

Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España: la reproducción *post-mortem* y la doble maternidad

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid*

Resumen

El artículo 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida contiene una remisión general a las leyes civiles para regular la filiación de los nacidos fruto de tales técnicas, con la excepción de algunas normas especiales previstas en la propia LTRHA. Este trabajo tiene por objeto el análisis de dos de estas especialidades, la reproducción artificial post mortem y la doble maternidad. Es indudable el interés que reviste su estudio en la medida en que constituyen realmente dilemas jurídicos.

Abstract

According to article 7 of the Spanish Law 14/2006 of 26th May, on Human Assisted Reproduction Technics, civil legislation regulates the filiation of those born through these techniques, except for some special rules contained in the above-mentioned Law. This contribution focuses on the analysis of two of these special rules: posthumous reproduction and co-motherhood. They arise an indubitable interest as they pose real legal dilemmas.

Palabras Clave

Reproducción Asistida, Reproducción post mortem, Doble maternidad.

Key Words

Assisted Procreation, Posthumous Reproduction, Co-Motherhood.

Sumario

- I. Notas introductorias.
- II. Primer dilema jurídico. Análisis de la reproducción artificial *post mortem* en el artículo 9 LTRHA.
 - II.1 Ámbito objetivo.
 - II.2 Ámbito subjetivo.
 - II.3 Análisis crítico de la aplicación por el legislador del método jurídico de la ponderación para solucionar el conflicto de intereses planteado.
 - II.3.1 Inseminación artificial *post mortem*.
 - A) Notas previas.
 - B) Revisión de la aplicación legal del método de la ponderación en la inseminación *post mortem*.
 - II.3.2 Transferencia *post mortem* de preembriones.
 - II.4 Análisis de los requisitos legales para la admisión de la reproducción artificial *post mortem*.
 - II.4.1 Respecto a la inseminación artificial *post mortem*.
 - A) Consentimiento del fallecido.
 - B) Plazo temporal para la inseminación.
 - II.4.2 Respecto a la transferencia *post mortem* de preembriones.
 - II.5 Consecuencias jurídicas derivadas de la realización de la reproducción artificial *post mortem*.
 - II.5.1 Problemas de filiación.
 - II.5.2 Problemas sucesorios.
- III. Segundo dilema jurídico. Análisis de la doble maternidad en el artículo 7.3 LTRHA.
 - III.1 Algunas precisiones sobre la admisión de la doble maternidad en la LTRHA.
 - III.1.1 Reflexiones introductorias.
 - III.1.2 Examen de los límites derivados del artículo 7.3 LTRHA.

III.2 Primera premisa. Diferente trato jurídico para el matrimonio heterosexual y el matrimonio homosexual respecto a la determinación de la filiación en la LTRHA.

III.2.1 Régimen de acceso a la paternidad en el matrimonio heterosexual.

III.2.2 Régimen de acceso a la maternidad en el matrimonio de mujeres.

III.2.3 Regulación prevista en otros ordenamientos.

III.3 Segunda premisa. Matrimonio de mujeres y no ejercicio del artículo 7.3 LTRHA: límites temporales y formales del precepto.

III.3.1 STS de 5 diciembre de 2013: Primer caso de admisión de la doble maternidad por vía distinta al artículo 7.3 LTRHA.

III.3.2 Argumentos de la STS de 5 de diciembre de 2013.

III.4 Tercera premisa. Pareja de hecho de mujeres y doble maternidad: límites subjetivos del artículo 7.3 LTRHA.

III.4.1 Exclusión de las parejas de mujeres de la doble maternidad.

III.4.2 STS de 15 enero de 2014: Segundo caso de admisión de la doble maternidad por vía distinta del artículo 7.3 LTRHA.

III.4.3 Argumentos de la STS de 15 de enero de 2014.

IV. Bibliografía.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

El artículo 7.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA 2006) contiene una remisión a las leyes civiles para regular la materia relativa a la filiación de los nacidos fruto de las técnicas de reproducción asistida. Con tal remisión no se ha pretendido que la normativa del Código Civil sobre filiación se aplique de forma supletoria a las diferentes hipótesis derivadas del uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Más bien al contrario: tomando como punto de partida tal normativa del Código Civil la propia LTRHA introduce algunas normas especiales de filiación en ciertas hipótesis cuyas características singulares justifican tal tratamiento especial¹. Ahora bien, el problema que ello plantea, a continuación, y que se analizará al hilo de este trabajo, es si las normas tradicionales del Código Civil encajan bien en un ámbito tan poco previsible para el legislador del siglo XIX como son las técnicas de reproducción asistida. Las reglas especiales de filiación incluidas en la LTRHA, según indica su artículo 7.1, están en los artículos 8, 9 y 10 de la misma². Esta última idea no es totalmente correcta ya que en el artículo 7.3 se recoge otra norma especial de filiación en el supuesto de la doble maternidad (o comaternidad). El artículo 8 recoge algunas normas particulares sobre determinación de la filiación en los casos de fecundación con semen de donante, en el matrimonio y la pareja de hecho heterosexual; el artículo 9 se refiere a la reproducción *post mortem* y, por último, el artículo 10 a la denominada gestación por sustitución.

El objeto del presente trabajo es precisamente el estudio de dos de las normas especiales de filiación introducidas por el legislador, correspondientes a dos hipótesis muy diferentes entre sí. La primera es el ya citado artículo 9 LTRHA, que se ocupa de la reproducción artificial *post mortem*, y que constituye una de las mayores ampliaciones de la autonomía personal en la medida en que implica la decisión de una persona de ser considerado progenitor después de fallecido. No hay la menor duda de que realmente nos encontramos ante un primer gran

¹ INIESTA DELGADO, J. J., "La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", *Tratado de Derecho de la Familia* (directores M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuena Casas), Cizur Menor, 2011, p.748, y VERDERA SERVER, R., "Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida", *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (director J. A. Cobacho y coordinador J. J. Iniesta), Cizur Menor, 2007, pp. 217-218.

² Artículo 7.1 LTRHA: "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 artículos siguientes".

dilema ético y jurídico, y la decisión del legislador español de admitir dicha hipótesis no deja de ser controvertida. De hecho muchos de los ordenamientos de nuestro entorno no han admitido dicha posibilidad. Por una parte, hay un claro conflicto entre varios intereses (mujer que desea procrear, varón que decide ser padre después de su muerte, niño que va a nacer y personas que resultarían afectadas por dicho nacimiento), intereses a los que, sin duda, se ha de proteger. Y, por otro lado, una vez admitida en el ordenamiento español la reproducción *post mortem*, es preciso también buscar soluciones ante la falta de adecuación de las normas tradicionales del Código Civil en materia de filiación y de sucesiones a la nueva realidad que surge con esta hipótesis.

La segunda norma especial de filiación introducida por el legislador que aquí va a ser objeto de estudio es el artículo 7.3 LTRHA, que regula la posibilidad de la doble maternidad a través de la declaración de voluntad de la madre no gestante, manifestada ante el encargado del Registro Civil, consintiendo la determinación a su favor de la filiación respecto del hijo de su cónyuge, nacido fruto de las técnicas de reproducción asistida. Muchas críticas doctrinales ha recibido tal precepto, no solo por su incorrecta ubicación en el citado artículo 7 y su inadecuada introducción a través de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, sino sobre todo a causa de los estrechos márgenes que ha impuesto el legislador para el acceso a la doble maternidad. Así, se han señalado límites subjetivos (únicamente para matrimonios de mujeres), temporales (tal declaración ha de hacerse necesariamente antes del nacimiento del niño) y formales (ante el encargado del Registro Civil).

Otro tipo de críticas se han dirigido a la misma esencia de la hipótesis de la doble maternidad, en cuanto se apunta que el precepto está afirmando un hecho que biológicamente es falso, de modo que la cónyuge que no da a luz solo podría compartir la maternidad con la cónyuge gestante a través de otras fórmulas distintas, pero no estaría justificada la atribución legal de la maternidad. Por último, y probablemente con el objeto de remediar los límites del precepto antes apuntado, el Tribunal Supremo ha dictado recientes y polémicos pronunciamientos que han abierto la posibilidad de admitir la doble maternidad al margen de la hipótesis legal y, en concreto, al margen de los requisitos previstos por el legislador en el citado artículo 7.3 LTRHA. Así, tal y como se analizará en las páginas que siguen, la doctrina ha sido bastante crítica también con tales pronunciamientos judiciales, en cuanto los mismos, aunque han buscado resolver de modo más o menos justo el acceso a la doble maternidad cuando no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 7.3 LTRHA, lo han hecho desde una

gran confusión sobre los conceptos técnicos recogidos por la normativa de filiación del Código Civil y desde una relajación en la aplicación técnica de dichas categorías jurídicas³. Es innegable que del panorama descrito cabe deducir la calificación de la hipótesis de la doble maternidad como un gran segundo dilema jurídico presente en el ordenamiento español.

Estamos, desde luego, en los casos de la reproducción artificial *post mortem* y de la doble maternidad ante supuestos muy diferentes, de ahí que ello sin duda exija un análisis separado de ambas hipótesis.

II. PRIMER DILEMA JURÍDICO: ANÁLISIS DE LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL *POST MORTEM* EN EL ARTÍCULO 9 LTRHA

En el ordenamiento jurídico español se regula la reproducción artificial *post mortem*, primero, en el artículo 9 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y, con posterioridad, en el vigente artículo 9 de la LTRHA 2006 bajo el enunciado “Premoriencia del marido”⁴. De una forma sintética cabe afirmar que la regla general es la prohibición de tal hipótesis, ya que el párrafo primero solo admite el uso de las técnicas de reproducción asistida en vida de los cónyuges. Pero excepcionalmente se enerva tal prohibición en los párrafos 2.º y 3.º, de modo que puede utilizarse el material genético del varón fallecido si se dan dos requisitos: que exista

³ Así se ha pronunciado, con toda la razón, BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”, Derecho Privado y Constitución, 2014, número 28, pp. 94-95.

⁴ Artículo 9 LTRHA 2006. “Premoriencia del marido”:

“1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas.

Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de la paternidad”.

consentimiento por parte del varón a la reproducción artificial tras el fallecimiento y que dicha reproducción se produzca dentro de un límite temporal (doce meses desde el fallecimiento). Pero en realidad aquí la excepción tiene tal amplitud que en la práctica adquiere rango de ley con el mismo contenido y efectos que la aludida regla general⁵.

Como antes he apuntado, ello pone delante de una de las mayores ampliaciones del ámbito de la autonomía personal y, por tanto, ante una ampliación de los instrumentos propios de la autonomía privada sobre los que puede proyectarse la libertad de decisión del individuo⁶. Pero a la vez nos sitúa ante un delicado problema de carácter ético y jurídico en el que han de valorarse los intereses de las partes implicadas en él: los intereses de la persona fallecida, los del futuro recién nacido, el interés de la mujer que desea ser madre y solicita el tratamiento y, por último, los intereses de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser (por ejemplo, parientes u otros hijos del fallecido)⁷.

Desde luego es el desarrollo científico-técnico de ciertas técnicas reproductivas, como la fecundación *in vitro* o la crioconservación de espermatozoides o de embriones humanos, el que ha posibilitado, a mediados del siglo XX, la reproducción después de la muerte, aunque la inseminación artificial se viene ejercitando desde el siglo XIX al menos, haciéndose con ello realidad el cuento fantástico, titulado “Hijo del alma”, de Emilia Pardo Bazán⁸.

⁵ ALONSO PÉREZ, M., “De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XIII, Volumen 2.º, (directores M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Madrid, 1988, p. 19.

⁶ En este sentido CAPILLA RONCERO, F., “Autonomía de la voluntad y Derecho de la Persona; o la autonomía personal en el Derecho privado”, *La Ley*, 18 de julio de 2011, LA LEY 13920/2011, p. 6 (laleydigital.laley.es).

⁷ A veces puede incluso haber intereses de otras personas, como abuelos. Muy ilustrativo es el caso ocurrido en Israel en el año 2007: Rachel Cohen, madre de un soldado muerto cinco años antes, consigue, tras una larga batalla judicial, autorización para que se conciba un niño con el espermatozoide de su hijo. Ella decide quién va a ser la madre del niño. Cinco años después de su muerte el soldado tendrá un hijo con una mujer a la que ni siquiera ha conocido. Véase en DE LA VÁLGOMA, M., “Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia”, Barcelona, 2003, p. 98.

⁸ En dicho cuento una mujer narra al Doctor Tarfe que el estado físico de su hijo, de ojos vidriosos, sin tono ni vigor, sin fuerza ni vida, se debe a que fue engendrado por su marido siendo ya cadáver. Señala el doctor: “... *La buena crianza me impidió soltar la risa o alguna palabra impertinente; después, un interés humano se alzó en mí; conozco bien las modulaciones de la voz con que se miente, y aquella mujer, de fijo, se engañaba; pero, de fijo también, no mentía*”. “... *Pero yo tuve la caridad de aparentar una fe que científicamente no podía sentir*”. Consúltase PARDO BAZÁN, E., “*Hijo del alma*”, *La Ilustración española y americana*, 1901, núm. 7.

En concreto, la primera inseminación con espermatozoides previamente descongelados que da lugar a un embarazo y a un nacimiento tiene lugar en EE. UU. en 1952. Y el primer nacimiento mediante la fecundación extracorpórea con transferencia de embriones se produce en Inglaterra el 25 de julio de 1978⁹.

II.1 Ámbito Objetivo

Tal y como se desprende con claridad del vigente artículo 9 LTRHA 2006, en él se regulan dos hipótesis diferentes; una, la fecundación artificial *post mortem* en sentido estricto y, dos, la transferencia *post mortem* de preembriones. Por fecundación artificial *post mortem* se entiende de modo exclusivo la introducción en los órganos genitales femeninos del semen del varón fallecido por medio distinto al contacto sexual. El segundo supuesto hace referencia a la transferencia a la mujer, tras el fallecimiento del varón, de preembriones de la pareja constituidos mediante fecundación *in vitro* con anterioridad a la muerte del marido o del compañero; supuesto en el que la fecundación no ha sido, por tanto, *post mortem*.

La diferencia entre ambas hipótesis es clara: En el caso de la inseminación artificial se fecunda a la viuda o compañera con semen del varón fallecido, de modo que estaríamos ante un hijo, no póstumo, sino postumísimo, esto es, procreado después de la muerte del padre. Por el contrario, en la transferencia de preembriones el hijo es concebido en vida de ambos padres (*in vitro*), aunque su implantación, gestación y alumbramiento ocurran una vez ya fallecido el padre. De ahí que la denominación de reproducción artificial *post mortem* me parece más adecuada en cuanto abarca ambas hipótesis¹⁰. El objetivo de este trabajo es demostrar que un tratamiento riguroso de la materia regulada en este artículo 9 exige diferenciar el régimen jurídico de los dos supuestos contemplados en él.

II.2 Ámbito Subjetivo

El artículo 9 LTRHA 2006 se refiere, literalmente, a que podrán prestar su consentimiento al uso de su material reproductor tras su muerte, o a la transferencia de preembriones ya constituidos antes del fallecimiento,

⁹ Toda esta información ampliada en ALKORTA IDIAKEZ, I., “Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva”, Cizur Menor, 2003, pp. 30 ss.

¹⁰ Considera más precisa también tal terminología INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 835.

tanto el marido como el varón “no unido por vínculo matrimonial”. Llama la atención, sin duda, que el precepto ni exija la convivencia *more uxorio* entre varón y mujer ni mucho menos el requisito de que se esté ante una pareja estable. Lo más lógico es que se refiera a parejas no casadas que conviven *more uxorio*, aunque realmente la vaguedad de la expresión conduciría a que pudiera caber en ella el consentimiento de cualquier varón para la reproducción *post mortem* con cualquier mujer¹¹.

Puesto que se habla de “fallecimiento del marido” o del “varón no unido por vínculo matrimonial” ha de descartarse que la ley española contemple el caso de que quien sobreviva sea el varón y no la mujer, y sea aquel el que solicite que se implante el preembrión constituido en vida de ambos en el útero de otra mujer. Se ha subrayado que tal posibilidad no sería coherente con el artículo 10 LTRHA, que afirma la nulidad de la gestación por sustitución en su párrafo primero (“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”)¹². También por esta misma razón y por la utilización por el artículo 9 LTRHA del término “cónyuge supérstite”, ha de quedar fuera la posibilidad de que ambos cónyuges o compañeros de hecho fallezcan y que el preembrión sea transferido o implantado en el útero de otra mujer¹³.

¹¹ Mucho mayor rigor técnico tiene, a mi juicio, el artículo 235-13 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, que aprueba el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, que regula en su párrafo segundo la fecundación asistida después “del fallecimiento del hombre que convivía con la madre” (BOE 21 agosto 2010, núm. 203, p. 73429, y DOGC 5 agosto 2010, núm. 5686, p. 61162). Aunque explica GETE-ALONSO y CALERA, M. C., “Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya”, Valencia, 2003, p. 197, refiriéndose a este mismo requisito del ya derogado Código de Familia de Catalunya, que la norma ni exige una unión estable de convivencia ni un periodo determinado de duración de la misma, por lo que en teoría podría ser de breve duración.

¹² En este sentido JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “La reproducción asistida y su régimen jurídico”, Madrid, 2012, p. 103, y LÓPEZ PELÁEZ, P., “Filiación y reproducción asistida”, *Derecho de la Persona* (coordinador I. Ravetllat), Barcelona, 2011, p. 105. Esta última apunta que llama la atención que el hombre no pueda solicitar la reproducción *post mortem* tras la muerte de su mujer o compañera, en la medida en que también el varón tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y a la paternidad, e igualmente está capacitado para darle al hijo todas las condiciones para su adecuado desarrollo.

¹³ Así SERRANO ALONSO, E., “El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*”, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dirigido por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco), Madrid, 1988, p. 378. Parece, no obstante, que en el Proyecto de Ley que da lugar a la ya derogada

Pero no son las anteriores las únicas hipótesis que quedan excluidas de la regulación española de la reproducción artificial *post mortem*. En primer lugar, al hacerse alusión expresa en el precepto a que el varón consienta la utilización de “*su material reproductor*”, queda fuera la prestación del consentimiento por parte del difunto para que su mujer o pareja de hecho se insemine con gametos pertenecientes a un tercero para que le dé un hijo después de muerto¹⁴. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, suscita dudas la transferencia de un preembrión al útero de la madre con posterioridad a la muerte del marido o compañero, cuando tal preembrión, aunque concebido en vida de aquellos, ha sido obtenido por gametos donados por un tercero. Aunque realmente en la letra de la ley cabría la admisión de este último supuesto, no es indudable que deba incluirse si esta posibilidad de donación de gametos ha quedado fuera en el caso de la fecundación artificial *post mortem* en sentido estricto, salvo que se entienda más razonable, como seguramente lo es, la solución de la inclusión, en cuanto aquí confluyen en una misma dirección el deseo de procrear de la mujer y la tutela del embrión preexistente. Por el contrario, admiten la reproducción artificial *post mortem* en un número de casos más amplio que la ley española tanto los ordenamientos inglés¹⁵ como holandés¹⁶.

Ley de Reproducción Asistida de 1988 se admiten dos casos que implican alquiler de úteros: uso del óvulo de mujer fallecida por el varón y uso de embrión cuando ambos cónyuges o convivientes han fallecido.

¹⁴ De nuevo refiriéndose a la regulación existente en el derogado Código de Familia de Catalunya, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “Determinación de la filiación”, cit. pp. 73 y 197, justifica esta exclusión en el carácter excepcional de la reproducción artificial *post mortem*: esta figura carece de sentido y causa cuando se lleva a cabo con gametos de un donante porque en este último caso faltaría una mínima vinculación con el fallecido que permita explicar tal situación singular.

¹⁵ Ya en 1990 la *Human Fertilisation and Embryology Act* (HFEA) permite tanto la inseminación artificial *post mortem* como la fecundación *in vitro* y la implantación del embrión con posterioridad a la muerte del padre. Ahora bien, en estos dos casos no se atribuye el *status filii* al hijo nacido como consecuencia de dichas prácticas, fundamentalmente por los problemas sucesorios que ello podía traer. Esta ley ha sido objeto de varias reformas para ampliar el ámbito de esta hipótesis y, en concreto, en 2003 se modifica la HFEA 1990 para que fuera posible el registro del fallecido como padre del niño, a raíz del caso *R v. HFEA ex parte Blood* [1996] WLR 1176 (HC), [1997] 2 All ER 687 (CA), [1997] 2 FLR 742. Poco después de que *Mr. and Mrs. Blood* hubieran decidido tener hijos, *Mr. Blood* enferma de gravedad. Rápidamente cae en coma y *Mrs. Blood* convence a los médicos para que extraigan y guarden el esperma para un futuro uso. *Mr. Blood* nunca consintió el uso de su esperma para después de su muerte, de modo que según el ordenamiento inglés debía rechazarse la autorización para que la viuda se inseminara con dicho esperma. El Tribunal de Apelación, sin embargo, la autoriza a llevarse el esperma a Bélgica y a ser inseminada allí, no en base a la HFEA 1990, sino por el derecho a obtener servicios médicos en otro Estado miembro dentro de la Unión

En segundo lugar, tal y como se desprende del artículo 9 LTRHA, este solo regula la reproducción artificial *post mortem* en el caso de un matrimonio o pareja heterosexual. La literalidad del precepto, entre otras razones, impide que se extienda tal hipótesis a un matrimonio o pareja de hecho homosexual, de hombres o mujeres. Si se trata de dos hombres, la admisión de esta hipótesis chocaría contra la aludida prohibición legal de

Europea. Tras esta decisión judicial la cuestión era si, y cómo, el padre fallecido de un niño podía ser nombrado en el certificado de nacimiento. De ahí que la HFEA 1990 se modifica para que el marido fallecido pueda ser inscrito por la madre como padre del niño, dentro de los cuarenta y dos días siguientes al nacimiento, tanto en caso de que la mujer haya sido inseminada artificialmente después de la muerte con su esperma como en caso de que se le haya transferido *post mortem* un embrión creado con dicho esperma, o con esperma de donante, antes de la muerte del marido. Tal posibilidad también se extiende a la pareja de hecho masculina de la mujer. Pero en ambas hipótesis se requiere que el varón fallecido haya dado su consentimiento por escrito al uso, tras su fallecimiento, de los gametos o a la implantación del embrión y a ser inscrito como padre del niño fruto de tales técnicas, además de que no haya retirado su consentimiento antes de su muerte. No obstante, la inscripción del varón como padre del niño no tiene consecuencias jurídicas en cuanto al reconocimiento de derechos sustantivos al menor sino que solo posee un efecto simbólico [consúltese *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003* [HFEA 1990 s28 (5A) to (5I) and s29]. Con posterioridad, en 2006, el Departamento de Salud británico hace una serie de propuestas para una nueva revisión de la legislación en esta materia, que finalmente se hace a través de la *Human Fertilisation and Embryology Act de 2008* (c.22), que entra en vigor en abril de 2009 (<http://www.legislation.gov.uk>) (fecha de consulta: diciembre 2014). Esta normativa incluye disposiciones similares a las inmediatamente señaladas de 2003 [HFEA 2008 s39: uso de esperma, o transferencia de embrión, después de la muerte del hombre que ha aportado el esperma; s 40: embrión transferido después de la muerte del marido o compañero que no ha aportado el esperma]. Y el registro del varón como padre del niño, siempre y cuando la mujer lo consienta tras el nacimiento, continúa poseyendo únicamente efectos simbólicos. No existe obligatoriedad de la madre para inscribir al marido o pareja como padres del niño. Pero la madre, señala PROBERT, R., “Cretney and Probert’s Family Law”, London, 2009, p. 232, tampoco tiene una absoluta libertad de elección: así, si existe otra persona que, de acuerdo a las reglas legales, está legitimada para ser tratada como padre del niño entonces se prioriza tal paternidad y el fallecido no puede ser inscrito como padre del niño. Y ello en virtud del principio del interés del menor, para que no haya una “doble paternidad”. Por ejemplo, si otra persona puede ser tratada como padre del niño en virtud de la institución de la adopción. O si al tiempo de la implantación del embrión la madre ya está casada con otra persona y para la creación del embrión no se ha utilizado su esperma, entonces el nuevo cónyuge será considerado como padre del niño a menos que pruebe que no consintió la implantación. Explica VONK, M., “Children and their parents. A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch Law”, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 46 y 157 que si la madre no inscribe al marido o pareja (tanto si es formalizada como si no lo es) como padre del niño, este último no dispone ya de ningún medio para determinar la paternidad del hombre, tanto si es el padre biológico como si no lo es. Según el autor este hecho queda justificado ante los efectos meramente simbólicos del registro, de modo que la no inscripción de la paternidad no priva al niño de más derechos legales que si estuviese inscrita. Véase

la gestación por sustitución, ya que aquellos siempre necesitarían el útero de una mujer. Si son dos mujeres esta misma objeción en principio no existiría. Se ha mantenido que la cuestión debería resolverse por el artículo 7.3 LTRHA¹⁷ y no por el artículo 9 de esta ley, de modo que si una mujer, antes del nacimiento del hijo de su cónyuge, da su consentimiento para que el niño sea considerado hijo suyo y después fallece, quedará determinada la filiación póstuma, argumentándose que no cabe entender que los efectos del consentimiento se extingan con su muerte¹⁸. Pero realmente el artículo 7.3 LTRHA no está pensando en la hipótesis de la reproducción artificial *post mortem*, para la que además se necesita dar un consentimiento específico para el uso, posterior a la muerte, de las técnicas de reproducción asistida. Por ello cualquier duda relativa a la reproducción artificial *post mortem* ha de resolverse en virtud del artículo

más información en HALE, B./PEARL, D./GOKIE, E./ MONK, D., “The family, Law & Society”, Oxford, 2009, p. 435, y GILMORE, S./GLENNON, L., “Hayes and Williams’ Family Law”, Oxford, 2012, p. 367.

¹⁶ El artículo 1:207 del *Dutch Civil Code* (BW), aplicable según la doctrina al uso de las técnicas de reproducción asistida después de la muerte del marido o pareja de hecho (tanto la registrada como la no formalizada), con su esperma o mediante la transferencia de un embrión creado con el esperma de aquellos o con el de un donante, señala que la madre y/o el niño pueden solicitar, tras el fallecimiento, que se determine judicialmente la paternidad de un hombre sobre la base, o bien de la paternidad biológica, o bien sobre la base de que durante el tiempo que convivió con la madre consintió un acto que podría tener como resultado posible el nacimiento de un niño. Consúltese en <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm> (fecha de consulta: diciembre 2014). El marido o compañero debe haber autorizado el uso de su esperma o del embrión tras su fallecimiento, según requiere el artículo 7 *Embryowet* 20 juni 2002. Ahora bien, al contrario que en Inglaterra, no es preciso que den su consentimiento para ser inscritos como padres del niño. En el ordenamiento holandés, a diferencia del inglés, la determinación judicial de la paternidad puede tener consecuencias jurídicas, no solo con relación al status de hijo respecto al padre, sino también respecto a ciertos lazos con la familia paterna, por ejemplo, en cuanto al apellido, nacionalidad y derechos hereditarios que correspondan al padre en la herencia de los abuelos. Pero la determinación de la paternidad no posee efectos con referencia a los derechos sucesorios del hijo en la herencia del padre fallecido, ya que la muerte se ha producido antes de que la madre quede embarazada. Este hecho impide que pueda aplicarse el artículo 1: 2 BW, según el cual un niño todavía en el útero de su madre es considerado ya nacido cuando su interés lo requiere. Consúltese VONK, M., “Children and their parents”, cit. pp. 55-56, 58, 61, 63, 157 y 159.

¹⁷ Así, el artículo 7.3 LTRHA 2006 prevé que “*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*”. Como puede apreciarse, el tenor literal del artículo excluye de su ámbito a las parejas de hecho de mujeres. Este precepto es objeto de estudio en la segunda parte de este trabajo.

¹⁸ INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 843.

9 LTRHA. Y este precepto, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, no parece permitir la fecundación artificial *post mortem* en la que intervenga el semen de un donante seguramente para garantizar la existencia de una vinculación mínima entre la persona fallecida y el niño. Y, claro, la intervención de donante es imprescindible en el caso de dos mujeres (en este último supuesto solo existiría la vinculación mínima aludida si el preembrión se hubiera constituido con los óvulos de la fallecida). Cuando en el año 2007 se introduce el artículo 7.3 LTRHA no se hace ninguna modificación en el artículo 9 de la misma en el sentido de permitir la reproducción *post mortem* para matrimonios de mujeres. De nuevo permiten la extensión desde el punto de vista subjetivo de reproducción *post mortem* a matrimonios y parejas de mujeres los ordenamientos inglés¹⁹ y holandés²⁰.

¹⁹ La *Human Fertilisation and Embryology Act de 2008* (c.22), como gran novedad, extiende la reproducción *post mortem* a la *partner* femenina de la mujer (formen parte o no de una unión civil registrada) a la que se le va a transferir el embrión constituido antes del fallecimiento de su pareja con donación de semen de un tercero, de modo que aquella puede tener el status de progenitora legal de un hijo que no ha conocido por haber fallecido antes del nacimiento del niño (HFEA s 46). Este artículo no se aplica, en cambio, en los casos en que la inseminación artificial con esperma de donante se haga después del fallecimiento de la compañera de la madre biológica. La *partner* ha de consentir, por escrito, la transferencia del embrión a la madre después de su fallecimiento y además ser considerada como progenitora del niño. Un último requisito que se añade a los dos anteriores es que la madre que da a luz ha de manifestar su opinión favorable, en el plazo de cuarenta y dos días desde el nacimiento del niño, a que su *partner* sea tratada como progenitora del niño. Ahora bien, el registro es puramente simbólico y la persona fallecida no es considerada como progenitora para cualquier otro propósito (por ejemplo, a efectos hereditarios). Y como ya se ha visto en el caso de la reproducción *post mortem* del varón, la madre tampoco tiene una absoluta libertad de elección, en virtud del interés superior del menor, a la hora de decidir si quiere que su pareja finalmente sea tratada como progenitora del niño. Véase más información en PROBERT, R., “Cretney and Probert’s Family Law”, cit. pp. 231-232, y GILMORE, S./GLENNON, L., “Hayes and Williams’ Family Law”, cit. p. 369. Tras la aprobación de la *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*, que permite contraer matrimonio a las parejas homosexuales, se ha introducido alguna modificación en la s. 46 HFEA, de modo que, además de permitirse la reproducción artificial *post mortem* de parejas femeninas que forman parte o no de una unión civil registrada, también se admite la de mujeres que han contraído matrimonio, exactamente con los mismos requisitos que cuando se introduce tal posibilidad en 2008 para las parejas de hecho.

²⁰ En Holanda, a partir del 1 de abril de 2014, la combinación de dos leyes (*Act on Lesbian Parentage* de 25 de noviembre de 2013 y la *Act Removing a Number of Differences between Registered Partnership and Marriage* de 27 de noviembre de 2013) permite que la cónyuge o la pareja registrada de la madre biológica se convierta por imperativo de la ley en madre legal del niño si ambas presentan una declaración de la *Donor Data Foundation* en el registro de nacimiento del niño (que deberá practicarse dentro de los tres días posteriores a dicho nacimiento). Esta declaración debe afirmar que a la madre biológica se le han aplicado técnicas de reproducción asistida en una clínica autorizada por la *Donor Data Act* y que la identidad del donante de esperma es desconocida para ella. Pero en caso de que la esposa

II.3 Análisis crítico de la aplicación por el legislador del método jurídico de la ponderación para solucionar el conflicto de intereses planteado

II.3.1 Inseminación artificial post mortem

En este epígrafe solo voy a referirme al primer supuesto regulado en el artículo 9 LTRHA 2006, esto es, la inseminación de la viuda o compañera del difunto con gametos de este tras su fallecimiento.

A) Notas previas

Es fácil determinar que en la hipótesis de la inseminación artificial *post mortem* existe un conflicto entre el derecho a procrear de la viuda o compañera de hecho y el interés del hijo a nacer con progenitores que le presten asistencia de todo orden durante la minoría de edad²¹. El legislador, cuando ha regulado la materia de las técnicas de reproducción asistida ha aplicado, aunque sea de modo implícito, el método jurídico de la ponderación para solucionar cuál de los principios (bienes, valores o intereses) contrapuestos en el caso planteado debe prevalecer. Como resultado de cada ponderación es posible formular una regla de prevalencia que exprese las condiciones bajo las cuales un principio tiene preferencia sobre el contrario²². En el artículo 9 LTRHA 2006 se ha

o compañera registrada fallezca antes del nacimiento del niño, ella nunca llegará a ser reconocida como madre legal del niño por esta concreta vía legal, en la medida en que la ya citada declaración de la *Donor Data Foundation* tiene que ser presentada en el mismo momento del registro del nacimiento del niño por las cónyuges o los dos miembros de la pareja. Pero podría, a petición de la madre biológica y/o del hijo, determinarse judicialmente la maternidad legal de la fallecida que consintió la concepción del hijo de su cónyuge o compañera de vida, en virtud del ya analizado artículo 1:207 del Código Civil holandés. Véase CURRY-SUMNER, I./VONK, M., "Dutch Co-Motherhood in 2014", *The International Survey of Family Law*, Bristol, 2014, pp. 361-363 y 367.

²¹ Es cierto que en esta hipótesis hay, además, otros intereses en juego; así, los intereses del fallecido y los intereses de las personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser. Pero el legislador ha dado respuesta a los mismos en el artículo 9 LTRHA 2006 acudiendo a expedientes distintos. Por un lado, protege los intereses del fallecido exigiendo que este dé el consentimiento al uso del material genético tras su fallecimiento por unos cauces determinados. Respecto a los intereses de personas afectadas por el nacimiento del nuevo ser; sobre todo derechos hereditarios de parientes, estos quedan tutelados mediante la exigencia legal de que la inseminación artificial *post mortem* de la viuda o pareja haya de producirse dentro de un plazo temporal determinado.

²² Así RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., "La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo", Madrid-Barcelona, 2000, p. 150.

concluido que ha de prevalecer el derecho a procrear de la viuda o compañera del fallecido, siempre que exista consentimiento por parte del fallecido a la utilización *post mortem* de su esperma –otorgado por diversos cauces– y que la inseminación de la mujer se produzca en un determinado plazo de tiempo desde el fallecimiento.

Tal decisión de admitir la fecundación *post mortem* parece coherente en principio con el fundamento en que el legislador español ha sustentado las técnicas de procreación artificial, esto es, en un hipotético derecho a la procreación y no en el derecho a la salud, entendido este, más allá de la ausencia de enfermedad, como bienestar físico o psicológico. Así, el artículo 1 LTRHA 2006 no hace referencia ya, frente a la redacción inicial de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988, a que la finalidad de las técnicas de reproducción humana asistida sea la eliminación de la esterilidad. En cambio, si un legislador opta por fundamentar tales técnicas en el derecho a la salud y restringirlas a los casos de existencia de indicaciones médicas, porque exista una esterilidad irreversible o porque haya posibilidad de transmitir enfermedades hereditarias a los futuros hijos, no tiene cabida el acceso a las técnicas de mujeres solteras sin pareja y de viudas²³. Esta última opción es la elegida en otros ordenamientos, como el francés, el italiano, el alemán o el portugués²⁴.

²³ En este sentido ROCA TRÍAS, E., “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dirigido por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco), Madrid, 1988, p. 26.

²⁴ En Francia se prohíbe tanto la inseminación como la transferencia de embriones *post mortem*. Ello deriva de dos datos: Primero, se exige que los usuarios de tales técnicas deben estar vivos y, segundo, de modo expreso se señala que la muerte de uno de los miembros de la pareja impide la inseminación y la transferencia de embriones (así, véase L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique*, reforzado por el apartado 3 del artículo 311-20 del Código Civil, que señala que el consentimiento deviene ineficaz en caso de muerte antes de la realización de la procreación médica asistida) (consúltese en <http://www.legifrance.gouv.fr>) (fecha de consulta: diciembre 2014). Sobre el tema véase VOIRIN, P./GOUBEUX, G., “Droit Civil”, Tomo 1. París, 2007, p. 167. En segundo lugar, en Portugal se prohíbe de forma expresa la inseminación con semen del marido fallecido o del compañero, incluso aunque estos hayan consentido antes de la muerte (artículo 22.º 1 de la *Lei n.º 32/2006*, de 26 de *Julho*, *Procriação medicamente assistida*) (publicada en *Diário da República*, 1.ª Série-N.º 143-26 *Julho* de 2006) (<http://www.cnpma.org.pt>) (fecha de consulta: diciembre 2014), pero, en cambio, el párrafo tercero del citado artículo autoriza la transferencia al útero materno de embriones resultantes de una fecundación *in vitro* efectuada en vida de su esposo o compañero, si ha transcurrido un plazo que posibilite una adecuada ponderación de la decisión. Por último, los ordenamientos italiano y alemán se caracterizan por las dudas existentes acerca del alcance de la prohibición. En este sentido el artículo 5 de la Ley italiana de 19 febbraio 2004 núm. 40

Es, pues, claro que el legislador español ha optado, mediante la aplicación implícita del método de la ponderación, por hacer prevalecer el derecho de la mujer a procrear, pareciendo innecesario afirmar que, una vez que el legislador ha decidido a favor de una de las posibilidades, a tal preferencia quedan vinculados tanto los órganos judiciales como el poder ejecutivo²⁵. Pero ello no significa en ningún caso que el resultado de tal ponderación no pueda ser objeto de análisis crítico doctrinal, como aquí va a hacerse a continuación, en la medida en que estimo que caben dudas racionales acerca de la constitucionalidad de tal decisión. En concreto, estimo que la admisión por el legislador de la inseminación artificial *post mortem* puede vulnerar tanto el párrafo tercero como el cuarto del artículo 39 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE).

B) Revisión de la aplicación legal del método de la ponderación en la inseminación *post mortem*

Con el fin de evitar o mitigar los peligros que el método jurídico de la ponderación lleva consigo, es preciso seguir tres pasos ordenados en su

sobre *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita* (publicada en *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 febbraio 2004) (<http://www.camera.it/parlam/leggi/04040l.htm>) (fecha consulta: diciembre 2014) establece como requisito subjetivo para acceder a tales técnicas estar vivo. Y el artículo 12.2 fija una sanción administrativa pecuniaria para quien posibilite el acceso a las técnicas de procreación asistida, entre otros casos, a parejas cuyos miembros no estén vivos. Como señala DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)”, *La Ley*, 4 enero 2005, número 6161, p. 13 (laleydigital.laley.es), no queda claro cuál es el objeto de la prohibición legal, si solo se prohíbe la fecundación *post mortem*, o también la transferencia de preembriones ya existentes al tiempo del fallecimiento del marido o conviviente. Critica esta falta de claridad de la normativa italiana IAPICHINO, L., “La procreazione artificiale”, *Il Diritto di Famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, tomo IV (director G. Cassano), Milano, 2006, p. 175. En Alemania el párrafo 4 de la *Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990* señala que será castigado hasta con tres años de privación de libertad o sanción pecuniaria quien, conscientemente y mediante un procedimiento artificial, fecunde un óvulo con el espermatozoide de un hombre tras la muerte de este; no castigándose en el precepto a la mujer que se someta al proceso de fecundación artificial (véase en <http://www.gesetze-im-internet.de/eschg/4.html>) (fecha consulta: diciembre 2014). Matiza ALKORTA IDIAKEZ, I., “Regulación jurídica”, cit. p. 365, que la prohibición no se extiende a la implantación del óvulo fecundado antes de la muerte del varón. Dada la imposibilidad de aplicación analógica de la normativa penal, la solución más adecuada es permitir que la viuda geste los embriones obtenidos en el tratamiento de fertilidad anterior al fallecimiento. Sin duda esta solución es más coherente con la finalidad de la normativa, que trata de proporcionar al embrión una protección mínima. Sobre el párrafo 4 consúltese JUNGFLAISCH, F., “Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts? Eine Untersuchung verschiedenartiger Regelungsansätze aus rechtsvergleichender und rechtspolitischer Perspektive”, Berlín, 2005, pp. 89-90.

²⁵ LARENZ, K., “Metodología de la Ciencia del Derecho”, Barcelona, 1994, p. 339.

aplicación para que dicho método sea riguroso y disciplinado²⁶. Así, en primer lugar, ha de procederse a la identificación de los principios en conflicto. Por una parte, el derecho de procrear de la mujer. Lo que resulta claro es que un derecho como tal no aparece recogido de modo explícito en la CE 1978, de modo que se ha propuesto su reconocimiento implícito en alguno de los preceptos constitucionales: o bien en el derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 CE, o bien en el principio del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE, o bien en el derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE²⁷. A mi juicio la perspectiva más correcta es la que mantiene una conexión clara entre la procreación y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE. Se trata de un principio constitucional, que significa la autonomía de la persona para elegir, de modo libre y responsable, entre las diversas opciones de vida, siguiendo sus preferencias. Proyectado al tema aquí analizado, significa el reconocimiento a toda persona de un ámbito de decisión en torno a si procrea o no un hijo²⁸.

No hay tampoco un reconocimiento del derecho autónomo a procrear ni en las declaraciones internacionales de derechos civiles ni en las constituciones nacionales de otros países, con contadas excepciones²⁹. Pero sí que se recoge en diversas declaraciones internacionales el derecho a fundar una familia. Así, a título ejemplificativo, en el artículo 16.1 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, en el artículo 12 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 o en el artículo 23 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Cabe preguntarse si debería eliminarse cualquier límite que impida la voluntad de procrear de la mujer desde el respeto a los derechos de esta a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales, tal y como apunta la Exposición de Motivos de la derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de

²⁶ Señala estos tres pasos RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “La ponderación de bienes”, cit. p. 48.

²⁷ Véase más detenidamente en RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., “Reproducción artificial *post mortem*. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Valencia, 2013, pp. 33-37.

²⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Libertad de procreación y libertad de investigación”, cit. pp. 1-2, y MARTÍN-CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J., “Comentario a la STS 29 de mayo de 2003”, CCJC, 2004, núm. 64, p. 215.

²⁹ En este sentido, FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones”, Barcelona, 2011, pp. 58-59. Pero, a su juicio, ello no impide que se tutelen las decisiones relativas a la procreación en ciertas circunstancias, en cuanto afectan a un derecho fundamental.

Reproducción Asistida. No obstante, la doctrina parece de acuerdo en que el hecho de contraer matrimonio o el hecho de formar una pareja estable no otorgan a los cónyuges o convivientes el derecho a tener hijos, simplemente les atribuye el derecho-deber de realizar los actos sexuales necesarios para procrear. Por ello, el derecho a procrear, entendido como el derecho a los hijos, no existe ni de forma implícita ni en términos absolutos, sino que lo que hay es un derecho a llevar a cabo los actos naturales propios de la procreación que pueden dar lugar o no, según cada caso, a la generación de un nuevo ser³⁰.

En cualquier caso, parece claro que el Estado no podría nunca interferir en las decisiones de procrear de una persona³¹. También existe acuerdo en que no hay reconocido un derecho general de acceso a la reproducción asistida en el sentido de que pueda exigirse al Estado que permita tal acceso a toda persona y en toda circunstancia³². Diferentes argumentos permiten apoyar esta última afirmación. Además de que no hay un instrumento internacional que contemple tal derecho de forma explícita y con carácter vinculante, se ha sostenido que la reproducción no puede considerarse una necesidad básica que haga surgir un deber de satisfacerla, ya que tener hijos no es un requisito imprescindible para desarrollarse como persona³³. Otro argumento alegado es que los recursos son limitados y que las elecciones deben adecuarse a la limitación de dichos recursos, tal y como ha mantenido el Comité Director de Bioética (CDBI) del Consejo Europeo; aunque a la vez sostiene que no

³⁰ GÁMIZ SANFELIU, M., "Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida", *Actualidad Civil*, 2009, número 10, La Ley 11701/2009, p. 5 (laleydigital.es).

³¹ FARNÓS AMORÓS, E., "Consentimiento a la reproducción asistida", cit. pp. 59 ss. La autora hace referencia tanto a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como a las del Tribunal Constitucional español, que suelen sostener que el derecho de una persona a planificar su reproducción por medios naturales forma parte del derecho a la intimidad familiar.

³² Así lo sostiene para el ordenamiento español PANTALEÓN PRIETO, F., "Procreación artificial y responsabilidad civil", *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dirigido por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco), Madrid, 1988, Trivium, p. 275. Parece una cuestión pacífica la inexistencia de un derecho fundamental de acceso a tales técnicas, incluso, como señala FARNÓS AMORÓS, E., "Consentimiento a la reproducción", cit. p. 67, entre los sectores feministas.

³³ WARNOCK, M., "Making babies? Is there a right to have children?", Oxford, 2002, pp. 27-29.

debería ignorarse también la solidaridad social en el caso de aquellas personas que sufren infertilidad³⁴.

Por otra parte, el segundo principio en conflicto se refiere al menor que va a nacer. En relación con este, no puede afirmarse que haya, en sentido riguroso, un derecho del niño a nacer con unos progenitores que derive del artículo 39.3 CE (*“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”*)³⁵. Dicho precepto es uno de los *“Principios rectores de la política social y económica”* (ubicados en el Capítulo III del Título I CE). El artículo 53.3 CE establece el régimen general de eficacia de dichos principios, de modo que este último precepto impone tanto al legislador como a los órganos de aplicación del derecho el reconocimiento, el respeto y la protección de los mencionados principios. Estos principios son, pues, mandatos vinculantes dirigidos al legislador y no poseen como finalidad el reconocimiento directo de derechos subjetivos de los ciudadanos³⁶. En concreto, el artículo 39.3 CE implica un mandato vinculante al legislador para que garantice la protección de los menores, en especial, la asistencia adecuada por parte de sus progenitores. Es decir, del precepto no deriva un derecho del niño, pero sí un interés cierto que ha de ser tutelado. Además, el mandato de actuación favorable de los poderes del Estado a dichos principios contiene de modo implícito la prohibición de cualquier actuación estatal que perjudique a aquellos³⁷. Por consiguiente, a mi juicio podría declararse inconstitucional una ley con una regulación que condujera a un resultado opuesto a lo que el artículo 39.3 CE declara deseable.

³⁴ STEERING COMMITTEE ON BIOETHICS (CDBI), *“The protection of the Human Embryo in vitro”, Report by the Working Party on Protection of the Human Embryo and Fetus* (CGBI-CO-GT3), Strasbourg, Council of Europe, p. 11 [[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3\(2003\)13E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3(2003)13E.pdf)].

³⁵ SINGER, A., *“The right of the child to parents”, Family Law and culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities* (ed. K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart), Cambridge-Antwerpen-Portland, 2014, pp. 138-139, se plantea a lo largo del trabajo si cabe hablar de un derecho de los niños a los padres que pueda reconocerse como un derecho fundamental. Señala que la afirmación de que los niños tienen derecho a los padres habría de conducir al reconocimiento de un deber correspondiente que asegurara que al niño le son dados unos padres.

³⁶ CASAS BAAMONDE, M. E., *“De los derechos y deberes fundamentales”, Comentarios a la Constitución Española* (directores M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero), Madrid, 2008, p. 174.

³⁷ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *“Comentario al artículo 53.3 CE”, Comentarios a la Constitución Española* (directores M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero), Madrid, 2008, pp. 1187-1188.

Evidentemente, no entiendo que la admisión de la reproducción artificial *post mortem* vulnere el artículo 39.3 CE porque tal hipótesis está privando al menor de un determinado tipo de familia. El artículo 39 CE, y así lo ha mantenido el Tribunal Constitucional, no está contemplando un modelo específico de familia identificando la misma con la familia biparental y matrimonial³⁸. La razón se halla en que el legislador no garantiza de forma suficiente al menor que va a nacer este deber de los progenitores de prestar asistencia de todo orden a los hijos, en cuanto el legislador hace posible programar la venida al mundo de un niño sin un progenitor que haya de cumplir frente a él dicho deber fundamental³⁹. Es cierto que en esta hipótesis de la reproducción artificial *post mortem* el niño, frente a la gestación de mujer sola, sí va a tener un padre conocido; tendrá determinada, por tanto, la filiación paterna y la relación de parentesco con la familia del padre⁴⁰. Pero, tal y como se ha señalado, la idea de paternidad contemplada en el artículo 39 CE, y que luego se concreta en la regulación de la patria potestad del artículo 154 del Código Civil, es la de paternidad-función. Al menor fruto de la reproducción artificial *post mortem* se le está atribuyendo, al nacer sin uno de los progenitores, la

³⁸ Así claramente lo manifiesta en la STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999/116), que resuelve el recurso 376/1989 presentado por diputados del Partido Popular contra la anterior Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988.

³⁹ En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F., "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, núm. 15, pp. 154-155; LLEDÓ YAGÜE, F., "Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica", *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España* (coordinadora A. Díaz Martínez), Madrid, 2006, pp. 155-156, y CORRAL TALCIANI, H., "La procreación artificial *post mortem* ante el Derecho", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, núm. 1, p. 22.

⁴⁰ Así, RIVERO HERNÁNDEZ, F., "La procreación artificial *post mortem*", *RJC*, 1987, núm. 3.º, pp. 878-879. En el caso de la gestación de mujer sola todavía continúa siendo polémica la cuestión de la constitucionalidad del anonimato del donante de esperma. El artículo 5.5 LTRHA 2006 señala que los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes, que no incluye su identidad. Solo se prevé, como excepción, la revelación de la identidad de los donantes cuando existan circunstancias extraordinarias que impliquen un peligro cierto para la vida o la salud del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, y tal revelación sea indispensable con el fin de evitar el peligro o para la obtención del fin legal señalado. En todo caso dicha revelación no implicará en ningún caso publicidad de la identidad del donante. Desde luego pueden estar aquí en juego el derecho de toda persona a conocer quiénes son sus progenitores y, también, se ha apuntado, el derecho básico de los ciudadanos a acceder a los archivos y registros administrativos que les conciernen. En este último sentido ALKORTA IDIAKEZ, I., "Regulación jurídica", cit. pp. 273-274. Por su parte apunta FARNÓS AMORÓS, E., "Consentimiento a la reproducción", cit. pp. 252-255, que el reconocimiento del derecho a conocer los orígenes no tiene que evolucionar necesariamente hacia un vínculo

relación de filiación de manera formal respecto al fallecido⁴¹. Se ha hablado de una presencia simbólica del progenitor pero no de una presencia real⁴². Además de que, por supuesto, el deber paterno de prestar asistencia recogido en la CE y en el Código Civil no queda restringido a la satisfacción de necesidades materiales del menor.

Se ha alegado, a favor de la procreación artificial *post mortem*, que también en el ámbito de la procreación natural se producen casos en que un niño, o bien tiene que vivir sin el cuidado de sus progenitores (por ejemplo, es huérfano), o bien desconoce quién es su progenitor (así, la madre se niega a revelar la identidad del varón con quien tuvo relaciones sexuales)⁴³. Pero la diferencia se encuentra en que el nacimiento de un niño sin uno de los progenitores en el caso de la reproducción artificial *post mortem* es un hecho previsible y evitable para el legislador.

La admisión de la fecundación artificial *post mortem* por parte del legislador español podría conculcar, además del mencionado párrafo 3.º del artículo 39 CE, el párrafo 4.º de dicho precepto, que establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En este sentido interesa especialmente mencionar el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuyo párrafo primero en su inciso final menciona expresamente el derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, en la medida de lo posible. El legislador español, al considerar admisible el nacimiento de un niño que desde el inicio no va a contar con la asistencia y cuidados de uno de los progenitores, está otorgando a los menores una protección menor a la dispensada por dicho acuerdo internacional. Es importante la puntualización que hace el precepto con la expresión

jurídico con el progenitor o progenitores. Contrasta la regulación actual de la reproducción asistida en este aspecto frente a la existente en la adopción, en cuanto el artículo 180.5 del Código Civil español sí reconoce el derecho de los adoptados a conocer los datos sobre los orígenes biológicos. Subraya esta misma autora ("La regulación de la reproducción asistida: Problemas, propuestas y retos", *Derecho y Tecnologías Reproductivas*, Madrid, 2014, pp. 119-120) que el diferente alcance del derecho a conocer los orígenes en la filiación adoptiva y en la resultante del acceso a las técnicas de reproducción asistida no está justificado ni desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni desde la tendencia actual del Derecho Comparado, tendente a eliminar el anonimato del donante.

⁴¹ En este sentido se pronuncia ALKORTA IDIAKEZ, I., "Regulación jurídica", cit. p. 377.

⁴² GARIBO, A.-P., "Hijos de padre anónimo, ¿una nueva categoría discriminatoria?", *Bioteología y Posthumanismo* (coordinadores I. Ballesteros y E. Fernández), Cizur Menor, 2007, p. 496.

⁴³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "La procreación artificial", cit. p. 879.

“siempre que sea posible”, ya que es obvio que en el ámbito de la procreación natural el legislador no puede evitar que uno de los progenitores fallezca, o que uno de los progenitores se marche a vivir al extranjero tras el divorcio o la separación. Pero en el ámbito de la procreación artificial sí puede el legislador, como he subrayado ya antes, prever y evitar que un menor nazca sin la asistencia de uno de los progenitores.

Una vez identificados los principios que han de estimarse merecedores de ser incluidos dentro de la ponderación (derecho de la mujer a procrear e interés del niño a que se le garantice la asistencia de sus progenitores), ha de procederse a asignar a cada uno de ellos el peso que, en función de las circunstancias concurrentes, deba corresponderles⁴⁴. Se trata en esta segunda fase de dar argumentos sobre el grado de incumplimiento del principio que, luego, en una tercera fase, se hará retroceder y sobre la importancia del cumplimiento del principio al que se otorgará prevalencia. Para ello hay que hallar datos fácticos y jurídicos relevantes que fundamenten la corrección argumentativa. A mi juicio ha de prevalecer el interés del hijo a que no se le prive de nacer con un progenitor que pueda cumplir frente a él el deber de asistencia de todo orden. Cabe dar tres argumentos, al menos, a favor de tal decisión; dos de carácter fáctico y uno jurídico. El primer dato fáctico es que la mujer no ve impedida su posibilidad de tener hijos si se limita su derecho a ser inseminada artificialmente con el esperma de su marido o compañero fallecido; nada impedirá que pueda casarse o mantener relaciones con otras personas con las que pueda tener descendencia. Habrá, pues, otra manera de satisfacer el interés, por supuesto digno de atención, de la madre de tener descendencia. El segundo dato, también de carácter fáctico, es el concreto sujeto que se encuentra como protagonista en uno de los polos del conflicto; se trata de un menor de edad, que por su posición de debilidad necesita una especial protección por parte del ordenamiento jurídico.

⁴⁴ Se ha señalado por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “Comentario al artículo 53.3 CE”, cit. p. 1190, que otra importante función que cumple la incorporación de los Principios Rectores de la Política Social y Económica (artículos 39 a 52 CE) es que permiten justificar limitaciones de derechos fundamentales u otros bienes constitucionales necesarias para la protección de estos principios rectores. Según mantiene el Tribunal Constitucional el contenido de los derechos fundamentales solo puede limitarse en virtud de una ponderación con otros bienes, derechos o principios que tengan reconocimiento constitucional. Así las SSTC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990/129) (FJ 8.º), y 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994/57) (FJ 6.º). Por consiguiente, sería posible ponderar el derecho fundamental de procrear de la viuda con el interés del menor a nacer con un progenitor que cumpla frente a él un deber de asistencia de todo orden.

Por último, el dato jurídico relevante es la existencia de normas que apoyan una prevalencia *prima facie* a favor de uno de los principios en conflicto, esto es, normas donde se establece que el principio del interés superior del menor ha de ser objeto de una consideración primordial por parte del legislador⁴⁵. En este sentido es fundamental en el ordenamiento español tanto el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que señala que el legislador y aplicadores del derecho deben tener una consideración primordial al interés superior del menor cuando se tomen medidas relativas a niños, como la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuyo artículo 2 establece que en la aplicación de esta ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Ello significa que cuando medie un conflicto jurídico entre los derechos o intereses de un menor y los derechos de las personas de su entorno habrá que decidir cuál es la solución idónea a la finalidad que pretende el legislador cuando hace prevalecer el interés superior del niño, esto es, cuál es la solución más adecuada para la consecución del desarrollo pleno, sano y digno del niño. A mi juicio es indudable que, en el caso concreto de la reproducción *post mortem*, es contrario al interés superior del menor que este sea privado *ab initio* de la presencia y asistencia material y afectiva de un progenitor, pudiendo preverse y evitarse tal consecuencia perjudicial por el legislador.

En una tercera fase de la ponderación se llega a la decisión de hacer prevalecer un principio frente al otro, que retrocede. La solución del conflicto ha de cumplir el criterio, al que se ha llamado “ley de la ponderación”, de que cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que retrocede mayor debe ser la importancia del que prevalece en un supuesto determinado⁴⁶. Así, puede afirmarse, a mi juicio, que en el caso de la fecundación artificial *post mortem*, el perjuicio causado al derecho de procrear de la viuda o compañera de hecho del fallecido, que indudablemente existe, está justificado por la importancia que en esta

⁴⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “La ponderación de bienes”, cit. p. 165 señala la utilidad que puede tener la formulación por el legislador de “prevalencias *prima facie*”, cuya función pudiera ser evitar que en un problema de ponderación los bienes o principios en conflicto entren con una igualdad abstracta de rango, de modo que tal prevalencia *prima facie* establecida por el legislador hace entrar a uno de los principios con ventaja sobre el otro. Es decir, no es que permanezca cerrada la puerta a la ponderación, en la medida en que no establece una prevalencia absoluta, sino que simplemente se dirige el resultado de la misma.

⁴⁶ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “La ponderación de bienes”, cit. pp.135-136.

hipótesis hay que atribuir al interés superior del niño de contar, desde su nacimiento, con unos progenitores que le presten asistencia de todo orden⁴⁷. El daño que sufre el derecho a procrear de la viuda o compañera no es tan grande si se cae en la cuenta, como antes he indicado, de que en el futuro siempre tiene abierta la posibilidad de tener descendencia con otras personas.

II.3.2 Transferencia post mortem de preembriones

El legislador regula de forma específica la transferencia *post mortem* de preembriones ya constituidos en vida del marido fallecido en el párrafo 2.º del artículo 9 LTRHA 2006. Así como en el caso de la inseminación artificial *post mortem* exige que concurra el consentimiento expreso y formal del marido para dicha inseminación junto con el plazo de tiempo para llevarla a cabo (párrafo 1.º del artículo 9), en el caso de la transferencia de preembriones solo alude al consentimiento del fallecido, sin mencionar el requisito del plazo temporal. Pero, además, en este segundo supuesto flexibiliza mucho el requisito del consentimiento del fallecido, presumiéndolo otorgado por este (“Se presume otorgado el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”).

Cabe preguntarse si está justificada esta disparidad de trato que introduce el legislador respecto a la inseminación artificial *post mortem* y la transferencia *post mortem* de preembriones, cuando opta por facilitar la transferencia de preembriones *post mortem* al presumir el consentimiento del fallecido. A mi juicio sí lo está, ya que nos encontramos ante supuestos muy distintos que merecen una consideración diferente. En la transferencia se está ante un preembrión ya constituido en vida del padre, un concebido y no nacido, aunque sea *in vitro* y no en el útero. Aquí sí hablamos de un hijo póstumo. Hay, pues, un interés digno de proteger, que consiste en posibilitar el desarrollo de la vida del embrión aún no implantado. La transferencia al útero de la madre no marca el comienzo de su vida; no supone un tránsito del no ser al ser, sino una nueva etapa en el desarrollo

⁴⁷ ROBERTSON, J. A., “Children of choice. Freedom and the new reproductive technologies”, New Jersey, 1994, p. 111, considera, por el contrario, que el temor de que el niño tenga un único padre no es suficiente para anular la libertad procreativa de la viuda. Muchos niños se desarrollan bien con padres solos, especialmente si tienen recursos y el apoyo para cuidarlos.

de una vida ya iniciada⁴⁸. Por el contrario, en la inseminación artificial *post mortem* la situación es distinta, únicamente se tiene el material reproductor del varón⁴⁹.

Se ha señalado por la doctrina⁵⁰ que caben dos posibles explicaciones a este tratamiento singular que hace el legislador en la transferencia *post mortem* de preembriones cuando flexibiliza el requisito del consentimiento del varón fallecido: o bien el legislador ha buscado la protección del preembrión, facilitando su transferencia; o bien el legislador ha decidido en favor de la viuda, permitiéndole que termine su proyecto de vida iniciado con su marido o pareja fallecida, al no existir oposición expresa de este. Teniendo en cuenta, por supuesto, en este último caso que el material reproductor de la mujer se halla también en el preembrión⁵¹.

⁴⁸ En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "Libertad de procreación", cit. pp. 12 y 20. Señala Farnós Amorós, E., "Consentimiento a la reproducción", cit. p. 136, que más allá de la discusión sobre su naturaleza, el preembrión, el embrión y el feto tienen una potencialidad que les hace merecedores de un mínimo grado de tutela. Y añade que, a pesar de las diferencias acerca del *status* jurídico del embrión *in vitro*, hay un consenso amplio acerca a la necesidad de otorgarle una protección.

⁴⁹ En el caso de la inseminación artificial he profundizado en la aplicación del método de la ponderación para decidir entre la prevalencia del derecho de la mujer a procrear y el interés del futuro niño a contar con la asistencia del progenitor desde el inicio de su vida. Sin embargo, en la transferencia *post mortem* de preembriones el análisis jurídico se plantea en otros términos, porque aquí el principio del interés superior del niño justifica que se tutele ante todo la vida prenatal (el preembrión tiene toda su potencialidad vital para llegar a convertirse en un ser humano), en cuanto la vida aparece como uno de los valores supremos del ordenamiento, por encima del interés del menor por recibir asistencia integral de sus progenitores. Además, a ello ha de añadirse que aquí no habría ningún conflicto jurídico, ya que tanto la protección del preembrión como la voluntad de procrear de la mujer confluyen en el mismo resultado.

⁵⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., "Comentario al artículo 9 LTRHA", *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (director J. A. Cobacho y coordinador J. J. Iniesta), Cizur Menor, 2007, p. 331.

⁵¹ Claramente favorable a esta segunda opción es la *Lei* portuguesa n.º 32/2006, de 26 de Julho, *Procriação medicamente assistida*, cuando en su apartado 3.º del artículo 22.º considera lícita tal transferencia con el fin de permitir la realización de un proyecto parental claramente establecido por escrito antes del fallecimiento del padre, si ha transcurrido un plazo proporcionado a una adecuada ponderación de la decisión. Desde luego la admisión de la transferencia *post mortem* de preembriones tanto en las normativas portuguesa como española es, a mi juicio, mucho más acertada que la de aquellos ordenamientos, como el francés, que la prohíben. La regulación francesa conduce claramente al problema del destino que tendrán los preembriones crioconservados si no pueden transferirse al útero de la madre. Desde luego MALAURIE, P./AYNÉS, L., "Droit Civil. La Famille", París, 2009, p. 416, son conscientes de la disyuntiva especialmente delicada que se plantea en el caso de la

En cualquier caso, el legislador de 2006, al facilitar que el preembrión pueda ser implantado en el útero de la madre, mantiene una cierta coherencia con la doctrina que puede extraerse hasta el momento, al menos, del Tribunal Constitucional español, en el sentido de que este otorga una protección, aunque de menor intensidad, a la vida en las fases previas al nacimiento⁵². Se deduce de las sentencias en las que ha tenido oportunidad, por un motivo u otro, de enfrentarse al polémico tema de la protección de la vida prenatal [SSTC 75/1984, de 27 de junio (FJ 6); 53/1985, de 11 de abril (FJ 5); 212/1996, de 19 de diciembre (FJ 5.º), y 116/1999, de 17 de junio (FJ 9.º)⁵³], que el embrión y el feto no son titulares del derecho fundamental a la vida del artículo 15 CE⁵⁴.

Ahora bien, también es una afirmación compartida por la doctrina que el ordenamiento jurídico puede amparar a la persona por vías distintas a las del reconocimiento de la titularidad de derechos subjetivos⁵⁵. Este segundo paso puede deducirse también de la doctrina constitucional. Los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los ciudadanos frente al Estado. Son, además, la expresión jurídica de un sistema de valores que ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política, a cuya efectividad el Estado tiene la obligación positiva de contribuir. Cabe, en esta medida, sostener una protección objetiva de la vida humana en desarrollo, con base en el artículo 15 de la Constitución. Sin duda una correcta interpretación de la doctrina constitucional conduce a afirmar que esta extiende, en sus SSTC 212/1996, de 19 de diciembre, y 116/1999, de 17 de junio, al embrión *in vitro* la consideración de bien constitucionalmente protegido en cuanto

transferencia *post mortem* de preembriones si esta se prohíbe (destrucción o adopción por otra pareja), pero aprueban la decisión del legislador al prohibirla, ya que a su juicio este ha tenido en cuenta los riesgos que llevaría consigo la solución contraria.

⁵² En el momento en que se está haciendo este trabajo todavía el Tribunal Constitucional no ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad que ha presentado el Partido Popular contra la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

⁵³ RTC 1984/75, RTC 1985/53, RTC 1996/212 y RTC 1999/116.

⁵⁴ Señala LASARTE ÁLVAREZ, C., "Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I", Madrid, 2014, p. 146, que, aunque el momento genético de la vida humana pueda discutirse desde un punto de vista moral o filosófico, no hay dudas de que en el ordenamiento jurídico español la personalidad y la genérica capacidad jurídica se adquieren mediante el nacimiento regular (de acuerdo con los artículos 29 y 30 del Código Civil).

⁵⁵ BUSTOS PUECHE, J. E., "El derecho civil ante el reto de la nueva genética", Madrid, 1996, pp. 43-44, y FEMENÍA LÓPEZ, P. J., "Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido *in vitro*", Madrid, 1999, pp. 215-217.

incorpora un germen de vida humana⁵⁶. Ahora bien, también sostiene dicho tribunal que los embriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno⁵⁷. Esta última afirmación se justificaría en la medida en que el Tribunal parte de un concepto de la vida humana como un proceso (“sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica, que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital”), con el nacimiento como un momento sustancial de cambio⁵⁸.

II.4 Análisis de los requisitos legales para la admisión de la reproducción artificial *post mortem*

II.4.1 Respecto a la inseminación artificial post mortem

El legislador estatal español exige, de forma expresa, para la admisión de esta primera hipótesis dos requisitos: el consentimiento del varón fallecido a dicha inseminación con su material reproductor y el plazo de tiempo establecido para la utilización de tal material⁵⁹.

A) Consentimiento del fallecido a la inseminación

Tal y como está regulado el artículo 9 LTRHA 2006, el consentimiento del marido o compañero fallecido tiene por objeto autorizar el uso de su material reproductor con el fin de que con él se insemine a la mujer *post mortem*. Del tenor literal del precepto se infiere que el consentimiento ha de tener una serie de características: ha de ser específico para la

⁵⁶ En este sentido, TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., “Comentario al artículo 15 CE”, *Comentarios a la Constitución Española* (directores M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero), Madrid, 2008, p. 156.

⁵⁷ STC 116/1999, de 17 de junio (Fundamento 12.º) (RTC 1999/116).

⁵⁸ STC 53/1985, de 11 de abril (Fundamento 5.º) (RTC 1985/53).

⁵⁹ El legislador catalán, junto a los requisitos del consentimiento y del plazo de tiempo, añade también como tercer requisito que la fecundación *post mortem* se limite a un solo caso (comprendido el parto múltiple) [artículos 235-8.2 (para la fecundación asistida de mujer casada) y 235-13.2 (para la fecundación asistida de mujer no casada)]. Parece que tal requisito significa que la fecundación tiene que restringirse a una sola ocasión, siempre que tenga éxito, claro, dado que la técnica en virtud de la procreación posibilita la pluralidad de embarazos sucesivos. En este sentido GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentari al art. 235-8 Codi Civil de Catalunya”, *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua* (directores J. Egea y J. Ferrer y coordinadora E. Farnós), Barcelona, 2014, p. 598.

inseminación después de la muerte, en beneficio de una mujer concreta, expreso, formal, de carácter personalísimo y revocable. Análisis, brevemente, cada uno de estos rasgos.

En primer lugar, cabe plantearse si basta con que se haya dado el consentimiento por el marido o compañero para la utilización del esperma, sin más, o es preciso que consienta de modo específico que su material reproductor pueda ser utilizado después de su muerte. Debido a la trascendencia que tiene dicho consentimiento en esta hipótesis concreta, por una parte, el nacimiento de un ser humano que no va a poder contar con la asistencia del padre desde el inicio de su vida; por otra parte, la incidencia sobre los derechos de otras personas (por ejemplo, parientes del fallecido); pienso que es necesario que el varón consienta de modo específico la inseminación de la mujer para después de la muerte⁶⁰.

La segunda exigencia, esto es, que ha de consentirse la inseminación de una mujer en concreto, se desprende de la propia literalidad del artículo 9 de la Ley, que establece en el párrafo 2.º la necesidad de que el marido preste su consentimiento para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a “su mujer”. En caso de matrimonio, la determinación de la viuda no presenta dificultades. Sin embargo, en el caso de la pareja de hecho hay que mencionarla de tal manera que su identificación no deje lugar a dudas.

En tercer lugar, el consentimiento ha de ser expreso. La Ley requiere que el consentimiento se otorgue por escrito; por tanto, ha de ser expreso. No bastaría un consentimiento tácito, ya que esta clase de consentimiento puede crear problemas de interpretación. Por consiguiente, del simple hecho de que una persona haya crioconservado sus gametos no puede inferirse que haya autorizado la fecundación *post mortem*. Este problema no tendrá demasiada relevancia práctica, en la medida en que suele ser una costumbre habitual de las clínicas dedicadas a la realización de estas técnicas que requieran que el depositante declare su intención sobre la disposición del esperma en caso de fallecimiento. La dificultad surge cuando el depositante no ha hecho ninguna aclaración y, posteriormente tras su muerte, la viuda, la compañera de hecho y/o los familiares del difunto desean el uso *post mortem* de su esperma para la procreación.

⁶⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida”, *El juez civil ante la investigación biomédica* (coordinador X. Abel), Madrid, 2004, p. 298.

Hay que preguntarse por el significado concreto de que una persona deposite sus gametos en un centro autorizado. Sin duda este hecho revela su intención clara de procrear en un futuro próximo y, además, de hacerlo mediante las técnicas de reproducción asistida, pero desde luego ello no supone ninguna prueba de la voluntad de procrear bajo cualquier circunstancia, incluso después de la muerte⁶¹.

En cuarto lugar, el consentimiento ha de ser formal. El vigente artículo 9 LTRHA 2006 amplía los cauces a través de los cuales el fallecido puede manifestar su consentimiento para la fecundación *post mortem*. Además de los ya previstos en el artículo 9 de la derogada Ley de Técnicas de Reproducción Asistida 1988, esto es, la escritura pública y el testamento, añade dos documentos privados, el de instrucciones previas y aquel al que se refiere el artículo 6.3 LTRHA 2006. Empezando por este último, en el artículo 6.3 se señala que si la mujer está casada se precisa, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y conste así de manera fehaciente. Por su parte, el artículo 3.4 LTRHA 2006 subraya que la aceptación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas se llevará a cabo en un formulario de consentimiento informado. Por consiguiente, interpretando de modo conjunto los anteriores artículos, parece que el marido podrá consentir en dicho formulario el uso de su material reproductor para la inseminación *post mortem* de su mujer.

Cabe también la posibilidad de que el varón pueda prestar su consentimiento para dicha inseminación a través del documento de instrucciones previas, que se regula en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La pregunta clave es si, de acuerdo con el contenido que prevé en su artículo 11.1 la citada Ley 41/2002, el documento de instrucciones previas se presenta como el instrumento idóneo para la autorización de la fecundación artificial *post mortem*. Dicho documento, según el citado precepto, es aquel por el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta de forma anticipada su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea

⁶¹ En este sentido se pronuncia REICHMAN SCHIFF, A., "Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation", *North Carolina Law Review*, 1996-1997, núm. 75, pp. 948-951. Sin embargo, lo contrario sostiene la famosa sentencia del Tribunal de Grande Instance de Créteil de 1 de agosto de 1984, primera que aborda este problema concreto en el ordenamiento francés. Un comentario a la misma en RUBELLIN-DEVICHI, J., "Insémination artificielle *post mortem*", *RTDC*, 1984, tomo II, pp. 703 y ss.

capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. Desde luego el consentimiento para la inseminación artificial *post mortem* de la viuda y compañera no tiene nada que ver con una decisión relativa a la salud del cónyuge o compañero varón, además de que tales disposiciones van a surtir efectos solo en vida de este último. Sin embargo se ha señalado⁶² que este documento de instrucciones previas puede ir dirigido a diferentes finalidades, y que nada impide que formen parte de su contenido otras previsiones *post mortem*, como las relativas a la donación de órganos, disposición del propio cadáver para fines médicos o biológicos, entierro, incineración, autopsia clínica... Es dudoso, a mi juicio, que sea equiparable la previsión de la donación de un órgano del cuerpo con la disposición del esperma, ya que la naturaleza de un órgano humano y del esperma es radicalmente diferente, en cuanto el esperma contiene células que pueden dar lugar a una vida humana.

¿Podría prestarse el consentimiento en otro tipo de documento privado distinto al previsto en el citado artículo 6.3 y en el documento de instrucciones previas? Parece que no, ya que el artículo 9 constituye un *numerus clausus* y únicamente alude a estas dos clases de documento privado. Ello resulta patente en el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2010⁶³.

Ya en la anterior Ley de Reproducción Asistida de 1988 se hacía referencia al testamento como instrumento válido para autorizar la inseminación *post mortem*, pero sigue sin resolverse con la actual LTRHA 2006 la misma duda que existía entonces con aquel texto normativo: el tipo de testamento en que puede consentirse la fecundación. Es decir, si puede hacerse también en testamento ológrafo, o solo en testamento notarial. Aunque no es una cuestión pacífica en la doctrina, a mi juicio no es indudable que el nuevo artículo 9 de la Ley de 2006 permita que el consentimiento se lleve a cabo en un testamento no notarial. Es cierto que en la Ley de 1988 se planteaban, como únicas alternativas, o el testamento o la escritura

⁶² PÉREZ GALLARDO, L. B., "Inseminación artificial y transferencia de embriones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2007, núm. 4, pp. 614-615.

⁶³ Tal auto deniega la solicitud por parte de la viuda de autorización para la inseminación con el esperma de su esposo fallecido, porque el consentimiento del difunto se encontraba recogido en una carta mecanografiada y firmada por él, por su madre y por su hermana. Consúltese AC 2010/1755.

pública, y que sin embargo con el nuevo artículo 9 se amplían las posibilidades de prestar el consentimiento, y se amplían incluso a un documento privado. Pero no es cualquier documento privado; se circunscribe al formulario para dar el consentimiento informado que hay en las clínicas que llevan a cabo tales técnicas de reproducción asistida y al documento de instrucciones previas. A ello ha de añadirse que, al ser excepcional la admisión de la fecundación *post mortem* por las circunstancias en que va a llevarse a cabo el nacimiento de un futuro ser (esto es, solo se permite cuando concurren determinados requisitos), pienso que han de exigirse las mayores garantías a la hora de emitir el consentimiento.

La quinta nota característica del consentimiento es que ha de ser de carácter personalísimo, esto es, ha de otorgarlo el propio fallecido y no puede ser suplido ni por la autoridad judicial ni por tercera persona (aunque la inseminación la apoyen los parientes del difunto)⁶⁴. Por último, la LTRHA 2006 prevé la posibilidad de que el consentimiento para la aplicación de las técnicas pueda ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas. El artículo 9.2 de la Ley no regula la forma de la revocación, lo que hace suponer la posibilidad de revocación a través de un medio distinto a aquel en que se expresó la voluntad de disponer del esperma⁶⁵.

B) Plazo temporal para la inseminación

En relación con el segundo requisito exigido por la ley vigente para la admisión de la inseminación artificial *post mortem*, el artículo 9 establece que la mujer ha de ser inseminada en el plazo de doce meses siguientes al fallecimiento del varón. ¿Cuál es la función de la fijación de dicho plazo temporal? Sin duda la finalidad es la protección de los derechos hereditarios de terceros. No se precisa, en cambio, los terceros que pueden verse perjudicados por el nacimiento del niño; por ello, sean parientes más próximos o más lejanos del causante, se aplicará el mismo plazo temporal. Se ha apuntado también que la fijación de un plazo puede establecerse en beneficio del propio niño que va a nacer, para evitar, por ejemplo, el denominado “salto generacional”, esto es, la gestación de un

⁶⁴ Auto JPI Valencia de 13 de mayo de 2003 (AC 2003, 1887), Auto AP A Coruña de 3 de noviembre de 2000 (AC 2001/183) y SAP Barcelona de 16 de junio de 2004 (JUR 2004/292813).

⁶⁵ DÍAZ ROMERO, M. R., “Técnicas de reproducción asistida y filiación”, *Derecho de Familia* (coordinadora G. Díez-Picazo González), Cizur Menor, 2012, p. 1690.

niño cuyos gametos originales provienen de una persona fallecida varias generaciones antes⁶⁶.

La LTRHA 2006 ha ampliado el plazo en relación con la Ley de 1988. De un plazo de 6 meses se ha pasado al actual plazo de 1 año. En general la doctrina ve dicha ampliación de forma favorable, tanto respecto a la tutela de la viuda como en relación a la protección de los derechos hereditarios de terceros. Por un lado, el plazo de 6 meses era un tiempo muy breve para que la viuda tomara la decisión de inseminarse; todavía permanecía el dolor por el fallecimiento cercano de la persona querida y no estaba en condiciones adecuadas de adoptar una decisión suficientemente meditada⁶⁷. Se ha señalado, además, la brevedad del plazo de 6 meses para un proceso tan complejo como es la inseminación artificial, no solo porque el éxito del mismo no depende exclusivamente de la pericia profesional, sino también del estado físico y psíquico en que se encuentre la mujer. Muchas veces esta hipótesis de fecundación artificial *post mortem* está asociada a largas y penosas enfermedades oncológicas, donde se deteriora el enfermo, pero también los familiares más cercanos⁶⁸. Igualmente, desde la salvaguarda de los derechos de los terceros el plazo del año parece sensato. No queda excesivamente abierta en el tiempo la sucesión hereditaria, de modo que no se menoscaban los derechos de los terceros, sean o no hijos del causante; por otra parte, el futuro niño, una vez que nazca, puede disfrutar de derechos sucesorios⁶⁹.

II.4.2 Respecto a la transferencia post mortem de preembriones

Como ya he puesto de relieve antes, así como el artículo 9 LTRHA 2006 permite la inseminación artificial *post mortem* siempre que concurra el consentimiento del varón para dicha inseminación junto con el plazo de tiempo para llevarla a cabo, en la regulación de la transferencia de

⁶⁶ CORRAL TALCIANI, H., “Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial”, *Revista Chilena de Derecho*, 1992, núm. 19, p. 458.

⁶⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Reproducción asistida *Post Mortem*”, *Aranzadi Civil*, 2001, núm. 2, pp. 2165-2167.

⁶⁸ PÉREZ GALLARDO, L. B., “Inseminación artificial”, cit. p. 615.

⁶⁹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Comentario al artículo 9 LTRHA”, cit. p. 338, propone ampliar el plazo legal, desdoblándolo en dos: por una parte, la solicitud de la viuda de querer la fecundación *post mortem*, que a su juicio habría de emitirse no antes del mes ni después de seis meses después del fallecimiento. Por otra parte, la práctica de la fecundación en el plazo de un año desde que la viuda notifica su decisión.

preembriones solo se alude al consentimiento del fallecido, sin mencionar el requisito del plazo temporal. Pero, además, flexibiliza el requisito del consentimiento del fallecido, presumiéndolo otorgado por este (“Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de embriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”).

Es preciso detenerse en el tipo de supuestos en los que está pensando el legislador de 2006 cuando regula de forma expresa la transferencia *post mortem* de preembriones, ya que en la anterior Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 se suscitan dudas sobre si su artículo 9 incluía o no esta hipótesis. Así, el legislador de 2006 piensa en un matrimonio o en una pareja de hecho que, en vida de ambos, ha iniciado ya un proceso de procreación asistida y, en concreto, como resultado de la fecundación *in vitro*, se han constituido ya preembriones que están, o pendientes de transferencia, o incluso, crioconservados desde hace tiempo. Por consiguiente, ya se ha otorgado por ambos el consentimiento necesario para la utilización de estas técnicas (artículos 6.1 y 6.3 LTRHA 2006, aunque este último precepto solo lo exige para el marido). Junto a dicho consentimiento general, han debido autorizar también, con anterioridad a la generación de los preembriones, el concreto destino de estos, es decir, en esta hipótesis su uso por la propia mujer y por su cónyuge para la procreación (artículo 11.5 LTRHA 2006). De repente, el marido o compañero fallece antes de que haya podido llevarse a cabo la transferencia de los preembriones al útero de la mujer. Evidentemente él no ha podido prever su fallecimiento y, por tanto, no ha podido dar su consentimiento específico para la transferencia *post mortem* de los preembriones, y mucho menos lo ha dado a través de uno de los cauces formales establecidos en el artículo 9. Dicho precepto no prescinde del requisito del consentimiento del varón para la admisión de la transferencia *post mortem* de preembriones; el consentimiento existe, ya se dio en el momento de consentir las técnicas de reproducción asistida y en el momento de decidir el destino de los preembriones antes de la generación de estos. Es decir, el legislador parte de la idea de que la implantación *post mortem* del preembrión no es sino la culminación del proceso de procreación asistida.

Desde luego, algunas objeciones podrían apuntarse a la actual presunción legal del consentimiento del difunto. La más grave, a mi juicio, es que en sentido estricto no hay un consentimiento específico, *ad hoc*, para la transferencia de preembriones posterior al fallecimiento del varón. El hecho de que una persona haya dado su consentimiento para la realización de la fecundación *in vitro*, e incluso para la transferencia de embriones a

su mujer, no implica necesariamente que, de haber sabido que iba a fallecer, hubiera deseado que un hijo suyo naciera en tales circunstancias especiales (es decir, sin tener asistencia de un padre desde el principio)⁷⁰. Aun así, creo que la opción que ha tomado el legislador permitiendo la transferencia del preembrión y facilitándola a través de la presunción del consentimiento del varón es perfectamente compatible, en cuanto cabe afirmar, como ya he apuntado antes, que en esta hipótesis nos encontramos con un preembrión ya constituido en vida del padre, es decir, con un concebido y no nacido (aunque fuera del útero materno).

Por último, es preciso señalar que, aunque el artículo 9 LTRHA 2006 hace referencia de forma exclusiva al requisito del consentimiento del varón para la admisión de la transferencia *post mortem* de preembriones, a mi juicio tal transferencia ha de someterse también al requisito del plazo temporal. Por consiguiente, la transferencia de preembriones ha de producirse en un año desde el fallecimiento del varón. Ello parece lógico porque aquí también está presente el mismo interés que trata de protegerse cuando se exige el plazo temporal limitado en la inseminación artificial *post mortem*, esto es, está en juego la tutela de los derechos sucesorios de otras personas que podrían ser llamadas a la herencia del difunto⁷¹. La transferencia del preembrión no puede dejarse, *sine die*, a la exclusiva voluntad de la viuda o pareja de hecho.

II.5 Consecuencias jurídicas derivadas de la realización de la reproducción artificial *post mortem*

Una vez que se cumplen los dos requisitos exigidos por el legislador para la validez de la reproducción artificial *post mortem*, esto es, el consentimiento del varón fallecido y el plazo temporal, se plantean dos tipos de problemas en relación, sobre todo, con el hijo que va a nacer: los relativos al Derecho de Filiación y al Derecho de Sucesiones. La LTRHA 2006 solo se refiere de forma expresa al primero de esta clase de problemas. Nos encontramos aquí ante un gran reto jurídico, en la medida

⁷⁰ Se plantea también REICHMANN SCHIFF, A., "Arising from the Dead", cit. pp. 963-964, la dificultad que supone que el difunto no haya manifestado su voluntad a favor específicamente de la transferencia de preembriones tras el fallecimiento. Pero, a su juicio, hay un sólido argumento a favor de que pueda producirse la procreación del hijo póstumo: la existencia cierta de la probabilidad de que el difunto hubiera consentido la transferencia del preembrión, unido al hecho de la certeza del consentimiento del cónyuge o compañera supérstite para la procreación.

⁷¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., "Reproducción artificial *post mortem*", cit. pp. 85-86.

en que la normativa del Código Civil español en estas materias se presenta manifiestamente inadecuada para resolver los problemas de filiación y sucesorios derivados de la reproducción artificial asistida.

II.5.1 Problemas de filiación

El artículo 7.1 LTRHA 2006 señala que la filiación de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo las especificaciones establecidas en los tres artículos siguientes de dicho texto legal, entre los que se encuentra el artículo 9. Desde luego la justificación del otorgamiento de una regulación específica para la filiación en dicho artículo 9 radica en la ya aludida dificultad de aplicar a la reproducción artificial *post mortem* las normas del Código Civil sobre filiación. El tratamiento que se hace en el artículo 9 LTRHA sobre los problemas de filiación difiere según que el varón fallecido sea el marido o el compañero de hecho de la mujer.

Si la mujer es inseminada tras el fallecimiento de su marido con espermatozoides de este, el principal problema no radica tanto en determinar quién es el progenitor del niño cuanto en la clase de filiación, ya que con la normativa del Código Civil sería complicado estimar que la filiación del hijo es matrimonial. Esto es, es muy difícil la aplicación de la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil, en cuanto el mismo presume hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges. En la práctica totalidad de los casos de inseminación artificial tras el fallecimiento del marido o transferencia *post mortem* de preembriones, no se cumplirían tales plazos legales, salvo que la inseminación y la transferencia se hiciesen casi simultáneamente a la muerte del esposo⁷².

Por ello el legislador de 2006 ha optado por introducir en el artículo 9 una regla especial de filiación, estimando que la filiación es de carácter

⁷² Tampoco parece que pueda aplicarse el artículo 118 del Código Civil, que establece que *“Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos”*. Además de que el precepto solo habla de separación legal o de hecho y no de disolución –como es el caso de la muerte–, tampoco resulta claro que únicamente sea la mujer la que dé su consentimiento en el momento de la inscripción, entendiéndose que el marido lo presta al tiempo de manifestar su consentimiento a la fecundación *post mortem* a través de alguno de los medios del artículo 9 LTRHA 2006. En este sentido RIVERO HERNÁNDEZ, F., *“La fecundación artificial post mortem”*, cit. p. 892.

matrimonial. De la concurrencia del doble requisito del consentimiento del marido y del plazo temporal para la fecundación se deriva el reconocimiento *ope legis* de la existencia de una relación jurídica entre el hijo nacido de estas técnicas y el varón fallecido. A mi juicio, es una decisión acertada el carácter matrimonial de la filiación: el marido aporta el semen y además la decisión de la fecundación procede de dos personas casadas.

Hay un vacío legal acerca del problema que pudiera plantearse si la viuda que puede someterse a la reproducción *post mortem* contrae matrimonio con otra persona dentro del plazo de un año que tiene para realizar aquella. A la filiación matrimonial que corresponde al primer marido en virtud del artículo 9.2 LTRHA se contrapondría la presunción a favor del segundo marido conforme al artículo 116 del Código Civil⁷³. Pero el Grupo de Trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuando analiza en 1986 los problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* antes de la promulgación de la ya derogada LTRA 1988, sí se lo plantea, y mantiene que será preciso para la inscripción como matrimonial en el Registro Civil de esta forma de filiación la acreditación de que el nacimiento se ha producido en un tiempo prudencial y que no concurre la presunción de paternidad derivada de un nuevo matrimonio de la viuda⁷⁴.

⁷³ Pone de manifiesto la existencia de tal laguna legal INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 849. En las notas de pie de página 15 y 19 de este trabajo ya se ha explicado cómo en el ordenamiento inglés en principio es la madre biológica la que decide en última instancia, tras el nacimiento del niño, si inscribe al cónyuge o pareja de hecho fallecida como progenitor/a del niño (incluso aunque se haya utilizado su material genético). Pero la madre que da a luz no tiene una absoluta libertad de decisión en los casos en que otra persona, de acuerdo con las reglas legales, está legitimada para ser considerada como progenitor/a del niño. Entonces se prioriza tal paternidad/maternidad en atención al beneficio del menor. Véase PROBERT, R., “Cretney and Probert’s Family Law”, cit. p. 232. Por su parte en el ordenamiento portugués, la Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, *Procriação medicamente assistida* se plantea qué sucede si se incumple por la mujer la prohibición legal de la inseminación *post mortem* y finalmente se produce el nacimiento del niño. El artículo 23.º 1 señala que en principio es considerado como hijo del fallecido, salvo que, según el párrafo segundo de este precepto, la mujer, en el tiempo de la inseminación, haya contraído matrimonio o tenga una pareja de hecho de al menos dos años de unión y que el varón haya prestado su consentimiento a la inseminación con semen del difunto. En este caso el consentimiento funciona como atribución de la paternidad.

⁷⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA, “Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*”, Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Suplemento número 3/1996 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1986, p. 22.

Si la madre es inseminada con espermatozoides de su compañero *more uxorio* fallecido es sencillo determinar la clase de filiación. Se trata de una filiación extramatrimonial, en cuanto el hijo es procreado *post mortem* con gametos procedentes de individuos que no estaban unidos en matrimonio. Esta es la opción que toma el legislador de 2006 en el párrafo 3.º del artículo 9. Ahora bien, el consentimiento del compañero fallecido no implica, frente al caso del marido, de forma automática la determinación de la filiación, sino que se establece que dicho consentimiento, otorgado en forma y plazo, sirva como título para iniciar un expediente del artículo 49 conforme a la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, y así poder declarar la filiación paterna del varón conviviente mediante resolución recaída en dicho expediente⁷⁵. Parece que si parte interesada o el Ministerio Fiscal manifestare oposición en el expediente, el hijo dispondrá de la acción de reclamación judicial de paternidad, a la que hace referencia en su parte final el artículo 9.3 LTRHA 2006⁷⁶.

II.5.2 Problemas sucesorios

El artículo 9 LTRHA 2006 no atribuye de modo explícito derechos sucesorios a los nacidos fruto de estas técnicas, pero sin embargo puede inferirse la atribución implícita de tales derechos al determinar o facilitar la determinación de la filiación del hijo respecto al varón fallecido. La conclusión contraria conduciría a sostener la inconstitucionalidad del precepto por vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE, porque se trataría a hijos genéticos del mismo padre y de la misma madre de forma distinta en lo que se refiere a los derechos sucesorios⁷⁷.

⁷⁵ A idéntica conclusión llega CAÑIZARES LASO, A., "El reconocimiento testamentario de la filiación", Madrid, 1990, p. 154, refiriéndose a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988. La equiparación del medio de determinación de la filiación en la reproducción *post mortem* en el caso de matrimonios y parejas de hecho está, sin embargo, en los artículos 235-8.2 y 235-13.2 del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya.

⁷⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., "La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida", *Derecho Civil IV* (coordinador J. R. De Verda), Valencia, 2013, p. 299.

⁷⁷ ROCA TRÍAS, E., "La incidencia de la inseminación", cit. p. 34. Ya he hecho antes referencia a que en ciertos ordenamientos jurídicos, como el inglés, la inscripción de la paternidad del varón fallecido o de la maternidad en caso de mujer fallecida, no supone más que un reconocimiento simbólico de la filiación, no hay atribución de derechos al menor. Consúltense VONK, M., "Children", cit. pp. 45 y 51. De hecho, en España, el informe elaborado con anterioridad a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida 1988 por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In vitro* y la Inseminación Artificial Humanas admite la fecundación artificial *post mortem* pero priva de derechos sucesorios al hijo del fallecido (Recomendación 11, que reenvía a las Recomendaciones 13 y 61) (informe publicado por el Congreso de los Diputados en 1987, p. 113).

Ahora bien, es cierto que la atribución de derechos sucesorios no está exenta de dificultades. Se plantea el problema de la incertidumbre respecto a los derechos sucesorios de otras personas que resultarían perjudicadas con el nacimiento del niño y, además, se plantea un problema de inadecuación de las normas tradicionales del Derecho de Sucesiones del Código Civil, que en absoluto están pensando en los niños que nacen por técnicas de reproducción artificial. Empezando por esta segunda dificultad, se apuntan objeciones relativas a la ausencia de capacidad para suceder por parte de estos. El problema, a mi juicio, no es tan grave respecto a la capacidad para suceder de los preembriones. El Código Civil establece en el artículo 745, número 1.º, que son incapaces para suceder las criaturas abortivas (que son las que nacen sin cumplir los requisitos del artículo 30: nacer con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno). De ahí se deduce, en conexión con el artículo 29 del Código Civil⁷⁸, que el concebido pero no nacido tiene capacidad sucesoria, aunque la efectividad de sus derechos depende de que el llamado llegue a nacer cumpliendo el requisito del mencionado artículo 30 del Código Civil. Aunque en el momento de su promulgación el Código Civil solo pensaba en el concebido por medios naturales, no hay gran objeción para entender aplicable el artículo 29 del Código Civil al preembrión ya constituido en el momento de la muerte del causante: el término “*concebido*” de dicho precepto tiene amplitud suficiente para incluir en el mismo al embrión concebido *in vitro*, en virtud del artículo 3.1 del Código Civil, según el cual las normas han de interpretarse de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas⁷⁹.

Cuestión más complicada son los derechos sucesorios del niño que nace como consecuencia de una inseminación artificial *post mortem* de la mujer. En este caso es claro que estamos ante un *concepturus* y habría

⁷⁸ “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

⁷⁹ FEMENÍA LÓPEZ, P. J., “Status jurídico”, cit. pp. 272 y 283. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 29 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, volumen 3.º, (directores M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Madrid, 1993, pp. 794-795, se plantea, con carácter general, si podría otorgarse al embrión preimplantado la misma protección que se le da en el artículo 29 del Código Civil al concebido y no nacido. A su juicio, nada obstaculiza la asimilación del embrión *in vitro* y el *nasciturus*. Para este autor no se está ante realidades diferentes, porque si lo fueran podría llegarse a la conclusión de que los seres nacidos de mujer tras la fecundación natural o artificial no son equiparables. Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Comentario al artículo 29 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. I (directores A. Cañizares Laso et al.), Cizur Menor, 2011, pp. 274-275, entiende que el artículo 29 del Código Civil no solo permite la extensión de efectos favorables de carácter patrimonial, sino también de efectos personales.

que otorgarle, pues, el mismo tratamiento que posee este en el ordenamiento español. En consonancia con esta afirmación, se habría de admitir la posibilidad, dentro del ámbito de la sucesión testada, de que el causante pueda llamar a suceder al niño fruto de estas nuevas técnicas, como legatario o como heredero, o bien mediante el procedimiento clásico de la sustitución fideicomisaria, o bien, directamente, considerándose entonces que la institución queda sometida a la condición suspensiva de que llegue a nacer⁸⁰. Pero siempre suele reconocerse el llamamiento al *concepturus* dentro del ámbito de la sucesión testada, no de la intestada⁸¹.

Lo más adecuado, a mi juicio, sería realizar una reforma del articulado del Código Civil señalando, o bien directamente que el niño que va a nacer fruto de la fecundación artificial *post mortem* posee capacidad para suceder (tal como hace la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las Sucesiones⁸²), o bien presumiendo que los hijos nacidos de esta forma se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión (tal como dispone el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas⁸³).

⁸⁰ Un estudio completo de los derechos sucesorios del *concepturus* en DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Compendio de Derecho Sucesorio”, Madrid, 2011, pp. 57-58. Este autor señala que la posibilidad de instituir heredero directamente al niño fruto de estas técnicas está en la propia LTRHA 2006. Efectivamente, el artículo 9 prevé la posibilidad de consentir en testamento que su material reproductor pueda ser utilizado por la mujer a su fallecimiento, de modo que, además de consentirse el uso de su esperma, podría disponer en dicho instrumento que el niño que vaya a nacer sea instituido heredero. En el mismo sentido se pronuncia NÚÑEZ IGLESIAS, A., “Comentario al artículo 745 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. II (directores A. Cañizares Laso et al.), Cizur Menor, 2011, p. 587.

⁸¹ Una excepción en INIESTA DELGADO, J. J., “Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2008, núm. 29, p. 14. Por supuesto tampoco ve inconveniente este autor en reconocer al hijo fruto de estas técnicas sus derechos en cuanto legítimo y a que, en su caso, aquel pueda disponer de los instrumentos que le proporciona el Código Civil para la defensa de su legítima (pp. 14-15).

⁸² Artículo 412-1: “1. Tienen capacidad para suceder todas las personas que en el momento de la apertura de la sucesión ya hayan nacido o hayan sido concebidas y que sobrevivan al causante. 2. Los hijos que nazcan en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto”.

⁸³ Artículo 325. 3: “Si el causante ha expresado en debida forma su voluntad de fecundación asistida *post mortem* con su material reproductor, los hijos así nacidos se considerarán concebidos al tiempo de la apertura de la sucesión siempre que cumplan los requisitos que la legislación sobre esas técnicas de reproducción establece para determinar la filiación”.

El segundo de los problemas sucesorios que se plantean con la admisión de la reproducción artificial *post mortem* es el perjuicio que pueden sufrir terceros que tendrían derechos sucesorios en la herencia del varón difunto, o bien porque quedarían disminuidos con el nacimiento de un nuevo hijo (como en el caso de otros hijos del varón fallecido) o bien porque quedarían privados de ellos. Ahora bien, a la vez cabe afirmar que tal peligro quedaría atenuado de forma considerable a través de dos medidas. La primera es la fijación de un plazo temporal dentro del cual ha de inseminarse a la mujer, o dentro del cual ha de producirse la transferencia de preembriones. La segunda medida es la aplicación de la normativa del Código Civil relativa a las precauciones que han de adoptarse cuando la viuda queda encinta (artículos 959 a 967). La doctrina desde luego no ve demasiado problema en entender aplicable dicha normativa en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida *post mortem* con las matizaciones oportunas⁸⁴. Por ejemplo, en relación con el aviso que la viuda ha de dar a las personas que posean derechos sucesorios en la herencia del fallecido que deban desaparecer o disminuir con el nacimiento del hijo, el Código Civil señala que ha de ser doble: la viuda ha de poner en conocimiento de las citadas personas el hecho del embarazo y la fecha probable del parto, cuando este se aproxime. En el supuesto específico que vengo analizando, la obligación de aviso por parte de la viuda o compañera ha de extenderse también, además de a los dos aspectos citados, a su intención de proceder a la fecundación *post mortem* o a la transferencia del preembrión previamente constituido, dentro del plazo que señala la ley, ya que los interesados tienen derecho a conocer, no solo el embarazo en sí, sino también la posibilidad del mismo. Tal obligación de notificación lo será respecto del momento preciso y del lugar en que se procederá a la fecundación *post mortem* o a la transferencia⁸⁵.

III. SEGUNDO DILEMA JURÍDICO. ANÁLISIS DE LA DOBLE MATERNIDAD EN EL ARTÍCULO 7.3 LTRHA

III.1 Algunas precisiones sobre la admisión de la doble maternidad en la LTRHA

III.1.1 Reflexiones introductorias

El artículo 7.3 LTRHA 2006 posibilita que la mujer casada con otra mujer, cuando no haya separación legal o de hecho, pueda manifestar ante el

⁸⁴ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., "Comentario al artículo 959 del Código Civil", *Código Civil Comentado*, volumen II (directores A. Cañizares Laso et alii), Cizur Menor, 2011, p. 1393.

⁸⁵ FEMENÍA LÓPEZ, P. J., "Status jurídico", cit. pp. 286-287.

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 al nacido. Establece, pues, tal precepto un nuevo criterio de determinación extrajudicial de la filiación materna, ya que hasta el momento de la introducción de este precepto en la normativa reguladora de las técnicas de reproducción asistida solo se reconocía como criterio de determinación de la filiación materna el parto. Tal mecanismo de determinación extrajudicial de la maternidad, que se basa en la voluntad de ser madre, ha de restringirse al ámbito de las técnicas de reproducción asistida, ya que no se ha reconocido por el legislador de forma general⁸⁶. Y ello a pesar de las dudas que pueda suscitar al respecto, por una parte, que el artículo 7.3 LTRHA se introduzca a través de una ley que nada tiene que ver con el ámbito de la reproducción asistida, como es la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, y, por otra parte, que en su tenor literal el artículo 7.3 no haga ninguna referencia concreta a que el nacido lo sea por aplicación de las técnicas de reproducción asistida⁸⁷.

Es cierto que la introducción de este precepto responde a la consagración del matrimonio homosexual y a su equiparación, en cuanto a efectos y a requisitos con el matrimonio heterosexual, en la Ley 13/2005, de 1 de julio, modificativa del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, hoy declarada constitucional por la STC de 6 de noviembre de 2012⁸⁸, aunque esta posibilidad prevista en el artículo 7.3 LTRHA se ha limitado al matrimonio de mujeres y no se ha extendido al de hombres⁸⁹.

⁸⁶ En este sentido QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013”, *CCJC*, 2014, número 95, p. 18 (<http://proview.thomsonreuters.com>).

⁸⁷ VERDERA SERVER, R., “Filiación”, cit. p. 286, con buen criterio ha sostenido que la ubicación del artículo 7.3 en la ley dedicada a las técnicas de reproducción humana asistida permite sostener de modo lógico que su ámbito de aplicación está ligado a tal circunstancia.

⁸⁸ Véase el comentario de BENAVENTE MOREDA, P., “Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Garantías institucionales del matrimonio y el derecho fundamental a contraerlo. A propósito de la STC de 6 de noviembre de 2012”, *RJUAM*, 2013, núm. 27, pp. 327-353.

⁸⁹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Copaternidad y matrimonio entre hombres: la derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada en razones de igualdad”, *RDP*, 2014, julio-agosto, p. 21, apunta que, a su juicio, debe permitirse la gestación por sustitución (hoy prohibida en el artículo 10 LTRHA) a los matrimonios entre hombres para que no exista discriminación entre estos y los matrimonios tanto heretosexuales como homosexuales entre mujeres (p. 24). Este mismo argumento es señalado en el fundamento de derecho 5.º por la RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735). Parece, sin embargo,

Pero, no obstante, creo que hay otra razón de mayor peso que ha posibilitado la admisión de la doble maternidad en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida. Así, es fundamental para tal admisión la finalidad a la que sirven dichas técnicas. Como ya se ha apuntado en otro momento en este trabajo, en el ordenamiento español las técnicas de reproducción asistida se fundamentan en un hipotético derecho a la procreación y no en el derecho a la salud. De este modo, la LTRHA de 2006 no hace referencia ya en su artículo 1, frente a la redacción inicial de la anterior LTRA de 1988, a que la finalidad de las técnicas sea la eliminación de la esterilidad. El fundamento de estas técnicas en la tutela del derecho a la procreación lleva consigo de modo automático que no haya ninguna imposibilidad técnica de admitir la doble maternidad de dos mujeres. Por el contrario, en otros ordenamientos como el francés, que sí consagran en la actualidad el matrimonio entre personas del mismo sexo (artículo 143 Code Civil), al recoger entre sus fines para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida el remedio de la infertilidad de la pareja, es lógico que restrinjan los usuarios de las técnicas a parejas de diferente sexo⁹⁰.

En el artículo 7.3 LTRHA se configura la maternidad como una facultad de la madre no gestante, que se basa en el consentimiento; esto es, en la voluntad de querer ser madre. El fundamento de este título de atribución de la maternidad no está evidentemente en la verdad biológica, ya que no hay posibilidad real de relación biológica fértil entre parejas homosexuales. Cabe la duda de si se está ante un nuevo criterio de determinación de la

que la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736) no considera en su fundamento 4.º que la aplicación del artículo 10 LTRHA a los matrimonios entre hombres encierre una discriminación por razón de sexo por dos razones: porque esta norma es aplicable a todas las uniones, con independencia del sexo de sus componentes y porque la misma se fundamenta en un hecho objetivo y biológico como es el parto, que resulta imposible en los matrimonios formados por dos hombres.

⁹⁰ Así, véase L. 2141-2 del *Code de la Santé Publique* (consultese en <http://www.legifrance.gouv.fr>). También, en atención al mismo fin de remedio de la esterilidad de la pareja, los ordenamientos portugués e italiano restringen el uso de las técnicas de reproducción asistida a las parejas de distinto sexo, respectivamente, en el artículo 6.1 de *la Lei* n.º 32/2006, de 26 de Julho, *Procriação medicamente assistida* y en el artículo 5 de la Ley italiana de 19 febbraio 2004, núm. 40, sobre *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. Se pregunta MONÉGER, F., "France: Biological and Social Parentage", *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities* (ed. K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart), Cambridge-Antwerpen-Portland, 2014, p. 183, si el legislador francés va a cambiar la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida para ponerlas a disposición de las mujeres solas. El tema en la actualidad está sometido a debate. En caso de permitirse tal posibilidad, la mujer casada con la madre biológica tendría como alternativa la posibilidad de adoptar al hijo de esta última.

filiación materna por naturaleza (distinta a la biológica, claro), o ante un nuevo criterio de determinación de la filiación materna de carácter legal, que se aproxima a la adopción, aunque con menos complicaciones formales que esta última⁹¹. En contra de su proximidad a la adopción se ha alegado que ni hay establecimiento de la filiación por sentencia judicial ni entra en juego el principio del interés del adoptando. Y que al no recogerse en el artículo 108 del Código Civil más que la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza, no queda otra posibilidad que encajar la hipótesis de la doble maternidad del artículo 7.3 LTRHA en la filiación por naturaleza⁹².

El ejercicio de esta facultad por la madre no gestante desde luego no provoca directamente la inscripción de la filiación debido a que la declaración de voluntad tiene que emitirse antes del nacimiento del niño. Por consiguiente, el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal se limitará a hacer constar en el Libro Diario tal declaración de la cónyuge. Ello sirve de prueba tanto del hecho en sí de la existencia del consentimiento como de la fecha concreta en que ha sido emitido⁹³.

Hay críticas varias al artículo 7.3 LTRHA esgrimidas por parte de la doctrina. Por una parte, las que se oponen frontalmente a la admisión de la figura en él regulada alegando que con ella se está afirmando un hecho falso desde el punto de vista biológico; exclusivamente cabría hablar, pues, desde esta perspectiva de una maternidad única basada en el parto, de modo que la mujer casada cuya cónyuge da a luz solo puede aspirar a compartir la filiación, pero no a ser madre⁹⁴. Por otra parte, las objeciones

⁹¹ INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 804, se inclina por entender que estamos ante un criterio de determinación legal próximo a la adopción. La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, que admite la doble maternidad matrimonial (artículo 235-8.1) y no matrimonial (artículo 235-13.1), señala en su Preámbulo que “Evidentemente, la maternidad derivada del mero consentimiento para la procreación asistida de su esposa o compañera no es una maternidad biológica, por naturaleza, sino una relación jurídica puramente legal”.

⁹² Así se ha pronunciado BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. pp. 102 y 111-112, nota de pie de página 32.

⁹³ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., “Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo”, AC, 2014, números 7-8, p. 5 (<http://revistas.laley.es>).

⁹⁴ Esgrime tal crítica ARECHEDERRA, L., “Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la ley. La doble vertiente del principio constitucional de libre investigación de la paternidad”, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, tomo I (coordinador L. Díez-Picazo), Cizur Menor, 2014, pp. 374-375. Por su parte señala BARBER CÁRCAMO, R., “La filiación en España: una visión crítica”, Cizur Menor, 2013, p. 136, que el legislador regula un supuesto de filiación natural matrimonial imposible, desvinculado, no solo de la verdad, sino sobre todo de la posibilidad biológica.

de autores que, sin mostrarse contrarios a la admisión de la doble maternidad, consideran que el precepto se mueve dentro de márgenes muy estrechos, con claros límites de carácter subjetivo, temporal y formal. A continuación me detengo a analizar dichos límites.

III.1.2 Examen de los límites derivados del artículo 7.3 LTRHA

Desde el punto de vista subjetivo, solo pueden beneficiarse de la facultad atribuida a la madre no gestante las mujeres homosexuales que hayan contraído matrimonio (“Cuando la mujer estuviere casada”). Por consiguiente, está excluyendo de su ámbito a las parejas de hecho formadas por dos mujeres. Sobre esta exclusión vuelvo más tarde. El precepto requiere literalmente que la declaración de voluntad se haga por mujer casada, luego se exige con ello que la misma se lleve a cabo tras la celebración del matrimonio⁹⁵. Sin embargo, hay opiniones a favor de que se admita, dentro del ámbito de aplicación legal, la hipótesis en que ambas mujeres no estén casadas cuando se emita la declaración de voluntad de asunción de la maternidad y, en cambio, hayan contraído matrimonio en el momento del nacimiento. Se ha justificado esta posibilidad en que, como he apuntado antes, se está ante una inscripción de filiación cuya práctica requiere dos actos registrales ubicados en momentos temporales distintos: el momento de la declaración de voluntad antes del nacimiento (que, como afecta a un concebido y no nacido no puede inscribirse todavía) y el momento del nacimiento⁹⁶. También entraría dentro del tenor literal del precepto la hipótesis en que ambas mujeres están casadas en el momento de la declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil y, por el contrario, están separadas o divorciadas en el momento del nacimiento⁹⁷.

Desde el punto de vista temporal, es claro también que el precepto está sujeto a un límite, ya que el tenor literal del artículo 7.3 LTRHA no deja lugar a la menor duda de que la declaración de voluntad de la cónyuge tiene que producirse antes del nacimiento del niño. Aunque se ha manifestado por parte de la doctrina que no se comprende bien el motivo

⁹⁵ BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 106, con reenvío sobre el particular a las RDGRN 12.1. 2011 (JUR 2012, 64031) y 28.2.2011 (JUR 2012, 74939). Pero realmente lo único que afirman estas resoluciones es la exigencia de que las solicitantes estén casadas antes del nacimiento del niño.

⁹⁶ QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. p. 27.

⁹⁷ En este sentido Barber Cárcamo, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 107, y QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. p. 27.

que explique la exclusión del consentimiento posterior al nacimiento⁹⁸, parece que ha sido una decisión meditada por parte del legislador, con el fin de no abrir a las parejas de mujeres la vía del reconocimiento como un medio de determinación de la filiación⁹⁹. Seguramente el legislador desea que prevalezca la seguridad jurídica y la estabilidad en las relaciones filiales en aquellos casos en que, como este, no hay correspondencia con la verdad biológica. A ello ha de añadirse que, de no ponerse un límite temporal, la filiación quedaría sujeta de forma exclusiva a la voluntad de la madre, sine die¹⁰⁰. De todas formas se ha mantenido que hubiera sido deseable que el legislador hubiese previsto, a través de una disposición transitoria, que las mujeres cuya cónyuge hubiera sido madre gestante por medio de las técnicas de reproducción asistida antes de la entrada en vigor del artículo 7.3 LTRHA, tuvieran un tiempo para emitir ante el encargado del Registro Civil el consentimiento de asunción de la maternidad¹⁰¹.

Este requisito temporal del artículo 7.3 LTRHA, consistente en que la manifestación del consentimiento ante el encargado del Registro Civil se lleve a cabo antes del nacimiento se ha aplicado de modo riguroso por la Dirección General de los Registros y del Notariado a partir de que el nacimiento se ha producido después de la entrada en vigor del citado precepto. Pero en cambio hay resoluciones que han admitido un consentimiento posterior al nacimiento al entender que, en atención a la finalidad del precepto, es posible aplicarlo cuando aún no estaba el mismo en vigor¹⁰².

⁹⁸ INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 806.

⁹⁹ En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, 2007, núm. 21, p. 86. Esta autora mantiene que probablemente cabe equiparar al reconocimiento de un concebido y no nacido la declaración ante el encargado del Registro Civil consintiendo que el hijo que va a nacer sea estimado propio. Se pregunta si era necesario sostener que el artículo 7.3 LTRHA constituye otro título de determinación de la filiación distinto para excluir la quiebra de la doctrina que admite la impugnación de los reconocimientos realizados por varones que no se correspondan a una verdad biológica. Desde luego, en mi opinión, es evidente que tal y como es configurado por el legislador el reconocimiento de la filiación, este es un título de determinación extrajudicial de la filiación que presupone la veracidad del vínculo biológico entre el progenitor y el hijo al que reconoce como tal.

¹⁰⁰ BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 109.

¹⁰¹ En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal”, cit. p. 87.

¹⁰² Véase al respecto y las resoluciones allí citadas en BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ADC*, 2011, fascículo I, pp. 99-100, y DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: un nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2014 (BIB 2014/244), p. 6 (aranzadidigital.es)

Entre los límites formales del artículo 7.3 LTRHA se halla la necesidad de que la declaración de voluntad se haga ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal. En primer lugar, llama la atención que este cambio legislativo admitiendo la doble maternidad no haya ido acompañado de un cambio en la legislación registral que regule y desarrolle la posibilidad de inscripción de la doble filiación materna. Así, los artículos 44 y siguientes de la aún no en vigor Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, relativos a la inscripción de nacimiento y filiación, continúan guardando silencio sobre este punto (aunque el futuro de esta reforma legal es, en el momento actual, realmente incierto)¹⁰³. En segundo lugar, y aunque volveré sobre ello con más detalle con posterioridad, es muy importante caer en la cuenta de que el consentimiento al que se refiere el artículo 7.3 LTRHA es muy distinto al consentimiento para autorizar el uso de las técnicas de reproducción asistida, consentimiento este último al que en ningún momento se refiere el legislador cuando regula la doble maternidad. El consentimiento al que alude tal precepto se hace para la determinación de la filiación del nacido a favor de la cónyuge declarante no gestante.

Es razonable que se escoja por el legislador una forma solemne para emitir el consentimiento de la madre no gestante, en la medida en que a la asunción de la filiación materna, como a cualquier otra, van ligadas importantes consecuencias jurídicas (apellidos, derechos sucesorios, patria potestad) que requieren una decisión tomada con cierta reflexión¹⁰⁴. Aunque desde luego no sería descabellado que el legislador estatal hubiera abierto la posibilidad de que la declaración de voluntad pudiera hacerse en otro instrumento igualmente solemne, como es un documento público¹⁰⁵. De hecho la posibilidad de que tal consentimiento se realice en esta última clase de documento ha sido prevista por el legislador autonómico en los artículos 235-8.1 (fecundación asistida de mujer casada) y 235-13.1 (fecundación asistida de mujer no casada) del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña.

¹⁰³ En este sentido se manifiesta FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida”, cit. p. 106.

¹⁰⁴ Así, QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. p. 21. También encuentra perfectamente justificado tal requisito formal BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 110, en la medida en que, entre otras razones, se está ante un supuesto excepcional y desvinculado de la realidad biológica.

¹⁰⁵ QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. p. 22.

Por último, hay un cuarto tipo de límite que no parece desprenderse del tenor literal del artículo 7.3 LTRHA, pero que la apelación al sentido común y a la seguridad jurídica legitima su exigencia. La declaración de voluntad asumiendo la maternidad por parte de la cónyuge no gestante ha de referirse a un *nasciturus* concreto. No sería válida, a mi juicio, una declaración única que valga para un número indeterminado de ciclos reproductivos¹⁰⁶.

Junto a estas apreciaciones hechas por parte de la doctrina en torno a los límites derivados del precepto, este también ha recibido críticas debido a su ubicación concreta y a la forma de introducirse esta modificación en nuestro ordenamiento. En cuanto a la ubicación, este precepto se sitúa en el artículo 7 LTRHA, cuyo párrafo primero remite, para todo lo relativo a la filiación de los nacidos producto de las técnicas de reproducción asistida, a las leyes civiles, con la excepción de las especificaciones establecidas por el legislador en la propia LTRHA en los tres artículos siguientes (esto es, artículos 8, 9 y 10). Precisamente el artículo 7.3 constituye una de estas especialidades, al establecer un nuevo medio de determinación de la filiación. En concreto, es el primer caso (no desde un punto de vista temporal, claro) de un régimen especial de filiación de la LTRHA. Por ello su ubicación más correcta hubiera sido el artículo 8 de la citada ley, que lleva por rúbrica “Determinación legal de la filiación”¹⁰⁷.

Respecto a la forma de introducción del precepto en nuestro ordenamiento, se ha afirmado que, a pesar de que la LTRHA 2006 fue objeto de debate, discusión y aprobación con posterioridad a la vigencia de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que admite el matrimonio homosexual, no se introduce en aquella la hipótesis de la doble maternidad, pudiendo y debiéndose ya hacer en aquel momento¹⁰⁸. El artículo 7.3 es introducido más tarde, a través de una ley posterior a la LTRHA 2006, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, ley absolutamente ajena a la institución de la filiación (en concreto, se incorpora a través de la disposición adicional 1.ª)¹⁰⁹.

En fin, lo que se buscó en su momento con la admisión de la doble maternidad es que los matrimonios de mujeres no tuvieran que recurrir a la única alternativa legal de que disponían desde la promulgación de la

¹⁰⁶ En este sentido, BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 110.

¹⁰⁷ INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 801.

¹⁰⁸ BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación”, cit. p. 85.

¹⁰⁹ BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación”, cit. p. 86.

Ley 13/2005, que era la adopción por la esposa no gestante del hijo de su cónyuge, nacido fruto de las Técnicas de Reproducción Asistida, en virtud del artículo 175.4 del Código Civil (en caso de aplicarse, claro, el régimen común del Código Civil). Tal adopción no exige ni propuesta previa de la entidad pública ni declaración administrativa de idoneidad (artículo 176.2 del Código Civil), aunque sí requiere asentimiento de la madre (artículo 177.2.2.º del Código Civil) y que se constituya por resolución judicial que ha de examinar la concurrencia de idoneidad de la adoptante y adecuación de la adopción al interés del menor (artículo 176.1 del Código Civil)¹¹⁰. Indudablemente la adopción es un proceso más costoso que el acceso a la doble maternidad, además de que antes de la constitución de la adopción la cónyuge de la madre biológica no tiene ningún vínculo con el niño que va a nacer, con las consecuencias perjudiciales que ello puede tener en caso de muerte de uno u otro cónyuge. Si fallece la madre gestante, el niño queda desprotegido, ya que su pareja no tiene ningún deber hacia aquel. Si muere la cónyuge de la madre gestante, el hijo carecería de derecho frente a ella (por ejemplo, a efectos sucesorios o a efectos de indemnización en caso de muerte)¹¹¹.

A continuación se van a desarrollar tres premisas. La primera premisa constituye tan solo la constatación de un hecho: en la LTRHA se da un trato jurídico diferente al matrimonio heterosexual y al matrimonio de mujeres en cuanto a la determinación de la filiación. Las otras dos premisas tratan de estudiar cómo ha sido la reacción de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo cuando se ha enfrentado a casos reales cuyas circunstancias no entraban dentro de los márgenes de la doble maternidad del artículo 7.3 LTRHA. En buena medida, es la insatisfacción producida por los tres límites del artículo 7.3 LTRHA, subjetivos, temporales y formales, la que probablemente ha conducido a que el Tribunal Supremo haya dictado unos pronunciamientos judiciales muy discutibles en cuanto, al establecer soluciones al margen de la ley y abrir la doble maternidad a otros supuestos no previstos dentro del artículo 7.3 LTRHA, ha causado una serie de disfunciones dentro del sistema, tanto por el escaso rigor en la aplicación de los conceptos técnicos de filiación del Código Civil (pensados para una filiación biológica) como por el trato de desigualdad que se introduce frente a matrimonios de mujeres que sí han ejercitado, ciñéndose a los requisitos exigidos, el artículo 7.3 LTRHA.

¹¹⁰ BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p 134.

¹¹¹ Sobre la cuestión FARNÓS AMORÓS, E. /GARRIGA GORINA, M., “¿Madres? Pueden ser más de una. Tres casos recientes de la *Supreme Court* de California”, *InDret* 4/2005, p. 6 (www.indret.com).

III.2 Primera premisa. Diferente trato jurídico para el matrimonio heterosexual y el matrimonio homosexual de mujeres respecto a la determinación de la filiación en la LTRHA

Ya antes de que se introdujera en el año 2007 el artículo 7.3 en la LTRHA de 2006 podía hablarse de un trato muy diferente entre el matrimonio heterosexual y el matrimonio de mujeres para el acceso a la paternidad y a la maternidad, en la medida en que el único recurso para acceder a la “maternidad” en el segundo caso era, como ya he apuntado antes, según la normativa estatal, la adopción por la madre no gestante del nacido de su cónyuge por las técnicas de reproducción asistida. Pero la polémica no se ha cerrado con el actual artículo 7.3 LTRHA.

Se ha sostenido por un sector doctrinal que la actual LTRHA sigue estableciendo un régimen de acceso a la doble maternidad en el artículo 7.3 LTRHA distinto al previsto para el acceso a la paternidad en el caso de un matrimonio heterosexual (artículo 6.3)¹¹². Así, en el caso del matrimonio de mujeres se exige una declaración de voluntad asumiendo la maternidad ante el encargado del Registro Civil antes del nacimiento, mientras que en el caso del matrimonio heterosexual parece que se liga la determinación de la filiación al consentimiento prestado por el marido al uso de las técnicas de reproducción asistida. Pero se ha subrayado que hay un cierto punto en común en el criterio de acceso a la maternidad y a la paternidad en el régimen previsto por el legislador estatal, tanto para el matrimonio homosexual como para el homosexual de mujeres, en la medida en que en ambos casos tal criterio es la voluntad personal de quien quiere asumir ser progenitor o progenitora del niño nacido fruto de estas técnicas¹¹³.

¹¹² Así, FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida”, cit. p. 111, califica de “más gravoso” el régimen de acceso a la doble maternidad en el artículo 7.3 LTRHA. También en un parecido sentido se habla de trato discriminatorio en cuanto a este extremo entre el marido en el matrimonio heterosexual y la cónyuge femenina en el matrimonio homosexual por PADIAL ALBÁS, A., “La discriminación de la cónyuge y de la conviviente homosexual de la usuaria, en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Estudios Jurídicos sobre persona y familia* (coordinadora M. T. Areces Piñol), Granada, 2009, p. 289 y TOMÁS MARTÍNEZ, G., “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, *Actualidad Civil*, 2010, núm. 7, p. 9 (laleydigital.es).

¹¹³ CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “La llamada doble maternidad “por naturaleza”: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, *LL*, 30 de enero de 2014, núm. 8240, La Ley 281/2014, p. 5 (laleydigital.laley.es).

III.2.1 Régimen de acceso a la paternidad en el matrimonio heterosexual

En relación con el matrimonio heterosexual, se ha mantenido por el sector doctrinal antes aludido que el marido puede consentir la determinación de la paternidad a su favor en el documento sanitario donde presta su consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida¹¹⁴. Así, en el artículo 6.3 LTRHA se establece que “Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuviesen separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente”. El consentimiento del cónyuge, sigue señalando el precepto, que se hace antes del uso de las técnicas de reproducción asistida, ha de reunir los mismos requisitos que el que ha dado la usuaria de las técnicas: ha de ser libre, consciente y formal. Como ya he defendido en otro momento de este trabajo, el artículo 6.3 LTRHA ha de interpretarse de forma conjunta con el artículo 3.4 de dicha ley, señalando este último que la aceptación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de las mismas ha de realizarse en el formulario de consentimiento informado. De ahí que el marido podrá consentir en dicho formulario el uso de su material reproductor o el uso del esperma de un donante para la fecundación de su mujer. En caso de que el marido no prestara tal consentimiento, su paternidad quedará determinada por la presunción de la paternidad recogida en el artículo 116 del Código Civil¹¹⁵.

Es verdad que así como el artículo 235-8.1 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, es bastante claro en su expresión al inferirse de la misma que la finalidad concreta del consentimiento del marido en el documento extendido ante un centro autorizado es la determinación de la filiación, no lo es, sin embargo, el artículo 6.3 LTRHA. Este último precepto hace referencia a la necesidad del consentimiento del marido de la usuaria, pero realmente en ningún momento señala que su fin sea la atribución de la filiación del nacido a su favor. Por tal razón, desde otro sector doctrinal se ha afirmado que la LTRHA no ha incluido un criterio específico de determinación de la filiación matrimonial paterna, de ahí que entra en juego el artículo 7.1 de esta ley y la remisión que él hace al Código Civil. Por eso ha de aplicarse directamente la presunción de paternidad marital del artículo 116 del Código Civil, tanto si la fecundación es homóloga como heteróloga¹¹⁶.

¹¹⁴ En este sentido, FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida”, cit. p. 111.

¹¹⁵ FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida”, cit. p. 111.

¹¹⁶ En este sentido, INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. pp. 757-758 y 762. A mi juicio más dudas suscita el caso de la reproducción artificial *post mortem* del marido en

Para este último sector doctrinal las dudas que se han suscitado a favor de que el consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida sea el fundamento de la determinación de la filiación paterna tienen su causa en el artículo 8.1 LTRHA (“Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”). Pero el sentido que ha de otorgarse a tal precepto es que el consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida es un refuerzo de la presunción de paternidad del Código Civil. Tal refuerzo consiste en la imposibilidad de impugnar por la vía judicial la paternidad por parte del cónyuge que ha prestado el consentimiento¹¹⁷. Por consiguiente, la falta de consentimiento del marido no representa un obstáculo para la determinación de la filiación; la única consecuencia que tal ausencia tendrá será que la filiación se transforma en una filiación ordinaria y se podrá impugnar judicialmente¹¹⁸.

En cualquier caso, aunque se sostenga la tesis de que el consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida no constituye en la LTRHA un criterio de determinación de la filiación paterna, debiendo aplicarse las normas generales del Código Civil y, por tanto, la presunción de paternidad marital del artículo 116, no parece que ello obstaculice en absoluto la consideración de hecho que se está haciendo en esta primera premisa. Se trata de poner de manifiesto que la LTRHA prevé un régimen de acceso distinto a la paternidad en el matrimonio heterosexual que a la maternidad en el matrimonio de mujeres, y que aunque se aplique como criterio de determinación de la paternidad la presunción del artículo 116 del Código Civil y no el criterio del consentimiento dado al uso de las técnicas de reproducción asistida, ello sigue suponiendo un diferente trato para el matrimonio de mujeres respecto al matrimonio heterosexual, no existiendo una presunción semejante en el caso de dos mujeres casadas. Otra cosa distinta es que esté o no justificada tal diferencia de trato, como se analiza a continuación.

el artículo 9.2 LTRHA, porque aquí basta que el marido dé su consentimiento al uso de su material reproductor para fecundar a su mujer tras su muerte para que quede determinada automáticamente la filiación del hijo respecto a él. Pero también es cierto que aquí no tiene sentido aplicar la presunción de paternidad del artículo 116 del Código Civil, como ya ha quedado puesto de relieve en la primera parte de este trabajo. En la mayoría de los supuestos no podrían cumplirse los plazos legales del precepto, salvo que la inseminación y la transferencia *post mortem* se hiciesen casi de modo simultáneo a la muerte del marido.

¹¹⁷ Así se pronuncia INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 758. Señala también VERDELA SERVER, R., “Filiación de los hijos nacidos”, cit. p. 271, que el artículo 8.1 no constituye un criterio específico de determinación de la filiación.

¹¹⁸ INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 758.

III.2.2 Régimen de acceso a la maternidad en el matrimonio de mujeres

Este sector doctrinal al que antes he aludido, que entiende que el consentimiento dado por el marido al uso de las técnicas en el centro médico es el fundamento de la atribución de la filiación matrimonial a su favor, mantiene que en el matrimonio de mujeres, por el contrario, se exige para el acceso a la maternidad de la cónyuge de la madre gestante un acto positivo, diferente y más complejo que el requerido al marido¹¹⁹. La mujer que quiere que su maternidad quede determinada a su favor, en virtud del artículo 7.3 LTRHA, ha de hacerlo constar mediante una declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil de su domicilio conyugal antes del nacimiento del hijo. El tipo de consentimiento que se exige en uno y otro caso, y al que se liga la determinación de la filiación, es distinto: en el caso del marido, tal consentimiento consiste en la autorización previa para el uso de las técnicas (artículo 6.3 LTRHA), y en el caso de la mujer homosexual, en la asunción de la maternidad del hijo de su cónyuge, después de la aplicación con éxito de las técnicas de reproducción asistida. Por otro lado, el consentimiento del marido se realiza en el mismo centro médico y el consentimiento de la mujer se da fuera del centro médico (ante el encargado del Registro Civil de su domicilio conyugal)¹²⁰.

Otro hecho, desde luego indiscutible, es que la LTRHA no confiere ningún valor jurídico al consentimiento que da la esposa de la usuaria al uso de las técnicas de reproducción asistida¹²¹. Es más, ni menciona en el articulado la necesidad de emitir tal consentimiento, a diferencia, como se ha visto antes, de lo preceptuado para el marido en el caso del matrimonio heterosexual en el artículo 6.3 de la ley¹²². Ahora bien, se ha afirmado que

¹¹⁹ FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida”, cit. p. 111.

¹²⁰ TOMÁS MARTÍNEZ, G., “El consentimiento”, cit. p. 9, no entiende la razón de tal distinción. A juicio de Sánchez Hernández, A., “La feminización del Derecho Privado y las técnicas de reproducción asistida”, *El levantamiento de velo: las mujeres en el Derecho Privado* (directoras M. P. García Rubio y M. R. Valpuesta Fernández), Valencia, 2011, p. 691, la diferencia en el tratamiento legal del consentimiento del cónyuge hombre y del cónyuge mujer en la LTRHA marca un evidente distanciamiento de la filosofía presente en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que admite el matrimonio entre personas del mismo sexo otorgándoles los mismos requisitos y efectos que al matrimonio heterosexual (artículo 44.2 del Código Civil).

¹²¹ FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida”, cit. p. 111.

¹²² TOMÁS MARTÍNEZ, G., “El consentimiento”, cit. p. 10, no entiende que la LTRHA no haya ampliado la necesidad de dar el consentimiento autorizando las técnicas también al caso del matrimonio de mujeres, sobre todo teniendo en cuenta la función que cumple: además

esta ausencia, o esta no referencia legal, no impide que la mujer casada con otra pueda prestar su consentimiento a la fecundación asistida de su cónyuge¹²³. De hecho, en la práctica registral se está exigiendo este consentimiento cuando la cónyuge acude al Registro Civil para declarar su voluntad de asumir la maternidad del nacido (y las clínicas también presentan a la cónyuge de la madre gestante el formulario para que lo firme)¹²⁴.

Sí que merece la pena detenerse en la razón por la que la LTRHA no alude a la necesidad de que la mujer casada con otra preste su consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida. Parece que la razón se halla en que en el matrimonio heterosexual, al jugar la presunción de paternidad del marido respecto al nacido por el juego del artículo 116 del Código Civil, si aquel da su consentimiento ya no podrá impugnar la filiación. Al no existir en el matrimonio de mujeres una presunción análoga de maternidad, no tiene tanta urgencia ya que la mujer consienta con carácter previo al empleo de las técnicas de reproducción asistida¹²⁵.

Ahora bien, sorprende a la doctrina que, a pesar de tratarse de la determinación de una filiación que posee un claro carácter matrimonial (aunque el tenor literal del artículo 7.3 LTRHA no lo diga¹²⁶), no se ha optado por el legislador por la inclusión de una clase de presunción de maternidad conyugal. Se añade, además, que nada hubiera impedido que se estableciera una presunción semejante en caso de que constara el matrimonio de la madre gestante con otra mujer¹²⁷. No obstante, a mi juicio, en el caso del matrimonio de mujeres no podría introducirse una

de servir para impedir la impugnación de la presunción de paternidad en la hipótesis del matrimonio heterosexual sirve para aceptar al hijo como propio, con los efectos patrimoniales y personales que a ello va ligado.

¹²³ VERDERA SERVER, R., "Filiación de los hijos nacidos", cit. p. 288.

¹²⁴ Tomás Martínez, G., "El consentimiento", cit. pp. 11 y ss.

¹²⁵ En este sentido, NANCLARES VALLE, J., "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7/2008 (BIB 2008/578), p. 13 (aranzadidigital.es). Esta es la razón también por la que, para BARBER CÁRCAMO, R., "La filiación en España", cit. p. 157, carecen de justificación las críticas doctrinales hechas calificando la ley de discriminatoria y vulneradora de los derechos de la personalidad de la mujer casada, al no exigir consentimiento previo para el uso de las técnicas a su cónyuge mujer.

¹²⁶ VERDERA SERVER, R., "Filiación de los hijos nacidos", cit. p. 288, señala que, a pesar de que el artículo 7.3 LTRHA no se pronuncie, el nacido debe calificarse como hijo matrimonial en la medida en que quienes son considerados como padres desde el punto de vista jurídico están casados entre sí.

¹²⁷ En este sentido se pronuncia VERDERA SERVER, R., "Filiación de los hijos nacidos", cit. p. 287.

presunción ex lege de maternidad de la cónyuge de la madre biológica exactamente igual a la presunción legal de paternidad del artículo 116 del Código Civil. Este último artículo permite presumir que el hijo nacido de la esposa es hijo del marido en la medida en que existe la posibilidad de una relación biológica fértil entre ambos cónyuges, cosa que es absolutamente imposible en el matrimonio de dos mujeres¹²⁸. De hecho, la propia Exposición de Motivos de la Ley 35/2005, de 1 de julio, explicita que los artículos 116 a 118 del Código Civil no pueden aplicarse a los matrimoniales homosexuales. En el matrimonio de mujeres, más que presumir ex lege la maternidad de la esposa de la madre, sería preferible presumir que la cónyuge que da su consentimiento expreso al uso de las técnicas de reproducción asistida de la madre biológica manifiesta su deseo de ser madre¹²⁹. Otra cosa distinta es qué instrumento formal ha de otorgarse para dar dicho consentimiento, si basta el formulario en el centro médico o debe hacerse en un documento público con las garantías que ello ofrece, dada la trascendencia que posee y lleva consigo tal decisión.

Hay otro aspecto que ha llamado la atención de la doctrina en relación con esta no mención del consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida en el caso del matrimonio de mujeres frente a su exigencia en el caso del matrimonio heterosexual y que justificaría, desde luego, que tal requisito se trasladase también al matrimonio de mujeres. Entre otras razones, la exigencia de consentimiento por parte del marido se explica porque las características del vínculo matrimonial no son conciliables con que una decisión tan importante y con tantas consecuencias sea adoptada solo por uno de los cónyuges, ignorándolo el otro. Es sorprendente desde luego que el legislador haya regulado la doble maternidad de tal modo que permita que una mujer casada adopte de modo individual la decisión de ser madre a través de las técnicas de reproducción asistida sin que tenga que conocerlo y emitir su consentimiento la otra mujer que integra el

¹²⁸ BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 114, señala que “no cabrá deducir de un *hecho indicio* (nacimiento de casada) un *hecho presunto* (maternidad del cónyuge). Si opera en tal sentido, el legislador establecerá una ficción legal: cerrará los ojos a la realidad anudando a un *hecho* una *consecuencia jurídica*, no otro *hecho*”.

¹²⁹ Por su parte señala CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “La ‘comaternidad’: matrimonio entre mujeres y filiación”, *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado* (directoras M. P. García Rubio y R. Valpuesta Fernández), Valencia, 2011, p. 436, que, aunque la lógica interna de la Ley 13/2005 debería llevar a la presunción ex lege de la maternidad de la esposa de la madre (siendo además una presunción *iuris tantum* y, por tanto, rebatible), quizá menos forzado sería presumir el consentimiento prestado por la esposa de la usuaria que se somete a las técnicas de reproducción asistida.

matrimonio. Pero el legislador va más allá, en la medida en que queda a la libre voluntad de la cónyuge no gestante la asunción de la maternidad (a través de su potestativa declaración de voluntad ante el encargado del Registro Civil), a pesar de que luego el hijo va a formar parte de la vida familiar de dicho matrimonio¹³⁰.

III.2.3 Regulación prevista en otros ordenamientos¹³¹

Hay un primer grupo de ordenamientos que otorgan un trato igualitario y uniforme en el acceso a la paternidad y a la maternidad tanto a matrimonios heterosexuales como a matrimonios de mujeres. Además, la determinación de la filiación materna y paterna se fundamenta en ambos casos en un consentimiento expreso y formal dado para el uso de las técnicas de reproducción asistida. El primer ejemplo es el ya aludido artículo 235-8.1 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, que prevé que es suficiente para que sea considerado hijo el nacido de la fecundación asistida el consentimiento del cónyuge (ya sea varón o mujer), expreso y formalizado, en un documento extendido ante el centro autorizado, aunque también tiene la misma función el extendido en un documento público¹³².

El segundo ejemplo son los artículos 562 y 569 del Código Civil y Comercial de Argentina de 2014¹³³, de modo que en virtud de tales artículos la filiación quedará determinada, en los casos de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre del hombre o de la mujer, casados o pareja de hecho de la mujer que dio a luz, debidamente inscrito en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En este código hay, además, en el artículo 566 una presunción de paternidad y de maternidad

¹³⁰ En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A., "La doble maternidad legal", cit. pp. 97-98.

¹³¹ No se pretende en absoluto llevar a cabo en este apartado, por razones evidentes de espacio, un análisis exhaustivo de todos los ordenamientos jurídicos que permiten acceder al matrimonio y parejas de lesbianas a las técnicas de reproducción asistida. Véase al respecto una enumeración de tales ordenamientos en *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, Council of Europe, 2011, p. 99 (<http://www.coe.int/t/commissioner/source/LGBT/report/Part6.pdf>).

¹³² GARCÍA VICENTE, J. R., "Comentari al article 235-8 del Codi Civil de Catalunya", cit. p. 597, afirma que se entiende por documento extendido en un centro autorizado aquel documento sanitario o clínico en el que se autoriza la práctica de la fecundación. A su juicio, no resulta aplicable la presunción de paternidad matrimonial, en la medida en que el consentimiento es contemplado como el medio exclusivo de determinación de la filiación.

¹³³ Véase *Infojus*. Sistema argentino de información jurídica (<http://www.infojus.gob.ar>) (fecha de consulta: diciembre 2014). El citado Código entra en vigor en agosto de 2014.

del o de la cónyuge, pero se aclara en su párrafo segundo que tal presunción no se aplica en los casos de reproducción asistida si el o la cónyuge no prestó su consentimiento previo, informado y libre.

Hay un segundo bloque de ordenamientos en los que, aunque se opta también por un idéntico sistema de conceder valor jurídico de determinación de la filiación al consentimiento dado al uso de las técnicas de reproducción asistida, no obstante la peculiaridad está en que se excluye la necesidad de dar un consentimiento expreso y se presume el mismo a raíz de la existencia de ciertas circunstancias en el momento de realización de las técnicas de reproducción asistida. Considero, sin embargo, que no deberían presumirse los consentimientos a dicha técnica debido a las características singulares que tiene este tipo de reproducción, llevada a cabo por medios artificiales y no naturales, aplicables a casos donde hay una imposibilidad de una relación biológica fértil entre los miembros de la pareja y sobre todo si a dicho consentimiento va ligada como consecuencia la determinación de la filiación. La emisión de un consentimiento expreso y formal garantiza la seguridad jurídica y la reflexión de la decisión tomada. Este sistema se instaura en Inglaterra el 6 de abril de 2009, cuando entra en vigor la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008. Su artículo 42 (Woman in a civil partnership at time of treatment) establece que si en el momento de la implantación del embrión, de los óvulos o de la inseminación artificial, ambas mujeres eran civil partners (es decir, forman parte de una unión civil registrada de acuerdo con la Civil Partnership Act 2004), la mujer no gestante va a ser tratada automáticamente como progenitora legal del niño, a menos que pruebe que no consintió la implantación o la inseminación. Idéntico trato se da a los matrimonios heterosexuales, de modo que el marido es automáticamente reconocido como padre del niño nacido como resultado del tratamiento recibido por su esposa, a menos que el marido acredite que no consintió el tratamiento [s. 35 (1) HFEA 2008]¹³⁴.

De modo reciente se han introducido algunas modificaciones en el artículo 42 HFEA 2008 a raíz de la aprobación de la Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, que permite contraer matrimonio a las parejas homosexuales. El

¹³⁴ VONK, M., "Children and their parents", cit. pp. 165-166, describe los trámites parlamentarios previos a la aprobación del acceso a la comaternidad en la HFEA 2008. Hay una segunda vía para acceder a la maternidad legal en el artículo 43 HFEA 2008 (*Treatment provided to woman who agrees that second woman to be parent*) cuando ambas mujeres no forman parte de una unión civil registrada sino de una informal *same-sex cohabitation*, que requiere de la compañera de la madre biológica la realización de un conjunto de actos análogos a los exigidos al hombre no casado con la mujer receptora de las técnicas. Así, la reproducción ha de efectuarse en un centro autorizado, en vida de la pareja femenina de la receptora y han de cumplirse las condiciones acordadas de maternidad, que se encuentran

cambio simplemente consiste en añadir, a continuación de la expresión “Civil Partnership”, el término “Marriage”, según que las dos mujeres hayan optado por formar parte de una unión civil registrada o contraer matrimonio. Pero, en todo caso, ya hayan hecho una u otra elección, el medio de acceder a la doble maternidad es idéntico al que introduce en su día la HFEA 2008.

En términos parecidos se expresan el Código Civil de Quebec y algunos ordenamientos de países escandinavos, aunque en todos estos textos legales no es tan explícita la presunción del consentimiento para el uso de las técnicas de reproducción asistida cuando existen determinadas circunstancias en el momento de realización de las mismas, sino que directamente introducen una presunción legal de maternidad a favor de la cónyuge de la madre gestante. El artículo 538.3 del Código Civil de Quebec (precepto introducido en el año 2002 y encuadrado entre los pioneros que permitieron la posibilidad del acceso a la doble maternidad) mantiene que si un niño nace de un proyecto parental que implica la procreación asistida entre cónyuges durante el matrimonio o la unión civil, o dentro de los 300 días siguientes a la disolución o anulación, se presume que el cónyuge de la mujer que da a luz es progenitora del niño¹³⁵. Desde luego la presunción de que ha habido consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida pudiera inferirse de la expresión “proyecto parental que implica la procreación asistida durante el matrimonio o la unión civil”. De hecho, la cónyuge o compañera que no desea ser considerada madre del niño deberá probar que no ha existido un proyecto parental o que la concepción fue por causas ajenas a las técnicas de reproducción asistida¹³⁶.

recogidas en el artículo 44 (“*The agreed female parenthood conditions*”). Así, entre otras condiciones, la “potencial madre” debe dar un documento escrito a la persona responsable de la clínica manifestando que consiente en ser tratada como la otra madre del niño nacido de las técnicas de reproducción asistida, y la madre biológica, a su vez, también debe consentir por escrito su conformidad con que la otra persona asuma dicho papel. Señala JONES, C., “The identification of ‘parents’ and ‘siblings’: New possibilities under the reformed Human Fertilisation and Embriology Act”, *Rights, Gender and Family Law* (J. Wallbank, S. Choudhry and J. Herring ed.), 2010, Routledge, p. 231, que ha sorprendido a la doctrina inglesa que en las secciones 42 y 43 HFEA 2008 el legislador utiliza el término “parent” y no el de “mother”.

¹³⁵ Puede consultarse tal precepto en <http://civil.udg.edu/php/index.php?id=526> (fecha de consulta: 14 de diciembre 2014).

¹³⁶ PRATTE, M., “La tensión entre la filiation légale, biologique et sociale dans le droit québécois de la filiation”, *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage* (ed. I. Schwenzler), Antwerpen-Oxford, 2007, p. 104, señala, además, que cuando la concepción procede de un acto sexual con un hombre, este podrá, dentro del año siguiente al nacimiento, solicitar la determinación de su paternidad, y la cónyuge de la madre biológica no podrá oponerse invocando la posesión de estado.

También en esta misma línea se encuentran Noruega (desde el año 2009) e Islandia (desde el año 2010). En ambos ordenamientos se garantiza a la que es esposa de la madre biológica durante el tratamiento de reproducción un status parental *ex lege* como co-madre desde el momento del nacimiento del niño. Esta solución se ha calificado por la doctrina como una presunción legal de co-maternidad¹³⁷. Por último, en Estados Unidos, algunos estados atribuyen también de modo automático la maternidad a la pareja lésbica casada o registrada de la madre que da a luz¹³⁸.

En un tercer bloque de ordenamientos, con un sistema más complejo de acceso a la doble maternidad, se encuadra el ordenamiento holandés, en el que desde el 1 de abril de 2014 es posible que las parejas y matrimonios de lesbianas lleguen a ser madres sin el procedimiento de la adopción. La combinación de dos leyes (Act on Lesbian Parentage de 25 de noviembre de 2013 y la Act Removing a Number of Differences between Registered Partnership and Marriage de 27 de noviembre de 2013) permite que la cónyuge o la pareja registrada de la madre biológica se convierta por imperativo de la ley en madre legal del niño si ambas presentan una declaración de la Donor Data Foundation en el registro del nacimiento del niño (que deberá practicarse dentro de los tres días posteriores a dicho nacimiento). Esta declaración debe afirmar que a la madre biológica se le han aplicado técnicas de reproducción asistida en una clínica permitida por la Donor Data Act y que la identidad del donante de esperma es desconocida para ella¹³⁹. Sin embargo, cuando las cónyuges o parejas registradas hayan utilizado esperma de un donante conocido no podrán obtener dicha declaración y, por lo tanto, la cónyuge o pareja registrada de la madre biológica no podrá acceder a la maternidad por este cauce legal. Lo mismo

¹³⁷ En este sentido JÄNTERÄ-JAREBORG, M., "Parenthood for same-sex couples-Scandinavian Developments", *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives* (ed. K., Boele-Woelki/A., Fuchs), Cambridge-Antwerpen-Portland, 2012, p. 113. Por el contrario, se otorga un trato distinto en el caso de parejas no casadas. En Noruega la comaternidad se establece por la confirmación de la madre biológica o a través de una decisión judicial. Una decisión judicial se requiere también para la comaternidad de tales parejas en Islandia (consúltese cit. pp. 110-111).

¹³⁸ Una información detallada al respecto en SCHWENZER, I., "Convergence and divergence in the Law on Same-Sex Partnerships", *Convergence and Divergence of Family Law in Europe* (M. Antokolskaia ed.), Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 149, notas de pie de página 29 y 150.

¹³⁹ El hecho de que el donante sea desconocido para la madre biológica no significa que la identidad del donante permanezca desconocida para el niño. El profesional que practica la técnica de reproducción asistida con esperma de donante tiene la obligación de presentar una información específica acerca del donante a la *Donor Data Foundation*, entre la que se incluye información acerca de su identidad. La *Donor Data Foundation* conservará la información y la proporcionará al niño si la solicita. Una vez que el niño alcance la edad

se aplica a las parejas que viajaron al extranjero para el tratamiento médico con espermatozoides de donante anónimo o compraron semen por internet¹⁴⁰.

Pero en este último tipo de supuestos tienen abierta la posibilidad del reconocimiento del hijo, que le concederá a la madre no biológica la misma relación jurídica con el menor que la que obtendría por el anterior cauce legal. Para dicho reconocimiento, la madre no biológica necesita el consentimiento de la madre biológica si el niño es menor de 16 años, y si el niño tiene entre 12 y 16 años, entonces requerirá además el consentimiento del hijo. Tal posibilidad de reconocer un hijo no es una novedad, pero se reservaba a los hombres hasta el 1 de abril de 2014. En caso de que la madre biológica no quiera consentir el reconocimiento del hijo por la otra madre, esta última puede solicitar al tribunal la sustitución del consentimiento de la madre biológica alegando el hecho de que ella es, o fue, la compañera o cónyuge de la madre biológica en el momento en que consintió el acto que condujo a la concepción del niño. Así, el tribunal podría sustituir el consentimiento de la madre biológica si así lo aconseja el mejor interés para el niño¹⁴¹.

III.3 Segunda premisa. Matrimonio de mujeres y no ejercicio del artículo 7.3 LTRHA: límites temporales y formales del precepto

III.3.1 STS de 5 de diciembre de 2013: Primer caso de admisión de la doble maternidad por vía distinta al artículo 7.3 LTRHA

Se preguntaba Benavente Moreda¹⁴² en el año 2011 qué ocurriría en aquellos casos en que, una vez en vigor el artículo 7.3 LTRHA, la cónyuge de la usuaria, o no ejercita la facultad de atribución de la filiación a su favor, o simplemente lo pretende hacer con posterioridad al nacimiento. Desde luego, la aplicación rigurosa del tenor literal del artículo 7.3 LTRHA conduce, como solución, a que la única alternativa posible en estas situaciones sea la adopción del hijo de su cónyuge nacido por las técnicas de reproducción asistida (artículos 176.2.2.^a y 178.2.1.^o del Código Civil).

de 12 años, tendrá acceso a la información relativa a las características físicas y sociales del donante. Y cuando llegue a los 16 años, el niño podrá requerir información acerca de la identidad de aquel. Dicha información se dará al menor, salvo que el donante pueda acreditar que tiene fuertes razones personales en contra de que su identidad sea revelada. Consúltase CURRY-SUMNER, I./VONK, M., "Dutch Co-Motherhood in 2014", cit. p. 362.

¹⁴⁰ CURRY-SUMNER, I./VONK, M., "Dutch Co-Motherhood in 2014", cit. pp. 362-363.

¹⁴¹ CURRY-SUMNER, I./VONK, M., "Dutch Co-Motherhood in 2014", cit. pp. 363-364.

¹⁴² BENAVENTE MOREDA, P., "La filiación", cit. pp. 100-101.

Ahora bien, parece que la STS de 5 de diciembre de 2013¹⁴³ ha abierto la puerta a la doble maternidad en el caso de un matrimonio de mujeres por otra vía distinta a la prevista en el artículo 7.3 LTRHA. En concreto, a la posibilidad de determinar judicialmente la filiación por la vía de la posesión de estado y del consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida por una mujer homosexual no gestante, tras la ruptura de su matrimonio con la mujer gestante, respecto al niño nacido por medio de las técnicas de reproducción humana asistida durante su relación. Es decir, el Tribunal Supremo, probablemente con el fin de solventar los límites temporales y formales a los que está sujeto el artículo 7.3 LTRHA, aplica, para establecer la doble maternidad, las normas del Código Civil sobre reclamación de filiación ante la falta de regulación de esta última materia en la LTRHA. Pero desde luego que el artículo 7.1 LTRHA haga una remisión a las leyes civiles generales en materia de filiación no significa que, ante la ausencia de normas especiales en la LTRHA, aquellas hayan de aplicarse automáticamente, porque tal aplicación podría, además de ser poco cuidadosa con las categorías jurídicas de la filiación¹⁴⁴, dar lugar a resultados no coherentes con el sistema elegido por el legislador en la propia legislación de reproducción asistida¹⁴⁵.

Para entender bien las implicaciones de lo que aquí se está afirmando es preciso partir de los hechos del caso. Antes de contraer matrimonio, dos mujeres (posteriormente demandante y demandada) tienen una hija en común, fruto de las técnicas de reproducción humana asistida, que nace el día 4 de marzo de 2005, siendo inscrita en el Registro Civil como hija de la gestante y siendo adoptada por la otra parte de la pareja con posterioridad, el día 25 de abril de 2008.

El 16 de marzo de 2007 ambas mujeres dan de nuevo su consentimiento escrito para la fecundación *in vitro* de una de ellas. El día 3 de agosto de 2007 se casan y el 14 de diciembre de 2007 nacen dos niñas, que son inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre gestante en idéntico orden al que ella lleva. La madre gestante solicita ante

¹⁴³ RJ 2013, 7566. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

¹⁴⁴ Barber Cárcamo, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 95.

¹⁴⁵ Benavente Moreda, P., “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico-privadas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 2013, núm. 17, p. 52, nota de pie 83, a propósito de sentencias americanas en las que se ejercitaba la acción de reclamación o de impugnación de la filiación en casos de doble maternidad, aventuraba que casos semejantes podrían ocurrir también en el ordenamiento español. Y que sin duda se plantearía, ante la falta de regulación de estas acciones en la LTRHA, la oportunidad y conveniencia de aplicar las acciones de filiación previstas en el Código Civil y en la LECiv.

el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales practicadas, con el fin de que se corrija el error respecto al estado civil de la madre gestante (aparece como madre soltera) y de que se identifique a su cónyuge a los efectos del reconocimiento de la patria potestad y atribución de apellidos respecto a las menores.

El expediente de rectificación termina con el Auto de 5 de marzo de 2008, que únicamente rectifica lo relativo al estado civil de la madre gestante. La madre biológica interpone recurso de apelación contra tal auto, que es desestimado finalmente por la RDGRN de 26 de noviembre de 2008.

En el mes de junio de 2009 se termina la relación sentimental de ambas mujeres, formulándose por una de ellas demanda de divorcio.

Como puede apreciarse de los hechos del caso, estamos ante un supuesto en que pudiendo la mujer no gestante ejercitar la facultad que le otorga el artículo 7.3 LTRHA para que se atribuya la maternidad a su favor, sin embargo no lo hace, intentándose después por parte de su cónyuge, madre biológica de las niñas, sin éxito, a través de la solicitud de rectificación de error de las inscripciones registrales practicadas. Ambas mujeres firman el consentimiento para la fecundación *in vitro* de una de ellas antes de la entrada en vigor del artículo 7.3 LTRHA, pero en el momento de contraer matrimonio y antes del nacimiento de las menores ya está en vigor el mismo. Pudiéramos plantearnos si constituye un impedimento al ejercicio del citado precepto que el matrimonio de ambas mujeres sea posterior en el tiempo a la fecundación. A mi juicio la respuesta ha de ser negativa, ya que para que tenga lugar la atribución de la filiación a favor de la declarante el tenor literal del artículo 7.3 solo exige que cuando preste el consentimiento antes del nacimiento del hijo esté ya casada¹⁴⁶.

La ex cónyuge no gestante interpone, tras la ruptura del matrimonio, una demanda de reclamación de la filiación por posesión de estado respecto de las dos menores en virtud del artículo 131 del Código Civil¹⁴⁷. Solicita

¹⁴⁶ BENAVENTE MOREDA, P., "Orientación sexual", cit. p. 53, nota de pie 84, mantiene que el tratamiento, por el contrario, difiere para la atribución de la filiación en el caso de los matrimonios heterosexuales en cuanto que estos, para que la filiación sea matrimonial, es preciso que presten el consentimiento a la fecundación asistida y, por consiguiente, el matrimonio ha de ser anterior al momento de la fecundación.

¹⁴⁷ Artículo 131 del Código Civil: "Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.

Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada".

que se declare que las dos menores son hijas suyas también y que se rectifique la inscripción de nacimiento de las menores con el fin de que aparezcan como apellidos de ambas las suyas también. Las dos primeras instancias estiman la acción de reclamación de la filiación, y contra la sentencia de apelación es interpuesto recurso de casación por la madre gestante de las menores.

Con la desestimación del recurso de casación, el Tribunal Supremo abre la puerta a que la cónyuge no gestante pueda acceder a la atribución de la filiación a su favor respecto de las hijas nacidas de las técnicas de reproducción asistida al margen del cauce elegido por el legislador, que no es otro que el del artículo 7.3 LTRHA. Pero a través de qué cauce en concreto. Por medio de la determinación judicial de la filiación matrimonial estimando la acción de reclamación de la maternidad de la madre no gestante fundada en el principio del consentimiento procreacional y en la posesión de estado de la demandante durante un cierto tiempo.

El interés de la sentencia es claro, como aquí ya se ha afirmado, si se tiene en cuenta que la LTRHA no incluye ninguna referencia al régimen de las acciones de filiación en supuestos de doble maternidad¹⁴⁸. Por tanto, la cuestión clave ante la que pone la sentencia del TS es si cabe aplicar la normativa de las acciones de filiación de reclamación o de impugnación previstas en el Código Civil, basadas en el respeto a la verdad biológica, a este tipo de hipótesis, como la doble maternidad, no fundamentadas en dicha verdad¹⁴⁹.

¹⁴⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Acción de reclamación de filiación”, cit. p. 7.

¹⁴⁹ Ya con anterioridad a esta sentencia se había pronunciado parte de la doctrina en contra de la aplicación del régimen de las acciones de filiación basadas en la verdad biológica a hipótesis de la LTRHA no fundamentadas en tal verdad: así, BARBER CÁRCAMO, R., “La filiación en España”, cit. pp. 136 y 239, e INIESTA DELGADO, J. J., “La filiación”, cit. p. 807. Este último autor señala, entre otras razones, para la no extensión de los medios de determinación de la filiación del Código Civil a la mujer cónyuge de la madre gestante que, al estar basados aquellos en el criterio biológico, es muy complicado aplicarlos a casos en que la única conexión con el nacido es la libre voluntad del cónyuge. Por el contrario, a favor de tal aplicación VERDERA SERVER, R., “Filiación”, cit. pp. 289-290. Llega a mantener, a mi juicio en una conclusión muy discutible (carácter discutible que el propio autor apunta), que si es la mujer no gestante la que ejercita la acción de reclamación de la filiación y no hubiese dado el consentimiento para el uso de las técnicas de reproducción asistida, el comportamiento consistente en el ejercicio de dicha acción equivale a tal consentimiento y se le debe imputar tal maternidad.

III.3.2 Argumentos de la STS de 5 de diciembre de 2013

Voy a centrarme, a continuación, en los tres argumentos que da la sentencia del Tribunal Supremo para estimar la acción de reclamación de la maternidad de la demandante, madre no gestante.

El primer argumento, y que a mi juicio considera más relevante el Tribunal Supremo, es la aplicación del artículo 131 del Código Civil a los casos de doble maternidad, que le lleva a sostener que la posesión de estado de la madre no gestante, por una parte, es una causa para atribuir la filiación a su favor, aunque no haya nexo biológico y, por otra parte, que constituye un refuerzo del consentimiento dado al uso de las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad.

Además apunta que el artículo 131 del Código Civil, que regula la acción de reclamación de la filiación tanto matrimonial como extramatrimonial con base en la posesión de estado, puede ejercitarse por la madre no gestante, en última instancia, por la remisión que el artículo 7.1 LTRHA hace a las leyes civiles.

El Tribunal Supremo considera, como hecho probado por las sentencias de instancia, la posesión de estado: por un lado, hay una relación de hecho de carácter materno-filial entre la demandante, madre no gestante, y las menores por un tiempo determinado (las niñas nacen el 14 de diciembre de 2007 y el matrimonio no se rompe hasta junio de 2009); por otro lado también se deriva tal posesión de estado de los actos llevados a cabo por la propia ex cónyuge demandada, que solicita, al nacer las niñas, que consten en el Registro Civil los datos de su cónyuge relativos a la filiación¹⁵⁰.

Es cierto que el artículo 7.1 LTRHA hace una remisión general a las leyes civiles en lo relativo a la materia de la filiación; en principio, pues, para lo no regulado específicamente en la legislación de técnicas de reproducción

¹⁵⁰ La posesión de estado puede definirse como la relación fáctica que hay entre dos personas en concepto de padre o madre e hijo. De un modo tradicional se ha exigido para la existencia de la posesión de estado tres requisitos: el *nomen*, es decir, que el hijo lleve el apellido del progenitor; el *tractatus*, esto es, que se mantenga entre los interesados el trato correspondiente a la relación paterno-filial, y, por último, la *fama*, consistente en el carácter público de la relación, que sea conocida en su círculo social. Véase estos tres requisitos explicados en DE LA IGLESIA MONJE, M. I., “El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad y la importancia del interés del menor”, *RCDI*, 2014, número 744, pp. 1926-1927.

asistida se aplicará el Código Civil. Ahora bien, esta afirmación no puede conducir en ningún caso a sostener una aplicación absoluta, automática e indiscriminada de las normas del Código Civil sobre filiación a supuestos no regulados en la LTRHA, prescindiendo de la finalidad y de los presupuestos de dichas normas de filiación. Aquí se ha constatado que las acciones de reclamación e impugnación de filiación en la hipótesis de doble maternidad no están reguladas en la LTRHA, pero ello no significa que la normativa del Código Civil relativa a dichas acciones pueda aplicarse sin más a los casos de comaternidad.

Porque, como con acierto se ha argumentado, la normativa del Código Civil reguladora de las acciones de filiación está fundamentada en la verdad biológica, de modo que la finalidad última del artículo 131 del Código Civil no es la declaración de la filiación por la mera posesión de estado (la posesión de estado no constituye un título para atribuir la filiación) sino la declaración de la existencia de una filiación por naturaleza. La posesión de estado no es más que un indicio de la filiación natural que se reclama, de modo que nunca tendría éxito con carácter general una acción de reclamación basada en la posesión de estado si las pruebas biológicas impiden la paternidad del que reclama¹⁵¹. En el caso de la doble maternidad parece un hecho obvio que la maternidad de la madre no gestante no puede fundamentarse en la verdad biológica, de modo que nunca podría alegarse la posesión de estado como único fundamento de la acción de reclamación de la maternidad¹⁵².

¹⁵¹ En este sentido se pronuncia QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. pp. 11-13. Igualmente señala BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. p. 128, que la función exclusiva que posee en el actual ordenamiento la posesión de estado es la de constituir un medio de prueba de la relación biológica del hijo con el progenitor en los procesos de la reclamación de paternidad.

¹⁵² Pudiera plantearse la duda de si esta última afirmación quiebra en un supuesto específico, en concreto, en el caso del denominado método ROPA (Recepción de óvulos de la pareja), respecto del cual la Comisión Nacional de Reproducción Asistida informa favorablemente en su dictamen de 4 de diciembre de 2008. Este método consiste en la donación entre mujeres casadas del óvulo de una de ellas para ser fecundado en la otra con esperma de donante. Se ha sostenido que la maternidad de la cónyuge donante del óvulo vendrá determinada por el consentimiento a la atribución de la filiación del nacido a su favor de acuerdo con el artículo 7.3 LTRHA, pero no por el hecho de haber donado sus óvulos para tal fecundación. Así, BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación”, cit. p. 102. De todas formas el mantenimiento de otra solución distinta para la determinación de la maternidad en esta hipótesis es muy complicada salvo que, y sería desde luego lo deseable, se previese explícitamente en la ley, porque con la actual LTRHA la donación de óvulos y de esperma ha de ser anónima (artículo 5) y por la

El Tribunal Supremo obvia, además, en su argumentación que estamos ante un caso de cuyos hechos probados se deriva que la madre no gestante nunca tuvo impedido el acceso a la doble maternidad tal y como lo permite el artículo 7.3 LTRHA. Probablemente consciente el tribunal de la debilidad de su argumentación cuando afirma la posesión de estado (que erróneamente además califica como una causa para atribuir la filiación jurídica), va más allá, en cuanto mantiene que en la práctica la posesión de estado queda superada por la prestación del consentimiento dado para el uso de las técnicas de reproducción asistida, porque implica “la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras”¹⁵³. De este modo el Tribunal Supremo hace suyo el pronunciamiento de la Audiencia Provincial cuando la sentencia recurrida afirma que dicho consentimiento ha de apreciarse aunque la posesión de estado hubiera sido escasa, o no se haya probado de forma suficiente. Sigue diciendo el Tribunal Supremo que “(...) Es evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad”.

Pudiera desprenderse de las palabras del Tribunal que estaría dentro de lo posible que en el futuro tuviera éxito una acción de reclamación judicial de la maternidad basada de forma exclusiva en el consentimiento expresado por la cónyuge no gestante para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida¹⁵⁴. El hecho es que el tribunal le está otorgando al consentimiento dado para el uso de las técnicas de reproducción asistida

exclusión de la existencia de vínculos legales entre el donante y los nacidos por estas técnicas (artículo 8.3). ARECHEDERRA, L., “Nadie tiene dos madres”, cit. pp. 380-381, afirma que, al no haber regulación legal del método ROPA (no serían aplicables a su juicio ni el artículo 7.3 ni el 8.2 LTRHA), la mujer que aporte los ovocitos no dispondría de acción para reclamar su maternidad genética en caso de que la mujer que da a luz no quiera compartir la maternidad con ella. Como carece de regulación en la LTRHA a este supuesto, a su juicio, habría de aplicársele la regla de que el parto determina la maternidad legal.

¹⁵³ DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: “El necesario consentimiento de la mujer casada”, cit. p. 1927, llega a idéntica conclusión. Por su parte DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S., “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”, *Indret* 1/2015, p. 16 (www.indret.com), señala que, a su juicio, la razón por la que el Tribunal Supremo concede un valor tan grande al consentimiento radica en que el criterio de la verdad biológica que rige la normativa del Código Civil reguladora de la filiación no se corresponde ya con los nuevos modelos de convivencia existentes en la actualidad.

¹⁵⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Acción de reclamación de filiación”, cit. p. 9, se muestra dubitativa ante tal posibilidad, ya que aquí no está en juego la verdad biológica y porque quizás no sea una solución que convenga al interés del menor.

un valor que en absoluto ha querido otorgarle el legislador a este tipo de hipótesis de matrimonio de dos mujeres en el artículo 7.3 LTRHA. Primero, porque el legislador ha escogido –aunque sea susceptible de críticas– que la atribución de la filiación a favor de la madre no gestante se haga por otro tipo de voluntad distinta al consentimiento dado para el uso de las técnicas de reproducción asistida en el centro médico, esto es, que haya de consentir la atribución de la maternidad ante el encargado del Registro Civil antes del nacimiento. Con el fallo de la sentencia se estaría tratando de modo distinto al matrimonio de mujeres que ejercita el artículo 7.3 LTRHA, cumpliendo los requisitos legales exigidos, y al matrimonio de mujeres que no hace uso del precepto pudiendo hacerlo. Segundo, porque la LTRHA ni siquiera menciona que la madre no gestante tenga que consentir el uso de las técnicas de reproducción asistida de su cónyuge¹⁵⁵. Por otra parte, tampoco explicita el tribunal si se está refiriendo al consentimiento informado emitido en el centro médico y si admitiría otros medios para acreditar el consentimiento procreacional que el dado por escrito en el formulario pertinente en la clínica médica¹⁵⁶. Seguramente en su sentencia sí se está refiriendo al consentimiento informado a la fecundación otorgado en el centro médico, ya que de los hechos probados se deriva que las dos mujeres firman el consentimiento informado en la clínica para el uso de las técnicas de reproducción asistida. Ahora bien, estoy totalmente de acuerdo con la doctrina que mantiene que el Tribunal Supremo debería haber dado una más detallada explicación acerca de en qué consiste tal voluntad procreacional¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Como ya he apuntado con anterioridad en otro epígrafe, este consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida a otorgar por parte del cónyuge de la mujer gestante se contempla en el caso del matrimonio heterosexual (artículo 6.3 LTRHA), pero no para el matrimonio de mujeres. También he afirmado antes que no toda la doctrina está de acuerdo en que la finalidad de atribuir la filiación sea la que haya que dar ni siquiera al consentimiento del marido. Véase QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. p. 16.

¹⁵⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Acción de reclamación de filiación”, cit. p. 9, ha mantenido, que al no exigir la LTRHA que la cónyuge no gestante preste su consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida en un documento escrito en el centro médico, deberían permitirse otras formas de acreditar la voluntad procreacional de ambas mujeres cuando ejerciten las acciones de filiación. Ya he subrayado que el artículo 235-8.1 del Libro Segundo del Código Civil de Catalunya permite que tal consentimiento del o de la cónyuge se realice, además de en un documento sanitario, en un documento público.

¹⁵⁷ QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad?”, cit. p. 13, muy gráfica cuando expresa todos los interrogantes que le suscita el Tribunal: *“Pues esta voluntad, ¿debe ser la de tener ese hijo, fruto de un concreto ciclo reproductivo, o la voluntad de tener descendencia en común con la madre? ¿Y cuándo se puede entender exteriorizada? ¿Cuando la pareja femenina de una mujer que consiente en someterse a estas técnicas también consiente el tratamiento en el centro médico? ¿O es necesario que ese consentimiento vaya*

El segundo argumento del Tribunal Supremo para desestimar el recurso de casación interpuesto por la madre gestante hace referencia a los intereses de las parejas de mujeres, que buscan regularizar su situación legal como madres. La sentencia en este sentido lleva a cabo una crítica de la recurrente en cuanto ella se opone con dicho recurso a que la mujer no gestante pueda llegar a determinar legalmente su maternidad, cuando precisamente en el momento del nacimiento de las menores la propia demandada quiso que se regularizara tal situación solicitando la rectificación de los datos registrales para que pudiera aparecer como madre también de las menores su cónyuge. Es decir, el tribunal sostiene que la recurrente parece ir en contra de sus propios actos.

El último argumento utilizado para fundamentar el fallo de la sentencia es la tutela del interés de las menores. El Tribunal considera que la determinación legal de la maternidad de la no gestante es una medida que garantiza el interés de las tres hijas del ex matrimonio, de modo que es la mejor solución para proteger la unidad y estabilidad entre las tres hermanas. A mi juicio esta razón sería la que, en todo caso, hubiera de haber tenido mayor peso para fundamentar la argumentación de la sentencia favorable a la pretensión de la madre no gestante. Es decir, la atención a las circunstancias concretas de lo que en este supuesto se considera interés superior del menor hubiera sido, quizás, la única justificación válida para forzar –como aquí hace el Tribunal Supremo– la aplicación del régimen jurídico de las acciones de filiación del Código Civil y el tenor literal del artículo 7.3 LTRHA con los límites temporales y formales que impone para el acceso a la doble maternidad¹⁵⁸.

La primacía del interés del menor, que ha de presidir cualquier actuación de los poderes públicos relativa a la materia de los menores de edad, responde a la consagración de dicho principio tanto en el plano internacional (Declaración de Derechos del Niño de la Asamblea General de UN de 20 de noviembre de 1959, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 –ambos referidos a la protección general del niño– hasta la Convención sobre los Derechos del

acompañado de otros actos que permitan entender constante la voluntad de ser madre (los actos integrantes de la posesión de estado esgrimida en el caso)? ¿O, por el contrario, cabe probar –por testigos o documentos– que esa voluntad de ser madre se ha expresado aunque no conste el consentimiento en un formulario del centro de reproducción asistida? (...)”.

¹⁵⁸ Pero esta opción, señala QUICIOS MOLINA, M. S., “Determinación e impugnación de la filiación”, Navarra, 2014, p. 68, requiere poseer un concepto claro de lo que es más beneficioso para el menor en relación con su filiación, que, a su juicio, no se tiene.

Niño de 20 de noviembre de 1989, con la proclamación del principio del interés superior del niño en su artículo 3.1) como en el plano constitucional (artículo 39 CE) y nacional (Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción y LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, con el establecimiento en su artículo 2 de que en la aplicación de esta ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir). Como se ha puesto de relieve el interés superior del menor posee un doble carácter, por una parte inspira la legislación y, por otra, debe ser aplicado por los órganos judiciales en todas aquellas situaciones relativas a menores¹⁵⁹.

El principio del interés superior del menor ha sido calificado como cláusula general, de modo que su aplicación abriría en este caso concreto a un problema más amplio y mucho más complejo, como es la labor de integración del ordenamiento a través de las cláusulas generales, con toda la polémica existente hacia esta figura, peligrosa en un Estado de Derecho y a la vez indispensable para el progreso del Derecho y la realización de la justicia¹⁶⁰.

¿Estaría justificado, en este caso concreto, que el tribunal, en aras del principio del interés superior del menor, aplicara la normativa del Código Civil de las acciones de filiación, prescindiendo u obviando el presupuesto del que parten y la finalidad a la que responden (aquí, en concreto, el artículo 131 del Código, que está pensando en una posesión de estado fundamentada en la verdad biológica)? ¿O que el tribunal prescindiera de la elección que ha hecho el legislador en el artículo 7.3 LTRHA a favor de que el acceso a la doble maternidad se restringa a la declaración de voluntad de la mujer no gestante sujeta a determinados límites formales y temporales? Esta aplicación de las cláusulas generales para corregir o flexibilizar las normas legales existentes, muchas veces ante lagunas, requiere ser muy prudente¹⁶¹. En todo caso no hay que olvidar que la introducción por el legislador de este tipo

¹⁵⁹ En este sentido ROCA TRÍAS, E., "Libertad y familia", Valencia, 2014, p. 66.

¹⁶⁰ Así MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 1997, pp. 297-298 y 316-322. A su juicio la consideración de que el uso de cláusulas generales por la jurisprudencia pone en peligro el principio de separación de poderes equivale a olvidar que las leyes nunca son completas y que requieren de ayudas, complemento y correcciones.

¹⁶¹ DE TORRES PEREA, J. M., ha estudiado con detenimiento la materia de la aplicación de las cláusulas generales en el derecho de familia. Véase "Aplicación de cláusulas generales en el Derecho de Familia, ¿una nueva vía para la creación jurisprudencial del Derecho?", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Tomo II (coordinador L. Díez-Picazo), Cizur Menor, 2014, pp. 3555 ss. Entiende este autor que en numerosas sentencias

de conceptos jurídicos indeterminados, como es el interés del menor, no significa en absoluto que se esté permitiendo una actuación discrecional por parte del juez, sino que el uso de tales conceptos constituiría la única posibilidad de ofrecer una solución justa al aplicador jurídico¹⁶².

Por todo lo argumentado hasta el momento creo que la pregunta que habría que hacerse es si, como entiende el Tribunal Supremo, la determinación de la maternidad por parte de la mujer no gestante, al margen aquí tanto del régimen de las acciones de filiación del Código Civil como del artículo 7.3 LTRHA, es la solución mejor para conseguir la estabilidad y unidad de las menores. Y sobre todo debería tenerse en cuenta si esta es la única solución justa para la resolución del caso. A mi juicio si lo que está en juego es únicamente la estabilidad y unidad de las menores, tales bienes jurídicos hubieran podido conseguirse también a través del reconocimiento de un régimen amplio de relaciones personales a la demandante, considerándola allegada en virtud del artículo 160 del Código Civil. Evidentemente cabría entre mujeres casadas la alternativa de la adopción, pero en este caso ya no tendría éxito tal medida, porque están divorciadas y se requeriría para dicha adopción el asentimiento de la madre biológica (que dadas las circunstancias no es probable que lo diera).

Otra cosa distinta sería plantearse si el interés de las menores en este caso no se restringe únicamente a la unidad de las hermanas, sino que va más allá, entendiéndose que no otorga los mismos derechos a un menor el reconocimiento de un vínculo de filiación que el reconocimiento de un régimen amplio de relaciones personales. Sin duda en este segundo sentido el interés de las menores parece quedar mejor protegido a través

del Tribunal Supremo, en especial en materia de custodia compartida, se ha considerado que la cláusula general del interés del menor puede llevar a decidir por encima de la norma aplicable al caso. Se muestra también favorable a que la insuficiencia del derecho de filiación sea corregida por dicha cláusula general DE LA FUENTE NÚÑEZ CASTRO, M. S., “Acción de reclamación”, cit. p. 22. Pero no obstante, la STS de 6 de febrero de 2014, relativa a la gestación por sustitución, va en contra de la línea anterior, manteniendo que “La cláusula general de la consideración primordial del interés del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma” y que “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma” (fundamento 5.º). Consúltese el análisis del autor anteriormente citado sobre la sentencia, bastante crítico, en “Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 de marzo de 2014, LA LEY 1435/2014, p. 5 (laleydigital.laley.es), y también consúltese HEREDIA CERVANTES, I., “Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero”, CCJC, 2014, número 96, pp. 177-214.

¹⁶² ROCA TRÍAS, E., “Libertad y familia”, cit. pp. 64 y 236.

del reconocimiento de la doble relación de filiación. El reconocimiento de un vínculo de filiación respecto a la mujer que no gesta el hijo le otorga a este en principio una posición más sólida con referencia al derecho de alimentos y a la custodia (en caso de muerte de la madre biológica que convive con él tras la crisis conyugal), además de los derechos hereditarios que tendría respecto de la madre no gestante¹⁶³. Ahora bien, coincido en mis dudas con la doctrina que sostiene que la alegación del interés del menor no tiene un adecuado encaje en la determinación de la filiación, siendo más conveniente su aplicación en la fijación de medidas dirigidas a la protección del menor y a su guarda y custodia. Y ello porque la determinación de la filiación es una materia que no cabe plantear en términos de elección, de manera que quien posee competencia para decidir los títulos en cuya virtud cabe determinar la filiación es el legislador y no los tribunales¹⁶⁴.

III.4 Tercera premisa. Pareja de hecho de mujeres y doble maternidad: límites subjetivos del artículo 7.3 LTRHA

III.4.1 Exclusión de las parejas de mujeres de la doble maternidad

Resulta claro que el artículo 7.3 LTRHA solo se refiere de forma exclusiva a la doble maternidad en mujeres que están casadas; su tenor literal no deja lugar a dudas. Excluye de su ámbito, por tanto, a las parejas de hecho formadas por mujeres. En todo caso parece obvio que el olvido por el legislador de la hipótesis de la doble maternidad en las parejas de hecho de mujeres no fue involuntario, aunque también se ha apuntado que los descuidos del legislador entran dentro de lo posible cuando en los textos legales se realizan reformas a través de disposiciones adicionales a otras leyes. Tal y como aquí se ha explicado antes, el artículo 7.3 LTRHA se introduce por vía de la disposición adicional 1.^a de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que era totalmente ajena a la materia de la filiación¹⁶⁵.

¹⁶³ Así lo afirma también DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal”, cit. pp. 122-123.

¹⁶⁴ En este sentido se manifiesta BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal”, cit. pp. 129-130. Es preciso no olvidar que, aunque no siempre ha sido una cuestión pacífica, la filiación es un estado civil. Al respecto consúltese GREGORACI FERNÁNDEZ, B., “La filiación”, *Derecho de Familia* (coordinadora Díez-Picazo Giménez), Cizur Menor, 2012, pp. 1608-1609.

¹⁶⁵ Estas consideraciones en BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación”, cit. pp. 86-87. Realiza las siguientes observaciones sobre la citada exclusión legal (cit. p. 88): “¿(...) *debemos entender que es porque considera que no cabe atribuir por esta vía la filiación en tales casos? ¿debemos entender que la sociedad aún no está madura para admitir tales situaciones o debemos pensar que aún no se ha producido una reivindicación suficiente para modificar la ley nuevamente de forma atropellada?*”.

Aunque se ha apuntado la posibilidad de la aplicación analógica a las parejas de hecho de mujeres del trato dado por el legislador a las parejas de hecho heterosexuales¹⁶⁶, no parece que tal posibilidad encaje en el actual artículo 8.2 LTRHA, que es el precepto que regula la atribución de la paternidad extramatrimonial en el caso del varón no casado cuando la fecundación de la mujer se lleva a cabo con contribución de donante (“Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley de Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”). Y ello aunque hubo varias enmiendas que en su día se presentan al Proyecto de Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida solicitando que la expresión “varón” del artículo 8.2 LTRHA se sustituyera por la persona “que comparte la vida con la usuaria”¹⁶⁷. En cualquier caso, el consentimiento a las técnicas de reproducción asistida no determina de forma automática la filiación para la pareja de hecho heterosexual, sino que solo sirve a los efectos establecidos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil de 1957, es decir, para iniciar un expediente gubernativo. Se ha apuntado además que esta diferenciación actual de trato entre las parejas de hecho heterosexuales y homosexuales en cuanto a la determinación de la filiación estaría justificada por esta imposibilidad de relación biológica que existe entre las parejas de mujeres, que explica que el legislador haya optado en el caso de las parejas de hecho heterosexuales por la atribución de los títulos de determinación de la filiación comunes, a partir del consentimiento previo del varón a la fecundación heteróloga de la mujer¹⁶⁸.

La opción, sin embargo, del legislador catalán ha sido la de otorgar un tratamiento uniforme para la determinación de la filiación extramatrimonial a las parejas de hecho heterosexuales y a las homosexuales¹⁶⁹. Y el mismo cauce para la atribución de la filiación en el caso de las parejas de hecho lo ha reconocido a los matrimonios, heterosexuales y homosexuales, aunque

¹⁶⁶ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V., “Los problemas planteados por la filiación”, cit. p. 6.

¹⁶⁷ BENAVENTE MOREDA, P., “Orientación sexual”, cit. p. 59.

¹⁶⁸ Así BARBER CÁRCAMO, R., “La filiación en España”, cit. p. 138.

¹⁶⁹ Así el artículo 235-13.1 del Libro 2.º del Código Civil de Cataluña señala: “*Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público*”.

en otro precepto distinto al de las parejas de hecho¹⁷⁰. Tanto en la pareja de hecho como en el matrimonio la fuente de determinación de la filiación se basa en el consentimiento a la fecundación asistida, y la consideración de matrimonial o no matrimonial de la filiación depende de que en el momento de la emisión del consentimiento los padres estén o no casados¹⁷¹.

Es complicado explicar la exclusión de las parejas de hecho de mujeres de la posibilidad otorgada por el artículo 7.3 LTRHA, siendo comunes las voces doctrinales que critican al legislador por la actual disparidad de trato entre el matrimonio homosexual de mujeres y las parejas de hecho de mujeres en cuanto al acceso a la doble maternidad¹⁷². Se ha propuesto la aplicación por analogía del citado precepto a las parejas lésbicas¹⁷³. Ahora bien, hay argumentos fuertes en contra del mantenimiento de una identidad de razón que conduzca a la aplicación analógica del precepto. Así, se han sostenido, entre otros, la estabilidad que caracteriza el matrimonio y la falta de una norma en el Derecho Común que exija la equiparación entre el matrimonio y las parejas de hecho con carácter general; de hecho el Tribunal Constitucional ha confirmado la constitucionalidad de un diferente trato entre ambas hipótesis, debido a sus objetivas diferencias¹⁷⁴.

A mi juicio el problema ha de enfocarse desde otra perspectiva distinta. Solo cabría plantearse la posible inconstitucionalidad del artículo 7.3 LTRHA en cuanto el precepto, al requerir el matrimonio para la determinación de la filiación, podría traer consigo una discriminación con efectos directos sobre el menor¹⁷⁵. Desde luego carece de explicación que, una vez reconocido por el legislador el acceso a la doble maternidad para el matrimonio de mujeres, no se haya previsto también en el caso de parejas de hecho (eso sí, con la exigencia de cierta estabilidad en dicha pareja). No tendría sentido negar a los hijos nacidos de una mujer, unida

¹⁷⁰ Véase el artículo 235-8.1 relativo a la fecundación asistida de la mujer casada.

¹⁷¹ Consúltese GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentari al article 235-8 del Codi Civil de Catalunya”, cit. p. 597. Considera BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación”, cit. p. 60, que la solución catalana de unificar todas las hipótesis es una solución mucho más coherente y sencilla que la que realiza el legislador estatal.

¹⁷² BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación”, cit. p. 87, y NANCLARES VALLE, J., “Reproducción asistida”, cit. p. 14.

¹⁷³ PADIAL ALBÁS, A., “La discriminación de la cónyuge”, cit. pp. 286 y 292.

¹⁷⁴ En este sentido BARBER CÁRCAMO, R., “La filiación en España”, cit. p. 138.

¹⁷⁵ En este sentido también PARRÓN CAMBERO, M. J., “Mater semper certa est?”, *La Ley*, 15 de abril de 2014, número 8293, LA LEY 1746/2014, p. 5 (laleydigital.laley.es).

en convivencia more uxorio con la gestante, los derechos derivados del doble vínculo filial, ya que se les estaría discriminando por el hecho de nacer de una mujer unida a otra por convivencia more uxorio frente a los nacidos de una mujer unida en matrimonio con otra. Podría haber una discriminación hacia los niños por razón del nacimiento. En este sentido es interesante aludir al contenido del Principio 3:5 (“No discriminación del niño”) de los Principles on Parental Responsibilities: “Los niños no deben ser discriminados por causa de sexo, raza, color, religión, opinión política o de otro tipo, origen sexual, discapacidad, patrimonio, nacimiento u otro estado, tanto si esos motivos se refieren al niño o a los titulares de la responsabilidad parental”¹⁷⁶. En las notas de Derecho Comparado a tal precepto se señala que el desigual trato de los niños a menudo tiene que ver con una causa directamente conectada a otra persona próxima al niño, como puede ser la homosexualidad de esa persona. Y el comentario al precepto apunta que las diferencias de trato dependen con frecuencia de si los padres del niño están o no casados entre sí¹⁷⁷.

Por consiguiente, las vías que tendrían abiertas en el momento actual las parejas de hecho de mujeres (por lo menos hasta la STS de 15 de enero de 2014¹⁷⁸, a la que inmediatamente me referiré) son dos. Así, cuando resulte aplicable el régimen común establecido por el Código Civil la pareja de hecho del mismo sexo podrá adoptar al hijo por naturaleza de la conviviente cuando se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 178.2.2.º del Código (para ello se requiere que el adoptando, adoptante y progenitor presten su consentimiento)¹⁷⁹. La segunda vía es la solicitud

¹⁷⁶ El texto de tales principios, elaborados por la *Commission on European Family Law* (CEFL), puede encontrarse en <http://www.ceflonline.net/principles> (fecha de consulta: diciembre 2014).

¹⁷⁷ Consúltase al respecto BOELE-WOELKI, K./FERRAND, F./GONZÁLEZ BEILFUSS, C./JÄNTERÄ-JAREBORG, M./LOWE, N./MARTINY, D./PINTENS, N., “Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities”, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 46 y 48. Se ha señalado por POLIKOFF, N. D., que ni los más arduos oponentes de la paternidad/maternidad de parejas homosexuales quieren restaurar una nueva categoría de hijos ilegítimos, una vez superada la discriminación existente durante muchos años entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales [consúltase “A Mother Should Not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century”, *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 2009, vol. 5, p. 212 (American University, Washington College of Law Research Paper No. 2010-14) (<http://ssrn.com/abstract=1602034>)].

¹⁷⁸ RJ 2014, 1265. Magistrado Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

¹⁷⁹ Estas observaciones y una referencia a la hipótesis de que la adopción por parte de la pareja de hecho del mismo sexo quede sometida a alguno de los regímenes autonómicos en BERIAIN FLORES, I., “La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja”, Valencia, 2014, pp. 81-82, 152-154 y 184.

por parte de la pareja de la madre gestante del reconocimiento de un régimen de relaciones personales con el menor nacido, en cuanto persona allegada, a la luz del artículo 160.2.º del Código Civil¹⁸⁰. Esta segunda vía se presenta como la más adecuada cuando se ha producido la ruptura de la relación entre ambas mujeres y no cabe el cumplimiento del requisito exigido por el Código Civil relativo al consentimiento a la adopción del progenitor del menor.

III.4.2 STS de 15 de enero de 2014: Segundo caso de admisión de la doble maternidad por vía distinta del artículo 7.3 LTRHA

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014 se refiere a un caso de una pareja de hecho de lesbianas que no utiliza la vía del artículo 7.3 LTRHA, por una parte, porque no están casadas y, por otra, más importante, porque el nacimiento del niño se produce antes de la entrada en vigor del precepto (en concreto, en el año 2003). Tras la entrada en vigor del artículo 7.3 LTRHA no llegan nunca a contraer matrimonio. La mujer no gestante, tras la ruptura de la relación sentimental entre ambas, interpone la acción de reclamación judicial de la filiación no matrimonial en relación con el menor nacido fruto de las técnicas de reproducción asistida durante tal relación, por el cauce del artículo 131 del Código Civil, alegando la existencia de la posesión de estado.

El Tribunal Supremo aplica a este caso similar argumentación a la ya utilizada en la STS de 5 de diciembre de 2013; ha lugar al recurso de casación de la demandante y estima la acción de reclamación de la maternidad. Con el fallo abre la puerta a la posibilidad de determinar judicialmente la filiación extramatrimonial de una mujer miembro de una pareja de hecho homosexual por la vía de la posesión de estado. La diferencia radica en que la STS de 15 de enero de 2014 no otorga tanto valor al consentimiento procreacional como el que le da la sentencia de 2013, sino que el peso del fallo recae sobre todo en la posesión de estado. El motivo seguramente se halla en que, así como en la dictada en 2013 es

¹⁸⁰ Así lo ha reconocido, en virtud del interés del menor, la STS de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3280). Véase un comentario a la misma de DÍAZ MARTÍNEZ, A., "Comentario a la STS de 12 de mayo de 2011", *CCJC*, 2012, número 88, pp. 425 ss. Señala esta autora una cierta incoherencia en esta sentencia, ya que, por un lado, al no reconocer la maternidad de la ex pareja de hecho de la madre biológica es respetuosa con los títulos de la determinación de la filiación existentes en nuestro ordenamiento pero, por otro, reconoce a la demandante, en cuanto allegada, un amplísimo régimen de estancia con la menor, superior incluso al fijado en muchos casos en relación con el derecho de visitas del progenitor tras la crisis matrimonial (cit. p. 449).

un hecho probado que las dos mujeres dan su consentimiento al uso de las técnicas de reproducción asistida en el centro médico, en la sentencia de 2014 la prueba de que la madre no gestante consiente la fecundación no es tan indudable.

Probablemente el tribunal dicta su decisión con el fin de paliar la injusticia que para buena parte de la doctrina implica la limitación subjetiva del acceso a la doble maternidad del artículo 7.3 LTRHA. Tal fallo permite responder en sentido afirmativo a algunos de los interrogantes que la doctrina apuntaba, de cara al futuro, tras dictarse la anterior STS de 5 de diciembre de 2013. Así, Díaz Martínez se preguntaba si la acción de reclamación de filiación podría ejercitarse no solo cuando las mujeres estuvieran casadas y no hubiera sido posible determinar la filiación por la vía del artículo 7.3 LTRHA (o no hubiera querido hacerse uso de tal precepto). En aquel momento la citada autora aventuraba que no veía obstáculo alguno para que tal acción se extendiera a un número mayor de casos, ni por la doctrina ni por los argumentos apuntados por el Tribunal Supremo en su decisión de 2013. A su juicio, la solución podría extenderse a las parejas de hecho no casadas siempre y cuando se den los presupuestos del proyecto reproductivo en común y de la posesión de estado¹⁸¹.

Paso, a continuación, a estudiar los hechos de la decisión de 2014. La relación sentimental entre las dos mujeres transcurre desde enero de 1996 hasta junio de 2006, sin que lleguen a contraer matrimonio en ningún momento. El 13 de noviembre de 2003 nace, fruto de las técnicas de reproducción asistida con espermia de donante anónimo, el menor. Tras la ruptura de la relación de pareja en 2006, acompañada al parecer de malos tratos, la ya mencionada STS de 12 de mayo de 2011 mantiene a favor de la excompañera de la madre gestante un régimen de relaciones personales como “allegada” con la menor en virtud del artículo 160.2.º del Código Civil, atendiendo a la conveniencia para el interés del menor. Con posterioridad, la mujer no gestante interpone una acción de reclamación judicial de la maternidad en virtud del artículo 131 del Código Civil, basada en la posesión de estado.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, entendiendo que queda probada la posesión de estado por varios hechos (el segundo nombre del menor coincide con el apellido de la reclamante, trato del menor como hijo, existencia de un proyecto común en su día...) y que cabe la aplicación retroactiva del artículo 7.3 LTRHA, en cuanto existe una

¹⁸¹ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “Acción de reclamación de filiación”, cit. p. 8.

relación análoga de afecto entre la pareja de hecho y el matrimonio. Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial¹⁸² estima el recurso de apelación de la madre gestante, argumentando que la acción ejercitada por la demandante no es el 7.3 LTRHA, sino el artículo 131 del Código Civil. Además, entiende que no es posible aplicar en este caso el artículo 7.3 LTRHA, al no estar prevista la eficacia retroactiva en la propia ley. Añade que este precepto está pensado exclusivamente para parejas casadas y no estima probada la posesión de estado por el escaso tiempo de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor (en total tres años), aunque la mujer no gestante se comportara como madre.

El Tribunal Supremo ha lugar al recurso de casación de la mujer no gestante.

III.4.3 Argumentos de la STS de 15 de enero de 2014

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo para estimar la acción de reclamación se reducen fundamentalmente a dos:

El primero es la compatibilidad existente entre la regulación de las acciones de filiación (y, por consiguiente la posesión de estado) y la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Basa tal compatibilidad, utilizando una argumentación un tanto confusa, en los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación: principio de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de la filiación (artículos 14 y 39.2 CE), de protección de la familia, de los hijos y de las madres con independencia de su estado civil (artículo 39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE).

La compatibilidad de estas dos normativas se refleja, según el tribunal, en que los consentimientos prestados para el uso de las técnicas de reproducción asistida integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual en cuanto a la función legitimadora del ejercicio de la acción y en cuanto a su función de medio de prueba de la filiación reclamada. Se muestra disconforme con la interpretación que la sentencia de apelación realiza sobre los hechos en cuanto la Audiencia Provincial no considera acreditada la posesión de estado¹⁸³.

¹⁸² Sentencia de la AP de Toledo de 17 de enero de 2012 (JUR 2012, 96331).

¹⁸³ El Tribunal de California ha dado con anterioridad a esta decisión del TS español de 2014 una solución análoga en casos de reclamaciones o impugnaciones de filiación de

El segundo argumento pondera la acción de filiación ejercitada con el interés superior del menor. Según el tribunal el interés del menor ha de suponer un control para determinar el alcance que ha de darse al consentimiento prestado por la pareja de la madre biológica. En este caso concreto concluye que la estimación de la acción de reclamación judicial de la filiación no va en contra del principio del interés superior del menor.

Como ya he apuntado antes, de nuevo en esta sentencia el Tribunal Supremo trata de paliar la insatisfacción que ha manifestado la doctrina ante los estrechos márgenes que tiene el artículo 7.3 LTRHA, en concreto, ante su limitación subjetiva excluyendo de la doble maternidad a las parejas homosexuales de mujeres¹⁸⁴. Pero, al igual que en la anterior decisión de 2013, a mi juicio sería más deseable un cambio procedente del legislador que el Tribunal Supremo, a través de sus fallos, llegue a resultados que traen consigo incoherencias claras dentro del sistema.

El Tribunal Supremo acude a las normas generales de filiación del Código Civil y, en concreto, a la acción de reclamación judicial de filiación por posesión por estado (artículo 131 del Código Civil). Pero el artículo 7.1 LTRHA solo remite a las normas generales del Código Civil cuando no hay una regla especial de filiación en la propia ley. Aquí la hay, es el artículo 7.3 LTRHA, que conscientemente solo prevé esta facultad de atribuir la doble maternidad a las parejas casadas. Pero, incluso, aunque sostuviéramos que hay una laguna legal en este punto y que obvia la doble maternidad en el caso de convivientes more uxorio, es evidente, como ya he sostenido en el anterior epígrafe, que no pueden aplicarse de forma indiscriminada y automática las normas del Código Civil sobre filiación, pensadas para casos en que hay un vínculo biológico entre los padres y los hijos, vínculo que no existe en el caso de la pareja o cónyuge de la madre biológica.

Con esta decisión el Supremo está otorgando de nuevo, esta vez a las parejas de hecho de mujeres, un sistema de determinación de la filiación

doble maternidad entre parejas de hecho. En el Estado de California, aunque sin normativa al respecto, se ha admitido la doble maternidad por aplicación analógica de las normas que rigen la determinación de la filiación para parejas heterosexuales atendiendo a dos elementos: la voluntad previa a la concepción y la posesión de estado. Véase el examen que al respecto hacen de estas decisiones judiciales FARNÓS AMORÓS, E./GARRIGA GORINA, M., *¿Madres?*, cit. p. 5.

¹⁸⁴ MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, "A vueltas con la doble maternidad por naturaleza y la reclamación de la filiación por posesión de estado", *La Ley Derecho de Familia*, 2014, número 1, La Ley 2237/2014, p. 3 (laleydigital.es).

al margen del previsto en el artículo 7.3 LTRHA, al conceder un valor jurídico tanto a la posesión de estado (desvinculada del hecho biológico) como al consentimiento prestado al uso de las técnicas de reproducción asistida, que refuerza dicha posesión de estado. Y eso que no está tan claro, además, que en este caso haya existido realmente voluntad procreacional por ambas partes (según manifiesta la ya citada STS de 12 de mayo de 2011).

El trato otorgado por el Tribunal Supremo en este caso a las parejas de hecho de mujeres difiere del tratamiento que reciben por el legislador tanto los matrimonios de mujeres como las parejas de hecho heterosexuales cuando llevan a cabo una fecundación artificial heteróloga. En el caso del matrimonio de mujeres, ya he subrayado que el artículo 7.3 LTRHA no concede ningún valor jurídico al consentimiento dado por la madre no gestante al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Y en el caso de la pareja de hecho heterosexual, el artículo 8.2 LTRHA tampoco concede al documento de prestación de consentimiento al uso de las técnicas extendido por el varón no casado en el centro el valor de atribuir directamente la paternidad del niño. Solo sirve tal documento para iniciar un expediente del artículo 49 de la Ley de Registro Civil que acabará, tras todos los trámites precisos, en la atribución de la filiación. Sin perjuicio de que, como ya se ha sostenido con anterioridad en este trabajo, la remisión de este artículo 8.2 LTRHA al artículo 49 de la Ley de Registro Civil de 1957 quedará vacía de contenido con la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

En esta decisión del Tribunal Supremo de 2014 se emite un Voto particular por tres magistrados (don Francisco Marín Castán, don Antonio Salas Carceller y don Ignacio Sancho Gargallo). En síntesis, los argumentos de tal Voto particular son dos:

El primero de ellos es que los tres magistrados que emiten el voto particular se muestran absolutamente disconformes con la idea de que el fundamento del fallo sea de modo exclusivo la posesión de estado. Si el ordenamiento es un conjunto sistemático y armónico de normas, un caso de filiación de un menor nacido fruto de las técnicas de reproducción asistida no puede solucionarse al margen de la legislación especial que existe sobre la materia y, en concreto, obviando los artículos 7.1 y 7.3 LTRHA. El artículo 7.1 remite para lo relativo a la filiación al Código Civil, pero excepciona las especialidades introducidas en la propia LTRHA, y entre ellas está el 7.3. Este último precepto establece un régimen específico en materia de filiación y el legislador ha decidido restringirlo al

matrimonio entre la madre biológica y la no gestante. Hasta aquí perfectamente de acuerdo con el Voto particular.

Sí que puede discreparse de otra afirmación que realizan los magistrados en dicho voto para explicar el porqué de esta limitación subjetiva del artículo 7.3 LTRHA. Según el Voto particular el precepto piensa solo en un matrimonio de mujeres en virtud del elemento de estabilidad, o de propósito de estabilidad, que caracteriza el mismo: “Detrás de la exigencia legal de que la mujer esté casada con la madre biológica, y no separada legalmente o de hecho, para que pueda determinarse a su favor la maternidad subyace una opción legal por la estabilidad en la relación que puede conferir su formalización mediante el matrimonio civil, con vistas a facilitar, en beneficio del hijo, el ejercicio de la patria potestad” (razonamiento 6º). Es totalmente cierto que el matrimonio es un lugar en principio privilegiado para que se dé tal elemento de la estabilidad, pero ello no debe conducir necesariamente a pensar que una convivencia more uxorio no puede reunir también ciertas características de estabilidad, y que la falta de estabilidad es precisamente la causa de que se haya negado el acceso a la doble maternidad a las parejas de hecho de mujeres por el legislador en la LTRHA. De hecho, cuando se regula la reproducción artificial en el caso de las parejas de hecho heterosexuales en la LTRHA no se alude en ningún momento a la exigencia de estabilidad de dicha pareja (artículos 8.2 y 9.3), cuando seguramente hubiera sido muy deseable que lo hiciera; de ahí que no parece que dicha estabilidad haya sido un factor muy importante para el legislador¹⁸⁵.

Un segundo argumento en que se basa el Voto particular hace referencia a que el fallo de la mayoría (estimar la reclamación de la madre no gestante y atribuir judicialmente la filiación a la misma) es contrario al interés superior del menor, al prescindir de las circunstancias traumáticas de la ruptura de la relación entre las litigantes. De los hechos del caso se desprende que en el momento de la ruptura hubo malos tratos entre las dos convivientes y la consiguiente orden de alejamiento. Los magistrados en el Voto particular entienden que la estimación del recurso de casación

¹⁸⁵ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal”, cit. p. 125, sin embargo, señalaba, antes de que se promulgara el Voto particular de esta decisión judicial de 2014, que quizá sí sea la estabilidad del matrimonio la razón por la que el legislador se haya limitado a regular la doble maternidad en este ámbito concreto. A su juicio la estabilidad de la pareja y el compromiso de asumir la filiación han de constituirse en criterios relevantes para permitir el acceso a la doble maternidad en las técnicas de reproducción asistida, y no el sexo de los cónyuges o miembros de la pareja de hecho.

de la mujer no gestante se limita a satisfacer la aspiración de ser madre de la exconviviente, pero no el interés del menor. Señalan una serie de consecuencias indeseables que podrá tener la decisión de la mayoría del tribunal al haber accedido a la doble maternidad, de modo que ello puede implicar una situación potencialmente conflictiva en el futuro no beneficiosa para el menor: la madre no gestante pasa a tener la titularidad de la patria potestad, adquiere expectativas de derechos sucesorios, podrá reclamar la guarda y custodia, la madre biológica verá restringida su libertad en lo relativo al niño.

La conclusión que cabe extraer es que, por muy criticable que sea, el legislador ha decidido dar un margen muy estrecho al acceso a la doble maternidad, sometiéndolo a requisitos formales, temporales y subjetivos. Esta decisión del legislador, a mi juicio, no debería conducir al Tribunal Supremo a ampliar las hipótesis y las circunstancias en que puede accederse a la comaternidad forzando la normativa reguladora de la filiación del Código Civil y creando con ello una serie de disfunciones dentro del sistema legal, generando tratos desiguales en el acceso a la paternidad y a la maternidad entre matrimonios y parejas de hecho (heterosexuales y homosexuales). Ello no excluye, por supuesto, que las decisiones del Tribunal Supremo no puedan incluir llamadas de atención al legislador para que reforme la legislación en cuanto tal reforma se considere necesaria¹⁸⁶.

¹⁸⁶ El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER 2014-52503-P, “Retos Actuales de la Autonomía Privada”, cuyos investigadores principales son María Esther Gómez Calle y José María Miquel González, supeditado a la resolución definitiva de concesión por el Ministerio de Economía y Competitividad, que en el momento presente ha emitido ya una propuesta de resolución provisional favorable a su concesión.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALKORTA IDIAKEZ, I., “Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva”, Cizur Menor, 2003.

ALONSO PÉREZ, M., “De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIII, volumen 2.º (directores M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Madrid, 1988, pp. 1 y ss.

ARECHEDERRA, L., “Nadie tiene dos madres, aunque lo diga la ley. La doble vertiente del principio constitucional de libre investigación de la paternidad”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, tomo I (coordinador L. Díez-Picazo), Cizur Menor, 2014, pp. 371 y ss.

BARBER CÁRCAMO, R., “La filiación en España: Una visión crítica”, Cizur Menor, 2013.

“Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”, *Derecho Privado y Constitución*, 2014, número 28, pp. 93-136.

BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *Anuario de Derecho Civil*, 2011, fascículo I, pp. 75 y ss.

- “Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Garantías institucionales del matrimonio y el derecho fundamental a contraerlo. A propósito de la STC de 6 de noviembre de 2012”, *RJUAM*, 2013, número 27, pp. 327 y ss.

- “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico-privadas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 2013, número 17, pp. 1 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Reproducción asistida *Post Mortem*”, *Aranzadi Civil*, 2001, número 2, pp. 2165 y ss.

BERIAIN FLORES, I., “La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja”, Valencia, 2014.

BOELE-WOELKI, K./FERRAND, F./GONZÁLEZ BEILFUSS, C./JÄNTERÄ-JAREBORG, M./LOWE, N./MARTINY, D./PINTENS, N., “Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities”, Antwerpen-Oxford, 2007.

BUSTOS PUECHE, J. E., “El derecho civil ante el reto de la nueva genética”, Madrid, 1996.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Comentario al artículo 29 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, volumen 3.º (directores M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Madrid, 1993, pp. 763 y ss.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “La llamada doble maternidad ‘por naturaleza’: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, *La Ley*, 30 de enero de 2014, número 8240, *La Ley* 281/2014 (laleydigital.laley.es).

CAÑIZARES LASO, A., “El reconocimiento testamentario de la filiación”, Montecorvo, Madrid, 1990.

CAPILLA RONCERO, F., “Autonomía de la voluntad y Derecho de la Persona; o la autonomía personal en el Derecho privado”, *La Ley*, 18 de julio de 2011, *La Ley* 13920/ 2011, pp. 5 y ss (laleydigital.laley.es).

CASAS BAAMONDE, M. E., “De los derechos y deberes fundamentales”, *Comentarios a la Constitución Española* (directores M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero), Madrid, 2008, pp. 167 y ss.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Copaternidad y matrimonio entre hombres: La derogación tácita y parcial de la proscrita gestación por sustitución, fundada en razones de igualdad”, *Revista de Derecho Privado*, 2014, julio-agosto, pp. 3 y ss.

-“La ‘comaternidad’: matrimonio entre mujeres y filiación”, *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho Privado* (directoras M. P. García Rubio y R. Valpuesta Fernández), Valencia, 2011, pp. 423 y ss.

CORRAL TALCIANI, H., “La procreación artificial ‘post mortem’ ante el Derecho”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, número 1, pp. 6 y ss.

-“Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial”, *Revista Chilena de Derecho*, 1992, núm. 19, pp. 439 y ss.

CURRY-SUMNER, I./VONK, M., “Dutch Co-Motherhood in 2014”, *The International Survey of Family Law*, Bristol, 2014, pp. 361 y ss.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “Compendio de Derecho Sucesorio”, Madrid, 2011.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S., “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”, *InDret* 1/2015 (www.indret.com).

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., “El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad y la importancia del interés del menor”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2014, número 744, pp. 1924 y ss.

DE LA VÁLGOMA, M., “Padres sin derechos, hijos sin deberes. El laberinto jurídico de la infancia”, Barcelona, 2013.

DE TORRES PEREA, J. M., “Aplicación de cláusulas generales en el Derecho de Familia, ¿una nueva vía para la creación jurisprudencial del Derecho?”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, tomo II (coordinador L. Díez-Picazo), Cizur Menor, 2014, pp. 3555 y ss.

-“Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 de marzo de 2014, *La Ley* 1435/2014 (laleydigital.laley.es).

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Libertad de procreación y libertad de investigación (Algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)”, *La Ley*, 4 de enero de 2005, número 6161, pp. 1 y ss (laleydigital.laley.es).

-“La filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción asistida”, *Derecho Civil IV* (coordinador J. R. de Verda), Valencia, 2013.

DÍAZ MARTÍNEZ, A., “La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, 2007, número 21, pp. 75 y ss.

-“Comentario a la STS de 12 de mayo de 2011”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2012, número 88, pp. 425 y ss.

-“Acción de reclamación de filiación ejercitada por la mujer que no fue la madre gestante: un nuevo paso en la doble maternidad derivada de reproducción asistida”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 10/2014 (BIB 2014/244) (aranzadidigital.es).

DÍAZ ROMERO, M. R., “Técnicas de reproducción asistida y filiación”, *Derecho de Familia* (coordinadora G. Díez-Picazo Giménez), Cizur Menor, 2012, pp. 1665 y ss.

FARNÓS AMORÓS, E., “Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones”, Barcelona, 2011.

-“La regulación de la reproducción asistida: Problemas, propuestas y retos”, *Derecho y Tecnologías Reproductivas*, Madrid, 2014, pp. 99 y ss.

FARNÓS AMORÓS, E./GARRIGA GORINA, M., “¿Madres? Pueden ser más de una. Tres casos recientes de la *Supreme Court* de California”, *Indret* 4/2005 (www.indret.com).

FEMENÍALÓPEZ, P. J., “Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido *in vitro*”, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “Comentario al artículo 9 LTRHA”, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (director J. A. Cobacho y coordinador J. J. Iniesta), Cizur Menor, 2007, pp. 305 y ss.

GÁMIZ SANFELIU, M., “Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, *Actualidad Civil*, 2009, número 10, La Ley 11701/2009, pp. 1 y ss (laleydigital.laley.es).

GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentari al article 235-8 del Codi Civil de Catalunya”, *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua* (directores J. Egea y J. Ferrer y coordinadora E. Farnós), Barcelona, 2014, pp. 596 y ss.

GARIBO, M.-P., “Hijos de padre anónimo, ¿una nueva categoría discriminatoria?”, *Biotecnología y Posthumanismo* (coordinadores I. Ballesteros y E. Fernández), Cizur Menor, 2007, pp. 487 y ss.

GETE-ALONSO, “Determinación de la filiación en el Código Civil de Catalunya”, Valencia, 2003.

GILMORE, S. /GLENNON, L., “Hayes and Williams’ Family Law”, Oxford, 2012.

GREGORACI FERNÁNDEZ, B., “Filiación”, *Derecho de Familia* (coordinadora G. Díez-Picazo Giménez), Cizur Menor, 2012, pp. 1607 y ss.

HALE, B./PEARL, D./GOKIE, E./MONK, D., "The family, Law & Society", Oxford, 2009.

HEREDIA CERVANTES, I., "Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2014, número 96, pp. 177-214.

IAPICHINO, L., "La procreazione artificiale", *Il Diritto di Famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, tomo IV (director G. Cassano), Milano, 2006.

INIESTA DELGADO, J. J., "Los derechos sucesorios del hijo nacido de fecundación *post mortem*", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2008, número 29, pp. 13 y ss.

-"La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida", *Tratado de Derecho de la Familia* (directores M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas), Cizur Menor, 2011, pp. 735 y ss.

JÄNTERÄ-JAREBORG, M., "Parenthood for same-sex couples-Scandinavian Developments", *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives* (eds. K. Boele-Woelki/A. Fuchs), Cambridge-Antwerpen-Portland, 2012, pp. 91 y ss.

Jiménez Martínez, M. V., "Los problemas planteados por la filiación del nacido en los casos de parejas del mismo sexo", *Actualidad Civil*, 2014, números 7-8, pp. 1 y ss (<http://revistas.laley.es>).

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., "La reproducción asistida y su régimen jurídico", Madrid, 2012.

JONES, C., "The identification of 'parents' and 'siblings': New possibilities under the reformed Human Fertilisation and Embriology Act", *Rights, Gender and Family Law* (J. Wallbank, S. Choudhry, J. Herring), Routledge, 2010, pp. 219 y ss.

JUNGFLEISCH, F., "Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts? Eine Untersuchung verschiedenartiger Regelungsansätze aus rechtsvergleichender und rechtspolitischer Perspektive", Berlin, 2005.

LARENZ, K., "Metodología de la Ciencia del Derecho", Barcelona, 1994.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I”, Madrid, 2014.

LÓPEZ PELÁEZ, P., “Filiación y reproducción asistida”, *Derecho de la Persona* (coordinador I. Ravetllat), Barcelona, 2011, pp. 89 y ss.

LLEDÓ YAGÜE, F., “Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España* (coordinadora A. Díaz Martínez), Madrid, 2006, pp. 155 y ss.

MALAURIE, P./AYNÉS, L., “Droit Civil. La Famille”, París, 2009.

MARTÍN-CASALS, M./SOLÉ FELIÚ, J., “Comentario a la STS de 29 de mayo de 2003”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2004, núm. 64, pp. 193 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida”, *El juez civil ante la investigación biomédica* (coordinador X. Abel), Madrid, 2004, pp. 249 y ss.

-“Comentario al artículo 29 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. I (directores A. Cañizares Laso et al.), Cizur Menor, 2011, pp. 273 y ss.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, “A vueltas con la doble maternidad por naturaleza y la reclamación de la filiación por posesión de estado”, *La Ley Derecho de Familia*, 2014, número 1, La Ley 2237/2014 (laleydigital.es).

MINISTERIO DE JUSTICIA, “Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*”, *Resumen de las sesiones celebradas por el Grupo de Trabajo de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. Suplemento número 3/1996 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de enero de 1986, pp. 22 y ss.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 1997, pp. 297 y ss.

MONÉGER, F., “France: Biological and Social Parentage”, *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities* (eds.

K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart), Cambridge-Antwerpen-Portland, 2014, pp. 175 y ss.

NANCLARES VALLE, J., “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, número 7/2008 (BIB 2008/578) (aranzadidigital.es).

NÚÑEZ IGLESIAS, A., “Comentario al artículo 745 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. II (directores A. Cañizares Laso et al.), Cizur Menor, 2011, pp. 595 y ss.

PADIAL ALBÁS, A., “La discriminación de la cónyuge y de la conviviente homosexual de la usuaria, en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Estudios Jurídicos sobre persona y familia* (coordinadora M. T. Areces Piñol), Granada, 2009, pp. 285 y ss.

PANTALEÓN PRIETO, F., “Procreación artificial y responsabilidad civil”, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dirigido por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco), Madrid, 1988, pp. 245 y ss.

-“Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, número 15, pp. 129 y ss.

PARRÓN CAMBERO, M. J., “Mater semper certa est?”, *La Ley*, 15 de abril 2014, número 8293, La Ley 1746/2014 (laleydigital.laley.es).

PÉREZ GALLARDO, L. B., “Inseminación artificial y transferencia de embriones *post mortem*: procreación y nacimiento más allá de los límites de la existencia humana”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2007, número 4, pp. 605 y ss.

POLIKOFF, N. D., “A Mother Should Not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century”, *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 2009, vol. 5, pp. 201 y ss (American University, Washington College of Law Research Paper No. 2010-14) (<http://ssrn.com/abstract=1602034>).

Pratte, M., “La tensión entre la filiation légale, biologique et sociale dans le droit québécois de la filiation”, *Tensions between legal, biological and social conceptions of parentage* (ed. I. Schwenzer), Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 91 y ss.

PROBERT, R., “Cretney and Probert’s Family Law”, London, 2009.

QUICIOS MOLINA, S., “Determinación e impugnación de la filiación”, Navarra, 2014.

-“¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2014, número 95 (<http://proview.thomsonreuters.com>).

REICHMAN SCHIFF, A., “Arising from the Dead: Challenges of Posthumous Procreation”, *North Carolina Law Review*, 1996-1997, número 75, pp. 902 y ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “La procreación artificial *post mortem*”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, número 3, pp. 871 y ss.

ROBERTSON, J. A., “Children of choice. Freedom and the new reproductive technologies”, New Jersey, 1994.

ROCA TRÍAS, E., “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dirigido por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco). Madrid, 1988, pp. 17 y ss.

-“Libertad y familia”, Valencia, 2014.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., “La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo”, Madrid-Barcelona, 2000.

-“Comentario al artículo 53.3 CE”, *Comentarios a la Constitución Española* (directores M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero), Madrid, 2008, pp. 1187 y ss.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M., “Reproducción artificial *post mortem*. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, Valencia, 2013.

RUBELLIN-DEVICHI, J., “Insémination artificielle *post mortem*”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1984, tomo II, pp. 703 y ss.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La feminización del Derecho Privado y las técnicas de reproducción asistida”, *El levantamiento de velo: las mujeres en el Derecho Privado* (directoras M. P. García Rubio y M. R. Valpuesta Fernández), Valencia, 2011, pp. 681 y ss.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Comentario al artículo 959 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. II (directores A. Cañizares Laso et. alii), Cizur Menor, 2011, pp. 1392 y ss.

SERRANO ALONSO, E., “El depósito de espermatozoides o de embriones congelados y los problemas de la fecundación *post mortem*”, *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Vasco dirigido por el Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco), Madrid, 1988, pp. 365 y ss.

SINGER, A., “The right of the child to parents”, *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities* (K. Boele-Woelki, N. Dethloff, W. Gephart), Cambridge-Antwerpen-Portland, 2014, pp. 137 y ss.

STEERING COMMITTEE ON BIOETHICS (CDBI), “The protection of the Human Embryo *in vitro*”, *Report by the Working Party on Protection of the Human Embryo and Fetus* (CGBI-CO-GT3), Strasbourg, Council of Europe, pp. 1 y ss [[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3\(2003\)13E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3(2003)13E.pdf)].

SCHWENZER, I., “Convergence and divergence in the Law on Same-Sex Partnerships”, *Convergence and Divergence of Family Law in Europe* (M. Antokolskaia ed.), Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 145 y ss.

TOMÁS MARTÍNEZ, G., “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, *Actualidad Civil*, 2010, número 7 (<http://revistas.laley.es>).

TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., “Comentario al artículo 15 CE”, *Comentarios a la Constitución Española* (directores M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero), Madrid, 2008, Fundación Wolters Kluwer, pp. 311 y ss.

VERDERA SERVER, R., “Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (director J. A. Cobacho y coordinador J. J. Iniesta), Cizur Menor, 2007, pp. 211 y ss.

VOIRIN, P./GOUBEAUX, G., “Droit Civil”, tomo 1, París, 2007.

VONK, M., “Children and their parents. A comparative study of the legal position of children with regard to their intentional and biological parents in English and Dutch Law”, Antwerpen-Oxford, 2007.

WARNOCK, M., “Making babies? Is there a right to have children?”, Oxford, 2002.