



FACULTAD DE DERECHO (ICADE)

EL PRINCIPIO DE VERACIDAD BIOLÓGICA EN LA FILIACIÓN POR NATURALEZA

Trabajo de Fin de Grado

Autor: Marta Segura Romero

Tutor: José María Ruíz de Huidobro de Carlos

Madrid

Abril, 2014

ÍNDICE

1. Introducción	3
2. La filiación	4
2.1 Concepto	4
2.2 Contenido.....	5
2.3 Clases de filiación.....	5
2.4 Prueba de la filiación. La posesión de estado	8
3. El artículo 39 de la Constitución Española	9
4. Principio de la veracidad biológica	11
5. Las técnicas de reproducción asistida y la filiación: Problemas	13
5.1 Técnicas de reproducción asistida. Concepto y fundamentos	14
5.1.1 <i>Concepto</i>	14
5.1.2 <i>Fundamentos</i>	14
5.2 Supuestos legales	15
5.2.1 <i>Inseminación Artificial (IA)</i>	15
5.2.2 <i>Fecundación In Vitro (FIV)</i>	17
5.2.3 <i>Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG)</i>	20
5.3 Problemas en relación con el principio de veracidad biológica en la filiación por naturaleza	21
5.3.1 <i>Anonimato del donante</i>	23
5.3.2 <i>La inseminación artificial heteróloga</i>	26
5.3.3 <i>La fecundación in vitro heteróloga: maternidad no plena</i>	28
5.3.4 <i>Las T.R.A. en los supuestos de mujer sola</i>	29
5.3.5 <i>Las T.R.A. en el supuesto de parejas del mismo sexo</i>	32
5.3.6 <i>La maternidad subrogada o “madres de alquiler”</i>	33
5.4 Jurisprudencia	36
5.4.1 <i>Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009</i>	36
5.4.2 <i>Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 2011 (2ª)</i>	38
5.4.3 <i>Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (STS 835/2013)</i>	38
5.4.4 <i>Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Junio de 1999 (STC 116/1999)</i>	39
6. Conclusiones	41
7. Bibliografía	44

ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
CC	Código Civil
LTRHA	Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
BOE	Boletín Oficial del Estado
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
Op. cit.	Obra Citada
Pág., págs.	Página, páginas
ss.	Siguientes

RESUMEN

En el ordenamiento jurídico español, existen dos grandes tipos de filiación, la biológica y la adoptiva. La primera de ellas, también conocida como filiación por naturaleza, sostiene sus pilares sobre la base del principio de veracidad biológica, el cual establece que serán considerados padres biológicos aquellos de cuya unión haya nacido el hijo.

Hoy en día, con la aparición de las técnicas de reproducción asistida, es necesario interpretar del nuevo el principio de veracidad biológica y entender que, cuando se emplee la reproducción asistida, se considerará padre a aquel que aporte el semen, y madre a aquella que de a luz al hijo.

Sin embargo, no surgen los problemas, en cuanto a la filiación del hijo, hasta el momento en que dichas técnicas se emplean con material reproductor de donante, o son usadas por mujer sola o por parejas del mismo sexo, o se recurre a un “vientre de alquiler”.

En conclusión, la utilización de las técnicas de reproducción asistida han dado lugar a numerosos problemas relacionados con la filiación por naturaleza y han creado situaciones en las que se producen ficciones legales y se quiebra el principio de veracidad biológica.

PALABRAS CLAVE

Filiación por naturaleza – Principio de veracidad biológica – Código Civil – Técnicas de reproducción asistida – LTRHA – Inseminación Artificial – Fecundación *In Vitro* – Maternidad subrogada – Gestación por sustitución – Donante – Anonimato – Maternidad – Paternidad

ABSTRACT

In Spanish legal system, there are two main types of filiation, biological and adoptive filiation. The first one, also known as natural filiation, is based on the principle of biological accuracy, which establishes that the man and the woman, whose union results in the birth of the son, are going to be considered as son's biological parents.

Nowadays, with the advent of assisted reproduction techniques, it is necessary to interpret again the meaning of the biological accuracy principle and understand that, when assisted reproduction is used, is going to be considered as the biological father the one who provided the semen, and as the biological mother the one who gave birth to the son.

However, problems related with filiation arise when those techniques are used with the reproductive material of a donor, when an individual woman or same-sex couples use them, or when surrogacy is used.

To sum up, the use of assisted reproduction techniques has led to many complex issues related with natural filiation and has created new situations characterized by legal fictions and a breach of the biological accuracy principle.

KEY WORDS

Natural filiation – Biological accuracy principle – Civil Code – Assisted reproduction techniques – LTRHA – Artificial Insemination – In Vitro Fertilization – Surrogacy – Donor – Anonymity – Maternity – Paternity

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se ocupa de una rama del Derecho Civil, el Derecho de Familia. Dentro del mismo, la investigación se centra en el análisis del principio de veracidad biológica que preside la regulación en materia de filiación por naturaleza, y en cómo las técnicas de reproducción asistida han venido a remover los pilares de dicho principio.

El motivo de la elección del tema es su innegable actualidad. Cada día se encuentran en la prensa, escrita y digital, más noticias y artículos de opinión en los que se describen nuevos casos que, en torno a esta materia, tienen lugar en la realidad y la gran cantidad de problemas que suscita. Además de su interés desde el punto de vista ético y sociológico, son importantes las cuestiones de índole jurídica que plantea. Se trata de una nueva forma de conseguir descendencia, distinta a la natural y a la adoptiva, que da lugar a determinados supuestos que no encajan en ninguno de los tipos básicos de filiación que prevé la Ley española y que, en consecuencia, han derivado en la aparición de numerosas dudas y problemas sin una solución legal satisfactoria que sea aceptada por la mayoría de la doctrina hasta el momento. El cómo los avances científicos pueden afectar de una forma tan relevante al ámbito del Derecho, de manera que quiebren principios que se consideraban sólidos hasta el momento, y el ejercicio de construir posibles soluciones a cada uno de los supuestos conflictivos, hacen que el tema resulte de sumo interés.

El objeto que persigue este trabajo es, en primer lugar, informar sobre cómo el legislador español ha optado por regir la filiación por naturaleza a través del principio de veracidad biológica y las dificultades que han surgido en ciertos casos a la hora de mantener dicho principio a raíz de la aparición de las técnicas de reproducción asistida. En segundo lugar, exponer, caso por caso, dichas dificultades, de forma que se entienda en qué consiste cada problema, y pueda crear un estado de opinión sobre los mismos, con preguntas abiertas y posibles soluciones.

Con la finalidad descrita, se ha estructurado el trabajo de la siguiente manera. A modo de introducción, y para enmarcar el tema de fondo, se comienza con un apartado en el que se recogen los aspectos esenciales de la filiación (concepto, contenido, clases y prueba), al que le sigue un análisis del artículo 39 de la Constitución Española, fundamento positivo del apartado al que precede, en el que se expone en qué consiste el principio de veracidad biológica. A continuación, se incluye un resumen del concepto y fundamentos de las técnicas de reproducción asistida, así como una explicación de cada una de ellas y su regulación en la Ley 14/2006. Por último, se abordan en detalle los

principales problemas planteados en la aplicación del citado principio a la filiación por naturaleza como consecuencia de la reproducción asistida. Cierran el trabajo unas breves conclusiones sobre el tema expuesto a lo largo del mismo.

2. LA FILIACIÓN

2.1 Concepto

En principio, como señalan DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN “la filiación es un hecho biológico y consiste en que una persona ha sido engendrada o procreada por otra”¹. A esta relación que une a progenitores y a seres engendrados o procreados el ordenamiento jurídico les atribuye derechos y obligaciones. Por lo tanto, es un hecho biológico con trascendencia jurídica, de tal manera que puede decirse que “la relación jurídica de filiación se establece entre las personas a quienes el Derecho coloca en la condición de padre y madre y las que sitúa en la de hijos”².

Se va a denominar filiación, pues, tanto a la “condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos”, como a la “relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo”³.

La filiación constituye por tanto un hecho natural y un hecho jurídico. Pero, siguiendo el razonamiento de CASTÁN TOBEÑAS⁴ “si en cuanto hecho natural la filiación se da siempre en todas las personas, pues todo individuo es hijo de un padre y de una madre, como hecho jurídico la filiación no siempre existe”. Es fundamental para el Derecho asegurarse de la paternidad para que el hecho de la procreación tenga efectos jurídicos. Ahora bien, en ocasiones la paternidad es de difícil comprobación, e incluso “a veces, aun comprobada, la ley no reconoce la cualidad de padre o de hijo”.

A diferencia de lo que ocurre en otras partes del Derecho, en la filiación confluyen problemas de naturaleza oscura y delicada pero de considerable importancia, por su trascendencia moral y patrimonial para la persona y para la familia, y por su interés público.

La filiación es importante en el ámbito personal “en cuanto que de ella pueden depender el nombre y el honor del individuo y su integración en el grupo familiar” y

¹ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil*, Volumen IV, Tomo 1, Derecho de familia, 11ª edición. Editorial Tecnos. Madrid 2012.

² DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, A., op. cit., pág. 238 y 239.

³ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, A., op. cit., pág. 238 y 239.

⁴ CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo V, volumen 2º, Relaciones paterno-filiales y tutelares. Décima edición. Madrid 1995, pág. 19 y 20. Revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO y José María CASTÁN VÁZQUEZ.

derivan, o pueden derivar, distintos derechos de índole patrimonial. Pero, como hemos dicho, también tiene interés para el Estado, de ahí que se produzca su intervención en cuestiones de filiación, cosa que no ocurre en otros ámbitos del Derecho Privado.

2.2 Contenido

El contenido básico de la filiación es:

a) El derecho a los apellidos, que es el derecho a que en los datos identificativos aparezca el origen familiar (art. 109 CC).

b) El derecho a los alimentos, directamente relacionado con la condición de padre o madre, ostenten o no la patria potestad (arts. 110 y 111 CC).

c) Los derechos sucesorios. Los hijos respecto de los padres son herederos forzosos y tienen derecho de legítima y en la sucesión intestada son los primeros herederos llamados. Para esta sucesión, los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación.

2.3 Clases de filiación

En materia de filiación existe una importante carga ideológica, de manera que su regulación se ha visto afectada por la evolución de la realidad sociológica, política, moral y religiosa.

Como reflejo de ello, las clases de filiación han experimentado cambios a lo largo del tiempo, no sólo en cuanto a la atribución de una mayor o menor carga de derechos, sino también en cuanto a la utilización de terminologías (en ocasiones revestidas de connotaciones más o menos discriminatorias o peyorativas).

Con carácter general, siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS⁵, puede decirse que la filiación se basa en la existencia de una relación de generación real derivada de la naturaleza, o de una ficción legal (adopción). “A su vez, la generación puede realizarse dentro del vínculo legal del matrimonio (generación legítima o matrimonial) o fuera del mismo (generación tradicionalmente llamada ilegítima)”. Adicionalmente, el ordenamiento jurídico permite, en determinadas circunstancias, considerar como legítimos o matrimoniales a ciertos hijos nacidos fuera del matrimonio (legitimación). De lo anterior se desprende la existencia de una clasificación básica que distingue cuatro clases de filiación, que, usando la terminología tradicional, se conocen con los nombres de legítima, ilegítima, legitimada y adoptiva.

⁵ CASTAN TOBEÑAS, José, op. cit., págs., 20 y 21

Pero esta clasificación basada en “criterios racionales”, y que ha estado vigente durante muchos años en la mayoría de los países occidentales, ha sido modificada por las reformas legislativas llevadas a cabo con la doble intención de equiparar a todos los hijos por naturaleza (con independencia de que hayan nacido dentro o fuera del matrimonio), y de igualar, en la medida de lo posible, a los hijos adoptivos con los hijos de sangre.

Los distintos ordenamientos jurídicos a nivel internacional han intentado: de un lado, “eliminar la discriminación terminológica que se comete con los hijos ilegítimos cuando se les denomina de esta forma (al igual que ocurría con la antigua denominación de bastardo), [...] por implicar una tacha de desprecio no exenta de intención vejatoria”, y que resulta ofensivo para nuestra sensibilidad actual; de otro, buscar el reconocimiento expreso universal del principio de no discriminación por razón de la filiación.

España no se sustrajo a las corrientes internacionales. Así, nuestro ordenamiento se hizo eco del mencionado principio de no discriminación por razón de filiación, elevándolo a rango constitucional, en los artículos 14 y 39 de la Constitución Española.

Los principios contenidos en los citados preceptos constitucionales obligaron a una revisión del Derecho de filiación en el código civil, que se llevó a cabo en virtud de la Ley de 13 de mayo de 1981.

Esta norma legal, además, acogió de alguna manera la terminología ya empleada en otros idiomas y ampliamente difundida en congresos científicos internacionales: *enfant né hors mariage*, *figli nati fuori di matrimonio*, *Children born outside marriage* o *Children born out of wedlock*⁶

Así, el vigente artículo 108 del Código Civil establece:

La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

De la redacción del artículo 108 del Código Civil resulta que la primera clasificación de los hijos es la de *hijos por naturaleza* en contraposición a la de *hijos por adopción*, subdividiéndose la primera en *hijos matrimoniales*, cuando el padre y la madre están casados entre sí, y *no matrimoniales*, cuando no concurre tal circunstancia⁷.

⁶ CASTAN TOBEÑAS, J. op. cit., pág. 25.

⁷ CASTAN TOBEÑAS, J. op. cit., pág. 74.

A esto hay que añadir los profundos cambios que, en materia de filiación, produjo en España la Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida (y su sucesora la Ley 14/2006, de 26 de mayo), inspirada en principios innovadores.

No obstante esta simplificación de la clasificación de la filiación, existen otras distinciones expresas o implícitas en la regulación del Código Civil. De esta manera, siguiendo a CASTÁN TOBEÑAS, cabe diferenciar⁸:

A) *Filiación de hecho y filiación de derecho*.- En principio, todo hijo tiene derecho a conocer a su padre y madre biológicos. Pero puede ocurrir que dicha filiación no sea conocida, ni haya sido jurídicamente declarada, lo que originaría una *filiación de hecho* (base de la posesión de estado), que “consiste en que la persona es tratada, en las relaciones personales y sociales, como hijo de tales padre y madre”. Si, mediante el oportuno ejercicio de una acción o ante la existencia de un reconocimiento voluntario, esta filiación de hecho se convierte en *filiación de derecho*, se producen efectos retroactivos (artículo 112,1º CC). El problema se plantea cuando la filiación de derecho se declara en relación a otros padres, en cuyo caso “la retroactividad y consiguiente desaparición de los efectos ya producidos, no es total, conservándose algunos según lo dispuesto en el artículo 112 CC”.

B) Por otro lado, cabe distinguir entre *filiación determinada y no determinada*, pudiendo esta última ser *determinable o no susceptible de determinación*. Piénsese en casos como el de padres casados que abandonan al hijo recién nacido, o el de la madre soltera que desconoce al hijo. “La regla general es que toda filiación es susceptible de determinación, habiendo desaparecido la prohibición de reconocer a los hijos adulterinos”; no obstante, subsiste la prohibición parcial del artículo 125 CC relativa a la *filiación incestuosa*:

Cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz.

“Hay, por tanto, una determinación de esta filiación incestuosa, respecto al segundo progenitor, condicionada a la aprobación judicial que ha de basarse en el *bonum filii*”.

C) *Filiación matrimonial y filiación no matrimonial*. Es la distinción básica que ha sustituido a la antigua distinción tradicional entre filiación *legítima e ilegítima*, aunque no existe una coincidencia total entre ambas clasificaciones.

⁸ Ibidem, op. cit., págs.. 79 y ss.

D) La filiación matrimonial puede ser *ab origine* o sobrevenida. El artículo 119 dice:

La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la Sección siguiente.

E) Cabe hablar de la existencia de una *filiación dividida*, cuando en determinados supuestos contemplados en la ley, uno de los progenitores goza de la relación de filiación plenamente, mientras que el otro queda privado de la patria potestad y de los derechos que pudieran provenir de ella quedando sujeto, no obstante, a las obligaciones. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la filiación incestuosa.

F) Por último, señalar que las anteriores clasificaciones se basan en el vínculo de sangre, esto es, la *filiación por naturaleza* (art 108.1º CC), a la que se opone la *filiación adoptiva*, que surte los mismos efectos que la primera, siendo la única diferencia el modo de originarse.

2.4 Prueba de la filiación. La posesión de estado

El artículo 113 CC reconoce cuatro mecanismos para probar la filiación de una persona: la inscripción en el Registro Civil, el documento o sentencia que la determina legalmente, la presunción de paternidad matrimonial y la posesión de estado (a falta de los medios anteriores). Es de ésta última de la que se ocupa el presente apartado.

Señalan DÍEZ PICAZO Y GULLÓN⁹ que la idea de posesión aplicada a los estados civiles y a la filiación, alude a la existencia de una serie de actos concluyentes a través de los cuales “se crea una apariencia jurídica, que sirve para establecer o declarar, por lo menos inicial o provisionalmente, la realidad de la que es reflejo”.

Siguiendo la definición habitualmente aceptada en nuestra doctrina¹⁰, “la filiación, en cuanto estado civil, es un modo de estar con estabilidad en un grupo familiar y, a través de la familia – o directamente, desde la simple relación paterno-filial –, en la comunidad social”. Este modo de estar o situación fáctica determina aspectos tan importantes como la capacidad de obrar y la representación legal del menor, el establecimiento de límites a la libertad de disposición patrimonial, así como la fijación de un marco de derechos y responsabilidades de la persona.

⁹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pág. 238 y 239

¹⁰ CASTAN TOBEÑAS, op. cit., pág. 84.

Por su parte, en la doctrina sentada por los tribunales se pueden encontrar definiciones de la posesión de estado como “concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo” (STS de 10 y 17 de marzo de 1988) o el ser tratado como hijo por el padre de una manera pública (STS de 13 de marzo de 1999).

3. EL ARTÍCULO 39 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución Española de 1978 no dio la espalda a las concepciones y los sistemas de valores imperantes en las sociedades modernas, que tienden a establecer como regla básica la igualdad entre los seres humanos y la inadmisibilidad de las discriminaciones que tienen como base un determinado origen familiar.

Por otro lado, CASTÁN TOBEÑAS, citando a DE LA CÁMARA, señala que nuestro país estaba obligado a modificar su Derecho de filiación por la ratificación de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la Convención europea sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio de 1975¹¹.

La primera y más clara alusión a la igualdad entra las filiaciones se incluye en la formulación del el principio de igualdad ante la ley que encabeza el Capítulo II, Título I, de la Constitución Española, que trata de los *Derechos y libertades*, y en cuyo artículo 14 dice: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, [...]”¹².

Adicionalmente, el legislador constitucional consideró prudente considerar el tema bajo el ángulo de la familia (como lo hacen la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución Italiana), e introdujo una aplicación del tema en el artículo 39, a cuyo tenor:

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

¹¹ CASTAN TOBEÑAS, José, op. cit., pág. 66 .

¹² Ibidem, op. cit., pág. 67

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Otra cuestión es que el acierto haya presidido el empeño del legislador con este artículo 39. Como señala CASTÁN TOBEÑAS¹³, “por de pronto dicho artículo figura en el Capítulo III del Título I, cuya eficacia es más débil que la del artículo 14, a tenor del artículo 43.3”. A ello hay que añadir que el artículo 39 se distribuye en cuatro apartados, con una relación interna confusa, que peca, además, de reiteraciones y omisiones.

Cuando el apartado 1 dice “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia” deja abierta la pregunta de qué debe entenderse por familia en este contexto. Existen dos interpretaciones doctrinales. Unos sostienen que el legislador emplea aquí el término en el sentido más coloquial de familia matrimonial. “Otros proponen una interpretación más amplia de modo que, junto a la familia basada en el matrimonio, se incluyan otras, como puede ser la formada por padres no casados entre si y sus hijos”. Esta última posición es la que adopta ENCARNACIÓN ROCA I TRIAS¹⁴, quien señala que de las discusiones parlamentarias se deduce que los constituyentes desligaron familia del matrimonio y que no acogieron el concepto natural de familia; en definitiva se llegó a plasmar un sistema basado en un concepto cultural, abierto y plural, adaptable a las necesidades sociales que puedan existir en un momento concreto. Que existe una estrecha relación entre la familia y el matrimonio es un hecho sociológicamente constatable; sin embargo, de la regulación constitucional lo que se desprende es que lo que realmente identifica a una familia es la existencia de vínculos paterno filiales o, al menos, un núcleo de convivencia parental, y en menor medida el estado civil de los padres. Precisamente esto es lo que lleva a descartar por alejadas de la Constitución aquellas posiciones doctrinales que veían al matrimonio como la única forma de conformación de la relación familiar. También son discutibles aquellas otras teorías para las cuales aun aceptando que existen familias no resultantes del matrimonio la familia originada en la relación matrimonial ha de tener constitucionalmente un trato preferente.

El matrimonio no modifica, restringe o amplía la capacidad de las partes, y los fines éticos y sociales que busca la protección a la familia trascienden que se constituya a partir de una relación matrimonial. Por ello, a los efectos de las previsiones del artículo 39 de la CE es irrelevante si la familia se ha constituido por ejercicio del derecho del

¹³ CASTAN TOBEÑAS, op. cit., pág. 67 y ss.

¹⁴ ROCA I TRIAS, E. *Volumen colectivo Derecho de Familia*. Valencia 1991, págs.. 23 y ss.

artículo 32 de la Constitución (derecho a contraer matrimonio) o por otro tipo de vínculo social.

La regulación de la familia en los términos en que el artículo 39 de la CE lo hace supone un cambio sustancial en la ordenación de esta institución en España. Por ello, a lo largo de estos años se han ido aprobando leyes que han modificado radicalmente la fisonomía del Código Civil en materia de Derecho de Familia¹⁵.

En cualquier caso, junto a la protección jurídica de la familia, del artículo 39 CE resulta con claridad la igualdad de todos los hijos ante la ley, la protección de la maternidad, cualquiera que sea el estado civil de la madre, la protección de los hijos menores, y la «posibilidad» de investigar la paternidad (importante novedad que supuso la abolición de una barrera histórica de defensa del varón frente a la asunción de la propia responsabilidad como progenitor, que los Códigos civiles del siglo XIX habían recibido del de Napoleón como prohibición de dicha investigación).

Estas exigencias constitucionales, incompatibles con el régimen de filiación vigente al aprobarse la Constitución, provocaron la reforma del Código Civil, por Ley 11/1981, de 13 de mayo. Esta reforma abordó la filiación por naturaleza, esto es, la que une a personas que descienden unas de otras. Desde la aplicación de los principios constitucionales mencionados, opta por un sistema de determinación de la filiación basado en la verdad biológica, en cuya virtud se favorece que quien es padre biológico, sea tenido por padre legal, lo cual comporta importantes efectos sobre el régimen de acciones de filiación¹⁶.

4. PRINCIPIO DE LA VERACIDAD BIOLÓGICA

Como señalan DÍEZ PICAZO Y GULLÓN¹⁷, “el concepto de filiación alude tanto a la condición de una persona definida por el hecho de ser hijo de otro, como a la relación padre y/o madre versus hijo”. Se trata de una relación jurídica, para cuyo establecimiento el Derecho fija unos criterios, entre los cuales son básicos los de naturaleza biológica. “Biológicamente la afirmación de que A es hijo de B o de que B es padre/madre de A, significa que B ha tenido una autoría en la procreación de A.”

Por contraposición a la filiación adoptiva (en la que el padre y/o madre no es el progenitor, sino que éste sería quien aporta el material reproductor), “la filiación por

¹⁵ <http://www.congreso.es>

¹⁶ BARBER CÁRCAMO, R., *Reproducción asistida y determinación de la filiación*, REDUR 8, diciembre 2010, págs. 25-37.

¹⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pág. 235

naturaleza sería aquella en la que la calificación de progenitor recaería sobre la misma persona con la calificación de padre o madre”, es decir, serían padres biológicos y legales al mismo tiempo.

La verdad biológica es un principio importante en la determinación de la filiación (desde la obligada reforma del Código Civil que tuvo lugar como consecuencia de la aprobación de la Constitución Española de 1978), y el ordenamiento jurídico español pretende, en la medida de lo posible, hacer coincidir la filiación jurídica con el hecho biológico de la procreación. Pero existen otros principios que integran la realidad social que están protegidos constitucionalmente, como el *favor filii* (beneficio del hijo), la protección de la familia y la seguridad jurídica, que hacen que una de las discusiones más polémicas que se plantean actualmente sea la de si el principio de verdad biológica ha de prevalecer siempre o si ha de conciliarse o ceder ante la realidad social, especialmente tras la publicación de ciertas leyes que han dado un giro radical al Derecho Civil español en materia de Derecho de Familia y filiación, en especial las sucesivas leyes sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 35/1988, de 22 de noviembre y Ley 14/2006, de 26 de mayo) y la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio admitiendo las uniones entre personas del mismo sexo.

La determinación de la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida responde a reglas especiales, contenidas en la Ley sobre la materia, que excepcionan el régimen del Código civil. Tales diferencias sustanciales muestran la diferente filosofía que subyace a dichas normas: la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida prioriza la voluntad del progenitor, y el Código el principio de verdad biológica. Pese a ello, la ley especial se remite al Código para integrar sus numerosas lagunas legales¹⁸, lo cual plantea difíciles problemas de aplicación e interpretación jurídica¹⁹.

Por otro lado, cabe señalar que, en el marco del principio de la verdad biológica, cabe distinguir curiosamente dos conceptos de «biología», ambos relacionados con la determinación de la maternidad. Así, hasta la reforma de 2007, la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida descartó cualquier otro título de determinación materna diferente al parto, lo cual se recoge con ocasión de la regulación de la gestación por

¹⁸ La remisión que la LTRHA hace al Código Civil se recoge en el artículo 7.1 CC: “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”.

¹⁹ BARBER CÁRCAMO, op. cit., págs. 25-37.

sustitución (art. 10). En su virtud, el origen del material biológico (gametos o preembriones) es irrelevante para el Derecho, al menos para la determinación de la maternidad: es madre quien pare, como complemento a la nulidad de todo contrato de maternidad subrogada. El parto constituye un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad, de tal manera que el legislador en este caso optó por la biología del nacimiento, y no por la biología de la concepción.

No obstante, con la mencionada reforma de 2007, introducida por la Ley de rectificación de sexo²⁰, se admitió la posibilidad de que sean tenidas como madres de un hijo dos mujeres casadas entre sí²¹. Esto significa que la propia ley establece el criterio contrario al de la biología del nacimiento para la cónyuge de la madre que da a luz, que será tenida como madre por su sola manifestación de voluntad ante el encargado del Registro Civil y antes del nacimiento del hijo. La doble maternidad *por naturaleza* es artificial, contraria a la *unidad* natural de la maternidad y difícil de encajar con cualquiera de los principios de nuestro ordenamiento jurídico.

5. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA FILIACIÓN: PROBLEMAS

El principio de la veracidad biológica en materia de filiación, *pater is quem sanguinis demonstrat*, resultó reformulado en nuestra legislación desde el año 1988 en que se promulgó la ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Esta ley vino a regular una serie de supuestos en los que la filiación proviene, no de la unión sexual de hombre y mujer, sino de que ésta es fecundada artificialmente utilizando alguna de las técnicas posibles en virtud de las cuales puede llegar a procrearse y nacer un hijo. La ley hizo un esfuerzo por construir la filiación jurídica sobre la filiación biológica, es decir, permitir y procurar lo más posible que el padre biológico aparezca y ostente la paternidad jurídica.

La Ley de 1988 fue derogada por la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que ha introducido importantes

²⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, publicada en el BOE, núm. 65 de 16 de marzo de 2007.

²¹ Afirmación recogida en el artículo 7.3 LTRHA: “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”.

excepciones. Asimismo, ésta fue modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Antes de entrar a analizar en profundidad el innegable efecto de la reproducción asistida sobre la filiación, y las cuestiones que ello suscita respecto del principio de la veracidad biológica, es necesario definir las distintas técnicas de reproducción asistida.

5.1 Técnicas de reproducción asistida. Concepto y fundamentos

5.1.1 Concepto

Las técnicas de reproducción asistida (TRA) son el conjunto de métodos biomédicos que facilitan o sustituyen los procesos naturales que se dan durante la reproducción.

El concepto de reproducción asistida es muy amplio, ya que conlleva la intervención humana en cualquier parte implicada en el proceso reproductivo, como por ejemplo el proceso de la ovulación, la espermiogénesis (proceso de formación de espermatozoides), la manipulación de gametos y/o espermatozoides o la manipulación de embriones²².

5.1.2 Fundamentos

El descubrimiento de las técnicas de reproducción asistida ha logrado dar solución y nuevas alternativas a situaciones tales como:

a. La esterilidad y la infertilidad , de uno o ambos miembros de la pareja, abriéndoles las puertas para que puedan tener descendencia sin recurrir a la adopción, empleando, según las técnicas utilizadas, su propio material reproductivo²³;

b. Las enfermedades que carecen de tratamiento curativo y la posibilidad de evitar la aparición de enfermedades, pues estas técnicas permiten la selección de preembriones, entendidos como los embriones *in vitro* constituidos por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días después, para que puedan salvar la vida del enfermo, por ejemplo, en relación con la aplicación eugenésica o la obtención de células madre²⁴;

²² Universidad Alfonso X (UAX)

²³ Exposición de motivos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

²⁴ Exposición de motivos de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

c. Las parejas del mismo sexo, cuestión que ha surgido recientemente y que permite que la pareja del mismo sexo logre lo que en ningún caso podría ser naturalmente, que es que el futuro recién nacido posea los genes de uno de ellos. Es decir, las parejas del mismo sexo pueden procrear naturalmente cada uno por su lado, lo que no se puede lograr de forma natural es que de la unión de dos personas del mismo sexo nazca una persona. Es por ello que las técnicas de reproducción asistida les permite tener descendencia sin relaciones sexuales.

En conclusión, de todo lo expuesto anteriormente se deduce que las técnicas de reproducción asistida surgieron, en un primer lugar, para remediar los supuestos de esterilidad e infertilidad en las parejas, y que con el paso del tiempo, se han ido abriendo a otras posibles aplicaciones, como las que se acaban de exponer previamente. Sin embargo, lo que ha nacido como una solución en el mundo de la medicina, ha terminado provocando la aparición de problemas en el mundo del derecho, pues la aplicación de estas técnicas suscita cuestiones jurídicas difíciles a la hora de determinar la filiación de los nacidos mediante las mismas, así como también plantea numerosas cuestiones éticas.

5.2 Supuestos legales

En España se encuentran reguladas en la Ley tres técnicas de reproducción asistida: la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la transferencia intratubárica de gametos²⁵. Sin embargo, fuera de España se permiten otras técnicas como la gestación subrogada que, aunque esté prohibida en nuestro país²⁶, a efectos de este trabajo resulta relevante su mención.

5.2.1 Inseminación Artificial (IA)

– Concepto

Se trata de una técnica que “imita la reproducción natural, dentro del útero, facilitando a los espermatozoides la llegada al lugar adecuado en el momento de la ovulación”²⁷.

Al calificar esta inseminación de ‘artificial’ resulta necesario excluir al mismo tiempo la denominada como ‘natural’. En ambas el hecho que tiene lugar es el mismo,

²⁵ Anexo A) de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

²⁶ Artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

²⁷ Clínica Eugin, Barcelona (<http://www.eugin.es/tratamientos>).

la inseminación del óvulo y la posterior fecundación del mismo, pero difieren en el modo de llevarse a cabo²⁸. En la natural, la inseminación se produce por “la unión de un óvulo y de un espermatozoide mediante el coito en el transcurso de la relación sexual” como exponen C. WOOD Y A. WESTMORE, es decir, solo intervienen los dos miembros de la pareja, es un acto intersexual de los mismos por el cual “el varón introduce el semen en la vagina de la mujer que progresa hasta el encuentro con el óvulo, formándose un embrión en el útero e iniciándose así la gestación propiamente dicha”²⁹. Sin embargo, en la artificial, se produce lo mismo, simplemente la introducción del material reproductor del hombre en la mujer no se lleva a cabo por este, sino a través de un procedimiento, distinto del natural. Este último tipo de inseminación la define VLAMING-BENDER como “el modo de introducir el espermatozoide de varón en el organismo de la mujer, de manera que resulta apto para la generación, pero distinto a la forma natural”³⁰.

En esta técnica, lo que se altera es el proceso de inseminación, en ningún caso el de fecundación, el cual se produce de forma completamente natural dentro del útero.

– Motivo de su uso

La razón de su uso es que los espermatozoides, ya sea por la aparición de un obstáculo o por la cantidad o calidad del espermatozoide, no logran o se encuentran con dificultades a la hora de llegar hasta el útero, de forma que mediante este proceso, dichos espermatozoides con dificultades, puedan alcanzar el útero y fecundarlo³¹.

– Clases

Existen dos tipos de inseminación artificial, distinguiéndose entre ellos por la procedencia del semen, según sea del marido o pareja de la mujer, o de un tercero. Por lo tanto, diferenciamos³²:

²⁸ MARTÍNEZ-CALCERREDA, L., *La nueva inseminación artificial*, Central de Artes gráficas, S.A, págs. 32-34. El autor es vocal permanente en la Comisión General de Codificación y profesor titular de Derecho Civil.

²⁹ C. WOOD y A. WESTMORE, *Fecundación in vitro*, Fontanella, Barcelona, 1984. Los autores son especialistas de la materia a nivel universal y actúan en el Centro Médico Reina Victoria de Melbourne (Australia).

³⁰ VLAMING y BENDER, *Institutionis iuris matrimonii*, 4ª ed., p. 458, Bussum, 1950.

³¹ Clínica Eugin, Barcelona (<http://www.eugin.es/tratamientos>).

³² Exposición de motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (vigente hasta el 28 de mayo de 2006), publicada en el BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

a. La Inseminación Artificial Conyugal (IAC), también denominada Inseminación Artificial Homóloga, cuando el semen que se emplea para llevar a cabo la inseminación procede del marido o del varón de la pareja.

b. La Inseminación Artificial de Donante (IAD), también llamada Inseminación Artificial Heteróloga, cuando el semen provenga de un tercero donante.

Este último tipo de inseminación artificial, como se verá más detenidamente en el apartado de ‘Conflictos’, plantea cuestión ética, en el sentido que al hijo se le priva de conocer a su padre biológico, en base al principio del anonimato del donante, y si la usuaria de estas técnicas fuese soltera, al hijo se le priva de tener padre, produciéndose en ambos casos una quiebra de la filiación biológica.

5.2.2 Fecundación In Vitro (FIV)

– Concepto

Los doctores C. WOOD Y A. WESTMORE resumen la técnica en los siguiente: “La F.I.V. consiste en la exposición del óvulo humano a los espermatozoides (1ª fase o auténtica F.I.V.) y su posterior traslado del embrión resultante al útero materno (2ª fase o transferencia del embrión, T.E.)”³³. En palabras más sencillas, se trata de una técnica que permite “fecundar un óvulo con un espermatozoide fuera del útero” en un laboratorio o sitio especializado a través de las técnicas de la microquímica. Consiste en la extracción de un óvulo del útero de la mujer, y la posterior introducción de un espermatozoide en el óvulo a través de una inyección, que se conoce por las siglas ICSI (Intra Cytoplasmic Sperm Injection)³⁴.

A diferencia de la inseminación artificial, aquí no se altera únicamente el proceso de inseminación sino también el de fecundación. Mientras que en la primera técnica de la que se ha hablado, la fecundación se lleva a cabo dentro del útero, en esta se realiza fuera de él, de modo extrauterino, y no es hasta el momento en que se haya realizado la fecundación, cuando se introducirá de nuevo el óvulo en el interior del útero, es decir, la conexión de los gametos se produce *in vitro*, que significa “en cristal”³⁵.

– Motivo de su uso

En este caso, respecto del material reproductor del varón, se trata del mismo motivo que en la inseminación artificial, que es que los espermatozoides por alguna causa no

³³ WOOD y WESTMORE, op. cit., p. 11.

³⁴ Clínica Eugin, Barcelona (<http://www.eugin.es/tratamientos>).

³⁵ MARTÍNEZ-CALCERREDA, L op. cit., págs. 33.

puedan alcanzar el óvulo. Sin embargo, esta técnica está más centrada en que el problema surja en el material reproductor de la mujer, ya sea porque esta no produce óvulos, o los produzca pero no estén en forma. Tras producirse la fecundación del óvulo, el mismo se convertirá en preembrión y será introducido de nuevo en el útero de la mujer, lo que se denomina transferencia de embriones (TE)³⁶.

– Clases

Se distinguen dos tipos de fecundación *in vitro*, los mismos que se veían en la Inseminación Artificial:

a. Fecundación *in vitro* homóloga, cuando el material reproductor procede tanto de la propia mujer como del marido o conviviente de esta³⁷.

b. Fecundación *in vitro* heteróloga, cuando el material reproductor de uno de ellos, o ambos, proceden de un donante³⁸.

Por lo tanto, siguiendo esta clasificación, podrían llegar a darse cuatro tipos de situaciones distintas:

a. Fecundación *in vitro* con óvulos propios y semen de la pareja (FIV propia)

b. Fecundación *in vitro* con óvulos de donante y semen de la pareja

c. Fecundación *in vitro* con óvulos propios y semen de donante

d. Fecundación *in vitro* con óvulos de donante y semen de donante

De igual forma que se veía anteriormente en la inseminación artificial heteróloga, aquí se suscitan las mismas cuestiones éticas, con el añadido de que también se plantean problemas desde el lado de la madre y no únicamente desde el del padre. En la fecundación *in vitro* heteróloga, como se analizará a continuación, se plantean cuestiones como: a quién se considerará madre biológica del hijo, a la que da a luz o a la que aporta el óvulo; y la aparición de lo que hoy en día se denomina como maternidad subrogada, “madres de alquiler”, “vientres de alquiler” o gestación por sustitución. Todos estos supuestos llevarían consigo la quiebra de la filiación biológica, al igual que en la inseminación artificial heteróloga.

Resulta necesario, por lo tanto, distinguir entre maternidad plena y no plena, entendiendo la primera como aquella en la que la madre que aporta el óvulo es la misma

³⁶ Ibidem, págs. 34.

³⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J., op. cit., pág. 224.

³⁸ Ibidem, pág. 224.

que gesta al niño, y la segunda como aquella en la madre que aporta el óvulo no coincide con la que gesta al hijo.

Esta distinción se aprecia de forma muy clara en el segundo punto de la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, que dice lo siguiente:

Desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena, y ello es importante en relación con las técnicas que aquí referimos; en la maternidad biológica plena, la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer solo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su/s óvulo/s (maternidad genética), pero no ambos; son matices de gran interés que no siempre están claros, y que conviene establecer sin equívocos. Por su parte, la paternidad solo es genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón³⁹.

En este pasaje de la Ley 35/1988 se exponen perfectamente y con toda claridad los tipos de maternidad que pueden concebirse en nuestros tiempos como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, dejando claro que esta distinción solo afecta al ámbito de la maternidad, de la mujer, y que en ningún caso se extrapola al del hombre, pues la paternidad únicamente puede ser genética. Así como la mujer interviene en el proceso en dos sentidos, el de aportación de su material reproductor y el de la posterior gestación del futuro nacido, el hombre solo interviene en el primer sentido, aportando su material reproductor, siendo ello la causa de que solo exista un único tipo de paternidad, la genética.

Una vez determinada la diferencia entre maternidad plena y no plena, y definido claramente los tipos de maternidad que derivan de la segunda, es necesario hacer una distinción más. Se trata de separar el supuesto en el que la mujer que desea ser madre es la que recibe el óvulo de un donante, del supuesto en que la mujer que recibe el óvulo no es la que desea ser madre sino que es contratada por esta para gestar al hijo que más tarde le entregará, procediendo el óvulo o bien de la mujer que desea ser madre, o de un donante (caso en el que intervendrían tres mujeres distintas: la contratante o mujer que desea ser madre, la que gesta el hijo y la que aporta el óvulo). Este último supuesto recibe el nombre de maternidad subrogada.

Se puede deducir, por lo tanto, que la fecundación in vitro, se denomina maternidad subrogada cuando concurren determinadas circunstancias:

³⁹ Exposición de motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (vigente hasta el 28 de mayo de 2006), publicada en el BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

– En primer lugar, la maternidad subrogada tradicional: cuando los embriones no sean implantados en la madre “genética”, la que aporta el óvulo, sino en otra mujer que “cede” o “alquila” su útero para continuar el embarazo, bien porque la primera mujer no puede llevar a cabo la gestación (razones terapéuticas), bien porque no quiere hacerlo (razones estéticas). Se entiende que la primera mujer, la que aporta el óvulo o madre “genética” es la que desea tener descendencia y no la que recibe el óvulo, madre “sustituta”, que únicamente presta su útero para que se lleve a cabo la gestación, tras la cual el recién nacido sería entregado a la primera mujer⁴⁰.

La madre sustituta o de alquiler solo cede su útero, la que se transfiere un embrión ya formado, que tras el debido proceso de gestación y una vez nacido el niño se entrega a la pareja contratante. La madre gestante o sustituta, pues, no es la verdadera madre biológica, aunque sea la que de a luz al hijo⁴¹.

Si el óvulo fuese de donante y el útero de la madre que desea tener el hijo, no estaríamos ante un caso de maternidad subrogada, que es el contrario.

– En segundo lugar, la maternidad gestacional: cuando la madre de alquiler cede, no solo su útero, sino también su óvulo, con lo que sería también la madre biológica o “genética” del nacido, mientras que la madre contratante lo sería única y exclusivamente por referencia al varón que ha de considerarse progenitor⁴².

5.2.3 Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG)

Esta técnica se asimila a la fecundación *in vitro*, pues los dos primeros pasos a seguir en ambos procesos coinciden: la inducción de la ovulación y la recuperación de óvulos. Sin embargo, la nota diferencial entre estas dos técnicas se aprecia en el momento de la fertilización. En la Transferencia Intratubárica de Gametos los óvulos y los espermatozoides se introducen en la trompa de Falopio para que se produzca ahí la fecundación, trasladándose posteriormente el óvulo al útero de forma natural, al contrario que en la fecundación *in vitro*, donde la fecundación se produce en el exterior, en un laboratorio, y el traslado del óvulo hasta el útero no se lleva a cabo de forma natural.

⁴⁰ LASARTE ÁVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, nº7777, año XXXIII, 17 de enero de 2012, pág. 1324.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 1324.

⁴² *Ibidem*, pág. 1323.

5.3 Problemas en relación con el principio de veracidad biológica en la filiación por naturaleza

Tras la aparición de las técnicas de reproducción asistida, conforme han ido avanzando los tiempos, los problemas y conflictos han ido surgiendo y siendo cada vez más numerosos, empezando desde cómo se regularía la filiación de los nacidos a partir del material reproductor de un donante y a quién se va a considerar madre biológica en la fecundación *in vitro* heteróloga, a la que da a luz o a la propietaria del óvulo, hasta el dilema de la filiación y el uso de estas técnicas por parejas del mismo sexo, y los “vientres de alquiler”.

Como dicen DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, el problema que plantean estas técnicas es que permiten una diversificación entre la paternidad y la maternidad biológicas, sobre las que el Derecho de Familia tradicional descansa⁴³.

A medida que pasa el tiempo y evoluciona el mundo, esta serie de cuestiones se van volviendo cada vez más complejas, y las dificultades de hallar una solución justa y equilibrada, que respete todos los derechos implicados en la cuestión, cada vez son mayores.

Así como en la mayoría de supuestos de empleo de las técnicas de reproducción asistida surgen problemas a la hora de respetar el principio de veracidad biológica que establece la Ley, hay otros supuestos, más escasos, en los que este problema queda salvado. Estos casos que no presentan problema para determinar una filiación por naturaleza son la inseminación artificial homóloga⁴³ y la fecundación *in vitro* homóloga.

Respecto del primer supuesto, la inseminación artificial homóloga, resulta necesario dejar claro en primer lugar que, dado que este tipo de inseminación se caracteriza por la procedencia del material reproductor de la propia pareja de la mujer, sea del marido o del conviviente *more uxorio*, van a distinguirse dos supuestos distintos: el primero será aquel en el que la pareja sea matrimonial, y el segundo será aquel en el que la mujer y el varón sean convivientes pero no estén casados, aunque el resultado sea finalmente el mismo, el primero una filiación matrimonial y el segundo una extramatrimonial, pero ambos determinados por una filiación por naturaleza o biológica. La única nota distintiva entre marido y conviviente, a efectos de este concreto supuesto, es que la paternidad del marido se deduce por el hecho de estar casado con la mujer, y la

⁴³ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, IV, página 278.

paternidad del conviviente se deduce del consentimiento prestado al someterse a las técnicas de reproducción asistida.

Esta clase de inseminación no presenta conflicto alguno desde el punto de vista jurídico, pues se trata de la inseminación de una mujer casada con el semen de su propio marido. Por tanto, el supuesto no plantea ninguna dificultad, el hijo será matrimonial en el caso de que material reproductor masculino proceda del marido de la mujer, y extramatrimonial cuando proceda del conviviente de la misma.

En este caso, únicamente se emplea la técnica de inseminación para ayudar a suplir una carencia física, que los espermatozoides lleguen al óvulo, no una carencia biológica, pues el material reproductor del marido es óptimo.

En cuanto a material genético se refiere, no se sustituye nada, y dado que el factor genético es la principal referencia para determinar la filiación por naturaleza, al ser el material femenino el de la mujer y el masculino el del marido o conviviente, no se presenta ningún problema y el hijo es considerado como matrimonial o extramatrimonial respectivamente⁴⁴.

En conclusión, la inseminación artificial homóloga, ya sea entre cónyuges o entre convivientes, con consentimiento del correspondiente, no presenta ninguna dificultad particular, ni se ha previsto ninguna regla especial para regularla. La filiación en este caso será la misma que si no se hubiese hecho uso de las técnicas de reproducción asistida⁴⁵. El principio de veracidad biológica en la filiación por naturaleza establece, como se vio anteriormente, que será padre biológico el que aporte el semen, y madre biológica la que de a luz al hijo, por lo que en la inseminación artificial homóloga no se rompe dicho principio, el que desea ser padre es el que ha aportado el espermatozoides, y la que desea ser madre es la que va a gestar y dar a luz al hijo.

Atendiendo al segundo caso que se planteaba más arriba, la fecundación *in vitro* homóloga, la explicación de por qué no plantea problema respecto del principio de veracidad biológica es la misma que en la inseminación artificial homóloga. En este tipo de fecundación *in vitro*, aunque la que desea ser madre no es la que aporta el óvulo (a diferencia de la inseminación artificial), no se rompe el principio de veracidad biológica, pues lo que establece este es que será madre la que gestar y de a luz al niño y, en este caso, aunque la madre no aporte el material reproductor, sí será la que gestar y

⁴⁴ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pág. 232.

⁴⁵ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pág. 232.

para al hijo, cumpliéndose el requisito para que sea considerada como madre biológica y se determine una filiación por naturaleza a favor de ella.

A continuación, una vez establecidos los casos que no plantean problemas en cuanto a la determinación de la filiación por naturaleza, se van a exponer los conflictos más habituales que se dan hoy en día, en lo que concierne a la relación entre las técnicas de reproducción asistida y el principio de veracidad biológica que rige la filiación por naturaleza, en el siguiente orden:

- El principio de anonimato del donante.
- Supuestos de inseminación artificial heteróloga.
- Supuestos de fecundación in vitro heteróloga con óvulo de donante.
- Las T.R.A. en supuestos de mujer sola.
- Las T.R.A. en supuestos de pareja del mismo sexo.
- La maternidad subrogada.

5.3.1 Anonimato del donante

El anonimato del donante constituye una cuestión muy discutida, y su mayor o menor aceptación depende desde el punto de vista de qué autor se esté mirando.

El principio del anonimato del donante es uno de los pilares básicos de la regulación del sistema de técnicas de reproducción asistida, el cual viene desarrollado a lo largo del artículo 5 de la Ley 14/2006 y más concretamente en los puntos primero y quinto de dicho artículo.

La función del donante es la de depositar en el centro autorizado su material reproductor, en virtud de un contrato que, como bien expresa el artículo 5.1 LTRHA, será “gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado”⁴⁶. En este punto ya se puede apreciar el carácter restringido y secreto de la relación entre el donante y el centro en el que deposita el semen.

El primer punto del citado artículo configura un primer acercamiento a la regulación del principio de anonimato del donante al calificar el contrato de “confidencial”, sin embargo, es en el quinto punto desarrolla. En su primer párrafo dice que 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

⁴⁶ Artículo 5.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan”⁴⁷, por lo tanto, es en él donde queda constancia clara del principio objeto de análisis en este apartado del trabajo, estableciendo de forma concisa que la donación es anónima en todo caso. El segundo párrafo del artículo recoge el derecho de los nacidos por estas técnicas, así como el de los receptores de la donación, a “obtener información general de los donantes que no incluya su identidad”⁴⁸. Por último, en el tercer párrafo, lo que se recoge es una excepción a este principio de anonimato, estableciendo que:

Solo 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 donantes⁴⁹.

Por lo tanto, queda claro que la regla general es mantener en el anonimato la identidad de los donantes, y que la revelación de esta es, en todo caso, algo muy excepcional, que se llevará a cabo siempre y cuando se pruebe que revelando dicha identidad el peligro para la vida del hijo cesará o que se cumplirá la finalidad que la Ley persiga con dicha revelación, como sería, por ejemplo, si estuviéramos ante un caso de asesinato, y el móvil para llevarlo a cabo estuviera directamente relacionado con la identidad del donante⁵⁰.

Finalmente, cabe destacar el tercer punto del artículo 8.3 de la Ley 14/2006, que establece que, aunque estemos en el supuesto de la excepción, la revelación de la identidad del donante “no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”⁵¹. Es decir, si se diese alguna excepción de las contempladas en el artículo 5.5.3 de la Ley 14/2006, y la identidad del donante tuviera que ser revelada, dicha revelación solo atendería al fin que busca el legislador con la pretendida excepción, en ningún supuesto podría emplearse para determinar la filiación del hijo nacido respecto de ese donante. No cabe atribuir la paternidad o maternidad a las personas donantes, aunque genéticamente les corresponda, pues ellas se limitaron en su día a donar a título gratuito

⁴⁷ Artículo 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

⁴⁸ Artículo 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

⁴⁹ Artículo 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

⁵⁰ LASARTE ÁVAREZ, op. cit., pág. 1322.

⁵¹ Artículo 8.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

gametos o preembriones sin voluntad de ascendencia alguna⁵², es decir, sin deseo de ser padre o madre de nadie.

Actualmente, el contenido del precepto que se acaba de analizar supone un problema y un grave conflicto, en el que se contraponen, por un lado, los intereses de los donantes, en virtud de su derecho constitucional a la intimidad y, por otro lado, los intereses de los nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida, en virtud del artículo 39 CE que establece *in fine* que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”⁵³. Si se atiende al tenor literal de este último artículo en relación con el artículo 8 de la Ley 14/2006, las posibilidades de investigación de la paternidad de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida se agotaría nada más empezar, pues si el hijo ejercita dicho derecho a la investigación, será con el propósito de obtener una filiación y, por tanto, una paternidad, lo que queda expresamente excluido en el artículo 8.

El conflicto, pues, surge a la hora de dar preferencia a uno de los derechos que se contraponen, que son:

– El derecho a la intimidad de los donantes, garantizado en el artículo 18 CE, en relación con el derecho al anonimato del artículo 8 de la Ley 14/2006, ya que a la persona que dona, desde un principio, se le está garantizando que su identidad no será revelada, pudiéndose entender que si dicho sujeto contemplase la posibilidad de que su identidad fuese revelada, sería más que probable que no llevase a cabo finalmente tal donación. Por regla general, el fin de los sujetos donantes que acuden a estos bancos o centros autorizados para depositar su material reproductor no es el de ser el padre de nadie, sino el de o bien ayudar a personas con dificultades a la hora de tener descendencia o ayudar a desarrollar fines científicos. El anonimato, como dice CASTÁN TOBEÑAS, es un “medio para inmunizar al donante de las acciones de reclamación de la paternidad –eventualmente, de maternidad – que podrían interponerse en su contra, con arreglo a la legislación del Código Civil”, y continúa diciendo que el consentimiento que presta el donante a la hora de llevar a cabo la donación “le hace inmune a las acciones de reclamación de filiación que pudieran interponer la madre, su marido o el varón conviviente con aquella, que hubieran consentido previamente en la utilización de la procreación artificial”⁵⁴.

⁵² LASARTE ÁLVAREZ, “op. cit., pág. 1322.

⁵³ Artículo 39 de la Constitución Española de 1978.

⁵⁴ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pág. 230.

– El derecho de los hijos contemplado en el artículo 39.2 CE, “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”⁵⁵. Los hijos nacen sin haber tomado ninguna decisión previa de no conocer a sus progenitores. Son el padre o la madre, o ambos, los que al mismo tiempo de decidir emplear las técnicas de reproducción asistida, están decidiendo, consecuentemente, privar a sus descendientes de la posibilidad de conocer quiénes son sus padres biológicos. Por lo tanto, no es de extrañar que los hijos llegada cierta edad, tengan intriga o curiosidad por indagar sobre sus orígenes y conocer la identidad de sus padres biológicos, cosa que permite y faculta el artículo 39 CE. En esta misma línea, algunos autores consideran que se está violando el derecho al libre desarrollo de la personalidad que garantiza la Constitución Española en su artículo 16, y que conlleva conocer la propia identidad, y su descendencia de padre y madre determinados⁵⁶.

En resumen, la Ley española da preferencia al anonimato del donante antes que al derecho a la investigación de la paternidad, ya que si todo niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida quisiese conocer la identidad de sus padres biológicos y la Ley se lo concediese, la identidad de los donantes quedaría revelada y, en consecuencia, nadie más querría donar conociendo que existe el riesgo de que el hijo que nazca con su material genético sea informado de quién es su padre o madre biológicos. Si prevaleciese, en este caso, el interés superior del niño, no habría donaciones, y la solución que brindan las técnicas de reproducción asistida para las parejas estériles e infértiles quedaría vedada.

5.3.2 La inseminación artificial heteróloga

La técnica de la inseminación artificial heteróloga es aquella en la que el material reproductor empleado no procede ni del marido de la mujer, ni del conviviente *more uxorio*, sino de un tercero, donante, que lo haya depositado en un banco o centro especializado y autorizado que regula la Ley⁵⁷.

Dentro de este apartado se van a tratar aquellas situaciones en que se puede dar este tipo de técnica de reproducción asistida cuando la usuario de la misma tiene pareja, es decir, cuando la inseminación se da en una mujer casada o con una unión de hecho. Estas mismas situaciones se dan en las demás técnicas de reproducción humana asistida, son las mismas que veíamos anteriormente al tratar la inseminación artificial homóloga,

⁵⁵ Artículo 39 de la Constitución Española de 1978.

⁵⁶ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit.

⁵⁷ LASARTE ÁVAREZ, op. cit., pág. 1322.

con la diferencia, en este caso, de que el material reproductor no procederá de esa pareja sino de un tercero, el donante.

Esta circunstancia, que el material genético masculino provenga de un donante, produce la ruptura del principio de veracidad biológica, produciéndose una ficción legal, pues los hijos nacidos por inseminación heteróloga van a quedar determinados por una filiación biológica que no corresponde con la realidad, ya que para que el hecho que se determina fuese cierto, el padre debería ser el que aportase el semen, y como se está viendo, esa aportación la realiza un tercero, ajeno a la pareja.

A continuación se expone cómo se determina la filiación por naturaleza, para la inseminación artificial heteróloga, en cada una de las situaciones mencionadas previamente.

– La inseminación artificial heteróloga en caso de matrimonio

Este supuesto viene regulado en el artículo 8.1 de la Ley 14/2006 que dice:

Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan presentado 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 fecundación⁵⁸.

A efectos jurídicos, para este supuesto va a resultar indiferente la procedencia del material reproductor, pues se va a considerar al nacido como hijo matrimonial, pese a que la aportación del material fuese de un donante, al cual jurídicamente no se le atribuye paternidad alguna⁵⁹.

– La inseminación artificial heteróloga en caso de convivencia *more uxorio*

Se trata aquí del mismo supuesto que en la inseminación homóloga, regulados ambos por el artículo 8.2 de la Ley 14/2006, en la que se expresa firmemente que el consentimiento prestado por la pareja (no casada) para la inseminación con material reproductor de un donante, determinará una paternidad extramatrimonial⁶⁰.

La cuestión que suscita la inseminación artificial heteróloga, por lo tanto, sería que con el uso de esta técnica se estaría privando al hijo de la posibilidad de conocer a su padre biológico en virtud del principio de anonimato del donante, lo que supondría una quiebra de la filiación biológica. La filiación por naturaleza se caracteriza porque los padres son los biológicos, pero en este supuesto se puede apreciar claramente que la

⁵⁸ Artículo 8.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

⁵⁹ LASARTE ÁVAREZ, op. cit., pág. 1322.

⁶⁰ LASARTE ÁVAREZ, op. cit., pág. 1322.

paternidad no correspondería en ningún caso al padre biológico, pues el progenitor será aquel que donó el material reproductor y cuya identidad queda desconocida.

Según dice BLASCO GASCÓ, los artículos 5.5 (anonimato del donante) y 8.3 (la revelación del donante no determinará su filiación) de la Ley 14/2006 son contrarios a los artículos 14 (igualdad ante la ley) y 39 (investigación de la paternidad) de la CE⁶¹. Son contrarios al artículo 14 CE en tanto que “se hace de peor condición y trato al hijo nacido mediante alguna de las técnicas de reproducción asistida al negarle la posibilidad de conocer la verdad biológica, la cual no se niega a los seres nacidos mediante la reproducción natural”, según expresa CASTÁN TOBEÑAS, y son contrarios al artículo 39 CE al negar radicalmente la posibilidad de investigar la paternidad⁶².

En conclusión, dejando a un lado el aspecto ético de la cuestión, en lo que respecta al principio de veracidad biológica, se está creando una ficción legal, pues cuando se registra un hijo con una filiación por naturaleza a favor de un hombre y una mujer, se está entendiendo que se sigue el principio de veracidad biológica y que dicho hombre es el padre biológico y dicha mujer la madre biológica. Sin embargo, esto no es ni cierto ni real por el lado que concierne al padre, pues el que va a figurar como padre biológico no lo es, pues no aportó el semen. El padre biológico verdadero, siguiendo el principio de veracidad biológica, es el donante, cuya identidad va a permanecer oculta, privándole al nacido, en consecuencia, la posibilidad de llegar a conocer a su padre biológico.

5.3.3 La fecundación in vitro heteróloga: maternidad no plena

El empleo de la técnica de la fecundación in vitro heteróloga da lugar a la aparición de nuevas cuestiones distintas a las ya vistas en la inseminación artificial heteróloga.

Como bien dice CASTÁN TOBEÑAS:

Si la pareja es estéril por causa del varón, se le sustituye por otro que previamente ha depositado su esperma en un Centro autorizado. Si la causa es de la mujer, y llega a tales extremos que impide la ovulación, se toma un óvulo de otra donante y se fecunda con semen de marido (eventualmente de un tercero); si la gestación llega a término, habrá alumbrado un hijo que genéticamente es de otra mujer⁶³.

En este último supuesto, cuando la mujer es estéril y se lleva a cabo la fecundación con el óvulo de una donante, se habla de maternidad no plena, como veíamos anteriormente.

⁶¹ BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia*, 3ª edición. Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 1997. Págs. 405 y ss.

⁶² CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., 233.

⁶³ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit.,, pág. 229.

Queda claro que cuando nos encontramos ante una maternidad plena, no surge ningún problema, a efectos jurídicos, a la hora de establecer quién es la madre biológica. Sin embargo, el problema sí surge cuando estamos ante un supuesto de maternidad no plena, en la que la mujer o bien es la que aporta el óvulo (maternidad genética) o es la que lleva a cabo la gestación (maternidad de gestación), puesto que aquella mujer que haya de ser considerada como madre biológica será a favor de la cual de determine la filiación por naturaleza del hijo. Este conflicto, pues, se resuelve haciendo prevalecer una clase de maternidad sobre la otra.

El legislador español ha considerado que la maternidad de gestación es la que debe prevalecer, por encima de la maternidad genética, como bien se indica al final del punto segundo de la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, “en cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo”⁶⁴.

En conclusión, la cuestión que suscita la aplicación de la fecundación in vitro con óvulo de otra mujer donante atendería a la siguiente pregunta: ¿A quién se considerará madre del recién nacido, a la mujer que aporta el óvulo o en la que se lleva a cabo el proceso de gestación?. Por lo tanto, y según lo analizado previamente, la respuesta que pone solución al conflicto sería que la mujer que da a luz al recién nacido se considerará la madre biológica del mismo, sin perjuicio de que la mujer que aportó el óvulo sea calificada como progenitora. En consecuencia, la determinación de la filiación por naturaleza se hará a favor de la mujer que pare al hijo o madre de gestación, que es la que la ley considera como madre biológica.

5.3.4 Las T.R.A. en los supuestos de mujer sola

El empleo de las técnicas de reproducción asistida (en principio y como regla general) se ha llevado a cabo para combatir los supuestos de esterilidad e infertilidad en la pareja. Es decir, su finalidad fundamental se materializa en los casos en que uno de los miembros de la pareja, o ambos, presentan dificultades a la hora de concebir un hijo⁶⁵.

Así lo expresa el apartado b) del artículo 1 de la Ley 14/2006:

⁶⁴ Exposición de motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (vigente hasta el 28 de mayo de 2006), publicada en el BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

⁶⁵ LASARTE ÁLVAREZ, op. cit., pág. 1322.

Esta Ley tiene por objeto: [...] b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley⁶⁶.

Sin embargo, este fin fundamental no excluye otras posibles finalidades, como es el empleo de estas técnicas por mujeres solas, consideradas individualmente sin necesidad de contar con una pareja masculina, como sería el caso de la mujer soltera; casada pero actuando sin consentimiento del marido; separada legalmente o de hecho constando fehacientemente la separación; divorciada; viviendo en convivencia *more uxorio* pero sin consentimiento del conviviente⁶⁷.

Este supuesto suscita importantes conflictos dentro la doctrina, en tanto que unos lo aceptan y otros rehúsan de él.

Por un lado, nos encontramos con el legislador, el cual apoya y admite que una mujer sola pueda hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, como bien se indica en el articulado de la Ley 14/2006, en el cual apenas se exigen requisitos para que la mujer acceda por sí sola a estas técnicas. “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”⁶⁸, como bien recoge el artículo 6.1 de la Ley 14/2006 en su primer párrafo, y que continúa diciendo en el segundo que “la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”⁶⁹. Por lo tanto, la eventual usuaria de estas técnicas no tiene por qué estar casada ni vivir emparejada extramatrimonialmente, ni ser viuda, únicamente se le exige cumplir con cuatro simples requisitos que no implican ningún tipo de esfuerzo ni dificultad alguna, pues salvo uno que es meramente procesal, los demás vienen dados por sí solos de forma natural⁷⁰, y son:

- Ser mujer
- Ser mayor de edad
- Ser capaz

⁶⁶ Artículo 1. B) de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

⁶⁷ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pág. 235.

⁶⁸ Artículo 6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

⁶⁹ Artículo 1. B) de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

⁷⁰ LASARTE ÁVAREZ, op. cit., pág. 1323.

- Prestar consentimiento

Continuando con los fundamentos de la posición a favor de admitir este tipo de supuestos, cabe resaltar que, aunque en el artículo 6 que se acaba de exponer se contempla de forma indirecta la admisión del supuesto de la mujer sin pareja empleando las técnicas de reproducción asistida, en el tercer apartado de la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 se recoge directamente tal admisión, afirmando expresamente que:

Desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente⁷¹.

Por otro lado, nos encontramos con aquella parte de la doctrina que rechaza el supuesto en el que se permite a una mujer sola acceder a las técnicas de reproducción asistida. El fundamento principal de este lado de la doctrina se basa en el rechazo a la idea del nacimiento de una familia sin padre, y no por causa natural e irremediable como es la muerte del marido o pareja, sino por propia voluntad. Se trataría de una familia en la que desde ningún momento existiría la figura del padre, solo la del biológico, el cual es anónimo.

Estas son las dos caras de la moneda sobre la cuestión de la reproducción asistida en mujeres solas, ambas posturas contrarias e insalvables.

No se contempla el supuesto del hombre sin pareja pues queda claro que en él no se pueden llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida, al ser los hombres naturalmente incapaces de gestar. Se puede ser madre sola, pero no padre solo⁷².

En todo caso, el hijo que nazca va a ser calificado por la Ley como hijo extramatrimonial de la madre, y nadie podrá ser considerado legalmente como padre de él⁷³.

El conflicto se resume, por lo tanto, en dos simples preguntas: ¿es ético (o hasta qué punto lo es) que un niño nazca a propósito sin padre?, y ¿se estaría protegiendo el interés superior del menor?, pues al recién nacido se le estaría privando el tener un padre.

⁷¹ Exposición de motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (vigente hasta el 28 de mayo de 2006), publicada en el BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

⁷² LASARTE ÁLVAREZ, op. cit., pág. 1323.

⁷³ CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español, Común y Foral, tomo V de Derecho de Familia, vol. II de Relaciones Paterno-Filiales y Tutoriales, Reus S.A., Madrid, 1995, pág. 235.

5.3.5 Las T.R.A. en el supuesto de parejas del mismo sexo

El empleo de las técnicas de reproducción asistida por parejas del mismo sexo suscita numerosas cuestiones, sobretodo a la hora de determinar la filiación por naturaleza pues, como es sabido por todos, para concebir a una persona se necesitan un hombre y una mujer. Nadie puede nacer solo con material reproductor femenino o masculino, es necesario que intervengan ambos, ya sea de forma natural, mediante las relaciones sexuales, o de forma artificial, a través de las técnicas de reproducción asistida. Por lo tanto, la cuestión en concreto que se discute aquí es: ¿se puede permitir la filiación por naturaleza de un niño respecto de dos personas del mismo sexo, cuando queda claro que se trata de un hecho biológicamente imposible?

Hasta la Ley 14/2006, inclusive, el legislador no había previsto en su articulado el supuesto de una pareja del mismo sexo. A lo largo de la Ley se hace referencia clara al marido de la mujer, contemplando únicamente la posibilidad de un matrimonio heterosexual, como bien se aprecia en el artículo 6.3 cuando dice que “si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido”⁷⁴.

No fue hasta la promulgación de la Ley 3/2007 de 15 de marzo cuando se hizo real tal circunstancia. La referida Ley añadía al artículo 7, sobre filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida de la Ley 14/2006, un tercer párrafo que expresa lo siguiente:

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 nacido⁷⁵.

No cabe duda de que el legislador está abriendo la puerta y admitiendo la filiación de hijos a favor de parejas de mujeres. Sin embargo, no se contempla en absoluto en ningún punto de la Ley la filiación a favor de parejas de hombres, pues, mientras que en las parejas de mujeres se puede cumplir en una de ellas la gestación y, por tanto, el requisito para determinar la maternidad biológica, en las parejas de hombres resulta física y biológicamente imposible que ninguno de ellos pueda gestar al hijo y dar a luz al mismo, por la propia naturaleza del hombre⁷⁶.

⁷⁴ Artículo 6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

⁷⁵ Artículo 7 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, publicada en el BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007.

⁷⁶ LASARTE ÁVAREZ, op. cit., pág. 1323.

Es por esto que, el supuesto de la filiación de un hijo nacido a través de las técnicas de reproducción asistida a favor de matrimonios o parejas del mismo sexo, solo se contemple en parejas de mujeres, y no en parejas de hombres.

Probablemente, este sea el hecho que haya provocado la aparición de la figura del “vientre de alquiler” o maternidad subrogada, que se analizará a continuación.

5.3.6 La maternidad subrogada o “madres de alquiler”

Como introducción a este punto, cabe mencionar las palabras de CASTÁN TOBEÑAS⁷⁷, basadas en RIVERO, en las que dice que “los problemas de infertilidad masculina se resuelven normalmente con la inseminación artificial, con gametos propios o de donante”, pero que, sin embargo, cuando el problema reside en la infertilidad de la mujer, la cuestión se vuelve más compleja, “pudiendo consistir la colaboración ajena en la aportación del gameto femenino, o en la del útero, dando así origen a la maternidad subrogada o de sustitución”⁷⁸.

Esta maternidad subrogada, también conocida como “madres de alquiler” o “vientre de alquiler”, que se formula en virtud del llamado “contrato de gestación por sustitución”, ha provocado un gran debate doctrinal sobre su admisibilidad legal.

Por un lado, se encuentran aquellos autores con una opinión desfavorable que alegan que la gestación por sustitución supone una “instrumentalización de los más débiles a favor de los económicamente poderosos [...] dado que no son extraños los casos en que la maternidad subrogada solo tiene por móvil el dinero”, como expresa LASARTE ÁLVAREZ⁷⁹. Este mismo autor también advierte que aquellos niños que nazcan a consecuencia de un contrato de gestación por sustitución corren el riesgo de convertirse en una especie de objeto que estaría dentro del comercio, lo cual dice que se trata de algo “absolutamente atentatorio y contrario al respeto de la dignidad humana”, así como también lo sería permitir que se alquile el cuerpo humano, en este caso, el vientre de una mujer⁸⁰.

En la misma línea que este autor y otros muchos, la Sala Civil del Tribunal Supremo ha concluido que “la gestación por sustitución vulnera el orden público español entendido como un sistema de principios y valores que rechaza la

⁷⁷ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit., pág. 237.

⁷⁸ RIVERO, en Lacruz, *Elementos*, IV-2, página 163.

⁷⁹ LASARTE ÁLVAREZ, “op. cit., pág. 1323.

⁸⁰ LASARTE ÁLVAREZ, “op. cit., pág. 1323.

‘mercantilización’ de los niños y la ‘cosificación’ de las mujeres gestantes”, según indica un artículo del periódico EL MUNDO de 14 de febrero de 2014⁸¹.

Por otro lado, están aquellos autores con una opinión favorable sobre el tema en cuestión, fundando sus ideas en que toda práctica de maternidad subrogada no implica una “mercantilización”, aludiendo como ejemplo a aquellos casos en que se trata de actos de altruismo o solidaridad familiar o amical. Otro de sus fundamentos es que los casos de esterilidad han de solucionarse si resulta posible y si así lo quieren los interesados de forma libre y consciente, entendiendo que la solución a que se refiere es la maternidad subrogada, excluyendo aquella que tenga carácter oneroso⁸².

En cualquier caso, la legislación española sobre la maternidad subrogada es muy clara, y no deja duda alguna de que el legislador se pronuncia en contra de esta, dedicando el artículo 10 de la Ley 14/2006 a regular su prohibición:

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 a favor del contratante o de un tercero.
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.

Dicho esto, queda claro que en España está totalmente prohibida la práctica de la gestación por sustitución, y que si aún así se diese el supuesto, la maternidad quedaría determinada respecto del parto. Es decir, que si se llevase a cabo una gestación por sustitución, la maternidad sería atribuida a la madre gestante o “madre de alquiler”⁸³.

Sin embargo, existen ciertas vías mediante las cuales puede evitarse dicha prohibición.

A modo de ejemplo, una de esas vías consistiría en que, por un lado, el varón, casado, consintiese la fecundación de mujer distinta a su cónyuge con su material reproductor y que, por otro lado, la “madre de alquiler” prestase su consentimiento para la posterior adopción, una vez transcurridos treinta días desde el parto, por parte de la esposa del padre biológico, pasando a ser, por lo tanto, madre adoptiva o legal del hijo.

⁸¹ Artículo de PERAL, M., “El TS alerta de la ‘mercantilización’ de niños de ‘madres de alquiler’”, en el periódico *El Mundo*, de 14 de febrero de 2014, pág. 15.

⁸² LASARTE ÁVAREZ, op. cit., pág. 1323.

⁸³ LASARTE ÁVAREZ, op. cit., pág. 1323.

Esta sería una de las vías a través de las que una pareja estéril puede lograr atribuirse la filiación de un nacido *in vitro*, o por gestación de sustitución⁸⁴.

En relación con los anteriores párrafos, ya se han dado y se siguen dando hoy en día casos en los que la vía que escogen este tipo de parejas (estériles, homosexuales, solteros...) para esquivar la prohibición española de la maternidad subrogada es la de acudir a un país extranjero en el que sea legal la gestación por sustitución, y contratar allí una “madre de alquiler”, que una vez de a luz al niño y se determine la filiación del mismo, en el país extranjero, a favor de los padres contratantes, la familia regresa a España donde pretende que se convalide la sentencia de filiación extranjera y que el niño quede inscrito en el Registro Civil como de los contratantes, estableciéndose una filiación por naturaleza inexistente para a Ley española.⁸⁵

El caso más reciente es el de la pareja de homosexuales, varones, que viajaron a California y allí contrataron una “madre de alquiler” (STS 835/2013). Una vez finalizado el embarazo, la mujer gestante dio a luz a unos gemelos, los cuales fueron inscritos en el Registro de California como hijos biológicos de los contratantes. Este supuesto se tratará más adelante, en el apartado de jurisprudencia⁸⁶.

En conclusión, el conflicto que se plantea con la maternidad subrogada en relación con el principio de veracidad biológica en la filiación por naturaleza es que se produce una clara ruptura del mismo. Toda pareja que pretenda una filiación como consecuencia de una gestación por sustitución estará violando dicho principio.

La filiación por naturaleza, como se vio anteriormente, es aquella que se determina a favor de los padres del nacido, y es el principio de veracidad biológica el que establece a quién se considera padre y madre.

En el caso del padre no se plantea duda alguna, pues será aquel que aporte el material reproductor masculino. Sin embargo, en el caso de la madre, como se verá más adelante, se considera madre tanto a la que aporta el óvulo como a la que gesta el niño, que en ciertos supuestos no coinciden. Es en este caso en el que el principio de veracidad biológica va a determinar una prevalencia de la madre que gesta al hijo sobre la que aporta el material reproductor, es decir, lo que establece el principio de veracidad biológica es que será considerada madre biológica aquella que de a luz al hijo.

⁸⁴ LASARTE ÁLVAREZ, op. cit., pág. 1323.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014 (STS 835/1013), a raíz de un recurso de casación nº 245/2012).

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014 (STS 835/1013), a raíz de un recurso de casación nº 245/2012).

Por lo tanto, en los supuestos de maternidad subrogada, la característica fundamental es que la madre que da luz al hijo, “madre de alquiler”, está renunciando desde un primer momento a la filiación del nacido a favor de los firmantes del contrato de gestación por sustitución. Son estos últimos los que pretenden la filiación del nacido a su favor, pero ninguno de ellos habrá dado a luz al hijo, por lo que, si se determinase la filiación a su favor, se estaría rompiendo el principio de veracidad biológica, que únicamente se cumpliría si esa filiación se hiciese a favor de la “madre de alquiler”.

5.4 Jurisprudencia

En este apartado se van a analizar distintas sentencias que ponen de manifiesto los problemas a los que se hace referencia en este punto del trabajo sobre las técnicas de reproducción asistida y su incidencia en el principio de veracidad biológica que rige la filiación por naturaleza.

Las sentencias y resoluciones, objeto de análisis a continuación, son ejemplos reales relacionados, tanto con los problemas de la maternidad subrogada (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014; Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009; Resolución de la DGRN de 30 de noviembre de 2011), como con el empleo de las técnicas de reproducción asistida en los supuestos de mujer sola usuaria de las mismas (Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Junio de 1999).

5.4.1 Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

El supuesto de hecho que dio lugar a esta resolución de la DGRN y a la sentencia se que se analizará posteriormente del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (STS 835/2013), consiste en la presentación de una solicitud de inscripción de la filiación de dos recién nacidos mediante el proceso de gestación por sustitución ante el Encargado del Registro Civil Consular en Los Ángeles (California). La solicitud que presentó el matrimonio fue denegada, basándose tal denegación en el artículo 10 de la Ley 14/2006 que prohíbe la maternidad subrogada. El matrimonio, no satisfecho con el resultado, interpuso un recurso de apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), el cual fue estimado, ordenándose la posterior inscripción de los nacidos (Resolución de fecha 18 de febrero de 2009).

Los pasos del procedimiento judicial que finalizó con la sentencia del Tribunal Supremo fueron:

- Recurso interpuesto por el matrimonio contra la resolución dictada por el Encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles denegando la inscripción de los nacidos, y estimado por la DGRN.

- Demanda contra la resolución de la DGRN, interpuesta por el Ministerio Fiscal y estimada por la Audiencia Provincial de Valencia, dejando sin efecto la inscripción.

- Recurso de casación ante el Tribunal Supremo, interpuesto por el matrimonio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia. El pleno del alto tribunal desestima por mayoría el recurso, con el voto particular en contra de un Magistrado y al que se adhieren otros tres.

El primer paso al que se acaba de hacer alusión es el que corresponde con la resolución que se está analizando, la cual ordena la inscripción en el Registro Civil de un nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución (vientre de alquiler). De tal novedad y relevancia fue que, la propia DGRN, con fecha 5 de octubre de 2010, dictó una instrucción específica con la finalidad de establecer los criterios que determinarían las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida, exigiendo la resolución judicial extranjera como documento válido para dicha inscripción.

No obstante, la citada resolución fue recurrida en sede judicial por el Ministerio Fiscal ante la Audiencia Provincial de Valencia, que dejó sin efecto la inscripción, quedando ratificada posteriormente la decisión de la Audiencia por el Tribunal Supremo (STS 247/2014).

Con carácter general, la citada resolución no entra en el fondo del asunto del que se ocupa el presente trabajo, sino que se queda en el ámbito de la determinación de la ley aplicable a la inscripción, y otras cuestiones en torno a la certificación registral extranjera, aunque si despliega varias líneas de argumentación para demostrar que el acceso de la certificación registral californiana en nuestro ordenamiento jurídico no vulnera los intereses generales del país, ni daña la cohesión moral y jurídica de la sociedad española.

Así, entre estos argumentos, a los efectos que nos ocupan, cabría mencionar que la DGRN se basa, para dictar la resolución, en el concepto del “interés superior del menor”, recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, en vigor para España desde el 5 de enero de 1991, afirmando la DGRN que denegar la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera vulnera el citado precepto por cuanto el interés superior

de los menores exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño “la protección y el cuidado necesarios para su bienestar”.

A este respecto, cabe señalar que la finalidad de protección del menor en el supuesto al que se está refiriendo quedaría igualmente cumplida con la figura de la adopción, sin que sea necesario atribuir de forma artificial una filiación por naturaleza.

5.4.2 Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 2011 (2ª)

Se trata de la resolución de la DGRN en la que se permite la inscripción en el Registro Civil español del niño nacido en el extranjero mediante la técnica de la gestación por sustitución, si se cumplen con unas terminadas exigencias:

Es inscribible en el Registro español, el nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determina la filiación del nacido, se hace constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y se recoge el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante, de acuerdo con lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

5.4.3 Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (STS 835/2013)

Se trata de una sentencia relevante en la materia que venimos tratando, recaída en un recurso de casación en el que, tal y como se advirtió, existía “la posibilidad de que la resolución que hubiera de recaer [...] pudiera formar doctrina”, razón por la cual “se acordó someter su conocimiento al Pleno”.

El motivo del recurso interpuesto es único “Infracción del art. 14 CE , por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989”.

El supuesto de hecho de esta sentencia plantea numerosas cuestiones conflictivas desde el punto de vista jurídico: si debe prevalecer el interés superior del menor o la defensa del orden público español; si se trata de un caso de discriminación o no; si la certificación californiana cumple o no los requisitos exigidos para poder ser inscrita en el Registro Civil español; qué supondría la afirmativa a dicha inscripción en relación con el principio de veracidad biológica que rige la determinación de la filiación por naturaleza.

A efectos de este trabajo, interesa sobretudo la última cuestión. Si se practicase un asiento en el Registro Civil determinando la filiación a favor del matrimonio compuesto

por dos hombres, se quebraría la filiación biológica, puesto que esta se sustenta en el principio de veracidad biológica, en el que los padres biológicos (hombre progenitor y mujer gestante) son aquellos a favor de los cuales se inscribe la filiación por naturaleza.

El Tribunal Supremo deniega la inscripción de los gemelos como hijos del matrimonio, sin perjuicio de que, por un lado, el hombre que aportó el semen presente una acción de reclamación de la paternidad y, por otro lado, el marido de este inicie un procedimiento de adopción de los gemelos. Esta es la solución que presenta la Sala del Tribunal Supremo para este caso, pues: la filiación de los nacidos a favor de los dos hombres iría contra el orden público español, al estar prohibida la maternidad subrogada; la certificación extranjera no cumple los requisitos que establece la Ley del Registro Civil para reconocerse en España al no ser un hecho real lo que se inscribe, pues biológicamente es imposible que dos hombres tengan un hijo de forma natural, y al no ser un hecho legal en España; y se estaría permitiendo un fraude legal, pues estarían esquivando una prohibición que establece expresamente la normativa española.

5.4.4 Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Junio de 1999 (STC 116/1999)

Lo más relevante de esta sentencia del Tribunal Constitucional es que en ella valida a la mujer sola como usuaria de las técnicas de reproducción asistida que ofrece la LTRHA.

La sentencia hace referencia, concretamente en su fundamento décimo tercero, al artículo 6.1 LTRHA, de donde se deduce que toda mujer tiene derecho a someterse a las técnicas de reproducción asistida, no siendo necesario que la donación proceda de su cónyuge o conviviente, ni que la razón última de su uso sean problemas de fertilidad. Es decir, que cualquier mujer sin motivo alguno, solo el de querer tener hijos, puede acudir a la reproducción asistida para satisfacer sus deseos.

Esta libertad con la que se ha dotado a la mujer para tener descendencia es una cuestión que ha planteado numerosos problemas relacionados con su constitucionalidad, pues se entiende que se están vulnerando artículos tales como el 39 CE, al no permitir al hijo el ejercicio de su derecho a investigar la paternidad o el artículo 10 CE, ya que una parte de la doctrina considera que con esta práctica se está considerando al hijo como un objeto.

En consonancia con la mencionada vulneración del artículo 39 CE, autores como BERNARDO DE QUIRÓS dicen que "no debería facilitarse el uso de estas técnicas si el nuevo ser ha de venir al mundo en condiciones ambientales notoriamente insuficientes

para el conveniente desarrollo de su personalidad", haciendo referencia a cómo puede afectar a una persona en su personalidad el haber nacido sin padre, pues la identidad del donante queda en el anonimato, y, sabiendo que alguien tuvo que aportar el material reproductor masculino con el que fue concebido, no poder investigar quién fue y así conocer sus orígenes. Esta preocupación surge de casos reales, como por ejemplo los de adopción, en los que cuando la persona se entera de que sus padres no son los biológicos, a veces nace una obsesión por lograr averiguar quiénes son los progenitores, lo que lleva a pensar el perjuicio que puede causar en el supuesto de niños nacidos mediante reproducción asistida a los que no se les permite conocer dicha identidad.

Respecto al artículo 10 CE, autores como MARÍA CARCABA FERNÁNDEZ ponen de manifiesto otro tipo de cuestiones como es la de si el deseo de tener hijos, materializado en el derecho a tener hijos, no comienza a ir en contra del propio hijo, pues da la impresión de que únicamente se está mirando por satisfacer el deseo de tener descendencia, teniendo al niño como un objeto. Al regular todos los supuestos que permiten tener hijos en la Ley, sin ningún reparo, parecer que lo que se está consiguiendo es dejar desprotegido al niño, en lugar de atender al interés superior del mismo, tal y como se recoge en la Constitución Española y en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Es necesario dejar claro que el Tribunal Constitucional en su fundamento décimo tercero no dice de forma literal que se ampare expresamente el supuesto de reproducción asistida en una mujer sola, sino que lo deja sentado a través de su argumentación:

En este sentido y apurando la argumentación actora, bien pudiera deducirse que la ratio última de su impugnación estriba en el hecho de que la Ley 35/1988 al permitir, mediante las técnicas de reproducción en ella reguladas, la fertilización de cualquier mujer, independientemente de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente, vulnera el núcleo esencial de la institución familiar. Esta tesis no puede ser, sin embargo, compartida, pues arranca de una identificación entre la familia natural y la jurídica que carece de todo respaldo constitucional.

Uno de los argumentos en los que se apoya el Tribunal Constitucional consiste en la comparación del supuesto de una mujer sola haciendo uso de las técnicas de reproducción asistida con la adopción que a esa misma mujer le es posible realizar:

En efecto, quizá la prueba más palpable de esa necesaria diferenciación de planos y, por ende, de la autonomía de significado que adquiere el instituto de la familia en su concepción estrictamente jurídica, lo constituya el hecho comúnmente aceptado de que los hijos adoptivos se integren y constituyan una familia, aunque sus padres legales no se correspondan con los biológicos. No existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la

procreación (SSTC 289/1993 y 114/1997) ni, como queda dicho, el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial (SSTC 184/1990 y 222/1992).

Esta posición del Tribunal es rebatida argumentado que en la adopción el interés que prevalece es el del hijo, a lo que responde que:

El argumento de los recurrentes, en el sentido de que en los supuestos de adopción la diferencia entre la paternidad o maternidad biológica y la legal se justifica por razones de protección del interés del hijo, lo que no ocurre en relación con las hipótesis contempladas en la Ley 35/1988, supone desconocer la finalidad primera y justificativa de la propia Ley que es, precisamente, la de posibilitar la fecundación y, por ende, la creación o el crecimiento de la familia como unidad básica y esencial de convivencia.

En conclusión, el Tribunal Constitucional al permitir a una mujer sola como usuaria de las técnicas de reproducción asistida está dejando claro que considera que debe prevalecer la protección del interés de la mujer que se somete a estas técnicas, es decir, el de fundar una familia, por encima del interés superior del hijo.

6. CONCLUSIONES

Para finalizar este trabajo, a continuación se van a exponer las conclusiones que se derivan del mismo y que, a mi juicio, son las más importantes e ilustrativas de la cuestión de fondo abordada.

El tema planteado suscita, tanto cuestiones éticas, como jurídicas, ambas de difícil solución, y que han dado lugar a opiniones y posiciones muy diversas y contrarias en la doctrina, las cuales parece que son difícilmente reconciliables por el momento. Dado que el trabajo se centra en el aspecto jurídico del efecto de las técnicas de reproducción asistida sobre el principio de veracidad biológica, sólo se apuntarán unas breves cuestiones éticas antes de pasar al desarrollo de las conclusiones jurídicas, que son las que interesan a efectos de este trabajo.

1. Desde el punto de vista ético, surgen problemas tales como si es correcto privar a un niño de la posibilidad de conocer su origen, o traer al mundo a un hijo sin padre; si el fin justifica los medios en el caso de la concepción de un hijo para salvar a otro hijo previo de la misma pareja, y cómo podría afectar, psicológicamente hablando, al segundo de los hijos el conocer la razón de su existencia; si está justificada la prevalencia del interés de la pareja o mujer sola de tener descendencia por encima del interés superior del niño; si es ética la distinción entre hijos con una filiación biológica o adoptiva de los nacidos por el empleo de técnicas de reproducción asistida, en tanto que a los primeros se les concede el derecho a investigar su origen y a los segundos se les priva de poder conocer la identidad de sus progenitores en virtud del principio de anonimato del donante.

2. Desde el punto de vista jurídico, se produce una ruptura total del concepto tradicional de familia (padre, madre e hijo/s), para dar lugar a situaciones tales como una madre soltera con un hijo o dos madres, o dos padres, con un hijo.

3. Pero no es tanto la alteración del concepto de familia como las consecuencias que de ello se derivan, pues el problema principal reside en que los usuarios de la reproducción asistida pretenden que los hijos nacidos queden determinados por una filiación por naturaleza a favor de ellos. Esto último no supondría una violación del principio de veracidad biológica si el material reproductor fuese de ambos miembros de la pareja (reproducción asistida homóloga), sino que el problema surge cuando uno de dichos materiales, el femenino o el masculino, o ambos, no corresponde con uno de los miembros de la pareja, o con ninguno, o directamente no hay pareja y se trata de una sola persona la que desea tener descendencia.

4. La filiación por naturaleza en los casos mencionados constituyen una ficción legal y una quiebra del principio de veracidad biológica, pues según este, que un hijo quede determinado por este tipo de filiación quiere decir que sus padres biológicos, progenitores, son también los legales, supuesto claramente falso en los siguientes casos:

- a. Un hijo cuya filiación biológica queda determinada a favor de una mujer sola. Es obvio que una persona sola no puede concebir un hijo, se necesitan un hombre y una mujer o, al menos, su material reproductor. Por lo tanto, decir que un hijo biológicamente solo tiene una madre, que sería lo que determinaría una filiación por naturaleza a favor de la misma, supondría crear una ficción legal y quebrar el principio jurídico en el que se basa dicha filiación. Se plantean serias dudas acerca del hecho de que una persona quede filiada únicamente a favor de una madre, no porque el padre le abandonase o muriese, sino por propia decisión. Es necesario, pues, plantearse si una situación tan trágica como es la de que un niño no tenga padre por razones incontrolables, pase a ser una situación que pueda ser provocada de forma artificial.
- b. Un hijo cuya filiación por naturaleza queda determinada a favor de dos mujeres. Es obvio que ese hijo no ha nacido de la unión de la pareja de mujeres, pues biológicamente resulta imposible, se necesita la parte masculina, los espermatozoides, para poder concebir a alguien. Por lo tanto, si una persona queda filiada a favor de dos mujeres, se estará quebrando nuevamente el principio de la verdad biológica y produciendo una ficción real.

c. Un hijo cuya filiación por naturaleza esté determinada a favor de dos hombres. Este supuesto, como el anterior, resulta biológicamente imposible, y también quiebra la filiación por naturaleza y produce una ficción legal. Sin embargo, aquí se añade el hecho de que esta situación solo podría lograrse a través de una gestación por sustitución, ya que ningún hombre puede quedarse embarazado y dar a luz, y que este tipo de gestación está expresamente prohibida en España a través del artículo 10 de la Ley 14/2006. Por lo tanto, que un hijo quedase filiado por naturaleza a favor de dos hombres supondría, tanto una quiebra del principio de veracidad biológica y una ficción legal, como un incumplimiento de la Ley.

4. En conclusión, y a mi juicio, con la LTRHA se está dando preferencia a los intereses de la pareja o mujer sola en tener descendencia sobre los intereses de los menores que regula la Constitución Española. El fin de la Ley es proteger los derechos y libertades de las personas, pero si se empieza a regular y a permitir todo, al final no se acaba protegiendo nada, afectando a la esfera privada de los sujetos y a la seguridad jurídica del conjunto.

5. En mi opinión, para resolver este discutido tema lleno de claroscuros, habría que plantear la opción de crear una nueva categoría de filiación, en la que puedan encajar aquellos niños nacidos mediante reproducción asistida que no puedan hacerlo en la filiación por naturaleza ni la adoptiva, brindándoles una protección mejor de sus derechos e impidiendo que puedan quedar discriminados respecto de los concebidos naturalmente o adoptados a la hora de poder conocer la identidad de sus progenitores.

7. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil*, Volumen IV, Tomo 1, Derecho de familia, 11ª edición. Editorial Tecnos. Madrid 2012.

CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo V, volumen 2º, Relaciones paterno-filiales y tutelares. 10ª edición. Editorial REUS, S.A., Madrid 1995. Revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO y José María CASTÁN VÁZQUEZ.

ROCA I TRIAS, E. *Volumen colectivo Derecho de Familia*. Valencia, 1991.

BARBER CÁRCAMO, R. *Reproducción asistida y determinación de la filiación*, REDUR 8, diciembre 2010.

MARTÍNEZ-CALCERREDA, L., *La nueva inseminación artificial*, Central de Artes gráficas, S.A.

WOOD, C. y WESTMORE, A. *Fecundación in vitro*, Fontanella, Barcelona, 1984.

VLAMING y BENDER, *Institutionis iuris matrimonii*, 4ª ed., Bussum, 1950.

BLASCO GASCÓ, F., *Derecho de Familia*, 3ª edición. Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 1997.

RIVERO, en Lacruz, *Elementos*, IV-2.

REVISTAS:

LASARTE ÁVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, nº7777, año XXXIII, 17 de enero de 2012.

INTERNET:

<http://www.congreso.es>

<http://www.eugin.es/tratamientos>

LEGISLACIÓN:

Constitución Española de 1978

Código Civil

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (vigente hasta el 28 de mayo de 2006), publicada en el BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

Ley Orgánica 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, publicada en el BOE, núm. 65 de 16 de marzo de 2007.

JURISPRUDENCIA:

Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 2011 (2ª)

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (STS 835/2013)

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de Junio de 1999 (STC 116/1999)