<sup>435</sup>

Se trata de una pareja israelí sin hijos que había decidido someterse a un tratamiento por FIV con los últimos óvulos de la mujer, para una vez generados los preembriones, recurrir a una madre portadora en California, ya que la mujer no estaba en condiciones de llevar a término el embarazo.

La pareja había firmado un acuerdo con la futura madre portadora; en cambio, no había concluido con la clínica que practicaría la FIV ningún acuerdo que fijase el destino de los embriones en caso de separación. La pareja se separó antes de la implantación de los embriones en el útero de la madre portadora, y el marido quien, entre tanto, había tenido hijos con otra mujer, se opuso a la utilización de los embriones.

El Tribunal de distrito resolvió a favor de la mujer, considerando que el marido no podía retirar su consentimiento a tener un hijo, de igual forma que un hombre que fecunda el óvulo de su mujer en un intercambio sexual. La Corte Suprema anuló esta resolución invocando el derecho fundamental del hombre

---

saber que había sido inútil el pesado proceso de FIV y que los embriones nunca serían personas

<sup>435</sup> 50(4) P.D. 661 (Isr).

a no ser obligado a ser padre. El asunto fue juzgado nuevamente por la Corte Suprema que se pronunció a favor de la mujer por siete votos contra cuatro. Los jueces mayoritarios consideraron que los intereses de la mujer prevalecían sobre los del hombre, concretamente porque había sido privada de toda posibilidad de tener un hijo biológico. Para la minoría, la mujer sabía que se requeriría el consentimiento de su marido en cada etapa del tratamiento, y que su acuerdo ya no podía aplicarse tras su separación. El cuarto de los jueces minoritarios estimó que había que obtener el consentimiento del hombre antes de poder imponerle la obligación de ser padre.

De esta manera, como en la doctrina sentada en el caso Davis, se resolvió a favor de la mujer teniendo en cuenta que ésta carece de otras alternativas razonables para procrear.

#### **4-3-PATERNIDAD SIN CONSECUENCIAS JURÍDICAS. PERMITIR LA IMPLANTACIÓN Y CONSECUENTEMENTE POSIBILITAR LA MATERNIDAD, PERO SIN CONSECUENCIAS JURÍDICAS RESPECTO DEL “PADRE”.**

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, cuando la procreación es por naturaleza, los 2 elementos existentes en las relaciones de filiación - el volitivo y el genético – en general<sup>436</sup>, coinciden, en una misma persona. Ahora bien, cuando se recurre a la procreación mediante técnicas de reproducción asistida (TRA), puede que esto no suceda, que los 2 elementos no se reúnan en una misma persona.

La fecundación in Vitro y la inseminación artificial humanas provocan la disociación del elemento genético y del elemento biológico en el nacimiento del ser humano, dado que la aplicación de aquellas técnicas posibilita que el nuevo ser este dotado de un patrimonio genético correspondiente a distintos progenitores que a la sazón no resultan ser sus padres formales (aquellos que jurídica y socialmente asumen dicha función).<sup>437</sup>

---

<sup>436</sup> Digo en general, porque pueden presentarse casos en los que no es así. Piénsese, por ejemplo, en una paternidad establecida conforme a una presunción legal y no impugnada.

<sup>437</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial y derecho”. ED. Tecnos Madrid, 1988.

Conforme lo dicho, esta solución se plantea a partir de que el uso de las TRA, permiten un desdoblamiento en la Paternidad: así, por un lado nos encontramos con la paternidad social o jurídica (aquel aporta el elemento volitivo y desarrolla el rol social de padre) y la paternidad genética (aquel que aporta el elemento genético), lo que a su vez, ha conducido a efectuar una distinción entre “padres” y “progenitores”<sup>438</sup>. En estos casos, y conforme al principio de verdad formal, el rol jurídicamente relevante es el de padre, y no el de progenitor. Es decir, cuando el elemento volitivo y el elemento genético no coinciden en una misma persona, la paternidad debe determinarse por el elemento volitivo.

Así, la aparición de las técnicas de reproducción asistida nos llevan a revisar la preeminencia del principio de veracidad, buscando en el consentimiento como forma de asunción libre de las consecuencias de la misma, su fundamental punto de apoyo: es el llamado “principio del consentimiento” (frente al de veracidad).

Es el elemento volitivo, el que, en tanto que causa eficiente del nacimiento, genera el vínculo paterno-filial en este caso.<sup>439</sup>

Entonces, si en estos supuestos la paternidad se determina por el elemento volitivo, ¿No podría pensarse que faltando este consentimiento pueda no haber consecuencias jurídicas?<sup>440</sup>

En este sentido NAVARRO MICHEL señala: “La madre que tiene un hijo “por vía ordinaria” no puede deshacerse (legalmente) del padre alegando falta de necesidad económica. Establecida la relación parental, el hijo tendrá todos los beneficios derivados de esa situación legal (derecho de visitas, pensión de alimentos, derechos sucesorios, y otros). Pero ¿Y si se pudiese evitar establecer ese vínculo legal? El hombre que ha iniciado un proceso FIV con su

---

<sup>438</sup> “Padre” es aquel que, *ex voluntate*, asume dicha función social, aunque sanguíneamente el patrimonio genético del hijo no lleve su impronta; mientras que “progenitor” es aquél otro que simplemente aporta el material genético sin pretender ninguna relación jurídica de filiación con el ser que nazca fruto de la donación de gametos (esperma u óvulo).

<sup>439</sup> Aparece con ello un nuevo concepto de filiación, una especie de *tertium genus*, distinto no ya sólo de la filiación por naturaleza sino también respecto de la por adopción, a la cual se aproxima (ambas son meras filiaciones formales, jurídicas) pero con la que no se confunde.

<sup>440</sup> La figura en este caso, se asemeja a la de un mero donante, pero justamente hablo sólo de asemejar, porque en estos casos no sólo se sabría concretamente quién es el padre genético, sino que también éste sabría de la existencia concreta de un hijo suyo.

pareja, ¿podría después reclamar ser considerado, a efectos legales, mero donante de gametos? ¿Puede el padre desconocer su paternidad cuando ya no comparte el proyecto iniciado mediante TRA?”.<sup>441</sup>

PÉREZ MONGE<sup>442</sup>, reflexiona sobre este punto en su comentario al Auto del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valencia de 13 de mayo de 2003. En él se resuelve acerca de si una mujer puede solicitar autorización judicial para la obtención de espermatozoides de su esposo en coma desde hace once años para la posterior inseminación artificial. La mujer, a su vez es la representante legal de su marido, incapacitado judicialmente. Ante la negativa de la familia del varón (padres e hija de su primer matrimonio, representada por su madre) a esta petición, la promotora matiza que lo único que pretende es tener un hijo biológico de su marido, renunciando a los derechos hereditarios que el nacido pudiera tener en la herencia del marido.

A la vista del Auto, se plantea si puede tener eficacia que la mujer solicite ante un Juzgado la exclusión de efectos de la filiación respecto del marido, en la hipótesis de que el Juez, en su caso, lo admitiese. Es decir, no se hace referencia a la falta de voluntad del marido (lo que para nosotros es una cuestión clave en este caso), pero sí se cuestiona la posibilidad de establecer una paternidad sin consecuencias jurídicas.

Y sobre este punto, teniendo en cuenta la vigente regulación, son relevantes los siguientes argumentos<sup>443</sup>:

- a) Respecto de la filiación, Rivero Hernández afirma: «su régimen jurídico esta trascendido por el interés público, de donde;
- a') la autonomía de la voluntad no tiene otro juego que el legalmente prescrito ;
- b') sobre la filiación no cabe transacción ni arbitraje ;
- c') de ella debe haber constancia oficial en un instrumento idóneo (el Registro civil), y
- d') el Ministerio Fiscal tiene una especial intervención en su determinación, con régimen también muy particular de las acciones y procesos de filiación».<sup>444</sup>

---

<sup>441</sup> NAVARRO MICHEL. “Crisis de familia y... Op. cit.

<sup>442</sup> PEREZ MONGE. “Limites a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Reflexión a propósito del auto del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valencia de 13 de mayo de 2003”. ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

<sup>443</sup> PEREZ MONGE. “Limites a la utilización de las técnicas... Op. cit.

b) En principio, el artículo 6.2 CC establece: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.» La petición de que el nacido no sea considerado jurídicamente hijo del marido le perjudicaría y además iría contra el interés público.

c) El artículo 29 CC afirma: «El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables.» A contrario no puede admitirse que la persona llamada a proteger a su representado renunciase derechos en perjuicio del mismo. Una eventual renuncia a la filiación sería, en principio, perjudicial para el hijo.

d) A ello se añade que la determinación de la filiación no es renunciable.

La filiación es una cualidad irrenunciable, indisponible, imprescriptible.

En consecuencia, para la autora citada, no es posible dar eficacia a la voluntad excluyente de la mujer, en virtud de los argumentos expuestos: Así pues, no es un ámbito disponible a la autonomía de la voluntad de la mujer, sino que son razones de orden público, de interés del menor, etc., las que ordenan esta materia.<sup>445</sup>

Por mi parte, entiendo que, si la ley británica de 1990 permite el uso de las técnicas de reproducción asistida con semen de donante y por lo tanto, permite que se utilice el material genético de una persona sin crear con ella vínculos jurídicos de filiación, entonces, en este caso, en el que además establece que el consentimiento se puede revocar hasta la implantación y habiéndose revocado, debería entonces no generar esos vínculos tampoco.

En los dos supuestos una persona aporta material genético, y en los dos casos se puede conocer su identidad, (aunque no de igual manera).<sup>446</sup> Sin embargo, en el caso del donante no hay vínculos jurídicos de filiación, por lo que en el caso que nos ocupa, en el que se ha revocado el consentimiento,

---

<sup>444</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. En LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.), Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia. Dykinson. 2008. Pág. 35.

<sup>445</sup> PEREZ MONGE. "Límites a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Reflexión a propósito del auto del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valencia de 13 de mayo de 2003". ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

<sup>446</sup> En el caso que nos ocupa se conocería desde su origen, o desde que la madre se disponga a hacerlo conocer a su hijo; mientras que en el otro caso es en principio anónimo, aunque con las particularidades introducidas por las modificaciones realizadas en abril de 2005 según la cual se mantiene el anonimato, pero con la posibilidad de conocer la identidad del donante a partir de los 18 años.

porque la ley así lo admite, debería no haberlos tampoco. Es contradictorio que la ley admita la figura del donante sin consecuencias jurídicas, y que en este caso en el que se revocó el consentimiento se pretenda imponer una filiación, cuando la misma ley contempla la posibilidad de que esta no exista en el caso del donante y la misma ley posibilita esa revocación.

Ahora bien, no obstante entender que de proceder o autorizarse la implantación, podría no tener consecuencias jurídicas, considero que a priori ésta no debería autorizarse.

Aquí no sólo están en juego los derechos del padre, - o las no obligaciones de éste -, sino también los derechos del futuro hijo.

Sin perjuicio de que la Ley británica no permite expresamente la maternidad de mujer sola,<sup>447</sup> como si lo hace la Ley española<sup>448</sup>, creo que merece la pena destacar que no estamos ante este supuesto, en el que, desde sus inicios, el proyecto es iniciado por una mujer en solitario. En el caso que nos ocupa hay una figura masculina, que en principio accedió y consintió y que luego, por las razones que sea, revocó esa voluntad. El proyecto en sus inicios, fue iniciado en conjunto, y esa pluralidad, aunque no se quiera, se mantiene, dado el conocimiento que el futuro padre tendría de su paternidad y el posible conocimiento que el hijo tendría de quien sería su padre.

En la maternidad de mujer sola, es la ley<sup>449</sup> la que hace recaer todas las responsabilidades respecto del niño en la madre, en base a distintos fundamentos que la habilitan<sup>450</sup>. En este supuesto, en el que el proyecto fue

---

<sup>447</sup>Sección 13(5): *“A woman shall not be provided with treatment services unless account of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for a father), and of any other child who may be affected by the birth.”*

<sup>448</sup> LEY SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA. Artículo 6. Usuarios de las técnicas.1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

<sup>449</sup> En la exposición de motivos de la Ley, apartado III, se indica que esta no puede impedir el derecho de la mujer a fundar, libre y responsablemente, su propia familia, aún en el caso de no poder acreditar la existencia de una pareja estable.

<sup>450</sup> En apoyo a esta postura, se suelen esgrimir los siguientes argumentos: el derecho a la libertad y a recibir del Estado protección y respeto; La asimilación con la adopción donde la mujer sola puede adoptar; La remisión al Art. 39 CE donde se hace especial consideración de la maternidad; los valores humanos de libertad, igualdad, no discriminación, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y el Derecho a la intimidad personal y familiar.

iniciado de manera plural, la responsabilidad, por ley, recae en principio sobre estas dos personas, que en un momento decidieron emprender esta maternidad y paternidad, y es la mujer, y en su caso luego los tribunales, quienes decidirían librar al hombre de sus obligaciones que en principio, por ley tiene y entiendo que esta decisión es en detrimento de los derechos del nacido.

En otras palabras, de autorizarse la implantación, sería coherente, por los argumentos expresados, que ésta no tenga consecuencias jurídicas, pero creo que no debería llegarse a ese extremo. Prever o autorizar a priori este tipo de paternidad se enfrenta con el interés superior del niño, dado que liberar de responsabilidad a aquel, que en un primer momento quiso esa paternidad y expresó su voluntad en ese sentido, conlleva a efectuar distinciones que vulnerarían los derechos de los niños concebidos y nacidos por estas técnicas, ya que si el niño hubiera nacido por procreación natural tendría derecho a la “asistencia” del padre no obstante su falta de voluntad. Considero que en ningún caso las diferencias entre la procreación por naturaleza y la procreación mediante TRA, pueden plantearse en detrimento del futuro niño.

#### **4-4- IMPEDIR LA IMPLANTACIÓN SOBRE LA BASE DE LO PREVISTO POR LA LEY APLICABLE.**

Esta es precisamente, la solución que se adopta en el fallo analizado.

Esta decisión se funda en la ley británica, que da preponderancia y se basa en el consentimiento previamente prestado y en la posibilidad de revocarlo hasta el momento de la implantación.

##### **4-4-1- LEY DE 1990 DE FECUNDACIÓN Y EMBRIOLOGÍA HUMANAS (LA LEY DE 1990).**

La Ley de 1990 tiene 2 grandes objetivos: defender el interés del niño y no autorizar la implantación de embriones salvo si las dos personas que han donado los gametos han mantenido su consentimiento a lo largo de todo el proceso.

Entonces, para la Ley de 1990, el consentimiento es libremente revocable hasta el momento de la implantación.

Así, El anexo 3 dice lo siguiente:

*Consentimientos para la utilización de gametos o embriones:*

*Consentimiento*

1. *Todo consentimiento previsto por el presente anexo deberá darse por escrito, y, en el presente anexo, la expresión "consentimiento efectivo" se entiende como un consentimiento conforme al presente anexo que no ha sido revocado.*

*Procedimiento de expresión del consentimiento*

3. 1) *Antes de que una persona exprese su consentimiento conforme a las disposiciones del presente anexo -*

a) *Deberá disponer de una posibilidad real de que se le indiquen las implicaciones de las medidas propuestas, y*

b) *Deberá recibir todas las informaciones útiles.*

2) *Antes de que una persona exprese su consentimiento conforme a las disposiciones del presente anexo, deberá ser informada de los efectos del artículo 4 más abajo.*

*Modificación y revocación del consentimiento*

4. 1) *Todo aquel que haya dado su consentimiento conforme a las disposiciones del presente anexo podrá modificar periódicamente este consentimiento o revocarlo, mediante notificación a la persona responsable de la conservación de los gametos o del embrión a los que se aplica el consentimiento.*

2) *El consentimiento a la utilización de un embrión ya no podrá ser modificado ni revocado una vez utilizado el embrión:*

a) *A efectos de un tratamiento o*

b) *A efectos de un proyecto de investigación.*

*Conservación de los gametos y embriones*

8. 1) *Se prohíbe conservar los gametos de una persona, salvo si esta persona es el autor de un consentimiento efectivo para su conservación y si son conservados conforme a este consentimiento.*

2) *Se prohíbe conservar un embrión concebido in vitro, salvo si cada una de las personas cuyos gametos han servido para concebir el embrión es el autor de un consentimiento efectivo para la conservación de dicho embrión y si éste es conservado conforme a estos consentimientos.*

3) *Se prohíbe conservar un embrión obtenido de una mujer, salvo si ésta es el autor de un consentimiento efectivo para esta conservación y si el embrión es conservado conforme a dicho consentimiento».*

#### **4-4-2- -SOLUCIÓN EN OTRAS LEGISLACIONES. ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA.**

Conforme lo dicho anteriormente, el Reino Unido no es el único Estado - de los que han regulado la materia -, que permite a quienes se someten a un tratamiento de FIV, revocar su consentimiento para la utilización de los embriones hasta el momento previo a su implantación; y ello no excede el margen de apreciación de que dispone.

En el mismo sentido se pronuncian las leyes de:

-Francia: Art. 24 de la Ley 2004-800 de agosto de 2004, relativa a la bioética.

-Dinamarca: Ley sobre procreación artificial en conexión con tratamiento médico, diagnóstico e investigación sobre embriones de 1994.

-Grecia: Ley 3089/2002, sobre asistencia médica a la reproducción humana.

-Austria: Art. 16 de la Ley sobre medicina de trasplantes de 1998.

-Suiza: Ley federal, de 18 de diciembre de 1998, sobre la procreación médicamente asistida.

-Bélgica: Decreto real, de 15 de febrero de 1999, sobre fijación de las normas a las que los programas de cuidados médicos para la reproducción asistida deben responder para ser utilizados.

También en Islandia, Suecia y Turquía, el usuario varón posee un poder de veto similar al del Reino Unido.

En España, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, también adopta esta solución o criterio.

Así, el art. 11.4 de la Ley 14/2006 establece que Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, 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 apartado 5 se establece que “La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones”; previéndose en el apartado 6 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.**”<sup>451</sup>

De esta manera, se entiende que, al poder ser modificado en cualquier momento “anterior a su aplicación”, éste puede ser revocado hasta el momento de su implantación, o dicho de otra manera, el consentimiento de ambos debe permanecer, y ser constante hasta la transferencia del preembrión en el útero (implantación).

Conforme todo lo expuesto y analizada la solución adoptada por la nueva Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, de plantearse una situación de este tipo en España, la solución, aparentemente, sería la misma.

#### **4-4-3- SOLUCIÓN DEL TEDH**

---

<sup>451</sup> Con la redacción del nuevo art. 11, se ha procurado resolver los problemas que planteaba la Ley 35/1988, que carecía de previsión legal que regulara el consentimiento para la transferencia de los embriones; sólo se preveía en el art. 6.3 que “Si estuviere casada (la mujer), se precisará además el consentimiento del marido (...), a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.”

Con la nueva redacción se zanja este problema, aunque, no obstante, sigue planteando algunos interrogantes. Así, el art. 11.5 establece que “el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones”. ¿Por qué se refiere sólo al varón casado con la usuaria? ¿Cuál es el motivo para excluir al varón no casado que aporta sus propios gametos? ALKORTA sostiene que “tratándose del empleo de gametos propios, el reconocimiento de la necesidad de la anuencia del varón (esté o no casado con la usuaria) para la creación, almacenamiento y posterior transferencia de los embriones, resulta imprescindible y obligada” ALKORTA IDIAZKEZ, I. “Nuevos límites del derecho de procrear”. Derecho Privado y constitución. Num. 20. Enero – diciembre 2006. Pág. 9-61. Pág. 34. La autora citada entiende que “la interpretación que excluye al varón no casado debe ser evitada, y que excepto cuando se trate de una donación de gametos, el genitor masculino debe ser consultado a la hora de crear y almacenar los embriones resultantes de su aportación genética, independientemente de la vinculación jurídica que a la sazón mantenga con la usuaria.”

En este sentido, y conforme a todo lo ya expuesto, el TEDH consideró que el margen de apreciación de los Estados miembros debía ser amplio e incluir tanto la decisión de intervenir o no en esta área como la elección de las reglas necesarias para conseguir un equilibrio entre los intereses públicos y privados. En todo caso, la decisión del legislador de optar por una norma clara e intangible, con el objetivo de favorecer la claridad jurídica y mantener la confianza de la sociedad en el derecho, en una materia particularmente sensible, está justificada en motivos de orden público imperiosos.

#### **5- A MODO DE CONCLUSIÓN. VALORACIÓN DE LAS DISTINTAS SOLUCIONES POSIBLES.**

Sin perjuicio de la solución adoptada por la ley italiana, o de la posibilidad de prever o fijar una paternidad sin consecuencias jurídicas, entiendo que, concretamente, del análisis del fallo resultan 2 posturas, que conducen a 2 soluciones diferentes y consecuentemente tutelan u otorgan preferencia a 2 derechos diferentes:

Una primera postura entiende que el interés de no reproducirse es preferente, salvo en el caso de que la parte que reclama los embriones carezca de otros medios para convertirse en padre y/o madre genético. Simboliza el vínculo genético. Lo que se tutela es el derecho de la mujer a tener un hijo genético.

La segunda postura defiende la voluntad previamente expresada y el respeto hacia ella. Esta es la que se adopta en la resolución del caso.

Sintetizando, el enfrentamiento se refleja entre el derecho de la demandante a tener un hijo genético y la validez y eficacia del consentimiento expresado.

Por mi parte, coincido con la decisión del TEDH, y considero, conforme a las siguientes conclusiones, que es acertada la ley británica al establecer que el consentimiento puede retirarse libremente hasta el momento de la implantación.

1-hasta el momento de la implantación no hay “persona”, conforme lo establecido por el estatuto jurídico del embrión, por lo que no se debería

imponer una paternidad no deseada, cuando todavía no se han efectuado los mecanismos (que sería la implantación) para la posterior existencia de una nueva persona.

Como sostiene Peter Singer: “la libertad de decisión prima sobre el supuesto derecho a la vida del futuro nacido”.<sup>452</sup>

2-Hasta el momento de la implantación no está en juego la integridad física de la mujer, como si lo estaría en el supuesto de procreación por medios naturales.

3-En la Procreación por medios naturales la mujer es quien tiene, “el poder de disposición o decisión”, y esto se debe, precisamente, a que, como dije anteriormente, en este caso está en juego su integridad física.<sup>453</sup> Ahora bien, cuando en la procreación se recurre a las TRA, la situación parece cambiar. Las TRA implican un proceso largo, solicitado y buscado; en el que la voluntad puede cambiar con el transcurso del tiempo. ¿Acaso no es mejor una retractación previa?

Sin perjuicio de otras diferencias, lo vital y esencial es que en estos supuestos, hasta el momento de la implantación, no está en juego la integridad física de la mujer.<sup>454</sup> Parece entonces que ambos, madre y padre, están en pie de igualdad.

Si los avances de las ciencias han permitido esta forma de engendrar un nuevo ser, podemos preguntarnos: ¿No es conveniente acaso que las partes estén en pie de igualdad? Teniendo en cuenta todo ese tiempo que puede transcurrir y la igualdad de condiciones de ambas partes, lo que prevalece y lo que determina en esos casos la paternidad y/o maternidad es la voluntad previamente prestada. Como dije anteriormente, la paternidad/maternidad se

---

<sup>452</sup> SINGER, P. “Ética practica”. Ariel. Barcelona. 1994.

<sup>453</sup> El derecho a la integridad física de la mujer, se convierte en una barrera infranqueable, confiriéndole o depositando en la mujer la decisión sobre el destino del embarazo, pudiendo decidir si lo lleva a término, o por el contrario, aborta. En los países que los que está permitido o legalizado el aborto, es la mujer la facultada para tomar esta decisión. De modo que, aunque “el padre” no quiera serlo, si ella decide continuar con el embarazo, no obstante la falta de voluntad del varón, igualmente “se le impone la paternidad”.

<sup>454</sup> El argumento jurídico que se utiliza en los supuestos de procreación por naturaleza para que la mujer sea la que decida si lleva adelante el embarazo o no, y en su caso si le impone la paternidad al hombre en caso de que él no quiera ser padre, no se presenta en estos casos.

determina por el elemento volitivo, y en este sentido debe ser tan valorable y relevante una voluntad como la otra.

4-La legislación internacional reconoció los derechos reproductivos como derechos humanos fundamentales y esos derechos reproductivos incluyen el acceso a tratamientos para la infertilidad y al uso de Técnicas de Reproducción Asistida.<sup>455</sup> En este sentido, el derecho a la reproducción, como derecho fundamental reconocido, debe poder ejercerse libremente. Prueba y reflejo de esa libertad es el consentimiento, y su posibilidad de revocación, en tanto no afecte derechos de terceros. (Y hasta la implantación no afecta a la mujer, ni al embrión, que hasta ese momento no es persona).

Además, este derecho a la reproducción ha sido abordado en varias ocasiones por los tribunales de EEUU, en los que el derecho a no procrear ha sido declarado constitucional, y suele prevalecer sobre el derecho a procrear por motivos de orden público: la procreación forzada no puede ser objeto de un procedimiento de ejecución judicial<sup>456</sup>.<sup>457</sup>

5-Este Consentimiento es un reflejo de la libertad reproductiva, entendida esta como un aspecto del libre desarrollo de la personalidad, por lo que en este ámbito, el consentimiento debe ser por esencia revocable.

Para Robertson la libertad reproductiva consiste en la libertad de decidir tener hijos o no tenerlos. El hecho de tener hijos, dice este autor, supone un esfuerzo físico considerable para la mujer, y constituye además una carga

---

<sup>455</sup>En este sentido: El Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU (El Cairo, 1994) reconoce el derecho básico que tienen "...todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos". La Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU (Pekín, 1995) estableció que la salud reproductiva es "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia". La atención de la salud reproductiva incluye el acceso a "métodos, técnicas y servicios que contribuyan a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados".

<sup>456</sup> Ver *A.Z. v. B.Z.* 431 Mass. 150, 725 N.E.2d 1051 (2000) y *J.B. v. M.B.* 170 N.J. 9, 783 A.2d 707 (2001).

<sup>457</sup> NAVARRO MICHEL. "Crisis de familia y ... Op. cit.

social, emocional y económica muy importante sobre la pareja. Está, por ello, extendida la idea de que no se puede obligar a nadie a sobrellevar esas cargas a menos que hayan sido voluntariamente asumidas.<sup>458</sup>

Entonces, cuando el cónyuge o el compañero preste su material reproductivo la posibilidad de revocación queda amparada en la consideración de que la reproducción como un acto de libertad impide que a nadie se le pueda imponer su propia reproducción.

6- La mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos que han regulado la Crioconservación y transferencia de embriones humanos, permite a los usuarios de FIV revocar el acuerdo para la transferencia en cualquier momento anterior a la implantación de los embriones.<sup>459</sup>

7- También el artículo 5 del Convenio del Consejo de Europa sobre los Derechos Humanos y Biomedicina admite la revocación libre del consentimiento.<sup>460</sup>

8- En los supuestos en los que se admite la revocación del consentimiento, esta voluntad ha sido producto de una reflexión generada a través de una información. Se trata de un documento de consentimiento informado, por lo que las partes, al manifestar su voluntad, conocen las consecuencias que acarrea su decisión.

Ese documento de consentimiento informado posee relevancia jurídica, es decir, produce consecuencias y efectos jurídicos, y entiendo que para quienes produce esas consecuencias comporta un acuerdo implícito, que se origina en el momento en que se manifestó la voluntad a sabiendas de ellas.

Refuerza la idea de este «acuerdo implícito» el hecho de que esa voluntad se ha manifestado ante la otra parte, por lo que de alguna forma se está «acordando».<sup>461</sup>

---

<sup>458</sup> ROBERTSON A. *Children of choice: Freedom and the New Reproductive Technologies*. Princeton. New Jersey. Princeton University Press. 1994. Citado por ALKORTA IDIAKEZ, I. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Pág. 70

<sup>459</sup> Ver las leyes de FRANCIA, DINAMARCA, GRECIA, AUSTRIA, SUIZA, HOLANDA, BELGICA, ISLANDIA, SUECIA, TURQUIA, ESPAÑA, ya citadas.

<sup>460</sup> Art. 5: «Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento».

En este sentido, Robertson, defiende que el documento que las clínicas presentan a la firma es más que un mero formulario de consentimiento informado puesto que su contenido vincula tanto a la pareja con la clínica como a los propios miembros de la pareja entre sí.<sup>462</sup>

Por lo tanto, conforme a lo expuesto, si bien el documento de consentimiento informado no es un contrato en sentido estricto y jurídico, sí es una voluntad jurídicamente vinculante y representa un acuerdo implícito entre quienes produce esas consecuencias jurídicas; por lo que si luego esas voluntades no coinciden habrá que ponderar aquella que respete lo consentido previamente, lo previsto por ese acuerdo implícito.

Por todo lo expresado considero que se debe respetar lo consentido, aunque sea la última oportunidad de tener hijos biológicos, dado que esta circunstancia también fue prevista en el momento de manifestar la voluntad.

En definitiva, de esta sentencia se desprende que el elemento volitivo es tan importante que, si éste falta, no puede imponerse la paternidad.

---

<sup>461</sup> Estamos en presencia de 2 voluntades pero es un mismo sentido, por lo que de alguna manera, al estar informadas, saber las consecuencias y manifestar su voluntad en sentido coincidente, están acordando.

<sup>462</sup> ROBERTSON, J. (1989), *Resolving disputes over frozen Embryos*. 19. Hasting Center Report. *Report*, 1989; 19, 6, p. 7-12 at 8.

## **CONCLUSIONES FINALES:**

### **CONCLUSION PRIMERA:**

Hoy en día no existe un único modelo de familia. A diferencia de lo que sucedía anteriormente, en la actualidad, la familia ya no se funda únicamente en el matrimonio. El avance de las tecnologías unido a la madurez en las concepciones sociales, ha posibilitado la aceptación e incluso la contemplación legal de diversos modelos de familia, entre los cuales encontramos las parejas no casadas, las familias homoparentales, es decir, las uniones de un mismo sexo (casadas y no casadas) así como también a las familias monoparentales.

Los supuestos se han ampliado, no sólo socialmente sino también legalmente, y esto nos lleva a que existan y se permitan casos no previstos anteriormente, pero que hoy no son menos merecedores de ser considerados “familia”. No hay, en principio, indicios relevantes que nos permitan afirmar que un “modelo” de familia es mejor que otro o que el niño que se críe en el seno de cualquiera de ellos tendrá una mejor o peor educación, valores, cariño e incluso amor.

Teniendo en cuenta lo dicho, inmediatamente se advierte la influencia que en estos nuevos modelos de familia ha tenido la aparición y el uso de las TRA. Así, conforme hemos visto en este trabajo, las TRA permiten ser padres a quienes no podían. Habilitan paternidades y/o maternidades inconcebibles o imposibles años atrás, tales como la maternidad de mujer sola, la maternidad de mujeres estériles, la paternidad de hombres estériles, la paternidad y/o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual, etc.

Ahora bien, han sido los avances de la ciencia y de las tecnologías los que han hecho posible estas nuevas situaciones. Y, ante esta nueva realidad, que se pone de manifiesto a diario, la mejor solución no es prohibirla o negarla, sino regularla. No debemos cerrar los ojos ante estas nuevas realidades, rechazando su admisión o procedencia. La solución más garantista, ante un hecho contrastable, es aceptarla y contemplarla legalmente. Esto es así, no porque el derecho sea la mejor solución, sino porque brinda seguridad y garantías. Además, el derecho, es decir, la contemplación legal de la realidad,

es variable, por lo que, así como esta situación no estuvo contemplada antes – porque no existía en los hechos – nada impide que lo que hoy se norma, se vaya adaptando y moldeando a las nuevas exigencias que se planteen en un futuro y es absolutamente conveniente que así sea. Mas hoy la necesidad es imperiosa, y la solución, aunque mas no sea provisional o temporal, debe estar prevista en la ley.

### **CONCLUSION SEGUNDA:**

Cuando se recurre a las TRA, el elemento genético no siempre procede de la misma persona que ha aportado el elemento volitivo. Es decir, muchas veces, quien recurre a las TRA, aportando el elemento volitivo, no es el mismo que aporta el material genético.

Ahora bien, el avance de la ciencia y el crecimiento y desarrollo de las TRA, han provocado que el elemento genético haya dejado de ser el decisivo para determinar un vínculo de filiación. Hoy en día, y como consecuencia de los cambios provocados por el uso de las TRA, es el consentimiento el que lo determina, aunque el nacido carezca de vínculo genético con quien lo ha prestado.

Es decir, ante la falta de concurrencia en una misma persona de ambos elementos, es el elemento volitivo, la voluntad, el consentimiento, el que determina el vínculo de filiación con el nacido por estas técnicas. En otras palabras, en los supuestos en los que no coincide el elemento genético con el volitivo, debe prevalecer este último.

Esto nos demuestra que, así como durante muchos años se luchó por el triunfo del principio de la verdad biológica (recuérdese la prohibición de investigar la paternidad que existía en el derecho español), hoy estamos ante una nueva vuelta de página. Hoy en día, y como consecuencia de las TRA, estamos volviendo al predominio del principio de verdad formal.

### **CONCLUSION TERCERA:**

En los casos de donante anónimo, la paternidad le corresponde a aquel que ha aportado el elemento volitivo. Estamos ante un varón que consiente,

que desea la inseminación o fecundación, y que quiere - porque así lo ha consentido, es decir, así resulta de su voluntad -, asumir esa paternidad, y por ello se convierte en "padre". Mientras que la intervención del donante, si bien es necesaria para la existencia del nuevo ser, no tiene, en principio, consecuencias jurídicas. La intervención del donante se agota en ello (en la donación).

Ahora bien, sin perjuicio de que el niño tiene derecho a conocer sus orígenes, este derecho avanza por otra vía, y que no debemos confundirnos dándole un peso que no corresponde y como consecuencia hacerlo prevalecer a los efectos de determinar la filiación.

El anonimato del donante de gametos no produce una "desprotección" de los hijos. Son muchas las razones que justifican este anonimato, y ello coincide con la postura adoptada por la LTRA, que establece una paternidad formal, confiere y legitima un vínculo de filiación basado en el consentimiento, en la voluntad, postergando el elemento biológico. Si la Ley considera padre a aquel que prestó su consentimiento, aunque no provenga de él el material genético, entonces, no hay porqué querer establecer vínculos con quién, por un acto altruista, donó su semen sin ninguna intención de tener un hijo.

La LTRA reconoce y legitima una relación de filiación basada en el consentimiento, no en el elemento biológico, por lo que, cuando hablo de "vínculos", no me refiero sólo al jurídico, sino que lo hago en un sentido amplio.

La mencionada Ley parte de la distinción entre progenitor y padre, y la paternidad como tal se atribuye a aquel varón que consintió, es decir, a aquel que aportó el elemento volitivo, quien además no podrá impugnar la paternidad por la intervención de donante. En este sentido, el legislador, ha construido un vínculo de filiación por determinación legal, reconociendo un importante valor a la voluntad.

Entonces, conforme a la paternidad legal establecida por la LTRA, éste, el donante, no es el padre, sino aquel que aportó el elemento volitivo, por lo que el anonimato del donante sería compatible con el art. 39.2 de la Constitución porque el donante no es padre. Es decir, el anonimato del donante no impide la determinación de la paternidad, pues ya existe un padre.

Distinto es lo que sucede en la adopción. En ésta existe una "historia" previa, ha mediado un abandono, un desarraigo, y el vínculo surge con

posterioridad a todo esto. En la filiación derivada de las TRA, no se presenta esta “historia” previa, el vínculo surge en el instante en que se da comienzo a una nueva vida. Es decir, en la adopción, puede que el adoptado quiera conocer su pasado, la “historia” previa, las razones del abandono, y esto justifica que se le reconozca el derecho a conocer su origen. Ahora bien, en los casos de reproducción asistida, la historia comienza cuando se recurre a las técnicas, es decir no hay “historia” previa por conocer que legitime o justifique tal investigación. En la adopción, cuando nace la relación de filiación, obviamente el niño ya existe, en cambio en las TRA, el niño nace como consecuencia de ellas. Dicho de otra manera, en la adopción, antes de ella el niño ya existe y tiene un pasado. En las TRA no hay un pasado, la existencia de ese niño es consecuencia de una voluntad que así lo quiso.

El estado de las cosas nos lleva a diferenciar ambos supuestos. Las situaciones han evolucionado de una manera tal, que resulta acorde a ello sostener que el vínculo es con quien recurrió a estas técnicas, quiso y trajo un nuevo ser a este mundo. Él o ella es el padre o madre de la criatura.

#### **CONCLUSION CUARTA:**

También en la figura de la maternidad subrogada debe prevalecer el elemento volitivo a los efectos de determinar la maternidad. En estos casos, la maternidad debe corresponderle a aquella mujer que quiere y desea al niño, no obstante no poder aportar el elemento genético, o no poder gestarlo.

Por esto es que considero que los contratos de maternidad subrogada deberían admitirse y regularizarse, aunque no con carácter genérico, sino como figura excepcional, para determinados supuestos, y siempre que se cumplan determinados requisitos.

Se trata de una figura existente, no obstante su nulidad legal, cuya práctica genera conflictos jurídicos (aunque también éticos y morales), por lo que entiendo que debería regularizarse este ejercicio a fin de poder prever y dar una solución legal a los problemas que surgen de ella.

La mejor solución, no es declarar nulos estos contratos, privándolos de efectos. Ya hemos visto como la LTRA permite la donación de ovocitos, de modo que le ofrece una solución a las mujeres que no pueden tener hijos

propios por carecer de ovarios, por lo que habría que considerar también, la posibilidad de permitir esta práctica para ayudar a aquellas mujeres que no pueden gestar por carecer de útero. Es decir, la admisión de este contrato de alquiler de vientre, se presenta como una solución más justa, al contemplar también la situación de estas mujeres.

Además, la declaración de nulidad no basta para solucionar los problemas cuando el contrato se cumple y el niño nace, porque la mera declaración de nulidad no es suficiente para determinar quién es la madre. La nulidad no es una solución suficiente para la problemática que la posibilidad de la realización de la maternidad por otro plantea.

Como dije, la realidad nos muestra que, a pesar de la nulidad declarada por la ley, igualmente se celebran estos contratos, por lo que, considero que es conveniente respetar la autonomía de la voluntad de las personas y reconocer la maternidad de aquella que ha querido y buscado ese hijo, no obstante cualquier dificultad que se lo impedía.

Me inclino por la validez de estos contratos, y, consecuentemente, por ser un contrato válido, la maternidad le corresponderá a la comitente. Es decir, tratándose de un contrato válido, que genera efectos jurídicos, debe cumplirse, respetarse el acuerdo de voluntades, por tanto, la maternidad debe corresponder a la comitente: aquella que quiere y desea el hijo.

Ahora bien, teniendo en cuenta los problemas que pueden suscitarse a raíz de un contrato de maternidad subrogada, considero que éste sólo debiera admitirse en determinadas situaciones, bajo ciertas condiciones, y cumpliendo con una serie de requisitos.

#### **CONCLUSION QUINTA:**

La importancia del elemento volitivo se ve reflejada de manera contundente en el supuesto de comaternidad.

La comaternidad es el supuesto más claro en el que la filiación se determina por el elemento volitivo. Esto es así, porque, el hecho de que las parejas homosexuales puedan, luego de la Ley 13/2005, no sólo adoptar niños sino también acceder a la reproducción asistida significa asumir la diferencia que existe entre reproducción biológica y filiación. Para que haya reproducción

biológica es preciso el encuentro de un espermatozoide y un óvulo, pero esto ya no es necesario para que exista filiación. Tratándose de una pareja homosexual, lo que funda la filiación jurídica no es la capacidad reproductiva (el elemento biológico) sino la voluntad (el elemento volitivo). Las uniones del mismo sexo nos obligan a asumir un sistema de filiación respecto de la mujer que es la pareja de la que concibe y da a luz, fundado exclusivamente en la voluntad.

Con la Ley 13/2005 que equipara las uniones heterosexuales y homosexuales a todos los efectos, la determinación de la filiación respecto de estas parejas debe de realizarse de idéntica forma que las de aquéllas. Y tras la reciente reforma del año 2007, la Ley sobre Técnicas de Reproducción humana asistida lo contempla expresamente.

De esta manera, no quedan dudas de que, en los supuestos de parejas de mujeres casadas, ambas pueden ser legalmente madres sin necesidad de adopción. La filiación respecto de la mujer que concibe y da a luz, se determina por el parto, y, la filiación respecto de la otra mujer (la que no da a luz), se funda en el consentimiento previamente prestado, lo que, a su vez, constituye otro supuesto en el que la filiación deja de basarse en el elemento biológico para darle preponderancia al elemento volitivo.

El vínculo de filiación se funda en la existencia de una voluntad previa a la concepción de los hijos que nacen por reproducción asistida.

## **CONCLUSION SEXTA:**

Como última conclusión cabe tener en cuenta que en materia de reproducción asistida, este elemento volitivo, al que hemos hecho referencia a lo largo de todo este trabajo, es tan decisivo, que las mismas leyes prevén la posibilidad de revocarlo hasta el momento de la implantación.

Esto significa que aunque inicialmente haya estado presente esa voluntad, ésta puede revocarse hasta tanto no se implante el embrión, y si así sucede, entonces hay que tener en cuenta esta falta de voluntad, no pudiendo imponerse la paternidad.

Así, en el caso Evans c. Reino Unido el TEDH dio preponderancia a esa falta de voluntad y se basó en las condiciones del consentimiento previamente

prestado y en la posibilidad de revocarlo hasta el momento de la implantación; y consideró que el interés de no reproducirse es preferente, aun en el caso de que la parte que reclama los embriones carezca de otros medios para convertirse en padre y/o madre genético.

Todo esto no es más que un reflejo de la libertad reproductiva, entendida esta como un aspecto del libre desarrollo de la personalidad, por lo que en este ámbito, el consentimiento debe ser por esencia revocable.

Entonces, cuando el cónyuge o el compañero preste su material reproductivo la posibilidad de revocación queda amparada en la consideración de que la reproducción como un acto de libertad impide que a nadie se le pueda imponer su propia reproducción. En otras palabras, el elemento volitivo es tan importante que, si éste falta, no puede imponerse la paternidad.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

-ABELLÁN, FERNANDO. "El consentimiento informado en las técnicas de reproducción humana asistida. Análisis jurídico de los protocolos contenidos en la obra". Sociedad Española de Fertilidad.

-ALKORTA IDIAZKEZ, I. "Nuevos límites del derecho de procrear". Derecho Privado y constitución. Núm. 20. Enero – diciembre 2006. Pág. 9-61.

-ALKORTA IDIAKEZ, I. "Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado". Thomson Aranzadi. Navarra. 2003.

-ÁLVAREZ, JUAN G.; DÍEZ SOTO, CARLOS MANUEL. "Artículo 5. Donantes y contratos de donación". En LLEDÓ YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., MONJE BALMASEDA, O. *Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Dykinson. 2007

-APARISI MIRALLES, A. "El permisivismo ante la FIV: a) la visión angloamericana". En BALLESTEROS, J. (coord.). *La humanidad in vitro*. Comares. Granada. 2002.

-ARIÑO FERRER, "El deber de información de la Administración y el derecho de intimidad", *La Ley*, 1995, 3, págs. 771-786

-AULETTA. "Fecondazione artificiale:problemi e prospettive". *Quadrimestre*. 1986.

-BELLUSCIO: "Manuel de derecho de familia", 5ta. Ed. Bs. As., 1987, t. II, ns. 458 y 464.

-BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. en A.A.V.V.: "Delitos relativos a la reproducción asistida", en *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares y Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998.

-BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, "La filiación inducida y las clasificaciones legales". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Editorial Trivium. Madrid, 1988.

-BIGLIARDI Y ESTIVARIZ, "Determinación filial en las nuevas técnicas de reproducción asistida". Ponencia presentada en las 1º JORNADAS NACIONALES de BIOÉTICA y DERECHO, celebradas en Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

-BLASCO GASCO. "Derecho de familia". Coordinadores MONTES y ROCA. Valencia. Tirant lo Blanch. 1991.

-BORDA: "Tratado de Derecho Civil, Derecho de familia", 8va. ed., Bs. As. 1989, t. II, nº 684,

-CABALLERO PEREGRIN, PEDRO; HERRERA CAMPOS, RAMÓN. "Determinación legal de la filiación". En LLEDÓ YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., MONJE BALMASEDA, O. *Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Dykinson. 2007.

-CAFFERATA: "Las nuevas técnicas de reproducción humana", ED 130-729, ns. 24 y 61.

-CALVO MEIJIDE, A. "El permisivismo en la FIV: b) el informe Palacios, fundamento de la legislación española". En "La humanidad in vitro". Editorial Comares. Granada. 2002. Pág. 84.

-CÁRCABA FERNÁNDEZ, "Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana". José María Bosch editor, Barcelona, 1995.

- CHARLESWORTH, J. "La bioética en una sociedad liberal". Cambridge. 1996.
- CIOCCI ÁLVAREZ DE OLIVEIRA, DEBORAH- BORGES JR., EDSON. "Reprodução Assistida: Até onde podemos chegar?". Sao Paulo, 2000.
- COLLEMAN P., "Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions". 50 Tennessee Law Review, págs. 71-75, 1982.
- Comisión Especial de estudio de la Fecundación "in vitro" y la inseminación artificial humanas. Sesión celebrada el 18 de diciembre de 1985 en "Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados", año 1985, II Legislatura, núm. 385, pág. 11673.
- Congreso de los Diputados. Informe de la Comisión especial de estudio de la Fecundación "in vitro" y la inseminación artificial humanas.
- CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO. "La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, de Marina Pérez Monge". Revista Critica de Derecho Inmobiliario - Núm. 677, Mayo - Junio 2003.
- DELGADO ECHEVERRÍA. "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Editorial Trivium. Madrid, 1988.
- DIEZ DEL CORRAL RIVAS, "La filiación de los nacidos con ayuda de la nuevas técnicas de procreación artificial humana". RDP, junio 1988.
- DURÁN RIVACOBA, F., "El anonimato del progenitor", *Aranzadi*, BIB 2004/332.

-FÁBREGA RUIZ, C. F. “Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida”. Editorial Comares. Granada, 1999.

-FERNÁNDEZ PACHECO MARTINEZ, “La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M.”, RGLJ, mayo 1988.

-FERNANDEZ RUIZ-GALVEZ, E. “Mujeres y técnicas de reproducción artificial ¿Autonomía o sujeción?”. En BALLESTEROS, J. (coord.). *La humanidad in vitro*. Comares. Granada. 2002.

-GAFO, J. “Nuevas formas de reproducción humana”. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1986.

-GAFO, “Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho”. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1986.

-GARCÍA CANTERO G. “XXVIIe colloque de droit européen sur les problèmes juridiques concernant le lien de filiation” (La Valette, Malte, 15-17 septembre 1997). *Anuario de Derecho Civil - Nm. LI-2, Abril 1998*.

-GARCÍA CANTERO, “La reforma de la filiación”, RGLJ, 1983-II.

-GARCIA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, “Derecho civil español, común y foral”, t. V-2.º 10ª ed. Revisada y puesta al día por GARCIA CANTERO Y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, 1995.

-GARCÍA RUBIO, MARI PAZ. “La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español”. Rev. Tapia, año VII, N 36. Octubre 1987.

-GOMEZ SANCHEZ, “El derecho a la reproducción humana”. Marcial Pons. Madrid, 1994.

-GRUPO DE TRABAJO DE LA DIRECCION DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Centro de publicaciones de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 1986.

-HERNANDEZ IBAÑEZ, C. "La filiación en la fecundación asistida: consecuencias jurídicas en torno a la misma". En BARBERO SANTOS, M. *Ingeniería genética y reproducción asistida*. Madrid. 1989.

-HERNANDEZ IBAÑEZ. "Nuevas técnicas de procreación artificial: consecuencias jurídicas". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 4, octubre 1986.

-HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. "La atribución de la maternidad en la gestación contratada." Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Editorial Trivium. Madrid, 1988.

-HIGUERA, G. "Maternidad subrogada". En *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1986.

-HORTAL A. "Criterio de valoración moral de las nuevas técnicas de reproducción humana". En GAFO, J. *Dilemas éticos de la medicina actual*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. Madrid. 1986.

-IGLESIAS PAIS, M. "Fundamentos jurídicos constitucionales y contenido de los derechos de consentimiento e información en la Ley de técnicas de reproducción asistida". En CAMBRON INFANTE, A. *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. Trotta. Madrid. 2001.

-IÑIGO DE QUIDIELLO-LEVY-WAGMAISTER: "Reproducción humana asistida", en Enciclopedia de dere. De familia, cit. t. III.

-JIMÉNEZ DÍAZ, J. "Análisis de algunas figuras delictivas que atentan contra la filiación: el artículo 220 del código penal España". En ARÁNGUEZ SÁNCHEZ y ROMEO CASABONA. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*. Dykinson, Enero 2005.

-LABRUSSE-RIOU, C. "Procreation, filiation et volonté individuelle, en Droit de la filiation et progrès scientifiques". Paris. Económica. 1982.

-LACRUZ, "La paternidad, la reforma de 1981 del código Civil y los progresos de la biología". Revista Tapia, octubre de 1987.

-LACRUZ, J. L. "Hijos artificiales y madres de alquiler". Diario ABC, "Tribuna abierta", 6 de mayo de 1987.

-LACRUZ BERDEJO en LACRUZ BERDEJO et al., "Elementos de Derecho Civil", t. IV-2º, 3º ed., Barcelona, José María Bosch editor, S.A. 1989.

-LACRUZ BERDEJO, J. L., "La Constitución y los hijos artificiales", *Actualidad Civil*, 1987-2.

-LARKEY, AMY M., "Redefining Motherhood: Determining Legal Maternity in Gestational Surrogacy Arrangements". 51 Drake L. Rev. 605 (2003).

-LEMA AÑÓN, C. "El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y Constitución". En CAMBRON INFANTE, A. *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. Trotta. Madrid. 2001.

-LLEDÓ YAGÜE. F. "El matrimonio entre personas del mismo sexo y su repercusión en las relaciones jurídico familiares. Comentarios a los preceptos reformados por las Leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio". El nuevo derecho matrimonial. Dykinson. Enero 2007.

-LLEDÓ YAGÜE, F., "Fecundación artificial y Derecho", Madrid, Tecnos, 1988.

-LLEDÓ YAGÜE, F. “El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988.

-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. (Coordinadora). *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson, 2007.

-LLEDÓ YAGÜE, F. “Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana”. Revista La Ley, 19 de abril de 1985.

-LÓPEZ LÓPEZ, MONTÉS PENADÉS, ROCA TRÍAS. “La filiación como hecho, relación jurídica y estado: Verdad biológica y ordenación de la filiación”. Derecho de Familia Epígrafe 20.1. 1997. [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

-MAGALDI, NURIA. “Derecho a saber, filiación biológica y administración pública”. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales. Madrid. 2004.

-MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M., MASSIGOGE BENEIGU, J. M. “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español”. Dykinson. Madrid. 1994.

-MASSAGER, “Les droits de l'enfant à maître”, Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, 1997.

-MEDINA, G. “Maternidad por sustitución (solución en la jurisprudencia francesa y norteamericana)”. La Ley. Año 1997.

-MERINO GUTIERREZ, A. “Los consentimientos relevantes y las técnicas de reproducción asistida”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988.

-MONTÉS PENADÉS. “La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española”. 2003. [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

-MONTES PENADES, “El consentimiento en la fecundación humana asistida. Los contratos instrumentales en las TRA: las categorías negociales y la posibilidad de su adaptación”. En “La filiación”. CDJ núm. III-94. CGPJ. Madrid, 1995.

-MONTES PENADES, “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988.

-MORO ALMARAZ, M. J. “Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro””. Bosch. Barcelona. 1988.

-NAVARRO MICHEL, MONICA. “Crisis de familia y embriones”. Revista Jurídica de Catalunya, 2008, nº 1.

-NIETO ALONSO, ANTONIA. “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. (Coordinadora). *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson, 2007.

-PALACIOS ALONSO, MARCELO. “Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005”. En ARÁNGUEZ SÁNCHEZ y ROMEO

CASABONA. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*. Dykinson, Enero 2005.

-PANTALEON PRIETO, F. "Procreación artificial y responsabilidad civil". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Editorial Trivium. Madrid, 1988.

-PANTALEON, "Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida". Jueces para la democracia. Diciembre de 1988.

-PAZ, SONIA, "Los derechos humanos en la reproducción asistida", Madrid. Ed. Pirámide, 2005.

-PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en "Derecho de Familia", Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1989.

-PÉREZ ÁLVAREZ, "La nueva adopción", Civitas. Madrid, 1989.

-PÉREZ MONGE, M. "La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida". Centro de estudios Registrales. Fundación Beneficencia et Peritia Iuris. 2002.

-PEREZ MONGE, MARINA. "Limites a la utilización de las técnicas de reproducción asistida. Reflexión a propósito del auto del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Valencia de 13 de mayo de 2003". ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES.

-QUESADA GONZÁLEZ, "Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad", Madrid, Tecnos, 1993.

-RAMIREZ NAVALON, "Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas." Revista general de Derecho, 1987.

-RIVERO HERNÁNDEZ, F. en "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana". Editorial Trivium. Madrid, 1988.

-RIVERO HERNANDEZ, "Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el Derecho Español". ADC, 1997-I.

-RIVERO HERNÁNDEZ. "Las nuevas formas de reproducción humana", Cuadernos Civitas, Madrid 1988.

-RIVERO HERNANDEZ, F. "La constitucionalidad del anonimato del donante de gametos y el derecho de la persona al conocimiento de su origen biológico de la STC 116/1999, de 17 de junio al Affaire Odièvre". Familia. Anno IV Fasc. 2. 2004.

-RIVERO HERNANDEZ, F. "Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida". En *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial.

-RIVERO HERNÁNDEZ, F. En el volumen colectivo "Comentario del Código Civil", dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DIEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991.

- RIVERO HERNÁNDEZ, F. En LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.), "Elementos de Derecho Civil". Tomo IV. Familia. Dykinson. 2008.

-RIVERO HERNANDEZ, F. "La presunción de paternidad legítima", Tecnos, Madrid, 1971.

- ROBERTSON, J. "Resolving disputes over frozen Embryos". 19. Hasting Center Report. *Report*, 1989.

-ROCA SASTRE, E., "Embriones, Padres y Donantes. La Constitucionalidad de la Ley 35/1988, de reproducción asistida humana, según la STC 116/1999", *RJC* (2) 2000.

-ROCA TRIAS, E. "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en "Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana", Editorial Trivium. Madrid, 1988.

-SANCHO REBULLIDA, "Los estudios y las líneas previsibles de la futura regulación española", en "La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana". Editorial Trivium. Madrid. 1988.

-SANTAMARÍA SOLÍS, LUIS. "Técnicas de reproducción asistida". Manual de Bioética. Editorial Ariel. 2001.

-SERRANO ALBERCA, J. M. <sup>a</sup>, "Comentarios a la Constitución" (Dirigidos por GARRIDO FALLA, F.), Madrid, Civitas, 1980, p. 233.

-SERRANO ALONSO, "Aspectos de la fecundación artificial". En *Actualidad Civil*. 107/1999.

-SILVA RUIZ, “El Derecho de Familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro”. Tapia. Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia de Cáceres. Diciembre 1987.

-SILVA RUIZ, P. F. “Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fecundación in Vitro y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988.

-SILVA RUIZ, P. “El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler”. En Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia celebrado en Cáceres desde el 16 al 20 de octubre de 1987, publicado en Tapia, octubre de 1987, año VII, núm. 36.

-SINGER, P. “Ética práctica”. Ariel. Barcelona. 1994.

-SIMO SEVILLA, “La medicina moderna de la procreación en el derecho de Familia y en el derecho sucesorio”. Ponencia presentada al XXI Congreso del Notariado Latino, celebrado en Berlín del 28 de mayo al 3 de junio de 1995, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, 1995.

-SOLER BELTRÁN A. C., “La cuestión del anonimato del donante de gametos”.  
En Noticias Jurídicas, Mayo 2002.  
[http://jurídicas.com/areas\\_virtual/Articulos/45-Derecho%20Civil/200205-256815410231341.html](http://jurídicas.com/areas_virtual/Articulos/45-Derecho%20Civil/200205-256815410231341.html)

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

-SOUTO PAZ, JOSÉ ANTONIO. “El informe palacios y la ley de reproducción asistida”. En DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coordinadora). *Régimen jurídico-privado de*

*la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson, 2007.

-TRABUCCHI, ALBERTO, "Procreazione artificiale e genética umana nella prospettiva del giurista". En *Rivista di Diritto civile*. XXXII, num. 5, págs. 495-511. 1986.

-VERCELLONE, PAOLO, "La fecondazione artificiale", en *Politica del Diritto*, XVII, num 3, págs. 383-423. 1986.

-VIDAL MARTÍNEZ, JAIME. "Las nuevas formas de Reproducción Humana". Madrid, Civitas, 1988.

-VIDAL MARTINEZ, "Las nuevas formas de reproducción humana ante el derecho civil: introducción y panorama general". RGD, 1986.

-VIDAL MARTINEZ. "La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida". RGD. Septiembre 1994.

-WAGMAISTER-LEVY: "La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica", JA 1995-I-451.

-ZANNONI, E., "La genética actual y el derecho de familia". Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, Tapia, Diciembre 1987, número monográfico de Derecho de Familia, nº. II.

-ZANNONI, EDUARDO. "Inseminación artificial y fecundación extrauterina". Bs. As., Astrea, 1978.

-ZANNONI, E., BOSSERT, G. "Manual de Derecho de Familia". Editorial Astrea. 1989.

-ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, "PROCREACIÓN asistida y derechos fundamentales". Madrid. Tecnos, 1998.

-ZURITA MARTÍN, ISABEL. "Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres" *Diario La Ley*. AÑO XXVII. Número 6427. Miércoles, 22 de febrero de 2006.